

22541

ЗАЛОГОВОЕ ПРАВО.



ОБЪЯСНЕНІЯ КЪ ПОЛОЖЕНІЯМЪ

~~22541~~

ГЛАВЫ IV РАЗДѢЛА I

ПРОЕКТА ВОТЧИННАГО УСТАВА.

А. В. Тантовера.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1890.

22541

ЗАЛОГОВОЕ ПРАВО.

ОБЪЯСНЕНИЯ КЪ ПОЛОЖЕНИЯМЪ

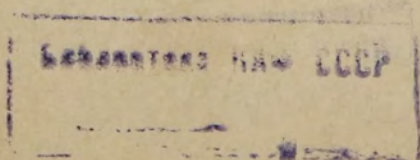
95568

ГЛАВЫ IV РАЗДѢЛА I

ПРОЕКТА ВОТЧИННАГО УСТАВА.

Л. В. Тантовера.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1890.



R

75637

~~~~~  
Въ Государственной Типографіи.  
~~~~~


ОГЛАВЛЕНІЕ.

ОБЩІЯ ОБЪЯСНЕНІЯ.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Задача проекта по отношенію къ залоговому праву.

Стр.

Значеніе поземельнаго кредита въ современной нашей экономической жизни.—Содѣйствіе его развитію на почвѣ гражданскаго законодательства.—Подчиненіе залога дѣйствію началъ гласности, спеціальности и безповоротности и возведеніе его на степень вотчиннаго права, какъ существенныя условія такового содѣйствія.—Несоотвѣтствіе дѣйствующаго залоговаго права этимъ условіямъ.—Необходимость дать въ проектируемомъ законоположеніи полное изложеніе правилъ о залогѣ, долженствующее замѣнить собою все дѣйствующее законодательство по этому предмету 1.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Краткій историческій очеркъ развитія залоговаго права на Западѣ и у насъ.

I. Космополитическій характеръ института залоговаго права.—Жизненная идея, лежащая въ его основаніи.—Передача заложеннаго имѣнія кредитору, какъ форма, въ которой идея залога получила въ древнемъ правѣ свое выраженіе 11.

II. *Формы римскаго залога.*—1. *Fiducia*. Правовое положеніе сторонъ при этой формѣ; присущее ей значеніе залога, какъ права не самостоятельнаго, а дополнительнаго.—2. *Pignus*. Несовершенство этой формы обезпеченія.—*Antichresis*, какъ видъ *pignus*.—Недостатки обѣихъ названныхъ формъ.—3. *Hypotheca*. Существенныя отличія, съ которыми она перешла въ новѣйшія законодательства 13.

III. *Формы залога по германскому праву.*—1. Aeltere Satzung. Отождествление ея съ куплей-продажей и обусловливаемое таковым отождествлением самостоятельное значение залога по этой формѣ.—Древне-германская форма залога въ западныхъ и прибалтійскихъ губерніяхъ (заставное владѣніе).—2. Neuere Satzung. Ея сходство и отличие отъ римской hypotheca и въ частности, значение по ней залога, какъ права, устанавливающего личныя отношенія.—3. Вотчинный характеръ залога въ новѣйшемъ германскомъ правѣ. 22.

IV. *Древне-русскій залогъ.*—Передача имѣнія кредитору, какъ отличительный признакъ этого залога. Отождествление закладной съ купчей; обширность правъ кредитора; права должника; уклоненія, встрѣчавшіяся на практикѣ отъ обыкновенныхъ послѣдствій залога.—Сходство этой формы съ древнегерманской; отождествление платежа долга съ выкупомъ заложенного имѣнія; превращеніе закладной, въ случаѣ просрочки, въ купчую.—Вліяніе древняго залога на позднѣйшее русское законодательство.—Законъ 1558 г.; законодательство Петра; указъ 1 августа 1737 г.; неполнота предпринятой имъ реформы.—Возвращеніе къ старой формѣ залога по указу 11 мая 1744 г.—Банкротскій уставъ 1800 г. 27.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Обзоръ важнѣйшихъ положеній дѣйствующаго русскаго законодательства о залогѣ и необходимыхъ въ нихъ измѣненій и дополненій.

Сущность системы залога по банкротскому уставу.—Неполнота ея законодательной разработки 34.

§ 1. Вотчинный характеръ залоговаго права.

Неразвитость нашего залога до понятія вотчиннаго права, заключающаяся въ стѣсненіяхъ должника въ отношеніи распоряженія имѣніемъ и кредитора—въ отношеніи передачи правъ по закладной.—Позднѣйшія отступленія отъ этихъ стѣсненій, подготовившія реформу залога, какъ права вотчиннаго.—Юридическія и экономическія соображенія, говорящія въ пользу этой реформы 36.

§ 2. Примѣнимость залога ко всякаго рода денежнымъ требованіямъ.

Заемъ, какъ исключительный спутникъ древняго залога.—Обусловленное этимъ обстоятельствомъ искусственное суженіе области примѣненія залога.—Законодательство банкротскаго устава по разсматриваемому пред-

мету.—Препятствія къ расширенію на практикѣ сферы примѣненія залога и ко всякаго рода другимъ, кромѣ займа, требованіямъ, заключающимся въ постановленіяхъ этого законодательства по предмету а) формы установленія залога и б) отвѣтственности по залогу.—Позднѣйшее законодательство: а) постановленія по обезпеченію залогомъ договоровъ съ казною; б) ст. 185 пол. о нот. части 46.

§ 3. Кредитный залогъ.

Важное экономическое значеніе этого вида залога.—Положеніе вопроса о немъ въ иностранныхъ законодательствахъ и въ русскомъ правѣ 53.

§ 4. Залогъ завѣщательный, совокупный и устанавливаемый въ обезпеченіе чужаго обязательства.

- | | |
|---|-----|
| I. Завѣщательный залогъ | 57. |
| II. Залогъ совокупный | 57. |
| III. Залогъ, устанавливаемый въ обезпеченіе чужаго обязательства. | 58. |

§ 5. Пространство дѣйствія залога.

- | | |
|---|-----|
| I. Начало дѣлпмости залога | 60. |
| II. Пространство дѣйствія залога съ точки зрѣнія: а) требованія, имъ обезпечиваемаго и б) предмета, на которомъ онъ установленъ | 62. |

§ 6. Правовое положеніе собственника во время существованія залога.

I. Отличіе залога отъ другихъ вотчинныхъ правъ въ чужомъ имѣніи.—Необходимость ограниченія свободы распоряженія собственника заложенного имѣнія.—Предѣлы, въ которые ограниченіе это должно быть поставлено.—Исключеніе для распоряженій вотчиннаго характера.—Прочія распоряженія 65.

II. Невозможность точнаго разграниченія области дозволенныхъ распоряженій отъ недозволенныхъ.—*Actio Pauliana*.—Сущность этого института и условія его примѣненія.—Значеніе его какъ *obligatio ex delicto*.—*Actio Pauliana* русскаго права (п. 2 ст. 1529 т. X ч. I свод. зак. гражд.).—Необходимость особой защиты интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ, независимой отъ защиты, доставляемой *actio Pauliana* 69.

III. Постановленія римскаго права и новѣйшихъ западно-европейскихъ законодательствъ по предмету упомянутой защиты 79.

IV. Русское законодательство.—Отсутствіе въ немъ надлежащихъ руководящихъ началъ по разсматриваемому вопросу: ст. 2033 и 2034 т. X ч. 2, изд. 1857 г.; ст. 1099 и 1100 уст. гражд. суд.; ст. 610 того же устава.—Судебная практика.—Ощутительность этихъ пробѣловъ закона въ дѣлѣ развитія поземельнаго кредита 80.

V. Спеціальныя правила, относящіяся къ залогамъ, устанавливаемымъ въ разныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ.—Необходимость восполненія пробѣловъ дѣйствующаго законодательства по разсматриваемому вопросу . . . 84.

§ 7. Законная отсрочка взысканія по закладнымъ (ст. 30 т. X ч. 2 свод. зак. о суд. гражд., изд. 1876 г.).

Историческое происхожденіе правила ст. 30 т. X ч. 2, изд. 1876 г., о законной отсрочкѣ по закладнымъ.—Несовмѣстимость его съ интересами поземельнаго кредита 87.

§ 8. Передача заложенного имѣнія во владѣніе кредитора.

Историческое происхожденіе правила объ этой передачѣ.—Случайный его характеръ въ дѣйствующемъ законодательствѣ.—Несоотвѣтствіе его съ вотчиннымъ характеромъ залога и съ интересами поземельной собственности 90.

§ 9. Отвѣтственность по залоговымъ требованіямъ.

Историческое происхожденіе правила дѣйствующаго законодательства объ ограниченной отвѣтственности заложеннымъ имѣніемъ.—Правило объ отвѣтственности по залогамъ, устанавливаемымъ въ обезпеченіе договоровъ частныхъ лицъ съ казною. — Необходимость сведенія этихъ правилъ къ единому началу 93.

§ 10. Положеніе, занимаемое дѣйствующимъ правомъ по другимъ вопросамъ залоговаго права.

I. Пробѣлы дѣйствующаго законодательства по вопросамъ: 1) о старшинствѣ, 2) объ уступкѣ старшинства, 3) о вступленіи въ права вотчиннаго кредитора; 4) объ ипотекахъ собственника или о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога 96.

II. Вліяніе началъ гласности, спеціальности и безповоротности на поставленія матеріальнаго залоговаго права 101.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Руководящія начала, принятыя въ основаніе положеній проекта по залоговому праву.

Стр.	Стр. 103
--------------	-------------

§ 1. Значеніе залога, какъ права дополнительнаго.

I. Дополнительная роль залога.—Взглядъ на залогъ мекленбургскаго права.—Практическія цѣли, коимъ отвѣчалъ этотъ взглядъ.—Теорія залоговаго права, принятая мотивами прусскаго ипотечнаго проекта 1872 г.—Возраженія противъ этого проекта прусской палаты господъ.—*Hypothek* и *Grundschild* прусскаго закона 5 мая 1872 г. 107.

II. Значеніе залога по русскому законодательству.—Причины, по коимъ въ проектъ вотчиннаго устава удержанъ взглядъ дѣйствующаго законодательства на залогъ, какъ на право дополнительное: а) недостатки мекленбургской и прусской теорій и въ частности закона 5 мая 1872 г. и б) практическія соображенія въ пользу оставленія въ проектъ нынѣшняго взгляда нашего права на залогъ 117.

III. *Проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія*.—Избранный имъ путь объединенія германскаго ипотечнаго права.—Четыре формы залога, нормируемыя проектомъ: *Buchhypothek*, *Briefhypothek*, *Sicherheitshypothek* и *Grundschild*.—Соображенія мотивовъ проекта о невозможности обойтись безъ современной акцессорной ипотеки.—Теоретическое обоснованіе *grundschuld*.—Сходство этой теоріи съ теоріей мотивовъ къ прусскому закону 2 мая 1872 г. и ея главные недостатки 136.

§ 2. Сохраненіе старшинства для предстоящаго залога.

I. Сущность начала старшинства. . Абсолютная и относительная теорія старшинства.—Недостатки абсолютной теоріи 147.

II. Уклоненія отъ послѣдствій начала старшинства, допущенныя ст. 64—73 и 107 проекта вотч. устава.—Причины, коими обусловливаются эти уклоненія. 152.

III. Положеніе разсматриваемаго вопроса въ римскомъ правѣ, а также въ германскихъ законодательствахъ и литературѣ. 157.

IV. Вопросъ о послѣдствіяхъ прекращенія вышестоящаго залога.—1. Система сохраненія старшинства баварскаго и мекленбургскаго права. Ипотека собственника по послѣднему изъ этихъ правъ.—2. Система ипотеки собственника по прусскому *ландрехту*, саксонскому, новѣйшему прусскому законодательствамъ и по проекту общегерм. гражд. уложенія . 162.

- V. Вопросъ о предоставленіи собственнику возможности сохранить за собою выгодныя, съ точки зрѣнія старшинства, условія для своего будущаго кредита.—1. Система сохраненія старшинства при добровольномъ установленіи залога.—2) Система абсолютнаго сохраненія мѣста по мекленбургскому и австрійскому праву.—3. Система грудшульдовъ на имя собственника по закону 1868 г. для Нейфорпомерна и остр. Рюгена, прусскому законодательству и по проекту общегерм. гражд. уложенія 183.
- VI. Взглядъ проекта вотч. устава на разсматриваемые вопросы 189.

§ 3. Передача залоговыхъ требованій.

- I. Отмѣна запрещенія передавать залоговыя требованія и ея ближайшія общегражданскія послѣдствія.—Недопускаемость бланковой передачи залоговыхъ требованій. 196.
- II. Необходимость подчиненія передачи залоговыхъ требованій дѣйствию началъ гласности и безповоротности и распространенія защиты, доставляемой этими началами, не только на залогъ, но и на требование 204.
- III. Вопросъ о формѣ передачи залоговыхъ требованій, какъ задача ипотечнаго законодательства.—Вопросъ о частичной передачѣ залоговыхъ требованій 208.

а) Вопросъ о формѣ передачи залоговыхъ требованій.

- I. Три системы формы передачи.—1. Общегражданская форма передачи залоговыхъ требованій въ романскихъ, австрійскомъ и баварскомъ законодательствахъ.—Недостатки ея.—2. Форма книжной передачи.—Соображенія мотивовъ германскаго проекта о цѣлесообразности этой формы.—Вліяніе при ней начала безповоротности.—Огражденіе этого вліянія при помощи отмѣтокъ и въ частности отмѣтки о неполученіи валюты (*exceptio non numeratae pecuniae*).—3. Форма актовой передачи.—Вотчинные акты какъ доказательства.—Залоговой актъ, какъ орудіе легитимациі правъ кредитора при всякаго рода распоряженіяхъ залогомъ и въ частности, какъ орудіе передачи его по старому и новѣйшему прусскому праву, по мекленбургскимъ законамъ и по проекту германскаго уложенія.—Взглядъ этого проекта на юрид. природу залог. акта.—Признаніе герм. проектомъ актоваго залога исключеніемъ изъ общаго правила.—Главнѣйшія постановленія этого проекта по предмету актоваго залога.—Недостатки системы германск. проекта 210.
- II. Форма передачи залоговыхъ требованій по проекту вотчиннаго устава 240.
- III. Разныя мнѣнія по вопросу объ этой формѣ въ редакціонной комисіи 251.

б) Вопросъ о частичной передачѣ залоговыхъ требованій.

Разныя мнѣнія въ средѣ редакціонной комисіи по этому вопросу . 263.

§ 4. Вступленіе въ права вотчиннаго кредитора (*jus offerendi et succedendi*).

Соображенія, коими вызывается институтъ вступленія въ права вотчиннаго кредитора.—Вступленіе въ права вотчиннаго кредитора: а) посторонняго лица и б) вотчиннаго кредитора. Точка зрѣнія главныхъ основаній и настоящаго проекта на означенный институтъ 267.

§ 5. Отвѣтственность по залоговымъ требованіямъ.

I. Положеніе вопроса объ этой отвѣтственности по иностраннымъ законодательствамъ 278.

II. Необходимость отступленія отъ точки зрѣнія на этотъ вопросъ дѣйствующаго законодательства и главныхъ основаній 283.

ОТДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Терминологія проекта.

Стр. 295.

Положенія проекта вотчиннаго устава о залоговомъ правѣ и соображенія, на коихъ основано каждое изъ нихъ.

Глава IV.

О залоговомъ правѣ.

Отдѣленіе 1. О залогѣ вообще (ст. 43—49)	303.
Отдѣленіе 2. О добровольномъ залогѣ (ст. 50—53)	420.
Отдѣленіе 3. О принудительномъ залогѣ (ст. 54—58)	461.
Отдѣленіе 4. О старшинствѣ залоговыхъ правъ (ст. 59—63)	494.
Отдѣленіе 5. О сохраненіи старшинства для предстоящаго залога (ст. 64—73)	534.

	Стр.
Отдѣленіе 6. Объ отвѣтственности заложеннаго имѣнія (ст. 74—82) .	552.
Отдѣленіе 7. О передачѣ и закладѣ залоговаго требованія (ст. 83—94)	672.
Отдѣленіе 8. Объ искахъ и возраженіяхъ по залоговому праву (ст. 95—106)	690.
Отдѣленіе 9. О прекращеніи залоговаго права (ст. 107—111) . . .	759.

ОБЩІЯ ОБЪЯСНЕНІЯ.

ОБЩІЯ ОБЪЯСНЕНІЯ.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Задача проекта по отношенію къ залоговому праву.

Потребность въ поземельномъ кредитѣ вызывается, прежде всего, причинами, коренящимися въ общихъ гражданскихъ и экономическихъ условіяхъ современной жизни. Сюда относятся именно: необходимость расплатиться съ какимъ либо долгомъ, удовлетворить своихъ сонаслѣдниковъ при раздѣлѣ общаго наслѣдственного имѣнія, покупка имѣнія въ кредитъ и тому подобныя причины, по которымъ землевладѣлецъ нуждается весьма часто въ деньгахъ, добыть которыя ему всего легче и удобнѣе подѣ обеспечение принадлежащей ему недвижимости.

Значеніе поземельнаго кредита въ современной нашей экономической жизни.

Но, кромѣ этихъ общихъ причинъ, поземельный кредитъ вызывается еще спеціально нуждами самаго землевладѣнія. Землевладѣлецъ нуждается въ деньгахъ и для того, чтобы возвести въ своемъ имѣніи необходимыя постройки, ввести въ немъ улучшенія, поднять его культуру, чтобы связать съ хозяйствомъ какое либо сельско-промышленное предпріятіе, чтобы, наконецъ, легче перенести сельско-хозяйственный кризисъ и вообще разные непредвидѣнные несчастные случаи.

Землевладѣніе, давая народонаселенію пищу и одежду, доставляя значительную часть сырыхъ матеріаловъ для фабричной производительности, должно, по неволѣ, стать повсюду предметомъ особой заботливости правительства. Тѣмъ болѣе оно не можетъ не стать предметомъ такой заботливости въ странѣ по преимуществу земледѣльской,

какъ Россія, въ которой оно играетъ роль самой главной основы народнаго богатства. Для того, чтобы поставить земледѣліе на надлежащую высоту, дать ему возможность примѣненія усовершенствованныхъ способовъ обработки земли и увеличить производительность послѣдней, необходимы капиталы, коими землевладѣльцы, если не считать весьма рѣдкихъ случаевъ, обыкновенно не обладаютъ и застаться которыми они могутъ лишь при наличности условій, способствующихъ развитію поземельнаго кредита. Потребность въ созданіи такихъ условій, сознанная у насъ въ правительственныхъ сферахъ и въ литературѣ еще за долго до введенія крестьянской реформы ⁽¹⁾, и выразившаяся въ работахъ по введенію въ Россіи ипотечной реформы, производившихся первоначально во II отдѣленіи Собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи, затѣмъ въ комисіи о земскихъ банкахъ и въ комисіи, состоявшей въ вѣдѣніи статсъ-секретаря Буткова ⁽²⁾, стала еще болѣе ощутительною въ новѣйшее время въ виду тѣхъ экономическихъ перемѣнъ, которыя оно съ собою принесло. Постепенное возрастаніе народонаселенія внутри страны, въ связи съ повсемѣстными успѣхами науки и практики сельскаго хозяйства, предъявляютъ къ нашему земледѣлію все новыя требованія, которыя оно обязано удовлетворить для того, чтобы отвѣтить на мѣстныя нужды и занять произведеніями своими подобающее мѣсто на международномъ торговомъ рынкѣ. Съ прекращеніемъ прежнихъ отношеній крестьянъ къ помѣщикамъ, установленныхъ крѣпостнымъ правомъ, измѣнились и самыя условія производства сельскихъ работъ. Явилась необходимость замѣнить прежній трудъ крѣпостнаго человѣка трудомъ наемнымъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, пало различіе между имѣніями населенными и ненаселенными и поземельная собственность стала доступною для всѣхъ классовъ

⁽¹⁾ П. Дегай (бывшій директоръ департамента министерства юстиціи), Ипотечныя системы и вліяніе ихъ на финансы и на государственное благосостояніе, С.-Петербургъ, 1849 г.

⁽²⁾ См. записку о работахъ по ипотечному вопросу, предшествовавшихъ учрежденію ипотечной комисіи при министерствѣ юстиціи, напечатанную въ трудахъ этой комисіи, т. I, стр. 5 и слѣд.

народонаселенія. Переходы ея изъ рукъ въ руки участились, хотя, конечно, не всегда въ интересахъ земледѣлія. Очевидно, что только улучшеніе условій поземельнаго кредита въ состояніи поднять цѣнность земли, отнять у многихъ лицъ легкомысленную охоту освободиться отъ землевладѣнія во что бы то ни стало и привлечь къ нему не промышленниковъ, стремящихся къ быстрой наживѣ при помощи антихозяйственныхъ, опустошительныхъ распоряженій, но лицъ, преданныхъ хозяйству и ищущихъ въ рациональномъ веденіи его средство къ существованію.

Одно изъ главныхъ препятствій, которое дѣло поземельнаго кредита встрѣчало до сихъ поръ у насъ на своемъ пути, заключается въ неудовлетворительномъ состояніи дѣйствующаго законодательства по залоговому праву. Препятствіе это получаетъ особое значеніе въ виду еще другихъ, кромѣ указанныхъ выше, новыхъ явленій нашей экономической жизни, зародившихся, главнымъ образомъ, въ началѣ шестидесятыхъ годовъ текущаго столѣтія. Развитие отечественной промышленности и торговли, постройка желѣзныхъ дорогъ, устройство банковъ, наконецъ, государственные займы, — всѣ эти обстоятельства потребовали весьма значительную часть того небольшого запаса капиталовъ, коими обладаетъ наша страна. Въ обстоятельствахъ этихъ, слѣдовательно, поземельный кредитъ нашелъ себѣ конкуренцію, тѣмъ болѣе опасную, чѣмъ болѣе преимуществъ заключала въ себѣ покупка государственныхъ фондовъ, всякаго рода акцій и облигацій сравнительно со сдѣлками поземельнаго кредита. Преимущества эти станутъ особенно очевидны, если сравнить, напримѣръ, возможность легкой и быстрой продажи означенныхъ бумагъ, продажи, не сопряженной съ какими либо издержками и формальностями, а слѣдовательно, возможность обратнаго во всякое время полученія своего капитала и новаго помѣщенія его, съ тою неподвижностью, которая, благодаря запрещенію передавать закладныя, составляетъ отличительную особенность поземельно-кредитныхъ сдѣлокъ по нашему праву. Достойно при этомъ вниманія, что указанное расширеніе сферы личнаго кредита стало осуществляться у насъ именно въ то время,

когда съ прекращеніемъ выдачи ссудъ подъ залогъ недвижимыхъ имѣній изъ сохранный казны и приказовъ общественнаго призрѣнія остановился приливъ къ поземельной собственности капиталовъ изъ государственныхъ установлений. Для того, чтобы при такихъ обстоятельствахъ помочь дѣлу поземельнаго кредита правительство разрѣшило устройство частныхъ и общественныхъ поземельныхъ банковъ. Кромѣ того, въ недавнее сравнительно время правительствомъ учрежденъ государственный крестьянскій и въ самое послѣднее—государственный дворянскій земельный банкъ. Но однѣ эти заботы не приведутъ къ надлежащей цѣли, если преобразовательная дѣятельность правительства не коснется и области *гражданскаго законодательства*, если не будетъ улучшено наше дѣйствующее залоговое право. Въ такомъ улучшеніи нуждаются, прежде всего, поименованные банки для того, чтобы дѣятельность ихъ была на самомъ дѣлѣ успѣшной; въ немъ нуждаются и сами землевладѣльцы и вообще всѣ, чьи интересы приходятъ съ ними въ соприкосновеніе.

Содѣйствіе развитію кредита на почвѣ гражданского законодательства.

Поземельный кредитъ долженъ, по необходимости, удовлетворять двумъ условіямъ: онъ долженъ быть дешевъ и долгосроченъ. Въ виду невысокаго сравнительно дохода, доставляемаго землею, доходъ этотъ только при наличности упомянутыхъ условій въ состояніи служить источникомъ полного удовлетворенія долга, обременяющаго имѣніе. Отсюда ясно, что главная притягательная сила для капиталистовъ въ дѣлѣ поземельно-хозяйственныхъ операцій можетъ заключаться не столько въ какой либо особой, исключительной ихъ выгоде, сколько, главнымъ образомъ,—въ ихъ *обезпеченности*.

Подчиненіе залогова дѣйствію началъ гласности, спеціальности и безповоротности и

Поземельный кредитъ можетъ быть дешевъ и долгосроченъ лишь тамъ, гдѣ юридическая сторона его поставлена на твердую, незыблемую почву. Такая почва для кредитора создается при помощи предоставленія капиталисту: во 1-хъ, средствъ легко и быстро удостовѣриться на счетъ правоваго положенія даннаго имѣнія, на счетъ всего того, что въ правовомъ отношеніи можетъ оказать вліяніе на обез-

печенность его права, и во 2-хъ, возможности разсчитывать на то, что внѣ условій, оказавшихся на лицо, ничто другое не въ состояніи будетъ поколебать эту обезпеченность. Другими словами, поземельно-кредитныя сдѣлки могутъ почитаться вполне обезпеченными лишь тамъ, гдѣ залоговое право построено на началахъ *ясности, спеціальности и безповоротности*, составляющихъ фундаментъ всякой раціональной ипотечной системы.

Независимо отъ сего, поземельный кредитъ долженъ возведеніе его на искать для себя такой формы залога, которая, предоставляя степень вотчиннаго кредиту всю ту обезпеченность, о коей упомянуто выше, права (*jus in re*), не ложилась бы, тѣмъ не менѣе, слишкомъ тяжело на собственника. Такою именно формою, какъ о томъ будетъ условія такового содѣйствія. объяснено болѣе подробно въ своемъ мѣстѣ ⁽¹⁾, является та, въ которой залогъ пріобрѣтаетъ значеніе *вотчиннаго права* (*jus in re*) въ истинномъ смыслѣ этого слова. Указанное значеніе и присвоено залогу во всѣхъ западно-европейскихъ ипотечныхъ законодательствахъ; такое же значеніе было придано ему и проектомъ состоявшей при министерствѣ юстиціи ипотечной комиссіи, внесеннымъ на разсмотрѣніе государственнаго совѣта, и Высочайше утвержденнымъ 19 мая 1881 года главными основаніями предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество ⁽²⁾.

По силѣ ст. 5 главныхъ основаній, записанныя въ крѣпостную книгу укрѣпленія (а слѣдовательно и залого) и охранительныя отмѣтки *не должны стѣснять собственника въ правѣ отчуждать имущество, устанавливать на немъ ограниченія права собственности и обезпечивать имуществомъ договоры, обязательства, иски, взысканія и начеты*, за исключеніемъ лишь случаевъ, когда означенныя укрѣпленія или охранительныя отмѣтки, по существу своему, лишаютъ собственника права на такія дѣйствія или ограничиваютъ оное; а на основаніи ст. 21—*установленныя на имуществомъ обезпеченія договоровъ и обязательствъ (т. е. залого) могутъ*

⁽¹⁾ См. ниже, § 1 отдѣла III настоящихъ объясненій, стр. 36 и слѣд.

⁽²⁾ Собр. узак. и распор. прав. отъ 3 іюня 1881 г. № 59, ст. 316.

быть передаваемы какъ въ полномъ своемъ составѣ, такъ и по частямъ, при чемъ для упомянутой передачи согласіе должника необходимо только тогда, когда объ этомъ постановлено особое въ договорѣ или обязательствѣ условіе. Въ-стѣ съ тѣмъ, залогъ, на основаніи ст. 10 тѣхъ же главныхъ основаній, долженъ получить значеніе права, ненарушимаго въ своей силѣ перемѣнами, которыя могутъ произойти послѣ его возникновенія, какъ въ лицѣ собственника имѣнія, такъ и вслѣдствіе установленія на этомъ имѣніи новыхъ правъ. Тѣ же начала высказаны были и въ ст. 128, 130 и 155 проекта ипотечной комиссіи. Такимъ образомъ, по мысли этого проекта и согласно главнымъ основаніямъ, залогъ долженъ получить въ проектируемомъ законоположеніи значеніе права, почерпающаго свою силу не въ какихъ либо стѣснительныхъ мѣрахъ, внѣ его лежащихъ (напр. при помощи наложеннаго на имѣніе запрещенія), а въ самомъ себѣ, въ своемъ *вотчинномъ характерѣ*, въ томъ, что, будучи разъ установленъ, онъ до тѣхъ поръ, пока не погашенъ, тяготеетъ ненарушимо на имѣніи, слѣдуя судьбѣ сего послѣдняго, въ чьи бы руки оно не перешло и какими другими правами оно не оказалось бы впослѣдствіи обремененнымъ.

Несоответствіе дѣйствующаго залоговаго права этимъ условіямъ.

Обращаясь отъ изложеннаго къ дѣйствующему законодательству, мы видимъ, однако же, что послѣднему не только чуждо полное, всестороннее подчиненіе залога вышеупомянутымъ началамъ гласности, спеціальности и безповоротности, но что и исходная точка зрѣнія на залогъ представляется совершенно отличной отъ только что изложенной. Первое не нуждается въ подробномъ разясненіи. Что же касается до второй, то уже здѣсь можно указать на то, что хотя цѣль залога по системѣ дѣйствующаго права съ одной стороны, и главныхъ основаній съ другой, одна и та же, а именно обезпеченіе извѣстнымъ имѣніемъ должника требованія кредитора, тѣмъ не менѣе средства, при помощи коихъ цѣль эта достигается, представляются въ этихъ системахъ совершенно различными. То огражденіе интересовъ третьихъ лицъ при залогѣ, кото-

рое по главнымъ основаніямъ должно осуществляться *само собою*, черезъ сообщеніе залогѣ характера вѣчного права, достигается въ дѣйствующемъ законодательствѣ посредствомъ сопутствующаго установленію залога *запрещенія*, ограничивающаго, по общему правилу, должника въ правѣ отчужденія имѣнія и обремененія его новыми залогами. Рядомъ съ указаннымъ ограниченіемъ должника, законодательство наше, какъ уже упомянуто выше, ограничиваетъ также и кредитора въ возможности передачи кому либо другому принадлежащаго ему залоговаго требованія. Такимъ образомъ, по основной мысли, легшей въ основаніе нашего дѣйствующаго права о залогѣ, послѣдній разсматривается не какъ право, непосредственно тяготеющее на имѣніи и потому безразличное съ точки зрѣнія того, кто въ каждый данный моментъ существованія этого права будетъ обладателемъ какъ сего послѣдняго, такъ и самаго имѣнія, а *какъ на право по преимуществу съ личнымъ характеромъ*.

Кромѣ того, система дѣйствующаго законодательства по залоговому праву имѣетъ еще и ту особенность, что до сихъ поръ отражаетъ на себѣ въ значительной мѣрѣ вліяніе предшествовавшей ей и отжившей свой вѣкъ законодательной системы. Вліяніе это отразилось какъ положительно, напр. на постановленіяхъ о вводѣ во владѣніе заложеннымъ имѣніемъ, объ отвѣтственности по залогѣ и др. ⁽¹⁾, такъ и отрицательно—отсутствіемъ правилъ по важнѣйшимъ вопросамъ этого права (по вопросу о пространствѣ дѣйствія залога, о правовомъ положеніи собственника во время существованія залога, о старшинствѣ и т. п.) ⁽²⁾. Въ частности, что касается до означенныхъ пробѣловъ, то они, безъ сомнѣнія, являются одной изъ главныхъ причинъ, парализирующихъ ту обеспеченность, которая вообще представляется задачею залога. Едва ли какая либо часть дѣйствующаго законодательства является въ такой степени неполною, столь страдающею отсутствіемъ руководящихъ началъ для разрѣшенія многихъ вопросовъ,

⁽¹⁾ См. §§ 7—9 отдѣла III настоящихъ объясненій, стр. 87 и слѣд.

⁽²⁾ См. §§ 5, 6 и 10 тамъ же, стр. 60—87, 96 и слѣд.

выдвигаемыхъ потребностями практической жизни, какъ та, которая относится къ залогу. Неполнота эта отражается весьма тяжело на имущественныхъ интересахъ лицъ, нуждающихся въ услугахъ этого института, ставить не рѣдко суды въ весьма затруднительное положеніе и служить поводомъ къ возбужденію предъ правительствомъ жалобъ на недостаточность дѣйствующихъ правилъ по залоговому праву и ходатайствъ о соотвѣтственномъ ихъ дополненіи ⁽¹⁾.

Не подлежитъ сомнѣнію, что предпринимаемое нынѣ преобразование въ области залога можетъ достигнуть своей цѣли лишь подъ условіемъ цѣльности постановленій о немъ, полной гармоніи всѣхъ относящихся къ нему правилъ, такъ, чтобы постановленія эти проникнуты были одною руководящею мыслью. Та или другая исходная точка зрѣнія на залоговое право такъ глубоко затрогиваетъ всѣ стороны этого права, такъ сильно отражается на всѣхъ важнѣйшихъ вопросахъ, изъ него вытекающихъ, что она не можетъ не оказать вліянія на всю совокупность законоположеній, касающихся залога. Съ сообщеніемъ, напримѣръ, залогу характера вотчиннаго права падаетъ сама собою существующая у насъ запретительная система. Вмѣстѣ съ тѣмъ, должно отнестъ также все то, что, составляя наслѣдіе древняго воззрѣнія нашего права на этотъ институтъ, несогласуется болѣе съ упомянутымъ его характеромъ. Что же касается тѣхъ пробѣловъ въ постановленіяхъ дѣйствующаго законодательства по залоговому праву, о которыхъ упомянуто выше, то они, оставшись непополненными, сдѣлались бы еще болѣе ощутительными. Не замѣчать, поэтому, необходимости того единства, той внутренней связи, которая должна соединять всѣ правила о залогѣ, значило бы, очевидно, породить въ будущемъ цѣлую массу противорѣчій и опять таки недомолвокъ и пропусковъ въ законѣ, тѣмъ болѣе опасныхъ, что они подрывали бы все значеніе настоя-

⁽¹⁾ См., напр., сборникъ матеріаловъ и постановленій по вопросамъ, подлежавшимъ обсужденію V сѣзда представителей учреждений русскаго поземельнаго кредита, стр. 55 и слѣд.

щей реформы, такъ какъ достиженіе благодѣтельныхъ результатовъ, къ которымъ она стремится по своему существу, сдѣлалось бы при подобныхъ условіяхъ совершенно невозможнымъ.

Всѣми изложенными причинами намѣчался какъ бы самъ собою тотъ путь, которому надлежало слѣдовать при начертаніи правилъ настоящаго проекта, относящихся къ залоговому праву. Если въ примѣненіи къ праву собственности на недвижимыя имѣнія и къ ограниченіямъ этого права задача проекта сводилась единственно лишь къ опредѣленію тѣхъ измѣненій и дополненій въ дѣйствующемъ законодательствѣ по этимъ предметамъ, которыя вызываются открытіемъ вотчинныхъ книгъ на недвижимыя имѣнія и подчиненіемъ правъ, внесенныхъ въ эти книги, началамъ гласности, безповоротности и спеціальности, то по отношенію къ залоговому праву задача эта сдѣлалась, по необходимости, гораздо шире. Здѣсь оказалось уже недостаточнымъ ограничиться проектированіемъ означенныхъ измѣненій и дополненій, но въ отличіе отъ прочихъ главъ раздѣла I настоящаго проекта, относящихся къ вотчиннымъ правамъ, пришлось пересмотрѣть всѣ дѣйствующія нынѣ постановленія о залогѣ. Въ этомъ отношеніи, впрочемъ, проектъ слѣдуетъ лишь указаніямъ проекта состоявшей при министерствѣ юстиціи ипотечной комисіи и преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній, которыя тоже не ограничиваются общими постановленіями, до всѣхъ вотчинныхъ правъ относящимися, а напротивъ того, посвящаютъ матеріальному залоговому праву свое особенное вниманіе, отвѣчая на существеннѣйшіе его вопросы, какъ то: на вопросъ объ отвѣтственности заложеннаго имѣнія (ст. 136 и слѣд. проекта ипот. ком.; ст. 16 главн. осн.), объ имущественной и личной отвѣтственности должника по залогу (ст. 150—154 проекта ип. ком.; ст. 20 главн. осн.), о передачѣ требованій, залогомъ обеспеченныхъ (ст. 155 проекта ип. ком.; ст. 21 главн. основ.), о вступленіи въ права залогодержателя, о такъ называемой ипотека собственника (ст. 160 — 164 проекта ипот. ком.; ст. 23—26 главн. осн.) и др.

Необходимость дать въ проектируемомъ законоположеніи полное изложеніе правилъ о залогѣ, должноствующее замѣнить собою все дѣйствующее законодательство по этому предмету.

Здѣсь понадобилось, слѣдовательно, обнять все залоговое право въ его совокупности и дать полное изложеніе правилъ, опредѣляющихъ сущность залога и порождаемыхъ имъ юридическихъ отношеній, изложеніе, долженствующее замѣнить собою все дѣйствующее законодательство по этому предмету.

Очевидно также, что только указанное цѣльное изложеніе упомянутыхъ правилъ способно отвѣчать требованіямъ законодательной систематики и техники, что только оно одно даетъ возможность выдержать послѣдовательно терминологию закона, столь существенно вліяющую на правильное его толкованіе. Ограничиться въ данномъ случаѣ указаніемъ однихъ лишь измѣненій и дополненій дѣйствующихъ правилъ о залогѣ, въ особенности, если принять во вниманіе многочисленность этихъ измѣненій и дополненій, нельзя, такъ какъ это повело бы къ необходимости въ будущемъ, при обсужденіи каждаго даннаго вопроса залоговаго права, справляться по двумъ различнымъ законоположеніямъ, старому и новому, что, въ свою очередь, представлялось бы не только затруднительнымъ, но и отражалось бы вредно на ясности и наглядности закона.

Какъ ни многочисленны, впрочемъ, тѣ измѣненія и дополненія, которыя проектъ вводитъ въ систему дѣйствующаго законодательства по залоговому праву, всѣ онѣ допущены лишь на столько, на сколько въ нихъ предстояла дѣйствительная необходимость по существу дѣла. Безусловно чуждый возрѣніямъ, стремящимся создать при помощи ипотечнаго законодательства болѣе радикальныя орудія поземельнаго кредита (каковы, на примѣръ, прусскій грундшюльдъ и мекленбургская ипотека) сравнительно съ залогомъ въ общепринятомъ его значеніи ⁽¹⁾, проектъ вотчиннаго устава избѣгаетъ, въ тоже время, всякой излишней ломки нынѣшнихъ правилъ о залогѣ, такой ломки, которая не вызывалась бы сама собою преподанными государственнымъ совѣтомъ главными основаніями. Хотя за симъ, по соображеніямъ, приведеннымъ ниже, проектъ и отсту-

⁽¹⁾ См. ниже, отдѣлъ IV настоящихъ объясненій, §§ 1 и 2, стр. 107 и слѣд.

пасть отъ нѣкоторыхъ главныхъ основаній, преимущественно тѣхъ, коими затрогиваются вопросы о такъ называемой ипотека собственника и объ отвѣтственности по залогу ⁽¹⁾, но взгляды проекта на эти вопросы, согласные съ воззрѣніями на нихъ ипотечныхъ законодательствъ наиболѣе умѣреннаго типа, въ сущности только смягчаютъ переходъ отъ нынѣ дѣйствующаго законодательства къ ипотечной системѣ, дѣлая этотъ переходъ менѣе чувствительнымъ и рѣзкимъ.

Изложенію соображеній по отдѣльнымъ статьямъ настоящей главы раздѣла I-го проекта вотчиннаго устава предпосылаются: во 1-хъ, краткій историческій очеркъ развитія залоговаго права на западѣ и у насъ; во 2-хъ, обзоръ важнѣйшихъ положеній дѣйствующаго законодательства о залогѣ и необходимыхъ въ немъ измѣненій и дополненій; въ 3-хъ, изложеніе руководящихъ началъ, принятыхъ проектомъ въ основаніе, и въ 4-хъ, объясненіе усвоенной въ немъ терминологіи.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Краткій историческій очеркъ развитія залоговаго права на западѣ и у насъ.

I. Историческое развитіе залоговаго права на западѣ и у насъ имѣетъ весьма много общаго между собою и свидѣтельствуетъ самымъ нагляднымъ образомъ о томъ, что положеніе, которымъ характеризуется въ общихъ основаніяхъ своихъ современное русское законодательство о залогѣ, не представляется чѣмъ-то своеобразнымъ, исключительно существующимъ на нашей почвѣ, чѣмъ-то такимъ, чему не было бы примѣровъ въ другихъ странахъ. Это сходство въ процессѣ развитія залоговаго права становится вполне понятнымъ, если принять во вниманіе, что право это менѣе, чѣмъ какой либо другой институтъ, способно носить на себѣ печать національныхъ особенностей даннаго народа, такъ какъ оно служитъ исключительно интересамъ экономическимъ,

I. Космополитическій характеръ института залоговаго права.

⁽¹⁾ См. тамъ же, §§ 2 и 5.

обороту цѣнностей, подчиняющемуся въ своемъ развитіи законамъ, общимъ всѣмъ культурнымъ народамъ.

Жизненная идея,
лежащая въ его
основаніи.

Имущественный залогъ появляется тогда, когда личное довѣріе къ должнику и строгія мѣры взысканія, установленныя закономъ, перестаютъ быть достаточными условіями кредита, когда усложнившіяся условія экономической жизни народа заставляютъ искать еще другой основы для развитія кредита, заключающейся въ имуществѣ должника ⁽¹⁾. Новая опора, которую кредитъ отыскиваетъ для себя въ залогѣ, заключается именно въ томъ, чтобы заранѣе, еще до наступленія срока платежа, въ составѣ имущества должника была намѣчена цѣнность, предназначенная, на случай его неисправности, служить источникомъ удовлетворенія кредитора. Другими словами, залогъ вызывается потребностью обезпечить будущее удовлетвореніе долга опредѣленнымъ имѣніемъ должника. Поэтому, задача права въ разсматриваемомъ случаѣ сводится, въ сущности, къ тому, чтобы сохранить это имѣніе къ тому времени, когда долгъ будетъ подлежать удовлетворенію, чтобы обезопасить кредитора противъ такихъ распоряженій должника, отъ которыхъ могла бы пострадать цѣлость и неприкосновенность предмета обезпеченія, а также, чтобы сдѣлать будущее удовлетвореніе долга совершенно независимымъ отъ возможности предъявленія къ должнику еще какихъ либо другихъ требованій, съ которыми долгу этому пришлось бы конкурировать.

Передача заложен-
наго имѣнія креди-
тору, какъ форма,
въ которой идея за-
лога получила въ
древнемъ правѣ
свое внѣшнее выра-
женіе.

Какъ не простою кажется эта задача въ настоящее время, она оказалась совсѣмъ не по силамъ мало развитому древнему праву. Въ глазахъ послѣдняго самымъ удобнымъ средствомъ достиженія цѣли залога представилась передача кредитору имущества, предназначеннаго служить обезпеченіемъ требованія. Нужды нѣтъ, что залогъ въ этомъ видѣ оказывался весьма отяготительнымъ для должника; что послѣдній, лишаясь, одновременно съ установленіемъ залога, владѣнія и пользованія своимъ имуществомъ, переносилъ на кредитора

⁽¹⁾ Plus cautionis est in re quam in persona. L. 25 D. de R. S. (50, 17).

больше того, что представлялось необходимымъ по самому существу дѣла. За то, при помощи этой формы *всего нагляднѣе и проще* осуществлялась на первыхъ порахъ возможность сохраненія въ пользу кредитора предмета залога въ цѣлости и неприкосновенности ко времени просрочки долга, такъ какъ съ передачею заложенного имѣнія должникъ не могъ уже нанести кредитору вреда какими либо распоряженіями по этому имѣнію. Кромѣ того, чтобы отнять у должника возможность нарушенія права кредитора не только фактическими, но и юридическими распоряженіями по заложенному имѣнію, и сдѣлать будущее удовлетвореніе кредитора независимымъ отъ содѣйствія должника и суда, понадобилось еще, чтобы и передача имущества должника была не только фактической, но и юридической, т. е., чтобы она соединена была съ отчужденіемъ. При наличности этого условія, съ одной стороны, должникъ оказывался не въ состояніи отчудить вполнѣ или частью заложенное имѣніе до прекращенія залога, а съ другой стороны, кредиторъ пріобрѣталъ возможность удовлетворить себя изъ этого имѣнія. Такимъ образомъ, вмѣсто того, чтобы согласно своеобразной цѣли, преслѣдуемой въ залогѣ, создать для него и самостоятельную форму, которая бы отличала его отъ всякаго другаго института и не влекла за собою послѣдствій, совершенно чуждыхъ этой цѣли, древнее право обратилось къ старой формѣ отчужденія, какъ находившейся уже въ его распоряженіи. Только значительно позже, когда жизнь болѣе усложнилась, экономическій оборотъ увеличился и право подверглось большому развитію, могли стать очевидными недостатки этой формы, ея неправильное юридическое построеніе и возникнуть стремленіе замѣнить ее другою формою, болѣе отвѣчающею сущности залога.

II. *По римскому праву* ¹⁾ залогъ устанавливался первоначально посредствомъ отчужденія должникомъ кредитору имуще- II. Формы римскаго залога:

⁽¹⁾ *Dernburg*, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, т. I, стр. 7 и слѣд.; *Puchta*, Coursus der Institutionen (9 изданіе), т. II, стр. 246 и слѣд.

1. Fiducia.

щества, предназначеннаго служить обезпеченіемъ долга. Такъ какъ отчужденіе имущества по древне-римскому праву совершалось въ извѣстныхъ торжественныхъ формахъ (такъ называемыхъ *mancipatio* и *in jure cessio*), то эти формы отчужденія примѣнялись и при залогѣ. Торжественное отчужденіе предмета залога сопровождалось публично выраженнымъ соглашеніемъ сторонъ, налагавшимъ на кредитора обязанность возратить имущество должнику, по уплатѣ имъ долга, или вознаградить должника за вредъ и убытки, причиненные ему въ случаѣ нарушенія сей обязанности. Отъ этого соглашения—*actum fiduciae*,—какъ самая сдѣлка о залогѣ, такъ и предметъ залога, т. е. само имущество, носило названіе *fiducia*.

Такимъ образомъ, древнѣйшая форма залога по римскому праву представляла собою соединеніе двухъ формъ: отчужденія имущества должника въ пользу кредитора и договора—*actum fiduciae*. Для характеристики взаимныхъ правъ и обязанностей, устанавливаемыхъ этой формой залога, необходимо указать, что обѣ составныя части ея понимались какъ совершенно независимыя другъ отъ друга. Посредствомъ *mancipatio* или *in jure cessio* предметъ залога переходилъ въ собственность кредитора. Посредствомъ договора—*actum fiduciae* порождались чисто личныя отношенія между кредиторомъ и должникомъ. Установленная этимъ договоромъ обязанность кредитора возратить предметъ залога должнику по уплатѣ имъ долга не ограничивала права собственности кредитора на этотъ предметъ, не имѣла вотчиннаго характера.

Правовое положеніе
сторонъ при этой
формѣ;

Установленный въ этомъ видѣ залогъ представлялъ для кредитора болѣе чѣмъ полное обезпеченіе. Становясь, одновременно съ возникновеніемъ залога, собственникомъ предмета его, кредиторъ имѣлъ право владѣть, пользоваться и распоряжаться имъ по своему усмотрѣнію; онъ имѣлъ возможность отчудить его безъ предварительнаго согласія или увѣдомленія должника и не дожидая времени, когда требованіе будетъ подлежать исполненію. Ему принадлежало право обременить предметъ залога другими правами, право на плоды, право отыскивать этотъ предметъ изъ чужаго владѣнія.

Пользуясь всѣми правами собственника, кредиторъ несъ и всѣ обязанности, связанныя съ собственностью, какъ то: платилъ подати и т. п.

Съ другой стороны, полнота заключавшагося въ этой формѣ залога обезпеченія прибрѣталась въ ущербъ должнику. Чтобы воспользоваться одною выгодною, заключавшеюся въ его собственности, должнику необходимо было отчудить ее, т. е. отказаться отъ всѣхъ остальныхъ ея выгодъ. Переставъ быть, вмѣстѣ съ установленіемъ залога, собственникомъ имущества, даннаго въ обезпеченіе, должникъ тѣмъ самымъ лишенъ былъ, естественно, права отыскивать это имущество изъ рукъ третьихъ лицъ, прибрѣвшихъ на оное отъ кредитора или его правопреемниковъ право собственности или какое нибудь иное право. Удовлетворивъ требованіе кредитора, должникъ могъ лишь предъявить къ нему на основаніи *actum fiduciae* личный искъ (*actio fiduciae*) о возвратѣ имущества, а когда оно не оказывалось уже къ тому времени въ рукахъ кредитора или было обременено послѣднимъ правами въ чью либо пользу, — отыскивать съ кредитора вознагражденіе за вредъ и убытки.

Несмотря, однако же, на то, что при посредствѣ этой формы залога кредиторъ прибрѣталъ неограниченное ничѣмъ, кромѣ личнаго договора, право собственности на имущество должника, право это, по воззрѣнію римлянъ, не имѣло того значенія, будто бы оно установлено было взаимнѣмъ требованію кредитора, служило такъ сказать вознагражденіемъ за это требованіе, его эквивалентомъ. Римскому праву на всѣхъ ступеняхъ развитія залога всегда былъ присущъ взглядъ на него, какъ на право, не имѣющее независимаго, отдѣльнаго существованія, но предполагающее непременно для своего бытія существованіе другаго, главнаго права, къ обезпеченію котораго оно направлено и потому само собою прекращающееся вмѣстѣ съ прекращеніемъ этого главнаго права, однимъ словомъ, какъ на право съ чисто придаточнымъ, дополнительнымъ значеніемъ ⁽¹⁾. Поэтому, съ прибрѣтеніемъ кредиторомъ, при посредствѣ

присущее ей значеніе залога, какъ права не самостоятельнаго, а дополнительнаго.

⁽¹⁾ L. 43 D. de solut. (46, 3).

fiducia, права собственности на предмет залога, обязанность должника уплатить долгъ не прекращалась, но, напротивъ того, продолжала существовать одновременно съ означеннымъ правомъ. Если должникъ этой обязанности не исполнялъ, кредиторъ могъ предъявить къ нему личный искъ, продать должника, въ порядкѣ личнаго взысканія, въ неволю и этимъ лишь путемъ освободиться отъ своей обязанности возратить имущество должнику. Хотя подъ влияніемъ возраставшаго могущества бѣдныхъ классовъ римскаго населенія путь личнаго взысканія становился все болѣе и болѣе недоступнымъ для кредиторовъ, однакоже онъ замѣненъ былъ другою крайностью, не менѣе тяжелою для должниковъ и состоявшею въ томъ, что въ *actum fiduciae* включалось условіе, по которому предметъ залога, въ случаѣ невыкупа его должникомъ къ извѣстному сроку, оставался за кредиторомъ вмѣсто причитавшагося ему удовлетворенія (такъ называемая *lex commissoria*). Только въ значительно позднѣйшее время, а именно къ концу республики, условіе это стало чаще замѣняться другимъ условіемъ, болѣе соответствующимъ сущности залоговаго права, но за то и предполагающимъ уже значительно большее правовое развитіе, такъ называемымъ *actum de vendendo*, заключавшимся въ правѣ кредитора продать предметъ залога на удовлетвореніе требованія, соединенномъ съ обязанностью возратить должнику излишекъ изъ суммы, вырученной отъ этой продажи.

2. *Pignus*.

Рядомъ съ *fiducia* римское право выработало другую форму залога, извѣстную подъ названіемъ *pignus* ⁽¹⁾. Обѣ

(1) Не входя въ подробное разсмотрѣніе причинъ возникновенія *pignus*, достаточно напомнить, что онѣ коренятся въ общихъ явленіяхъ римской жизни, создавшихъ рядомъ со строгимъ, формальнымъ *jus civile*, другую систему права, а именно право преторское, основанное на началахъ рационализма. Въ примѣненіи къ залоговому праву означенныя начала проявились какъ въ замѣнѣ прежнихъ строгихъ формъ установленія залога (*mancipatio* и *in jure cessio*) болѣе свободною, такъ и въ расширеніи круга лицъ и предметовъ, въ отношеніи къ которымъ могли возникнуть залоговыя права. Въ послѣднемъ отношеніи, создавая *pignus*, преторское право

эти формы имѣли то общее между собою, что и при *pignus* передача кредитору имущества, которое должно служить обезпеченіемъ долга, является средствомъ достиженія цѣли залога. Но за то, въ отличіе отъ первой изъ этихъ формъ, означенное имущество передавалось при установленіи *pignus* не въ собственность кредитора, но лишь *во владѣніе его*, съ обязанностью, конечно, возвратить это имущество по полученіи удовлетворенія. *Pignus* возникалъ, слѣдовательно, посредствомъ передачи предмета залога во владѣніе кредитора на основаніи договора, при заключеніи коего не требовалось соблюденія торжественныхъ формъ и обрядовъ.

Однакоже прогрессъ, который, повидимому, заключался въ этой формѣ залога сравнительно съ предъидущею, былъ только мнимый. Произошло это отъ того, что и на этой ступени своего развитія идея залога не получила еще самостоятельнаго, согласнаго своеобразному своему значенію, выраженія. Если *pignus*, съ одной стороны, значительно облегчилъ положеніе должника въ томъ отношеніи, что послѣдній, при установленіи залога, не терялъ своего права собственности на заложенное имущество, за то, съ другой стороны, онъ являлся для кредитора далеко несовершеннымъ средствомъ обезпеченія.

Несовершенство
этой формы обезпеченія.

Такъ какъ кредиторъ, съ установленіемъ *pignus*, считался лишь владѣльцемъ заложенного имущества, то онъ не имѣлъ для защиты своего права вещнаго иска, не могъ отыскивать заложенного имущества у третьихъ лицъ. Точно также кредиторъ былъ поставленъ въ беззащитное положеніе по отношенію къ предъявленному къ нему вещному иску по тому же имуществу. Стоило, напримѣръ, должнику, по скольку тому не препятствовало то обстоятельство, что заложенное имущество не находилось въ его владѣніи, продать это имущество другому лицу и кредиторъ могъ лишиться

стремилось къ тому, чтобы сдѣлать возможнымъ залогъ всякаго рода имущества (т. е. не только однихъ *res mancipi*, составлявшихъ, какъ извѣстно, исключительный предметъ *jus civile*), и чтобы предоставить возможность вступать въ сдѣлки о залогѣ не только римскимъ гражданамъ, но и перегринамъ.

своего обезпеченія. Такъ какъ нахожденіе заложеннаго имущества во владѣніи кредитора могло служить препятствіемъ для собственника къ отчужденію этого имущества только въ томъ случаѣ, когда оно было движимое, — ибо нахожденіе въ чужомъ владѣніи недвижимаго имущества не служило для собственника препятствіемъ къ отчужденію его посредствомъ *mancipatio* и *in jure cessio*, — то понятно, что *pignus* могъ получить примѣненіе лишь по отношенію къ движимымъ вещамъ ⁽¹⁾. Но и при такомъ узкомъ примѣненіи разсматриваемая форма залога не давала кредитору дѣйствительнаго обезпеченія; она могла служить ему не болѣе, какъ развѣ средствомъ, удерживая вещь, побудить должника къ платежу долга. Возможность осуществленія той цѣли, къ которой залогъ главнѣйшимъ образомъ направленъ — получить удовлетвореніе изъ заложеннаго имущества посредствомъ продажи его, — не доставала этой формѣ залога. *Creditor pignoratitius* не имѣлъ права продать заложенное имущество съ цѣлью полученія удовлетворенія. Онъ не могъ отчудить его въ собственность другого лица потому, что не былъ самъ собственникомъ, что этому противилось общее начало права: никто не можетъ передать другому больше правъ, чѣмъ самъ имѣетъ. Къ устраненію, при такихъ обстоятельствахъ, означеннаго противорѣчія между дѣйствительными требованіями жизни и строгими юридическими принципами оставался лишь одинъ путь: установить посредствомъ договора за кредиторомъ право продажи залога въ случаѣ просрочки требованія: *ut liceat creditori pignus vendere*. Но за то, если право это не было особо выговорено, то продажа кредиторомъ заложеннаго имущества считалась недѣйствительною: мало того, она преслѣдовалась какъ кража (*furtum*) ⁽²⁾. Только въ значительно позднѣйшее время, когда залогъ достигъ третьей, болѣе совершенной формы своего развитія, право кредитора про-

(1) *Pignus proprie rei mobilis constitui*. L. 238, § 2 D. de V. S. (50, 16). *Dernburg*, в. п. с., т. I, стр. 46.

(2) *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset vendidit, aut antequam dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit furti se obligat*. L. 73 D. de furtis (47, 2).

дать заложенную вещь, въ случаѣ просрочки долга, стало признаваться само собою подразумѣвающимся и при *pignus* ⁽¹⁾.

Особый видъ *pignus* составляла такъ называемая *antichresis*, состоявшая въ томъ, что должникъ передавалъ кредитору плодоприносящую вещь съ правомъ пользоваться ея плодами взамѣнъ процентовъ. Взаимныя права и обязанности, порождаемыя этою формою, обсуждались по аналогіи съ *pignus* ⁽²⁾. Antichresis, какъ видъ *pignus*.

Недостатки разсмотрѣнныхъ формъ залога не могли не стать очевидными для такого практическаго народа, какимъ былъ народъ римскій. Въ то время, какъ *pignus* давалъ кредитору обезпеченіе, скорѣе фактическое, чѣмъ юридическое, и имѣлъ ограниченную сферу примѣненія, излишекъ обезпеченія, установленнаго при помощи другой формы залога — *fiducia*, ложился тяжелымъ бременемъ на должника. Соединенная съ установленіемъ залога передача имущества должника кредитору лишала должника возможности установить на этомъ имуществѣ еще другое залоговое право въ чью либо пользу. Какъ бы незначителенъ ни былъ долгъ, обезпеченный залогомъ на имущество должника, кредитоспособность этого имущества оказывалась исчерпанною. Мало того, съ передачею предмета залога кредитору, въ особенности когда предметъ этотъ составлялъ недвижимое имущество, должникъ лишался нерѣдко единственнаго источника къ содержанію себя и своего семейства и возможности удовлетворить долгъ изъ доходовъ этого имущества. Но и для кредитора полученіе предмета залога въ свое владѣніе могло составлять весьма часто лишь совершенно ненужную обузу, такъ какъ главный интересъ его при установленіи залога заключался въ томъ, чтобы получить обратно свой капиталъ, а не въ томъ, чтобы заниматься хозяйствомъ, — дѣломъ, можетъ

Недостатки об-
ихъ названныхъ
формъ.

(1) L. 9 D. de distractione pignorum (20, 5).

(2) L. 11 § 1 D. de pignor. (20, 1); L. 1 § 3, тамъ же; L. 17 C. de usur. (4, 32).

быть, вполне чуждымъ ему — и притомъ въ имѣніи, которое должно возвратиться къ должнику по уплатѣ имъ долга. Наконецъ, какъ послѣдствіе всѣхъ этихъ недостатковъ формы залога, соединенной съ передачей кредитору имущества должника, должно было съ тою же очевидностью обнаружиться, что форма эта, пригодная развѣ для цѣлей краткосрочнаго кредита, представляется непримѣнимой для кредита долгосрочнаго, т. е. того, который предпринимается съ цѣлью производства улучшеній въ имуществѣ, между тѣмъ какъ въ этомъ-то кредитѣ и нуждается главнѣйшимъ образомъ поземельная собственность.

3. Hypotheca.

Для освобожденія залога отъ всѣхъ указанныхъ недостатковъ надлежало, прежде всего, отказаться отъ того, *чтобы связывать установленіе залога съ передачею кредитору имущества должника*. Сдѣлать это представилось тѣмъ болѣе необходимымъ и возможнымъ, что владѣніе заложеннымъ имуществомъ не составляетъ существенной принадлежности идеи залога, что конечная цѣль его, въ отличіе отъ другихъ вотчинныхъ правъ, направлена вовсе не къ тому, чтобы предоставить лицу, въ пользу котораго залогъ установленъ, какую нибудь непосредственную матеріальную прибыль, какія нибудь выгоды въ заложенномъ имуществѣ, заключающіяся въ пользованіи имъ, или въ извлеченіи изъ него доходовъ. Цѣль залога состоитъ исключительно въ обезпеченіи извѣстнымъ имуществомъ должника требованія кредитора, въ предоставленіи кредитору права требовать удовлетворенія долга изъ этого имущества. Надлежало, слѣдовательно, достиженія этой цѣли искать въ ней самой, а не при посредствѣ другихъ институтовъ, и такимъ образомъ возвести залогъ на степень своеобразнаго права, и при томъ такого, которое, обременяя имѣніе, было бы обязательно для всякаго лица, пріобрѣвшаго послѣ установленія залога право собственности на это имѣніе или какое либо другое въ немъ право, т. е. имѣло бы характеръ права вотчиннаго. При такихъ условіяхъ, кредиторъ, въ пользу котораго установлено залоговое право, былъ бы уже не собственникомъ и не владѣльцемъ предмета залога, а единственно лишь

обладателемъ означеннаго права. Право кредитора продать заложенное имущество имѣло бы основаніемъ своимъ не передачу ему права собственности и не особый договоръ (*pactum de vendendo*), но предполагалось бы само собою, вытекало бы необходимо изъ самой сущности залога, какъ таковаго, такъ что оно не могло бы быть даже устранено соглашеніемъ сторонъ. Наконецъ, должникъ, установившій въ своемъ имуществѣ залоговое право, оставался бы собственникомъ и владѣльцемъ этого имущества, не лишался бы возможности извлекать выгоды, имъ доставляемыя, и въ частности отчудить имущество, или обременить его новыми залогами.

Такова и была третья форма залога, извѣстная въ римскомъ правѣ подъ именемъ *hypotheca* ⁽¹⁾. Форма эта, давшая ипотечной системѣ свое названіе, перешла въ новѣйшія западно-европейскія законодательства, хотя, впрочемъ, съ тѣми двумя главными отличіями: во 1-хъ, что она примѣняется только къ недвижимымъ имѣніямъ и во 2-хъ, что продажа заложеннаго имѣнія производится не самимъ кредиторомъ, но при посредствѣ суда. Если передача заложеннаго имущества кредитору, какъ общее правило, и удержана означенными законодательствами по отношенію къ залогу движимыхъ вещей, т. е. закладу (*Faustpfand, gage*), то это вызывается при закладѣ исключительно особымъ свойствомъ движимыхъ вещей, какъ таковыхъ, тѣмъ, что онѣ вообще могутъ быть весьма легко уничтожены или попорчены должникомъ, скрыты или переданы имъ въ третьи руки, почему безъ изыятія ихъ изъ владѣнія должника кредиторъ подвергался бы опасности лишиться своего обезпеченія. При томъ же изыятіе движимыхъ вещей изъ владѣнія должника не представляется столь тягостнымъ для должника, какъ лишеніе его владѣнія недвижимостью, а храненіе этихъ вещей кредиторомъ не требуетъ отъ него того труда, а иногда знаній, которыя по общему правилу могутъ быть необходимы для поддержанія недвижимаго имѣнія. Засимъ,

Существенныя отличія, съ которыми она перешла въ новѣйшія законодательства.

⁽¹⁾ *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam quum non transit, nec possessio ad creditorem. L. 9 § 2 D. de pign. act. (13, 7).*

хотя нѣкоторые законодательства, какъ, напимѣръ, французское, и удержали въ постановленіяхъ своихъ (ст. 2073 code civil) ту форму, которая была извѣстна въ римскомъ правѣ подъ названіемъ *antichresis*, т. е. была соединена съ передачей владѣнія, тѣмъ не менѣе весьма спорнымъ представляется между юристами вопросъ, порождаетъ ли она въ пользу кредитора право на преимущественное удовлетвореніе или не порождаетъ и слѣдуетъ ли, поэтому, вообще относить ее къ формамъ залога, а не правильнѣе ли, напротивъ того, видѣть въ ней не болѣе какъ самостоятельный, отличный отъ послѣдняго по своей юридической природѣ, видъ обезпеченія обязательствъ ⁽¹⁾.

III. Формы залога
по германскому
праву:

1. Aeltere Satzung.

Отождествленіе ея
съ куплей-продажей
и

III. Подобно римскому и по древне-германскому праву залогъ связанъ былъ съ передачею кредитору имѣнія должника. Самая сдѣлка объ установленіи залога отождествлялась съ продажей, соединенной съ правомъ выкупа (такъ называемая *ältere Satzung*). Акты объ установленіи залоговаго права и акты купли-продажи на выкупъ были столь схожи между собою, составлены въ столь тождественныхъ выраженіяхъ, что весьма часто трудно отличить, какая изъ этихъ сдѣлокъ имѣлась въ виду сторонами ⁽²⁾.

Впрочемъ, не смотря на указанное сходство древне-германскаго права съ римскимъ, значеніе, присвоенное въ данномъ случаѣ отчужденію, на основаніи перваго изъ этихъ правъ было совершенно отлично отъ того значенія, какое связывается съ этимъ понятіемъ по римскому праву и по современнымъ законодательствамъ. Какъ въ правосознаніи германскаго народа, такъ и въ германскомъ законодательствѣ, должникъ и по установленіи на своемъ имѣніи залоговаго права не переставалъ считаться собственникомъ этого имѣнія; онъ могъ продать его, передать по наслѣдству, предъявлять о немъ вещные иски противъ третьихъ лицъ.

⁽¹⁾ *Laurent*, Principes de droit civil, т. 28, § 561 и слѣд.

⁽²⁾ *v. Maibom*, das deutsche Pfandrecht, стр. 266 и 273; *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts (2-е изданіе), т. II, стр. 300; *v. Roth*, System des deutschen Privatrechts, ч. III (Sachenrecht), стр. 501 и слѣд.

При посредствѣ залога кредиторъ прибрѣталъ по древне-германскому праву не самое недвижимое имѣніе, переданное ему должникомъ, но лишь право владѣнія и пользованія въ этомъ имѣніи, причемъ должникъ сохранялъ за собою право выкупа. Отождествленіе по этому праву залога съ куплей — продажей заключалось собственно въ томъ, что и онъ, подобно сей послѣдней, имѣлъ характеръ мѣновой сдѣлки, что капиталъ, данный кредиторомъ должнику, получалъ значеніе покупной цѣны за то право владѣнія и пользованія, которое устанавливалось при посредствѣ залога въ пользу кредитора. Отождествленіе это могло стать возможнымъ только при такой системѣ права, какъ германская, которая понятіе о куплѣ-продажѣ, дареніи и мѣнѣ одинаково примѣняла не только къ прибрѣтенію имущества, но и правъ, и притомъ правъ не только существующихъ, но и вновь устанавливаемыхъ, и смѣшивая такимъ образомъ юридическую сторону дѣла съ экономической, говорила о покупкѣ права леннаго владѣнія, вотчинныхъ выдачъ (*Repenkauf*) и т. п.

Право кредитора на имѣніе должника, прибрѣтенное при посредствѣ этой формы залога, было неограниченное, такъ что, пока имѣніе не было выкуплено должникомъ, кредиторъ находился фактически въ положеніи собственника. Онъ не обязанъ былъ давать отчета въ полученныхъ изъ имѣнія доходахъ, могъ производить всякія перемѣны въ имѣніи по своему усмотрѣнію, безъ какой бы то ни было передъ должникомъ отвѣтственности. Онъ могъ также отчудить свое право, заложить его, равнымъ образомъ установить временно на имѣніи другія права. Въ случаѣ невыкупа имѣнія должникомъ, кредитору предоставлялось обыкновенно самымъ договоромъ о залогѣ право удержать имѣніе въ свою собственность (*lex commissoria*). Когда же право это договоромъ выговорено не было, что случалось впрочемъ сравнительно рѣдко ⁽¹⁾, то кредиторъ могъ оставаться при своемъ правѣ владѣнія и пользованія, могъ также требовать продажи имѣнія съ публичнаго торга, причемъ, въ послѣд-

(1) *v. Maibom*, в. п. с., стр. 332, 346.

немъ случаѣ, излишекъ въ покупной суммѣ обращался въ пользу его, кредитора, который за то несъ и убытокъ, когда покупная сумма оказывалась ниже той, которая дана имъ должнику.

Означенныя послѣдствія залога вполнѣ соотвѣтствовали представленію о залогѣ, какъ о мѣновой сдѣлкѣ. Благодаря отождествленію съ куплей-продажей, залогъ не могъ служить единственно средствомъ обезпечить кредитору получение долга, но являлся, подобно куплѣ-продажѣ, сдѣлкою, въ существѣ своемъ, рискованною, могущею дать прибыль или убытокъ.

обусловленное таковымъ отождествленіемъ самостоятельное значеніе залога по этой формѣ.

При указанномъ взглядѣ древне-германскаго права на залогъ, какъ на мѣновую сдѣлку, и самое отношеніе между личнымъ требованіемъ и залогомъ по этому праву не могло, естественно, не быть совершенно другимъ, нежели оно представлялось по римскому праву. Удовлетвореніе кредитора платежемъ полученной отъ него суммы перестаетъ быть *обязанностью*, лежащею на должникѣ во все время существованія залога, но является *правомъ* должника выкупить имѣніе, данное во владѣніе и пользованіе кредитора. Залогъ, слѣдовательно, имѣлъ здѣсь значеніе не права, направленнаго исключительно къ обезпеченію требованія кредитора, права, необходимо предполагающаго существованіе требованія, но, напротивъ того, права самостоятельнаго, установленнаго *взамѣнъ* требованія, купленнаго за данную должнику сумму. Кредиторъ, по общему правилу, не имѣлъ права требовать отъ должника уплаты этой суммы, такъ какъ такое право было бы равносильно праву требовать выкупа установленнаго залогомъ права владѣнія и пользованія. Онъ не только не могъ обратиться къ другому имуществу должника въ томъ случаѣ, когда цѣна, вырученная путемъ публичной продажи заложеннаго имѣнія, не покрывала означенной суммы, но не имѣлъ также права требовать эту послѣднюю съ должника при случайномъ уничтоженіи предмета залога ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ v. Maibom, в. п. с., стр. 292 и слѣд.; Stobbe, в. п. с., стр. 299; v. Roth, в. п. с., стр. 503, прим. 19.

Такова форма залога древне-германскаго права. Благодаря распространению, которое право это получило за пределами германской империи, форма эта практиковалась подъ именем *заставнаго владѣнія* и въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ Россіи, а именно въ западныхъ и прибалтійскихъ губерніяхъ, пока правительство не постановило въ 1827 году, въ видахъ какъ пользы самыхъ имѣній, такъ и цѣлей чисто фискальных (чтобы имѣнія не могли быть передаваемы подъ видомъ заставы въ собственность безъ взысканія крѣпостныхъ пошлинъ), что на будущее время заставные контракты могутъ быть заключаемы только на сроки отъ одного до трехъ лѣтъ, съ правомъ отсрочивать дѣйствіе договора, но не свыше девяти лѣтъ отъ дня совершенія (¹). Удобства, которыя форма эта представляла для обхода запрещеній средневѣковаго права касательно роста и перехода дворянскихъ имѣній къ лицамъ недворянскихъ сословій, — таковы были главныя причины, способствовавшія ея распространению. Очевидно, то, что давалось этой формой, находится внѣ задачи, къ осуществленію которой направлено залоговое право. Непригодная для должника, искавшаго кредита ради поддержки хозяйства въ имѣніи или производства въ немъ улучшеній, — ибо должникъ одновременно съ установленіемъ залоговаго права терялъ владѣніе и пользованіе своимъ имѣніемъ, — форма эта оказывалась, въ равной мѣрѣ, непригодною для кредитора, искавшаго не права владѣнія и пользованія чужимъ имѣніемъ, а вѣрнаго помѣщенія своего капитала.

Древне - германская форма залога въ западныхъ и прибалтійскихъ губерніяхъ (заставное владѣніе).

Недостатки разсмотрѣнной формы залога обнаружались прежде всего въ большихъ торговыхъ центрахъ Германіи, гдѣ приобрѣтеніе кредита, въ которомъ сильно нуждалось городское сословіе по своимъ торговымъ и промышленнымъ занятіямъ, цѣной потери владѣнія, а слѣдовательно, цѣною

2. Neuere Satzung.

(¹) Указъ 14 іюля 1827 г. (П. с. з., № 1241). Ср. также прим. 2 къ ст. 1554 т. X ч. I св. зак. гр. и приложение къ этому примѣчанію въ старомъ изданіи 1857 г. (въ изданіи того же т. и ч. 1887 г. они исключены); ст. 1501—1569 зак. гражд. свода мѣстн. узак. губ. остзейскихъ.

замѣшательства въ правильномъ отправленіи этихъ занятій, не могло не оказаться черезъ-чуръ неудобнымъ. Къ тому же, передача недвижимаго имѣнія кредитору влекла еще за собою и невозможность осуществленія должникомъ политическихъ правъ, связанныхъ въ средніе вѣка съ владѣніемъ недвижимостью. Благодаря этимъ обстоятельствамъ, уже въ XIII столѣтіи выработалась въ Германіи, первоначально въ большихъ городахъ, новая форма залога (такъ называемая *neuere Satzung, Satzung im Schuld*), направленная къ тому, чтобы, оставляя должника при его владѣніи и пользованіи недвижимымъ имѣніемъ, заложеннымъ кредитору, дать кредитору право, въ случаѣ неполученія удовлетворенія, обратиться възысканіе долга на это имѣніе ⁽¹⁾.

Ея сходство и отличие отъ римской *hypotheca* и въ частности

Сходство этой формы залога, хотя и возникшей не подъ вліяніемъ римскаго права, а самостоятельно, съ римскою *hypotheca*, очевидно. Залогъ, въ силу этой формы, получаетъ вновь свое значеніе права дополнительнаго къ другому праву; кредиторъ пріобрѣтаетъ на основаніи залога не эквивалентъ своему требованію, но лишь обезпеченіе сего послѣдняго.

значеніе по ней залога, какъ права, устанавлиющаго личныя отношенія.

Несмотря, однакоже, на это сходство между германской *neuere Satzung* и римской *hypotheca*, обѣ эти формы залога, тѣмъ не менѣе, существенно отличаются другъ отъ друга. Залогъ безъ передачи владѣнія по германскому праву велъ первоначально къ представленію о немъ, какъ о правѣ, устанавлиющемъ только личныя отношенія между кредиторомъ и должникомъ. Цѣль залога, достигаемая на основаніи римскаго права при посредствѣ установленія въ пользу кредитора права *вотчиннаго*, т. е. права, которое, обременяя имѣніе, не препятствуетъ должнику отчудить это послѣднее или установить на немъ другія права, осуществлялась по германскому праву путемъ ограниченія должника въ правѣ распоряженія имѣніемъ. Собственникъ заложеннаго имѣнія не могъ отчудить его, обременить его правами на повременныя выдачи или новыми залогами; ни даже сдать его въ

⁽¹⁾ v. *Maibom*, в. п. с., стр. 402 и слѣд.; *Stobbe*, в. п. с., стр. 297, 298, 305 и слѣд.; v. *Roth*, в. п. с., стр. 504 и слѣд.

наемъ (¹). Въ случаѣ неполученія удовлетворенія кредиторъ могъ обратитъ взысканіе своего долга въ общемъ порядкѣ на заложенное имѣніе и владѣть имъ впредь до продажи (²). Только мало по малу, уже подъ вліяніемъ римскаго права, отпали всѣ означенныя ограниченія должника въ правѣ распоряженія имѣніемъ, связанныя съ установленіемъ залога, и послѣдній развился въ Германіи, въ видѣ общаго правила, до значенія вотчиннаго права. Такое значеніе, какъ уже выше упомянуто, присвоено залогу и нынѣ дѣйствующими германскими ипотечными законодательствами и хотя послѣднія, въ постановленіяхъ своихъ о залогѣ, представляютъ собою многія, весьма существенныя, уклоненія отъ римскаго ученія объ ипотекахъ, но уклоненія эти нисколько не касаются сущности залога, какъ права вотчиннаго, а вызываются отчасти болѣе или менѣе строгимъ примѣненіемъ къ залогу со стороны всѣхъ этихъ законодательствъ началъ гласности, безповоротности и спеціальности и отчасти стремленіемъ нѣкоторыхъ законодательствъ преобразовать его въ институтъ права, построенный на началахъ древне-германскихъ институтовъ поземельнаго обремененія (Reallast) и вотчинныхъ выдачъ (Rentenkauf) (³).

3. Вотчинный характеръ залога въ новѣйшемъ германскомъ правѣ.

IV. Что касается, наконецъ, *русскаго права*, то дошедшія до насъ свѣдѣнія объ имущественномъ залогѣ (⁴) относятся ко времени XV столѣтія. Означенныя свѣдѣнія свидѣтельствуютъ самымъ несомнѣннымъ образомъ о томъ, что и по древне-русскому праву обезпеченіе требованія даннымъ имѣніемъ должника признавалось, въ видѣ общаго правила, возможнымъ лишь при помощи передачи имѣнія во владѣніе кредитора; а такъ какъ различіе между собственностью и владѣніемъ было неизвѣстно древнему русскому

IV. Древне - русскій залогъ.

Передача имѣнія кредитору, какъ отличительный признакъ этого залога.

(¹) v. *Maibom*, в. п. с., стр. 427 и слѣд.

(²) v. *Maibom*, в. п. с. стр. 433.

(³) См. ниже, стр. 109 и слѣд.

(⁴) *Мейеръ*, Древнее русское право залога, въ его же Юридическомъ сборникѣ (Казань, 1855), стр. 219 и слѣд.; *Неволинъ*, Полн. собр. соч., т. V, стр. 148—165; *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гражд. права, ч. 1 (изд. 1873 г.), стр. 517 и слѣд.

Отождествленіе за-
кладной съ купчей;

обширность правъ
кредитора;

права должника;

уклоненія, встрѣ-
чавшіяся на прак-
тикѣ отъ обыкно-
венныхъ послѣд-
ствій залога.

праву, которое отождествляло оба эти института, то и съ залогомъ соединялось у насъ понятіе передачи имѣнія должника въ собственность кредитора. И дѣйствительно, залогъ по древне-русскому праву носилъ характеръ отчужденія. Закладная и купчая представляются сдѣлками, весьма близкими между собою и упоминаются въ источникахъ вмѣстѣ, какъ названія, выражающія безразлично одно и то же понятіе ⁽¹⁾.

Означенный характеръ древняго русскаго залога указываетъ на сходство его съ римскою *fiducia*. Приобрѣтая при посредствѣ залога собственность на заложенное имѣніе, кредиторъ имѣлъ право владѣть и пользоваться этимъ имѣніемъ, при чемъ извлеченные изъ него доходы поступали къ кредитору въ силу принадлежавшаго ему права собственности, а не взамѣнъ процентовъ съ даннаго должнику капитала. Кромѣ того, кредиторъ имѣлъ право отчудить заложенное имѣніе и передать его въ залогъ другому лицу. Сообразно съ такимъ правомъ кредиторъ несъ и обязанности, связанныя съ поземельною собственностью, а именно уплачивалъ подати съ заложеннаго имѣнія. Что же касается должника, то ему принадлежало право, по удовлетвореніи кредитора, потребовать отъ него возврата заложеннаго имѣнія. Но такъ какъ, съ переходомъ права собственности на это имѣніе къ кредитору, должникъ лишенъ былъ возможности отыскивать оное у третьихъ лицъ, то означенное право должника, когда заложенное имѣніе было отчуждено кредиторомъ, сводилось къ праву требовать вознагражденіе за лишеніе заложеннаго имѣнія.

Указанныя послѣдствія залога по древне-русскому праву не имѣли безусловнаго значенія въ томъ смыслѣ, что они не исключали на практикѣ возможности различныхъ отступленій отъ нихъ, какъ-то: въ отношеніи оставленія должника при его владѣніи заложеннымъ имѣніемъ, въ отношеніи установленія права пользованія кредитора этимъ имѣніемъ взамѣнъ роста («за ростъ пахати») ⁽²⁾ и т. п., хотя, впро-

⁽¹⁾ См., напр., уложеніе царя Алексѣя Михайловича 1649 г., гл. XVII, ст. 13, 27—29 и др.; указъ 17 іюня 1670 г. (П. с. з., № 474).

⁽²⁾ Акты юрид., 241 и 242.

чемъ, условіе о томъ, что пользованіе заложеннымъ имѣніемъ должно служить замѣною роста, могло имѣть силу лишь до изданія уложенія Царя Алексѣя Михайловича 1649 г., ибо послѣднее запрещало взиманіе процентовъ по займамъ, «потому что по правиламъ святыхъ Апостоловъ и святыхъ Отецъ росту на заемныя деньги имати не велѣно» ⁽¹⁾. Въ этомъ отношеніи и въ древне-римскомъ и въ древне-германскомъ правѣ возможны были въ разныхъ единичныхъ случаяхъ нерѣдко весьма существенныя уклоненія отъ правилъ, которыми характеризовались формы залога, извѣстныя означеннымъ правамъ ⁽²⁾. Но подобныя уклоненія нисколько не колебали значенія этихъ правилъ, какъ *общихъ*, а слѣдовательно и значенія упомянутыхъ формъ залога, какъ главныхъ, какъ такихъ, въ коихъ выражалась тенденція залога на первыхъ ступеняхъ его развитія.

Достойно вниманія, что въ нашемъ древнемъ залоговомъ правѣ совершенно отсутствуетъ сознаніе о томъ, что залогъ, по существу своему, направленъ къ обезпеченію другаго права и имѣетъ только второстепенное, придаточное значеніе. Въ этомъ отношеніи наше древнее право отличалось отъ римскаго и сближалось съ древне-германскимъ, каковое сближеніе не осталось безъ вліянія на постановленіе нашего позднѣйшаго законодательства по вопросу о правѣ кредитора обратиться къ другому имуществу должника, когда вырученная отъ продажи заложеннаго имѣнія сумма оказывалась недостаточною на покрытіе долга, причитающагося по закладной ⁽³⁾. Удовлетвореніе требованія, въ обезпеченіе коего установленъ залогъ, имѣло у насъ значеніе *выкупа* заложеннаго имѣнія. Удовлетворяя кредитора, должникъ не исполнялъ тѣмъ самымъ *обязанности*, лежавшей на немъ въ силу принадлежавшаго кредитору права требованія, но лишь осуществлялъ свое *право* выкупа. «Самостоятельность отчужденія, содержащагося въ залогѣ, говоритъ профес-

Сходство этой формы съ древне-германской:

отождествленіе платежа долга съ выкупомъ заложеннаго имѣнія;

⁽¹⁾ Гл. X, ст. 255.

⁽²⁾ *Dernburg*, в. п. с., стр. 17 и 18; ср. также стр. 22 и слѣд.; *v. Maibom*, в. п. с., стр. 344 и слѣд.; *Stobbe*, в. п. с., стр. 300 и слѣд.

⁽³⁾ См. ниже, стр. 93 и слѣд.

превращеніе за-
кладной, въ случаѣ
просрочки, въ куп-
чую.

соръ Мейеръ, заслоняетъ, такимъ образомъ, его второстепенное дополнительное значеніе и самое исполненіе обеспечиваемаго обязательства получаетъ мѣсто какъ бы въ тѣни этой самостоятельности и является лишь условіемъ для возвращенія отчужденнаго: отъ того акты, содержащіе обеспечение залогомъ, называются обыкновенно закладными, а не сообразно главной сдѣлкѣ; и такъ какъ чаще всего употребляется закладъ въ обеспечение займа или денежнаго долга, то въ общественномъ сознаніи закладная преимущественно означаетъ заемное или другое долговое обязательство, залогомъ обеспеченное» (1). Въ случаѣ, когда должникъ въ условленный срокъ не осуществилъ своего права выкупа, т. е. въ случаѣ просрочки закладной, право это прекращалось и право собственности кредитора, до того времени ограниченное условіемъ выкупа, становится неограниченнымъ, если только на немъ не тяготѣетъ право родового выкупа. «А будетъ кто, поставляетъ уложеніе 1649 года, закладную вотчину кому просрочить и учнетъ о выкупѣ той своей вотчины бити челомъ Государю, послѣ срока: и ему въ томъ отказать, и закладныя его вотчины на выкупъ ему не давать; а велѣтъ такими закладными вотчинами владѣтъ тѣмъ, у кого они въ закладѣ будутъ, и въ книги велѣтъ такія закладныя вотчины по закладнымъ писать за тѣми людьми, кому тѣ вотчины будутъ просрочены и безъ челобитья того, кто ту вотчину заложилъ просрочить, сослався съ Суднымъ приказомъ, не было ли его о выкупѣ той закладной вотчины въ Судебномъ приказѣ челобитья» (2). Вскорѣ послѣ изданія уложенія, а именно въ 1670 году (3) предписано было, чтобы въ теченіи года купчія и закладныя на вотчины записаны были въ помѣстномъ приказѣ, съ тѣмъ, что, въ противномъ случаѣ, купленные и закладныя вотчины отписываются на Великаго Государя «и тѣ ихъ купчія и закладныя впредь не въ купчія». Для объясненія права кредитора требовать, послѣ просрочки закладной, окончательнаго закрѣ-

(1) В. п. с., стр. 231.

(2) Глава XVII, ст. 33.

(3) Указъ 21 іюня 1670 г. (П. с. з., № 475).

пленія за собою заложеннаго имѣнія, древнему праву понадобилось приискать новое правооснованіе, которое и найдено было въ купчей; прекращенная просрочкою закладная превращалась, по общему правилу, въ купчую ⁽¹⁾.

Взглядъ на залогъ какъ на отчужденіе продержался въ нашемъ правѣ до начала настоящаго столѣтія. Взглядъ этотъ до того глубоко укоренился въ народномъ правовомъ сознаніи, что всѣ попытки, сдѣланныя правительствомъ для борьбы съ нимъ, оказались совершенно безуспѣшными.

Вліяніе древняго залога на позднѣйшее русское законодательство.

Первая изъ этихъ попытокъ, хотя, впрочемъ, въ примѣненіи только къ движимымъ имуществамъ, сдѣлана была еще закономъ Іоанна IV 1558 г. ⁽²⁾, коимъ предписывалось удовлетвореніе кредиторовъ производить посредствомъ продажи заложенной вещи и излишекъ выручки отдавать должникамъ. Законъ этотъ остался, однакоже, безъ примѣненія ⁽³⁾.

Законъ 1558 г.;

Реформатская дѣятельность Петра Великаго повела не къ преобразованію залоговаго права, но къ совершенному запрещенію отдавать въ залогъ недвижимыя имѣнія. Запрещеніе это установлено было именно указомъ о единонаслѣдіи ⁽⁴⁾. Что же касается до залоговъ, установленныхъ ранѣе изданія сего указа, то послѣдній въ этомъ отношеніи предписывалъ: «у которыхъ деревни и земли заложены до сего указа и просрочены или и не просрочены: и тѣ деревни и земли выкупать по прежнему указу, а буде кто не выкупитъ: записывать на заимодавцы по тѣмъ крѣпостямъ съ платежемъ прежнихъ пошлинъ» ⁽⁵⁾.

законодательство Петра;

Вторая попытка къ преобразованію нашего залоговаго права сдѣлана указомъ Императрицы Анны Іоановны 1 августа 1737 года ⁽⁶⁾. Правило о томъ, что закладная, въ случаѣ просрочки, превращается въ купчую, было весьма отяготительно для должниковъ. Кредиторы, изъ опасеній

указъ 1 августа 1737 г.;

⁽¹⁾ *Мейеръ*, в. п. с., стр. 259.

⁽²⁾ *Владимірскій-Будановъ*, Христоматія по исторіи русскаго права, вып. 3-й, стр. 16, прим. 51.

⁽³⁾ *Мейеръ*, в. п. с., стр. 263.

⁽⁴⁾ 14 марта 1714 года (П. с. з., № 2789).

⁽⁵⁾ Тамъ же, ст. 11.

⁽⁶⁾ П. с. з., № 7339.

неполнота предпри-
нятой имъ рефор-
мы.

потерь, выдавали подъ залогъ имѣній суммы, далеко не соотвѣтствовавшія стоимости этихъ имѣній, при чемъ нерѣдко, по словамъ означеннаго указа, недобросовѣстно обнадеживали должниковъ, что не запишутъ имѣнія за собою тотчасъ же послѣ просрочки. Кромѣ того, приведенное правило представляло свои неудобства и для кредиторовъ, ибо «какъ къ выкупу время придетъ, тогда заимодавецъ принужденъ ее (деревню) записать, хотя бы ему не надобна была». Съ цѣлью устраненія этихъ неудобствъ, кредиторъ-владѣлецъ заложеннаго имѣнія признается въ приведенномъ указѣ обладателемъ не права собственности на оное, ограниченного правомъ выкупа, но права требовать удовлетворенія изъ этого имѣнія посредствомъ публичной продажи. Такимъ образомъ, указъ 1737 года коснулся самого принципа прежней системы залоговаго права, вводя взглядъ на это право вполне согласный съ его сущностью, и руководствовался при этомъ обоюдными интересами должниковъ и кредиторовъ. Но за тѣмъ, при дальнѣйшемъ опредѣленіи послѣдствій новаго порядка удовлетворенія по закладнымъ, указъ этотъ покидаетъ уже нейтральную почву обоюдныхъ интересовъ должника и кредитора и принимаетъ во вниманіе исключительно интересы должниковъ. Онъ является, въ сущности, реакціею противъ правила о превращеніи просроченныхъ закладныхъ въ купчія, направленною къ облегченію положенія должниковъ. Устранивъ послѣдствія этого правила на столько, на сколько оно было невыгодно для должниковъ, упомянутый указъ оставилъ въ полной неприкосновенности невыгодную сторону примѣненія сего правила по отношенію къ кредиторамъ. Въ случаѣ просрочки закладной, должнику и родственникамъ его дается два мѣсяца срока для выкупа заложеннаго имѣнія съ шестимѣсячною по ихъ просьбѣ отсрочкою. Если они, за тѣмъ, не воспользуются этимъ правомъ, то заложенное имѣніе описывается и продается съ публичнаго торга, при чемъ излишекъ суммы, вырученной изъ продажи, противъ суммы долга, отдается должнику. Въ случаѣ же, когда сумма, вырученная изъ продажи заложеннаго имѣнія, окажется недостаточною на удовлетвореніе долга,

кредиторъ не въ правѣ искать этого удовлетворенія изъ другаго имущества должника, но долженъ довольствоваться заложеннымъ имѣніемъ. «Будетъ же при продажѣ, говорить указъ 1737 года (п. 7), купцы будутъ давать меньше того, что въ закладной написано, а заимодавецъ пожелаетъ ихъ взять за ту цѣну, что онъ закладчику далъ, то ему деревню отдать; а если и заимодавецъ такой деревни за ту цѣну, что онъ закладчику далъ, взять не похочетъ, а станетъ требовать денегъ, а другіе купцы давать будутъ меньше, въ такомъ случаѣ отдавать заимодавцамъ деревни, хотя-бъ онѣ той цѣны и подлинно не стоили: *понеже въ займы деньги давалъ изъ воли своей, и когда въ томъ неосмотрительно поступилъ, долженъ и убытокъ самъ претерпѣть*». Что же касается до другихъ послѣдствій, связанныхъ съ установленіемъ залога на основаніи прежней системы, то онѣ оставлены, въ общемъ, безъ измѣненій. Такъ, должникъ, по прежнему, лишенъ возможности отчуждить заложенное имѣніе, или обременить его новыми залогомъ. Если окажется нѣсколько закладныхъ на одно и тоже имѣніе, то повелѣвается послѣднее справлять за тѣмъ, чья крѣпость старѣе, «по другимъ закладнымъ давать толикое-жъ число изъ другихъ его закладчиковыхъ имѣній, гдѣ заимодавецъ покажетъ», причемъ должникъ подвергался наказанію кнутомъ по уложенію и взысканію двойныхъ пошлинъ.

Однако же и эта попытка преобразования нашего законодательства о залогѣ оказалась безуспѣшною. Примѣненіе ея на практикѣ вызвало, какъ о томъ свидѣтельствуетъ указъ 11 мая 1744 года ⁽¹⁾, затрудненія, состоявшія въ томъ, «что многіе, давъ деньги, послѣ записанныхъ въ закладныхъ сроковъ, чрезъ многія время тѣхъ своихъ денегъ, ни закладнаго недвижимаго имѣнія не получаютъ, отъ чего, хотя-бъ кому и подлинно крайняя нужда пришла, денегъ занять и деревню до срока заложить, то никто денегъ въ займы дать не отваживается». Въ виду сего указомъ этимъ повелѣно: «оный 1737 года указъ отставить» и воз-

Возвращеніе къ старой формѣ залога по указу 11 мая 1744 г.

(1) П. с. з., № 8936.

вернуться къ старой системѣ залоговаго права, дѣйствовавшей въ эпоху уложенія.

Банкротскій уставъ
1800 г.

Система эта отмѣнена окончательно банкротскимъ уставомъ 19 декабря 1800 года ⁽¹⁾, существенныя постановленія коего, касающіяся залоговаго права, вошли въ составъ нынѣ дѣйствующаго законодательства.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Обзоръ важнѣйшихъ положеній дѣйствующаго русскаго законодательства о залогѣ и необходимыхъ въ нихъ измѣненій и дополненій.

Сущность системы
залога по банкрот-
скому уставу.

Сущность новой системы залоговаго права, введенной у насъ со времени изданія банкротскаго устава, заключается въ томъ, что для достиженія цѣли залога нѣтъ никакой нужды въ передачѣ заложеннаго имѣнія кредитору, что залогъ направленъ къ тому, чтобы установить въ пользу кредитора не право собственности на это имѣніе, или право владѣнія имъ, но лишь право требовать, въ случаѣ неисполненія должникомъ его обязательства, удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія. Исходя изъ этой основной мысли, законодательство наше не связываетъ съ установленіемъ залога лишеніе должника не только права собственности его на заложенное имѣніе, но и права владѣть и пользоваться выгодами сего имѣнія и видитъ въ залогѣ не болѣе, какъ средство обезпечить извѣстнымъ имѣніемъ должника будущее удовлетвореніе требованія кредитора.

Неполнота ея за-
конодательной раз-
работки.

Такой взглядъ на залоговое право, вполне отвѣчающій его сущности и проводимый всѣми законодательствами тѣхъ странъ, въ которыхъ дѣйствуетъ ипотечная система, оказался не только новымъ, но и совершенно противоположнымъ точкѣ зрѣнія прежняго нашего законодательства на

⁽¹⁾ П. с. з., № 19692.

это право. Казалось бы, поэтому, что такому рѣшительному характеру разсматриваемой реформы должна была соответствовать и разработка правил, вновь введенныхъ въ положительное законодательство. Несовмѣстность новаго взгляда на залоговое право съ прежнимъ требовала, чтобы при начертаніи означенныхъ правилъ было отброшено все то, что находилось въ непосредственной внутренней связи съ старымъ представленіемъ объ этомъ правѣ и что, будучи удержано въ законодательствѣ, способно лишь вообще затемнить дѣйствительное значеніе новой системы, частью съузить, частью измѣнить вытекающія изъ нея начала и тѣмъ самымъ воспрепятствовать всестороннему ея выраженію. Между тѣмъ, банкротскій уставъ въ постановленіяхъ своихъ по самымъ существеннымъ вопросамъ залоговаго права не пошелъ дальше указа 1 августа 1737 года. Законодатель не могъ еще отрѣшиться отъ представлений о залогѣ, сложившихся подъ вліяніемъ прежнихъ законовъ, и въ то же время, не отдавая себѣ какъ будто вполнѣ яснаго отчета въ рѣзкомъ отличіи вновь вводимаго имъ взгляда на залогъ отъ прежняго, оставилъ безъ отвѣта такіе вопросы залоговаго права, которые, по самому существу новой реформы, должны были получить свое разрѣшеніе въ законѣ. Оттого то дѣйствующая система залоговаго права имѣетъ переходный характеръ отъ прежней системы залога къ той, которая общепринята въ западныхъ ипотечныхъ законодательствахъ. Основныя начала, воспріятыя дѣйствующимъ правомъ, перемѣшаны съ старыми началами, отличавшими прежнюю систему залоговаго права, и въ то же время не достаточно развиты.

Нижеслѣдующій обзоръ важнѣйшихъ положеній дѣйствующаго нашего законодательства о залогѣ лучше всего выяснитъ тѣ задачи, съ которыми необходимо было встрѣтиться при начертаніи правилъ проекта вотчиннаго устава, относящихся къ залоговому праву.

§ 1. Вотчинный характер залоговаго права.

Неразвитость нашего залога до понятія вотчиннаго права, заключающаяся въ стѣсненіяхъ должника въ отношеніи распоряженія имѣніемъ и кредитора—въ отношеніи передачи правъ по закладной.

Подобно тому какъ прежде установленіе залоговаго права, соединенное съ передачею заложеннаго имѣнія кредитору, отнимало у должника возможность отчужденія этого имѣнія или установленія на немъ еще другаго залоговаго права, такъ и по общему правилу дѣйствующаго законодательства *зalogъ представляется правомъ, которое не допускаетъ на сторонѣ должника другой перемѣны, кромѣ наследственной преемства, и можетъ принадлежать въ имѣніи должника только одному кредитору* (ст. 1388 и п. 1 ст. 1630 т. X ч. I, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.). Въ случаѣ залога имѣнія въ разныя руки дѣйствительною признается та закладная крѣпость, которая совершена прежде другихъ, при чемъ должникъ подвергается сверхъ личной еще и уголовной отвѣтственности по уложенію о наказаніяхъ (п. 2 ст. 1630 т. X ч. I). Добровольная продажа заложеннаго имѣнія и зalogъ его другому лицу дозволены лишь при томъ условіи, чтобы при совершеніи купчей или новой закладной была представлена сумма, причитающаяся по закладной, предъявленной ко взысканію, т. е. при условіи погашенія этой закладной (ст. 41 ч. 1 банкр. уст.; п. 1 ст. 1388 т. X ч. I свод. зак. гражд.). Для предупрежденія залога одного и того же имѣнія въ разныя руки въ 1811 году постановлено, чтобы при совершеніи закладной было немедленно наложено *запрещеніе* (ст. 1647 т. X ч. 1) ⁽¹⁾.

Такимъ образомъ, цѣль залога, заключающаяся въ томъ, чтобы сохранить для кредитора обезпеченіе къ тому времени, когда требованіе будетъ подлежать удовлетворенію, и осуществлявшаяся прежде при помощи передачи заложеннаго имѣнія кредитору, достигается по дѣйствующему законодательству наложеніемъ на это имѣніе запрещенія, силою коего собственникъ лишается права отчуждать свое имѣніе или установить на немъ другое залоговое право. Слѣдовательно, чтобы достигнуть означенной цѣли дѣйствующее

⁽¹⁾ П. с. з. 1811 г. 9 февр., № 24516; ср. также 1821 г. дек. 28 № 28850; 1825 г. февр. 17, № 30235; 1826 г. іюля 27, № 495.

законодательство связывает залогъ съ запретительною системою. Цѣною таковой связи, являющейся прямымъ наслѣдіемъ историческаго прошлаго нашего залоговаго права, оказывается въ высшей степени стѣснительное положеніе должника, установившаго залогъ на своемъ имѣніи. Между тѣмъ, очевидно, что стѣсненіе это не вызывается никакими юридическими соображеніями. Залогъ, въ смыслѣ права кредитора требовать удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія, представляется въ сущности обремененіемъ этого имѣнія, т. е. такимъ правомъ, для котораго переходъ имѣнія въ другія руки, или обремененіе послѣдняго еще другими правами представляется совершенно безразличнымъ, ибо оно именно потому, что составляетъ обремененіе имѣнія, что лежитъ на имѣніи, должно признаваться обязательнымъ для всѣхъ новыхъ пріобрѣтателей имѣнія и пользоваться преимуществомъ предъ правами, установленными послѣ него на имѣніи.

Въ этомъ то значеніи залога, какъ права, обременяющаго имѣніе, и заключается, какъ уже было указано, *вотчинный характеръ* этого права, признаваемый за нимъ всѣми ипотечными законодательствами. Не допуская перевода обязанностей, вытекающихъ изъ залога, на другое лицо (ибо установленіе залога препятствуетъ отчужденію имѣнія и слѣдовательно, переходу послѣдняго вмѣстѣ съ означенными обязанностями къ другому лицу), а также установленія втораго залога на томъ же имѣніи, дѣйствующее законодательство оставило понятіе о залогѣ недоразвитымъ до понятія права вотчиннаго. Такое же недоразвитое значеніе представляла собою, какъ показываетъ вышеприведенный историческій очеркъ залоговаго права, та германская форма его, которая составляла переходъ отъ древне-германской формы залога къ формѣ, общепринятой нынѣ во всѣхъ ипотечныхъ уставахъ, а именно, такъ называемая *neue Satzung*. Впрочемъ, законодательство наше идетъ даже дальше названной германской формы залога въ томъ отношеніи, что, *запрещая передачу закладныхъ* (ст. 1653 т. X ч. I, изд. 1887 г.), не допускаетъ перемѣны въ сдѣлкѣ о залоговомъ правѣ не только на сторонѣ должника, но и кредитора, «*поелику*, объясняетъ

банкротскій уставъ, *засищикъ ввѣрилъ залогъ свой заимодавицу*» (1).

И такъ, согласно дѣйствующему законодательству, лица, участвующія въ сдѣлкѣ объ установленіи залоговаго права, а въ случаѣ ихъ смерти наслѣдники ихъ, обязаны пребывать въ отношеніи, порождаемомъ этимъ правомъ, остаются, такъ сказать, прикованными къ этой сдѣлкѣ—до ея прекращенія. Подъ очевиднымъ вліяніемъ прежней системы нашего залоговаго права дѣйствующее законодательство остается еще при мысли, будто бы должникъ, устанавливая залоговое право въ пользу кредитора, *ввѣряетъ* тѣмъ самымъ послѣднему свое имѣніе. При прежней системѣ залога, когда онъ устанавлился посредствомъ передачи заложеннаго имѣнія кредитору, приобрѣтавшему не только право владѣть и пользоваться выгодами этого имѣнія, но даже право собственности на оное, а слѣдовательно полную возможность распорядиться имъ во вредъ интересамъ должника, для сего послѣдняго могло быть, дѣйствительно, не безразлично, кто будетъ его кредиторомъ. Но соображеніе это представляется, очевидно, лишеннымъ всякаго основанія въ той системѣ законодательства, которая не видитъ въ залогѣ ничего другаго, кромѣ права кредитора требовать удовлетворенія изъ имѣнія, на которомъ обезпечено обязательство должника.

Позднѣйшія отступленія отъ означенныхъ стѣсненій, подготовившія реформу залога, какъ права вотчиннаго.

Недостаточность постановленій о залогѣ, введенныхъ банкротскимъ уставомъ, не могла не вызвать попытокъ къ ихъ исправленію. Мало по малу законодательство, подъ вліяніемъ требованій дѣйствительной жизни, вынуждено было допустить разныя отступленія отъ вышеприведенныхъ общихъ началъ нашего залоговаго права. Отступленія эти, будучи направлены въ сторону реформы залога, какъ права вотчиннаго, тѣмъ самымъ какъ бы подготовили таковую реформу, сдѣлали переходъ къ ней вполне естественнымъ и необходимымъ. Еще Императрицею Елизаветою, при

(1) Ст. 21 ч. II. См. рѣшенія гражд. касс. деп. прав. сената: 1870 г. № 678; 1873 г. № 1668; 1874 г. № 1663; 1875 г. № 408; 1876 г. № 100; 1879 г. №№ 125 и 536 и 1880 г. № 143.

учрежденіи государственнаго заемнаго банка 13 мая 1754 года ⁽¹⁾, дозволено было совмѣстное обезпеченіе двухъ ссудъ, выданныхъ банкомъ, на одномъ имѣніи. Въ 1846 году разрѣшено было мѣстамъ, принявшимъ въ залогъ строеніе не въ полной оцѣночной суммѣ, выдавать копіи со свидѣтельства на то строеніе для представленія свободной части оцѣночной суммы въ обезпеченіе по другимъ казеннымъ подрядамъ и поставкамъ, но лишь въ то самое министерство или главное управленіе ⁽²⁾. Затѣмъ, дѣйствующее законодательство пошло еще дальше, а именно допустило изъятіе въ отношеніи обезпеченія извѣстнымъ имѣніемъ нѣсколькихъ требованій, принадлежащихъ не только одному кредитору, но и разнымъ заемщикамъ. Такъ, Высочайше утвержденнымъ 12 февраля 1862 года мнѣніемъ государственнаго совѣта, вошедшимъ въ ст. 1630¹ т. X ч. I, свод. зак. гражд., изд. 1887 года, дозволено имѣнія, заложенные въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ, отдавать, сверхъ того, въ залогъ частнымъ учрежденіямъ и лицамъ. Изъятіе это было распространено и на имѣнія, заложенные въ частныхъ банковыхъ обществахъ (см. тамъ же, а также уставы городскихъ кредитныхъ обществъ: с.-петербургскаго—§ 21, московскаго—§ 20, одесскаго—§ 20; уставы земельныхъ банковъ: тульскаго—§ 11, харьковскаго—§ 11, полтавскаго—§ 11, херсонскаго—§ 26 и др.; ст. 23 положенія о государственномъ дворянскомъ банкѣ) и въ недавнее время на имѣнія, принимаемыя въ залогъ государственнымъ банкомъ по открываемому землевладѣльцамъ кредиту подъ соло-векселя (собр. узак. 1884 года, № 14, ст. 118) ⁽³⁾. Ря-

⁽¹⁾ П. с. з., № 10235.

⁽²⁾ П. с. з., 1846 г. сент. 17, № 20448; ст. 1611 т. X ч. I свод. зак. гражд., изд. 1857 г. (ст. 64 пол. о каз. подр. и поставк. т. X ч. I, изд. 1887 г.).

⁽³⁾ Взглядъ на приведенныя въ текстѣ узаконенія, какъ на *изъятія* изъ общаго правила дѣйствующаго законодательства о допустимости одного лишь залога на каждомъ имѣніи, раздѣляется и судебною практикою (ср. *Побѣдоносцева*, в. п. с., т. I, стр. 522). Только въ самое послѣднее время гражданскій кассационный департаментъ правительствующаго сената подъ очевиднымъ давленіемъ требованій практической жизни нашелъ необходимымъ отступить отъ этого взгляда. См. рѣш. 1889 г. № 88, коимъ при-

домъ съ этими отступленіями, законодательство наше знаетъ также отступленія отъ общаго начала, по которому обязанности по залогѣ не могутъ быть переведены съ должника на другое лицо, такъ какъ оно допускаетъ добровольную продажу имѣнія, заложеннаго въ кредитномъ установленіи, съ переводомъ долга на покупателя (п. 2 ст. 1388 т. X, ч. 1, изд. 1887 г.; ст. 391 устава кредитн., т. XI, ч. II, свод. зак., изд. 1857 г.; уставы городскихъ кредитныхъ обществъ: с.-петербургскаго — § 21, московскаго — § 20, одесскаго — § 20; уставы земельныхъ банковъ: с.-петербургско-тульскаго — § 11, харьковскаго — § 11, херсонскаго — § 26, полтавскаго § 11 и положеніе о государственномъ дворянскомъ банкѣ — ст. 24) и переводъ долга не только по залогѣ въ кредитномъ установленіи, но и по частной закладной на покупателя имѣнія съ публичнаго торго (ст. 1184 и 1185 уст. гр. суд.).

Юридическія и экономическія соображенія, говорящія въ пользу этой реформы.

Взглядъ на залогъ, какъ на право, которое вообще, т. е. въ видѣ общаго правила, не допускаетъ ни возможности установленія другаго залога на томъ же имѣніи, ни иной перемѣны на сторонѣ должника, кромѣ наслѣдственнаго преемства, отражается самымъ невыгоднымъ образомъ на интересахъ недвижимой собственности и поземельнаго кредита. Въ этомъ отношеніи юридическая, техническая сторона дѣла вполне соотвѣтствуетъ сторонѣ экономической. Недостатки одной изъ этихъ сторонъ идутъ параллельно съ недостатками другой.

При обыкновенныхъ, нормальныхъ условіяхъ, цѣнность имѣнія не можетъ не превышать суммы займа, даннаго подъ его обезпеченіе. Поэтому собственнику, нуждающемуся въ кредитѣ, остаются, очевидно, на выборъ лишь два пути: или обезпечить заемъ, какъ бы онъ ни былъ незначителенъ

нается начало, «что имѣніе, состоящее въ залогѣ у частнаго лица, *хотя бы подъ залогъ его и не было выдано ссуды изъ кредитнаго установленія*, можетъ быть заложено въ другія руки по второй, третьей и т. д. закладнымъ подъ условіемъ предоставленія старшимъ по времени залогодержателямъ права преимущественнаго удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія».

по своей суммѣ, на всемъ имѣніи и тѣмъ самымъ затруднить себѣ возможность воспользоваться въ будущемъ цѣнностью имѣнія, непокрытою залогомъ, или же раздробить имѣніе на части и обременить залогомъ одну изъ нихъ. Что такое раздробленіе имѣнія сопряжено съ издержками и затрудненіями, и не всегда даже возможно по чисто хозяйственнымъ, экономическимъ соображеніямъ — это понятно само собою. Но разъ уже имѣніе обременено залогомъ, то для того, чтобы продать это имѣніе или воспользоваться цѣнностью его, залогомъ непокрытою, при помощи новаго займа, обезпеченнаго залогомъ, собственнику необходимо предварительно погасить закладную и, слѣдовательно, отыскать капиталиста, готоваго уплатить не только свободную цѣнность имѣнія или дать въ займы нужную сумму, но и сумму долга, обезпеченнаго первоначальнымъ залогомъ. Такимъ образомъ, собственникъ вынужденъ обращаться въ указанныхъ случаяхъ къ лицамъ, обладающимъ сравнительно значительными наличными средствами, число покупателей, а также лицъ, ищущихъ вѣрнаго помѣщенія своихъ капиталовъ, ограничивается болѣе богатыми капиталистами, что, въ свою очередь, не можетъ не оказывать вліянія на уменьшеніе покупной цѣны имѣній и дороговизну кредита. Но какъ быть, спрашивается, въ томъ случаѣ, когда срокъ закладной еще не наступилъ, а между тѣмъ собственнику необходимо добыть себѣ наличныя средства при помощи продажи имѣнія или заключенія подъ обезпеченіе его новаго займа? Едва ли нужно распространяться о томъ, что возникновеніе подобной необходимости могло быть не предвидѣно собственникомъ при установленіи первоначальнаго залога, что она вызывается нерѣдко самыми уважительными причинами, не принять которыя въ расчетъ невозможно. Поэтому, безусловное запрещеніе, со стороны законодательства, отчуждать заложенное имѣніе или обременять его новымъ залогомъ до истеченія срока закладной, — исключая развѣ случая, когда кредиторъ соглашается на досрочное погашеніе долга, залогомъ обезпеченнаго, — нарушаетъ, въ весьма нерѣдкихъ случаяхъ, самые существенные интересы собственниковъ недвижимыхъ имѣній. Но если бы даже законодательство не

проводило подобнаго начала, а признавало, напротивъ того, кредитора обязаннымъ принять удовлетвореніе долга до срока, то оно рисковало бы во множествѣ случаевъ поступить несправедливо по отношенію къ кредитору, ибо оно оставляло бы тогда безъ надлежащаго вниманія то обстоятельство, что съ установленіемъ срока закладной связана не только обязанность кредитора не требовать уплаты долга, но и право его не принимать таковой уплаты прежде времени. Не считается съ этимъ правомъ кредитора едва ли удобно въ дѣлѣ поземельнаго кредита, которому, какъ уже было замѣчено, отдають капиталы преимущественно лица и учрежденія, ищущія для своихъ сбереженій не столько прибыльнаго, сколько вѣрнаго и спокойнаго помѣщенія. Между тѣмъ, нарушеніе означеннаго права сопряжено для кредитора съ хлопотами по приисканію новаго помѣщенія, потерей времени и издержками.

И такъ, или оставленіе безъ удовлетворенія самыхъ насущныхъ интересовъ собственниковъ недвижимыхъ имѣній, или удовлетвореніе ихъ, соединенное съ нарушеніемъ правъ кредиторовъ—таково положеніе, созданное разсматриваемымъ правиломъ дѣйствующаго законодательства. Очевидно, что выходъ изъ этого положенія возможенъ лишь при помощи отмѣны означеннаго правила. Предоставленіе права продавать и закладывать имѣнія, обремененныя залогомъ, является одною изъ насущнѣйшихъ потребностей недвижимой собственности, такъ какъ оно даетъ возможность собственникамъ пользоваться всѣми выгодами, заключающимися въ этой собственности, и благотворно вліяетъ на поднятіе ея цѣнности.

Указанныя неудобства, проистекающія изъ дѣйствующаго законодательства для собственниковъ недвижимыхъ имѣній, отягощаются въ значительной степени тѣми невыгодами, которыя вносятъ по отношенію къ кредиторамъ запрещеніе передачи закладныхъ. И это вполне понятно: чѣмъ хуже положеніе кредиторовъ, тѣмъ труднѣе собственнику найти лицъ, готовыхъ ввѣрить свои капиталы подъ залогъ недвижимыхъ имѣній, тѣмъ тяжелѣе условія, на которыхъ кредитъ получается. Запрещеніе это является самымъ крупнѣй-

шимъ тормазомъ на пути развитія у насъ поземельнаго кредита. Оно несправедливо по отношенію къ кредитору, совершенно ненужно съ точки зрѣнія интересовъ должника, несогласуется съ тѣми требованіями, которыя земледѣіе предъявляетъ къ кредиту въ отношеніи долгосрочности его и ставя кредитора, требованіе коего обезпечено залогомъ, въ положеніе, несравненно худшее сравнительно съ личнымъ кредиторомъ, заставляеть предпочитать солидному помѣщенію капиталовъ подъ обезпеченіе недвижимой собственности разнаго рода торговыя и промышленныя предприятия и спекуляціи даже со стороны такихъ лицъ, которыя, при иныхъ условіяхъ, были бы болѣе склонны къ упомянутому помѣщенію своихъ сбереженій.

Запрещеніе передачи закладныхъ несправедливо по отношенію къ кредитору именно потому, что затрудняетъ реализацію капитала, помѣщеннаго подъ закладную, до истеченія срока ея даже и тогда, когда въ виду совершенно непредвидѣнныхъ обстоятельствъ реализація эта становится необходимою для кредитора или его наслѣдниковъ. Въ самомъ дѣлѣ, кто можетъ предвидѣть будущія условія, въ силу которыхъ ему понадобится имѣть въ распоряженіи свой капиталъ, не говоря уже о такихъ условіяхъ, которыя дадутъ возможность болѣе выгоднаго помѣщенія капитала? Чтобы помочь себѣ, кредитору остается въ настоящее время лишь одно средство: отыскавши лицо, которое согласится пріобрѣсти отъ него его требованіе, обезпеченное залогомъ, фиктивно погасить закладную и совершить по предмету этого требованія новую закладную на имя означеннаго лица. Но на сколько это средство затруднительно, видно уже изъ того, что оно сопряжено съ потерей времени и издержками по совершенію новой закладной—обстоятельствами, играющими весьма важную роль въ сдѣлкахъ о кредитѣ, и что оно возможно лишь при условіи особаго довѣрія между лицами, участвующими въ подобной операціи, и требуетъ согласія собственника. Въ частности, что касается этого согласія, то оно можетъ быть не дано по капризу или съ цѣлью вынудить какую либо скидку въ отношеніи долга; въ послѣднемъ случаѣ кредитору необходимо будетъ купить это согласіе,

т. е. приобрести его цѣною новыхъ расходовъ или потерь. Между тѣмъ, согласіе собственника является здѣсь, по самому существу дѣла, совершенно не причемъ. Для собственника безразлично, будетъ ли кредиторомъ его то или другое лицо, съ уплатою долга которому онъ освободитъ свое имѣніе отъ залога. Единственное, въ чемъ собственникъ заинтересованъ въ данномъ случаѣ, заключается развѣ въ томъ, чтобы знать, кому онъ обязанъ уплачивать проценты и капиталъ, т. е. получить во время увѣдомленіе о перемѣнѣ кредитора.

Не подлежитъ сомнѣнію, что тягостныя условія, въ которыя поставлены кредиторы правиломъ о запрещеніи передачи закладныхъ, способны лишь отбить у многихъ капиталистовъ охоту отдавать свои сбереженія подъ залогъ недвижимыхъ имѣній. При существованіи подобныхъ условій капиталы, данные въ займы подъ обезпеченіе имѣній, приговорены, такъ сказать, къ неподвижности и неподвижность эта тѣмъ ощутительнѣе для кредитора, чѣмъ больше срокъ закладной. Чѣмъ продолжительнѣе долженъ быть кредитъ, въ которомъ собственникъ нуждается, тѣмъ труднѣе найти лицо, готовое ссудить собственнику свой капиталъ. Но очевидно также, что изъ числа займовъ, заключаемыхъ подъ залогъ недвижимыхъ имѣній, самого большаго вниманія заслуживаютъ займы долгосрочные, ибо они и суть именно тѣ, которые вызываются правильною земледѣльческою производительностью, предназначены на улучшеніе хозяйства и увеличеніе его доходности. Земледѣльская производительность нуждается въ долгосрочномъ кредитѣ именно потому, что она совершается медленно,—не то, что скоротечныя торговые и промышленныя предпріятія. Возвратъ затраченнаго въ землю капитала, если онъ не долженъ послѣдовать цѣною продажи имѣнія или части его, т. е. цѣною перехода имѣнія въ другія руки и обусловливаемаго такимъ переходомъ колебанія въ хозяйствѣ, или заключенія новаго займа, можетъ быть расчитанъ лишь на весьма длинный промежутокъ времени. Кромѣ того,—на что нельзя также не указать особенно,—возможность передачи закладныхъ способствуетъ оставленію на имѣніи даже такихъ долговъ, сроки

уплаты которымъ уже наступили, такъ какъ правомъ передачи закладной отымается у кредитора, даже когда онъ особенно нуждается въ деньгахъ, необходимость тѣснить должника во что бы то ни стало, прибѣгнуть къ публичной продажѣ имѣнія, подвергая себя всѣмъ формальностямъ и проволочкамъ, съ которыми эта продажа связана. Слѣдовательно, возможностью передачи закладныхъ облегчается собственнику, правильно уплачивающему проценты, получение отсрочки относительно возврата капитала; займы, хорошо обеспеченные, становятся фактически долгосрочными. При этомъ нельзя не повторить уже сказаннаго въ самомъ началѣ настоящихъ объясненій, а именно, что означенная крайняя неподвижность сдѣлокъ поземельнаго кредита и всѣ сопряженные съ нею неудобства существуетъ у насъ въ то время, когда личный кредитъ обладаетъ такой подвижностью и гибкостью, которая едва ли вообще мыслима для поземельнаго кредита, когда, въ противоположность сдѣлкамъ этого кредита, помѣщеніе капиталовъ въ государственныхъ долговыхъ бумагахъ, въ разнаго рода облигаціяхъ, а также сбытъ этихъ бумагъ легки и удобны, не сопровождаются особыми формальностями, не связаны съ особыми издержками по совершенію акта, когда вообще обороты съ означенными бумагами представляютъ собою такое же удобство, какъ обороты съ наличными деньгами.

Такимъ образомъ, не подлежитъ сомнѣнію, что разрѣшеніе передачи закладныхъ составляетъ одно изъ самыхъ важныхъ средствъ облегченія поземельнаго кредита. Средство это, давая кредитору возможность распорядиться, до наступленія срока его требованію, ссуженнымъ капиталомъ, привлечетъ къ дѣлу поземельнаго кредита капиталистовъ, для которыхъ необходимость лишиться возможности распорядиться своими капиталами до истеченія срока закладной представлялась отяготительною и, облегчивъ, такимъ образомъ, положеніе кредиторовъ, помирить ихъ интересы съ нуждами землевладѣнія въ отношеніи долгосрочности кредита.

§ 2. Примѣнимость залога ко всякаго рода денежнымъ требованіямъ.

Заемъ, какъ исключительный спутникъ древняго залога.

Въ нашемъ древнемъ быту отведена была залогу весьма ограниченная сфера дѣйствія. Любимѣйшимъ, по выраженію профессора Мейера, спутникомъ его былъ заемъ и обстоятельство это не могло не оказать существеннаго вліянія на образованіе древняго понятія о залогѣ. При связи, говорить Мейеръ, залога съ займомъ естественно было считать заложенную вещь собственностью залогопринимателя, который утрачивалъ за то собственность по имуществу, отданную въ заемъ залогодателю ⁽¹⁾.

Обусловленное этимъ обстоятельствомъ искусственное суженіе области примѣненія залога.

Ни существо залога, ни потребность дѣйствительной жизни не даютъ рѣшительно никакого основанія къ подобному искусственному суженію области, въ которой залогъ можетъ найти свое примѣненіе. Для права, которое, подобно залогу, предназначено служить обезпеченіемъ извѣстнаго требованія, совершенно безразлично, будетъ ли это требованіе проистекать изъ договора займа или изъ другаго правооснованія, какъ то: договора купли-продажи имѣнія въ кредитъ, найма, подряда и т. п. Единственное ограниченіе, которое должно быть допущено въ отношеніи требованій, могущихъ быть обезпечиваемыми залогомъ, заключается лишь въ томъ, чтобы всякое подобное требованіе было вообще переводимо на денежную цѣнность ⁽²⁾, такъ какъ цѣль залога сводится именно къ тому, чтобы обезпечить извѣстную цѣнность, гарантируя удовлетвореніе ея изъ даннаго имѣнія. Залогъ, слѣдовательно, способенъ внести прочность и обезпеченность не только въ область кредитныхъ сдѣлокъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, но и въ весьма разнообразныя отношенія, изъ которыхъ складывается экономическая жизнь народа. Такъ смотрѣло на залогъ римское

⁽¹⁾ Юридическій Сборникъ (см. выше), стр. 232. Ср. также Неволіна, т. V, § 446.

⁽²⁾ Ср. Windscheid, Lehrbuch d. Pandektenrechts, т. II, § 251.

право: *res hypothecae*, говорили римскіе юристы, *dari possunt pro quacunque obligatione* ⁽¹⁾; такъ смотрятъ на него и новѣйшія западно-европейскія законодательства. Этой то прочности и обеспеченности въ залогъ будутъ искать всегда, благодаря, съ одной стороны, шаткости и неувѣренности, которую представляютъ всякаго рода обязательства, взятые сами по себѣ, какъ права на чужія дѣйствія, и съ другой стороны, постоянству и твердости обеспечения, представляемому такимъ факторомъ народнаго богатства, какимъ является земля. Поэтому, не только не противно, но, напротивъ того, вполне согласно съ цѣлями законодательства открыть возможность пользованія услугами залоговаго права всюду, гдѣ только подобное пользованіе можетъ вообще имѣть мѣсто, ибо поступая такимъ образомъ законодательство споспѣшествуетъ дѣлу оборота цѣнностей, интересамъ развитія народнаго благосостоянія, составляющимъ одну изъ самыхъ важныхъ задачъ законодательства.

Несмотря на перемѣну во взглядѣ на залогъ, введенную у насъ банкротскимъ уставомъ, послѣдній, тѣмъ не менѣе, проходитъ совершеннымъ молчаніемъ случаи обеспечения залогомъ всякаго рода требованій, кромѣ проистекающихъ изъ договора займа. Было бы, однакоже, большею ошибкою выводить отсюда заключеніе о томъ, что подобнаго рода случаи установленія залога у насъ не допускаются. Во 1-хъ, дѣйствующее русское законодательство присвоиваетъ характеръ долговыхъ отношеній не однимъ только отношеніямъ, основаннымъ на договорѣ займа, но и такимъ, которыя имѣютъ своимъ предметомъ требованіе вознагражденія за работу, услугу, или требованіе суммъ, слѣдующихъ за забранныя издѣлія или товары и т. п. (ст. 2045 т. X ч. I, изд. 1887 г.). Во 2-хъ, упомянутый выводъ оказывался бы возможнымъ лишь при томъ условіи, если бы въ законѣ категорически высказано было запрещеніе относительно вышеприведенныхъ случаевъ, или, по крайней мѣрѣ,

Законодательство
банкротскаго уста-
ва по разсматривае-
мому предмету.

⁽¹⁾ L. 5 pr. D. de pignor. (20, 1). Ср. также L. 9 § 1 D. de pign. act. (13, 7).

если бы подобное запрещеніе могло быть признано подразумевающимся, какъ логически вытекающее изъ всей совокупности постановленій положительнаго закона о залогѣ, изъ взгляда, усвоеннаго на этотъ институтъ банкротскимъ уставомъ и изданными послѣ него узаконеніями,—чего, очевидно, сказать нельзя. Значеніе и по нашему праву залога какъ средства обезпеченія и другихъ, кромѣ займа, договоровъ, изъ коихъ проистекаетъ обязанность платежа, категорически признано въ недавнее время кассационною практикою (рѣш. гражд. касс. деп. прав. сената 1889 года за № 4).—Тѣмъ не менѣе, расширеніе сферы примѣненія залога къ разнороднымъ отношеніямъ частныхъ лицъ между собою находило на своемъ пути весьма существенныя препятствія, побочнаго характера.

Препятствія къ расширенію на практикѣ сферы примѣненія залога и ко всякаго рода другимъ, кромѣ займа, требованіямъ, заключавшіяся въ постановленіяхъ этого законодательства по предмету:

а) формы установленія залога, и

Такъ, расширеніе это задерживалось, прежде всего, неблагоприятнымъ вліяніемъ на него формы установленія у насъ залоговаго права, отразившей на себѣ взгляды древняго воззрѣнія на залогъ. Какъ по древнему праву, когда закладная была весьма сблизжена съ купчей ⁽¹⁾, точно также и по новому извѣстенъ былъ только одинъ способъ установленія залоговаго права, а именно при посредствѣ совершенія *закладной крѣпости* ⁽²⁾.

Форма этой крѣпости, введенная банкротскимъ уставомъ и сохранившаяся по нынѣ (прил. къ ст. 1643 т. X ч. I свод. зак. гр.), представляетъ собою уже одно то неудобство по отношенію къ случаямъ обезпеченія залогомъ всякаго рода требованій, что она рассчитана на тѣ только случаи, когда главная сдѣлка, подлежащая обезпеченію, и залогъ возникаютъ одновременно. Между тѣмъ очевидно, что въ подобномъ одновременномъ возникновеніи обоихъ правъ, входящихъ въ составъ всякой вообще поземельно-кредитной сдѣлки, нѣтъ никакой необходимости. Напротивъ того, опытъ дѣйствительной жизни учитъ, что стороны встрѣчаютъ весьма нерѣдко необходимость въ установленіи

(1) См. выше, стр. 27 и слѣд.

(2) *Неволинъ*, в. п. с., т. V; стр. 149; ст. 250 гл. X улож. 1649 г.; ст. 5 и прим. къ ст. 39 ч. II банкр. устава.

залога, какъ мѣры, обезпечивающей исполненіе сдѣлки, уже ранѣе возникшей, или, другими словами, въ томъ, чтобы приобщить право залога къ сдѣлкамъ, которыя до такого приобщенія существовали необезпеченными. Кромѣ того, упомянутая форма закладной указываетъ на срочный заемъ, какъ на ту главную сдѣлку, ради которой залогъ устанавливается. «*Занялъ я, сказано въ образцѣ закладной, приложенномъ къ ст. 1643 т. X ч. I свод. зак. гражд., изд. 1887 г., у такого то . . . денегъ . . . а въ тѣхъ деньгахъ до онаго срока заложилъ я . . . ему . . . недвижимое свое имѣніе*». Указаніе это имѣетъ, очевидно, значеніе одного лишь примѣра. Если законодатель остановился именно на срочномъ займѣ, а не на другой какой либо сдѣлкѣ, такъ это потому, что случаи обезпеченія залогомъ займа, заключеннаго на извѣстный срокъ, представляются самыми обыкновенными. Не такъ, однакоже, смотрѣла наша прежняя нотаріальная и судебная практика на значеніе формы закладной. Практика эта не отрицала дѣйствительности залога, установленнаго въ обезпеченіе другаго рода требованій, кромѣ основанныхъ на договорѣ займа, какъ-то: требованія, проистекающаго изъ купли-продажи въ кредитъ и т. п. Но она обуславливала эту дѣйствительность точнымъ соблюденіемъ преподанной закономъ формы закладной крѣпости, что, очевидно, возможно лишь *путемъ симмуляціи*, въ каждомъ данномъ случаѣ, *настоящаго содержанія этой крѣпости*, прикрытія отношеній сторонъ, существующихъ на самомъ дѣлѣ, отношеніями займа ⁽¹⁾, какъ будто законъ можетъ вообще потворствовать совершенію симмулятивныхъ, т. е. притворныхъ сдѣлокъ. Ясно, однакоже, что облеченіе разнообразныхъ отношеній въ рассматриваемую форму во многихъ случаяхъ даже просто невозможно (какъ, напримѣръ, въ случаѣ обезпеченія залогомъ требованій, могущихъ лишь возникнуть въ будущемъ, условныхъ и т. п.), и что необходимость обращаться къ формѣ, несогласной съ существомъ сдѣлки, способна лишь отклонять заинтересо-

⁽¹⁾ Мейеръ, Русское гражд. право, стр. 421 и слѣд.

ванные стороны отъ желанія прибѣгать къ помощи залога, такъ какъ онѣ не могутъ не сознавать, что вмѣсто искомой въ немъ увѣренности, обезпеченности, ихъ ожидаетъ опасность споровъ, столь обыкновенныхъ при всякаго рода симуляціяхъ ⁽¹⁾.

б) отвѣтственности по залогу.

Не менѣе важное препятствіе къ рассматриваемому расширенію области примѣненія залога представляетъ собою правило нашего законодательства объ отвѣтственности должника по требованію, обезпеченному залогомъ, однимъ только заложеннымъ имѣніемъ. И это правило, какъ о томъ сказано ниже болѣе подробно ⁽²⁾, отразило на себѣ вліяніе древняго воззрѣнія на залогъ. Мотивомъ его послужило соображеніе о томъ, что, приобретаая залоговое право, кредиторъ считалъ будто бы заложенное имѣніе достаточнымъ для обезпеченія причитающейся ему претензіи. Но развѣ соображеніе это можетъ быть примѣнимо къ такого рода случаямъ установленія залога, какими являются, напримѣръ, случаи обезпеченія залогомъ цѣны имѣнія, проданнаго въ кредитъ, полученной впередъ арендной платы, капиталовъ, отказанныхъ по завѣщанію сестрамъ землевладѣльца или оставленныхъ сонаслѣдниками на имѣніи на основаніи раздѣльнаго акта, требованія убытковъ, могущихъ возникнуть въ случаѣ неисполненія договоровъ найма, подряда, поставки, товарищества и т. п.? Во всѣхъ этихъ случаяхъ элементъ личнаго довѣрія къ должнику и вопросы, касающіеся общаго его имущественнаго положенія, играютъ слишкомъ большую роль въ расчетахъ заинтересованныхъ сторонъ для того, чтобы въ основаніе отвѣтственности его класть исключительно соображеніе о кредитоспособности даннаго имѣнія. Прибѣгая, слѣдовательно, въ означенныхъ случаяхъ къ залогу, какъ средству обезпеченія личныхъ отношеній, стороны рисковали бы весьма часто не только тѣмъ, что сущность этихъ отношеній будетъ принесена въ жертву формѣ, но также предстоя-

⁽¹⁾ См. рѣш. гражд. кас. деп. прав. сената 1880 г. за № 287 и 1884 г. за № 5.

⁽²⁾ См. ниже, § 9 настоящаго отдѣла, стр. 93 и слѣд.

щимъ подчиненіемъ сихъ послѣднихъ дѣйствию совершенно чуждаго имъ правила, исключающаго отвѣтственность по закладнымъ всѣмъ прочимъ, кромѣ заложеннаго, имуще-
ствомъ должника.

Потребность въ услугахъ залога не по однимъ только отношеніямъ, вытекающимъ изъ договора займа, не осталась, впрочемъ, внѣ всякой заботливости со стороны дѣйствующаго положительнаго закона. Но заботливость эта сказалась не въ принципіальной постановкѣ вопроса и разрѣшеніи его въ такомъ именно видѣ, а въ рядѣ отдѣльных постановленій, слѣдовавшихъ послѣ изданія банкротскаго устава и затрогивавшихъ этотъ вопросъ исключительно съ той его стороны, въ которой замѣшаны были интересы правительства въ его непосредственной хозяйственной дѣятельности, какъ контрагента по заключаемымъ имъ съ частными лицами договорамъ. Таковы, именно, договоры по подрядамъ и поставкамъ, по содержанію казенныхъ оброчныхъ статей, по содержанію казенныхъ имѣній и по бывшимъ питейнымъ откупамъ. Изъ большинства этихъ постановленій и образовалось въ изданіи 1857 г. тома X ч. I, особое отдѣленіе главы третьей, книги IV, т. X, ч. I, озаглавленное: о залогѣ по договорамъ съ казною (ст. 1588—1626, изд. 1857 г.), включенное затѣмъ, при изданіи того же тома и части 1887 г., въ особое положеніе о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ (изданіе того же года). Для приспособленія залога къ случаямъ обезпеченія имъ упомянутыхъ договоровъ, понадобилось, прежде всего, устранить тѣ препятствія, которыя оно находило на своемъ пути въ постановленіяхъ банкротскаго устава, о коихъ упомянуто выше. И дѣйствительно, совершеніе закладной крѣпости замѣняется для этихъ случаевъ передачею учрежденію, принимающему залогъ, такъ называемаго залоговаго свидѣтельства (ст. 62 и слѣд. пол. о каз. подр. и поставкахъ изданія 1887 г.) ¹⁾. Правило объ означенной отвѣтствен-

Позднѣйшее законодательство:

а) постановленія по обезпеченію залогомъ договоровъ съ казною;

(¹) Этотъ же порядокъ установленія залога распространенъ на залогомъ, совершаемымъ въ акціонерныхъ земельныхъ банкахъ (§§ 16 и 17 уставовъ этихъ банковъ).

ности должника заложеннымъ имѣніемъ уступаетъ мѣсто противоположному правилу объ отвѣтственности должника не только заложеннымъ, но и всѣмъ остальнымъ имуществомъ (ст. 220 и 221 тамъ же).

б) ст. 185 пол. о
нот. части.

Очевидно, однакоже, что договоры частныхъ лицъ съ казною не представляютъ собою въ разсматриваемомъ отношеніи ничего особаго, что давало бы основаніе предусматривать исключительно одни эти договоры. Напротивъ того, и отношенія, въ которыхъ обѣими сторонами являются частныя лица, могутъ точно также нуждаться въ услугахъ залога. Правда, при дальнѣйшемъ развитіи нашего законодательства и эта послѣдняя мысль нашла себѣ въ немъ признаніе. Такъ, въ ст. 185 нотаріальнаго положенія говорится уже вообще объ обезпеченіи убытковъ, могущихъ оказаться впослѣдствіи во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда размѣръ устанавливаемого обезпеченія не можетъ быть показанъ съ точностью, безъ всякаго различія въ томъ, происходитъ ли обезпечиваемое требованіе изъ договора, заключеннаго съ казною или съ частными лицами, и при томъ не только даже договора, но и иного правооснованія. Но препятствія, мѣшавшія расширенію у насъ сферы залога, о которыхъ упомянуто выше, остались въ неизмѣненномъ видѣ и послѣ изданія названнаго положенія, почему и приведенное правило его не оказало никакого вліянія на практику. Необходимо, слѣдовательно, устранить дѣйствіе этихъ препятствій на будущее время и поставить въ основаніе постановленій, касающихся залоговаго права, ясно и категорически тотъ принципъ, что залогомъ можетъ быть обезпечиваемо всякое требованіе, все равно, происходитъ ли оно изъ договора займа или другаго договора, и при томъ даже не только договора, но и иного правооснованія, будетъ ли это требованіе срочно или безсрочно, условно или безусловно, опредѣлено по суммѣ, или размѣръ его долженъ еще опредѣлиться впослѣдствіи, существуетъ ли оно уже въ моментъ установленія залога, или можетъ только возникнуть въ будущемъ. Такъ и поступаетъ настоящій проектъ (ст. 50). Очевидно, что только при подобной постановкѣ вопроса дана будетъ экономическому обороту возможность почер-

пать изъ залога всѣ тѣ выгоды, которыя онъ вообще способенъ доставить.

§ 3. Кредитный залогъ.

Изъ числа разнородныхъ случаевъ установленія залоговаго права особеннаго вниманія заслуживаютъ случаи обезпеченія залогомъ требованій, хотя и существующихъ уже во время установленія залога, но неопредѣленныхъ по суммѣ, а также требованій, могущихъ возникнуть въ будущемъ изъ какого либо правооснованія. Случаи эти, извѣстные на западѣ подъ именемъ *Kautionshypothek*, *Sicherheitshypothek*, *Ultimathypothek*, *Kredithypothek*, могутъ быть весьма многочисленны. Самымъ характернымъ изъ нихъ, на которомъ всего явственнѣе замѣтны отличительныя особенности этого вида залоговаго права, представляется, безъ сомнѣнія, случаи обезпеченія залогомъ открытаго кредита (*Hypothekbestellung wegen Gewährung eines offenen Kredits*, *hypothèque pour la garantie de l'ouverture de credit*), почему всѣ эти случаи, съ цѣлью отличія ихъ отъ другихъ, подведены въ проектъ вотчиннаго устава (ст. 51) подъ общее названіе *кредитнаго залога*.

Важное экономическое значеніе этого вида залога.

Польза для землевладѣнія, заключающаяся въ возможности установленія отношеній по открытому кредиту, обезпеченному на имѣніи залогомъ, очевидна для всѣхъ и каждаго. Благодаря этой возможности, собственникъ имѣнія, напередъ выговорившій себѣ по договору съ какимъ либо банковымъ учрежденіемъ или лицомъ право кредитоваться у него до извѣстной суммы подъ обезпеченіе своего имѣнія, въ состояніи осуществлять это право постепенно, по мѣрѣ возникающей надобности въ наличныхъ средствахъ, безъ лишнихъ хлопотъ, издержекъ и тому подобныхъ неудобствъ, неизбѣжныхъ при установленіи каждый разъ новаго залога въ пользу того же учрежденія или лица. Что же касается до прочихъ случаевъ установленія кредитнаго залога, когда имъ обезпечиваются требованія, могущія возникнуть изъ разнообразныхъ договоровъ, какъ-то: купли-продажи, договора

найма, товарищества, подряда, поставки и т. п., то польза, доставляемая здѣсь залогомъ, заключается въ томъ, что при помощи его создается возможность намѣтить заранее, въ предвидѣніи возникновенія этихъ требованій, опредѣленный объектъ, изъ коего они могутъ быть удовлетворены. Кредитный залогъ, слѣдовательно, является средствомъ споспѣшествующимъ въ весьма значительной мѣрѣ болѣе охотному, болѣе частому и даже болѣе выгодному для заинтересованныхъ лицъ заключенію договоровъ, или другими словами экономическому обороту вообще, такъ какъ, безъ возможности обезпеченія залогомъ упомянутыхъ требованій, удовлетвореніе ихъ было бы поставлено въ зависимость отъ тѣхъ же случайныхъ обстоятельствъ (нахожденія имущества у должника и количества предъявленныхъ къ нему долговъ въ моментъ взысканія), въ коей находится удовлетвореніе всякаго вообще личнаго требованія.

И такъ, при посредствѣ кредитнаго залога могутъ быть обезпечиваемы разнородныя требованія, проистекающія изъ договоровъ, на случай ихъ неисполненія. Неисполненіе это можетъ, въ свою очередь, касаться извѣстнаго договора вообще, или только отдѣльнаго условія его, отдѣльнаго обязательства, на немъ основаннаго, какъ, напр., обязательства очистки, на случай если бы проданное имущество оказалось не принадлежащимъ продавцу, обязательства, принятаго на себя нанимателемъ въ отношеніи исправнаго взноса наемныхъ платежей, обязательства товарища касательно производства взносовъ на общее предпріятіе по договору товарищества и т. п. Мало того, въ западныхъ государствахъ распространены случаи обезпеченія залогомъ не только требованій, основанныхъ на договорахъ, но и такихъ, которыя проистекаютъ изъ другихъ правоотношеній ¹⁾. Таковы, на примѣръ, случаи установленія на основаніи закона залога на имѣніи опекуна, казначея, нотаріуса, хранителя ипотечныхъ книгъ, въ обезпеченіе убытковъ, могущихъ произойти

⁽¹⁾ *Regelsberger*, Studien im bayrischem Hypothekenrecht (Erlangen, 1872): Sicherheitshypothek, стр. 3 и слѣд., 8 и слѣд.

для малолѣтнихъ, казны и частныхъ лицъ, вслѣдствіе неисполненія принятыхъ на себя служебныхъ обязанностей ¹⁾).

Благодаря указанному весьма важному практическому значенію своему кредитный залогъ извѣстенъ всѣмъ западно-европейскимъ законодательствамъ ²⁾), не исключая мекленбургскаго закона и прусскаго проекта 1872 г., гдѣ, помимо того, благодаря конструкціи, данной ипотека со стороны того и другаго, о которой будетъ подробнѣе сказано ниже (см. § 1 отдѣла 4-го настоящихъ общихъ объясненій, стр. 107 и слѣд.), не было мѣста для этого вида залога ³⁾). Въ проектѣ общегерманскаго гражданскаго уложенія 1888 г. ⁴⁾ кредитному залогу отведена даже особая глава (III Sicherungshypothek, ст. 1125 и слѣд.).

Положеніе вопроса о немъ въ иностранныхъ законодательствахъ и

О томъ, почему кредитный залогъ оставался неизвѣстнымъ нашему древнему законодательству, въ какомъ видѣ вопросъ о немъ представлялся на основаніи банкротскаго устава и какая отведена ему ограниченная сфера примѣненія правилами т. X ч. I (исключительно по отношенію къ договорамъ съ казною), упоминалось уже въ предыдущемъ параграфѣ сего отдѣла настоящихъ объясненій. Тамъ же указано было также, какъ, идя далѣе по пути своего развитія, законодательство наше признало болѣе обширную роль, присущую кредитному залогу. Сюда относится, именно, правило ст. 185 положенія о нотаріальной части. За-

въ русскомъ правѣ.

(¹⁾ См., напримѣръ, ст. 8 франц. ипотечн. закона 9 мессидора III года.

(²⁾ Ст. 19 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.; ст. 24 прусск. зак. о приобр. пр. собств., 1872 г.; ст. 370 сакс. гр. улож.; ст. 14 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.; ст. 80 бельг. ипотечн. закона 16 дек. 1851 г. Относительно французскаго законодательства см. *Pont*, *Commentaire-Traité des privilèges et hypothèques* (Paris, 1868 г.), т. II, 711; *Puchelt*, *das Reinisch-francösische Privilegien und Hypothekenrecht* (Leipzig, 1876 г.), ч. I, стр. 145 и слѣд.

(³⁾ *v. Maibom*, *d. Meklenburgische Hypothekenrecht*, стр. 130 и слѣд.; ст. 21 прусскаго проекта; *Werner*, *die preussischen Grundbuch u. Hypothekengesetze vom 5 Mai 1872 nebst Materialien* (Berlin, 1872), ч. II, стр. 23.

(⁴⁾ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung (Berlin und Leipzig; Verlag von Guttentag, 1888).

симъ, Высочайше утвержденнымъ 21 мая 1871 года уставомъ новочеркасскаго общества взаимнаго кредита (§§ 9, 10 и 15) и изданными въ недавнее время правилами о приѣмѣ государственнымъ банкомъ, его отдѣленіями и конторами въ залогъ имѣній въ обезпеченіе ссудъ подъ соло-векселя (Выс. утв. 24 января 1884 г. мн. госуд. сов.; собр. узак. 1884 г., № 14, ст. 118), предусматривается тотъ случай установленія кредитнаго залога, который названъ выше самымъ характеристичнымъ, а именно залога въ обезпеченіе открытаго кредита. Не подлежитъ сомнѣнію, что, основываясь на упомянутомъ правилѣ ст. 185 пол. о нотар. части, практика наша не замедлила бы дать обширное примѣненіе случаямъ установленія кредитнаго залога, если бы не неблагопріятныя условія для его развитія, заключавшіяся въ другихъ постановленіяхъ закона по залоговому праву (см. выше стр. 48 и слѣд.). Правило это не противорѣчитъ даже возможности обезпеченія и у насъ при помощи залога требованій, проистекающихъ изъ другихъ, кромѣ договора, основаній, возможности, которая не можетъ не получить весьма важнаго значенія въ виду практиковавшихся до сихъ поръ въ нашемъ быту такихъ несовершенныхъ или же черезъ чуръ обременительныхъ средствъ обезпеченія, каковы, напримѣръ, отобраніе подписки ¹⁾ или представленіе исключительно денежныхъ цѣнностей ²⁾ въ обезпеченіе исполненія принятыхъ на себя служебныхъ обязанностей. Остается, слѣдовательно, только устранить все то, что мѣшало развитію сознанной уже въ нашемъ законодательствѣ потребности въ кредитномъ залогѣ и, принявъ въ соображеніе характеристическія особенности, отличающія его отъ случаевъ обезпеченія залогомъ требованій, существующихъ уже въ моментъ установленія залоговаго права и опредѣленныхъ по

(¹) Ср., напримѣръ, ст. 1568 т. II ч. I свод. общ. губерн. учрежд., изд. 1876 г., и ст. 482 улож. о нак.

(²) Ср., напримѣръ, ст. 1 правилъ и формъ къ положенію о нотар. части, опубликованныхъ въ собр. узак. 1867 г., 18 апр., № 33 (узаконенія, изданныя въ поясненіе и дополненіе къ судебнымъ уставамъ Императора Александра II, № 17).

суммѣ, дать будущей практикѣ, когда она встрѣтится съ этимъ важнымъ въ экономической жизни институтомъ, твердыя руководящія начала, разъясняющія его сущность и взаимныя права и обязанности, изъ него вытекающія ⁽¹⁾.

§ 4. Залогъ завѣщательный, совокупный и устанавливаемый въ обезпеченіе чужаго обязательства.

I. Постановленія банкротскаго устава по залоговому праву, благодаря вышеупомянутому узкому взгляду своему на это право, какъ на средство обезпеченія исключительно требованій, вытекающихъ изъ срочнаго займа, и тому влиянію, которое на нихъ оказало древнее русское право, имѣли послѣдствіемъ ограниченіе сферы примѣненія у насъ залога еще и въ другомъ отношеніи.

I. Завѣщательный залогъ.

Такъ, въ рамки преподанной закономъ формы для залоговъ, совершаемыхъ между частными лицами, при томъ взглядѣ на означенную форму, который усвоила себѣ наша практика, не укладывались случаи установленія залога силою завѣщанія, когда, напримѣръ, завѣщатель обезпечиваетъ своимъ имѣніемъ отказъ, дѣлаемый имъ въ чью либо пользу, съ тѣмъ, чтобы отказанная сумма оставалась на имѣніи въ теченіи опредѣленнаго времени (такъ называемый *завѣщательный залогъ*) ⁽²⁾.

II. Въ свою очередь, отождествленіе залога съ купчей, обезпеченія съ отчужденіемъ, не могло дать мѣста въ нашемъ древнемъ правѣ возможности солидарнаго обезпеченія залогомъ одного и того же требованія нѣсколькими отдѣльными имѣніями (такъ называемый *совокупный залогъ*), а недостаточная разработка, которой было подвергнуто новое воззрѣніе на залогъ въ банкротскомъ уставѣ, и вызванныя ею на практикѣ недоразумѣнія, повели даже въ 1846

II. Залогъ совокупный.

(1) См. ниже ст. 51 проекта и объясненія къ ней, стр. 429 и слѣд.

(2) Подробнѣе объ этомъ залогѣ ниже, стр. 335 и слѣд.

году, по причинамъ, указаннымъ ниже ⁽¹⁾, къ категорическому запрещенію установленія у насъ означеннаго вида обезпеченія.

III. Залогъ, устанавливаемый въ обезпеченіе чужаго обязательства.

III. Наконецъ, указанные недостатки нашего залоговаго права не могли не отразиться также на *залогъ, устанавливаемый въ обезпеченіе чужаго обязательства.*

Для залога, какъ права, способнаго сообщить разнообразнымъ личнымъ отношеніямъ извѣстную прочность, которую они сами по себѣ имѣть не могутъ, совершенно безразлично, будетъ ли онъ установленъ на имѣніи того, кто въ данномъ конкретномъ отношеніи является обязанною стороною, или лица, посторонняго этому отношенію. Благодаря, слѣдовательно, названному виду залога, собственникъ имѣетъ возможность обезпечивать принадлежащимъ ему имѣніемъ не только свои обязательства, но и обязательства постороннихъ лицъ и пріобрѣтать, такимъ образомъ, однимъ средствомъ болѣе извлекать изъ своей собственности тѣ выгоды, которыя доставляются ея обладаніемъ. Въ свою очередь и тотъ, у кого нѣтъ имѣнія, годнаго для обезпеченія, оказывается въ состояніи пріискать таковое въ чужомъ имѣніи и пользоваться услугами залога, которыя, иначе, остались бы для него недоступными. Ясно, что въ разсматриваемаго рода случаяхъ залогъ является опять-таки существеннымъ подспорьемъ экономическому обороту.

Такъ какъ при залогѣ, устанавливаемомъ въ обезпеченіе чужаго обязательства, залогодатель и должникъ не одно и тоже лицо, то очевидно, что въ юридическихъ отношеніяхъ, сопутствующихъ таковому установленію, участвуютъ три лица и сами отношенія эти основаны на двухъ отличныхъ другъ отъ друга договорахъ: одномъ, заключенномъ между залогодателемъ и должникомъ, и другомъ—между должникомъ и его кредиторомъ. Залогодатель, соглашаясь дать имѣніе свое для залога должнику, является по отношенію къ соглашенію послѣдняго съ кредиторомъ совершенно постороннимъ лицомъ; въ свою очередь и должникъ въ договорѣ своемъ съ кредиторомъ дѣйствуетъ отнюдь не въ качествѣ

⁽¹⁾ См. объясненія къ ст. 52 проекта вѣщ. устава, стр. 440 и слѣд.

представителя залогодателя, а вполне независимо, самостоятельно.

Понятно, что въ нашемъ древнемъ правѣ не могло быть мѣста для залога, устанавлиаемаго въ обезпеченіе чужаго обязательства. Естественнымъ послѣдствіемъ взгляда на залогъ, какъ на видъ отчужденія, должно было явиться правило, по которому установителемъ залога на данномъ имѣніи могъ быть только тотъ, кто вправѣ былъ передать это послѣднее въ чужія руки, т. е. собственникъ или его законный представитель. Вліяніе означеннаго взгляда отразилось столь сильно на нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ, что приведенное правило сохранило свою силу по настоящее время (ст. 1627 и 1629 т. X ч. I, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.). Только въ видѣ изъятія изъ этого правила допускается у насъ установленіе залога въ обезпеченіе чужаго обязательства, а именно по договорамъ съ казною (ст. 69 и слѣд. полож. о каз. подр. и поставк., изд. 1887 г.). Очевидно, однако же, что нѣтъ правильнаго основанія дѣлать въ данномъ случаѣ какое либо различіе между залогомъ, устанавливаемымъ въ пользу казны, или частнаго лица, ибо отношенія частныхъ лицъ между собою могутъ нуждаться не менѣе въ услугахъ разсматриваемаго вида залога, чѣмъ отношенія, вытекающія изъ упомянутыхъ договоровъ. Засимъ, и преподанный закономъ порядокъ установленія залога въ чужомъ имуществѣ по договорамъ съ казною носитъ на себѣ печать того же непосредственнаго вліянія древняго воззрѣнія на залогъ. Для пріема чужаго имѣнія въ залогъ требуется именно, чтобы должникъ представилъ сверхъ залоговаго свидѣтельства еще подлинную отъ залогодателя довѣренность (ст. 69 тамъ же). Довѣренность эта должна быть непременно срочною и до истеченія назначеннаго въ ней срока не можетъ быть ни подъ какимъ предлогомъ уничтожена залогодателемъ (ст. 72 тамъ же). Она сохраняетъ свою силу до этого срока даже въ случаѣ смерти залогодателя, оставаясь обязательною для его наслѣдниковъ (тамъ же). Такимъ образомъ, порядокъ этотъ, въ стремленіи своемъ согласовать залогъ, обезпечивающій чужое обязательство, съ правиломъ о томъ, что только собственникъ имѣнія можетъ отдавать

его въ залогъ, нарушаетъ какъ самыя принципіальныя начала договора довѣренности (ст. 2330 т. X ч. I, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.), такъ и истинный смыслъ и значеніе взаимныхъ отношеній заинтересованныхъ лицъ. Должникъ находится вынужденнымъ дѣйствовать не какъ должникъ, а какъ повѣренный лица, сторонняго договору его съ казною. Въ свою очередь и собственникъ имѣнія оказывается въ результатѣ непосредственнымъ контрагентомъ по этому договору, не смотря на то, что онъ на самомъ дѣлѣ ни посредственно, ни непосредственно не вступалъ съ казною въ соглашеніе. Другими словами, дѣйствующія правила о залогѣ, устанавливаемомъ въ обезпеченіе чужаго обязательства, страдаютъ не только искусственнымъ ограниченіемъ сферы примѣненія этого залога, но также и совершенно искусственною конструкціей отношеній сторонъ, заинтересованныхъ, между тѣмъ, въ томъ, чтобы отношенія эти, подобно вообще всякаго рода другимъ правовымъ отношеніямъ, устанавливались и разсматривались согласно дѣйствительному своему значенію ⁽¹⁾.

§ 5. Пространство дѣйствія залога.

I. Начало недѣлимости залога.

I. Какъ извѣстно, цѣль залога заключается въ томъ, чтобы обезпечить кредитору будущее удовлетвореніе причитающагося ему требованія. Такъ какъ цѣль эта сопровождается залогомъ во все время его существованія, пока остается неуплаченною хотя бы самая малѣйшая часть долга, то очевидно, что залогъ долженъ оставаться въ полной своей силѣ и неприкосновенности до полного погашенія требованія, ибо только съ этого момента, съ полнымъ погашеніемъ требованія, роль залога можетъ почитаться вполне исполненною.

Отсюда вытекаетъ какъ называемое *начало недѣлимости залога*—*pignoris causa est indivisa* ⁽²⁾, признанное всѣми

⁽¹⁾ См. ниже ст. 53 проекта и объясненія къ ней, стр. 459 и слѣд.

⁽²⁾ L. 65 D. de evict. (21, 2).

безъ исключенія законодательствами. Сущность этого начала заключается въ томъ, что залогъ обнимаетъ собою нераздѣльно все имѣніе, имъ обременяемое, такъ что онъ продолжаетъ тяготѣть на этомъ имѣніи, какъ цѣломъ, во все время своего существованія, а слѣдовательно даже и тогда, когда дѣло идетъ объ удовлетвореніи лишь ничтожнаго остатка требованія, въ капитальной ли суммѣ, или только въ процентахъ, или другихъ побочныхъ принадлежностяхъ требованія, обезпеченныхъ вмѣстѣ съ нимъ на имѣніи. Указанное свойство недѣлимости залога присуще, впрочемъ, только ему одному, а никакъ не требованію, имъ обезпеченному. Последнее, напротивъ того, какъ и всякое вообще денежное требованіе, дѣлимо; оно можетъ быть удовлетворяемо и по частямъ. Но только дѣлимость требованія, во всѣхъ случаяхъ, кромѣ тѣхъ, относительно коихъ закономъ или соглашеніемъ сторонъ установлено противное, не влечетъ за собою дѣлимости самаго залога; частичное удовлетвореніе долга не имѣетъ своимъ послѣдствіемъ соотвѣтственнаго частичнаго освобожденія имѣнія изъ подъ залога ⁽¹⁾. Въ этомъ смыслѣ предметъ залога, т. е. имѣніе, на которомъ онъ установленъ, представляетъ собою единую совокупную вещь, юридическое цѣлое ⁽²⁾. Залогъ распространяется нераздѣльно на все это имѣніе и на каждую его составную часть и принадлежность, хотя бы, напримѣръ, части эти были въ натурѣ отдѣлены другъ отъ друга или хотя бы даже онѣ, послѣ установленія залога, перешли въ собственность разныхъ лицъ.

Начало недѣлимости залога имѣетъ не одно только доктринальное, но и весьма важное практическое значеніе. Какъ вытекающее изъ самой сущности залога, оно должно найти себѣ вездѣ полное признаніе, все равно, будетъ ли оно прямо высказано въ данномъ положительномъ законѣ, или отойдетъ исключительно къ области учебниковъ. Такъ, начало это почитается и у насъ само собою подразумѣваю-

⁽¹⁾ *Dernburg*, d. Pfandrecht, т. II, стр. 28 и слѣд.; *Дуткевичъ*, Польское ипотечное право (изданіе редакціонной комисіи по составленію проекта гражданскаго уложенія), стр. 242 и слѣд.

⁽²⁾ См. ниже объясненія къ ст. 45 (стр. 371 и слѣд.) и 75 (стр. 577 и слѣд.) настоящаго проекта.

щимся, хотя и не выражено категорически въ дѣйствующемъ правѣ ⁽¹⁾. Важно не то, будетъ ли включено въ постановленія закона особое правило о недѣлимости залога, или не будетъ, а насколько она послѣдовательно проведена въ этихъ постановленіяхъ, насколько данное законодательство содержитъ въ себѣ руководящія правила по тѣмъ существеннымъ вопросамъ залоговаго права, которыя ею непосредственно затрагиваются. Однако же вопросы эти оставлены въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ безъ надлежащей разработки.

II. Пространство
дѣйствія залога, съ
точки зрѣнія:

II. Такъ какъ начало недѣлимости заключается въ томъ, что залогъ влечетъ за собою отвѣтственность *всего* имѣнія за *весь* долгъ, то задача законодательства по отношенію къ нему сводится къ тому, чтобы ясно и категорически отвѣтить на вопросы: что собственно должно почитаться отвѣтственнымъ по залогу, и за что именно залогъ отвѣтствуетъ. Вопросами этими исчерпывается, въ сущности, все то, что касается пространства дѣйствія залога, его объема, ибо объемъ этотъ опредѣляется ничѣмъ другимъ, какъ объемомъ требованія, обеспеченнаго залогомъ, и предмета, на которомъ залогъ установленъ.

а) требованія имѣ
обеспечиваемаго и

Что касается вопроса, за что отвѣтствуетъ заложенное имѣніе, то на основаніи ст. 36, 38 и 40 банкротскаго устава, вошедшихъ въ ст. 1649 т. X ч. I свод. зак. гражд., изд. 1887 года, и въ ст. 33 и 34 т. X, ч. II свод. зак. о судопр. и взыск. гражд., изд. 1876 года, и сохранившихъ, слѣдовательно, силу по настоящее время, съ имѣнія этого взыскивается въ пользу кредитора не только капитальная сумма долга, но и просроченные проценты, безъ всякаго однако же ограниченія относительно числа лѣтъ, за которыя они остались неуплаченными, а также узаконенные проценты съ незаплаченнаго капитала и просроченныхъ процентовъ. Только отдачею имѣнія во владѣніе залогодателя пресѣкается теченіе означенныхъ процентовъ. Изданныя во

⁽¹⁾ *Мейеръ*, Русское гражд. право, стр. 440; *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гражд. права, т. I, стр. 528.

время господства въ нашемъ правѣ начала, по которому всякое имѣніе могло быть обременено однимъ только залогомъ, правила эти не въ состояніи были возбудить на практикѣ какія нибудь недоумѣнія. Не то слѣдуетъ сказать о системѣ законодательства, которая не считаетъ залогъ препятствіемъ къ установленію втораго и послѣдующихъ залоговъ на данномъ имѣніи. Конкуренція нѣсколькихъ залоговыхъ правъ на одномъ и томъ же имѣніи дѣлаетъ необходимымъ болѣе точное регулированіе вопроса о процентахъ, удовлетворяемыхъ наравнѣ съ капитальными суммами долговъ, указаніе на то, за сколько именно лѣтъ проценты эти пользуются одинаковымъ съ капитальнымъ долгомъ обезпеченіемъ, такъ какъ помимо такого указанія закона никто изъ кредиторовъ не въ состояніи знать, хотя бы приблизительно, гдѣ собственно кончается объемъ права его предшественника и гдѣ начинается его собственное право. Между тѣмъ законодательство наше, не смотря на позднѣйшее отступленіе свое отъ безусловнаго примѣненія вышеупомянутаго начала, разрѣшеніемъ совершать нѣсколько залоговъ по одному и тому же имѣнію, оставило вопросъ о процентахъ, текущихъ по залоговымъ требованіямъ, совершенно безъ пересмотра.

Большинство иностранныхъ ипотечныхъ законодательствъ признаетъ заложенное имѣніе отвѣтственнымъ не только за капитальный долгъ и выросшіе на него проценты за определенное число лѣтъ, но и за понесенные ипотечнымъ кредиторомъ издержки взысканія. Въ нашемъ законодательствѣ вопросъ объ издержкахъ взысканія оставался совершенно открытымъ. Только уставъ гражданскаго судопроизводства коснулся впервые этого вопроса, да и то не вполне, ибо онъ упоминаетъ не о всѣхъ издержкахъ взысканія, а лишь объ издержкахъ по производству описи и публичной продажи. По силѣ ст. 1163 и 1215 того же устава означенныя издержки почитаются лежащими на имѣніи, причемъ имъ присвоенъ характеръ привилегіи, т. е. долга, подлежащаго вмѣстѣ съ недоимками въ податяхъ и повинностяхъ преимущественному удовлетворенію предъ всѣми прочими долгами, какъ обезпеченными залогомъ, такъ и необезпеченными. Оставалось, слѣдовательно, воспользоваться озна-

ченными правилами устава, давъ лишь мысли, въ нихъ заключающейся, дальнѣйшее развитіе ⁽¹⁾.

б) предмета, на
которомъ онъ уста-
новленъ.

Еще менѣе вопроса, касающагося объема залога съ точки зрѣнія требованія, имъ обезпеченнаго, представляется раз- работаннымъ въ нашемъ законодательствѣ вопросъ о томъ, на что именно залогъ распространяется. Собственно въ примѣненіи къ залогу, установленному между частными лицами, вопросъ этотъ обойденъ совершеннымъ молчаніемъ. Статья 392 т. X ч. I, свод. зак. гражд., изд. 1887 года, говоритъ только о принадлежностяхъ имѣній, заложенныхъ въ кредитныхъ и банковыхъ установленіяхъ и отсылаетъ за отвѣ- томъ на вопросъ о таковыхъ принадлежностяхъ къ кредит- ному и банковымъ уставамъ. Но уставы эти имѣютъ зна- ченіе спеціальныхъ узаконеній, обязательныхъ лишь для тѣхъ учреждений, для которыхъ они изданы, почему поста- новленія, содержащіяся въ этихъ уставахъ, не могутъ быть распространены на залогъ, устанавливаемый въ пользу част- ныхъ лицъ. При томъ же и въ банковыхъ уставахъ (если не считать § 5 устава одесск. кредитн. общества и § 46 того же и другихъ уставовъ кредитныхъ обществъ, упоминающихъ о постройкахъ вновь возведенныхъ въ принятомъ въ залогъ имѣніи) не говорится ни единого слова о предметѣ залога, почему банки находятся въ разсматриваемомъ отношеніи въ такомъ же неопредѣленномъ положеніи, какъ и частныя лица. Судебная практика показываетъ, что, стремясь выйти изъ этой неопредѣленности, банки пытались въ спорахъ съ залогодателями, касавшихся вопроса о предметѣ залога, ссылаться въ защиту своихъ интересовъ на соотвѣтствующія постановленія кредитнаго устава. Однако же правитель- ствующій сенатъ, исходя изъ вышеупомянутаго взгляда на уставъ каждаго даннаго учрежденія, какъ на спеціальнѣй- шій законъ, призналъ невозможнымъ допустить аналогическое примѣненіе означенныхъ постановленій (рѣш. 1879 года за № 8).—При прежней системѣ нашего залоговаго права, кредиторъ, съ передачею ему во владѣніе имѣнія долж-

⁽¹⁾ См. ст. 74 настоящаго проекта и соображенія къ ней, изложенныя подъ цифрою III, стр. 572 и слѣд.

ника одновременно съ установленіемъ залога, могъ знать, на что именно залогъ распространяется, и не нуждался въ особыхъ объ этомъ постановленіяхъ закона. Но отсутствіе подобныхъ постановленій тамъ, гдѣ установленіе залога не связано болѣе съ передачею заложенного имѣнія кредитору, составляетъ весьма существенный пробѣлъ въ законодательствѣ. Важность этого пробѣла признана вполне и главными основаніями предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. Вопросу о предметѣ залога посвящена особая статья этихъ основаній (ст. 16), постановляющая, что записанныя въ крѣпостную книгу обезпеченія договоровъ, обязательствъ, исковъ, взысканій и начетовъ распространяются на все имущество въ цѣломъ составѣ, вмѣстѣ съ принадлежностями. Слѣдовательно, разрѣшеніе разсматриваемаго вопроса въ вотчинномъ уставѣ составило задачу, прямо указанную государственнымъ совѣтомъ ⁽¹⁾.

§ 6. Правовое положеніе собственника во время существованія залога.

I. Уже выше, во второмъ отдѣлѣ общихъ объясненій ⁽²⁾, было замѣчено, что залогъ, въ смыслѣ права, направленаго исключительно къ обезпеченію требованія кредитора извѣстнымъ имѣніемъ должника, отличается тѣмъ отъ всѣхъ прочихъ вотчинныхъ правъ въ чужомъ имѣніи, что лицо, въ пользу коего онъ установленъ, не пріобрѣтаетъ при помощи его какую нибудь непосредственную матеріальную прибыль, какія нибудь выгоды въ заложенномъ имѣніи, заключающіяся въ пользованіи имъ, или въ извлеченіи изъ него доходовъ. Въ то время, какъ каждое другое вотчинное право въ чужомъ имѣніи, какъ-то: право отдѣльнаго владѣнія, вѣчное, пожизненное или срочное, вотчинная повинность (сервитутъ), или вотчинная выдача (поземельная рента), съ самаго момента своего возникновенія ставятъ извѣстныя границы пользованію всѣмъ объемомъ собствен-

I. Отличіе залога отъ другихъ вотчинныхъ правъ въ чужомъ имѣніи.

⁽¹⁾ См. ст. 75 настоящаго проекта и соображенія къ ней, стр. 576 и слѣд.

⁽²⁾ Стр. 20.

ности, уменьшая тѣмъ выгоды, тѣмъ средства, которыя собственникъ могъ бы извлечь изъ своего имѣнія при ихъ отсутствіи, и въ этомъ смыслѣ составляетъ ограниченіе собственности, въ истинномъ значеніи этого слова, залогъ, напротивъ того, во все время своего нормальнаго существованія не вступаетъ съ собственностью ни въ какое столкновеніе. Сила и значеніе залога обнаруживается собственно только въ то время, когда онъ перестанетъ существовать, когда наступитъ моментъ удовлетворенія долга, имъ обеспеченнаго. Но за то сила эта проявляется здѣсь гораздо глубже по сравненію съ прочими изъ упомянутыхъ правъ, глубже потому, что она выражается въ фактѣ понудительнаго отчужденія имѣнія у должника и, слѣдовательно, въ уничтоженіи права собственности сего послѣдняго.

И такъ залогъ, понимаемый въ томъ значеніи, какое присвоено ему позднѣйшимъ римскимъ правомъ, всѣми ипотечными законодательствами и преподанными государственнымъ совѣтомъ главными основаніями предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимыя имущества (ст. 5), не ограничиваетъ собственника въ правѣ пользованія, извлеченія выгодъ и распоряженія заложеннымъ имѣніемъ. Собственникъ, не смотря на обремененіе имѣнія залогомъ, сохраняетъ за собою право отчуждать это имѣніе или обременять его долгами, заключать по оному договоры (найма, рубки лѣса и т. п.) и фактически распоряжаться въ немъ по своему усмотрѣнію, т. е. всѣмъ тѣмъ, что по терминологіи французскихъ юристовъ, составляетъ его, собственника, *droit de disposition, d'administration et de jouissance*. Въ этомъ обстоятельствѣ, какъ то было уже замѣчено ⁽¹⁾, заключается преимущество этой формы залога предъ тѣми, которыя ей предшествовали на западѣ и у насъ, ибо чѣмъ менѣе собственникъ ограниченъ въ своемъ правѣ, тѣмъ болѣе онъ въ состояніи воспользоваться выгодами, заключающимися въ недвижимомъ имѣніи, и уплатить долгъ, тѣмъ легче онъ прибѣгнетъ къ кредиту съ цѣлью увеличенія производительныхъ средствъ имѣнія.

⁽¹⁾ Стр. 19 и слѣд.; стр. 37 и слѣд.

Однако же свобода, которую собственникъ сохраняетъ по отношенію къ своему имѣнію, не смотря на обремененіе его залогомъ, не можетъ быть столь же обширною, какъ свобода распоряженія имѣніемъ незаложеннымъ. Какъ бы то ни было, а залогъ уже съ самаго момента своего возникновенія составляетъ *обремененіе* имѣнія, сопутствующее это послѣднее, въ чьи бы руки оно не перешло. Осуществляя свое право собственности безгранично, должникъ могъ бы нанести существенный вредъ вотчиннымъ кредиторамъ еще до того времени, пока наступитъ срокъ требованію, залогомъ обеспеченному, и пока, слѣдовательно, залогъ этотъ въ состояніи будетъ исполнить свое назначеніе. Необходимо, поэтому, ограничить въ извѣстной мѣрѣ эту свободу, поставить ее въ опредѣленные рамки, границы, обезопасить кредиторовъ отъ возможности нарушенія ихъ залоговыхъ правъ, дать этимъ кредиторамъ законныя средства для своевременной борьбы противъ распоряженій, направленныхъ къ ихъ вреду.

Необходимость
ограниченія свободы
распоряженія соб-
ственника заложен-
наго имѣнія.

Въ чемъ же, спрашивается, могутъ и должны заключаться тѣ ограниченія права распоряженія собственника, которыя связаны съ установленіемъ залога, тѣ средства, которыя направлены противъ возможныхъ со стороны должника нарушеній правъ вотчиннаго кредитора? Очевидно, что тѣ и другія не должны идти далѣе той цѣли, которая вообще преслѣдуется въ залогѣ, что они могутъ существовать лишь настолько, насколько это вызывается необходимостью гарантировать вотчинному кредитору цѣлость и неприкосновенность того обезпеченія, которое имъ приобрѣтено въ залогѣ. Въ этой цѣли, въ возможности нарушенія правъ третьихъ лицъ—вотчинныхъ кредиторовъ, нанесенія вреда этимъ правамъ, ограниченіе свободы распоряженія собственника не вызывается никакими правильными основаніями. Мало того, всякое ограниченіе, идущее далѣе означенной цѣли, представляется даже совершенно излишнимъ стѣсненіемъ собственника, вредно отражающемся не только на его интересахъ, но и на интересахъ поземельнаго кредита вообще.

Предѣлы, въ ко-
торые ограниченіе
это должно быть по-
ставлено.

Исключеніе для
распоряженій вот-
чиннаго характера.

Исходя изъ этой точки зрѣнія, нѣтъ, очевидно, никакой необходимости связывать съ установленіемъ залога какія либо ограниченія въ такихъ распоряженіяхъ собственника по имѣнію, которыя имѣютъ вотчинный характеръ. Существованіе залога на данномъ имѣніи не должно стѣснять собственника въ правѣ отчудить оное вполне или въ части или обременить какими либо ограниченіями права собственности или новыми залогами. Распоряженія эти не могутъ нанести никакого вреда вотчинному кредитору: первыя, заключающіяся въ отчужденіи имѣнія, — благодаря такъ называемому *droit de suite*, т. е. тому обстоятельству, что обязанности по залогѣ, разъ установленному, пока онъ непогашенъ, переходятъ на всякаго пріобрѣтателя имѣнія ⁽¹⁾, а послѣднія—въ виду начала старшинства, т. е. того начала, въ силу коего дальнѣйшее существованіе правъ, возникшихъ позже даннаго залога, въ случаѣ ликвидаціи сего послѣдняго, будетъ зависѣть отъ полного удовлетворенія требованія, обеспеченнаго этимъ залогомъ. Въ этомъ смыслѣ вопросъ о распоряженіяхъ собственника по заложенному имѣнію, какъ уже упомянуто выше, разрѣшается всѣми ipotечными законодательствами и главными основаніями предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимыя имущества (ст. 5).

Прочія распоряже-
нія.

Въ совершенно другомъ, однако же, видѣ представляется вопросъ о всѣхъ прочихъ распоряженіяхъ собственника по заложенному имѣнію, а именно тѣхъ, которыя выражаются въ заключаемыхъ имъ по имѣнію договорахъ, а также въ распоряженіяхъ чисто фактическаго характера, составляющихъ одностороннія дѣйствія его, собственника, по этому имѣнію. Это и суть тѣ распоряженія, при помощи коихъ собственникъ, оставаясь таковымъ, извлекаетъ разныя выгоды изъ своего имѣнія и вообще хозяйничаетъ въ немъ. Запретить собственнику эти распоряженія, не дозволить ему отдавать заложенное имѣніе въ наемъ, продавать лѣсъ, самому рубить таковой, сносить постройки и т. п., равно-

⁽¹⁾ См. ниже объясненія къ ст. 43 настоящаго проекта, стр. 305 и слѣд.

сильно отказу ему въ правѣ извлекать упомянутыя выгоды и хозяйничать. Подобный отказъ, какъ безусловное послѣдствіе установленія залога, очевидно, не возможенъ. А между тѣмъ, тѣми либо другими распоряженіями можетъ быть въ извѣстныхъ случаяхъ обезцѣниваемо имѣніе; они могутъ клониться ко вреду вотчинныхъ кредиторовъ, угрожать возможности полученія ими удовлетворенія изъ заложенного имѣнія, или даже лишать ихъ на самомъ дѣлѣ этой возможности. Въ такомъ неограниченномъ видѣ разсматриваемыя распоряженія могли бы принадлежать развѣ только собственнику, имѣніе коего не обременено залогомъ. Но онѣ не могутъ быть въ этомъ видѣ признаны со стороны закона, вслѣдствіе явной несовмѣстимости ихъ съ фактомъ существованія залога, за такимъ собственникомъ, который или самъ обременилъ свое имѣніе залогомъ, или приобрѣлъ оное уже обремененнымъ этимъ правомъ.

II. Провести точную грань, которая бы ясно, категорически отдѣляла область дозволенныхъ распоряженій собственника заложенного имѣнія отъ недозволенныхъ и была обязательною для всѣхъ безъ исключенія случаевъ, перечислить тѣ либо другія въ законѣ или указать въ послѣднемъ такой внѣшній признакъ, который позволялъ бы отличать недозволенные распоряженія, очевидно, невозможно. Все здѣсь зависитъ отъ вреда, который причиненъ или угрожаетъ вотчинному кредитору. Понятіе же вреда—понятіе относительное. Одно и то же распоряженіе собственника можетъ быть въ одномъ случаѣ соединено съ опасностью лишить вотчиннаго кредитора возможности получить удовлетвореніе изъ заложенного имѣнія или съ дѣйствительнымъ лишеніемъ его этой возможности, въ другомъ случаѣ—нѣтъ. Остается, слѣдовательно, лишь одно, а именно: вооружить вотчинныхъ кредиторовъ правомъ оспаривать дѣйствія собственника, когда они дѣйствительно клонятся къ ихъ вреду, требовать признанія этихъ дѣйствій для себя необязательными или безусловно недѣйствительными, воспрещенія тѣхъ изъ нихъ, которыя разорительны и даже, когда имѣніе сдѣлалось недостаточнымъ по винѣ собственника обезпече-

II. Невозможность
точного разграниче-
нія области дозво-
ленныхъ распоря-
женій отъ недозво-
ленныхъ.

ніемъ, — взысканія должной суммы до срока. Такъ какъ огромною массою разсматриваемыхъ распоряженій собственника по заложенному имѣнію, заключающихся въ отдачѣ этого имѣнія въ наемъ, въ продажѣ лѣса, машинъ, строеній на сносъ и т. п., устанавливаются извѣстныя права въ пользу третьихъ лицъ (арендатора, покупателя лѣса и т. п.), то очевидно, что законодатель встрѣчается въ данномъ случаѣ со столкновеніемъ правъ, вытекающихъ изъ противоположныхъ основаній, и долженъ преподать руководящія начала для разрѣшенія такового столкновения.

Actio Pauliana.

Повидимому, нѣтъ никакой необходимости создавать въ законѣ *особыя спеціальныя* начала для разрѣшенія собственно столкновеній правъ вотчинныхъ кредиторовъ съ правами вышеупомянутыхъ лицъ. Въ самомъ дѣлѣ, гражданскому праву извѣстенъ общій институтъ, заключающійся въ правѣ кредиторовъ опровергать дѣйствительность договоровъ и вообще юридическихъ дѣйствій должника, на коихъ основаны права третьихъ лицъ, институтъ, выработанный еще въ римскомъ правѣ, носящій въ немъ и въ современной доктринѣ название *Actio Pauliana* и перешедшій въ существенныхъ своихъ чертахъ въ нынѣ дѣйствующія законодательства (ст. 1167 Франц. гражд. кодекса; германскій законъ 21 іюля 1879 г.—Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens, австрійскій законъ 16 марта 1884 г.—Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen) ⁽¹⁾.

Благодаря этому институту, благодаря присущему всякому кредитору, какъ таковому, самостоятельному праву

⁽¹⁾ Windscheid, Lehrbuch der Pandecten, т. II, § 463; Laurent, Principes de droit civil, т. XVI, § 383 и слѣд.; Förster (въ изданіи Энциуца), Theorie und Praxis d. heutigen gemeinen preussischen Privatrechts (изд. 1881 г.), т. I, ч. II, стр. 602 и слѣд.; Stubenrauch, Commentar z. österr. allgem. bürgerlichen Gesetzbuche (изд. 1884 г.), т. II, стр. 661 и слѣд.; Zürcher, die actio Pauliana (1872); Otto, die Anfechtung von Rechtshandlungen (1881 г.); Карпицкій, о правѣ кредиторовъ опровергать сдѣлки, заключенныя должникомъ съ третьими лицами (докладъ, представленный въ юридическомъ обществѣ 10 Января 1881 г.).

оспаривать упомянутыя дѣйствія должника, не дожидаясь объявленія его несостоятельнымъ, кредиторамъ дана возможность въ извѣстныхъ случаяхъ добиться поворота въ имущественную массу, изъ которой можетъ быть потребовано удовлетвореніе, того, что отчуждено изъ нея силою означенныхъ дѣйствій, и тѣмъ самымъ достигнуть возвращенія положенія, въ какомъ имущество это находилось до того момента, когда они совершены. Казалось бы, поэтому, что та потребность въ защитѣ интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ противъ возможныхъ со стороны собственника заложенаго имѣнія правонарушеній, о которой говорилось выше, можетъ найти свое полное удовлетвореніе въ названномъ общегражданскомъ институтѣ. Предположеніе это, однако же, при ближайшемъ разсмотрѣніи его не можетъ быть признано правильнымъ.

Какъ извѣстно, *actio Pauliana* вызвана необходимостью противодѣйствовать *недобросовѣстнымъ* дѣйствіямъ должника, направленнымъ къ лишенію кредитора возможности получить удовлетвореніе изъ его, должника, имущества. Институтъ этотъ имѣетъ въ виду обезпечить кредитора противъ *обманныхъ* дѣйствій должника, защитить кредитора противъ послѣдствій противопоставленія ему, когда онъ приступитъ къ осуществленію своего права путемъ обращенія взысканія на имущество должника, такихъ актовъ распоряженія сего послѣдняго, которыя хотя и служатъ основаніемъ правъ третьихъ лицъ, но основаніемъ симулятивнымъ, т. е. скрывающимъ подъ данною формою дѣйствительное отношеніе сторонъ, или фиктивнымъ, вымышленнымъ, на самомъ дѣлѣ нисколько не существующимъ, которое предпринято съ цѣлью нанесенія вреда кредитору. Только означеннаго рода стремленіями, какъ основанными на требованіяхъ справедливости, и можетъ быть оправдано то отступленіе отъ принципа неприкосновенности договоровъ со стороны третьихъ лицъ, неучаствовавшихъ въ ихъ заключеніи, которое вводится при посредствѣ *actio Pauliana*. Послѣдняя нарушаетъ упомянутый принципъ именно потому, что при помощи ея кредиторъ вторгается въ чужую ему сферу договорныхъ отно-

Сущность этого
института и

шеній и разрушаетъ имущественныя права посторонняго лица, на отношеніяхъ этихъ основанныя. Но, съ другой стороны, понятна важность этого принципа, составляющаго, какъ извѣстно, фундаментъ гражданскаго оборота. Понятно также, какъ затруднительно ограничивать право распоряженія должника по его имуществу только потому, что у него есть кредиторъ, могущій оказаться впослѣдствіи неудовлетвореннымъ въ своей претензіи. Поэтому то, право кредитора опровергать юридическія дѣйствія должника не можетъ не быть обставлено извѣстными, точно опредѣленными границами или условіями, не можетъ не быть рассматриваемо въ видѣ исключенія, недопускающаго никакого распространительнаго толкованія. Въ такомъ именно видѣ право это представляется во всѣхъ законодательствахъ, въ коихъ институтъ *actio Pauliana* встрѣчается.

условія его при-
мѣненія.

Въ чемъ же заключаются упомянутыя границы или условія рассматриваемаго права? Они вытекаютъ непосредственно изъ самой сущности сего послѣдняго, какъ она опредѣлена выше.

Во 1-хъ, такъ какъ право кредитора оспаривать юридическія дѣйствія должника вызывается необходимостью устранить тѣ препятствія, которыя онъ встрѣчаетъ въ этихъ дѣйствіяхъ на пути удовлетворенія своей претензіи, то, очевидно, что оно можетъ принадлежать только такому кредитору, *претензія коего подлежитъ понудительному исполненію*, т. е. присуждена судомъ, съ выдачею ему исполнительнаго листа. До тѣхъ поръ, пока претензія неприсуждена, пока кредиторъ не обратилъ взысканія на неотчужденное имущество должника, не получивъ изъ онаго удовлетворенія, не можетъ быть рѣчи объ упомянутомъ правѣ, ибо вопросъ объ удовлетвореніи ея остается еще пока открытымъ. Она можетъ оказаться вовсе подлежащей удовлетворенію или быть пополненной должникомъ, не смотря на данное дѣйствіе его, могущее подать поводъ къ спору.

Во 2-хъ, оспариваемое дѣйствіе должника должно *находиться въ причинной связи съ его неоплатностью*. Если должникъ во время совершенія этого дѣйствія не былъ неоплатнымъ и сталъ таковымъ лишь впослѣдствіи по при-

чинамъ, совершенно отъ послѣдняго не зависимымъ, то оно не можетъ быть кредиторомъ оспариваемо.

Въ 3-хъ, оспариваемое дѣйствіе должно, слѣдовательно, *причинять вредъ кредитору* (eventus damni). Только такія дѣйствія должника могутъ быть оспариваемы, совершеніемъ которыхъ отнята у кредитора возможность полученія удовлетворенія. Подобный споръ не мыслимъ, когда у должника и послѣ даннаго дѣйствія остается имущество, съ котораго можетъ быть взыскана претензія кредитора. Поэтому, вчиня такой споръ, кредиторъ, по общему правилу о распределеніи доказательствъ между сторонами, долженъ доказать, что дѣйствительно у должника нѣтъ другого имущества, на которое могло бы быть обращено взысканіе. Должнику и даже третьему лицу, заинтересованному въ спорѣ ⁽¹⁾, принадлежитъ право указать это другое имущество, требовать, чтобы предварительно оно было подвергнуто продажѣ на удовлетвореніе претензіи кредитора и тѣмъ самымъ устранить искъ сего послѣдняго, направленный противъ права третьяго лица, пріобрѣтеннаго на основаніи даннаго дѣйствія должника.

Въ 4-хъ, извѣстное дѣйствіе должника, когда оно совершено ранѣе возникновенія права даннаго кредитора, можетъ быть оспариваемо послѣднимъ развѣ только въ томъ случаѣ, когда доказано, что дѣйствіе это предпринято съ преднамѣренною цѣлью повредить интересамъ будущихъ кредиторовъ, т. е. лицъ, съ которыми должникъ предполагалъ вступить впослѣдствіи въ долговыя отношенія ⁽²⁾. По общему же правилу *оспариваемое дѣйствіе должно слѣдовать по времени возникновенію права кредитора*, послѣднее должно быть установлено ранѣе этого дѣйствія, ибо когда право кредитора еще не существуетъ, то и не можетъ быть рѣчи о нарушеніи его даннымъ дѣйствіемъ должника.

Наконецъ, въ 5-хъ, необходимо установленіе *злаго умысла* (animus fraudis), намѣренія должника путемъ оспариваемаго дѣйствія (напр. отчужденія) отнять у кредитора возмож-

⁽¹⁾ *Laurent*, в. п. с. и т., § 487.

⁽²⁾ Ср. ст. 29 австр. закона 16 марта 1884 г. и *Förstera*, тамъ же, стр. 607 прим. 33.

ность получения удовлетворения изъ даннаго имущества. Если должникъ, совершая это дѣйствіе, дѣйствовалъ добросовѣстно, т. е., помимо признанія объ ущербѣ, наносимомъ имъ своимъ кредиторамъ, помимо знанія о тѣхъ вредныхъ послѣдствіяхъ, которыя оно должно повлечь за собою для кредиторовъ, то и оспариваніе послѣдними этихъ послѣдствій не можетъ имѣть мѣста ⁽¹⁾. Приэтомъ, злой умыселъ долженъ быть не только на сторонѣ должника, но и того, кѣмъ силою оспариваемаго дѣйствія пріобрѣтено извѣстное право, т. е. третьяго лица, заинтересованнаго въ спорѣ. Лицо это должно быть, слѣдовательно, участникомъ злаго умысла (*particeps fraudis*); оно должно знать о томъ, что должникъ, совершая оспариваемое дѣйствіе, руководствовался намѣреніемъ причинить вредъ своему кредитору, ибо если оно объ этомъ не знало, дѣйствовало добросовѣстно, то нѣтъ никакого основанія, при столкновеніи его права съ правомъ кредитора, давать безусловное преимущество этому послѣднему праву передъ первымъ. Только по отношенію къ одной категоріи дѣйствій должника, направленныхъ ко вреду кредиторовъ, законодательства и доктрина допускаютъ въ данномъ отношеніи исключеніе, а именно для тѣхъ дѣйствій, коими устанавливаются въ пользу третьихъ лицъ извѣстныя права безмездно. Только эти дѣйствія, въ силу принципа «сперва платить, а послѣ уже дарить», могутъ быть оспариваемы, хотя бы эти третьи лица дѣйствовали добросовѣстно, не будучи участниками злаго умысла должника.

Значеніе его какъ
obligatio ex delicto.

Совокупность всѣхъ этихъ условій, коими обставлено осуществленіе права кредитора оспаривать дѣйствія должника, приводитъ къ несомнѣнному убѣжденію, что въ основаніи этого права нисколько не лежитъ фактъ существованія долговыхъ отношеній между даннымъ должникомъ и его кредиторомъ. Взятый самъ по себѣ, какъ уже замѣчено выше, фактъ существованія долговъ у извѣстнаго лица не можетъ еще лишить это послѣднее права распоряжаться своимъ имуществомъ. Основаніе *actio Pauliana* заключается въ злонамѣрен-

⁽¹⁾ *Laurent*, тамъ же, § 441, 442. *Windscheid*, тамъ же.

номъ, преступномъ характерѣ даннаго распоряженія должника, въ такомъ дѣйствіи его, которое, будучи обманнымъ, соединеннымъ со злымъ умысломъ повредить кредитору, подходитъ подъ понятіе деликта. Это-то дѣйствіе, благодаря означенному своему характеру, и служитъ источникомъ права кредитора требовать устраненія послѣдствій, порожденныхъ этимъ дѣйствіемъ, поскольку они оказываются вредными для него, кредитора,—права, по отношенію къ которому лично обязанною стороною является должникъ и лицо, воспользовавшееся выгодами отъ его дѣйствія. Поэтому-то и большинство писателей по гражданскому праву относятъ разсматриваемый институтъ къ области обязательствъ, протекающихъ изъ правонарушеній (*obligationes ex delicto*).

Право кредитора оспаривать дѣйствія должника, направленные къ его, кредитора, вреду, какъ извѣстно, не чуждо и русскому праву. Оно положительно выражено въ п. 2 ст. 1529 т. X ч. I, по которому «договоръ не дѣйствителенъ и обязательство ничтожно, если побудительная причина къ заключенію онаго есть достиженіе цѣли, закономъ запрещенной, какъ-то, когда договоръ клонится . . . къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ». Точный смыслъ приведеннаго узаконенія показываетъ, что въ немъ прямо и категорически выражены тѣ два существенныя условія, коими характеризуется *actio Pauliana*. Оно требуетъ, во 1-хъ, чтобы сдѣлка была заключена «во избѣжаніе платежа долговъ», т. е. наличности вреда, причиняемаго кредиторамъ (*eventus damni*), и во 2-хъ, чтобы она состояла въ *подложномъ* (т. е. обманномъ) *переукрѣпленіи имущества*, т. е. наличности злаго умысла (*animus fraudis*). Условія эти являются существенными именно потому, что всѣ прочія изъ указанныхъ выше условій разсматриваемаго института оказываются, на самомъ дѣлѣ, ничѣмъ инымъ, какъ послѣдовательнымъ, логическимъ ихъ развитіемъ. Несомнѣнно также, что установленное означеннымъ узаконеніемъ право присвоено каждому кредитору, какъ таковому, т. е. какъ право, которое онъ можетъ осуществлять не непременно въ степени своего

Actio Pauliana русскаго права (п. 2 ст. 1529 т. X ч. I).

должника, а самостоятельно, и, слѣдовательно, помимо объявленія послѣдняго несостоятельнымъ ⁽¹⁾. Такимъ образомъ, право это представляется, въ существѣ своемъ, обставленнымъ по русскому праву тѣми же предѣлами и вообще имѣетъ то же значеніе, что и actio Pauliana римскаго права и западно-европейскихъ законодательствъ.

Необходимость
особой защиты ин-
тересовъ вотчин-
ныхъ кредиторовъ,
независимой отъ за-
щиты, доставляе-
мой actio Pauliana.

Если теперь, послѣ всего изложеннаго, обратиться опять къ вопросу о правѣ *вотчинныхъ* кредиторовъ устранять вредныя для нихъ послѣдствія распоряженій собственника по заложенному имѣнію, то станетъ очевиднымъ, что законная защита, въ которой нуждаются, въ данномъ отношеніи, эти кредиторы и та, которую доставляетъ actio Pauliana, не могутъ покрывать другъ друга. Если бы названнымъ кредиторамъ пришлось разсчитывать исключительно на эту послѣднюю защиту, если бы за ними оставалось одно лишь право иска по п. 2 ст. 1529 т. X ч. I, то интересы ихъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ оставались бы совершенно неогражденными. Вчинить этотъ искъ можетъ только кредиторъ, претензія коего оказалась неудовлетворенною; слѣдовательно, кредиторъ, *претензія коего уже присуждена судомъ и подлежитъ исполненію*. Между тѣмъ, какъ уже упомянуто выше, въ настоящемъ случаѣ дѣло идетъ о защитѣ интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ *во время существованія залога*, т. е. до истеченія сроковъ принадлежащимъ имъ залоговымъ требованіямъ, когда требованія эти не могли быть еще предъявлены ко взысканію, т. е. о защитѣ, направленной противъ дѣйствій, вредныя послѣдствія которыхъ могутъ отразиться только въ будущемъ. Actio Pauliana предполагаетъ далѣе должника, пользующагося въ полномъ объемѣ правомъ распоряженія по своему имуществу. Только злой умыселъ, обманъ, «подложное переукрѣпленіе имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ» ставятъ предѣлъ этому праву. Только ими оправдывается дозволенное закономъ вторженіе со стороны кредиторовъ въ область отношеній должника съ третьими лицами. Въ совер-

⁽¹⁾ Карпицкій, тамъ же, стр. 22 и слѣд.

шенно другомъ положеніи оказывается должникъ, имѣніе коего обременено залогомъ. Свобода распоряженія его по такому имѣнію не можетъ быть полною, ибо она угрожала бы цѣлости и неприкосновенности залога. Установивъ залогъ, или пріобрѣтя имѣніе, обремененное залогомъ, собственникъ долженъ быть признанъ согласившимся ограничить свою свободу и именно ограничить настолько, насколько это нужно для поддержанія упомянутой цѣлости и неприкосновенности залога. Слѣдовательно, право вотчиннаго кредитора оспаривать невыгодныя для него послѣдствія распоряженій собственника по заложенному имѣнію должно имѣть совершенно самостоятельное основаніе, вполнѣ независимое отъ того, на которомъ построена *actio Pauliana*. Основаніе это должно существовать совершенно независимо отъ вопроса о наличности или отсутствіи залога умысла въ каждомъ данномъ случаѣ; оно должно заключаться ни въ чемъ иномъ, *какъ въ самомъ залогѣ, въ фактъ его установленія, въ вотчинномъ его характеръ*. Съ точки зрѣнія такого именно основанія упомянутого права будетъ уже вполнѣ безразлично, дѣйствовалъ ли собственникъ, въ томъ или другомъ случаѣ, со злымъ умысломъ или добросовѣстно. Онъ могъ даже дѣйствовать такъ, какъ это вообще свойственно рачительному хозяину и тѣмъ не менѣе дѣйствія его не могутъ почитаться безразличными съ точки зрѣнія интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ ⁽¹⁾. Продавая, напримѣръ, на срубъ лѣсъ заложенного имѣнія въ количествѣ, превышающемъ ежегодный приростъ этого лѣса, собственникъ могъ руководствоваться добрымъ намѣреніемъ превратить лѣсъ въ пашню и тѣмъ самымъ поднять въ будущемъ цѣнность имѣнія. Тѣмъ не менѣе, признаніе подобной продажи обязательною для вотчинныхъ кредиторовъ было бы очевиднымъ нарушеніемъ правъ сихъ послѣднихъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда доказано, что при условіяхъ, въ которыхъ должна будетъ послѣдовать публичная продажа заложенного имѣнія, кредиторамъ этимъ

⁽¹⁾ *Laurent*, в. п. с., т. 30, § 227.

грозила бы, благодаря упомянутой продажѣ лѣса, опасность неполученія полного удовлетворенія. Точно также, съ точки зрѣнія той защиты, въ которой нуждаются вотчинные кредиторы, должно быть признано совершенно безразличнымъ, есть ли у должника еще другое, кромѣ заложенного, имущество, на которое они могли бы обратить взысканіе, или нѣтъ, когда послѣдовало извѣстное распоряженіе собственника, угрожающее фактическимъ осуществленіемъ своимъ интересамъ вотчиннаго кредитора—до или послѣ установленія залога, а также, отъ кого собственно это распоряженіе исходитъ, отъ первоначальнаго ли должника, лично обязаннаго предъ кредиторомъ, или отъ кого либо изъ частныхъ правопреемниковъ этого должника по имѣнію и даже отъ лица совершенно посторонняго.—Первое безразлично въ виду значенія залога, какъ права вотчиннаго кредитора требовать удовлетворенія *именно* изъ заложенного имѣнія ⁽¹⁾; второе—потому, что залогъ, какъ вотчинному праву, можетъ быть противопоставляемо съ надлежащею силою лишь то, что, возникнувъ ранѣе его самаго, черпаетъ свое существованіе въ дѣйствіи общаго закона или въ записи вотчинной книги и, наконецъ, третье,—въ виду опять таки вотчиннаго характера залога. Нельзя пройти молчаніемъ и того обстоятельства, что защита, о коей идетъ рѣчь, должна быть направлена не только противъ распоряженій собственника по заложенному имѣнію, коими устанавливаются какія либо права въ пользу третьихъ лицъ, но и противъ распоряженія чисто фактическаго характера (напр., когда собственникъ самъ вырубаютъ лѣсъ, уничтожаетъ постройки и т. п.), а также противъ бездѣйствія его или упущенія, предупреждая вредныя послѣдствія таковыхъ распоряженій или упущеній, угрожающія интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ. Она должна, наконецъ, принять въ соображеніе и положеніе, создаваемое уже осуществившимся фактически ухудшеніемъ имѣнія, исключаящемъ возможность какъ принятія какихъ либо предупредительныхъ мѣръ, такъ и примѣненія *actio Pauliana*, напри-
мѣръ, когда принадлежности имѣнія, его скотъ, машины,

⁽¹⁾ См. ниже ст. 95 и объясненія къ ней.

пріобрѣтены третьимъ лицомъ добросовѣстно и т. п. ⁽¹⁾. Всѣ эти случаи лежатъ внѣ области этого послѣдняго института: слѣдовательно, и по этой причинѣ защита, въ которой нуждаются вотчинные кредиторы, должна быть шире той, которую въ состояніи доставить *actio Pauliana*.

Такая, удовлетворяющая указаннымъ условіямъ и потребностямъ защита, въ качествѣ принадлежащей всякому вотчинному кредитору, какъ таковому, и не имѣющая ничего общаго съ тою, которую даетъ *actio Pauliana*, должна быть, очевидно, регулирована особыми постановленіями закона, къ залогу относящимися. Только при этомъ условіи она можетъ отвѣчать вполне интересамъ залога и имѣть такой же, какъ и этотъ послѣдній, вотчинный характеръ, т. е. быть дѣйствительною по отношенію къ лицамъ, съ которыми кредиторъ не вступалъ въ какія либо договорныя отношенія.

III. Въ такомъ именно видѣ вопросъ о вліяніи залога на право распоряженія собственника по заложенному имѣнію и обусловленной этимъ вліяніемъ защиты интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ противъ распоряженій, которыя угрожаютъ ихъ правамъ, разрѣшается, съ большей или меньшей подробностью, во всѣхъ западно-европейскихъ ипотечныхъ законодательствахъ. Такъ, уже римское право, кромѣ такъ называемой *actio pignoratitia in personam contraria*, при посредствѣ каковаго иска кредиторъ могъ привлечь должника къ отвѣтственности за всякое дѣйствіе, несовмѣстимое съ *bona fides* ⁽²⁾, давало кредитору право вчинить такъ называемую *actio legis Aquiliae* противъ каждаго виновника въ поврежденіи или уничтоженіи предмета залога ⁽³⁾. Наконецъ, римское право признавало кредитора вправѣ вчинить *actio hypothecaria* и до наступленія срока его залоговому требованію, когда интересамъ его существенно угрожали разорительныя дѣйствія должника въ заложенномъ имѣніи, и

III. Постановленія римскаго права и новѣйшихъ западно-европейскихъ законодательствъ по предмету упомянутой защиты.

⁽¹⁾ См. ниже, объясненія къ ст. 78 и 79 настоящаго проекта, стр. 612 и слѣд.

⁽²⁾ L. 9. D. de pign. act. (13, 7).

⁽³⁾ L. 27. D. de pign. (20, 1).

добиться этимъ путемъ дополнительнаго обезпеченія, или наложенія секвестра на имѣніе или даже передачи послѣдняго въ свое владѣніе ⁽¹⁾. Примѣру римскаго права послѣдовали новѣйшія западно-европейскія законодательства (ст. 1181, 2131 и 2175 фр. гр. улож., 1980 ит. гр. улож., ст. 79 и 103 бельг. зак.; 22, 23, 24, 44, 441 и 442 прус. ландрехта, 31 и 50 прус. зак. 1872 г., 15 и 16 полож. 1868 г. для Нейфорпомерна и острова Рюгена; 458 и 1102 австр. гр. ул.; 18 и 45 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.; ст. 1069, 1070, 1072, 1073 и 1074 проекта общегерманск. гражд. уложенія 1888 года), повторяющія и развивающія въ существенныхъ чертахъ то, что было уже выработано римскимъ правомъ въ разсматриваемомъ отношеніи.

IV. Русское законодательство.

IV. Что же касается нашего законодательства, то какъ въ банкротскомъ уставѣ, такъ и въ изданныхъ послѣ него узаконеніяхъ было бы совершенно напрасно искать *общихъ* опредѣленій по вопросу о томъ, стѣсняется ли, и въ чемъ именно, право должника распоряжаться заложеннымъ имѣніемъ, правилъ, которыя обнимали бы собою всѣ случаи существованія залога. Единственное исключеніе въ этомъ отношеніи представляютъ стѣсненія, связанныя съ наложеніемъ запрещенія по залогу. Слѣдовательно, только стѣсненія въ распоряженіяхъ вотчиннаго характера по имѣнію, коимъ препятствуетъ означенное запрещеніе (т. е. стѣсненія въ правѣ отчужденія заложеннаго имѣнія и обремененія его новыми залогами), стоятъ по нашему праву виѣ всякаго спора (ст. 1388, 1630 т. X ч. I свод. зак. гражд.). Но это и суть именно тѣ стѣсненія, которыя въ виду сущности залога, какъ права вотчиннаго, совершенно излишни, не существуютъ ни въ одномъ изъ ипотечныхъ законодательствъ и по мысли преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество должны быть устранены у насъ на будущее время. За то, наоборотъ, вся остальная область распоряженій должника по

⁽¹⁾ *Dernburg, d. Pfandrecht*, т. II, стр. 298 и слѣд.

заложенному имѣнію, какъ юридическихъ, такъ и фактическихъ, по скольку они могутъ угрожать цѣльности и неприкосновенности залога, а, слѣдовательно, существеннѣйшимъ интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ, пройдена въ нашемъ правѣ почти полнымъ молчаніемъ. Такой пробѣлъ закона представляется, впрочемъ, совсѣмъ понятнымъ. Тамъ, гдѣ вотчинный характеръ залога оказывался неразвитымъ, гдѣ отношенія, поражаемые этимъ правомъ, почитались по преимуществу личными, не могло явиться яснаго, твердаго сознанія о необходимости установленія вотчинныхъ мѣръ для защиты его неприкосновенности, дѣйствительныхъ противъ каждаго третьяго лица. Единственнымъ возможнымъ нарушителемъ залога въ глазахъ закона могъ почитаться контрагентъ залогодержателя по закладной, почему и самое нарушение естественно должно было сводиться на договорную почву, отождествляться съ нарушеніемъ договора, а слѣдовательно и признаваться не нуждающимся въ *особыхъ* средствахъ защиты.

Только сравнительно позднѣйшее дѣйствующее законодательство заключаетъ въ себѣ лишь нѣкоторыя правила, относящіяся къ одному виду распоряженій должника своимъ имѣніемъ, а именно къ заключеннымъ по заложенному имѣнію договорамъ, да и то такія, которыя обнимаютъ этотъ предметъ далеко не съ надлежащею полнотою. Сюда относятся именно ст. 2033 и 2034 т. X ч. 2, свод. зак., изд. 1857 г., вошедшія было въ п. I прим. къ ст. 1708 т. X ч. 1, по прод. 1876 г., но затѣмъ исключенныя оттуда по изданію того же тома и части 1887 года. По точному смыслу этихъ статей, дѣйствіе *арендныхъ и оброчныхъ договоровъ* могло быть уничтожаемо только по случаю состоявшейся *публичной продажи*, слѣдовательно, собственно говоря, по одной лишь просьбѣ покупателя; для такового уничтоженія требовалась наличность только одного условія, а именно, *чтобы данный арендный или оброчный договоръ былъ заключенъ послѣ описи и наложенія на имѣніе запрещенія*. Подъ запрещеніемъ этимъ, согласно разъясненію гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената (рѣш. № 740, 1874 г., № 359, 1879 г.), разу-

Ст. 2033 и 2034
т. X ч. 2, изд. 1857 г.

Ст. 1099 и 1100
уст. гражд. суд.

мѣлось то, которое налагалось на имѣніе вслѣдствіе открывшихся уже взысканій (т. X ч. 2, ст. 1813)—а не то, которое налагается при совершеніи закладной. Последнее, имѣя, по словамъ сената, цѣлью лишь воспрепятствовать отчужденію имѣнія, не стѣсняетъ владѣльца въ способахъ пользованія и, слѣдовательно, не служитъ препятствіемъ къ совершенію арендныхъ по имѣнію договоровъ. Ясно, что правило это не обнимало даже всѣхъ договоровъ по имѣнію, что оно защищало собственно интересы покупателя, а не кредитора и что ставя уничтоженіе договора въ зависимость не отъ вреда, къ которому онъ направленъ, а исключительно отъ такого случайнаго обстоятельства, каковъ моментъ его заключенія послѣ описи и послѣ наложенія запрещенія, съ одной стороны, являлось недостаточнымъ орудіемъ борьбы противъ возможныхъ злоупотребленій, а съ другой—подвергало риску, безъ всякой къ тому причины, даже такіа договорныя права, которыя могли не заключать въ себѣ нарушенія ни чьихъ законныхъ интересовъ. Съ изданіемъ судебныхъ уставовъ правило это замѣнено другимъ, а именно изложеннымъ въ ст. 1099 и 1100 уст. гр. суд. Последнія говорятъ уже о *договорахъ по имѣнію* и, слѣдовательно, не объ однихъ лишь договорахъ арендныхъ и оброчныхъ. На основаніи упомянутыхъ статей, договоры по имѣнію могутъ быть уничтожены не только при публичной его продажѣ по просьбѣ покупателя, *но и по просьбѣ взыскателя*. И такъ, уставъ гражданскаго судопроизводства принимаетъ уже во вниманіе и интересы кредитора, хотя и ограничиваетъ возможность защиты этихъ интересовъ моментомъ, когда кредиторъ станетъ взыскателемъ, т. е. когда закладная будетъ предъявлена ко взысканію. Для уничтоженія договоровъ по имѣнію уставъ ставитъ условіемъ, чтобы они *клонились во вредъ взыскателя или покупателя*. Но рядомъ съ этимъ ставится еще и другое условіе, а именно, чтобы договоры эти *были заключены должникомъ послѣ полученія повѣстки объ исполненіи*, чѣмъ, очевидно, суживается дѣйствіе правила, установленнаго прежними судопроизводственными законами, и притомъ безъ правильнаго, какъ казалось бы, къ тому основанія, ибо должникъ можетъ заключить

договоръ во вредъ кредитора и до наступленія срока закладной, предъявленія ея ко взысканію и полученія повѣстки объ исполненіи и, слѣдовательно, моментъ полученія должникомъ таковой повѣстки является здѣсь не приче́мъ. — Засимъ, область фактическихъ распоряженій собственника по заложенному имѣнію, поскольку она можетъ угрожать интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ или даже выразилась уже матеріально уменьшеніемъ его цѣнности настолько, что оно стало недостаточнымъ обезпеченіемъ, игнорируется совершенно общими постановленіями нашего права. Съ изданіемъ судебныхъ уставовъ въ дѣйствующее законодательство введено было правило о томъ, что съ наложеніемъ запрещенія на имѣніе владѣльцу воспрещается рубка находящагося въ немъ лѣса за исключеніемъ того количества, которое необходимо для поддержанія заведеннаго въ имѣніи хозяйства (ст. 610 уст. гр. суд.). Но правило это говоритъ о запрещеніи, наложенномъ на спорное имѣніе, т. е. о запрещеніи, наложенномъ судомъ въ обезпеченіе иска о правѣ собственности и потому, согласно разъясненію гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената (1871 г. № 1034), не относится къ запрещенію, наложенному на имѣніе, по случаю установленія на немъ залоговаго права.

Ст. 610 того же устава.

При такомъ положеніи нашего законодательства по разсматриваемому вопросу открывались для судебной практики, очевидно, два выхода: или оставить справедливые интересы залогодержателей безъ удовлетворенія, или же по крайней мѣрѣ обосновать эту защиту, насколько по обстоятельствамъ дѣла это возможно, на 2 п. ст. 1529 т. X ч. 1. Практика гражданскаго кассационнаго департамента избрала второй выходъ (рѣшенія 1872 г. № 1215, 1874 г. № 253, 1875 г. №№ 542, 620, 1879 г. № 170), хотя неполнота этой защиты, послѣ всего сказаннаго выше, очевидна.

Судебная практика.

Отсутствіе въ законѣ общихъ руководящихъ началъ, опредѣляющихъ взаимныя отношенія сторонъ во время существованія залога, отражается весьма неблагоприятнымъ образомъ на дѣлѣ развитія поземельнаго кредита, ибо оно суще-

Ощутительность этихъ пробѣловъ закона въ дѣлѣ развитія поземельнаго кредита.

ственно колеблетъ ту прочность обезпеченія, установить которую составляетъ ближайшую задачу залога въ каждомъ данномъ случаѣ. Безразличная во время господства въ законодательствѣ взгляда на залогъ, какъ на отчужденіе (ибо кредиторъ, получивъ одновременно съ установленіемъ залога имѣніе въ свое владѣніе, очевидно, не нуждался въ особыхъ средствахъ противъ должника, направленныхъ къ охраненію цѣлости и неприкосновенности залога), или какъ на право, порождающее личныя отношенія, указанная неполнота закона становится все болѣе и болѣе ощутительною по мѣрѣ освобожденія законодательства отъ этого взгляда, путемъ допущенія разныхъ отступленій отъ строгаго его примѣненія и по мѣрѣ увеличенія въ странѣ поземельно-кредитныхъ сдѣлокъ. Такъ какъ увеличеніе это шло прогрессивно съ образованіемъ учреждений, предназначенныхъ служенію дѣлу поземельнаго кредита, то указанная недостаточность нашего законодательства не могла не быть признана, прежде всего, при изданіи законоположеній, нормирующихъ дѣятельность этихъ учреждений.

У. Спеціальныя правила, относящіяся къ залогамъ, устанавливаемымъ въ разныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ.

У. Дѣйствительно, уже въ постановленіяхъ о залогахъ, совершаемыхъ въ приказахъ общественнаго призрѣнія, явилась необходимость включить правило, по которому губернскимъ начальствамъ поставляется въ непремѣнную обязанность *наблюдать*, чтобы имѣнія, заложенные въ приказахъ, не были уменьшаемы по своей цѣнности и чтобы вообще никакія распоряженія относительно сихъ имѣній не были допускаемы безъ вѣдома и согласія приказа (т. XIII, уст. общ. призр., ст. 131 по прод. 1876 г.). Точно также и постановленія о залогахъ, совершаемыхъ въ областномъ войска донскаго приказѣ общественнаго призрѣнія, обязываютъ областное правленіе и старшаго нотаріуса *наблюдать* за тѣмъ, «чтобы вообще не было допускаемо по имуществу такихъ распоряженій, отъ которыхъ оно могло бы уменьшиться въ своей цѣнности» (ст. 61 прил. къ 1 прим. къ 1 п. ст. 1081 т. XIII уст. общ. призр., по прод. 1876 г.). Кромѣ того, и по нормальному положенію о городскихъ общественныхъ банкахъ (ст. 139 разд. XI уст. кред., т. XI

ч. 2, изд. 1887 г.), банкъ обязанъ, по выдачѣ ссуды, отнестись въ подлежащую полицію, *о наблюденіи за цѣлостью залога*, за чѣмъ, впрочемъ, онъ обязанъ, по возможности, слѣдить и самъ». И такъ, отсутствіе надлежащихъ постановленій по вопросу о взаимныхъ отношеніяхъ кредитора и должника во время существованія залоговаго права восполняется, на первыхъ порахъ, для имуществъ, заложенныхъ въ приказахъ и городскихъ банкахъ, правиломъ о наблюденіи за цѣлостью этихъ имуществъ. Далѣе, въ уставахъ городскихъ кредитныхъ обществъ, упомянутое правило замѣняется предписаніемъ отбирать при выдачѣ ссуды отъ заемщика подписки въ томъ, что «до совершеннаго освобожденія имущества отъ залога имъ (заемщикомъ) не будетъ сдѣлано въ составѣ строенія или назначенія онаго такихъ измѣненій, которыя могли бы уменьшить цѣнность его, и что онъ будетъ производить всѣ исправленія, необходимыя для поддержанія строенія», при чемъ правленію предоставляется по своему усмотрѣнію удостовѣриться въ исправномъ содержаніи имущества, особенно деревянныхъ зданій (уст. общ. с.-петерб.—§ 75; моск.—§ 74; одесск.—§ 79). Въ одномъ изъ упомянутыхъ уставовъ, а именно въ уставѣ одесскаго городского общества (§ 79), опредѣлена даже и санкція на случай нарушенія должникомъ своихъ обязанностей, хотя, впрочемъ, не всѣхъ, какъ онѣ опредѣлены въ этомъ уставѣ, а лишь обязанностей по производству нужныхъ исправленій въ заложенномъ имуществѣ: въ случаѣ таковаго нарушенія, правленіе вправе потребовать отъ домохозяина возврата ссуды раньше срока, на который она выдана, и если она будетъ неуплачена—назначить имущество въ продажу ⁽¹⁾. Невозможность полагаться на общія правила дѣйствующаго законодательства по разсматриваемому вопросу, какъ слишкомъ недостаточныя и неполныя, заставила и частныя кредитныя установленія включать въ свои уставы соотвѣтствующія правила, направленные къ его дополненію. Такъ, уставы эти, независимо отъ опредѣ-

⁽¹⁾ См. также ст. 527 и 528 т. IX ч. 2, уст. кред., изд. 1857 г., которыя однако въ изданіе 1887 г. не вошли.

ленія умовій, при наявності копихъ должнику дозволяється производити перестройки и исправленія въ заложенномъ зда- ній, содержатъ въ себѣ еще правило о томъ, что, въ случаѣ уменьшенія цѣнности заложенного недвижимого имущества по винѣ собственника, банкъ имѣетъ право требовать воз- врата части ссуды и ранѣе истеченія первоначально назна- ченнаго при залогѣ имущества срока; если же собственникъ не удовлетворитъ этого требованія добровольно, то банку предоставляется вчинать противъ владѣльца имущества искъ въ судѣ о взысканіи части ссуды, соразмѣрной такому обез- цѣненію (уст. банк. спб.-тульс. 46 и 12, харьк. 46 и 12, полтав. 46 и 12). Наконецъ, рассматриваемый вопросъ за- логового права не оставленъ незагнотутымъ и со стороны положеній о земельныхъ банкахъ: крестьянскомъ и госу- дарственномъ дворянскомъ. Впрочемъ, первое изъ сихъ по- ложеній (ст. 43, разд. VII т. XI ч. 2, уст. кред., изд. 1887 г.) предусматриваетъ одни лишь договоры, заключен- ные заемщиками; оно ограничивается постановленіемъ та- кого строгаго правила, каково правило о безусловной не- обязательности этихъ договоровъ для банка, въ случаѣ неис- правности во взносѣ платежей. Что же касается до второго, то оно предписываетъ, въ случаѣ обезцѣненія заложенного имѣнія по винѣ собственника, командировать особую ком- мисію для изслѣдованія дѣйствительнаго положенія имѣнія и постановляетъ, что «если обезцѣненное имѣніе, по заклю- ченію совѣта банка, утвержденному министромъ финансовъ, будетъ признано не обезпечивающимъ долга банку, то отъ собственника требуется возвратъ части ссуды, соразмѣрной обезцѣненію имѣнія; въ случаѣ неисполненія сего требованія въ мѣсячный срокъ, имѣніе подвергается продажѣ съ пу- бличнаго торга, при чемъ невырученная сумма для пога- шенія долга банку можетъ быть отыскиваема съ собствен- ника судебнымъ порядкомъ» (ст. 50 и 51, разд. VI того же устава, изд. 1887 г.).

Необходимость вос-
полненія пробъ-
ловъ дѣйствующаго
законодательства

Ясно, что указанная неполнота нашего законодательства, оказавшаяся столь ощутительною по мѣрѣ допущенія изъ- ятій изъ общаго правила, по которому каждое имѣніе

можетъ быть обременено однимъ только залогомъ, и развитія по разсматриваемому вопросу. поземельно-кредитныхъ сдѣлокъ, должна сдѣлаться еще болѣе ощутительною, когда упомянутыя изъятія перестанутъ быть таковыми, превратятся въ общее правило, когда, согласно преподаннымъ государственнымъ совѣтомъ главнымъ основаніямъ, залогъ, становясь вотчиннымъ правомъ, не будетъ препятствовать ни отчужденію обремененнаго имъ имѣнія, ни установленію на послѣднемъ новыхъ залоговъ. Оставалось, слѣдовательно, въ развитіе главныхъ основаній включить въ настоящій проектъ соотвѣтствующія правила по разсматриваемому вопросу, одинаково примѣнимыя ко всѣмъ безъ исключенія случаямъ установленія залоговаго права, руководствуясь при этомъ какъ сущностью этого права, какъ она опредѣлена главными основаніями, такъ и тѣми началами, которыя хотя и восприняты нашимъ законодательствомъ, но обязательны лишь для специальныхъ случаевъ установленія залога въ пользу того, либо другаго государственнаго, общественнаго или частнаго кредитнаго установленія. Правила эти изложены въ ст. 76—84 проекта ⁽¹⁾.

§ 7. Законная отсрочка взысканія по закладнымъ (ст. 30 т. X ч. 2 свод. зак. о суд. гражд. изд. 1876 г.).

Подобно указу Императрицы Анны Іоанновны отъ 1 августа 1737 года, о которомъ упоминалось выше въ историческомъ очеркѣ залоговаго права ⁽²⁾, банкротскій уставъ ввелъ въ наше законодательство *правило о законной отсрочкѣ взысканія по закладнымъ*. Уставъ этотъ опредѣлилъ, именно, срокъ, въ теченіи коего со дня предъявленія закладной ко взысканію предоставлялось должнику «выкупить просроченное имѣніе» ⁽³⁾. Только по истеченіи этого срока, если должникъ «не заплатитъ и не выкупитъ», заложенное имѣніе подвергается описи съ оцѣнкою и назначается въ публич-

Историческое происхожденіе правила ст. 30 т. X ч. 2 о законной отсрочкѣ по закладнымъ.

⁽¹⁾ См. ниже, стр. 606 и слѣд.

⁽²⁾ Стр. 31 и слѣд.

⁽³⁾ Часть II, ст. 40.

ную продажу ⁽¹⁾. Означенный срокъ, простиравшійся по банкротскому уставу до шести мѣсяцевъ, увеличенъ впоследствии, а именно въ 1849 году ⁽²⁾, до одного года, въ каковомъ видѣ сохранился понынѣ въ законахъ, имѣющихъ примѣненіе въ мѣстностяхъ, гдѣ не введены въ дѣйствіе судебные уставы Императора Александра II (ст. 30 т. X ч. 2, свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.).

Уже одна редакція приведенныхъ постановленій банкротскаго устава показываетъ, что они навѣяны воззрѣніемъ на залогъ нашего древняго права. Въ постановленіяхъ этихъ все еще говорится о «выкупѣ», какъ будто дѣло идетъ объ имѣніи, поступившемъ, одновременно съ установленіемъ залога, въ собственность кредитора, какъ будто платежъ кредитору составляетъ не обязанность должника, но его право. Но и по существу своему постановленія эти носятъ на себѣ печать древняго взгляда на залогъ. Введеніе законной отсрочки, подобной вышеозначенной, если оно не должно получить значенія общей мѣры, одинаково примѣнимой ко всѣмъ случаямъ обращенія взысканія на недвижимое имѣніе, т. е. не только къ случаямъ предъявленія ко взысканію требованій, обезпеченныхъ залогомъ, но и требованій необезпеченныхъ, могло бы быть до извѣстной степени оправдано лишь при прежней системѣ залога, когда дѣйствовало правило о превращеніи просроченныхъ закладныхъ въ купчія. Мѣра эта находила бы себѣ объясненіе въ желаніи законодателя смягчить послѣдствія означеннаго правила въ отношеніи должника, въ особенности, когда, что впрочемъ обыкновенно и было, цѣнность имѣнія превышала сумму долга, обезпеченнаго на немъ залогомъ. Въ виду угрожавшей въ этихъ случаяхъ опасности для должника лишиться всего заложеннаго имѣнія, представлялось бы вполне естественнымъ желаніе облегчить его положеніе, давъ ему возможность и послѣ просрочки закладной пріискать средства, необходимыя для выкупа имѣнія и предотвращенія поступленія сего послѣдняго къ креди-

⁽¹⁾ Часть II, ст. 43.

⁽²⁾ П. с. з. 1849 г., 19 іюля, № 23405.

тору ⁽¹⁾. Но съ отмѣной означеннаго правила, съ постановленіемъ, напротивъ того, что въ случаѣ неплатежа долга, причитающагося по закладной, имѣніе подвергается публичной продажѣ, и что излишекъ изъ вырученной за имѣніе суммы отдается должнику, должно было бы пасть само собою всякое основаніе введенія подобной отсрочки въ примѣненіи исключительно къ случаямъ предъявленія ко взысканію закладныхъ, такъ какъ положеніе должника въ этихъ случаяхъ нисколько не хуже, чѣмъ въ случаяхъ производства съ имѣнія взысканія по требованіямъ, необезпеченнымъ залогомъ.

Очевидно, что и правило, подобное изложенному, способно служить лишь лишнею помѣхою дѣлу развитія поземельнаго кредита. Оно увеличиваетъ собою причины, заставляющія капиталистовъ предпочитать личный кредитъ поземельному. Однимъ изъ важнѣйшихъ требованій всякаго кредита, какъ личнаго, такъ и поземельнаго, является, безъ всякаго сомнѣнія, скорость взысканія. Чѣмъ болѣе скорость эта гарантирована законодательствомъ, чѣмъ болѣе капиталисты могутъ рассчитывать на быструю выручку, въ случаѣ, просрочки, ссуженыхъ ими капиталовъ, тѣмъ охотнѣе они вступаютъ въ кредитныя сдѣлки, тѣмъ выгоднѣе условія этихъ сдѣлокъ для должниковъ. Между тѣмъ, это требованіе кредита нарушается установленіемъ въ дѣлѣ взысканія отсрочки, и притомъ къ большому вреду для поземельнаго кредита въ сравненіи съ личнымъ, такъ какъ силою таковой отсрочки кредиторъ, лишенный и безъ того уже возможности, вслѣдствіе запрещенія передачи закладной, реализовать свой капиталъ до истеченія срока ея, поставленъ въ необ-

Несовмѣстимость
его съ интересами
поземельнаго кре-
дита.

⁽¹⁾ Подобное смягченіе правила о превращеніи просроченныхъ закладныхъ въ купчія, хотя впрочемъ исключительно въ пользу родственниковъ должника, было установлено указомъ 11 мая 1744 г. Указъ этотъ, предписывая, какъ извѣстно, возвратиться къ прежнему порядку удовлетворенія по закладнымъ, установленному уложеніемъ, постановлялъ, что кредиторъ, въ теченіи года со дня истеченія срока закладной, не вправе ни продавать, ни закладывать, ни давать въ приданое заложенное имѣніе, дабы, если оно было заложено въ небольшой суммѣ, родственники должника могли выкупить его по первой закладной безъ дальнихъ для себя убытковъ.

ходимость выжидать удовлетворенія долга еще лишнее время, да при томъ такое значительное, какъ цѣлый годъ.

§ 8. Передача заложенного имѣнія во владѣніе кредитора.

Историческое происхожденіе правила объ этой передаче.

Не соединяя установленіе залога съ передачею заложенного имѣнія кредитору, дѣйствующее законодательство постановляетъ, тѣмъ не менѣе, что *имѣніе это передается во владѣніе кредитора по предъявленіи закладной ко взысканію* (ст. 26 т. X ч. 2, свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.; ст. 1129 уст. гражд. суд.). Постановленіе это основано на ст. 39 части II банкротскаго устава, коею опредѣлялось: «просроченной закладной на недвижимое имѣніе не обращать въ купчую, и не записывать просроченнаго имѣнія, какъ до нынѣ было, но временно напередъ отдавать тотчасъ все то просроченное имѣніе, чрезъ кого слѣдуетъ, во владѣніе заимодавцу съ описью всему и подпискою, чтобъ до окончательнаго о томъ имѣніи утвержденія пользовался вмѣсто процентовъ, гдѣ сколько есть денежными, или хлѣбными и другими заведенными доходами, не обременяя сверхъ прежняго новыми отъ себя налогами, и не вывозя въ другія мѣста людей и крестьянъ, скота, строенія, лѣсу и прочаго, что принадлежитъ къ цѣлости имѣнія, а не къ заведенному годовому доходу, также и не повреждая никакихъ угодій и дѣйствующихъ хозяйственныхъ заведеній». Вмѣстѣ съ симъ, ст. 38 той же части банкротскаго устава постановляла, что теченіе процентовъ по капиталамъ, обеспеченнымъ недвижимыми имѣніями, пресѣкается съ того времени, какъ самое имѣніе отдано будетъ во владѣніе заимодавца (ст. 34 т. X ч. 2, свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.; ст. 1129 уст. гражд. суд.). Очевидно, что приведенныя правила принадлежатъ къ области матеріальнаго залоговаго права, такъ какъ въ нихъ дѣло идетъ о замѣнѣ права кредитора на проценты, текущіе по просроченной закладной, другимъ правомъ. Только впоследствии, а именно въ 1842 г. ⁽¹⁾, правила эти были болѣе свя-

(1) П. с. з. 9 декабря 1842 г. (№ 16314).

заны съ правилами процессуальными повелѣніемъ суду, одновременно съ предписаніемъ полиціи о введѣ кредитора во владѣніе заложеннымъ имѣніемъ, сдѣлать распоряженіе объ извѣщеніи должника о предъявленной ко взысканію закладной (ст. 28 того же тома и части).

Исторія залоговаго права показываетъ, что право на полученіе заложеннаго имѣнія во временное владѣніе, въ случаѣ просрочки долга, принадлежало кредитору и въ силу той германской формы залога, которая извѣстна подъ названіемъ *Neure Satzung* ⁽¹⁾. Но сходство этой формы съ формою залога по нынѣ дѣйствующему праву представляется чисто внѣшнимъ, случайнымъ. Отдача имѣнія, на которое обращено взысканіе, во владѣніе кредитора составляла въ Германіи *общую* процессуальную мѣру, примѣнявшуюся одинаково ко всѣмъ безъ исключенія случаямъ обращенія на имѣніе взысканія, т. е. къ случаямъ предъявленія ко взысканію не только закладныхъ, но и требованій, необезпеченныхъ залогомъ ⁽²⁾, между тѣмъ какъ у насъ она связана исключительно съ случаями перваго рода, представляется мѣрою, навѣянною подъ вліяніемъ древняго взгляда на залогъ ⁽³⁾.

Несоотвѣтствіе этой мѣры интересамъ поземельной собственности обнаруживается, главнымъ образомъ, въ томъ обстоятельствѣ, что вотчинному кредитору можетъ быть, по тѣмъ или другимъ причинамъ, не всегда удобно, не всегда даже возможно вступить во владѣніе заложеннымъ имѣніемъ; что управленіе такими имѣніями, каковы имѣнія сельскія, фабричныя и заводскія заведенія, предполагаетъ извѣстное знаніе и опытъ, которые могутъ недоставать кредитору. Поэтому, уже въ 1832 году ⁽⁴⁾ было постановлено, что заложенное имѣніе передается во владѣніе кредитора, если онъ пожелаетъ принять его (ст. 26 т. X ч. 2, свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.; ст. 1129 уст. о гражд. суд. Императора Александра II).

Случайный его характеръ въ дѣйствующемъ законодательствѣ.

⁽¹⁾ См. выше, стр. 25 и слѣд.

⁽²⁾ *v. Maibom*, в. п. с., стр. 143, 443 и слѣд.

⁽³⁾ *Мейеръ*, Русское гражд. право, изд. 1868 г., стр. 437 и 438.

⁽⁴⁾ П. с. з. 25 іюня 1832 г., № 5464, § 134.

Кромѣ того, безусловное примѣненіе этой мѣры ко всѣмъ случаямъ залога стало невозможнымъ въ виду существовавшего у насъ крѣпостнаго права и порождавшагося имъ дѣленія имѣній на населенныя и ненаселенныя. Въ виду сего, тогда же было разъяснено, что заложенное имѣніе передается во владѣніе кредитора лишь въ томъ случаѣ, если онъ по состоянію своему имѣетъ право владѣть имъ (тамъ же). Наконецъ, мѣра эта не примѣняется и къ залогамъ, совершаемымъ въ кредитныхъ установленіяхъ (ср. § 20 и слѣд. уставовъ акціонерныхъ земскихъ банковъ).

И такъ, временное владѣніе кредитора заложеннымъ имѣніемъ должно было необходимою силою вещей сдѣлаться лишь случайною принадлежностью залога. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда имѣніе не поступитъ во владѣніе кредитора, послѣдній, вмѣсто доходовъ съ имѣнія, получаетъ право на взысканіе процентовъ, выросшихъ до дня удовлетворенія (ст. 34 того же тома и части).

Несоотвѣтствіе
его съ вотчиннымъ
значеніемъ залога и
съ интересами по-
земельной собствен-
ности.

Но и съ такимъ чисто случайнымъ характеромъ, со значеніемъ мѣры, осуществленіе которой зависитъ отъ усмотрѣнія кредитора, правило о временномъ владѣніи заложеннымъ имѣніемъ едва ли можетъ быть оправдано какими либо соображеніями. Существованіе этого правила было до извѣстной степени возможно въ то время, когда каждое имѣніе могло быть обременено лишь однимъ залогомъ, хотя и тогда уже оно нарушало интересы должника и личныхъ его кредиторовъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда доходы съ имѣнія превышали сумму процентовъ, которая причиталась бы залогодержателю, если бы имѣніе не было ему отдано. Но оно совершенно уже непримиримо съ правиломъ о дозволѣніи обременять имѣніе нѣсколькими залогомъ. Единственная цѣль, которую, казалось бы, законодатель могъ бы преслѣдовать въ допущеніи права временнаго владѣнія кредитора заложеннымъ имѣніемъ, состоитъ въ томъ, чтобы оградить права залогодержателей отъ возможныхъ нарушеній со стороны должника, когда послѣдній, въ ожиданіи неминуемой продажи его имѣнія по случаю обращенія на оное взысканія, уже не заинтере-

сованъ болѣе въ рациональномъ, согласномъ съ правилами хозяйства, пользованіи этимъ имѣніемъ и потому можетъ предпринять такія разорительныя распоряженія, которыя въ состояніи значительно уменьшить продажную его цѣну. Но, очевидно, что въ такомъ огражденіи нуждаются и права кредиторовъ, требованія коихъ не обезпечены залогомъ, т. е. всѣхъ вообще взыскателей. При томъ же и кредиторъ, введенный во владѣніе заложенымъ имѣніемъ, можетъ оказаться, подобно должнику, склоннымъ къ лишнему увлеченію своими интересами, къ разорительнымъ дѣйствіямъ во вредъ должнику и прочимъ его кредиторамъ. Поэтому, слѣдуетъ придти къ заключенію, что достиженія означенной цѣли необходимо искать въ другой, средней мѣрѣ, которая, будучи такъ же какъ вышеозначенная, дѣйствительною противъ должника, была бы въ то же время болѣе справедливою по отношенію къ нему и прочимъ кредиторамъ его, и притомъ общею мѣрою, установленною въ пользу всѣхъ вообще взыскателей. Такая мѣра и включена въ проектъ правилъ о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній (ст. 70 и слѣд.) ⁽¹⁾, предоставленіемъ лицамъ, обратившимъ взысканіе на недвижимое имѣніе, права просить о секвестраціи имѣнія, т. е. о назначеніи ему временнаго управителя, обязаннаго управлять имѣніемъ какъ свойственно рачительному хозяину, собирать доходы и производить обыкновенные расходы.

§ 9. Отвѣтственность по залоговымъ требованіямъ.

Вліяніе древняго взгляда на залогъ отразилось также на постановленіи нашего дѣйствующаго законодательства по вопросу о томъ: должно ли заложное имѣніе служить единственнымъ источникомъ удовлетворенія долга, на немъ обезпеченнаго, или же, напротивъ того, кредиторъ можетъ, въ случаѣ, когда это имѣніе оказалось недостаточнымъ для

Историческое происхожденіе правила дѣйствующаго законодательства объ ограниченной отвѣтственности заложнымъ имѣніемъ.

полнаго удовлетворенія долга, обратить взысканіе недополученной суммы на другое имущество должника, свободное отъ залога?

Относящіяся сюда постановленія банкротскаго устава

⁽¹⁾ Редакціи 1890 г.

пошли не далѣе постановленій указа Императрицы Анны Іоанновны отъ 1 августа 1737 года ⁽¹⁾. Если уставъ этотъ, съ одной стороны, какъ извѣстно уже изъ предъидущаго изложенія, и отступилъ отъ правила о превращеніи просроченныхъ закладныхъ въ купчія, если залогъ на основаніи банкротскаго устава заключается въ правѣ кредитора требовать удовлетворенія изъ заложенного имѣнія посредствомъ публичной продажи, при чемъ излишекъ отъ суммы, вырученной отъ этой продажи, обращается въ пользу должника или на удовлетвореніе другихъ, кромѣ закладной, требованій, предъявленныхъ ко взысканію ⁽²⁾, то за то, съ другой стороны, названный уставъ, вполне согласно съ древнимъ правомъ, и, слѣдовательно, вопреки проводимому имъ новому взгляду на залогъ, постановлялъ, что вырученная отъ продажи заложенного имѣнія сумма, хотя бы она и не равнялась суммѣ требованія, обеспеченнаго залогомъ, или же оставленіе залогодержателемъ имѣнія за собою, считается полнымъ удовлетвореніемъ этого требованія ⁽³⁾. При этомъ, мотивомъ послѣдняго изъ означенныхъ постановленій банкротскаго устава служить, какъ это видно изъ статей его, коими опредѣленъ порядокъ удовлетворенія въ конкурсѣ обязательствъ, обеспеченныхъ залогомъ или залогомъ, то же соображеніе, которое приведено въ вышеупомянутомъ указѣ 1737 года. «Буде, говорится въ ст. 107 ч. 1 банкротскаго устава, *закладъ меньше того стоитъ, въ чемъ заложенъ, то оставить оный у залогодержателя, поелику онъ почиталъ его достаточнымъ въ обезпеченіе данныхъ имъ подъ залогъ денегъ*».

На приведенныхъ постановленіяхъ банкротскаго устава основана ст. 1371 т. X ч. 2, свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г., гласящая, что сумма, вырученная чрезъ продажу заложенного имущества, хотя бы она и не равнялась суммѣ долга, или же поступленіе имѣнія во владѣніе истца считается полнымъ удовлетвореніемъ иска по

⁽¹⁾ См. выше, стр. 31.

⁽²⁾ Банкр. уставъ, ст. 45.

⁽³⁾ Банкр. уставъ, ст. 46.

закладной. Статья эта, какъ содержащая въ себѣ правило матеріальнаго залоговаго права, сохраняетъ свою силу по настоящее время и для мѣстностей, въ которыхъ введены въ дѣйствіе судебные уставы Императора Александра II ⁽¹⁾.

Таково правило дѣйствующаго законодательства по раз-
сматриваемому вопросу. Ни мотивъ, легшій въ основаніе
этого правила, ни само оно не оказались удобными, когда
встрѣтилась необходимость въ начертаніи узаконеній, отно-
сящихся къ залогамъ, устанавливаемымъ въ обезпеченіе дого-
воровъ частныхъ лицъ съ казною. Дѣйствительно, въ уза-
коненіяхъ этихъ, какъ извѣстно уже изъ предыдущаго
изложенія [ст. 220 и 221 пол. о каз. подр. и постав. т. X
ч. 1, изд. 1887 г.; ст. 636 и 637 (п. 4) т. X ч. 2, свод.
зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.], проводится
совершенно противоположное начало, заключающееся въ
томъ, что представленіе имѣнія въ залогъ по заключенному
съ казною договору даетъ казнѣ право требовать удовле-
творенія и изъ другаго имущества, принадлежащаго неис-
правному контрагенту.

Правило объ от-
вѣтственности по
залогамъ, устано-
вляемымъ въ обез-
печеніе договоровъ
частныхъ лицъ съ
казною.

Не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что для указан-
наго раздвоенія законодательства по одному изъ самыхъ
важныхъ вопросовъ залоговаго права едва ли могутъ быть
пріисканы достаточныя основанія. Залогъ, установленный
въ обезпеченіе договора, заключеннаго съ казною, не можетъ
по существу дѣла представлять въ разсматриваемомъ отно-
шеніи какія либо особенности въ сравненіи съ залогомъ,
обезпечивающимъ договоръ, заключенный между частными
лицами. То, что представляется здѣсь цѣлесообразнымъ и
справедливымъ для казны, должно быть признано такимъ
же и для частныхъ лицъ. Казна, конечно, нуждается въ
строгомъ огражденіи ея интересовъ со стороны закона, но въ
такомъ же огражденіи нуждаются и интересы частныхъ
залогодержателей. Это тѣмъ болѣе справедливо, если при-
нять во вниманіе общее правило дѣйствующаго законода-

Необходимость
сведенія этихъ пра-
вилъ къ единому
началу.

⁽¹⁾ Рѣш. гражд. кас. деп. прав. сената 1877 г. за № 59, 1880 г. за № 143 и др.

тельства о томъ, что сущность залога заключается въ обезпеченіи договоровъ и при томъ безразлично, какъ заключенныхъ съ казною, такъ и съ частными лицами (ст. 1587 т. X ч. 1, изд. 1887 г.), а также общія постановленія объ исполненіи договоровъ, ясно и категорически опредѣляющія, что исполненіе это должно быть одинаково, къ чьей бы обязанности оно не относилось и въ чью бы пользу оно не должно было послѣдовать (ст. 1536, 1537 того же тома и части). Такимъ образомъ, и правила нашего закона, касающіяся вопроса объ отвѣтственности должника по требованію, обезпеченному залогомъ, должны быть пересмотрѣны и сведены къ единому началу, которое если и допускаетъ отступленія, то лишь такія, которыя черпаютъ свое основаніе въ добровольномъ соглашеніи сторонъ по предмету означенной отвѣтственности или вызываются существомъ дѣла ⁽¹⁾.

§ 10. Положеніе, занимаемое дѣйствующимъ законодательствомъ по другимъ вопросамъ залоговаго права.

I. Наконецъ, нельзя не упомянуть еще и о нѣкоторыхъ другихъ, кромѣ указанныхъ въ предъидущемъ изложеніи, пропускахъ въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ о залогѣ, которыя по самому существу предпринимаемой нынѣ реформы и преподанныхъ для нея главныхъ основаній не могутъ остаться не восполненными.

Пробѣлы дѣйствующаго законодательства по вопросамъ:

1) При конструкціи, данной банкротскимъ уставомъ залогу, какъ праву, которое можетъ принадлежать въ имѣніи должника только одному кредитору, не могло быть мѣста для постановленій *о старшинствѣ вотчинныхъ правъ*, обременяющихъ одно и то же имѣніе, о взаимномъ соотношеніи этихъ правъ между собою. Начало старшинства предполагаетъ конкуренцію двухъ и болѣе залоговыхъ правъ, установленныхъ на данномъ имуществѣ, между тѣмъ какъ такая конкуренція была по банкротскому уставу вовсе немыслима. Только впослѣдствіи, какъ извѣстно, а именно въ началѣ

(1) См. ниже, § 5 отдѣла IV настоящихъ объясненій, стр. 278 и слѣд., равно какъ ст. 95 и слѣд. проекта, съ объясненіями къ нимъ.

шестидесятихъ годовъ законодательство наше отступило отъ приведеннаго взгляда на залогъ банкротскаго устава. Но допущенныя отступленія получили лишь характеръ *исключений*, которыя не должны поколебать значенія общаго правила, дѣйствовавшаго до того времени. Въ системѣ свода законовъ гражданскихъ (т. X ч. 1, изд. 1857 г.) онѣ не замѣнили собою ст. 1630, запрещающую, подѣ страхомъ уголовнаго наказанія, отдавать дважды въ залогъ одно и то же имущество, а нашли себѣ мѣсто лишь въ примѣчаніи къ этой статьѣ. Въ изданіи же означеннаго тома и части 1887 г. онѣ образовали самостоятельную отъ упомянутой статью, а именно 1630¹. Означенныя отступленія не вызвали коренной переработки нашего законодательства о залогѣ, и не повлекли даже за собою дополненія этого законодательства правилами, необходимость въ которыхъ вызывалась самымъ существомъ дѣла. Въ этомъ отношеніи все осталось по старому, какъ будто дѣло шло о незначительныхъ отступленіяхъ отъ дѣйствующаго правила, не отражающихся на всей остальной системѣ нашего залоговаго права, тогда какъ на самомъ дѣлѣ невозможность оставленія этой системы въ неприкосновенномъ видѣ рядомъ съ означенными отступленіями очевидна, важность же этихъ послѣднихъ замѣтна хотя бы уже по тому громадному количеству имѣній, которыя прошли черезъ залогъ во всѣхъ государственныхъ, общественныхъ и частныхъ кредитныхъ установленіяхъ. Отсутствіе общихъ правилъ о старшинствѣ повлекло за собою необходимость упомянуть о немъ въ отдѣльныхъ положеніяхъ и уставахъ, относящихся до упомянутыхъ кредитныхъ учрежденій (ст. 39 прил. къ прим. къ п. 1 ст. 1081, т. XIII, уст. общ. призр.; уст. кредитн. общ.: с.-петерб.—§ 21 и 67, моск.—§ 20 и 66, одесск.—§ 20 и 71; уст. акц. банковъ: с.-петерб.-тульск.—§ 11, харьковск.—§ 11, полтавск.—§ 11 и др.). Въ нѣкоторыхъ изъ этихъ положеній и уставовъ даже прямо введенъ терминъ «старшинство» (ст. 39 прил. къ прим. къ п. 1 ст. 1081, т. XIII; уставы кредитныхъ обществъ, тамъ же; ст. 1215 уст. гр. суд.). Но при такомъ чисто случайномъ восполненіи пробѣловъ закона не могло быть рѣчи о всестороннемъ изученіи начала старшинства, о начертаніи общихъ правилъ, разрѣшаю-

щихъ всѣ тѣ существенные вопросы, которые возбуждаются дѣйствіемъ означеннаго начала. Таковъ, напримѣръ, вопросъ о томъ, какимъ моментомъ опредѣляется старшинство, каковы послѣдствія погашенія вышестоящаго залога для нижестоящихъ залоговъ: подвигаются ли послѣдніе въ этомъ случаѣ впередъ, или же нѣтъ? и т. п.

2) объ уступкѣ старшинства;

2) Конкуренція нѣсколькихъ залоговъ, установленныхъ на одномъ и томъ же имуществѣ, и связанное съ нею начало старшинства заставляеть законодательство считаться съ совершенно новаго рода сдѣлками между вотчинными кредиторами, которыя до того времени, при невозможности существованія подобной конкуренціи, были немислимы, а именно со сдѣлками объ уступкѣ однимъ кредиторомъ принадлежащаго его залоговому праву старшинства въ пользу другаго кредитора, залоговое право коего возникло послѣ перваго. Сдѣлки подобнаго рода могутъ быть заключаемы по самымъ разнообразнымъ соображеніямъ и расчетамъ заинтересованныхъ лицъ, не поддающимся никакимъ обобщеніямъ. Благодаря тому преимуществу удовлетворенія одного залога предъ другимъ, которое соединено со старшинствомъ, мѣсто, занимаемое даннымъ залогомъ въ числѣ другихъ залоговъ, обременяющихъ одно и то же имѣніе, представляетъ собою извѣстную экономическую цѣнность, которая, какъ всякая другая подобная же цѣнность, можетъ служить предметомъ имущественнаго оборота. Но и помимо сего, сдѣлки объ уступкѣ старшинства вызываються нерѣдко самою необходимостью, а именно тѣми условіями, которыми обставлена закономъ дѣятельность по поземельному кредиту государственныхъ, общественныхъ и акціонерныхъ установленій. Въ силу относящихся до послѣднихъ положеній и уставовъ, ссуды, выдаваемыя ими подъ залогъ имѣній, должны пользоваться преимуществомъ предъ всѣми прочими долгами, обременяющими имѣніе; принадлежащая этимъ установленіямъ ипотека должна занимать непремѣнно первое мѣсто (уставы акціонерныхъ банковъ: с.-петерб.-тульск.—§ 11; харьк.—§ 11; полтавск.—§ 11; ст. 20, полож. о залогѣ имѣній въ дворянск. зем. бан. и др.). Единственное исключеніе, допускаемое въ этомъ отношеніи закономъ, установлено для за-

лога имѣній въ государственномъ банкѣ, его конторахъ и отдѣленіяхъ, въ обезпеченіе ссудъ подъ соло-векселя (ст. 2 и 10, Высоч. утв., 24 января 1884 г., мнѣн. госуд. сов.; собр. узак., 1884 г., № 14, ст. 118). Исполнить это предписаніе упомянутыхъ положеній и уставовъ при приѣмѣ въ залогъ тѣмъ, либо другимъ кредитнымъ установленіемъ имѣнія, заложенаго уже въ частныя руки, если только не осложняютъ оное въ высшей степени обременительнымъ для собственниковъ требованіемъ предварительнаго погашенія частнаго залога, можно было только путемъ допущенія сдѣлокъ объ уступкѣ частнымъ кредиторамъ старшинства въ пользу даннаго кредитнаго установленія. И дѣйствительно, въ положеніяхъ и уставахъ, касающихся этихъ установленій, упоминается объ изъявленіи кредиторами заемщика согласія на выдачу ссуды, съ правомъ кредитнаго установленія на преимущественное, предъ ихъ претензіями, взысканіе долга по ссудѣ, какъ на одно изъ условій, безъ наличности которыхъ имѣніе, несвободное отъ всякихъ долговъ, или обремененное долгами, погашаемыми изъ назначенной къ выдачѣ ссуды, не можетъ быть принято въ залогъ (см. тамъ же). Но упоминаніемъ этимъ и исчерпывается все то, что въ дѣйствующемъ законѣ имѣетъ отношеніе къ разсматриваемому вопросу. Не указана даже форма, въ которую должны быть облакаемы сдѣлки объ уступкѣ старшинства для полученія силы не только между контрагентами, но и по отношенію къ третьимъ лицамъ, что, конечно, не могло не вызвать на практикѣ весьма серьезныхъ недоумѣній ⁽¹⁾.

3) Тамъ, гдѣ не допускалась конкуренція нѣсколькихъ залоговъ на одномъ и томъ же имѣніи, не могли найти себѣ выраженія въ законѣ и другія потребности, вызываемыя таковою конкуренціею. Такъ, очевидно, что при существованіи двухъ и болѣе залоговъ на данномъ имѣніи любой изъ вотчинныхъ кредиторовъ можетъ причинить прочимъ кредиторамъ нерѣдко непоправимый вредъ. Въ этомъ отноше-

3) о вступленіи въ права вотчиннаго кредитора;

(1) См. сборникъ матеріаловъ и постановленій по вопросамъ, подлежащимъ обсужденію V сѣзда представителей учреждений русскаго поземельнаго кредита, стр. 61 и слѣд.

ни достаточно, въ видѣ примѣра, указать на настойчивое требованіе такого кредитора производства публичной продажи заложеннаго имѣнія, не смотря на неблагоприятныя, въ данный моментъ, условія для таковой продажи, угрожающія прочимъ кредиторамъ остаться безъ удовлетворенія, въ то время, какъ та же продажа, но только отсроченная, могла бы повести къ менѣ невыгоднымъ для нихъ результатамъ. Уже римское право вынуждено было создать противовѣсъ противъ подобныхъ послѣдствій строгаго осуществленія каждымъ изъ ипотечныхъ кредиторовъ принадлежащихъ имъ правъ на удовлетвореніе, не взирая на интересы прочихъ кредиторовъ, въ видѣ признанія за каждымъ младшимъ кредиторомъ такъ называемаго *jus offerendi et succedendi*, права уплатить кредитору вышестоящему, помимо его или должника на то согласія, причитающійся ему долгъ, подлежащій удовлетворенію, и тѣмъ самымъ вступить въ права этого кредитора по залогу ⁽¹⁾. Точно также въ подобнаго рода мѣрѣ противъ неговорчиваго кредитора можетъ нуждаться и должникъ, когда онъ находитъ постороннее лицо, согласное ссудить его деньгами на покрытіе долга, причитающагося этому кредитору, подъ обезпеченіе залога, принадлежавшаго сему послѣднему. Обѣ эти потребности находятъ себѣ удовлетвореніе почти во всѣхъ западно-европейскихъ законодательствахъ. О томъ, что обѣ онѣ, или по крайней мѣрѣ одна изъ нихъ, не могутъ не ощущаться и у насъ со времени воспослѣдованія Высочайше утвержденнаго, 12 февраля 1862 г., мнѣнія государственнаго совѣта, вошедшаго въ ст. 1630¹ т. X ч. 1, изд. 1887 г., едвали можетъ быть какое либо сомнѣніе. Тѣмъ менѣе они могли бы быть упущены изъ виду при предстоящей реформѣ, когда согласно ст. 5 главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имѣніе, то, что было допущено правиломъ, изложеннымъ въ вышеупомянутой 1630¹ ст. только въ видѣ изъятія, должно превратиться на будущее время въ общее правило ⁽²⁾.

⁽¹⁾ L. 12 § 9 D. qui pot. (20, 4). *Dernburg*, Das Pfandrecht, стр. 518 и слѣд.

⁽²⁾ См. ниже § 4 отдѣла IV настоящихъ объясненій, стр. 267 и слѣд.

4) Съ конструкціей, данной залогу банкротскимъ уставомъ, оказалось, далѣе, несовмѣстимою такъ называемая ипотека собственника, равно какъ и замѣняющій ее въ извѣстной мѣрѣ институтъ о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога. Оба эти института предполагаютъ возможность существованія нѣсколькихъ залоговъ на одномъ и томъ же имѣніи и связаннаго съ нимъ начала старшинства, при дѣйствіи коего и можетъ только быть выдвинуто понятіе о мѣстѣ, которое занимаетъ или можетъ занять залогъ среди правъ, обременяющихъ имѣніе. Они остались неизвѣстными нашему законодательству и по воспослѣдованіи вышеупомянутаго мнѣнія государственнаго совѣта отъ 12 февраля 1862 г. Впрочемъ, второй изъ этихъ институтовъ, а именно сохраненіе старшинства для предстоящаго залога, едва ли можетъ быть признанъ вполне чуждымъ нашему законодательству. Институтъ этотъ, въ сущности, заключаетъ въ себѣ дальнѣйшее развитіе и примѣненіе той же мысли, которая выражается по дѣйствующему законодательству въ запрещеніи, налагаемомъ при выдачѣ залога свидѣтельства. Въ самомъ дѣлѣ, выдача упомянутаго свидѣтельства требуется, какъ извѣстно, при установленіи залога въ обезпеченіе договоровъ съ казною, а также ссудъ, выдаваемыхъ изъ кредитныхъ установленій. Запрещеніе, налагаемое по этому свидѣтельству, имѣетъ цѣлью сохранить для имѣющаго возникнуть залога въ пользу казны или кредитныхъ установленій старшинство предъ всѣми другими запрещеніями, которыя могли бы быть наложены на то же имущество въ промежутокъ времени между выдачею залоговаго свидѣтельства и окончательнымъ пріемомъ имѣнія въ залогъ. Послѣдній считается возникшимъ лишь по представленіи куда слѣдуетъ залоговаго свидѣтельства и наложеніи вторичнаго запрещенія съ указаніемъ учрежденія, въ пользу коего залогъ установленъ и суммы залога (ст. 192³ и 192⁴ полож. о нот. части; ст. 1893 т. X ч. I, свод. зак. гражд.). Слѣдовательно, до наложенія этого втораго запрещенія имѣніе оказывается еще свободнымъ отъ залога, причемъ первое запрещеніе имѣетъ значеніе мѣста, сохраняемаго предстоящему залогу. Оставалось, такимъ образомъ, и въ разсматриваемомъ отноше-

4) объ ипотекахъ собственника или о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога.

ній подвергнуть дальнѣйшей разработкѣ мысль, уже извѣстную нашему законодательству, давъ лишь ей болѣе общее значеніе, примѣнимое не только къ упомянутымъ случаямъ установленія залога, но и къ залогу, устанавливаемому въ пользу частныхъ лицъ, и согласовавъ ее съ общими началами, легшими въ основаніе настоящаго проекта ⁽¹⁾.

Всѣ упомянутые пробѣлы нашего дѣйствующаго законодательства, пробѣлы, такъ сказать, не умышленные, а объясняемые древнимъ воззрѣніемъ на залогъ, восполнены ст. 6, 12, 18, 23 — 26 главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество, такъ что необходимость законодательной разработки указанныхъ здѣсь вопросовъ предрѣшена главными основаніями.

II. Вліяніе началъ гласности, спеціальности и безповоротности на постановленія матеріальнаго залоговаго права.

II. Нельзя, въ заключеніе, не указать также и на тѣ требованія отъ положительнаго законодательства о залогѣ, которыя вызываются введеніемъ впервые у насъ, согласно ст. 1, 14 и 17 главныхъ основаній, началъ гласности, спеціальности и безповоротности. Начала эти затрогиваютъ какъ самое установленіе залоговаго права, такъ и пространство его, предметъ, старшинство, передачу, прекращеніе и вообще всѣ вопросы, имъ порождаемые. Они обхватываютъ всю сущность этого права, все его содержаніе. Поэтому, съ подчиненіемъ залога дѣйствию началъ гласности, спеціальности и безповоротности необходимо, чтобы относящіеся къ нему нормы положительнаго права были въ надлежащей степени приурочены къ означеннымъ началамъ, согласованы съ ними, отражали на себѣ развитіе той мысли, которая выражается въ этихъ началахъ, и высказана, въ видѣ руководящихъ правилъ, въ вышеупомянутыхъ статьяхъ преподаваемыхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній и въ построенныхъ на нихъ общихъ положеніяхъ проекта вотчиннаго устава (ст. 1—16). Удовлетворить этимъ требованіямъ и въ то же время восполнить тѣ пробѣлы дѣйствующаго законодательства о залогѣ, которыя являются результатомъ вліянія на оное древняго воззрѣнія на этотъ институтъ, можетъ только цѣльное, систематичное изложеніе правилъ по залоговому праву.

⁽¹⁾ См. ниже § 2 отдѣла IV настоящихъ объясненій, стр. 147 и слѣд.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Руководящія начала, принятыя въ основаніе положеній проекта по залоговому праву.

Въ Высочайше утвержденныхъ, 19 мая 1884 г., главныхъ основанійхъ предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество преподаны, кромѣ положеній, приведенныхъ въ предъидущемъ отдѣлѣ настоящихъ объясненій, а именно положеній, опредѣляющихъ характеръ залога, какъ права вотчиннаго, и его предметъ (ст. 5, 10 и 11), а также тѣхъ, коими примѣняются къ залогу начала гласности, спеціальности, безповоротности и старшинства (ст. 1—4, 6—8, 12, 14, 15, 17), еще слѣдующія положенія, относящіяся къ матеріальному залоговому праву:

1) Ст. 13. «Внесеніе въ крѣпостную книгу охранительной отмытки (ст. 4, 33 и 34) обезпечиваетъ для того права, отраженіемъ котораго она служитъ, пользованіе старшинствомъ, соответствующимъ времени ея записки. Въ случаѣ окончательнаго установленія этого права или признанія его судебнымъ рѣшеніемъ, оно укрѣпляется со старшинствомъ, принадлежащимъ тому мѣсту крѣпостной книги, идѣ значится сія отмытка. Охранительная отмытка по денежному требованію обезпечиваетъ отчисленіе на удовлетвореніе онаго, изъ вырученныхъ при публичной продажѣ имущества денегъ, той суммы, которая причитается на него по старшинству отмытки, на основаніи ст. 12».

2) Ст. 20. «По долговому обязательству, обезпеченному на недвижимомъ имуществѣ (ст. 1), должникъ отвѣтствуетъ лишь тѣмъ самымъ имуществомъ, въ крѣпостную книгу котораго обязательство это записано, развѣ бы между должникомъ и залогодавцемъ состоялось соглашеніе объ отвѣтственности перваго въ тѣхъ его состояніяхъ, до полнаго удовлетворенія долга. Такое соглашеніе не можетъ, однако, нарушать правъ третьихъ лицъ, которыя укрѣплены надлежащимъ порядкомъ на другомъ недвижимомъ имуществѣ должника».

3) Ст. 21. «Установленныя на имущество обезпеченія договоровъ и обязательствъ (ст. 1) могутъ быть передаваемы какъ въ полномъ своемъ составѣ, такъ и по частямъ. Для упомянутой передачи согласіе должника необходимо только тогда, когда объ этомъ постановлено особое въ договорѣ или обязательствахъ условіе».

4) Ст. 22. «Сдѣлки о передачѣ означенныхъ въ ст. 21 обезпеченій свидѣтельствуются нотаріусомъ или крѣпостнымъ установленіемъ, причемъ записка такихъ сдѣлокъ въ крѣпостную книгу зависитъ отъ желанія участвующихъ въ оныхъ лицъ. Нотаріусы о каждой засвидѣтельствованной ими сдѣлкѣ этого рода увѣдомляютъ безотлагательно подлежащее крѣпостное установленіе».

5) Ст. 23. «Собственникъ недвижимаго имущества, уплатившій сполна долгъ по обязательству, записанному въ крѣпостную книгу, имѣетъ право, не уничтожая сдѣланнаго въ обезпеченіе обязательства укрѣпленія, передать сіе обезпеченіе другому лицу».

6) Ст. 24. «Постороннее лицо, уплатившее сполна долгъ по обязательству, записанному въ крѣпостную книгу, пріобрѣтаетъ права, принадлежавшія заимодавцу по сему обязательству».

7) Ст. 25. «Собственнику имущества предоставляется записывать въ крѣпостную книгу обезпеченія обязательствъ на свое имя. О установленіи такого обезпеченія собственнику выдается изъ крѣпостнаго установленія свидѣтельство, которое можетъ быть передаваемо отъ одного лица другому на основаніяхъ, указанныхъ въ ст. 21 и 22».

8) Ст. 26. «Обезпеченіе, записанное въ крѣпостную книгу на имя собственника имущества (ст. 25), въ случаѣ продажи послѣдняго съ публичнаго торга, не имѣетъ никакой силы въ отношеніи къ правамъ, слѣдующимъ, въ порядкѣ старшинства, послѣ сего обезпеченія, если передача онаго послѣдуетъ позднѣе внесенія въ крѣпостную книгу охранительной отмѣтки о обращеніи взысканія на означенное имущество (ст. 38)».

Первымъ изъ этихъ положеній сообщается судебному рѣшенію о присужденіи денежнаго взысканія значеніе правооснованія залога, т. е. акта, порождающаго, чрезъ внесеніе въ вотчинную книгу, залоговое въ пользу даннаго взысканія обезпеченіе, или, другими словами, вводится въ область дѣйствующаго права новый, доселѣ неизвѣстный послѣднему видъ залога, носящій въ западныхъ законодательствахъ названіе *судебнаго* и введенный въ проектъ подъ терминомъ *залога принудительнаго* (ст. 44 проекта). Пятое, седьмое и восьмое положеніе затрогиваетъ собою вопросъ о возможности для собственника предоставлять въ своемъ имѣніи залоговыя права, пользующіяся лучшимъ старшинствомъ, противъ такихъ же правъ, уже установленныхъ, т. е. вопросъ о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога; третье и четвертое—о передачѣ залоговыхъ требованій, шестое—о вступленіи въ права вотчиннаго кредитора и второе—объ отвѣтственности по упомянутымъ требованіямъ. Что касается принудительнаго залога, то общія соображенія, выясняющія отношеніе проекта къ этому институту, могутъ быть вполнѣ исчерпывающимъ образомъ изложены въ связи съ соображеніями, относящимися къ другимъ, допускаемымъ проектомъ, правооснованіямъ залога (договору и завѣщанію) и вообще къ вопросу объ условіяхъ (формальныхъ и матеріальныхъ) установленія залога, почему онѣ и отнесены къ объясненіямъ къ ст. 44 проекта, которая разрѣшаетъ этотъ вопросъ ⁽¹⁾. Здѣсь, слѣдовательно, необходимо остановиться лишь на остальныхъ изъ упомянутыхъ вопросовъ и указать въ общихъ чертахъ положеніе, занятое проектомъ по отношенію къ этимъ вопросамъ.

Нельзя однакоже не замѣтить, что то или другое разрѣшеніе почти всѣхъ упомянутыхъ вопросовъ находится въ тѣсной, непосредственной зависимости отъ другого принципиальнаго вопроса залоговаго права, а именно отъ вопроса о сущности этого права, значеніи его среди другихъ вотчинныхъ правъ. Кромѣ того, усвоенный проектомъ взглядъ на эту сущность отражается также и на многихъ другихъ

⁽¹⁾ См. ниже, стр. 311 и слѣд.

его постановленіяхъ, въ частности на тѣхъ, которыя примѣняютъ къ залогу начала гласности, спеціальности и безповоротности. Тамъ, гдѣ залогъ понимается въ смыслѣ средства обезпеченія *обязательства* должника, или, что тоже самое, соотвѣтствующаго этому обязательству *требованія* кредитора, гдѣ залогу, подобно тому, какъ это было въ римскомъ правѣ, присвоено значеніе *права дополнительнаго*, законодательству, при изложеніи правилъ, относящихся къ залоговому праву, приходится считаться не только съ залогомъ, но и съ требованіемъ, какъ необходимыми составными частями всякой поземельно-кредитной сдѣлки въ обширномъ смыслѣ этого слова, и различать обѣ эти составныя части съ достаточною ясностью и послѣдовательностью. Въ самомъ дѣлѣ, только такое развитіе въ положительномъ законодательствѣ правилъ, касающихся залога, въ состояніи представить надлежащую гарантію противъ возможности въ будущемъ крупныхъ недоразумѣній и споровъ, которое отличается упомянутою ясностью и послѣдовательностью. Тамъ именно, гдѣ залогу придается вышеуказанное значеніе, наличность требованія явится однимъ изъ существенныхъ матеріальныхъ условій внесенія вотчинной записи, устанавливающей залоговое право. Такое значеніе залога вызываетъ, въ виду начала спеціальности, необходимость въ постановленіи о томъ, чтобы требованіе это было надлежащимъ образомъ опредѣлено. Наконецъ, при изложеніи правилъ, опредѣляющихъ дѣйствіе начала безповоротности, нужно имѣть въ виду возраженія, касающіяся непосредственно не только залога, но и обезпечиваемаго имъ требованія, и опредѣлить, въ какой степени допускается предъявленіе противъ кредитора тѣхъ и другихъ возраженій. Совершенно другое, однако же, должно имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда законодательство рѣшается отступить отъ взгляда на залогъ, какъ на право дополнительное, пытаясь преобразовать его *въ право независимое, самостоятельное*. Подобную попытку, какъ о томъ указано подробнѣе ниже, представляетъ собою мекленбургское и отчасти прусское законодательство. Въ виду сего необходимо здѣсь же, прежде чѣмъ перейти къ изложенію соображеній по отдѣльнымъ вопро-

самъ залоговаго права, остановиться на томъ взглядѣ на сущность залога, который усвоенъ проектомъ при подробномъ развитіи его положеній, относящихся къ залогу. Сдѣлать это необходимо тѣмъ болѣе, что въ томъ или другомъ взглядѣ на сущность залоговаго права всего рельефнѣе выражаются тѣ общія цѣли, которыя законодательство преслѣдуетъ въ отношеніи къ залогу, какъ орудію поземельнаго кредита, тѣ практическія требованія, которыя къ послѣднему предъявляются.

§ 1. Значеніе залога, какъ права дополнительнаго.

1. При обзорѣ историческаго развитія залоговаго права было уже замѣчено, что залогъ есть такое право, которое само по себѣ существовать не можетъ. Одно только обезпеченіе, какъ таковое, безъ права, ради котораго оно установлено, немыслимо. Если нѣтъ права, въ обезпеченіе котораго залогъ установленъ, то и не можетъ быть залога, ибо тогда нѣтъ предмета, подлежащаго обезпеченію. Говорить, слѣдовательно, о залогѣ, какъ о правѣ уже возникшемъ, можно только въ предположеніи существованія другаго права, а именно—права требованія, залогомъ этимъ обезпеченнаго.

Дополнительная
роль залога.

И такъ, какъ упомянуто выше, всякая вообще поземельно-кредитная сдѣлка слагается, въ дѣйствительности, изъ двухъ правъ: права требованія и права залога, отличающихся другъ отъ друга прежде всего тѣмъ, что первое имѣетъ личный, а второе вотчинный характеръ. Всматриваясь ближе въ эту сдѣлку, необходимо отмѣтить еще другое отличіе между обоими упомянутыми правами, проявляющееся во взаимномъ ихъ соотношеніи другъ къ другу. Въ то время, какъ право требованія представляется главнымъ изъ нихъ, ибо залогъ установленъ именно ради этого права, которое можетъ существовать и помимо залога, послѣдній, напротивъ того, имѣетъ значеніе права дополнительнаго, несамостоятельнаго. Не судьба требованія связана съ судьбою залога, но судьба послѣдняго съ судьбою требованія. Если недѣйствительность или прекращеніе требованія влечетъ за собою недѣйствительность или прекращеніе залога,

то недѣйствительность или прекращеніе залога не можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ недѣйствительности или прекращенія требованія.

Въ этой то несамостоятельности залога заключается главное отличіе его отъ другихъ вотчинныхъ правъ. Въ то время какъ право собственности, право вѣчнаго или пожизненнаго владѣнія, право жительства (*Wohnung*) и тому подобныя вотчинныя права существуютъ ради самихъ себя, ради той пользы, которая можетъ быть достигнута болѣе или менѣе постояннымъ фактическимъ осуществленіемъ ихъ содержанія, залогъ, напротивъ того, имѣетъ чисто акцессорное, дополнительное значеніе. Онъ мыслимъ и возможенъ только при условіи существованія другаго права, служа средствомъ его обезпеченія ⁽¹⁾.

Таково значеніе залога, вытекающее изъ самой природы вещей, значеніе, которое не можетъ измѣниться, пока экономическая жизнь будетъ нуждаться въ этомъ институтѣ, пока съ названіемъ залога будетъ соединяться понятіе права, направленнаго къ обезпеченію другаго права. Неудивительно поэтому, что значеніе это присвоено залогу не только римскимъ правомъ, но и громаднымъ большинствомъ современныхъ законодательствъ. Исходя изъ приведеннаго взгляда на залогъ, означенныя законодательства признають за кредиторомъ, сообразно двумъ правамъ, необходимо предполагаемымъ во всякой поземельно-кредитной сдѣлкѣ, и два средства судебной защиты, два иска, направленные къ осуществленію этихъ правъ: одинъ—*личный*, вытекающій изъ личнаго требованія и заключающійся въ правѣ обратиться ко всякому имуществу должника, и другой—*вотчинный*, порождаемый залогомъ, обезпечивающимъ это требованіе и состоящій въ правѣ обратитъ взысканіе долга на заложенное имѣніе.

⁽¹⁾ *Unger*, System d. oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, т. I стр. 530 и слѣд.; *Bremer*, Hypothek u. Grundschuld (Göttingen, 1869), стр. 4 и слѣд.; *Exner*, Kritik d. Pfandrechtsbegriffes (Leipzig, 1879), стр. 189 и 190; его же, d. oesterreichische Hypothekenrecht, стр. 40.

Исключение изъ этихъ законодательствъ представляетъ собою мекленбургское законодательство, проводящее взглядъ на залогъ (Hypothek), какъ на право *самостоятельное*, построенное на подобіе поземельнаго обремененія (Reallast) или вотчинныхъ выдачъ (Rentenkauf). Такъ какъ постановленія этого законодательства послужили исходною точкой обнаружившихся въ литературѣ и въ нѣкоторыхъ законодательствахъ попытокъ къ измѣненію вышеуказаннаго значенія залога, то необходимо остановиться нѣсколько подробнѣе на этихъ постановленіяхъ.

Взглядъ на залогъ мекленбургскаго права.

«Ипотечная книга, говоритъ ст. 16 пересмотрѣннаго ипотечнаго устава для сельскихъ имѣній въ великомъ герцогствѣ мекленбургскомъ 18 октября 1848 года, *принадлежитъ не лицу случайнаго собственника, а имѣнію, совершенно независимо отъ происходящихъ въ лицъ собственника перемѣнъ и обнимаетъ своимъ содержаніемъ исключительно только имѣніе. А потому:*

1) *посредствомъ внесенія устанавливаются не обезпеченія личной отвѣтственности того, кто проситъ о внесеніи, но самостоятельныя вотчинныя обремененія имѣнія;*

2) *просьба о внесеніи не обусловливается существованіемъ упомянутой личной отвѣтственности; относительно послѣдней предоставляется все соглашенію сторонъ;*

3) *новый собственникъ, какъ таковой, не обязанъ личною отвѣтственностью».*

То же самое почти повторено въ пересмотрѣнномъ ипотечномъ уставѣ для городскихъ имѣній названнаго великаго герцогства 21 декабря 1857 года и въ дополненіи къ этому уставу, изданномъ 21 марта 1859 года.

Мысль, положенная въ основаніе приведенныхъ узаконеній, направлена къ тому, чтобы избѣжать въ поземельно-кредитной сдѣлкѣ разчлененія ея на требованіе и обезпеченіе и зависимаго значенія втораго, какъ дополнительнаго права, отъ перваго, какъ главнаго. Для достиженія этой цѣли мекленбургское право разсматриваетъ поземельно-кредитную сдѣлку исключительно съ точки зрѣнія требованія. Для того, чтобы отвѣтственнымъ по этому требованію являлся всякій собственникъ имѣнія, обремененнаго залo-

гомъ, какъ таковой,—такъ, чтобы правомъ собственности на имѣніе и опредѣлялось лицо должника,—причемъ обязанность должника переходила бы на всякаго новаго пріобрѣтателя имѣнія, все равно, пріобрѣтено ли оно имъ по общему (универсальному) основанію, т. е. по наслѣдству, или по частному (сингулярному), т. е. чрезъ покупку и т. п., и для того, чтобы таковая отвѣтственность ограничивалась только заложеннымъ имѣніемъ, требованіе пріурочено не къ должнику, а къ имѣнію, какъ будто обязанность, вытекающая изъ требованія, лежитъ непосредственно на имѣніи. Залогъ по мекленбургскому праву *и есть само требованіе; это есть внесенное въ ипотечную книгу обремененіе имѣнія, дающее лицу, въ пользу коего оно внесено, право требовать уплаты суммы, въ этой книгѣ означенной*. Слѣдовательно, то, съ чѣмъ соединяется по мекленбургскому праву названіе залога, должно заключаться въ правѣ, цѣль коего состоитъ не въ обезпеченіи другаго права, какъ бы слѣдовало заключить по самому существу залога, какъ таковаго. *Дѣло идетъ о перенесеніи требованія въ самый залогъ*, а такъ какъ требованіе это должно лежать не на лицѣ, а на имѣніи, то о созданіи подъ именемъ залога *вотчиннаго требованія* (Realobligation), *вотчиннаго дома* (Realschuld, Grundschild), въ противоположность *личному требованію, личному долгу*. Кромѣ того, такъ какъ внесеніе залога по мекленбургскому праву не обусловливается существованіемъ личнаго обязательства должника, то за залогомъ этимъ признается комментаторами означеннаго права значеніе *формальнаго требованія* (Formalobligation), въ смыслѣ римскаго законодательства и современнаго вексельнаго права, т. е. требованія, независимаго отъ своего правооснованія, черпающаго свою силу и дѣйствительность исключительно въ фактъ своего существованія ⁽¹⁾.

Практическія цѣ-
ли, коимъ отвѣчалъ
этотъ взглядъ.

Построеніе, данное залогу мекленбургскимъ правомъ, отвѣчало во многомъ тѣмъ стремленіямъ къ реформѣ ипотечнаго законодательства, которыя проявились въ герман-

⁽¹⁾ v. Maibom, Das mecklenburgische Hypothekenrecht (Leipzig, 1871), §§ 4, и 252.

ской литературѣ, главнымъ образомъ начала половины настоящаго столѣтія ⁽¹⁾. Дѣйствовавшая въ то время въ Пруссіи ипотечная система страдала преимущественно отъ медленности ипотечнаго дѣлопроизводства, обусловливавшейся коллегіальнымъ устройствомъ ипотечныхъ установлений, отъ стѣснительнаго для заинтересованныхъ лицъ начала легальности, проникавшаго все это дѣлопроизводство, отъ не вполне послѣдовательно проведеннаго начала специальности, и отъ недостатковъ началъ дѣйствовавшаго законодательства въ отношеніи пріобрѣтенія права собственности на недвижимыя имѣнія. Но вышеупомянутыя стремленія были направлены не только къ устраненію означенныхъ недостатковъ, къ замѣнѣ коллегіальныхъ установлений, на которыя были возложены обязанности по веденію вотчинныхъ книгъ, единоличными, къ освобожденію этихъ установлений отъ обязанности входить въ разсмотрѣніе законности актовъ, на коихъ основаны просьбы о внесеніи правъ въ вотчинныя книги, къ запрещенію вносить въ эти книги требованіе безъ указанія суммы, до которой оно должно или можетъ простираться, и къ распространенію въ интересахъ поземельнаго кредита начала внесенія правъ въ вотчинныя книги, какъ условія пріобрѣтенія этихъ правъ, и на право собственности на недвижимыя имѣнія. Чтобы помочь земледѣлю въ той нуждѣ, которую оно ощущало въ отношеніи къ кредиту, чтобы привлечь къ поземельной собственности свободные капиталы въ достаточномъ количествѣ и удешевить поземельный кредитъ, признавалось необходимымъ увеличить подвижность, которую сдѣлки поземельнаго кредита уже обладали, доведя ее до такой же степени, въ какой подвижность эта присуща сдѣлкамъ личнаго кредита. Сдѣлать это признавалось возможнымъ не только посредствомъ болѣе строгаго проведенія начала гласности и безповоротности вотчинныхъ книгъ въ примѣненіи къ залoгу на счетъ начала добросовѣстности, т. е. путемъ распространенія

⁽¹⁾ См., въ особенности, *Mascher'a* das deutsche Grundbuch und Hypothekenwesen (Berlin, 1869) и *Bekker'a*, die Reform des Hypothekenwesens als Aufgabe des norddeutschen Bundes (Berlin, 1867).

означенныхъ началъ и на тѣ случаи, когда пріобрѣтатель права по вотчинной книгѣ зналъ о недостаткахъ этого права или о принадлежности его другому лицу,—но даже посредствомъ уничтоженія дополнительнаго характера залога. Преобразованію залога въ право самостоятельное должно было соотвѣтствовать и упрощеніе формы залоговыхъ актовъ, съ цѣлью облегчить ихъ передачу изъ рукъ въ руки, образованіе каждаго такого акта въ видѣ документа, состоящаго изъ одного листа бумаги, удобнаго для быстрого, моментальнаго обзора, а также допущеніе передачи этихъ актовъ не только по простымъ и даже бланковымъ надписямъ, но и безъ надписи ⁽¹⁾. Стремленія эти были, слѣдовательно, направлены къ тому, чтобы создать въ пользу поземельнаго кредита такое же орудіе, какимъ является вексель въ области личнаго кредита, и легкость обращенія котораго на денежномъ рынкѣ была бы равна той, съ которой обращаются такіе носители личнаго кредита, какими являются облигаціи и другія процентныя бумаги на предъявителя. Означеннымъ стремленіямъ отвѣчалъ мекленбургскій залогъ именно въ виду будто бы его значенія, какъ формальнаго требованія, какъ такого права, которое, не будучи обусловлено существованіемъ личнаго долговаго отношенія между кредиторомъ и должникомъ, исключаетъ возможность предъявленія противъ иска, основаннаго на залоговомъ актѣ (*Hypothekenbrief*), возраженій, вытекающихъ изъ означеннаго личнаго отношенія, и притомъ не только, когда возраженія эти направлены противъ послѣдующихъ пріобрѣтателей залоговаго акта, но даже противъ первоначальнаго кредитора или его наслѣдниковъ (ст. 29 пересм. ип. уст. для сельскихъ имѣній и ст. 30 пересм. ип. уст. для городскихъ имѣній).

Теорія залоговаго права, принятая мотивами прусскаго ипотечнаго проекта 1872 г.

Удовлетвореніе означенныхъ стремленій, конечно, въ той степени, въ какой это зависитъ отъ гражданскаго законодательства, составило ближайшую задачу законодательныхъ работъ по реформѣ прусской ипотечной системы, произво-

⁽¹⁾ *Bekker*, в. п. с., стр. 15.

дившихся въ шестидесятихъ годахъ ⁽¹⁾. Официальные мотивы къ выработанному по сему предмету проекту, получившему, съ нѣкоторыми измѣненіями, 5 мая 1872 года санкцію закона ⁽²⁾, обращаются прежде всего къ критическому анализу понятія залога, какъ самостоятельнаго права, справедливо полагая, что хотя формулированіе научныхъ началъ и опредѣленій составляетъ цѣль науки, а не законодательства, тѣмъ не менѣе для послѣдняго, при установленіи практическихъ нормъ, предназначенныхъ для дѣйствительной жизни, обязательно исходить изъ правильныхъ и ясныхъ принциповъ и не вводить правилъ, которыя не могутъ найти для себя логическаго оправданія ⁽³⁾.

Остановившись прежде всего на терминѣ «вотчинное требованіе» (Realobligation), въ смыслѣ требованія, тяготеющаго непосредственно на имѣніи, прусскіе мотивы находятъ, что терминъ этотъ заключаетъ въ себѣ логическое противорѣчіе и способенъ внести лишь смуту въ юридическія понятія, такъ какъ всякое требованіе, всякое обязательство (Obligation) означаетъ ни что иное, какъ *личное* отношеніе, послѣднее же необходимо предполагаетъ волю, а слѣдовательно *личнаго* должника. Затѣмъ, означенные мотивы не допускаютъ возможности аналогіи между залогомъ съ одной стороны и *поземельнымъ обремененіемъ* (Reallast) и *вотчинными выдачами* (Rentenkauf), съ другой. Поземельныя обремененія и вотчинныя выдачи представляются, дѣйствительно, самостоятельными вотчинными правами; они возникаютъ и существуютъ сами по себѣ, а не въ качествѣ дополнительнаго права, которымъ обезпечивалось бы исполненіе личнаго долговаго обязательства. Между тѣмъ залогъ, напротивъ того, немыслимъ безъ обязательства къ возврату или вообще къ уплатѣ капитала, а, слѣдовательно, безъ долговаго отношенія, продолжающагося во все время суще-

⁽¹⁾ Werner, в. п. с., часть II, стр. 9 и слѣд., 21 и слѣд.

⁽²⁾ Gesetz über den Eigenthumserwerb u. die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke, und selbstständigen Gerechtigkeiten vom 5 Mai 1872; Grundbuch-Ordnung vom 5 Mai 1872.

⁽³⁾ См. официальное изданіе мотивовъ, ст. 31.

ствования залога, ибо послѣдній имѣетъ цѣлью обезпечить цѣлностью имѣнія исполненіе обязанности, вытекающей изъ этого отношенія.

Найдя, такимъ образомъ, въ противоположность взгляду мекленбургскаго права, что залогъ направленъ непремѣнно къ обезпеченію личнаго долговаго требованія и потому представляется немислимымъ самъ по себѣ, безъ таковаго требованія, разсматриваемые прусскіе мотивы, тѣмъ не менѣе, не отказываютъ залогу въ значеніи самостоятельнаго права, хотя и строятъ эту самостоятельность на совершенно другомъ основаніи. Основаніе это заключается, по мнѣнію мотивовъ, въ учрежденіи вотчинныхъ книгъ и въ связанныхъ съ этимъ учрежденіемъ началахъ гласности и безповоротности. Благодаря примѣненію этихъ началъ къ залогу оказывается, что возникновеніе и прекращеніе его поставлены въ зависимость отъ *формальныхъ* актовъ внесенія и погашенія залога по вотчинной книгѣ, и что, слѣдовательно, залогъ, не погашенный по вотчинной книгѣ, продолжаетъ считаться для третьихъ лицъ существующимъ, хотя бы требованіе, имъ обезпеченное, прекратилось уже матеріально, т. е. въ книгѣ. Такъ какъ то обстоятельство, что залогъ, въ данномъ случаѣ, признается существующимъ, не смотря на прекращеніе требованія, не согласуется съ значеніемъ залога, какъ права дополнительнаго, то отсюда мотивы выводятъ то послѣдствіе, что «новѣйшее развитіе права (т. е. развитіе, выразившееся въ учрежденіи вотчинныхъ книгъ) стремится къ тому, чтобы измѣнить въ противоположную сторону начало, вытекающее изъ дополнительнаго характера залога: дѣйствительность залога не должна болѣе зависѣть отъ дѣйствительности долга, а напротивъ того фактъ установленія залога не смотря на то, что послѣдній является на самомъ дѣлѣ лишь средствомъ обезпеченія (*ein sicherndes Recht*), влечетъ за собою признаніе дѣйствительнымъ даже *недѣйствительнаго* долга (*muss sie selbst eine ungültige Schuld nach sich ziehen*); залогъ не только долженъ носить основаніе своего существованія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и свою силу въ самомъ себѣ, но даже поглощаетъ (*absorbirt*) правооснованіе долга и замѣняетъ его

обязательствомъ къ уплатѣ известной суммы, связаннымъ съ имѣніемъ и обезпеченнымъ цѣнностью сего послѣдняго». Такимъ образомъ, согласно взгляду мотивовъ, благодаря учрежденію вотчинныхъ книгъ, основаніе дѣйствительности залога переносится съ правовой сдѣлки (Rechtsgeschäft) на формальный актъ его внесенія въ вотчинную книгу. «Залогъ, заключающій мотивы, хотя и имѣетъ по цѣли своей дополнительное значеніе, однако же можетъ и долженъ стать самостоятельнымъ вслѣдствіе формальнаго основанія своего существованія и потому независимымъ, получить такъ сказать значеніе *вотчиннаго векселя* (Realwechsel)».

Такъ какъ на основаніи приведенной теоріи мотивовъ искъ по залогу основывается лишь на фактѣ внесенія залога въ вотчинную книгу и направленъ къ полученію удовлетворенія изъ заложенного имѣнія, то послѣдствіемъ сего признается, что противъ означеннаго иска, хотя бы онъ былъ предъявленъ первоначальнымъ кредиторомъ, или его наследникомъ, не допускаются возраженія, вытекающія изъ личнаго долговаго отношенія, и что залогъ, поскольку онъ не сопровождается этимъ отношеніемъ, а существуетъ самостоятельно, исключаетъ личную отвѣтственность должника ⁽¹⁾. Другое весьма важное послѣдствіе теоріи залога, какъ права, освобожденнаго отъ личнаго долговаго отношенія, заключается въ возможности введенія въ законодательство такъ называемой *ипотеки собственника*, института, цѣль коего заключается въ томъ, чтобы дать собственнику возможность предоставлять въ своемъ имѣніи залоговыя права, пользующіяся лучшимъ старшинствомъ, противъ такихъ же правъ, уже установленныхъ ⁽²⁾.

Предположенія разсматриваемаго проекта осуществились впрочемъ только отчасти. Коммисія прусской палаты господъ при разсмотрѣніи этого проекта нашла, «что онъ, оставляя совершенно въ сторонѣ, ради выдержанія одно-

Возраженія противъ этого проекта прусской палаты господъ.

⁽¹⁾ Werner, в. п. с, ч. II, стр. 23 и слѣд.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 26 и слѣд.

образія и послѣдовательности въ отношеніи новаго правоваго начала (*lediglich der Uniformität und Konsequenz des neuen Rechtsgedankes halber*), существовавшую до тѣхъ поръ юридическую конструкцію залога и отказывая вдругъ этой конструкціи въ правѣ на мѣсто въ системѣ и постановленіяхъ закона, заходитъ слишкомъ далеко и совершаетъ ничѣмъ неоправдываемое насиліе надъ природой вещей и потребностями жизни. Подобно тому, какъ векселю противопоставляется обыкновенное долговое обязательство, съ указаннымъ въ актѣ его основаніемъ долга, точно также отличаются отъ залога, рассчитаннаго на подвижной и быстро реализуемый кредитъ, тѣ залоги, которые не переходятъ изъ рукъ въ руки, а предназначены къ тому, чтобы служить средствомъ къ обезпеченію индивидуально опредѣленнаго личнаго долговаго отношенія или такого, которое должно еще ближе опредѣлиться (*oder seine Lösung erwarten*) по истеченіи опредѣленнаго времени Кто поэтому не нуждается для своего поземельнаго кредита въ залогѣ, съ его строгою формою вотчиннаго векселя (*Grundwechsel*), или не находитъ ее удобною, тому должно быть дозволено и впредь обременять свою недвижимую собственность лишь залогами того рода, который былъ до сихъ поръ извѣстенъ. Таковымъ дозволеніемъ будетъ достигнута для землевладѣнія еще та очевидная польза, что количество залоговъ, рассчитанныхъ на биржевой (рыночный) оборотъ (*so genannte Verkehrshypotheken*), не станетъ черезъ-чуръ большимъ и поземельному кредиту не будетъ нанесенъ значительный вредъ вслѣдствіе переполненія ими ипотечнаго рынка и что большое количество теперешнихъ залоговъ сохранить полную цѣнность и способность къ конкуренціи, не смотря на свою неудобоподвижную форму. Этотъ взглядъ и вытекающія изъ него послѣдствія могутъ найти себѣ выраженіе въ проектѣ при посредствѣ измѣненій въ немъ, легко исполнимыхъ безъ ущерба для его тенденціи и строя (*Struktur*), заслуживающихъ полного признанія» ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 53 и 54.

Приведенное мнѣніе, принятое палатою господъ, получило санкцію закона въ новѣйшемъ прусскомъ ипотечномъ правѣ. Послѣднее различаетъ два института права, направленные, въ сущности, къ одной и той же цѣли долговаго обремененія недвижимыхъ имѣній: *залогъ въ собственномъ смыслѣ* (Hypothek), какъ вотчинное право, находящееся въ зависимости отъ личнаго долговаго отношенія, и *вотчинный долгъ* (Grundschild), въ смыслѣ самостоятельнаго права ⁽¹⁾. Оба эти института въ указанномъ значеніи ихъ вошли затѣмъ и въ тѣ германскіе ипотечные законы новѣйшаго времени, которыя частью буквально воспроизводятъ постановленія прусскаго закона, частью созданы по образцу послѣдняго, а именно въ законы, изданные 3 апрѣля 1876 г. для княжества Ольденбургскаго, 1 марта 1877 г. для Кобургъ-Гота, 25 января 1884 г. для Вальдека и Пирмонта, 26 августа 1884 г. для Шаумбургъ-Липпе и др.

Hypothek и Grundschild прусскаго закона 5 мая 1872 г.

II. Взглядъ на залогъ, какъ на самостоятельное право, въ смыслѣ ли вотчиннаго требованія или обременяющаго имѣніе формальнаго права на полученіе опредѣленной суммы, совершенно чуждъ нашему законодательству. Поземельное обремененіе (Reallast) и вотчинныя выдачи (Rentenkauf), послужившія первообразомъ для залога, въ смыслѣ вотчиннаго требованія, образовались и развились въ исполнѣ сложившіеся институты на германской почвѣ. Что же касается до началъ гласности и безповоротности въ примѣненіи къ залогу, которыя могли бы подать какой либо поводъ искать самостоятельности залога въ формальномъ основаніи его возникновенія, то начала эти были у насъ совершенно неизвѣстны. Кромѣ того, формы залога, подобныя вышеуказаннымъ, предполагаютъ, во всякомъ случаѣ, *вотчинный* характеръ этого права и вызваны, главнымъ образомъ, стремленіемъ *облегчить оборотъ его*. Между тѣмъ по банкротскому уставу и основанному на немъ дѣйствующему законодательству, залогъ не развитъ до значенія вотчиннаго права и передача закладныхъ не допускается. О само-

II. Значеніе залога по русскому законодательству.

(2) Ст. 18 и слѣд. закона 5 мая 1872 г.

стоятельности залога могла быть рѣчь только въ нашемъ древнемъ правѣ, когда, какъ извѣстно уже, въ силу сдѣлки о залогѣ кредиторъ пріобрѣталъ не одно лишь обезпеченіе имѣніемъ должника будущаго удовлетворенія долга, въ строгомъ смыслѣ этого слова, но право собственности на это имѣніе. Но, указанная самостоятельность залога становилась результатомъ того избытка обезпеченія, которое кредиторъ пріобрѣталъ при посредствѣ залога. Такъ какъ кредиторъ становился собственникомъ заложеннаго имѣнія съ самаго момента возникновенія залога и имѣніе это обыкновенно превышало цѣнностью свою сумму долга, то естественно, что кредитору нечего было заботиться о полученіи удовлетворенія, что вопросъ объ удовлетвореніи долга могъ возникнуть въ виду интересовъ не кредитора, но, напротивъ того, должника, превращаясь для послѣдняго въ вопросъ о выкупѣ имѣнія и о полученіи при помощи таковаго выкупа излишка цѣнности, заключающейся въ имѣніи, противъ суммы долга. Право, пріобрѣтенное кредиторомъ при такихъ обстоятельствахъ, становилось дѣйствительно независимымъ отъ личнаго долговаго отношенія. За то, въ случаѣ просрочки закладной, въ случаѣ, когда должникъ не воспользовался принадлежавшимъ ему правомъ выкупа заложеннаго имѣнія, послѣднее становилось неограниченною собственностью кредитора, все равно, превышало ли оно свою цѣнностью сумму долга или нѣтъ. Если поэтому кредиторъ, съ одной стороны, несъ убытки, въ случаѣ малоцѣнности имѣнія сравнительно съ ссуженымъ капиталомъ, то, съ другой, онъ пользовался и прибылью, когда капиталъ этотъ былъ ниже стоимости имѣнія. Залоговая сдѣлка была соединена съ рискомъ, но такимъ, который тяготѣлъ на обоихъ участникахъ этой сдѣлки, т. е. не только на кредиторѣ, но и на должникѣ. Но о самостоятельности залога, о независимости его отъ личнаго долговаго отношенія, нельзя уже говорить, когда дѣло касается новаго нашего законодательства, т. е. послѣ того, когда залогъ получилъ, сообразно самому существу своему, значеніе права требовать удовлетворенія долга изъ имѣнія, которымъ долгъ этотъ обезпеченъ. И дѣйствительно, закладныя раз-

смаstrиваются банкротскимъ уставомъ, какъ *обязательства, обеспеченныя залогомъ* ⁽¹⁾. Въ установленномъ этимъ законодательнымъ актомъ образцѣ для закладныхъ, сохранившимъ свое значеніе по настоящее время ⁽²⁾, содержаніе ихъ опредѣляется въ видѣ *займа*, обеспеченнаго залогомъ: *«занялъ я у такого-то . . . денегъ, а въ тѣхъ деньгахъ до онаго срока заложилъ я . . . ему . . . недвижимое свое имльніе»* . . . Въ сводѣ законовъ гражданскихъ залогъ опредѣляется какъ право, коимъ *«обеспечиваются договоры и обязательства»* (ст. 1554 и 1587 т. X ч. I, изд. 1857 г.), и самыя постановленія, касающіяся залога, изложены въ раздѣлѣ *объ обеспеченіи договоровъ и обязательствъ вообще*, т. е. рядомъ съ постановленіями о другихъ средствахъ обеспечения обязательствъ, а именно: о поручительствѣ, неустойкѣ и закладѣ.

Обращаясь теперь къ вопросу о томъ, какое значеніе должно быть присвоено у насъ залогу съ введеніемъ ипотечной реформы, проектъ не могъ не отдать предпочтенія тому значенію, которое признается за этимъ институтомъ въ силу дѣйствующаго законодательства. Не говоря уже о томъ, что отправная точка зрѣнія этого законодательства на залогъ, хотя, сказать мимоходомъ, она не выдержана съ надлежащею послѣдовательностью ⁽³⁾, та же самая, что и въ большинствѣ западно-европейскихъ законодательствъ, замѣна ея въ проектѣ вотчиннаго устава другою, сходною съ точкою зрѣнія мекленбургскаго или прусскаго права, представлялась бы нововведеніемъ, неоправдываемымъ ни юридическими соображеніями, ни соображеніями, вытекающими изъ пользы и нужды нашего землевладѣнія. Если колебаніе правовыхъ началъ, уже утвердившихся въ законодательствѣ, представляется вообще нежелательнымъ, если оно можетъ быть допущено лишь въ виду настоятельной въ томъ необходимости, то тѣмъ болѣе

Причины, по которымъ въ проектѣ вотчиннаго устава удержанъ взглядъ дѣйствующаго законодательства на залогъ, какъ на право дополнительное:

⁽¹⁾ См. напримѣръ, ч. II, ст. 70 и 76.

⁽²⁾ Приложение къ ст. 1643 т. X ч. I, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.

⁽³⁾ Въ вопросѣ объ отвѣтственности по закладнымъ.

такое колебаніе представляется нежелательнымъ въ разсма-
триваемомъ случаѣ. Для того, чтобы убѣдиться въ этомъ
необходимо разсмотрѣть нѣсколько ближе основанія меклен-
бургской и прусской теоріи, тѣмъ болѣе, что при таковомъ
разсмотрѣніи выяснится самъ собою взглядъ, которымъ
проектъ руководствовался по отношенію къ этому основ-
ному вопросу ипотечнаго права.

а) недостатки
мекленбургской

Что касается прежде всего мекленбургской теоріи, то
проектъ не могъ не раздѣлить взгляда на эту теорію мотив-
вовъ прусскаго проекта. Къ соображеніямъ, приведеннымъ
въ этихъ мотивахъ въ опроверженіе построенія, даннаго
залогу по мекленбургскому праву, остается развѣ еще при-
бавить, что право это вовсе не колеблетъ значенія залога,
какъ права дополнительнаго, поскольку съ названіемъ за-
лога соединяется понятіе обезпечивающаго права, а не
самаго права требованія. Мекленбургскій залогъ, какъ
право самостоятельное, сталъ возможенъ лишь при помощи
отождествленія залога съ требованіемъ, хотя и искусственно
перенесеннымъ съ лица на имѣніе, такъ что залогъ этотъ,
какъ упомянуто выше, и есть самое требованіе, но направ-
ленное противъ всякаго собственника имѣнія и ограничен-
ное въ отношеніи удовлетворенія исключительно цѣнностью
имѣнія. Въ той же степени, въ какой въ силу приведенныхъ
соображеній неприложимо къ залогу понятіе «вотчиннаго
требованія», представляется также неправильнымъ и отож-
дествленіе мекленбургскаго залога съ понятіемъ *формаль-
наго требованія* римскаго и современнаго права (*stipulatio*,
вексель). Какъ извѣстно, безъ наличности правооснованія
(*causa obligationis*) никакое требованіе не мыслимо и если
правооснованіе это скрыто въ формальномъ требованіи, то
обстоятельство это, тѣмъ не менѣе, не исключало по рим-
скому праву возможности предъявлять противъ иска по
таковому требованію возраженія, вытекавшія изъ его право-
основанія ⁽¹⁾, подобно тому, какъ такіа возраженія допу-

⁽¹⁾ Ср. *Baron*, *Pandekten*, 5-te Auflage (Leipzig, 1885), стр. 347 и
слѣд.; *Wächter*, *Pandekten* (Leipzig, 1880 и 1884), т. II, стр. 353; *Dern-*

скаются и вексельнымъ правомъ, пока споръ идетъ между первоначальными участниками вексельнаго обязательства. Къ тому же, хотя дѣйствительно интересы поземельнаго кредита (въ видахъ облегченія передачи закладныхъ) нуждаются въ извѣстномъ стѣсненіи должника въ правѣ предъявлять возраженія, вытекающія изъ личнаго правоотношенія, противъ иска, основаннаго на залоговомъ актѣ, но только въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о третьихъ лицахъ въ ипотечномъ смыслѣ этого слова, т. е. о дальнѣйшихъ пріобрѣтателяхъ правъ по залоговому акту, но не о первоначальныхъ контрагентахъ. Достиженіе этой цѣли, однако же, возможно и помимо законодательныхъ опытовъ надъ залоговымъ правомъ, клонящихся къ искусственному превращенію его въ самостоятельное право ⁽¹⁾.

Насколько, впрочемъ, воспроизведеніе въ положительномъ правѣ такого превращенія залога невозможно, насколько недостижимо исполнѣ строгое, послѣдовательное проведеніе понятія о формальномъ требованіи, тяготеющемъ исключительно на имѣніи, тому лучшимъ доказательствомъ служить то обстоятельство, что и мекленбургское законодательство, несмотря на все его стремленіе освободить залогъ отъ личнаго долговаго правоотношенія, не могло, уступая требованіямъ дѣйствительной логики вещей, не предоставить собственнику имѣнія, пока дѣло идетъ между нимъ и первоначальнымъ кредиторомъ, право защищаться противъ безденежнаго требованія предъявленіемъ возраженія о неполученныхъ деньгахъ [*exceptio non numeratae pecuniae* ⁽²⁾]. Между тѣмъ очевидно, что возраженіе это исходитъ изъ предположенія о необходимости существованія личнаго долговаго правоотношенія, что оно безъ такого предположенія было бы невысказуемо. Наконецъ, какъ бы то ни было, залогъ въ смыслѣ самостоятельнаго права, присвоенномъ ему мекленбургскимъ законодательствомъ, не въ состояніи обнять

burg, Lehrbuch d. preussischen Privatrecht, т. II (Halle, 1877), стр. 29 и слѣд., и другихъ.

⁽¹⁾ См. ниже ст. 106 проекта и объясненія къ ней.

⁽²⁾ *v. Maibom*, d. mecklenburgische Hypothekenrecht, стр. 169, 176 и слѣд.

собою всѣ случаи установленія залога, вызываемыя насущными потребностями дѣйствительной жизни. Онъ рѣшительно непримѣнимъ ко всѣмъ тѣмъ случаямъ, когда дѣло идетъ не о сдѣлкѣ поземельно-кредитной въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, не о займѣ, обеспеченномъ на имѣніи, а объ обеспеченіи залогомъ какого либо требованія, возникшаго уже или имѣющаго еще возникнуть въ будущемъ изъ извѣстнаго, конкретнаго правоотношенія (какъ-то: объ обеспеченіи залогомъ уплаченной впередъ арендной платы, будущихъ взносов, причитающихся по договору товарищества, и т. п.), т. е. о такъ называемомъ кредитномъ залогѣ, ибо въ этихъ случаяхъ индивидуальныя особенности каждаго даннаго правоотношенія играютъ весьма существенную роль, выступаютъ на первый планъ и не могутъ, слѣдовательно, ступеваться только потому, что къ нимъ присоединилось еще другое правоотношеніе, порождаемое фактомъ установленія залога.

и прусской теоріи и
въ частности закона
5 мая 1872 г. и

Но и теорія залога, построенная мотивами къ прусскому проекту, едва ли можетъ быть признана безусловно правильною. То, что обращаетъ на себя прежде всего вниманіе при разсмотрѣніи этой теоріи—это двойственность, которою отличается современное прусское законодательство по отношенію къ залогу. Теорія эта, какъ упомянуто выше, основана на томъ соображеніи, что учрежденіе вотчинныхъ книгъ и связанныя съ нимъ начала гласности и безповоротности превращаютъ залогъ въ право самостоятельное; а между тѣмъ построенное на означенныхъ началахъ прусское законодательство, рядомъ съ введеніемъ такъ называемаго *рундшульда*, залога въ смыслѣ самостоятельнаго права, удержало также и *ипотеку*, т. е. залогъ съ его характеромъ права дополнительнаго. Но, очевидно, что, допуская при дѣйствіи ипотечной системы и послѣдній изъ упомянутыхъ видовъ залога, прусское законодательство тѣмъ самымъ отрицаетъ существованіе *необходимой, логической* связи между посылкою, изъ которой исходитъ теорія мотивовъ къ проекту, и окончательнымъ выводомъ этой теоріи, между ипотечной системой, съ ея характеристическими началами гласности и безповоротности и самостоятельнымъ значе-

ніемъ залога, какъ неизбѣжнымъ будто бы ея послѣдствіемъ. Такое противорѣчіе между мотивами проекта, съ одной стороны, и самимъ закономъ, съ другой, всего нагляднѣе убѣждаетъ въ искусственности означенной теоріи, въ томъ, что выводы ея представляются совершенно произвольными, что она является не болѣе, какъ попыткою обосновать научно осуществленіе въ залогъ тѣхъ практическихъ стремленій по отношенію къ поземельному кредиту, которыя были приведены выше, и построена подъ вліяніемъ этой предвзятой мысли. Указанное противорѣчіе не могло не вызвать въ германской юридической литературѣ, на первыхъ же порахъ послѣ изданія новаго закона, весьма крупныхъ недоразумѣній въ отношеніи опредѣленія значенія вновь введеннаго въ прусское законодательство института *вотчиннаго дома* (Grundschild), въ отличіе отъ существующаго рядомъ съ нимъ *залога* (Hypothek). Въ то время, какъ одни изъ юристовъ, во главѣ съ *Ферстеромъ*, принимавшимъ весьма дѣятельное участіе въ разработкѣ прусскаго проекта, примѣняютъ къ вотчинному долгу теорію залога, изложенную въ мотивахъ этого проекта, и опредѣляютъ его поэтому въ смыслѣ обременяющаго имѣніе формальнаго права на полученіе извѣстной суммы, черпающаго свою силу изъ факта внесенія подлежащей статьи о залогѣ въ вотчинную книгу ⁽¹⁾, другіе, напротивъ того, стремясь къ полному освобожденію вотчиннаго долга отъ личнаго требованія, то возвращаются къ отвергнутой мотивами проекта аналогіи съ *вотчинными выдачами* ⁽²⁾, то видятъ въ вотчинномъ долгѣ право требовать изъ существа имѣнія (aus der Substanz des Grundstücks) суммы, означенной въ актѣ поземельнаго

⁽¹⁾ Förster, Preussisches Grundbuchrecht (Berlin, 1872), стр. 139; Turnau, die Grundbuchordnung vom 5 Mai 1872 (Paderborn, 1878), II изданіе, ч. I, стр. 61.

⁽²⁾ Kühnass, Untersuchung d. Begriffs der Grundschild (Berlin, 1878), II изд., стр. 48 и слѣд.; Achilles, die preussischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5 Mai 1872 (Berlin u. Leipzig, 1881), 3-тѣ изд., стр. 156—164; Buchka, die Hypothek d. Eigenthümers nach den neuen deutschen Gesetzgebungen u. in ihrem Verhältniss zum römischen Recht (Wismar, Rostock u. Ludwigslust, 1875), стр. 80 и 84.

долга (Grundschedbrief) (1). Однако же очевидно, что въ послѣднемъ случаѣ дѣло идетъ опять таки объ отвергнутомъ мотивами проекта *вотчинномъ требованіи* (Realobligation), въ противоположность требованію личному, т. е. о понятии права, по отношенію къ которому обязаннымъ состоитъ имѣніе, а не лицо, какъ будто можно вообще предположить, что платитъ имѣніе, а не собственникъ его, какъ будто платежъ не есть дѣйствіе собственника, а самое требованіе не есть право на это дѣйствіе, лишь обезпеченное имѣніемъ.

Вглядываясь за симъ ближе въ разсматриваемую теорію мотивовъ къ прусскому проекту, нельзя не убѣдиться, что то, что служить ея исходною точкою, составляетъ на самомъ дѣлѣ не болѣе какъ послѣдствіе началъ гласности и безповоротности, обнаруживающееся одинаково какъ по отношенію къ залогу, такъ и по отношенію ко всѣмъ прочимъ правамъ, на которыя эти начала распространяются. Сущность названныхъ началъ, какъ извѣстно, направлена къ защитѣ интересовъ *третьихъ* лицъ. Устанавливаемый этими началами перевѣсъ формальной стороны права надъ матеріальной проявляется только по отношенію къ правамъ, уже внесеннымъ въ вотчинную книгу, и при томъ лишь въ пользу пріобрѣтателей этихъ правъ отъ лицъ, за коими права сіи первоначально записаны по вотчинной книгѣ. Только указаннымъ пріобрѣтателямъ не могутъ быть противопоставлены, въ силу началъ гласности и безповоротности, возраженія, вытекающія изъ личнаго отношенія, на основаніи котораго право внесено въ вотчинную книгу, если возраженія эти не были своевременно въ книгѣ оглашены. Слѣдовательно, начала гласности и безповоротности не даютъ никакого повода къ тому, чтобы выдвинуть формальную сторону права, въ данномъ случаѣ залога, на первый планъ съ самаго момента внесенія этого права въ вотчинную книгу, до передачи его другому лицу и видѣть основаніе его силы, даже пока дѣло идетъ между первоначальными контрагент-

(1) *Eccius*, въ 4-мъ посмертномъ изданіи соч. Ферстера, *Theorie u. Praxis d. heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, т. III (Berlin, 1883), стр. 454.

тами, исключительно въ одной только формальной сторонѣ этого внесенія, независимо отъ матеріальной. — Да и говоря вообще, существуетъ ли какое либо основаніе къ тому, чтобы освободить первоначальнаго кредитора отъ возраженій, вытекающихъ изъ личнаго правоотношенія его съ должникомъ? Какую цѣль могло бы преслѣдовать такое освобожденіе? Мотивы къ прусскому проекту указываютъ на то, что капиталисты, гарантированные отъ означенныхъ возраженій, будутъ скорѣе склонны помѣщать свои деньги подъ залоги ⁽¹⁾. Но не очевидно ли, что здѣсь дѣло идетъ о защитѣ лица отъ послѣдствій, вытекающихъ изъ неправомерной сдѣлки, въ которой оно же само и принимало участие. Защита эта была бы, слѣдовательно, направлена почти исключительно въ пользу лицъ недобросовѣстныхъ, рассчитывающихъ на возможность воспользоваться плодами такой сдѣлки, которая или недѣйствительна съ самаго начала, или должна была бы быть признана по какимъ либо причинамъ несостоявшеюся, или матеріально уже прекратилась. Пойти такъ далеко въ логическомъ развитіи разсматриваемой теоріи признано было однако же и со стороны прусскаго проекта невозможнымъ. Такъ, по этому проекту, противъ первоначальнаго кредитора не должны быть допускаемы возраженія, вытекающія изъ недѣйствительнаго *возникновенія* долга, потому что, согласно объясненію мотивовъ, долгъ не составляетъ основанія ипотечнаго иска. Искъ этотъ основывается только на фактѣ внесенія залога въ вотчинную книгу и имѣетъ цѣлью полученіе удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія. Тѣмъ не менѣе, допускаются возраженія, направленные къ признанію долга *погашеннымъ*, а также сверхъ тѣхъ, которыя могутъ быть усмотрѣны изъ вотчинной книги или предъявлены противъ всякаго кредитора, возраженія, касающіяся недѣйствительнаго возникновенія залога, напр. при помощи обмана со стороны мнимаго собственника или на основаніи подложнаго акта. Первыя изъ означенныхъ возраженій, а

⁽¹⁾ *Werner*, в. п. с., ч. II, стр. 24.

именно тѣ, которыя направлены къ признанію долга погашеннымъ, допускаются, согласно объясненію мотивовъ, потому, что съ погашеніемъ долга отпала и цѣль залога, заключающаяся въ обезпеченіи долга, почему и самый залогъ матеріально уже не существуетъ ⁽¹⁾. Очевидно, однакоже, что установленное здѣсь различіе между возраженіями того и другаго рода является на самомъ дѣлѣ искусственнымъ, ибо цѣль залога представляется отпавшей и послѣдній матеріально не существуетъ, когда долгъ на самомъ дѣлѣ не возникъ, напримѣръ, потому, что предполагаемый заемъ не состоялся, что деньги не были переданы должнику и т. п., и что, слѣдовательно, исключеніе этихъ возраженій между первоначальными контрагентами не оправдывается ни раціональными нуждами поземельнаго кредита, ни теоретическими соображеніями и нарушаетъ, въ тоже время, самыя существенныя требованія права и справедливости.

Строго говоря, указываемое мотивами прусскаго проекта обстоятельство о томъ, что неуничтоженный въ вотчинной книгѣ залогъ, переданный третьему лицу, продолжаетъ считаться дѣйствительнымъ по отношенію къ этому лицу, не смотря на то, что обезпеченное залогомъ требованіе уничтожилось уже матеріально, т. е. въ книгѣ, могло бы служить доказательствомъ самостоятельнаго значенія залога, какъ таковаго, лишь въ томъ случаѣ, если бы означенное третье лицо очутилось обладателемъ одного лишь залога, какъ обезпеченія, независимо отъ того требованія, ради котораго обезпеченіе было установлено. Между тѣмъ очевидно, что это не мыслимо и самыя мотивы не допускаютъ ничего подобнаго. Если упомянутое третье лицо пріобрѣтаетъ въ разсматриваемомъ случаѣ не только залогъ, но и требованіе, такъ это не вслѣдствіе того обстоятельства, будто бы, какъ полагаютъ мотивы, залогъ влечетъ за собою требованіе, а по совершенно другимъ причинамъ. Дѣло въ томъ, что требованіе является *необходимымъ предположе-*

(1) Тамъ же, стр. 23 и слѣд. § 34 прусскаго проекта.

ніемъ залога, что залогъ безъ требованія невозможенъ. Къ тому же, требованіе является такимъ предположеніемъ, которое не то, чтобы было скрыто, но напротивъ того явно, т. е. можетъ быть усмотрѣно изъ вотчинной книги. Теорія мотивовъ прусскаго закона беретъ за исходную точку запись о залогѣ, вполне оторванную отъ самого требованія, такъ какъ о послѣднемъ вотчинная книга совершенно умалчиваетъ. Между тѣмъ подобно тому, какъ залогъ немыслимъ помимо требованія, точно также, при существованіи ипотечной системы, невозможно установленіе залога безъ внесенія требованія. Безъ болѣе или менѣе точнаго указанія въ вотчинной книгѣ того требованія, къ которому залогъ относится, суммы, на которую оно простирается, сроковъ ея уплаты полностью или по частямъ, размѣра процентовъ и т. п., объемъ устанавливаемого обезпеченія оставался бы совершенно неизвѣстнымъ. Безъ такого указанія, внесенный въ книгу залогъ страдалъ бы полнымъ отсутствіемъ опредѣленности, не былъ бы въ надлежащей степени индивидуализированъ. Понятно однакоже, что при указанныхъ обстоятельствахъ падаетъ сама собою необходимость колебать обусловливаемое сущностью залога значеніе его, какъ права дополнительнаго. Стремленіе оградить послѣдующаго приобретателя правъ по ипотечкованному долгу отъ возраженій, направленныхъ противъ этихъ правъ и вытекающихъ изъ личнаго отношенія его праводателя съ должникомъ, вызываемое интересами облегченія оборота поземельно-кредитныхъ сдѣлокъ, достигается при полномъ сохраненіи за залогомъ означеннаго его значенія. Въ самомъ дѣлѣ, съ матеріальнымъ прекращеніемъ требованія прекратился матеріально и залогъ, обезпечивавшій это требованіе. Но такъ какъ подлежащая запись, *свидѣтельствующая о требованіи и залогѣ*, не уничтожена по вотчинной книгѣ, то для третьихъ лицъ, полагающихся на достовѣрность этой книги, продолжаетъ считаться дѣйствительнымъ *все то, что объято содержаніемъ означенной записи, т. е. и требованіе и залогъ*, хотя бы не только первое вмѣстѣ залогомъ, напримѣръ, при посредствѣ платежа, но и одинъ только залогъ, напримѣръ, вслѣдствіе отказа отъ него кредитора, прекра-

тились уже въ книги. Другими словами, начала гласности и безповоротности, разсматриваемыя по отношенію къ поземельно-кредитнымъ сдѣлкамъ, касаются въ одинаковой степени обоихъ правъ, входящихъ въ составъ этихъ сдѣлокъ, т. е. какъ требованія, такъ и залога, и имѣющихъ каждое свое отдѣльное правооснованіе. Дѣйствіе означенныхъ началъ выражается отнюдь не въ преобразованіи залога въ самостоятельное право, или въ поглощеніи залогомъ долговаго отношенія, а въ освобожденіи третьяго лица отъ неоглашенныхъ по вотчинной книгѣ возраженій, которыя могли бы быть ему противопоставлены изъ правооснованій *каждаго изъ обоихъ вышеупомянутыхъ правъ*.

Засимъ остается еще добавить, что достиженіе цѣли, къ осуществленію которой направлена такъ называемая ипотека собственника, возможно помимо колебанія значенія залога, какъ права дополнительнаго. Оно возможно именно при помощи предоставленія собственнику права удержать въ вотчинной книгѣ старшинство для предстоящаго залога (ст. 64—73 проекта вотчиннаго устава), права, сущность коего, какъ она выразилась въ проектѣ вотчиннаго устава, будетъ объяснена ниже.

Что дѣйствительно изложенная теорія самостоятельности залога практически неосуществима, что логически выдержанное развитіе ея въ правилахъ положительнаго закона съ одной стороны невозможно, а съ другой—ведетъ къ установленію правилъ, которыя, не обуславливаясь настоятельными интересами кредита, нарушаютъ въ то же время самыя существенныя требованія справедливости, въ томъ убѣждаютъ еще слѣдующія соображенія. Для того, чтобы избѣжать результата, при которомъ залогъ и требованіе очутились бы въ разныхъ рукахъ, почему собственнику могла бы угрожать опасность подвергнуться двойной отвѣтственности, разъ по залогоу и другой разъ по требованію, прусскій проектъ ⁽¹⁾, а за нимъ и самый законъ ⁽²⁾ оказа-

⁽¹⁾ Ст. 48 и мотивы къ ней; см. Werner, в. п. с., ч. I, стр. 27; ч. II, стр. 24.

⁽²⁾ Ст. 52 закона о приобр. пр. собст. 5 мая 1872 г.

лись вынужденными постановить, что съ передачею залога (вотчиннаго долга) помимо личнаго требованія послѣднее прекращается. Очевидно однакоже, что постановленіе это находится въ самомъ явномъ противорѣчій съ теоріею независимости залога отъ личнаго требованія и обусловливаемою этою независимостью возможностью передачи одного только залога, помимо требованія. Кромѣ того, примѣненіе въ прусскомъ законодательствѣ теоріи, направленной къ освобожденію залога отъ личнаго требованія, привело законодательство это къ лишенію кредиторовъ, требованія коихъ внесены одновременно съ вотчиннымъ долгомъ или послѣ этого права, возможности оспаривать дѣйствительность сего долга (*actio Pauliana*), ибо въ виду означенной теоріи дѣйствительность или недѣйствительность личнаго требованія становится будто бы для упомянутыхъ кредиторовъ совершенно безразличною ⁽¹⁾. Между тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что подобное правило, отымая у кредиторовъ возможность бороться противъ нарушающаго ихъ интересы безденежнаго обремененія имѣнія долгами, — хотя бы долги эти числились еще за лицами, въ пользу коихъ они были первоначально внесены въ вотчинную книгу или за наслѣдниками этихъ лицъ, — не можетъ быть оправдано какими либо соображеніями. — Наконецъ, на что также нельзя не обратить вниманія, залогъ, какъ самостоятельное право, развитъ въ прусскомъ законодательствѣ съ существеннымъ нарушеніемъ началъ гласности и безповоротности, т. е. тѣхъ именно началъ, которыя составляютъ краеугольный камень всякой правильно устроенной ипотечной системы. Извѣстно, что начала эти вызваны необходимостью облегчить и упрочить оборотъ правъ, внесенныхъ въ вотчинныя книги, въ томъ числѣ, слѣдовательно, и требованій, обеспеченныхъ залогомъ, и что достиженіе означенной цѣли

⁽¹⁾ См. ст. 36 проекта и мотивы къ ней (Werner, в. п. с., ч. I, стр. 21 и ч. II, стр. 26). Въ прусскомъ законѣ (ст. 40) сдѣлано изъятіе изъ вышеприведеннаго правила для кредиторовъ, права коихъ внесены одновременно съ подлежащимъ вотчиннымъ долгомъ или послѣ него, въ исполненіе судебнаго рѣшенія.

возможно лишь при томъ условіи, когда знаніе одного только содержанія вотчинныхъ книгъ будетъ признано обязательнымъ для третьихъ лицъ, когда содержанію этому дано будетъ преимущество не только въ случаѣ несогласія его съ актами, на основаніи коихъ произведены записи въ книгѣ, но и съ актами, выданными вотчинными установленіями на основаніи означенныхъ записей. Между тѣмъ прусское законодательство въ стремленіи своемъ создать въ вотчинномъ долгѣ (Grundschild) легкое, на подобіе векселя, орудіе поземельнаго кредита очевидно колеблетъ означенное основаніе этого кредита. Законодательство это не ограничивается тѣмъ, что соединяетъ съ вотчиннымъ долгомъ значеніе самостоятельнаго вотчиннаго обремененія имѣнія, могущаго переходить изъ рукъ въ руки помимо личнаго требованія; оно не только допускаетъ передачу акта поземельнаго долга (Grundschildbrief) по бланковымъ надписямъ ⁽¹⁾ и приобщеніе къ этому акту купоннаго листа ⁽²⁾, но связываетъ и самое существованіе вотчиннаго долга съ актомъ, являющимся носителемъ его ⁽³⁾, и при томъ до такой степени, что содержанію этого акта, а не содержанію вотчинныхъ книгъ (какъ это признано лишь по отношенію къ залoгу—Hypothek), дается рѣшительное преобладаніе ⁽⁴⁾, такъ что въ случаѣ противорѣчія между актомъ вотчиннаго долга и вотчинною книгою первому принадлежитъ преимущество. Понятно однакоже, что при существованіи подобнаго правила вотчинныя книги лишаются уже своего характера достовѣрности. Третьи лица не могутъ безусловно полагаться на вотчинныя книги и, приобрѣтая права по этимъ книгамъ, рискуютъ болѣе или менѣе значительными убытками, когда, на примѣръ, по ошибкѣ вотчиннаго установленія или по другимъ причинамъ, сумма предшествующаго означеннымъ правамъ вотчиннаго долга, показанная въ

⁽¹⁾ Ст. 55 зак. о приобр. пр. соб.

⁽²⁾ Ст. 39 зак. о пр. пр. соб.; ст. 128 прусск. уст. о вотч. кн. 1872 г.

⁽³⁾ Ст. 20 зак. о пр. пр. соб.; ст. 122 уст. о вотч. кн. Ср. Dernburg und Hinrichs, das preussische Hypothekenrecht (Leipzig, 1877), стр. 62.

⁽⁴⁾ Ст. 38 и 49 зак. о приобр. права соб.

актъ его, окажется больше суммы, значащейся въ вотчинной книгѣ.

Какъ бы то ни было, разсмотрѣніе вышеприведенныхъ законодательныхъ попытокъ къ введенію такого правового института, служащаго цѣлямъ поземельнаго кредита, при посредствѣ коего можетъ быть избѣгнуто зависимое значеніе залога отъ личнаго долговаго отношенія, приводитъ съ несомнѣнною очевидностію къ слѣдующимъ результатамъ, а именно, во 1-хъ, что попытки эти вызваны стремленіемъ измѣнить условія, въ которыхъ поземельный кредитъ находился на основаніи дѣйствовавшей уже ипотечной системы; во 2-хъ, что стремленіе это было направлено въ сторону сообщенія поземельно-кредитнымъ сдѣлкамъ способности, по возможности, къ такому же легкому и быстрому обороту, какою обладаютъ орудія личнаго кредита, въ родѣ векселей, облигацій и тому подобныхъ бумагъ; въ 3-хъ, что подобный институтъ не въ состояніи исчерпать всѣхъ задачъ служенію которымъ призванъ залогъ, въ значеніи права, обезпечивающаго другое право, а примѣнимъ развѣ для цѣлей поземельнаго кредита въ строгомъ смыслѣ ⁽¹⁾ и, въ 4-хъ, что во всякомъ случаѣ попытки эти выросли на своеобразной юридической почвѣ, объясняемой ея историческими особенностями, и возможность осуществленія ихъ въ такомъ видѣ, при которомъ сущность новаго института и послѣдствія, имъ порождаемыя, не возбуждали бы серьезныхъ недоумѣній и споровъ, не установлена окончательно ни современною наукою права, ни законодательною практикою. Такъ, напримѣръ, по свидѣтельству одного изъ извѣстныхъ комментаторовъ французскаго ипотечнаго права французскимъ юристамъ чрезвычайно трудно освоиться съ мыслью прусскаго *Grundschuld*. Значеніе залога, какъ права дополнительнаго, представляется французскимъ авторамъ до того само собою понятнымъ, что они даже не останавливаются особенно на этомъ значеніи ⁽²⁾.

⁽¹⁾ См. выше стр. 116.

⁽²⁾ Puchelt, *das rheinisch-französische Privilegien und Hypothekenrecht* (Leipzig, 1876), стр. 22, прим. 1.

б) практическія
соображенія въ
пользу оставленія
въ проектъ нынѣш-
няго взгляда наше-
го права на залогъ.

При такихъ обстоятельствахъ, нежелательность введенія у насъ въ настоящее время института, сроднаго мекленбургской ипотеки или прусскомуgrundschuld, едва ли нуждается еще въ пространнѣхъ объясненіяхъ. Переходъ отъ нынѣшней системы законодательства о залогѣ къ системѣ ипотечной, освобожденіе этого законодательства отъ стѣсненій, связанныхъ съ установленіемъ залога, какъ по отношенію къ должнику, такъ и кредитору и подчиненіе правилъ, касающихся залога, дѣйствию началъ гласности, безповоротности и спеціальности, представляется, уже само по себѣ, въ высшей степени значительнымъ шагомъ впередъ на пути раціональнаго развитія у насъ дѣла поземельнаго кредита. Реформа залога, осуществленная въ этомъ видѣ, и безъ всякаго колебанія значенія залога, какъ права дополнительнаго, присвоеннаго ему нынѣ дѣйствующими законами, обезпечить въ достаточной степени, насколько это зависитъ отъ гражданскаго законодательства, свободный приливъ капиталовъ къ поземельной собственности. Въ этомъ по крайней мѣрѣ убѣждаетъ въ достаточной степени опытъ большинства западно-европейскихъ государствъ и двухъ нашихъ окраинъ—царства польскаго и прибалтійскаго края, въ которыхъ дѣйствуетъ ипотечная система, построенная на вышеуказанныхъ основаніяхъ. Между тѣмъ, какъ извѣстно, сельское хозяйство въ этихъ странахъ находится на гораздо болѣе высокой степени культуры, чѣмъ въ нашихъ внутреннихъ губерніяхъ. Создавать, слѣдовательно, при помощи ипотечнаго законодательства болѣе радикальныя орудія поземельнаго кредита сравнительно съ тѣми, которыя извѣстны законодательствамъ названныхъ государствъ и окраинъ, идти въ этомъ отношеніи по направленію, усвоенному мекленбургскимъ и прусскимъ правомъ, значило бы, по меньшей мѣрѣ, забѣгать слишкомъ впередъ, предъявлять къ поземельному кредиту такія требованія, которыя не вызываются современнымъ положеніемъ нашего землевладѣнія. Мало того, попытка къ введенію у насъ нѣчто подобнаго мекленбургской ипотеки или прусскомуgrundschuld, была бы не только безцѣльною, но даже положительно вредною. Мекленбургская

ипотека и прусскій грундшульдъ появились на почвѣ, на которой успѣли давно ознакомиться съ ипотечною системою, въ которую система эта пустила глубокіе корни. Тамъ, поэтому, пользованіе названными орудіями кредита, какъ они не радикальны по своему существу, не могло представлять слишкомъ большой опасности. Совершенно другое, однакоже, слѣдуетъ сказать относительно Россіи, гдѣ введеніе ипотечной системы является вполне новымъ дѣломъ, такимъ, которое, будучи въ самомъ началѣ сообразовано съ нашими мѣстными нуждами и особенностями, должно еще сослужить свою службу и развиться затѣмъ параллельно съ развитіемъ этихъ нуждъ и особенностей. Эта то новизна дѣла, заключающаяся въ введеніи у насъ ипотечной реформы, помим о необходимости сообразованія ея съ нашимъ современнымъ экономическимъ положеніемъ, требуетъ также, чтобы въ основаніе ея не были положены такія юридическія начала, которыя не отличаются общепризнанною твердостью, относительно коихъ существуютъ весьма серьезныя колебанія въ мнѣніяхъ даже тамъ, гдѣ начала эти впервые зародились. Въ этомъ отношеніи введеніе подобныхъ началъ у насъ представлялось бы, безъ всякаго сомнѣнія, весьма существеннымъ осложненіемъ новой реформы, затрудняющимъ правильное ея пониманіе и примѣненіе на практикѣ. Оно явилось бы осложненіемъ еще и потому, что, какъ выше уже замѣчено, институтъ въ родѣ мекленбургской ипотеки или прусскаго грундшульда пригоденъ развѣ для случаевъ обезпеченія имѣніемъ кредитныхъ сдѣлокъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Помимо прусскаго закона 5 мая 1872 года, въ коемъ мысль о недостаточности залога, какъ права самостоятельнаго, выразилась въ томъ, что рядомъ съ введеніемъ грундшульда оставленъ залогъ, какъ право дополнительное, она сознавалась также и редакторами проекта этого закона, такъ какъ послѣдніе хотя и не предполагали оставить въ дѣйствіи, одновременно съ проектированной ими формою залога, залогъ прежняго прусскаго права, въ томъ смыслѣ, чтобы выборъ, въ каждомъ данномъ случаѣ, той или другой формы залога зависѣлъ отъ усмотрѣнія заинтересован-

ныхъ сторонъ, тѣмъ не менѣе признавали непримѣнимость новой формы къ случаямъ обезпеченія имѣніями такихъ требованій, которыя не опредѣлены по суммѣ или которыя еще не существуютъ, но могутъ возникнуть въ будущемъ изъ какого либо договора (подряда, поставки, товарищества и т. п.) или другого правоотношенія, т. е. къ случаямъ установленія такъ называемаго кредитнаго залога ⁽¹⁾. Слѣдовательно, результатомъ введенія у насъ института въ родѣ мекленбургской ипотеки или прусскаго грундшульда должна была бы явиться двойственность правилъ новаго устава, относящихся къ обремененіямъ имѣнія, вносимымъ въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги. Къ тому же, польза отъ этого института для интересовъ поземельной собственности, если даже разсматривать ее совершенно абстрактно, независимо отъ нашихъ особенныхъ условій, представляется болѣе чѣмъ сомнительною. Когда рѣчь идетъ объ означенномъ институтѣ, то имѣется въ виду создать болѣе рѣшительное средство привлеченія капиталовъ къ поземельной собственности, чѣмъ то, которое представляетъ собою институтъ залоговаго права въ истинномъ смыслѣ этого слова. Для этого признается необходимымъ довести подвижность поземельно-кредитныхъ сдѣлокъ по возможности до такой степени, какая присуща котируемымъ на биржѣ бумагамъ. Ясно, однакоже, что въ результатѣ получается могущественное средство мобилизаціи недвижимой собственности, т. е. въ сущности то, что никакъ не могло входить въ намѣренія законодателя. Сомнительность пользы, доставляемой грундшульдами, провѣрена, впрочемъ, и на опытѣ; доказательства этой сомнительности могутъ быть почерпнуты изъ извѣстнаго торгово-промышленнаго кризиса, бывшаго въ Германіи въ первой половинѣ семидесятыхъ годовъ, т. е. вскорѣ послѣ изданія новаго прусскаго ипотечнаго закона ⁽²⁾. Наконецъ, весьма важнымъ подспорьемъ къ выясненію практическаго значенія разсматриваемаго института могутъ послужить статистическія свѣдѣнія о при-

⁽¹⁾ *Werner*, в. п. с., ч. II, стр. 25 (№ 3).

⁽²⁾ *Puchelt*, в. п. с., стр. 22.

мѣненіи его въ Пруссіи, законодательство коей, какъ извѣстно, предлагаетъ не только грундшульдъ, но и ипотеку къ услугамъ заинтересованныхъ лицъ, почему цифровыя данныя объ этихъ институтахъ представляютъ собою, безъ всякаго сомнѣнія, практическую оцѣнку ихъ со стороны самаго населенія. Къ сожалѣнію, коммисіи удалось лишь добыть статистическія свѣдѣнія, касающіяся дѣятельности ипотечныхъ установленій города Берлина и притомъ только за 1873, 1877, 1878, 1880, 1881, 1882 и 1884 года. Какъ ни скудны эти свѣдѣнія, но они тѣмъ не менѣе представляются весьма поучительными. Оказывается, что въ столицѣ германской имперіи, гдѣ предпринимательскій духъ царствуетъ болѣе, чѣмъ гдѣ бы то ни было, гдѣ недвижимая собственность служить въ значительной степени цѣлямъ спекуляціи, приводившимъ нерѣдко къ крупнымъ кризисамъ, и гдѣ, слѣдовательно, пристрастіе къ орудіямъ поземельнаго кредита, въ родѣ грундшульда, не можетъ даже идти въ сравненіе къ случаямъ примѣненія этого института по отношенію къ сельскому землевладѣнію, было установлено: въ 1873 году—6,689 ипотекъ и 182 вотчинныхъ долга, изъ которыхъ меньше одной трети такихъ, къ актамъ коихъ (Grundschedbrief) присоединены купонные листы (Zinsquittungsscheine). Что же касается до прочихъ упомянутыхъ годовъ, то свѣдѣнія объ ипотекахъ и вотчинныхъ долгахъ представляются въ слѣдующемъ видѣ:

Годъ.	Ипотеки.		Вотчинные долги.	
	число.	сумма.	число.	сумма.
1877	6,721	212,622,557	366	12,780,540
1878	5,711	155,799,718	351	11,664,065
1880	4,307	144,331,560	231	22,082,199
1881	4,424	147,370,920	177	21,904,060
1883	4,166	156,994,978	127	3,961,310
1884	4,563	187,346,529	115	3,841,054

при чемъ случаевъ выдачи купонныхъ листовъ было: въ 1880 г. — 6, въ 1881 г. — 20, въ 1883 ни одного и въ 1884 г.—1.

III. Проектъ общегерманскаго гражд. уложенія.

III. Изложеніе приведенныхъ соображеній по разсматриваемому вопросу было уже закончено, когда, согласно предписанію германскаго союзаго совѣта отъ 31 января 1888 года, распубликованъ во всеобщее свѣдѣніе новый проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія. Остается, слѣдовательно, для большей цѣльности этого изложенія, дополнить его указаніемъ на положеніе, занятое въ данномъ отношеніи названнымъ проектомъ и на тѣ выводы, которые могутъ быть сдѣланы изъ ближайшаго его изученія.

Избранный имъ путь объединенія германскаго ипотечнаго права.

Появленіе общегерманскаго проекта, какъ послѣдняго, по времени, крупнаго законодательнаго акта въ области права гражданскаго вообще, а слѣдовательно, въ частности, и ипотечнаго, акта, въ которомъ принимали участіе лучшія силы нѣмецкой науки и практики, не могло, конечно, уже само по себѣ не возбуждать особаго интереса. Но интересъ этотъ удвоивался въ данномъ случаѣ, благодаря той цѣли, достигнуть которую упомянутый проектъ имѣлъ специально въ виду, а именно цѣли, заключавшейся въ объединеніи всѣхъ разнообразныхъ германскихъ законодательствъ, въ созданіи права, единого для всѣхъ частей германской имперіи. Невольно рождался вопросъ, какъ выразится это объединеніе въ примѣненіи къ залоговому праву? Будетъ ли объединеніе это настоящимъ, дѣйствительнымъ, т. е. внутреннимъ, проводящимъ въ постановленіяхъ, къ залогу относящихся, единый взглядъ на это право, единый институтъ, цѣльный по своей конструкціи и послѣдствіямъ, и если да, то на какомъ собственно институтѣ проектъ остановится? Или же, напротивъ того, послѣдній окажется единымъ лишь съ внѣшней стороны, въ смыслѣ не уничтожающаго всѣ разновидности германскихъ ипотечныхъ законодательствъ, а объединяющаго эти разновидности въ одной книгѣ законовъ, а слѣдовательно и освящающаго ихъ на будущее время? А разновидности эти не малы. Рядомъ съ двойственностью ипотечнаго законодательства Пруссіи и созданныхъ по образцу его законодательствъ другихъ странъ (Ольденбурга и проч.), двойственностью, заключаю-

щеюся, какъ извѣстно, въ нормированіи одновременно двухъ институтовъ: залога какъ самостоятельнаго права и какъ права дополнительнаго, нѣкоторымъ составнымъ частямъ германской имперіи, какъ-то Мекленбургу, извѣстенъ только первый институтъ, другимъ, а именно, Баваріи, Саксоніи, Виртембергу и проч. второй; наконецъ третьимъ (Гессенъ-Дармштадтъ, Нассау и проч.), тоже второй—но стоящей, въ существѣ своемъ, благодаря неподчиненію его началу безповоротности, ближе къ принципамъ римскаго залоговаго права. Кромѣ того, въ то время, какъ въ Пруссіи, Мекленбургѣ, Виртембергѣ и др. странахъ съ установленіемъ залога связана, съ цѣлью облегченія оборота ипотекованныхъ цѣнностей, выдача залоговыхъ актовъ (Hypothekenbrief), другія страны, какъ-то: Баварія, Саксонія, таковыхъ актовъ не знаютъ, допуская оборотъ означенныхъ цѣнностей не иначе, какъ по вотчинной книгѣ. Очевидно, что только первый изъ упомянутыхъ путей,—путь внутренняго объединенія,—можетъ почитаться соотвѣтствующимъ задачамъ, преслѣдуемымъ въ изданіи единого гражданскаго кодекса. Но за то путь этотъ шелъ на встрѣчу извѣстному нарушенію потребностей, традицій и привычекъ, сложившихся въ разныхъ мѣстностяхъ имперіи подъ вліяніемъ дѣйствовавшаго въ нихъ долгое время того либо другого законодательства, съ его своеобразными взглядами и особенностями. Между тѣмъ едва ли всѣ эти, однажды сложившіяся уже, потребности, традиціи и привычки играютъ въ какой либо другой области гражданскаго законодательства большую роль, едва ли какая либо изъ этихъ областей законодательства представляется, въ данномъ отношеніи, болѣе консервативною, какъ та, которая касается отношеній по недвижимой собственности, а слѣдовательно и отношеній ипотечныхъ. Что же касается до втораго пути, то, считаясь съ означенными мѣстными потребностями, традиціями и привычками, проектъ рисковалъ сдѣлать часть уложенія, которая посвящена залоговому праву, агломератомъ всѣхъ существовавшихъ доселѣ особенностей. Проектъ общегерманскаго уложенія избралъ второй путь, результатомъ чего и явилось рѣзкое отличіе,

характеризующее постановленія этого проекта, начертанныя въ отдѣлѣ о залогѣ, отъ постановленій прочихъ отдѣловъ. Въ то время какъ въ послѣднихъ нормируются, дѣйствительно, единыя начала, единыя институты для всей германской имперіи, первыя, напротивъ того, носятъ въ себѣ характеръ упомянутаго агломерата. Поступивъ такимъ образомъ, проектъ отдалъ лишь дань уваженія тѣмъ требованіямъ практической жизни, которыя должны стоять на первомъ планѣ при исполненіи всякихъ законодательныхъ работъ. Но трудность, которую проектъ этотъ встрѣтилъ въ дѣлѣ внутренняго объединенія германскаго ипотечнаго права, невозможность игнорированія тѣхъ особенностей, которыя, будучи, съ большей или меньшей обдуманностью, введены въ то или другое партикулярное законодательство, вошло такъ или иначе въ жизнь, стало существующимъ фактомъ, служить лучшимъ предостереженіемъ тому, съ какою осмотрительностью, съ какою осторожностью слѣдуетъ поступать законодателю при введеніи какихъ либо улучшеній въ области залоговаго права.

Четыре формы залога, нормируемыя проектомъ: Buchhypothek, Briefhypothek, Sicherungshypothek и Grundschuld.

Постановленія разсматриваемаго проекта, касающіяся залоговаго права, изложены въ девятомъ отдѣлѣ третьей книги его, озаглавленномъ: *залогъ и вотчинный долгъ* (Pfandrecht und Grundschuld). О послѣднемъ говорится во второй главѣ отдѣла (ст. 1135—1144); первая же его глава вмѣщаетъ въ себѣ постановленія о залогѣ, какъ дополнительномъ правѣ въ примѣненіи къ недвижимымъ имѣніямъ (Pfandrecht an Grundstücken) или объ ипотекахъ въ собственномъ смыслѣ, Hypothek, и подраздѣляется, въ свою очередь, на три отдѣленія: 1) *ипотека безъ ипотечнаго акта*, Hypothek ohne Hypothekenbrief, которую мотивы къ проекту ⁽¹⁾ называютъ также книжною ипотекою (Buchhypothek) (ст. 1062—1105); 2) *ипотека съ ипотечнымъ актомъ*, Hypothek mit Hypothekenbrief или названная въ проектѣ еще актовою ипотекою (Briefhypothek) (ст. 1106—1144) и наконецъ III, *обезпечительная ипотека* (Sicherungshypothek). Различіе между

(1) Т. III, стр. 607, № 5.

первымъ и вторымъ родомъ ипотеки обусловливается главнымъ образомъ вліяніемъ, оказываемымъ наличностью ипотечнаго акта на передачу, осуществленіе и прекращеніе ипотечованныхъ требованій. Общее же между ними заключается въ полномъ тождествѣ условій ихъ примѣненія, въ томъ именно, что оба они служатъ орудіемъ обыкновенныхъ, нормальныхъ поземельно-кредитныхъ сдѣлокъ, а также въ томъ, что дѣйствіе начала безповоротности распространяется въ одинаковой мѣрѣ какъ на самый залогъ, такъ и на обезпечиваемое имъ требованіе (ст. 1083 и 1108). Поэтому то обѣ эти ипотеки подводятся мотивами подъ понятіе такъ называемой *Verkehrshypothek*. Первая, *Buchhypothek*, признается проектомъ общимъ правиломъ, почему и постановленія обѣ ей помѣщены во главѣ всѣхъ остальныхъ постановленій, касающихся залога ⁽¹⁾. Нормированіе ея рядомъ со второю — *Briefhypothek*, какъ болѣе рѣшительною формою оборота, объясняется мотивами тѣмъ обстоятельствомъ, что практика мѣстностей, въ коихъ книжная ипотека имѣетъ примѣненіе, не указала до сихъ поръ на необходимость ея преобразованія, а довольствовалась ею вполне для цѣлей поземельнаго кредита ⁽²⁾. Необходимо приэтомъ замѣтить, что проектъ отвергаетъ правило прусскаго устава о вотчинныхъ книгахъ (ст. 129), въ силу котораго по каждому залогѣ, если не при самомъ его установленіи, то по крайней мѣрѣ при внесеніи въ книгу какой либо касающейся его перемѣны (передачи или заклада залоговаго требованія), обязательна выдача ипотечнаго акта ⁽³⁾, правило, благодаря которому всякая ипотека, становясь сама по себѣ предметомъ оборота, должна *ipso jure* превратиться въ *Briefhypothek*. Этимъ обстоятельствомъ рельефно отгѣняется въ проектѣ то самостоятельное другъ отъ друга значеніе, которое должно быть присвоено на будущее время каждому изъ этихъ родовъ ипотекъ. Что же касается *обезпечительной ипотеки*, то подъ нею проектъ понимаетъ не одинъ исключительно кредитный

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 618, № 6.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 617, № 5.

⁽³⁾ Тамъ же.

залогъ, какъ это могло бы показаться по первому взгляду. Подъ терминъ этотъ подводится проектомъ какъ залогъ кредитный (*Kautionshypothek*), такъ и принудительный (*Zwangshypothek* и *Arresthypothek*) и наконецъ *даже* залогъ, устанавливаемый въ обезпеченіе уже существующаго въ определенной суммѣ требованія, т. е. такого же требованія, которое можетъ быть обезпечиваемо при посредствѣ *Buchhypothek* и *Briefhypothek*. Главною чертою, соединяющею между собою виды залога, обнимаемые терминомъ *Sicherungshypothek*, является по проекту ограниченіе дѣйствія начала безповоротности, то обстоятельство, что дѣйствіе это не распространяется на требованіе, залогомъ обезпеченное (ст. 1125), а главною чертою, сближающей эти виды съ *Buchhypothek* и отличающей ихъ отъ *Briefhypothek*; — что и по нимъ не предполагается выдавать ипотечные акты (ст. 1127). Нельзя наконецъ не указать и на то обстоятельство, что подобно тому, какъ *Briefhypothek* удержана проектомъ ради мѣстностей, коимъ она до сихъ поръ была извѣстна въ видѣ единственнаго орудія поземельнаго кредита, допущеніе возможности обезпеченія обыкновенныхъ, нормальныхъ кредитныхъ сдѣлокъ съ такимъ же смягченнымъ дѣйствіемъ начала безповоротности, какое встрѣчается при кредитномъ залогѣ, т. е. обезпеченія при посредствѣ *Sicherungshypothek*, объясняется мотивами существованіемъ мѣстностей германской имперіи, которымъ начало безповоротности было до сихъ поръ чуждо и желаніемъ сдѣлать менѣе рѣзкимъ переходъ отъ нынѣшняго ихъ законодательства, построеннаго въ существенныхъ чертахъ на принципахъ римскаго права, къ новому ипотечному порядку ⁽¹⁾.

И такъ, проектъ германскаго уложенія нормируетъ четыре института, служащіе цѣлямъ поземельнаго кредита: *Buchhypothek*, *Briefhypothek*, *Sicherungshypothek* и *Grundschuld*. Достойно вниманія, что проектъ этотъ, который выдѣляетъ изъ своей системы вещнаго права институты, имѣющіе чисто мѣстный характеръ, относя ихъ къ предмету

(1) Мотивы, тамъ же, стр. 627, № 5.

вѣдѣнія мѣстныхъ законодательствъ (Landesgesetzgebung) ⁽¹⁾, не допускаетъ никакого вмѣшательства этихъ законодательствъ въ область ипотечнаго права. Союзнымъ правительствамъ не предполагается предоставить возможность исключить дѣйствіе того либо другаго института этого права изъ числа вошедшихъ въ гражданское уложеніе, какъ не соотвѣтствующаго даннымъ мѣстнымъ условіямъ. Напротивъ того, всѣ упомянутые четыре института или формы должны дѣйствовать на будущее время въ германской имперіи другъ подле друга. Регулированіе всѣхъ ихъ въ уложеніи имѣетъ цѣлью дать заинтересованнымъ лицамъ возможность выбрать для своихъ отношеній ту форму, которую они признаютъ для себя всего болѣе подходящею ⁽²⁾. Въ такомъ отношеніи проекта ко всѣмъ означеннымъ формамъ и выражается исключительно то объединеніе, которое совершено имъ въ области ипотечнаго права. Проектъ не создалъ единой формы залога, а собралъ всѣ формы его, какія существовали до сихъ поръ на германской территоріи, но за то подчинилъ ихъ дѣйствию всѣхъ составныхъ части этой территоріи и въ этомъ смыслѣ возвелъ ихъ въ формы общегерманскія. Всѣ эти формы могутъ быть устанавливаемы по одной и той же вотчинной книгѣ въ любой мѣстности. Слѣдовательно, Briefhypothek и Grundschuld—въ такой даже мѣстности, въ которой, какъ Нассау, была совершенно неизвѣстна доселѣ ипотечная система въ современномъ ея значеніи; Sicherheitshypothek и Buchhypothek тамъ, гдѣ, какъ въ Мекленбургѣ, дѣйствовала до сихъ поръ самая рѣшительная форма залога и т. п. При установленіи той или другой формы въ вотчинной книгѣ должно быть показано, какая изъ нихъ имѣлась въ виду сторонами въ каждомъ данномъ случаѣ (ст. 1106, 1126, 1144), дабы третьи лица, вступая въ какія либо правовыя отношенія по имѣнію, могли отдать себѣ полный отчетъ въ значеніи и послѣдствіяхъ всякаго долговаго обремененія имѣнія. То обстоятель-

⁽¹⁾ Официальное изданіе проекта, стр. 176; мотивы, тамъ же, стр. 4 и слѣд.

⁽²⁾ Мотивы, тамъ же, стр. 611.

ство, что создаваемая проектом система предполагает въ массѣ населенія относительно значительное распространеніе знаній по ипотечному праву, представляется очевиднымъ для всякаго. Здѣсь, конечно, не мѣсто входить въ разсмотрѣніе пригодности этой системы вообще; но непригодность ея для нашихъ условій едва ли нуждается въ какихъ либо доказательствахъ.

Не касаясь важнѣйшихъ постановленій германскаго проекта, относящихся до каждой изъ нормируемыхъ имъ формъ ипотеки, необходимо остановиться нѣсколько ближе лишь на общемъ значеніи *ипотеки* и на противопоставленіи ея такъ называемому *вотчинному долгу* или *грундшульду*.

Соображенія мотивовъ проекта о невозможности обойтись безъ современной акцессорной ипотеки.

Указавъ на то обстоятельство, что историческій ходъ развитія ипотечнаго права въ Германіи ведетъ къ необходимости преобразовать ипотеку въ самостоятельное право, мотивы къ проекту объясняютъ слѣдующимъ образомъ невозможность обойтись безъ современной акцессорной ипотеки ⁽¹⁾.

«Намѣченный выше ходъ развитія ипотечнаго права требуетъ, повидимому, замѣщенія ипотеки грундшульдомъ. Между тѣмъ здѣсь дѣло идетъ собственно о замѣщеніи ипотеки, защищаемой при посредствѣ публичности вотчинной книги и по отношенію къ требованію, обезпеченному ипотекою. Простой обезпечительный залогъ (*Sicherungshypothek*), на который защита эта не распространяется и который поэтому не годенъ въ смыслѣ орудія оборота, не можетъ служить удовлетворительнымъ посредникомъ въ дѣлѣ поземельнаго кредита, такъ какъ онъ служитъ другимъ цѣлямъ.

«Можно было ожидать, что послѣ того какъ реформа ипотечнаго права въ Пруссіи привела къ введенію груншульда, другія германскія государства пойдутъ по тому же пути. Ожиданіе это сбылось однакоже въ ограниченной мѣрѣ. Правда, что прусскіе ипотечные законы 5 мая 1872 г. по-

(1) Тамъ же, стр. 608 и слѣд., № 3.

служили образцомъ для многихъ государствъ. Но въ отноше-
ніи Брауншвейга и Зондерстаузена дѣло не дошло до введе-
нія грундшульда; въ прочихъ же государствахъ, законода-
тельства коихъ орудовали при помощи одной лишь ипотеки,
осталось по старому. Что же касается Баваріи, Саксоніи,
Виртемберга и Бадена, то лица, знакомыя съ этими стра-
нами, увѣряютъ съ полною положительностью, что грунд-
шульдъ вовсе не приложимъ къ тамошнимъ условіямъ.
Нельзя упустить изъ виду и то обстоятельство, что даже въ
Пруссіи не грундшульдъ, а ипотека составляетъ обыкновен-
ную форму для долговаго обремененія недвижимостей, не-
смотря на то, что первый допущенъ рядомъ со второю уже
съ октября 1872 года. При несомнѣнно обнаружившейся
такимъ образомъ практической потребности въ удержаніи
ипотеки въ томъ видѣ, въ какомъ она служила орудіемъ по-
земельнаго кредита въ большей части имперіи, граждан-
ское уложеніе не можетъ ограничиться доставленіемъ
лицамъ, которыя не захотятъ пользоваться услугами грунд-
шульда, одной лишь возможности обращаться къ помощи
обеспечительнаго залога (*Sicherungshypothek*) въ его чис-
томъ видѣ. Напротивъ того, оно должно дать имъ такую
ипотечную форму, которая будетъ въ состояніи и на буду-
щее время исполнять функціи, удовлетворяемыя ею въ
сферѣ поземельнаго кредита: въ мѣстностяхъ, на которыя
распространяется дѣйствіе прусскаго закона о приобрѣте-
ніи права собственности,—рядомъ съ грундшульдомъ, въ
другихъ же государствахъ, именно въ Баваріи, за исключе-
ніемъ Пфальца, въ Саксоніи и Виртембергѣ—самостоя-
тельно. Оно должно дать, слѣдовательно, такую ипотеку, кото-
рая, по скольку она освобождена отъ возраженій, направлен-
ныхъ противъ обезпечиваемаго ею требованія, поставлена
подъ защиту, доставляемую вещнымъ правамъ началомъ
публичности».

Какъ не категорично въ этихъ соображеніяхъ признаніе способности ипотеки удовлетворять интересамъ поземель-
наго кредита даже тамъ, гдѣ введенъ былъ институтъ грунд-
шульда.

Теоретическое
обоснованіе грунд-
шульда.

шудьда, и преобладанія на практикѣ ипотеки предъgrundшудьдомъ, мотивы германскаго проекта высказываются тѣмъ не менѣе противъ сліянія во едино обѣихъ этихъ институтовъ, «несмотря на ту несомнѣнную выгоду, которую оно оказало бы самому построению уложенія» (1). Сліянію этому противорѣчитъ, по мнѣнію мотивовъ, принципиальное отличие ипотеки отъgrundшудьда, какъ правъ дополнительнаго и самостоятельнаго, какъ такихъ правъ, изъ коихъ первое предполагаетъ наличность требованія, а второе напротивъ того само порождаетъ послѣднее, является его источникомъ. Совершенное же исключеніеgrundшудьда признается мотивами невозможнымъ, несмотря на тѣ возраженія, которыя противъ него выставляются и состоятъ въ указаніи на способность ипотеки достигать тѣхъ же цѣлей, что иgrundшудьдъ, на трудность обосновать его юридическую конструкцию и на опасности, которыя онъ въ себѣ заключаетъ для лицъ несвѣдущихъ и неопытныхъ. Полемизируя противъ приведенныхъ возраженій, мотивы находятъ введеніеgrundшудьда необходимымъ въ виду того, что при этомъ условіи собственникъ въ состояніи обременить имѣніе долгомъ, не будучи вынужденъ подвергать себя и личной по этому долгу отвѣтственности, и что помимо такового введенія, т. е. признанія начала самостоятельности ипотечнаго права, немыслимо включеніе въ систему уложенія института ипотеки собственника. Юридическая конструкция составляетъ собственно задачу науки права, которая и должна считаться съ ея трудностями. Наконецъ, злоупотребленія, возможныя приgrundшудьдѣ, не могутъ быть приняты, по мнѣнію мотивовъ, во вниманіе законодательствомъ, которое предоставляетъ всѣмъ гражданамъ право обязываться векселями и вообще не отвергаетъ долговыя отношенія, истекающія изъ абстрактныхъ основаній.

Засимъ самое понятіеgrundшудьда, опредѣляемое проектомъ (ст. 1135), *какъ обремененіе имѣнія, порождающее въ пользу извѣстнаго лица право требовать возмѣщенія себѣ извѣстной денежной суммы изъ того имѣнія путемъ при-*

(1) Тамъ же, стр. 609, № 4.

нудительной его секвестрации и продажи [«Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass eine bestimmte Person (Grundschatdgläubiger) berechtigt ist zu verlangen, dass für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde (Grundschatd)»], мотивы обосновываютъ слѣдующими соображеніями (¹):

... Нельзя, въ самомъ дѣлѣ, отрицать, что распространіе при ипотекахъ той защиты, которую начало публичности вотчинныхъ книгъ доставляетъ приобрѣтенію вещныхъ правъ, и на самое требованіе, ипотекою обеспеченное, невозможно помимо освобожденія ея отъ требованія, ибо если приобрѣтателю внесенной ипотеки не можетъ быть противопоставлено, въ случаѣ обращенія взысканія на имѣніе, возраженіе о недѣйствительности требованія или объ исполненіи обязательства должника, то это не означаетъ что либо другое, какъ то, что ипотека стала самостоятельнымъ правомъ на имѣніи. Нельзя придавать значенія тому, что обстоятельство это можетъ быть юридически объяснено помимо отрицанія акцессорнаго характера ипотеки. Все же возникаетъ и остается тотъ дѣйствительный результатъ, что за ипотекою признается существованіе, независимое отъ требованія. Но если возможно отнять у ипотеки то, что по римской теоріи залоговаго права составляетъ жизненное условіе сего послѣдняго, помимо однакоже ея уничтоженія, то вполне послѣдовательно отрицать примѣнимость означенной теоріи для современнаго ипотечнаго права и искать жизненное условіе ипотеки въ другомъ моментѣ, нежели въ личномъ долговомъ отношеніи. Если внесеніе въ состояніи сохранить за ипотекою ея силу въ случаѣ ея уступки даже тогда, когда требованіе недѣйствительно, или предметъ его уплаченъ до уступки тому, кто его передалъ, то оно должно быть въ состояніи порождать ипотечарное право, несвязанное съ требованіемъ (если только намѣреніе лица, установившаго ипотеку, направлено къ этой именно цѣли), ибо уступка не можетъ сама собою измѣнить уступленное право. Слѣдова-

(¹) Тамъ же, стр. 607, № 2.

тельно, для логической возможности существованія ипотеки, освобожденной отъ личнаго долговаго отношенія, совершенно безразлично, допускается ли это освобожденіе немедленно въ моментъ установленія ипотеки, или только послѣ ея уступки».

Сходство этой теоріи съ теоріей мотивовъ къ прусскому закону 2 мая 1872 г. и ея главные недостатки.

Приведенныя соображенія показываютъ, что теорія грундшульда согласно разсматриваемымъ мотивамъ вполне аналогична съ теоріей мотивовъ къ прусскому закону 2 мая 1872 г. И тутъ, какъ и тамъ, основаніе самостоятельности залога является одно и тоже, а именно—учрежденіе вотчинныхъ книгъ и связанныя съ этимъ учрежденіемъ начала гласности и безповоротности. Поэтому все сказанное выше по отношенію къ послѣдней изъ упомянутыхъ теорій имѣетъ полное примѣненіе и здѣсь. Нельзя, впрочемъ, не указать на одно изъ соображеній, изложенныхъ въ мотивахъ германскаго проекта, представляющеея особо характеристичнымъ и состоящее въ признаніи того обстоятельства, что сохраненіе ипотекою своей силы въ рукахъ новаго ея пріобрѣтателя, не смотря на недѣйствительность или прекращеніе требованія, обезпеченію коего она служитъ, можетъ быть юридически объяснено *помимо отрицанія за нею ея дополнительнаго характера*. На то, чѣмъ объясняется на самомъ дѣлѣ это явленіе, было также уже выше указано. Оно объясняется именно перевѣсомъ формальной стороны права надъ матеріальною, устанавливаемымъ дѣйствіемъ началъ гласности и безповоротности, перевѣсомъ, проявляющимся однакоже по отношенію не къ первоначальнымъ участникамъ даннаго юридическаго отношенія, а къ третьимъ лицамъ. Упомянутое признаніе служитъ лучшимъ опроверженіемъ разсматриваемой теоріи, такъ какъ оно подкашиваетъ въ самомъ корнѣ необходимую логическую связь ея посылокъ и выводовъ. Если вышеуказанное явленіе можетъ быть объяснено безъ отрицанія за ипотекою ея дополнительнаго характера, то и выводъ, дѣлаемый мотивами изъ этого явленія о самостоятельности ипотеки не оказывается неизбежнымъ, т. е. такимъ, который могъ бы почитаться безусловно правильнымъ. Если онъ предпочитается означен-

ному объясненію, то очевидно съ цѣлью оправданія дальнѣйшихъ выводовъ, которые поэтому оказываются въ той же степени произвольными, какъ и онъ самъ. Не повторяя того, что уже сказано объ ипотекахъ собственника и будетъ подробнѣе объяснено ниже, необходимо замѣтить, что и указываемая мотивами германскаго проекта потребность для собственника ограничить въ томъ или другомъ случаѣ отвѣтственность по залоговому требованію однимъ только заложеннымъ имѣніемъ можетъ быть достигнута простымъ соглашеніемъ о томъ сторонъ и, слѣдовательно, помимо колебанія общепризнаннаго за залогомъ значенія, какъ права дополнительнаго. Сила подобнаго соглашенія не подвергалась до сихъ поръ сомнѣнію вездѣ, гдѣ въ противоположность нынѣшнему нашему законодательству дѣйствуетъ, какъ общее правило, начало о соединенной, вотчинной и личной отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ.

§ 2. Сохраненіе старшинства для предстоящаго залога.

І. Установленіе какого либо права въ чужомъ имѣніи, а слѣдовательно и права залога, имѣетъ характеръ *обремененія* права собственности. Оно суживаетъ объемъ этого послѣдняго права, ограничиваетъ заключающіяся въ немъ полномочія, подходитъ, въ извѣстномъ смыслѣ, подъ понятіе отчужденія въ болѣе обширномъ значеніи этого слова, влечетъ за собою такъ сказать, выражаясь языкомъ французскихъ юристовъ, разчлененіе собственности (*démembrement de la propriété*). Но такъ какъ, въ силу основнаго юридическаго начала, никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣетъ, то отсюда слѣдуетъ съ полною очевидностью, что собственникъ имѣнія, обремененнаго уже залогомъ, можетъ обременить то же имѣніе вторымъ залогомъ только подъ условіемъ непричиненія вреда первому, третьимъ—не нарушая первыхъ двухъ, и т. п.; другими словами, собственникъ въправѣ предпринимать какія бы то ни было распоряженія вотчиннаго характера по дан-

І. Сущность начала старшинства.

ному имѣнію лишь настолько, насколько они совмѣстимы съ осуществленіемъ правъ, установленныхъ раньше. Поэтому, въ случаѣ конкуренціи нѣсколькихъ залоговъ на одномъ и томъ же имѣніи, залогъ младшій по времени своего установленія долженъ слѣдовать за старшимъ; сила младшаго залога можетъ проявить свое дѣйствіе лишь настолько, насколько имѣніе не подчинено дѣйствію старшаго.

На изложенныхъ соображеніяхъ основано такъ называемое *начало старшинства залоговыхъ правъ*. Такъ какъ самое установленіе залога поставлено вездѣ, гдѣ введенъ институтъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ, въ зависимость отъ другаго ипотечнаго начала, а именно отъ начала внесенія въ упомянутыя книги ⁽¹⁾, то и старшинство залоговыхъ правъ, установленныхъ на одномъ и томъ же имѣніи, не можетъ точно также не обуславливаться въ системѣ права, построенной на означенномъ институтѣ, упомянутымъ началомъ внесенія ⁽²⁾.

Какъ ни безспорны вышеприведенныя соображенія, лежащія въ основаніи начала старшинства, тѣмъ не менѣе они въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи даютъ возможность понимать это начало въ двоякомъ видѣ.

Абсолютная и

Оно мыслимо, во первыхъ, такимъ образомъ, что предметомъ cadaго залога, установленнаго на одномъ и томъ же имѣніи, является *извѣстная часть цѣнности сего послѣдняго*. Согласно сему возрѣнію отвѣтственность по тому или другому залогу ограничивается только частью цѣнности имѣнія, такъ что послѣдующему залогу предшествуетъ извѣстная, опредѣленная сумма изъ денегъ, которыя будутъ впослѣдствіи выручены чрезъ продажу имѣнія, подчиненная дѣйствію исключительно предшествующаго залога. Такимъ образомъ, посредствомъ установленія нѣсколькихъ залоговъ на одномъ и томъ же имѣніи, цѣнность послѣдняго какъ будто раздѣляется на разныя части. Размѣръ этихъ частей опредѣляется отношеніемъ между собою размѣра требованій, обеспечен-

⁽¹⁾ См. ст. 44 проекта и объясненія къ ней, стр. 311 и слѣд.

⁽²⁾ См. ст. 59 проекта и объясненія къ ней, стр. 494 и слѣд.

НЫХЪ залогами, и явствуетъ изъ вотчинной книги, въ которую требованія эти внесены, въ каковомъ смыслѣ онъ и становится распознаваемымъ по отношенію къ каждому вотчинному кредитору ⁽¹⁾. Такова такъ называемая *абсолютная теорія старшинства или принципъ мѣста*, занимаемого залогомъ въ вотчинной книгѣ (Locustheorie, Werththeorie, Locusprincip, Princip der festen Priorität), теорія, лучшимъ защитникомъ которой въ литературѣ ипотечнаго права является фонъ-деръ-Гагенъ ⁽²⁾ и которая, хотя и въ нѣсколько смягченномъ видѣ, проведена въ мекленбургскомъ правѣ ⁽³⁾. По этой теоріи выходитъ, что каждый изъ залоговъ, установленныхъ на одномъ и томъ же имѣніи, представляется обременяющимъ собою *совершенно самостоятельный объектъ*, отличный отъ предметовъ остальныхъ залоговъ. Старшинство или мѣсто, занимаемое залогомъ (locus), представляется какъ нѣчто неподвижное, неизмѣняемое. О конкуренціи залоговыхъ правъ, столкновеніи однихъ изъ нихъ съ другими, не можетъ быть собственно и рѣчи. Въ случаѣ освобожденія какого либо мѣста изъ подъ залога, залогомъ нижесостоящимъ не удовлетворяются изъ части цѣнности имѣнія, падающей на это мѣсто, или, выражаясь весьма употребительнымъ въ законодательствахъ и литературѣ терминомъ, не подвигаются впередъ (rücken nicht vor). Собственникъ можетъ распорядиться въ этомъ случаѣ освободившейся цѣнностью своего имѣнія, продолжать кредитоваться подъ обезпеченіе этой цѣнности, и если бы даже не распорядился ею указаннымъ способомъ ко времени публичной продажи имѣнія, то и тогда только онъ одинъ, а никакъ не нижесостоящіе кредиторы, вправѣ воспользоваться ею въ свою выгоду.

Или же, во вторыхъ, начало старшинства можетъ быть понимаемо и въ томъ смыслѣ, что имъ устанавливается лишь *относительная теорія старшинства*. *относительная* послѣдовательность, въ которой залогомъ, обременяющіе данное имѣніе, должны подлежать удовлетворенію

⁽¹⁾ v. Maibom, d. mecklenburgische Hypothekenrecht, стр. 262.

⁽²⁾ v. d. Hagen, die Hypothek d. Eigenthümers (1836).

⁽³⁾ v. Maibom, тамъ же.

изъ суммы, вырученной чрезъ публичную его продажу. По этой теоріи не только первый, но и каждый послѣдующій залогъ, взятый самъ по себѣ, простирается на весь объемъ обремененнаго имѣнія, обхватываетъ собою всю цѣнность послѣдняго. Предметъ, на которомъ установлено нѣсколько залоговыхъ правъ, представляется единымъ, нераздѣльнымъ. Если залогъ нижестоящій уступаетъ, въ порядкѣ удовлетворенія, вышестоящему, если залоговыя права, установленныя на одномъ и томъ же имѣніи, удовлетворяются не *ex praeventione*, но *ex ordine*, то это имѣетъ мѣсто лишь настолько, насколько удовлетворенію даннаго залога не препятствуетъ высшій залогъ. Съ прекращеніемъ послѣдняго, нижестоящій залогъ вступаетъ въ полную свою силу. Другими словами, старшинство каждаго залога представляется не постоянной, но напротивъ того измѣнчивою величиною. Съ прекращеніемъ вышестоящаго залога залогои нижестоящіе какъ будто подвигаются сами собою впередъ силою вещей, вытекающей изъ самой природы залоговаго права.

Послѣдняя теорія, проведенная со всею послѣдовательностью въ римскомъ правѣ, и есть та, которая представляется господствующею какъ въ литературѣ, такъ и въ западноевропейскихъ законодательствахъ ⁽¹⁾. Къ ней же примыкаютъ и постановленія настоящаго проекта.

Недостатки абсолютной теоріи.

Теорія абсолютнаго старшинства (*Locustheorie*) грѣшитъ прежде всего тѣмъ, что нарушаетъ самымъ очевиднымъ образомъ начало недѣлимости залога, то начало, въ силу коего, какъ извѣстно, предметъ залога во всей своей цѣлости и нераздѣльности отвѣтствуетъ до полного удовлетворенія требованія, залогомъ обеспеченнаго, и слѣдовательно до тѣхъ поръ, пока хотя самая малѣйшая часть этого требованія осталась неудовлетворенною ⁽²⁾. Предметомъ залога является не цѣнность имѣнія, или какая либо часть этой

⁽¹⁾ *Regelsberger*, d. Bayrische Hypothekenrecht, стр. 277 и слѣд.; *Exner*, d. Oesterr. Hypothekenrecht, стр. 464 и слѣд.; *Bremer*, Hypothek und Grundschuld, стр. 29 и слѣд.

⁽²⁾ См. выше, стр. 60 и слѣд.

цѣнности, а непосредственно само имѣніе, въ томъ объемѣ, въ какомъ оно находится въ моментъ осуществленія залога. Объемъ заложенного имѣнія можетъ къ упомянутому моменту уменьшиться (напримѣръ, вслѣдствіе дѣйствія силъ природы) или увеличиться противъ объема, существовавшего во время установленія залога (напримѣръ, вслѣдствіе приращенія или присоединенія новаго участка). Имѣніе это можетъ оказаться къ моменту публичной продажи обремененнымъ тѣмъ же числомъ правъ, что и при установленіи даннаго залога, или меньшимъ числомъ. И если положеніе вотчиннаго кредитора оказывается въ послѣднемъ случаѣ болѣе благопріятнымъ, если вотчинный кредиторъ, въ случаѣ прекращенія до публичной продажи вышестоящихъ залоговъ, въправѣ получить удовлетвореніе изъ всей суммы, вырученной отъ этой продажи, то обстоятельство это является послѣдствіемъ вотчиннаго характера залоговаго права. Соображеніе защитниковъ абсолютной теоріи о томъ, что въ послѣднемъ случаѣ вотчинный кредиторъ пріобрѣталъ бы на самомъ дѣлѣ большую обезпеченность въ сравненіи съ тою, которую онъ имѣлъ намѣреніе пріобрѣсти при установленіи залога, а слѣдовательно совершенно непредвидѣнную, случайную, несправедливую выгоду, неправильно именно потому, что кредитору этому отдано въ залогъ само имѣніе, а никакъ не какая либо часть цѣнности сего послѣдняго. Напротивъ того, разсматриваемая абсолютная теорія ведетъ къ явнымъ несправедливостямъ. Удерживать въ пользу собственника изъ денегъ, вырученныхъ отъ продажи заложенного имѣнія, суммы, причитающіяся на долю прекратившихся залоговъ, въ то время, какъ нижеслѣдующіе кредиторы могутъ не получить полного удовлетворенія, или даже остаться ни съ чѣмъ, значитъ только усиливать, къ явному вреду интересамъ поземельнаго кредита, элементъ риска въ сдѣлкахъ, къ области этого кредита относящихся, элементъ, имѣющійся всегда налицо и помимо того, заключающійся въ возможности паденія цѣнности имѣнія ко времени его продажи, обусловливаемой, въ свою очередь, экономическими кризисами или другими случайными причинами.

II. Уклоненія отъ послѣдствій начала старшинства, допущенныя ст. 64—73 и 107 проекта вотч. уст.

II. II такъ, съ точки зрѣнія проекта, старшинство каждаго залога выражаетъ собою отношеніе его къ другимъ залогамъ, обременяющимъ одно и тоже имѣніе во всякій данный моментъ ихъ существованія, отношеніе не постоянное, а измѣнчивое, зависящее отъ того, останутся ли въ силѣ залоги, предшествующіе, по времени установленія, данному залогу, къ тому времени, когда имѣніе будетъ продано съ публичнаго торга, или не останутся. Если который либо изъ предшествующихъ залоговъ окажется прекратившимся къ означенному времени, то обстоятельство это обращается къ выгодѣ младшихъ кредиторовъ, воспрепятствовать которой собственникъ, по общему правилу, коренящемуся, какъ сказано уже, въ самой природѣ залога, не въправѣ.

Вникая однакоже глубже въ послѣдствія, вытекающія изъ начала старшинства, принимаемаго въ вышеприведенномъ относительномъ его значеніи, нельзя не признать, что строго логическое проведеніе всѣхъ этихъ послѣдствій безъ всякаго исключенія совершенно невозможно. По соображеніямъ, коренящимся въ насущнѣйшихъ потребностяхъ поземельнаго кредита, признанныхъ долготѣней ипотечной практикой и главнѣйшими западно-европейскими законодательствами, проектъ находитъ необходимымъ допустить двойное уклоненіе отъ означенныхъ послѣдствій. Одно изъ этихъ уклоненій (ст. 107) заключается въ предоставленіи собственнику права пользоваться старшинствомъ залога, погашеннаго по вотчинной книгѣ, для новаго залога, который будетъ имъ установленъ, или въ такъ называемомъ *институтѣ возобновленія залога* (Subrogation или Hypothekerneuerung); другое (ст. 64—73) въ предоставленіи собственнику права *сохраненія* въ вотчинной книгѣ, при установленіи какого либо залога, *старшинства для предстоящаго залога* (Rangvorbehalt, Offenhaltung der Stelle). Первый изъ этихъ институтовъ имѣетъ цѣлью служить въ рукахъ собственника средствомъ противодѣйствія тѣмъ, дѣйствительно несправедливымъ и вреднымъ для интересовъ поземельнаго кредита послѣдствіямъ, которыя наступали бы во всѣхъ случаяхъ, когда право залога, совпавшее съ собственностью въ одномъ лицѣ или прекратившееся по другимъ причинамъ, должно бы

исчезнуть въ послѣдней, быть ею поглощено къ выгодѣ нижестоящихъ кредиторовъ; а второй институтъ долженъ дать собственнику возможность, при пользованіи кредитомъ въ каждый данный моментъ, не только не разрушать благоприятныхъ для своего будущаго кредита условій, связанныхъ со старшинствомъ, но даже приготовить напередъ такія условія. Оба эти института имѣютъ между собою весьма много точекъ соприкосновенія, почему они и должны быть подвергнуты здѣсь общему разсмотрѣнію.

Причины, коими непосредственно вызывается необходимость въ допущеніи означенныхъ или другихъ, въ извѣстномъ смыслѣ сродныхъ съ ними, институтовъ, могутъ быть сведены къ слѣдующимъ тремъ группамъ явленій, или потребностей, выдвинутыхъ многовѣковою практикою поземельнаго кредита и обратившихъ уже давно на себя вниманіе со стороны ипотечныхъ законодательствъ.

Причины, коими обусловливаются эти уклоненія.

1) Въ случаѣ совпаденія въ одномъ лицѣ права собственности на данное имущество и какого либо иного вотчиннаго права въ томъ имуществѣ (*jus in re*), послѣднее изъ этихъ правъ, какъ извѣстно, необходимою силою вещей прекращается, поглощается первымъ, окончательно въ немъ исчезаетъ. Таково общее начало права (см. ст. 617, 705 Франц. гражд. улож., ст. 132, 594, 651 сакс. гражд. улож. и др.), вытекающее изъ значенія собственности, какъ самаго обширнаго вотчиннаго права, какъ такого права, которое совмѣщаетъ въ себѣ всѣ правомочія, могущія въ извѣстномъ ограниченномъ объемѣ служить предметомъ того или другого *jus in re*. Если бы однакоже начало это должно было получить безусловное примѣненіе и къ залогу, то оно имѣло бы своимъ послѣдствіемъ во множествѣ случаевъ совпаденія (*confusio*) даннаго залога въ одномъ лицѣ съ правомъ собственности на имѣніе, обремененное еще другими, младшими залогами, существенное ухудшеніе имущественнаго положенія этого лица. Въ самомъ дѣлѣ, случаи упомянутаго совпаденія встрѣчаются тогда, когда собственникъ имѣнія пріобрѣтетъ установленный на немъ залогъ по наслѣдству, договору или судебному рѣшенію, или когда, наоборотъ, къ вотчинному

кредитору перейдетъ имѣніе, на которомъ обезпечено его требованіе. Строгое примѣненіе начала, по которому залогъ, какъ меньшее, долженъ исчезнуть въ правѣ собственности, какъ большемъ, отразилось бы вредно на интересахъ кредитора-собственника именно потому, что то, что представляется большимъ съ юридической точки зрѣнія, не всегда оказывается такимъ же и съ точки зрѣнія экономической. Оно имѣло бы своимъ послѣдствіемъ явное ко вреду кредитора-собственника улучшение положенія младшихъ залоговъ, такъ какъ они подвинулись бы впередъ, заняли бы мѣсто залога, прекратившагося вслѣдствіе совпаденія. При такихъ условіяхъ сохраненіе за собою залоговаго требованія, стоящаго на одномъ изъ первыхъ мѣстъ, могло бы оказываться весьма нерѣдко выгоднѣе обладанія самымъ имѣніемъ. Это имѣло бы мѣсто всегда, когда залоговое требованіе по суммѣ своей больше противъ суммы, ожидаемой отъ публичной продажи имѣнія послѣ ликвидаціи всѣхъ лежащихъ на немъ долговъ. Но такъ какъ предвидѣть результатъ продажи съ надлежащей достовѣрностью никогда невозможно, то собственнику — кредитору при упомянутомъ строгомъ примѣненіи начала старшинства оставались бы на выборъ слѣдующіе два исхода: или довольствоваться своимъ правомъ собственности, или же, пока это возможно, отказаться отъ имѣнія ради спасенія залога. Ему приходилось бы остановиться на томъ или другомъ исходѣ смотря потому, который изъ нихъ обѣщаль бы болѣе выгодъ. Понятно, однакоже, что и подобный выборъ можетъ быть основанъ лишь на предположеніяхъ, которыя, въ концѣ концовъ, окажутся, пожалуй, обманчивыми. Поэтому очевидно, что единственное положеніе, при которомъ собственникъ-кредиторъ былъ бы несомнѣнно избавленъ отъ указаннаго имущественнаго ущерба, заключается въ томъ, чтобы предоставить ему силою закона въ той или другой формѣ возможность воспользоваться выгодами своего права собственности и залога, не вынуждая его непремѣнно отказаться отъ того или другаго.

2) Сказанное о разсмотрѣнныхъ только что случаяхъ такъ

называемаго совпаденія (*confusio*) имѣетъ полное примѣненіе и къ случаямъ удовлетворенія собственникомъ какого либо изъ старшихъ, по занимаемому имъ мѣсту въ вотчинной книгѣ, залоговыхъ требованій, обременяющихъ его имѣніе. Когда собственникъ, не имѣющій наличныхъ средствъ для удовлетворенія подобнаго требованія, предъявленнаго ему къ платежу, поставленъ въ необходимость занять нужныя для того средства подъ условіемъ обезпеченія ихъ залогомъ, то онъ можетъ предложить этому залогу лишь самое низшее мѣсто въ вотчинной книгѣ, ибо, съ прекращеніемъ означеннаго требованія вслѣдствіе платежа, всѣ прочія требованія, слѣдующія за нимъ въ порядкѣ вѣсенія, должны, по общему правилу, подвинуться впередъ. При такихъ, однакоже, обстоятельствахъ, собственникъ или вовсе не найдетъ капиталиста, готоваго снабдить его деньгами, или если и найдетъ, то развѣ такого, который поставитъ ему условія, значительно отяготительнѣе тѣхъ, на коихъ были совершены всѣ предшествующіе займы, заключенные подъ обезпеченіе того же имѣнія. Въ совершенно другомъ несомнѣнно положеніи очутился бы собственникъ тогда, если бы ему дана была возможность предоставить капиталисту ту же степень обезпеченности, которою пользовалось прекращенное платежемъ залоговое требованіе. Тамъ, гдѣ этой возможности не существовало, практика искала выхода въ искусственномъ поддержаніи существованія прекращеннаго требованія, въ допущеніи фиктивной передачи его со стороны прежняго кредитора новому, а когда послѣдній еще не найденъ, то въ допущеніи передачи этого требованія нарочно подысканному пока подставному кредитору (*Strohmann*). Очевидно однакоже, что и этотъ исходъ, не говоря уже о нежелательности всякаго рода фиктивныхъ, лживыхъ построеній частныхъ отношеній, зависѣлъ отъ доброй воли прежняго кредитора, отъ желанія его сдѣлаться участникомъ такой уступки. Такимъ образомъ и въ случаѣ, когда залоговое требованіе удовлетворено собственникомъ, для послѣдняго возникаетъ настоятельная потребность въ защитѣ его противъ невыгодныхъ для него послѣдствій начала старшинства, которыя несомнѣнно наступили бы, если бы

нижестоящія требованія безусловно подвигались впередъ, или, другими словами, потребность въ томъ, чтобы выгоды, сопряженныя съ удовлетвореніемъ даннаго требованія, могли быть обращены въ пользу его, собственника, а не нижестоящихъ кредиторовъ.

3) Наконецъ, нормальный, естественный порядокъ, создаваемый примѣненіемъ къ залогу началъ внесенія и старшинства, влечетъ за собою то послѣдствіе, что всякая новая поземельно-кредитная сдѣлка можетъ занять въ вотчинной книгѣ лишь то мѣсто, которое осталось свободнымъ послѣ всѣхъ залоговъ, ранѣе ея внесенныхъ, а слѣдовательно и слѣдовать за ними въ отношеніи удовлетворенія. Порядокъ этотъ скрываетъ для собственника весьма серьезныя невыгоды, заключающіяся въ томъ, что заставляетъ его во что бы то ни стало предоставлять лучшія обезпеченія, лучшія мѣста залогамъ по случайному порядку ихъ внесенія. Онъ лишаетъ такимъ образомъ собственника возможности сообразоваться надлежащимъ образомъ со своими кредитными потребностями, съ положеніемъ денежнаго рынка въ каждое данное время. Другое дѣло, если бы собственнику, прибѣгающему къ незначительному кредиту, или кредитующемуся при благопріятныхъ условіяхъ денежнаго рынка, дано было средство обезпечить за собою выгодный кредитъ и на то время, когда встрѣтится необходимость прибѣгнуть къ нему въ болѣе обширныхъ размѣрахъ, или когда условія кредита сдѣлаются болѣе тяжелыми. Тогда собственникъ не былъ бы вынужденъ брать ту или другую незначительную сумму непременно подъ первую закладную, но могъ бы обезпечить своего кредитора третьей, или четвертой закладной, оставивъ въ своемъ распоряженіи лучшія условія обезпеченія въ отношеніи старшинства для будущаго времени. Такая возможность важна для собственника еще въ томъ отношеніи, что нѣкоторыя заемныя операціи, какъ, напримѣръ, совершаемыя при помощи капиталовъ малолѣтнихъ или въ нашихъ банковыхъ учрежденіяхъ поземельнаго кредита, могутъ быть заключаемы не иначе, какъ подъ условіемъ предоставленія имъ самаго лучшаго обезпеченія. Слѣдовательно, при отсутствіи для собственника возможности напередъ обезпечить лучшія

условія въ отношеніи старшинства для своего будущаго кредита, означенныя операціи сдѣлались бы для него, собственника, недоступными всякій разъ, когда ему уже раньше пришлось обременить свое имѣніе хотя бы однимъ и притомъ незначительнымъ по суммѣ залогомъ, занимающимъ первое мѣсто въ вотчинной книгѣ. Не находя вышеупомянутаго средства въ законѣ, ипотечная практика стремилась и въ этомъ отношеніи помочь себѣ чисто обходными путями. Собственники прибѣгали обыкновенно къ помощи фиктивныхъ сдѣлокъ, къ установленію черезъ внесеніе въ ипотечныя книги несуществующихъ залоговъ на имя подставныхъ лицъ, залоговъ, которыми можно было бы воспользоваться въ будущемъ на случай встрѣтившейся надобности въ кредитѣ. Достойно вниманія, что и нѣкоторыя положительныя законодательства, прежде чѣмъ приступить къ прямому разрѣшенію разсматриваемой потребности, сами указывали заинтересованнымъ лицамъ на упомянутыя фиктивныя сдѣлки, какъ на единственный исходъ въ данномъ случаѣ. Сюда относятся, именно, записи о залогѣ «pro forma», освященныя закономъ г. Гамбурга еще въ XV столѣтіи.

III. Нельзя не замѣтить, что на первыя двѣ изъ приведенныхъ группъ явленій еще римское право обратило свое вниманіе. Такъ, въ L. 30 дигестъ, de ex. rei juducat. (44, 2), оно предусматривало случай приобрѣтенія заложеннаго имѣнія кредиторомъ безъ зачета его претензіи въ счетъ покупной суммы (каковыя случаи весьма возможны въ особенности, когда основаніемъ приобрѣтенія имѣнія служитъ законное наслѣдованіе, завѣщаніе должника, или дарственный актъ). Въ другихъ мѣстахъ римскихъ источниковъ, а именно, въ L. 17 qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt (20, 4) и въ L. 1. C. si antiquior creditor pingus venderit (8, 20), предусматривается случай приобрѣтенія заложеннаго имѣнія кредиторомъ за его претензію, или съ зачетомъ таковой въ счетъ покупной суммы. Защита интересовъ собственника въ этихъ случаяхъ заключалась въ предоставленіи ему противъ младшаго ипотечнаго кредитора т. н. actio hypothecaria. На

III. Положеніе раз-
сматрив. вопроса въ
римскомъ правѣ,

счетъ ближайшаго опредѣленія значенія этихъ мѣстъ, квали-
фикаціи того права, которое они признають за упомянутымъ
кредиторомъ-собственникомъ, существуютъ въ литературѣ
разныя мнѣнія. Въ то время, какъ одни писатели ⁽¹⁾ видятъ въ
этомъ правѣ не болѣе, какъ само право собственности, лишь
только расширенное противъ своего объема, существовавшего
до перехода его къ кредитору, расширенное именно благодаря
факту поглощенія залога, и защищаемое въ части, касаю-
щейся этого расширеннаго объема, ипотекарнымъ искомъ,
другіе писатели ⁽²⁾, напротивъ того, полагають, что приве-
денныя мѣста источниковъ признають въ рассматриваемыхъ
ими случаяхъ право собственности какъ будто поглощен-
нымъ залогомъ, залогъ продолжающимъ существовать, не
смотря на совпаденіе его съ правомъ собственности въ лицѣ
кредитора-собственника, и, слѣдовательно, принадлежащимъ
послѣднему наряду съ правомъ собственности его, или,
другими словами, предусматривають случаи такъ называе-
мой *ипотеки собственника* (*Eigenthümerhypothek*). Здѣсь не
мѣсто входить въ подробное изслѣдованіе каждаго изъ при-
веденныхъ мнѣній. Достаточно указать, что второе изъ нихъ
имѣетъ противъ себя буквальный смыслъ перваго изъ цити-
рованныхъ мѣстъ, ясно и категорически указывающаго на
то, что въ предусмотрѣнномъ имъ случаѣ совпаденія суще-
ствованіе залога прекращается («In proposita autem quaes-
tione magis me illud movet numquid pignoris jus extinctum
sit dominio adquisito; neque enim potest pignus perseverare
domino constituto creditore»). Оно имѣетъ противъ себя и то,
что рассматриваемые источники не даютъ рѣшительно ника-
кого основанія къ утвержденію, будто бы собственникъ
имѣлъ также и т. н. *jus vendendi*, т. е. право продажи имѣ-

⁽¹⁾ *Bremer*, в. п. с., стр. 47—53; *Goldschmidt*, Systematik des Pfand-
rechts und der Hypothek des Eigenthümer's (Berlin, 1877 г.), стр. 5 и слѣд.;
Puchta, Pandekten, § 292; *Dernburg*, d. Pfandrecht etc., т. II, § 171.

⁽²⁾ *von der Hagen*, в. п. с., стр. 338 и слѣд.; *Hartmann*, Rechte an der
eigener Sache, Programmschrift (Freiburg, 1877 г.), стр. 38 и слѣд.;
Buchka, в. п. с., стр. 7—46; *Windscheid*, в. п. с., т. I, § 248, подъ № 4
(послѣдній авторъ, впрочемъ, съ извѣстными ограниченіями).

нія въ качествѣ кредитора, между тѣмъ какъ въ этомъ то *jus vendendi* и заключается главная санкція залога ⁽¹⁾. Право на удовлетвореніе себя изъ своего собственного имѣнія лишено, очевидно, всякаго юридическаго смысла. Римскіе юристы были слишкомъ послѣдовательными, слишкомъ строгими систематиками для того, чтобы въ созданномъ ими логическомъ построеніи права ипотека собственника могла найти себѣ мѣсто. Едва ли больше къ какой либо другой правовой системѣ, чѣмъ къ римской, могутъ быть признаны справедливыми указанія Гольдшмита ⁽²⁾ противъ разсматриваемаго мнѣнія на то, что «никто не можетъ отнять у себя что либо для себя же, разъ онъ этимъ «что либо» обладаетъ. Если нельзя быть должнымъ самому себѣ, если нельзя установить въ свою пользу ограниченіе своего же права собственности, то остается совершенно непонятнымъ, какимъ образомъ кому либо могутъ принадлежать по отношенію къ одной и той же вещи не только право собственности, но еще и другія права. То полное юридическое господство, которое носитъ названіе «собственности», можетъ по существу своему подвергаться ограниченіямъ, но оно не поддается расширенію. Тотъ, кто допустилъ бы возможность такого расширенія, отрицалъ бы тѣмъ самымъ понятіе собственности».

Равнымъ образомъ римское право защищало собственника противъ невыгодныхъ для него послѣдствій начала старшинства и въ томъ случаѣ, когда какой либо изъ старшихъ залоговъ удовлетворялся при помощи чужихъ средствъ, хотя бы при этомъ не совершалось уступки этого залога, а послѣдній прекратилъ свое существованіе вслѣдствіе платежа или новациі, т. е. обновленія требованія, залогомъ этимъ обезпеченнаго (L. 3 D. quae res pign. (20, 3); L. 12 § 5 и L. 17 D. qui potior (20, 4); L. 11 § 1, D. de pign. act. (13, 7); L. 1 C. si antiquior cred. pignus vendiderit (8, 20); L. 3 C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt (8, 19: si potiores creditores pecunia tua dimissi

⁽¹⁾ Иначе *Hartmann*, в. п. с., стр. 53 и слѣд.; см. *Windscheid*, в. п. с., тамъ же, прим. 28.

⁽²⁾ В. п. с., стр. 6.

sunt, quibus obligata fuit possessio in jus eorum succedisti et contra eos qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes). Въ этихъ случаяхъ примѣнялся такъ называемый институтъ *ипотечнаго преемства* (hypothekarische Succession, loco succedere, in locum succedere, in locum substitui, in jus succedere, in pignus succedere). Новый кредиторъ, предоставившій должнику средства для удовлетворенія залога, прибрѣталъ этотъ послѣдній непосредственно, т. е. помимо согласія на то прежняго кредитора, и занималъ, такимъ образомъ, противъ младшихъ кредиторовъ тоже мѣсто, которое принадлежало упомянутому прежнему кредитору ⁽¹⁾.

Что же касается до третьей изъ вышеуказанныхъ потребностей, заключающейся въ предоставленіи собственнику способа обезпечить за собою выгодныя условія для своего будущаго кредита, то средства эти были римскому праву совершенно незнакомы. Залогъ по этому праву устанавливался непосредственно въ силу соглашенія сторонъ, (*nuda conventione*), т. е. путемъ договора, *actum hypothecae*, для котораго не была обязательна какая либо торжественная форма ⁽²⁾. Института, направленного къ сообщенію вотчиннымъ правамъ надлежащей твердости и обезпеченности, въ родѣ учрежденія гласныхъ вотчинныхъ книгъ, римское право не знало. Уже по одной указанной причинѣ, слѣдовательно, право это не могло создать средства, направленного къ удержанію извѣстнаго мѣста, извѣстнаго старшинства для предстоящаго залога. Но и помимо такой чисто формальной причины, возможность удержанія мѣста для предстоящаго залога противорѣчила бы всему строю римскаго ипотечнаго права, не допускавшаго и мысли о мѣстѣ или о старшинствѣ, какъ о чемъ то постоянномъ, неизмѣнномъ, какъ о чемъ то такомъ, что можетъ быть разсматриваемо независимо и отдѣльно отъ всего имѣнія, на которомъ установлены залого. Залогъ по этому праву, будучи установленъ на данномъ имѣніи, подчинялъ

⁽¹⁾ См. ниже, § 4 настоящаго отдѣла общихъ объясненій, стр. 267 и слѣд.

⁽²⁾ L. 1 D. de pign. act. (13, 7); L. 4 D. de pign. (20, 1).

себѣ это послѣднее, какъ цѣлое, безъ всякаго остатка. Выдѣленіе напередъ какой либо части цѣнности этого имѣнія, какъ предмета, на который дѣйствіе существующаго залога не должно бы, при тѣхъ или иныхъ условіяхъ, прости- раться, противорѣчило бы основному началу означеннаго права, выраженному въ извѣстной формулѣ: *pignoris causa indivisa est*.

Всѣ вышеприведенныя группы явленій, всѣ эти потребно- сти стали особенно приниматься въ соображеніе съ распро- страненіемъ въ западно - европейскіхъ законодательствахъ института гласныхъ вотчинныхъ книгъ. Въ институтѣ этомъ они встрѣтили весьма удобную внѣшнюю опору, болѣе твер- дую почву для своего удовлетворенія сравнительно съ тою, которую представляла собою безформенная римская ипотека. Тѣмъ не менѣе, удовлетвореніе этихъ потребностей и при наличности упомянутаго института представилось далеко не легкою задачею. Распространеніе системы гласныхъ вотчин- ныхъ книгъ, начавшееся, какъ извѣстно, съ конца про- шлаго столѣтія, совпало со все больше и больше пробуждав- шейся потребностью въ поземельномъ кредитѣ, съ стремле- ніемъ развить и удешевить этотъ кредитъ, проявившимся, какъ уже было замѣчено⁽¹⁾, съ особенной энергіей съ начала половины текущаго столѣтія. И здѣсь, какъ и въ вопросѣ о построеніи, которое надлежитъ дать залогѣ⁽²⁾, отправною точкою для нѣкоторыхъ преобразовательныхъ попытокъ по- служили постановленія о залогѣ мекленбургскаго ипотечнаго законодательства, — этого первообраза для всѣхъ новѣйшихъ реформъ въ области германскаго ипотечнаго права. Вопросы, оказавшіеся при этомъ впервые затронутыми, новые по- строенія и институты, выдвинутые литературою и законода- тельною дѣятельностью послѣдняго времени, представляются въ большинствѣ своемъ далеко не окончательно рѣшенными, а принадлежатъ, напротивъ того, къ категоріи самыхъ слож- ныхъ, самыхъ трудныхъ проблемъ, съ которыми праву приходилось когда либо имѣть дѣло.

а также въ гер- манскихъ законо- дательствахъ и ли- тературѣ.

⁽¹⁾ Стр. 110 и 111.

⁽²⁾ См. тамъ же.

IV. Вопросъ о послѣдствіяхъ прекращенія вышестоящаго залога.

IV. Ближайшее изученіе постановленій иностранныхъ ипотечныхъ законодательствъ, равно какъ и литературы по разсматриваемому предмету, приводитъ къ убѣжденію, что въ настоящее время можетъ быть признано почти общепринятымъ то начало, что въ случаѣ прекращенія залога, по случаю ли совпаденія права на оный съ правомъ собственности, или производства собственникомъ уплаты и т. п., залогомъ не подвигаются впередъ, а что выгоды, соединенныя съ таковымъ прекращеніемъ, должны быть обращены въ пользу собственника. Существенное разномысліе, встречаемое въ разныхъ постановленіяхъ и сочиненіяхъ по ипотечному праву, касается собственно не этого вопроса, а лишь вопроса о томъ, въ чемъ должны заключаться упомянутыя выгоды, какое именно право возникаетъ для собственника въ случаѣ прекращенія вышестоящаго залога, какія послѣдствія должны быть связаны для заинтересованныхъ лицъ съ таковымъ прекращеніемъ. Разностью взглядовъ обусловливается и существованіе разныхъ въ данномъ отношеніи институтовъ, при томъ же далеко не одинаково понимаемыхъ и возбуждающихъ массу недоумѣній и споровъ.

Если въ прусскій ландрехтъ было включено постановленіе о томъ, что въ случаѣ матеріальнаго прекращенія залога послѣдній считался окончательно погашеннымъ ⁽¹⁾, то весьма скоро послѣ изданія этого законодательнаго акта обратило на себя вниманіе то обстоятельство, что собственникъ, который только одинъ могъ требовать погашенія залога по вотчинной книгѣ, имѣлъ возможность, не требуя такового погашенія, распорядиться залогомъ путемъ передачи его въ пользу третьяго лица. Передача эта могла быть оспорена развѣ только въ томъ случаѣ, когда было бы доказано, что пріобрѣтатель залога зналъ о матеріальномъ его прекращеніи; въ противномъ случаѣ онъ защищался въ своемъ пріобрѣтеніи дѣйствіемъ начала безповоротности. Въ виду сего, уже въ приложеніи (Anhang) къ прусскому

(1) Кн. I, тит. 16, § 482 и тит. 20, § 55.

ландрехту (§ 52) было постановлено, что «залоговые права не прекращаются въ случаѣ совпаденія этихъ правъ и права собственности на обремененное имѣніе въ одномъ лицѣ до тѣхъ поръ, пока не наступило погашеніе ихъ въ вотчинной книгѣ, зависимое отъ просьбы владѣльца». Постановление это дополнено другимъ постановленіемъ отъ 3 апрѣля 1824 г., предусматривавшимъ тотъ случай, когда собственникъ уплатилъ долгъ, обезпеченный залогомъ, и не просилъ о погашеніи его въ вотчинной книгѣ, въ каковомъ случаѣ долгъ этотъ не долженъ тоже почитаться прекратившимся.

Послѣдній случай не предусмотрѣнъ австрійскимъ гражданскимъ уложеніемъ, которое касается исключительно случаевъ совпаденія или соединенія (*confusio*). «Права и обязательства, записанныя въ публичныхъ книгахъ, сказано въ ст. 1446 названнаго уложенія, не прекращаются посредствомъ соединенія ихъ въ одномъ лицѣ, пока не послѣдовало погашенія ихъ въ публичныхъ книгахъ». Замѣчательно, что уложеніе не опредѣляетъ, въ чемъ должны заключаться послѣдствія такового непрекращенія, въ противоположность тому, какъ это сдѣлано въ вышеуказанныхъ постановленіяхъ прусскаго права и также въ другихъ законодательствахъ ⁽¹⁾, почему и вопросъ объ этихъ послѣдствіяхъ представляется въ литературѣ австрійскаго ипотечнаго права въ высшей степени спорнымъ ⁽²⁾.

Засимъ, разсматриваемое начало въ примѣненіи ко многимъ случаямъ матеріальнаго прекращенія залога высказано категорически: въ баварскомъ (ст. 84), гамбургскомъ (ст. 28, 35, 36, 42 и 43), любекскомъ (ст. 3 закона 22 іюня 1888 и ст. 4 закона 15 іюля 1872), мекленбургскомъ (ст. 16 и 17), саксонскомъ (ст. 117—120 закона 6 ноября 1843 и ст. 442—444 сакс. гр. улож.), прусскомъ законодательствѣ (63—56 закона 5 мая 1872) и всѣхъ тѣхъ, для коихъ по-

⁽¹⁾ См. ниже, стр. 170 и слѣд.

⁽²⁾ См. *Экнера*, в. п. с., стр. 667 и слѣд.; противъ него, *Strohal*, die Eigenthümer-Hypothek im österreichischem Recht (въ *Osterr. Centralblatt für die juristische Praxis*, 1883, кн. 3).

слѣднее послужило первообразомъ, и, наконецъ, въ проектѣ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 835 и 1094).

Что же касается до послѣдствій, связываемыхъ съ упомянутымъ началомъ, то въ отношеніи къ нимъ существуютъ два рѣзко противоположныя направленія, образующія собою двѣ отличныя другъ отъ друга системы. Во главѣ одного изъ этихъ направленій стоитъ баварское и отчасти мекленбургское законодательство, во главѣ другаго—законодательства прусское, саксонское и проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія.

1. Система сохраненія старшинства баварскаго и

1) Баварское законодательство высказываетъ, какъ упомянуто выше, категорически то положеніе, что, въ случаѣ погашенія залога по вотчинной книгѣ, нижестоящіе кредиторы подвигаются впередъ въ порядкѣ ихъ внесенія (ст. 84). Такимъ образомъ, законодательство это стоитъ на почвѣ относительной теоріи старшинства. Только все имѣніе, какъ цѣлое, а не извѣстная часть цѣнности послѣдняго составляетъ предметъ cadaго изъ установленныхъ на немъ залоговъ. Тѣмъ не менѣе, исходя изъ соображеній справедливости по отношенію къ собственнику, имѣя въ виду, что погашеніе вышестоящаго залога составляетъ для нижестоящихъ кредиторовъ полнѣйшую случайность, на обращеніе которой въ свою выгоду они не могли рассчитывать при приобрѣтеніи принадлежащихъ имъ правъ, или, другими словами, основываясь на соображеніяхъ юридической политики ⁽¹⁾, законодательство это постановляетъ: «должникъ можетъ предоставить старшинство послѣ прекратившагося, но еще не погашеннаго по вотчинной книгѣ залога, другому хотя бы и новому кредитору, однакожъ не выше прежде записанной суммы» (тамъ же). Смыслъ этого постановленія тотъ, что имъ признается за собственникомъ, какъ таковымъ, право установить *новый* залогъ (т. е. право, которое въ сущности уже объято содержаніемъ его права собственности), съ сообщеніемъ тому залогу старшинства, принадлежавшаго старому, прекращенному залогу. Право это принадлежитъ

⁽¹⁾ *Regelsberger*, в. п. с., стр. 278 и слѣд.

собственнику въ силу самаго закона; оно не обусловлено согласіемъ нижестоящихъ кредиторовъ. Такъ какъ прежній залогъ матеріально прекратился, то онъ не можетъ уже болѣе служить предметомъ вотчиннаго оборота. При осуществленіи разсматриваемаго права новый кредиторъ не пріобрѣтаетъ залога прежняго кредитора; точно также прежній залогъ не можетъ быть разсматриваемъ какъ такой, который перешелъ къ собственнику и очутился, путемъ передачи со стороны послѣдняго, въ рукахъ новаго кредитора. Ни объ уступкѣ (*cessio*) этого прежняго залога, ни тѣмъ болѣе о возникновеніи въ данномъ случаѣ права собственника на этотъ залогъ, т. е. о такъ называемой ипотека собственника, не можетъ быть рѣчи, а имѣется въ виду установленіе *новаго* залога съ *новымъ* требованіемъ. Вновь устанавливаемый залогъ представляется новымъ какъ съ формальной, такъ и матеріальной точекъ зрѣнія. Установленіе его предполагаетъ такой же актъ внесенія, какъ и установленіе всякаго вообще залога. Точно также и требованіе, въ обезпеченіе коего вносится, со старшинствомъ прежняго, новый залогъ, представляется совершенно отличнымъ отъ того требованія, обезпеченіемъ коего служилъ прежній залогъ. Въ случаѣ какого либо спора, возникшаго между заинтересованными сторонами по поводу новаго залога, кредитору и его правопреемникамъ могутъ быть противопоставляемы возраженія, проистекающія изъ основанія *ею* права, а никакъ не тѣ, которыя могли бы быть выводимы изъ права первоначальнаго. Съ отчужденіемъ имѣнія послѣ матеріальнаго прекращенія вышестоящаго залога, прежній собственникъ никакого права въ немъ не пріобрѣтаетъ и право распорядиться освободившимся старшинствомъ въ пользу какого либо будущаго залоговаго обремененія переходитъ къ новому собственнику. Равнымъ образомъ, въ случаѣ продажи имѣнія съ публичнаго торга на матеріально прекратившійся залогъ, не замѣненный до продажи новымъ, не отчисляется никакой части изъ вырученной за имѣніе суммы ни въ пользу собственника, ни въ пользу его личныхъ кредиторовъ, но, напротивъ того, вся эта сумма обращается на удовлетвореніе нижестоящихъ залоговъ.

Только остатокъ, образовавшійся послѣ такового удовлетворенія, отдается въ пользу собственника, или его личныхъ кредиторовъ. Послѣдній выводъ составляетъ логическое послѣдствіе того обстоятельства, что старшинство матеріально прекратившагося залога, оставшись неприсвоеннымъ какому либо новому залогу, представляется лишеннымъ всякаго реального содержанія, почему и не можетъ служить предметомъ какого бы то ни было права собственника или объектомъ взысканій ⁽¹⁾.

мекленбургскаго
права.

Хотя постановленія мекленбургскаго ипотечнаго законодательства, какъ уже было замѣчено, построены на абсолютномъ значеніи начала старшинства, на такъ называемой теоріи мѣста (*Locustheorie*), тѣмъ не менѣе законодательство это въ вопросѣ о послѣдствіяхъ, соединенныхъ съ прекращеніемъ вышестоящаго залога, примыкаетъ къ постановленіямъ баварскаго права, съ тѣмъ впрочемъ различіемъ, что здѣсь послѣдствія эти наступаютъ съ формальнымъ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ (а слѣдовательно не съ матеріальнымъ лишь прекращеніемъ его до погашенія, какъ по баварскому праву) и что на основаніи прежнихъ мекленбургскихъ законовъ для предоставленія собственнику возможности распорядиться мѣстомъ, очистившимся послѣ погашеннаго залога, въ пользу новаго, на ту же или меньшую сумму, требовалось, чтобы одновременно съ погашеніемъ залога была внесена, согласно просьбѣ о томъ собственника, отмѣтка о сохраненіи мѣста для предстоящаго залога (*Offenhaltungsvermerk*), съ выдачею собственнику о томъ свидѣтельства (*Offenhaltungsattest*). Въ новыхъ мекленбургскихъ ипотечныхъ законахъ требованіе это болѣе не существуетъ, такъ что за собственникомъ признается вышеупомянутая возможность помимо внесенія означенной отмѣтки и выдачи ему о томъ свидѣтельства, — слѣдовательно, непосредственно въ силу самаго закона, немедленно послѣ погашенія залога по вотчинной книгѣ ⁽¹⁾. Собственникъ въ правѣ внести только

⁽¹⁾ *Regelsberger*, тамъ же.

⁽²⁾ *Maibom*, d. Mecklenburgische Hypothekenrecht, стр. 265 и слѣд.

новые залоги на мѣсто погашенныхъ. Если онъ этимъ правомъ не воспользовался до публичной продажи имѣнія, то на долю погашеннаго залога ничего не отчисляется и фактъ прекращенія этого послѣдняго обращается (какъ это не противорѣчитъ принципу постоянного старшинства, абсолютному значенію послѣдняго) къ выгодѣ нижестоящихъ кредиторовъ.

Другая, кромѣ указанныхъ, отличительная особенность мекленбургскаго права, по сравненію его съ баварскимъ, заключается въ томъ, что собственникъ можетъ внести на мѣсто погашеннаго залога новый залогъ не только на чужое, но и на *свое собственное имя*. Какъ это не можетъ не показаться страннымъ съ перваго взгляда, тѣмъ не менѣе внесенія послѣдняго рода не имѣютъ ничего общаго съ институтомъ ипотеки собственника въ томъ смыслѣ, который признается за этимъ институтомъ въ литературѣ и нѣкоторыхъ ипотечныхъ законодательствахъ, указанныхъ ниже. Въ пользу допущенія этого института со стороны мекленбургскаго права не говоритъ нисколько, по справедливому замѣчанію комментатора сего послѣдняго фонъ-Майбома ⁽¹⁾, то обстоятельство, что означенное право отвергаетъ акцессорный характеръ залога и видитъ въ немъ такъ называемое реальное обязательство (*Realobligation*), ибо и понятіе такого обязательства не допускаетъ возможности, чтобы собственникъ имѣнія, обремененнаго залогомъ, оставался въ одно и то же время и кредиторомъ и должникомъ. Право собственника вносить залоги на свое имя объясняется, по мнѣнію того же комментатора ⁽²⁾, желаніемъ закона смягчить, въ интересахъ облегченія оборота, дѣйствіе строгаго правила разсматриваемаго законодательства о томъ, чтобы при всякомъ внесеніи залога было непременно означено въ вотчинной книгѣ имя кредитора, правила, не допускающаго внесеній на предъявителя, или такихъ внесеній, въ которыхъ имя кредитора могло бы быть восполнено впоследствии. Законъ согласуетъ

Ипотека собственника по послѣднему изъ этихъ правъ.

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 150 и слѣд.

⁽²⁾ Тамъ же.

упомянутые интересы съ дѣйствіемъ приведеннаго правила такимъ образомъ, что допускаетъ внесеніе залога *временно* на имя собственника. Фактомъ такого внесенія залоговое право еще не почитается возникшимъ. Возникновеніе это имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда собственникъ передалъ внесенный на свое имя залогъ кому либо постороннему, или когда онъ, отчудивъ имѣніе, оставилъ этотъ залогъ въ свою пользу. Если ни то, ни другое не случилось, то залогъ, внесенный на имя собственника, не порождаетъ никакихъ правъ въ пользу собственника или его личныхъ кредиторовъ, и нижестоящіе кредиторы удовлетворяются такимъ же порядкомъ, какъ если бы не послѣдовало никакого внесенія на мѣсто погашеннаго залога. Отличіе положенія, когда собственникъ распорядился мѣстомъ погашеннаго залога въ пользу залога на свое имя, отъ того, когда мѣсто это оставлено собственникомъ свободнымъ, заключается лишь въ томъ, что послѣ внесенія залога на имя собственника невозможно уже никакое новое внесеніе съ тѣмъ же старшинствомъ до тѣхъ поръ, пока первое изъ этихъ внесеній не будетъ погашено по вотчинной книгѣ ⁽¹⁾.

Какъ бы то ни было, а устанавливаемая мекленбургскимъ правомъ возможность внесеній на имя собственника, хотя и съ указаннымъ значеніемъ ихъ, составляетъ уже несомнѣнное расширеніе послѣдствій, связываемыхъ съ фактомъ погашенія вышестоящаго залога по баварскому законодательству. На основаніи мекленбургскаго права собственникъ въ состояніи не только воспользоваться старшинствомъ упомянутаго залога посредствомъ присвоенія этого старшинства новому залогу, но и создать напередъ такое орудіе своего кредита, которое ему легко и удобно учестъ во всякое время, смотря по встрѣтившейся въ томъ надобности. Нечего говорить о томъ, что залогъ, устанавливаемый на имя должника, представляетъ собою полнѣйшую юридическую аномалію.

⁽¹⁾ Приведенный взглядъ фонъ-Майбома на ипотеку собственника мекленбургскаго права оспариваетъ, впрочемъ, Бухка (в. п. с., стр. 91 и слѣд.), видящій въ этой ипотецѣ самостоятельный видъ обремененія на подобіеgrundschuld.

Также юридически не понятно и то, какимъ образомъ залогъ, хотя и внесенный, но еще не существующій, можетъ стать существующимъ въ силу факта передачи его постороннему лицу. Залогъ на имя собственника мекленбургскаго права представляется; по своему построению, чѣмъ то въ родѣ векселя, выданнаго собственному приказу и установленъ въ видахъ созданія въ пользу поземельнаго кредита орудій на подобіе означеннаго векселя. Этою стороною своею мекленбургское ипотечное право выходитъ уже изъ предѣловъ разсматриваемой системы, характеризуемой въ качествѣ *системы сохраненія старшинства или мѣста погашеннаго залога* (*Offenhaltung der Stelle*), или *системы возобновленія залога* (*Hypothekerneuerung*) и примыкаетъ къ другой, противоположной ей *системѣ ипотеки собственника* (*Eigenthümerhypothek*) ⁽¹⁾.

2) Система сохраненія мѣста или возобновленія залога, въ ея чистомъ видѣ, не могла, конечно, удовлетворить всѣхъ тѣхъ, кто ищетъ въ постановленіяхъ ипотечнаго законодательства болѣе сложныхъ, болѣе энергическихъ средствъ содѣйствія поземельному кредиту, сравнительно съ тѣми, которыя въ состояніи совмѣстить въ себѣ постановленія залоговаго права, построенныя на общепризнанныхъ, еще римлянами установленныхъ началахъ. Безъ сомнѣнія, собственникъ, коему дано право, въ случаѣ совпаденія въ его лицѣ права собственности и залога, внести на мѣсто послѣдняго новый залогъ, можетъ избѣгнуть тѣхъ вредныхъ послѣдствій, которыя неминуемо бы ему угрожали, если бы право это ему не было предоставлено. Точно также собственникъ, имѣющій возможность при удовлетвореніи залога помощью занятыхъ у новаго кредитора средствъ установить со старшинствомъ этого залога другой залогъ, въ состояніи поставить упомянутаго новаго кредитора въ такое выгодное положеніе, какъ если бы ему былъ уступленъ ста-

2. Система ипотеки собственника

⁽¹⁾ О происхожденіи и сущности системы сохраненія старшинства см. въ особенности *Roth* въ *Archiv für civil. Praxis*, 92, стр. 113 и слѣд. (1879).

рый залогъ. Съ этой точки зрѣнія, рассматриваемая система удовлетворяетъ указаннымъ экономическимъ цѣлямъ. Но она достигаетъ ихъ, въ глазахъ защитниковъ болѣе энергическихъ формъ поземельнаго кредита, недостаточно полно и совершенно. Внесеніе новаго залога на мѣсто прежняго сопряжено съ извѣстными хлопотами и расходами. Нужда собственника въ кредитѣ можетъ наступить не сразу послѣ прекращенія прежняго залога, а только впослѣдствіи и при томъ совершенно неожиданно, случайно. При этихъ условіяхъ для собственника было бы весьма важно имѣть въ своемъ распоряженіи уже *готовое* орудіе кредита, которымъ онъ могъ бы легко и удобно воспользоваться во всякое время. Мало того, потребность въ кредитѣ можетъ пока и вовсе не наступить для собственника, а между тѣмъ въ случаѣ, если бы имѣніе было подвергнуто публичной продажѣ, онъ и личные кредиторы его лишились бы цѣнности, упадающей на прекратившійся залогъ, такъ какъ она пошла бы на удовлетвореніе нижестоящихъ кредиторовъ. Всѣ эти неудобства могутъ быть, по мнѣнію вышеупомянутыхъ защитниковъ, избѣгнуты, если вмѣсто дарованія собственнику права устанавливать новые залого на мѣсто прекращенныхъ, было бы признано, что послѣдніе переходятъ къ собственнику, если бы онъ могъ прямо отъ себя (т. е. помимо согласія прежняго кредитора) уступать *тѣ же* залого въ пользу третьихъ лицъ, или, другими словами, если бы онъ былъ поставленъ (въ тѣхъ или иныхъ границахъ) по отношенію къ нижестоящимъ кредиторамъ въ положеніе вотчиннаго кредитора.

по прусскому ланд-
рехту,

Еще старое прусское право, въ тѣхъ постановленіяхъ, которыя были приведены выше, опредѣляло, что «въ случаѣ совпаденія въ одномъ лицѣ права собственности и права залога, послѣднее, оставшись непогашеннымъ по вотчинной книгѣ, можетъ быть уступлено владѣльцемъ въ пользу другаго лица» (ст. 52 прилож. къ ландрехту) и что «собственникъ имѣнія, выплачивающій какую либо сумму, обеспеченную залогомъ, и оставившій требованіе непогашеннымъ въ вотчинной книгѣ, долженъ пользоваться въ отношеніи этого залога всѣми правами цессіонарія, безразлично, была ли совершена при уплатѣ въ его пользу фор-

мальная уступка, или же ему выдана лишь платежная росписка, въ каковомъ послѣднемъ случаѣ росписка эта должна быть понимаема въ томъ смыслѣ, какъ если бы она заключала въ себѣ прямо выраженную уступку» (законъ 3 апрѣля 1824 года). Постановленія эти, по словамъ комментатора прусскаго ипотечнаго права Ахиллеса ⁽¹⁾, породили цѣлую бездну спорныхъ вопросовъ, къ разрѣшенію которыхъ тщетно направлены были полувѣковыя усилія доктрины и практики. Они образовали брешь въ дѣйствовавшей системѣ залога, построенной на дополнительномъ его значеніи, стоящую въ явномъ противорѣчій съ существомъ какъ этой системы, такъ и понятія объ обязательствѣ, исключаящаго возможность совмѣщенія въ одномъ лицѣ качества кредитора и должника, и съ тѣмъ основнымъ положеніемъ теоріи прусскаго ландрехта, что собственнику, кромѣ права собственности, не можетъ принадлежать еще какое бы то ни было вотчинное право въ томъ же имѣніи.

И по саксонскому праву, какъ старому (ст. 117—121 положения 6 ноября 1844 г.), такъ и новому (ст. 442—444 гражд. улож.), собственникъ, удовлетворившій вотчиннаго кредитора, можетъ просить или о погашеніи залоговаго требованія въ вотчинной книгѣ, или о перепискѣ залоговаго требованія по этой книгѣ на свое имя, приобрѣтая, въ случаѣ таковой переписки, право перевести требованіе на другаго; равнымъ образомъ, и въ случаѣ соединенія права собственности на заложенное имѣніе и внесеннаго требованія въ одномъ лицѣ, собственникъ въ правѣ, въ *качествѣ залогодержателя*, перевести требованіе на другаго. Необходимо, впрочемъ, замѣтить, что хотя собственникъ поставленъ саксонскимъ правомъ въ означенныхъ случаяхъ въ положеніе вотчиннаго кредитора по отношенію къ перешедшему къ нему залогу, тѣмъ не менѣе положеніе это создается упомянутымъ правомъ исключительно для того, чтобы дать собственнику возможность распорядиться освободившимся отъ залога стар-

саксонскому,

⁽¹⁾ В. п. с., стр. 303; см. также *Förster* (въ изданіи Экциуса) в. п. с., т. III, стр. 576 и слѣд.

шинствомъ независимо отъ существованія нижестоящихъ залоговъ. Правда, право это говоритъ о перепискѣ и переводѣ прежняго требованія, какъ будто послѣднее продолжаетъ существовать въ лицѣ собственника или того, кому онъ его уступилъ, не смотря на то, что оно матеріально прекратилось. Тѣмъ не менѣе комментаторы саксонскаго права стремятся объяснить указанное обстоятельство формами вотчинной записки. Непогашенное требованіе почитается существующимъ лишь на столько, что оно можетъ быть переведено въ пользу третьяго лица помимо необходимости оглашенія въ вотчинной книгѣ новаго долговаго отношенія между собственникомъ и цессіонаріемъ. Собственнику предоставлено только право упомянутаго перевода переписаннаго за нимъ требованія, самъ же онъ не имѣетъ никакого залога и не можетъ пріобрѣсти никакого требованія на себя самаго ⁽¹⁾. Поэтому то, въ случаѣ отчужденія имѣнія, залогъ, переписанный на имя собственника и послѣднимъ непереуступленный въ чью либо пользу, не сохраняется за прежнимъ собственникомъ ⁽²⁾; равнымъ образомъ, такой залогъ почитается не имѣющимъ силы по отношенію къ младшимъ вотчиннымъ кредиторамъ, когда имѣніе продано съ публичнаго торга (ст. 120 полож. 1844 г.; ст. 444 гражд. улож.), такъ что въ пользу этого залога ничего не удерживается изъ суммы, вырученной отъ продажи заложеннаго имѣнія.

новѣйшему прус-
скому законода-
тельствамъ и

Болѣе послѣдовательно, болѣе строго, съ извѣстной точки зрѣнія, институтъ ипотеки собственника проводится въ новѣйшемъ прусскомъ правѣ. Собственникъ, удовлетворившій или инымъ способомъ погасившій долгъ, обезпеченный на имѣніи въ видѣ ипотеки или грундшульда, въ правѣ требовать отъ вотчиннаго кредитора выдачи платежной росписки или удостовѣренія о согласіи на погашеніе подлежащей статьи или уступки сей послѣдней. На основаніи упомянутой росписки или удостовѣренія, внесенный въ вотчинную

⁽¹⁾ *Siebenhaar*, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen (Leipzig, 1869) т. I, стр. 395 и 396.

⁽²⁾ Тамъ же.

книгу собственникъ въ правѣ просить о перепискѣ статьи на свое имя, или переуступить ее кому либо. То же право принадлежит внесенному собственнику, приобрѣвшему ипотеку илиgrundшудъ по наслѣдству. Равнымъ образомъ и кредиторъ, приобрѣвшій заложенное имѣніе, можетъ оставить за собою записанную на его имя ипотеку илиgrundшудъ, или распорядиться ими вышеуказаннымъ способомъ (ст. 63—66 зак. о приобр. права собств. и т. д. 1872 г.).—Естественнымъ послѣдствіемъ такого построенія разсматриваемаго института является то обстоятельство, что если собственникъ не успѣлъ распорядиться перешедшимъ къ нему залогомъ илиgrundшудомъ, то тотъ или другой могутъ стать предметомъ взысканія со стороны личныхъ его кредиторовъ. Если собственникъ не успѣлъ этого сдѣлать до объявленія его несостоятельнымъ, до отчужденія имѣнія или до продажи послѣдняго съ публичнаго торга, то въ первомъ случаѣ означенное право распоряженія переходитъ къ конкурсу, во второмъ—залогъ илиgrundшудъ сохраняется за нимъ, собственникомъ, и въ третьемъ—на долю залога илиgrundшудда отчисляется часть падающей на нихъ покупной суммы (1).

Однакоже и это построеніе возбуждаетъ весьма серьезные недоумѣнія и споры. Самъ законъ 1872 г. уклоняется отъ квалификаціи права, признаваемаго за собственникомъ въ случаѣ перехода къ нему залоговаго требованія. Мотивы къ этому закону оставляютъ доктринѣ задачу разрѣшенія вопроса о томъ, «надлежитъ ли признавать этотъ залогъ въ рукахъ собственника въ качествѣ дѣйствительнаго залога, можетъ ли собственнику рядомъ съ его правомъ собственности принадлежать въ имѣніи еще какое либо вотчинное право, долженъ ли залогъ въ собственномъ имѣніи разсматриваться какъ реальная составная часть движимаго имущества собственника, можетъ ли послѣдній состоять въ одно и то же время кредиторомъ и должникомъ, нельзя ли избѣгнуть этихъ логическихъ противорѣчій и неясныхъ представленій

(1) *Achilles*, в. п. с., стр. 311.

посредствомъ сообщенія имѣнію въ отношеніи къ его собственнику значенія самостоятельной личности, или не составляетъ ли залогъ въ рукахъ собственника дарованное послѣднему формальное право распоряженія» ⁽¹⁾. Означенные мотивы полемизируютъ лишь противъ признанія въ данномъ случаѣ за собственникомъ качества вотчиннаго кредитора. «Собственнику, говорятъ они, недостаетъ существенныхъ правъ, присвоенныхъ вотчинному кредитору. Онъ не только не можетъ требовать процентовъ съ самого себя, но не въ состояніи также добиться уплаты капитала посредствомъ возбужденія противъ себя производства публичной продажи и полученія этимъ путемъ удобнаго средства освободить себя отъ залоговъ, которые оказались бы при этомъ погашенными. Залогъ, пока онъ находится въ рукахъ собственника, почиваетъ въ бездѣйствіи (*ruht*); онъ не составляетъ для собственника самостоятельнаго имущественнаго объекта и имѣетъ лишь ту отрицательную цѣнность, что собственникъ не долженъ никому по этому залогѣ ни капитала, ни процентовъ. Собственникъ имѣетъ лишь одно право и только дарованія ему этого одного права требуютъ практическія соображенія, а именно въ интересахъ его кредита ему должно быть дозволено отчудить залогъ и тѣмъ добыть себѣ средства; онъ долженъ быть поставленъ въ возможность распорядиться залогомъ и перевести на того, въ пользу котораго онъ залогъ этотъ уступаетъ, всѣ права вотчиннаго кредитора» ⁽²⁾. «Вышеприведенныя постановленія прусскаго закона 1872 г. направлены, по словамъ разсматриваемыхъ мотивовъ, собственно къ тому, чтобы систематически кодифицировать ипотеку собственника прежняго прусскаго права. Ново въ нихъ лишь то, что получившій удовлетвореніе вотчинный кредиторъ признается обязаннымъ уступить залогъ собственнику» ⁽³⁾. Нельзя впрочемъ не указать на то, что съ точки зрѣнія проекта прусскаго закона 1872 г., юридическое построеніе ипотеки собственника не могло

⁽¹⁾ *Werner*, в. п. с.: т. II, стр. 27.

⁽²⁾ Тамъ же.

⁽³⁾ Тамъ же, стр. 34.

встрѣтитъ особыхъ затрудненій. Прусскій проектъ, какъ извѣстно ⁽¹⁾, вводилъ въ свои постановленія только одинъ видъ залога, а именно залогъ въ смыслѣ самостоятельнаго права, а подобный залогъ, какъ независимый отъ требованія, могъ быть признаваемъ въ качествѣ принадлежащаго собственнику помимо нарушенія его существа. Тѣмъ большая, въ виду изложеннаго, равно какъ и тѣхъ измѣненій, которымъ подвергся проектъ при его окончательномъ утвержденіи ⁽²⁾, возникла для науки необходимость въ правильной квалификаціи ипотеки собственника. Почти всѣ сдѣланныя въ этомъ отношеніи попытки со стороны литературы прусскаго ипотечнаго права сводятся, въ главныхъ своихъ чертахъ, къ признанію за ипотекою собственника значенія самостоятельнаго права, т. е. права, тождественнаго по своему содержанію съ матеріальнымъ содержаніемъ *Grundschuld* ⁽³⁾. Но при этомъ забывается, однако, что собственникомъ по прусскому законодательству пріобрѣтается не залогъ, оторванный отъ требованія, въ обезпеченіе коего онъ установленъ, а залогъ вмѣстѣ съ требованіемъ, и именно тѣмъ требованіемъ, которое существовало раньше и матеріально прекратилось въ моментъ перехода къ собственнику. Забывается также, что означенное объясненіе существа ипотеки собственника противно ясно выраженному въ законѣ 1872 г. желанію удержать за залогомъ значеніе права дополнительнаго и противопоставить его, въ этомъ именно качествѣ, другому праву—*Grundschuld*, которому одному только и присвоенъ самостоятельный характеръ.

Наконецъ, еще болѣе рѣшительно, сравнительно съ прусскимъ правомъ, проводится институтъ ипотеки собственника въ проектѣ общегерманскаго гражданскаго уложенія. по проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія.

Проектъ этотъ замѣчателенъ тѣмъ, что представляетъ собою первую законодательную попытку окончательно устранить

⁽¹⁾ См. выше, стр. 112 и слѣд.

⁽²⁾ Тамъ же.

⁽³⁾ *Koch*, *Kommentar zum Anhang*, § 52; *Buchka*, в. п. с., стр. 115, *Goldschmid*, в. п. с., стр. 35; *Dernburg*, *Lehrbuch. d. preus. Privatrechts*, т. I (2 изд.), стр. 793; *Achilles*, в. п. с., стр. 304 и слѣд.

одно изъ главныхъ возраженій противъ ипотеки собственника, заключающееся въ указаніи на несовмѣстимость въ одномъ лицѣ права собственности и права залога. Противъ этого возраженія особенно энергично выступилъ въ послѣднее время профессоръ Фрейбургскаго университета Гартманъ въ обратившемъ на себя вниманіе сочиненіи «*Rechte an eigener Sache*» ⁽¹⁾. Проектъ провозглашаетъ, идя въ этомъ отношеніи въ разрѣзъ съ господствующей доктриной и имѣя главнымъ образомъ въ виду упомянутый институтъ ипотеки собственника ⁽²⁾, то общее начало, что «въ случаѣ совпаденія въ одномъ лицѣ права собственности и другаго какого либо права въ имѣніи, послѣднее изъ этихъ правъ таковымъ совпаденіемъ не уничтожается (ст. 835)». Для того, чтобы остаться послѣдовательнымъ, проектъ даже избѣгаетъ укореившійся въ законодательствахъ и литературѣ терминъ «права въ чужой вещи» (*jura in re aliena*), исключая возможность совмѣщенія въ одномъ лицѣ рядомъ съ собственностью еще другаго вотчиннаго права на данномъ имуществѣ, и замѣняетъ его другимъ, предложеннымъ Гартманомъ, названіемъ «ограниченныя права» (*begrenzte Rechte*) ⁽³⁾, въ противоположность собственности, какъ праву, обнимающему предметъ во всѣхъ его отношеніяхъ. — Замѣна эта, сказать мимоходомъ, едва ли можетъ быть признана удачной, ибо она невольно связываетъ съ собственностью понятіе неограниченнаго, абсолютнаго господства надъ вещью. Всякое гражданское право, не исключая и собственности, есть по существу своему *ограниченное*, такъ какъ оно обставлено опредѣленными закономъ предѣлами (ср. ст. 848 герм. проекта).

Что же касается до юридическаго построенія права въ собственной вещи, то и проектъ германскаго уложенія, подобно законодательнымъ его предтечамъ, отказывается дать это построеніе и, слѣдуя примѣру послѣднихъ, дѣлаетъ оное задачей доктрины. Мотивы проекта ограничиваются исключи-

⁽¹⁾ См. выше, прим. 2 на стр. 158.

⁽²⁾ Мотивы, т. III, стр. 203.

⁽³⁾ Тамъ же, стр. 2.

тельно оспариваніемъ возраженія о несовмѣстимости въ однѣхъ рукахъ права собственности на вещь и еще какого то права въ этой вещи, возраженія, основаннаго на томъ, что собственность доставляетъ всѣ выгоды, связанныя съ правами въ чужой вещи. По мнѣнію мотивовъ собственникъ при существованіи института ипотеки собственника получаетъ двѣ выгоды, которыя собственность сама по себѣ ему не дала бы, а именно, — возможность осуществить свое право при продажѣ имѣнія и возможность уступить это право третьему лицу, когда онъ имѣніе сохраняетъ за собою, каковыя выгоды представляютъ собою неоспоримое реальное достоинство⁽¹⁾ — Противъ сего нельзя однакоже не указать на то, что, конечно, вводя ипотеку собственника, имѣется въ виду ничто иное, какъ предоставленіе собственнику упомянутыхъ экономическихъ выгодъ. Но одно только указаніе на эти выгоды, какъ на цѣль, къ достиженію которой направленъ означенный институтъ, не оправдываетъ юридической совмѣстимости его съ понятіями о собственности и залогѣ.

Въ постановленіяхъ, относящихся къ институту ипотеки собственника, германскій проектъ выставляетъ прежде всего то положеніе, что залогъ не погашается вслѣдствіе удовлетворенія кредитора собственникомъ заложеннаго имущества (ст. 1094). Послѣдствія такового удовлетворенія, впрочемъ, по проекту не одинаковы. Они различаются смотря по тому, состоялъ ли собственникъ въ то же время и личнымъ должникомъ кредитора, или не состоялъ. Въ послѣднемъ случаѣ къ собственнику переходитъ не только залогъ, но и обезпеченное имъ личное требованіе. «Принципъ, въ силу коего требованіе прекращается фактомъ удовлетворенія кредитора, не долженъ, по словамъ мотивовъ⁽²⁾, имѣть въ данномъ случаѣ примѣненія, такъ какъ собственникъ, производящій уплату, имѣетъ обыкновенно въ виду при посредствѣ послѣдней не столько погасить долгъ, сколько пріобрѣсти кредиторскія права. Онъ уподобляется поручителю, платежъ коего кредитору не уничтожаетъ требованія». Другое дѣло,

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 205.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 727.

когда собственникъ, удовлетворившій кредитора, состоялъ его личнымъ должникомъ. Въ этомъ случаѣ, говорятъ мотивы, возможны троякаго рода воззрѣнія. По мнѣнію однихъ, собственникъ пріобрѣтаетъ не только залогъ, но и обезпечиваемое имъ требованіе, съ тѣмъ лишь, что послѣднее находится въ бездѣйствіи (*ruht*) до тѣхъ поръ, пока оно и соотвѣтствующее ему обязательство соединено въ одномъ лицѣ. Согласно взгляду другихъ, за собственникомъ должно быть признано право перевести данный залогъ съ присвоеннымъ имъ старшинствомъ на другое требованіе, отличное отъ того, которое погасилось вслѣдствіе удовлетворенія кредитора, или внести *грудшюльдъ* на мѣсто этого залога. Наконецъ, по мнѣнію третьихъ, въ случаѣ удовлетворенія должникомъ кредитора, требованіе должно необходимо прекратиться, почему за собственникомъ, который въ то же время былъ должникомъ, можетъ оставаться одинъ лишь только залогъ. Первый изъ этихъ взглядовъ отвергается разсматриваемымъ проектомъ въ виду его крайней искусственности. Желая спасти дополнительный характеръ залога, взглядъ этотъ, по словамъ мотивовъ, нарушаетъ основной принципъ обязательственнаго права, по которому долговое отношеніе должно непременно погаситься, коль скоро кредиторъ удовлетворенъ должникомъ, или когда требованіе и соотвѣтствующее ему обязательство соединяется въ одномъ лицѣ. Проектъ отвергаетъ и второй изъ приведенныхъ взглядовъ, какъ имѣющій въ основаніи своемъ ошибочную теорію, по которой предметомъ залога служить не все имѣніе, какъ цѣлое, но опредѣленная цѣнность имѣнія. Только третье изъ этихъ мнѣній представляется, съ точки зрѣнія германскаго проекта, справедливымъ ⁽¹⁾. Поэтому проектъ и постановляетъ, что въ случаѣ удовлетворенія кредитора со стороны собственника — должника, собственникъ пріобрѣтаетъ одинъ только залогъ (ст. 1094). Это и есть, по мнѣнію мотивовъ, настоящій видъ ипотеки собственника. Правда, говорятъ мотивы ⁽²⁾, приведенное пра-

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 728 и слѣд.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 729.

вило признаетъ возможнымъ существованіе залога помимо требованія и отрицаетъ въ данномъ отношеніи дополнительный характеръ залога. Но, заключають они, такое разрѣшеніе вопроса не представляетъ собою ничего страннаго для законодательства, которое не допускаетъ предъявленія возраженій о погашеніи требованія противъ ипотечнаго иска третьяго лица, защищаемаго дѣйствіемъ начала безповоротности, и, кромѣ того, знаетъ институтъ грундшюльда, какъ видъ самостоятельнаго денежнаго обремененія имѣнія. Означенное построеніе, по мнѣнію мотивовъ, не только положитъ предѣлъ всѣмъ тѣмъ трудностямъ на счетъ конструкціи ипотеки собственника, которыя порождены дѣйствующимъ правомъ, но представляетъ собою и практическія удобства. — Замѣчательно, что проектъ не считаетъ возможнымъ подчинить построенную имъ въ этомъ видѣ ипотеку собственника постановленіямъ о грундшюльдѣ. «Ипотека эта должна быть безспорно во многихъ отношеніяхъ разсматриваема какъ грундшюльдъ. Все же происхожденіе ея не можетъ быть всецѣло забываемо, она *остается* ипотекой, хотя и съ тѣмъ особымъ качествомъ, что противъ осуществленія ея не допускается возраженіе о томъ, что требованіе погашено. Поэтому проектъ предпочитаетъ ипотеку собственника регулировать особо».

Засимъ, самое пріобрѣтеніе собственникомъ залога и обезпеченнаго имъ требованія, а когда удовлетвореніе кредитора послѣдовало со стороны собственника-должника, то пріобрѣтеніе собственникомъ одного лишь залога, или другими словами, самое возникновеніе въ данныхъ случаяхъ ипотеки собственника разсматриваемый проектъ связываетъ непосредственно съ фактомъ послѣдовавшаго удовлетворенія. «Переводъ (die Uebertragung), говоритъ проектъ, наступаетъ въ обоихъ случаяхъ съ фактомъ удовлетворенія *въ силу самаго закона*» (ст. 1094). Онъ совершается, слѣдовательно, независимо отъ акта погашенія данной статьи въ вотчинной книгѣ, или переписки ея на имя собственника, а такъ сказать внѣ книги. Только для того, чтобы обезопасить себя противъ распоряженій этою статьею со стороны прежняго кредитора и пріобрѣтенія возможности самому распорядиться ею путемъ передачи, собственникъ можетъ огла-

силь свое право по книгѣ. Для доставленія ему возможности такового оглашенія проектъ обязываетъ кредитора выдать собственнику за полученное отъ него удовлетвореніе (*gegen die Befriedigung*) всѣ тѣ документы, помимо которыхъ оглашеніе это оказывалось бы по правиламъ вотчиннаго дѣлопроизводства невозможнымъ (ст. 1096).

Кромѣ случаевъ удовлетворенія требованія ипотека собственника возникаетъ по германскому проекту и въ случаѣ совпаденія въ лицѣ собственника требованія и обязательства, а именно, въ случаѣ, когда залогъ пріобрѣтается собственникомъ, или право собственности вотчиннымъ кредиторомъ. Совпаденіе это имѣетъ своимъ послѣдствіемъ погашеніе долговаго отношенія, или, другими словами, погашеніе требованія. Залогъ остается непогашеннымъ и продолжаетъ существовать въ видѣ ипотеки собственника (ст. 1097).

Что же касается до содержанія ипотеки собственника, то она сохраняетъ въ лицѣ собственника свою силу и въ случаѣ продажи имѣнія съ публичнаго торга (ст. 1076 и 1098). «То обстоятельство, говорятъ мотивы, что требованіе погашено, имѣетъ въ этомъ случаѣ послѣдствіемъ, что притязаніе того, кому упомянутая ипотека принадлежитъ, направлено не на взысканіе требованія, а на взысканіе изъ имѣнія и предметовъ, раздѣляющихъ съ послѣднимъ залоговую отвѣтственность, денежной суммы, равной размѣру внесеннаго требованія». Собственникъ, слѣдовательно, въ правѣ требовать удержанія изъ вырученной за имѣніе цѣны суммы, падающей на принадлежащей ему залогъ, и обратить эту сумму въ свою пользу. Въ отношеніи обязательства о процентахъ, размѣра послѣднихъ, срока и мѣста уплаты и условія о предварительномъ востребованіи платежа (*Kündigung*), примѣняются къ ипотекамъ собственника тѣ же постановленія, что и къ внесенному требованію (ст. 1098). Необходимость такого примѣненія, не смотря на отсутствіе самаго требованія, мотивы объясняются тѣмъ, что иначе законъ страдалъ бы существеннымъ пробѣломъ. «Положеніе вещей должно быть здѣсь разсматриваемо такимъ образомъ, какъ будто бы

требованіе продолжало существовать» (1). Собственникъ въправѣ требовать даже проценты, хотя впрочемъ съ того времени, когда имѣніе секвестровано по случаю предстоящей публичной продажи (ст. 1099), «ибо, говорятъ мотивы (2), проценты составляютъ, въ сущности, обремененіе доходовъ имѣнія, почему только съ того момента собственникъ въ правѣ требовать проценты съ принадлежащаго ему залога, съ котораго онъ лишился доходовъ по случаю наложеннаго секвестра». Только въ одномъ отношеніи собственникъ—обладатель залога отличается отъ обыкновеннаго вотчиннаго кредитора, а именно за нимъ не признается право требовать публичной продажи своего имѣнія съ цѣлью удовлетворенія этого залога (ст. 1076 и 1099).

Наконецъ, ипотека собственника по германскому проекту передается на основаніи тѣхъ же правилъ, которымъ подчинена передача залоговыхъ требованій. Въ тѣхъ изъ вышеуказанныхъ случаяхъ, когда за погашеніемъ требованія у собственника оказывается одинъ только залогъ, предметомъ передачи служитъ исключительно этотъ послѣдній, такъ что пріобрѣтатель оказывается въ результатѣ обладателемъ залога, оторваннаго отъ того требованія, въ обезпеченіе коего залогъ этотъ установленъ. Передачею ипотеки собственника не устанавливается новое требованіе, которое обезпечивалось бы этою ипотекою (ст. 1100). «Залогъ, говорятъ мотивы, не можетъ, по самому существу своему, быть перенесенъ на другое требованіе. Если собственникъ, передавая залогъ, принимаетъ въ отношеніи пріобрѣтателя обязательство платежа, то этимъ въ пользу пріобрѣтателя устанавливается право требованія, не обезпечиваемое залогомъ, а лишь присоединяемое къ этому послѣднему» (т. е. существующее самостоятельно, рядомъ съ залогомъ) (3).

Не трудно, кажется, не усмотрѣть, что и это построеніе ипотеки собственника далеко не устраняетъ существенныхъ затрудненій въ отношеніи правильной конструкціи рассмат-

(1) Тамъ же, стр. 734.

(2) Тамъ же.

(3) Тамъ же, ст. 1100.

емаго института, и что поэтому указаніе мотивовъ германскаго проекта на то, что онъ кладетъ предѣлъ этимъ затрудненіямъ, не можетъ быть признано справедливымъ. Спасая принципъ обязательственнаго права, по которому долговое отношеніе должно непремѣнно погаситься, коль скоро кредиторъ удовлетворенъ должникомъ, или когда требованіе и соотвѣтствующее ему обязательство соединились въ одномъ лицѣ, проектъ этотъ нарушаетъ самымъ очевиднымъ образомъ другой принципъ права, принципъ, по которому залогъ мыслимъ и возможенъ только въ качествѣ права дополнительнаго. Какимъ въ самомъ дѣлѣ образомъ можно было придти къ результату, что въ рукахъ собственника оказывается одинъ только залогъ, оторванный отъ требованія, въ обезпеченіе коего онъ былъ установленъ, что только этотъ оторванный отъ требованія залогъ можетъ служить предметомъ передачи отъ собственника въ пользу третьяго лица, когда самое понятіе залога опредѣляется рассматриваемымъ проектомъ въ смыслѣ дополнительнаго права (ст. 1062) и только другой институтъ, грундшюльдъ, вводимый рядомъ съ залогомъ и въ отличіе отъ него, долженъ обладать самостоятельнымъ характеромъ (ст. 1135)? Такъ какъ ипотека собственника не должна по проекту регулироваться постановленіями, относящимися къ грундшюльду, то она оказывается въ концѣ концовъ какимъ то правомъ третьяго рода, отличнымъ отъ обыкновеннаго залога и грундшюльда, правомъ, юридическая природа котораго не можетъ не возбуждать серьезныхъ недоумѣній. Хотя мотивы проекта, какъ указано выше, и характеризуютъ эту ипотеку, какъ обладающую будто бы «тѣмъ особымъ качествомъ, что противъ осуществленія ея не допускаются возраженія о томъ, что требованіе погашено», но признакъ этотъ никакого значенія имѣть не можетъ, ибо и противъ всякаго залоговаго требованія, доставшагося въ третьи руки, не можетъ быть предъявлено подобнаго возраженія. Недопущеніе возраженій есть результатъ дѣйствія начала безповоротности, дѣйствія, коимъ однакоже (подобно тому, какъ это имѣетъ мѣсто въ вексельномъ правѣ) самая природа данной юридической сдѣлки нисколько не мѣняется. Все же залогъ можетъ принадлежать

кому либо и быть передаваемъ третьимъ лицамъ не иначе, какъ съ требованіемъ. Насколько искусственно построение, данное разсматриваемымъ проектомъ ипотекъ собственника, это лучше всего видно на постановленіяхъ его, говорящихъ объ осуществленіи ипотеки въ отношеніи капитальной суммы, обязательства о процентахъ, размѣра послѣднихъ, срока и мѣста уплаты и условія о предварительномъ истребованіи платежа. Какъ бы мотивы не пытались согласовать эти постановленія съ построеніемъ, даннымъ ипотекъ собственника въ германскомъ проектѣ, послѣднія, тѣмъ не менѣе, служатъ самымъ нагляднымъ доказательствомъ наличности права требованія и при этой ипотеке, ибо помимо такой наличности они совершенно немыслимы. Не фикціей, не какою то необходимостью «разсматривать въ данномъ случаѣ положеніе вещей такимъ образомъ, какъ будто бы требованіе продолжало существовать», а дѣйствительнымъ существованіемъ требованія можетъ быть объяснено признаніе за собственникомъ права на взысканіе капитальной суммы и процентовъ и обязательность для него всѣхъ прочихъ указанныхъ условій. А если такъ, то очевидно, что ипотека собственника германскаго проекта нарушаетъ самымъ существеннымъ образомъ основной принципъ обязательственнаго права, не допускающій соединенія въ одномъ лицѣ права требованія и соотвѣтствующаго ему обязательства, а слѣдовательно и не устраняетъ недоумѣній, которыя институтъ этотъ возбуждалъ до изданія этого проекта.

V. Если мы затѣмъ обратимся къ вопросу, касающемуся другой, сознанной практикой ипотечнаго дѣла потребности, заключающейся въ предоставленіи собственнику возможности сохранить за собою выгодныя, съ точки зрѣнія старшинства, условія для своего будущаго кредита, то и здѣсь встрѣтимся съ различными институтами, направленными къ удовлетворенію означенной потребности. Эти институты сводятся къ слѣдующимъ тремъ.

V. Вопросъ о предоставленіи собственнику возможности сохранить за собою выгодныя, съ точки зрѣнія старшинства, условія для своего будущаго кредита.

1) Собственникъ можетъ, при добровольномъ установленіи залога на своемъ имѣніи, выговорить себѣ право распо-

1. Система сохраненія старшинства при добровольномъ

установленіи за-
лога.

рядиться въ границахъ опредѣленной суммы старшинствомъ, предшествующимъ этому залогу, въ пользу одного или нѣсколькихъ залоговъ. Такова система сохраненія старшинства для предстоящаго залога (Vorbehalt einer Hypothekensstelle, Vorbehalt des Ranges für ein künftig einzutragendes Recht), принятая баварскимъ (ст. 150) и саксонскимъ (ст. 143) положеніи о безспорномъ производствѣ 9 января 1865 г.) законодательствами и проектомъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 842).

Сущность этой системы заключается, прежде всего, въ томъ, что сохраненіе со стороны собственника старшинства для предстоящаго залога возможно лишь при добровольномъ установленіи какого либо залога, а слѣдовательно только съ согласія лица, въ пользу коего этотъ залогъ установленъ. Такое построеніе разсматриваемаго права объясняется тѣмъ, что, какъ уже замѣчено выше, при естественномъ, нормальномъ порядкѣ, создаваемомъ примѣненіемъ къ залогу началъ старшинства и внесенія, всякая новая поземельно-кредитная сдѣлка можетъ занять въ вотчинной книгѣ лишь то мѣсто, которое осталось свободнымъ послѣ ранѣе внесеннаго залога, почему и порядокъ этотъ можетъ быть измѣненъ не произволомъ собственника, а соглашеніемъ его съ обладателемъ означеннаго залога. Слѣдовательно, упомянутое право сводится, въ сущности, къ сдѣлкѣ объ уступкѣ старшинства, оно есть не болѣе, какъ видъ этой сдѣлки. Далѣе характерической чертой настоящей системы служить еще и то, что она направлена исключительно къ сохраненію за собственникомъ одного только залога *старшинства*. Собственникъ сохраняетъ за собою не болѣе, какъ формальное право распоряженія этимъ старшинствомъ въ пользу *предстоящаго залога*. Только осуществивъ означенное формальное право распоряженія, собственникъ обременитъ свое имѣніе. Пока же новый залогъ не внесенъ, имѣніе продолжаетъ оставаться свободнымъ по отношенію къ сохраненному старшинству и если бы имѣніе поступило, до таковаго внесенія, въ публичную продажу, то право, вытекающее изъ сохраненія старшинства, само собою погашается, разсматривается какъ будто вовсе не существующимъ, по-

чему и нижестоящіе залоги подвигаются впередъ. Точно также и въ случаѣ добровольнаго отчужденія имѣнія не возникаетъ залога въ пользу прежняго собственника, сохранившаго старшинство для предстоящаго обремененія имѣнія, но право формальнаго распоряженія этимъ старшинствомъ переходитъ къ новому собственнику ⁽¹⁾.

2) Собственникъ можетъ сохранить напередъ въ вотчинной книгѣ, въ границахъ точно опредѣленной суммы, совершенно независимо отъ внесенія какого либо залога, а слѣдовательно и отъ чьего бы то ни было на то согласія, одно или нѣсколько мѣстъ для сообщенія предстоящимъ залогамъ связаннаго съ этими мѣстами старшинства. Такова система сохраненія мѣста (*Offenhaltung der stelle*), существующая въ мекленбургскомъ правѣ (ст. 24 положенія для сельскихъ и § 26 положенія для городскихъ имѣній) и особенно рекомендованная Беккеромъ ⁽²⁾ для прусскаго законодательства во время предстоявшей въ концѣ шестидесятыхъ годовъ реформы сего послѣдняго. Слѣдовательно, и по этой системѣ собственникъ сохраняетъ за собою одно только голое старшинство или мѣсто. Таковое сохраненіе, само по себѣ, не равносильно обремененію имѣнія; объ обремененіи можетъ быть рѣчь лишь послѣ того, когда на данное мѣсто внесенъ новый залогъ. Тѣмъ не менѣе отъ предыдущей разсматриваемая система отличается существенно тѣмъ, что по ней собственнику какъ будто предоставляется право раздѣлить экономическую цѣнность своего имѣнія на нѣсколько частей, какъ самостоятельныхъ предметовъ залоговыхъ обременій, для того, чтобы воспользоваться тою или другою изъ нихъ, смотря по встрѣтившейся въ будущемъ въ томъ надобности. ⁽³⁾ Отличіе это во всѣхъ своихъ строго-логическихъ послѣдствіяхъ не проводится, впрочемъ, нигдѣ. Если сохраненное собственникомъ мѣсто осталось пустымъ, то оно и по мекленбургскимъ законамъ не можетъ породить въ пользу собственника права на удержаніе изъ вырученной за имѣніе

2. Система абсолютнаго сохраненія мѣста по

мекленбургскому и

⁽¹⁾ Regelsberger, в. п. с., стр. 288 и слѣд.

⁽²⁾ В. п. с., стр. 88 и слѣд.

⁽³⁾ v. *Maibom*, в. п. с., стр. 138, 150 и слѣд.

цѣны вслѣдствіе публичной его продажи суммы, въ которой мѣсто это удержано. Оно не становится также самостоятельнымъ предметомъ взысканія со стороны личныхъ кредиторовъ собственника; если оно не занято ко времени публичной продажи имѣнія, то нижестоящіе вотчинные кредиторы подвигаются впередъ. Ясно во всякомъ случаѣ, что разсматриваемая система имѣетъ въ основѣ своей абсолютную теорію старшинства (Locustheorie), несостоятельность коей была указана выше. Она выдвигаетъ собою понятіе о мѣстѣ или о старшинствѣ, совершенно оторванномъ отъ залога, противорѣчащее тому началу, по которому залогъ обнимаетъ собою нераздѣльно все имѣніе, на которомъ онъ установленъ.

австрійскому праву. Кромѣ мекленбургскаго права, система сохраненія мѣста существуетъ также, со времени изданія австрійскаго закона о вотчинныхъ книгахъ 1871 года, и въ австрійскомъ правѣ, съ тою лишь особенностью, что дѣйствіе внесенной въ вотчинную книгу отмѣтки о сохраненіи мѣста ограничено, въ виду опасностей, представляемыхъ этимъ институтомъ въ рукахъ недобросовѣстнаго собственника, шестидесятидневнымъ срокомъ (ст. 53—58 означеннаго закона). Право, связанное съ этою отмѣткою, остается въ случаѣ добровольнаго отчужденія имѣнія за прежнимъ собственникомъ. Если въ теченіи упомянутаго срока внесенія залога не послѣдовало, то дѣйствіе разсматриваемой отмѣтки требуетъ возобновленія посредствомъ новаго ея внесенія ⁽¹⁾.

3. Системаgrund-
шудловъ на имя
собственника по

3) Обѣ эти системы не могли быть признаны достаточными въ глазахъ тѣхъ защитниковъ болѣе энергичныхъ формъ залога, о которыхъ неоднократно упоминалось выше. Если онѣ и даютъ собственнику возможность сохранить лучшія въ отношеніи старшинства условія для своего будущаго кредита, то онѣ, по мнѣнію упомянутыхъ защитниковъ, дѣлаютъ это далеко не полно. Для собственника весьма важно, чтобы онъ, отыскивая деньги, въ коихъ ему встрѣтилась

⁽¹⁾ Exner, в. п. с., стр. 663 и слѣд.

надобность, могъ предложить не одно лишь старшинство, не голое мѣсто, но опредѣленную, внесенную уже въ вотчинную книгу ипотеку. Только при этомъ условіи съ разсматриваемой точки зрѣнія возможно обезпечить капиталиста исполнѣ отъ всякаго рода случайностей, могущихъ наступить въ промежутокъ времени между переговорами о займѣ и производствомъ самаго внесенія въ вотчинную книгу. Еще лучше, по мнѣнію тѣхъ же защитниковъ, эта цѣль будетъ достигнута, если такая заранѣе приготовленная ипотека будетъ связана съ легко передаваемою бумагою, имѣющей характеръ бумаги на предъявителя, снабженной купонными листами. Такова именно форма удовлетворенія разсматриваемой потребности, существующая въ нынѣ дѣйствующемъ прусскомъ правѣ.

Еще до изданія прусскаго закона 5 мая 1872 года, а именно въ законъ 21 апрѣля 1868 г. для Нейфорпомерна и острова Рюгена было введено слѣдующее правило: «записанный собственникъ имѣетъ право на занесеніе для самого себя въ свою вотчинную книгу опредѣленныхъ суммъ, съ означеніемъ при каждой суммѣ и опредѣленной нормы процентовъ. Вслѣдствіе такого занесенія онъ вступаетъ въ отношеніи къ записанной суммѣ въ права вотчиннаго кредитора. Но проценты подлежатъ уплатѣ только со времени, когда собственникъ уступить требованіе, или отчудить имѣніе, служащее ипотечнымъ обезпеченіемъ, третьему лицу». За-
симвъ проектъ прусскаго закона 1872 года точно также полагалъ предоставить собственнику право записывать ипотеки на свое собственное имя ⁽¹⁾, каковое право коммисія палаты господъ замѣнила правомъ внесенія на имя собственника грундшульда ⁽²⁾. По силѣ ст. 27, 28, 39 и 55 этого закона, собственникъ имѣетъ право записывать на свое имя грундшульды и получать по нимъ акты о грундшульдѣ (Grundschuldbriefe). Въ семъ случаѣ ему предоставляется право распоряженія грундшульдомъ и перевода на третьихъ лицъ полныхъ правъ кредитора. Онъ участвуетъ въ распре-

закону 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена,

прусскому законодательству и

⁽¹⁾ Werner, в. п. с., Т. II, стр. 26.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 56.

дѣленіи денегъ, вырученныхъ отъ публичной продажи обременнаго имѣнія. Въ случаѣ отчужденія имѣнія, онъ сохраняетъ всѣ права кредитора по внесенному на свое имяgrundschuld. Съ актомъ оgrundschuld могутъ быть выдаваемы купонные листы. Въ этомъ случаѣ только предъявитель срочнаго купона при возвращеніи послѣдняго имѣетъ право на полученіе процентовъ. Grundschulды могутъ быть уступаемы и безъ означенія приобрѣтателя (бланковая уступка). Всякій бланкодержатель акта объgrundschuld имѣетъ право вещнаго иска и передачи этого акта по бланковой или именной надписи.

по проекту общегерм. гражд. уложенія.

Въ такомъ же видѣ разсматриваемое право вводится и въ проектъ общегерманскаго уложенія, съ тѣмъ, впрочемъ, различіемъ, что ни бланковыя передачи, ни купонные листы имъ не допускаются⁽¹⁾. Первые, по словамъ мотивовъ, порождаютъ большія затрудненія, ставя собственника въ неизвѣстность на счетъ того, кто состоитъ его кредиторомъ, которому надлежитъ уплачивать проценты. Что же касается купонныхъ листовъ, то практичность ихъ не оправдалась опытомъ. Въ Берлинѣ внесено въ 1878 г. grundschulдовъ, по коимъ выданы купонные листы, всего только на сумму 94.500 марокъ, а безъ этихъ листовъ на сумму 11.569.565 марокъ⁽²⁾. Согласно съ дѣйствующимъ прусскимъ правомъ проектъ допускаетъ внесеніе на имя собственника толькоgrundschuld, а не залога. Залогъ на имя собственника *напередъ установленный* противорѣчилъ бы, по мнѣнію мотивовъ, дополнительному характеру залоговаго права (хотя, сказать мимоходомъ, соображеніе это, какъ указано выше, не воспрепятствовало проекту допустить ипотеку собственника въ случаѣ прекращенія какого либо залога, установленнаго на его имѣніи вслѣдствіе совпаденія (confusio) или уплаты). Теоретическія затрудненія, которыя встрѣтило при господствѣ современнаго права построеніе ипотеки собственника, не имѣются на лицо вовсе, или, по крайней мѣрѣ,

⁽¹⁾ Мотивы, Т. III, стр. 783.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 784 и 785.

въ той же степени, въ отношеніи къ институтуgrundшудда собственника, такъ какъ grundшуддъ есть право самостоятельное отъ требованія. Практическое значеніе этого института заключается въ томъ, что «собственникъ путемъ созданія подобныхъ grundшуддовъ можетъ исчерпать всю цѣнность своего имѣнія, помѣстивъ прежде всего тѣ изъ нихъ, которые представляютъ меньшую степень обезпеченности, и отложить остальные для болѣе трудныхъ временъ» (1).

VI. Всѣ указанные потребности поземельнаго кредита и возбуждаемые ими спорные вопросы не могли быть предметомъ разрѣшенія въ дѣйствующемъ русскомъ залоговомъ правѣ, построенномъ на началѣ, что одно и то же имѣніе можетъ быть заложено только въ однѣ руки. Признавая возможность установленія на имѣніи одного лишь залога, законодательство не имѣло и повода предусматривать особо случаи совпаденія въ одномъ лицѣ права собственности и залога или добровольнаго удовлетворенія послѣдняго со стороны собственника и постановлять на эти случаи особые правила. Совпаденіе это, равно какъ удовлетвореніе по закладной вело очевидно само собою къ прекращенію долга. Точно также законодательству не было никакого повода регулировать право собственника сохранять за собою старшинство въ пользу будущаго залога. Поводъ къ тому, чтобы предусмотрѣть всѣ упомянутыя потребности, возникъ собственно только съ воспослѣдованіемъ Высочайше утвержденнаго 12 февраля 1862 г. мѣнія государственнаго совѣта, вошедшаго въ ст. 1630¹ т. X ч. I свод. зак. гражд., изд. 1887 г., коимъ дозволено имѣнія, заложенные въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ, отдавать, сверхъ того, въ залогъ частнымъ учрежденіямъ и лицамъ. Однакоже, правильное разрѣшеніе означенныхъ случаевъ мыслимо только при полномъ пересмотрѣ дѣйствующихъ постановленій о залогѣ. Введеніе новаго порядка установленія правъ на недвижимыя имѣнія, опредѣляя отношенія между залогами,

VI. Взглядъ проекта вотч. устава на разсматр. вопросы.

(1) Тамъ же, стр. 611, 612, 791 и 792.

обусловливаемые примѣненіемъ начала старшинства, выдвигаетъ, по необходимости, всѣ вышеозначенные потребности, требуя спеціальнаго ихъ разрѣшенія.

Необходимость эта была признана проектомъ бывшей ипотечной комисіи, внесенномъ министромъ юстиціи на разсмотрѣніе государственнаго совѣта, и выразилась въ слѣдующихъ правилахъ этого проекта, изложенныхъ въ ст. 161—164.

«Собственникъ имѣнія, уплативъ кредитору долгъ по крѣпостному свидѣтельству ⁽¹⁾, вправѣ, не уничтожая укрѣпленія, передать это свидѣтельство третьему лицу.»

«Въ крѣпостную книгу могутъ быть записаны, по желанію собственника, крѣпостныя свидѣтельства на опредѣленную сумму и безъ означенія имени кредитора.»

«Крѣпостное свидѣтельство безъ имени кредитора передается собственникомъ другому лицу на основаніи ст. 158» (т. е. по сдѣлкамъ, засвидѣствованнымъ нотариусомъ или крѣпостнымъ отдѣленіемъ).

«Въ случаѣ перехода къ собственнику имѣнія правъ кредитора или къ кредитору правъ собственника, записанныя за ними въ крѣпостной книгѣ обязательства не теряютъ своей силы.»

Точный смыслъ приведенныхъ статей не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что составители проекта стояли на почвѣ института ипотеки собственника. Они, какъ видно изъ трудовъ бывшей ипотечной комисіи ⁽²⁾, желали дать собственнику возможность, при встрѣтившейся у него нуждѣ въ кредитѣ, «представить заимодавцу *вполнѣ готовую и уже внесенную* въ крѣпостную книгу закладную.»

Предложенія эти подверглись смягченіямъ со стороны преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній въ двоякомъ направленіи, а именно: во 1-хъ, въ недопущеніи внесенія залога на предъявителя (ст. 25), и во 2-хъ, въ лишеніи ипотеки собственника всякихъ послѣдствій въ томъ слу-

⁽¹⁾ Крѣпостныя свидѣтельства, по проекту бывшей ипотечной комисіи, суть акты, которые предполагалось выдавать по внесеннымъ въ крѣпостную книгу залогамъ (ст. 99), соотвѣтствующіе залоговымъ актамъ проекта вотчиннаго устава.

⁽²⁾ Т. I, стр. 255 и 256.

чаѣ, если она не была передана собственникомъ въ постороннія руки до публичной продажи имѣнія (ст. 26 главн. осн.). «Законодательство наше требуетъ, сказано въ журналѣ государственнаго совѣта ⁽¹⁾, чтобы во всѣхъ безъ исключенія договорахъ и обязательствахъ, заключаемыхъ въ письменной формѣ, были показываемы имена и фамиліи обѣихъ договаривающихся сторонъ, устраняя такимъ образомъ выдачу актовъ на предъявителя. Къ отступленію отъ этого начала, при внесеніи въ крѣпостныя книги статей, обезпечивающихъ исполненіе по сдѣлкамъ въ формѣ крѣпостныхъ свидѣтельствъ, не усматривается достаточныхъ основаній. Означеніе въ сихъ статьяхъ лица кредитора представляется, сверхъ того, нужнымъ, какъ мѣра охранительная, долженствующая предупредить возможныя на практикѣ злоупотребленія названными свидѣтельствами. Вслѣдствіе сего и такъ какъ законъ дозволяетъ выдачу векселей на имя самого векселедателя, казалось бы болѣе правильнымъ разрѣшить внесеніе въ крѣпостную книгу обязательствъ, написанныхъ на имя самого собственника имущества. По мнѣнію департаментовъ, такимъ измѣненіемъ статьи 19 достиженіе имѣющейся въ виду ея цѣли—возможное облегченіе кредита въ мѣстностяхъ бѣдныхъ капиталами—не будетъ затруднено, ибо собственникъ, въ пользу котораго установлено обезпеченіе, можетъ во всякое время передать, кому пожелаетъ, принадлежащее ему свидѣтельство по надписи, засвидѣтельствованной нотаріальнымъ порядкомъ. Независимо отъ сего, департаменты признаютъ нужнымъ дополнить означенное постановленіе въ томъ смыслѣ, что если передача крѣпостнаго свидѣтельства, записаннаго на имя собственника имѣнія, не послѣдуетъ до внесенія въ крѣпостную книгу охранительной отмѣтки объ окончаніи описи имущества, то, въ случаѣ продажи имущества съ публичнаго торга, свидѣтельство это не имѣетъ никакой силы въ отношеніи правъ слѣдующихъ за нимъ, въ порядкѣ старшинства, кредиторовъ».

(1) Журналъ соединенныхъ департаментовъ законовъ, государственной экономіи, гражданскимъ и духовныхъ дѣлъ отъ 25 ноября и 2 декабря 1877 г., 7, 14, 21 и 28 января, 11 и 25 февраля и 11 марта 1878 г., 21 и 31 января 1881 года за № 36, стр. 25 и 27.

При начертаніи правилъ проекта вотчиннаго устава, относящихся къ разсматриваемымъ вопросамъ, не могли не получить рѣшающаго вліянія соображенія, легшія въ основаніе самаго главнаго вопроса залоговаго права и подробно изложенныя въ объясненіяхъ по вопросу о значеніи, которое должно быть присвоено залогу по этому проекту ⁽¹⁾. Отвергнувъgrund, шульдвидя въ залогъ ничто другое, кромѣ средства обезпеченія обязательныхъ отношеній, а слѣдовательно, ничто другое, кромѣ права, которое безъ упомянутыхъ отношеній, совершенно немыслимо, проектъ вотчиннаго устава не могъ принять института ипотеки собственника хотя бы и въ томъ смягченномъ видѣ, въ какомъ онъ является по преподаннымъ государственнымъ совѣтомъ главнымъ основаніямъ. Отрицая всякую практическую необходимость въ заимствованіи изъ Германіи самостоятельныхъ формъ обремененій, способствующихъ быстрой мобилизаціи недвижимой собственности, признавая введеніе у насъ этихъ формъ не только нежелательнымъ, но даже положительно вреднымъ, проектъ вотчиннаго устава не могъ не отнестись точно также и къ ипотекамъ собственника, какъ такому же мобилизаціонному орудію. Слѣдовательно, не только послѣдовательность, строго логическая стройность всѣхъ постановленій проекта, относящихся къ залоговому праву, но и практическія соображенія говорятъ противъ введенія ипотеки собственника. Соображенія эти пріобрѣтаютъ еще большую силу, если принять во вниманіе, что юридическая природа ипотеки собственника крайне туманна и спорна, возбуждаетъ массу недоумѣній и сомнѣній, весьма вредныхъ въ такомъ дѣлѣ, которое касается интересовъ поземельной собственности. Съ этой точки зрѣнія переносъ этого института на нашу почву могъ бы развѣ только подорвать успѣхъ предпринимаемаго преобразованія, ставящаго своею цѣлью исключительно *упроченіе* правъ на недвижимыя имѣнія, внесеніе въ область этихъ правъ надлежащей *твердости* и *обезпеченности*. Онъ является тѣмъ болѣе излишнимъ, что введеніе настоящей реформы уже само по

(1) См. выше, стр. 107 и слѣд.

себѣ составляетъ несомнѣнный шагъ впередъ въ дѣлѣ содѣйствія развитію поземельнаго кредита и что, какъ показываетъ долговременный опытъ большинства западно-европейскихъ странъ и царства польскаго, развитіе поземельнаго кредита можетъ достигнуть достаточной степени и помимо созданія столь искусственныхъ институтовъ, какимъ является ипотека собственника.

Таковы соображенія, по коимъ проектъ вотчиннаго устава, руководствуясь п. III Высочайше утвержденнаго 19 мая 1881 г. мнѣнія государственнаго совѣта, счелъ необходимымъ отступить въ данномъ случаѣ отъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній.

Поступая такимъ образомъ, проектъ не нашелъ тѣмъ не менѣе возможнымъ оставить безъ удовлетворенія тѣ потребности, которыя находятъ признаніе въ большинствѣ законодательствъ и обратили на себя вниманіе государственнаго совѣта. Онъ полагаетъ лишь, что форма этого удовлетворенія должна быть приведена въ соотвѣтствіе съ общепринятыми понятіями залога и обязательственнаго права, не должна существенно колебать этихъ понятій.

Съ этой точки зрѣнія проектъ находитъ, что залогъ обнимаетъ собою все имѣніе, на которомъ онъ установленъ, и что, благодаря присущему залогу стремленію распространяться нераздѣльно на все имѣніе, нижестоящіе залогъ, въ случаѣ прекращенія какого либо вышестоящаго залога вслѣдствіе платежа, совпаденія или по другой какой либо причинѣ, должны необходимою силою вещей подвинуться впередъ. Таково общее правило, послѣдствія коего если и могутъ быть устранены въ интересахъ строгой справедливости по отношенію къ собственнику, то не иначе, какъ прямымъ вмѣшательствомъ закона, предоставляющаго собственнику право воспользоваться не тѣмъ же погашеннымъ залогомъ (ибо послѣдній уже не существуетъ), а лишь старшинствомъ его для установленія новаго залога. Прекращеніе залога можетъ имѣть своимъ результатомъ одно только освобожденіе собственника отъ обязанностей, лежавшихъ на немъ до такового прекращенія. Если прекращеніе залога должно обращаться къ выгодѣ не младшихъ кредиторовъ, а собственника, то это

можетъ случиться лишь настолько, насколько собственникъ воспользовался обстоятельствомъ прекращенія залога для своихъ будущихъ кредитныхъ операцій. Матеріальныя отношенія заинтересованныхъ сторонъ представляются, по самому существу дѣла, совершенно отличными отъ существовавшихъ раньше, почему они должны обсуждаться не по прежнимъ, а по новымъ сдѣлкамъ, требующимъ надлежащаго установленія ихъ, т. е. внесенія въ вотчинную книгу. Если же собственникъ не воспользовался упомянутымъ обстоятельствомъ въ свою пользу, не внесъ до публичной продажи имѣнія новаго залога съ присвоеніемъ ему старшинства залога прекращеннаго, то нижестоящіе залоги должны подвинутся впередъ, такъ какъ не имѣется налицо того единственнаго препятствія, которое мѣшало бы такому передвиженію, именно вышестоящаго залога. Самое осуществленіе разсматриваемаго права собственника должно быть связано не только со случаями прекращенія залога вслѣдствіе совпаденія или платежа, какъ это имѣетъ мѣсто по нѣкоторымъ вышеупомянутымъ законодательствамъ, но рѣшительно со всѣми случаями прекращенія по какому бы то ни было основанію, такъ какъ существо дѣла во всѣхъ этихъ случаяхъ одно и то же. Точно также право это не должно возникать (подобно, напримѣръ, ипотекѣ собственника по проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія), такъ сказать, внѣ вотчинной книги, но его слѣдуетъ обусловить фактомъ *погашенія* прекращеннаго залога по этой книгѣ, такъ какъ послѣдняя должна служить единственнымъ зеркаломъ всего вотчиннаго оборота по каждому имѣнію. Въ свою очередь, собственнику должна быть дана возможность сохранить за собою лучшія условія для своего будущаго кредита, но не въ видѣ внесенія залоговъ на свое имя, такъ какъ всякій залогъ предполагаетъ наличность требованія, имѣть же требованіе на самого себя не мыслимо. Недѣйствительный самъ по себѣ, такой залогъ не можетъ порождать какихъ либо юридическихъ послѣдствій вслѣдствіе передачи его собственникомъ постороннему лицу. Точно также возможность эта не можетъ быть осуществляема при помощи абсолютнаго, независимаго отъ согласія нижестоящаго кредитора, сохраненія мѣста для одного

или нѣсколькихъ предстоящихъ залоговъ, такъ какъ это противорѣчило бы усвоенному проектомъ значенію начала старшинства. Она мыслима и возможна съ точки зрѣнія проекта исключительно въ зависимости отъ упомянутаго согласія. Въ основаніе права собственника на сохраненіе старшинства для предстоящаго залога можетъ быть положено одно только договорное начало. Засимъ, хотя право собственника воспользоваться старшинствомъ погашеннаго залога основано непосредственно не на договорѣ (такъ какъ оно осуществляется помимо согласія нижестоящихъ кредиторовъ), а на законѣ, тѣмъ не менѣе при дѣйствіи общаго закона, устанавливающаго это право, послѣднее играетъ въ сущности роль *подразумывающагося условія всякой поземельно-кредитной сдѣлки, занимающей въ вотчинной книгѣ второе и слѣдующія мѣста*. Въ виду упомянутаго закона каждый кредиторъ, пріобрѣтая залогъ, долженъ будетъ исключить разъ навсегда изъ своихъ расчетовъ сумму, на которую внесены предшествующіе ему залогомъ; онъ не долженъ рассчитывать на случайное прекращеніе этихъ залоговъ какъ на обстоятельство, могущее усилить его обезпеченность. Такимъ образомъ, оба разсматриваемые института, право собственника сохранить старшинство для предстоящаго залога и право собственника воспользоваться старшинствомъ погашеннаго залога въ пользу новаго залоговаго права, представляютъ собою весьма существенную аналогію. Оба они поэтому должны быть подчинены однимъ и тѣмъ же правиламъ, опредѣляющимъ ихъ сущность и послѣдствія. Оба они не должны служить орудіемъ злоупотребленій со стороны собственника; оба должны осуществляться настолько, чтобы не нарушать ничьихъ законныхъ интересовъ.

На изложенныхъ соображеніяхъ основаны ст. 64—73 и вторая половина ст. 107 проекта вотчиннаго устава. Въ частности, по отношенію къ праву собственника сохранить старшинство для предстоящаго залога необходимо еще замѣтить, что право это, будучи по проекту обусловлено согласіемъ кредитора, въ пользу коего устанавливается залогъ, на первый взглядъ какъ будто стѣсняетъ собственника въ той возможности обезпечить лучшія условія для его будущаго

кредита, которую давала бы ему система ипотеки собственника, или даже система сохраненія мѣста, не обусловленная упомянутымъ согласіемъ. Собственникъ не можетъ, по проекту, добиться означенной цѣли во всякое данное время, т. е. и тогда, когда онъ не обременяетъ залогомъ своего имѣнія. Но дѣло въ томъ, что подобная возможность для собственника едва ли необходима. Пока собственникъ не обременилъ еще залогомъ своего имѣнія, ему очевидно не зачѣмъ сохранять старшинство для предстоящихъ залоговъ, такъ какъ возможность хорошаго ихъ обезпеченія существуетъ для него сама собою. Когда же имѣніе уже обременено, то произвольное сохраненіе старшинства предъ внесеннымъ залогомъ не мыслимо, такъ какъ положеніе, занятое послѣднимъ, не можетъ быть поколеблено какими либо будущими обремененіями. Опасаться, что кредиторы не будутъ соглашаться, при установленіи въ ихъ пользу залога, уступать въ пользу собственника старшинство для предстоящаго залога, едва ли справедливо на томъ основаніи, что все здѣсь зависитъ отъ цѣнности даннаго имѣнія. Собственникъ въ состояніи рассчитывать на это согласіе въ той же мѣрѣ, въ какой кредиторы согласились бы стать ниже уже дѣйствительно внесенныхъ залоговъ, ибо существо дѣла въ обоихъ этихъ случаяхъ совершенно одинаково.

§ 3. Передача залоговыхъ требованій.

І. Отмѣна запрещенія передавать залоговыя требованія и ея ближайшія общегражданскія послѣдствія.

І. Какъ уже было замѣчено, дѣйствующій нынѣ законъ (ст. 1653 т. X ч. 1, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.) не даетъ вотчинному кредитору права передать свое залоговое требованіе непосредственно другому лицу. Такая передача возможна фактически не иначе, какъ при помощи совершенія *новой* закладной, по прекращеніи прежней. Такимъ образомъ, для совершенія вотчиннымъ кредиторомъ переуступки требованія, обезпеченнаго залогомъ, необходимо пройти сперва всѣ формальности уничтоженія старой закладной и затѣмъ уже совершить новую закладную. Такъ какъ совершеніе новой закладной возможно только при участіи должника, то и

вся указанная процедура передачи залоговыхъ требованій, по дѣйствующему праву, необходимо предполагаетъ означенное участіе должника.

Высочайше утвержденныя главныя основанія предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество нашли необходимымъ отступить отъ нынѣшняго законодательства по разсматриваемому вопросу. По силѣ ст. 21 упомянутыхъ главныхъ основаній «установленныя на имуществѣ обезпеченія договоровъ и обязательствъ могутъ быть передаваемы какъ въ полномъ своемъ составѣ, такъ и по частямъ. Для упомянутой передачи согласіе должника необходимо только тогда, когда объ этомъ постановлено особое въ договорѣ или обязательствѣ условіе». Главнымъ основаніемъ слѣдуетъ и проектъ вотчиннаго устава (ст. 83), руководствуясь въ этомъ отношеніи соображеніями, подробно указанными въ предъидущемъ отдѣлѣ настоящихъ объясненій ⁽¹⁾. Только при дѣйствіи правила, разрѣшающаго передачу залоговыхъ требованій, понимая ее въ техническомъ смыслѣ этого слова, т. е. какъ передачу, необусловленную согласіемъ должника, возможенъ долгосрочный кредитъ, тотъ кредитъ, въ которомъ всего болѣе нуждается недвижимая собственность. Служа въ рукахъ вотчиннаго кредитора средствомъ удобной реализаціи занятаго капитала подъ обезпеченіе имѣнія помимо публичной продажи сего послѣдняго, упомянутое правило способствуетъ оставленію этого капитала на имѣніи на неопредѣленное время. По самому существу дѣла для должника рѣшительно все равно, кто бы ни былъ его кредиторомъ. Если въ нашихъ законахъ имѣлось въ виду, что для собственника недвижимости не безразлична перемѣна личности залогодержателя, такъ какъ послѣднему, въ случаѣ неудовлетворенія долга по закладной, предоставлено право владѣнія и пользованія заложеннымъ имѣніемъ, то соображеніе это устраняется въ ипотечной системѣ, которая такого права за кредиторомъ не признаетъ. Основное начало невмѣшательства собственника недвижимости въ сдѣлки по переуступкѣ

⁽¹⁾ Стр. 36 и слѣд.

вотчинными кредиторами залоговыхъ требованій до того безспорно какъ въ доктринѣ права, такъ и во всѣхъ западно-европейскихъ законодательствахъ, что оно не подаетъ повода къ малѣйшему даже сомнѣнію на счетъ не только его полезности, но и безусловной необходимости.

Отмѣна дѣйствующаго закона, запрещающаго передачу залоговыхъ требованій, равносильна въ сущности лишь признанію, что залогъ самъ по себѣ не служитъ препятствіемъ къ передачѣ того требованія, къ которому онъ присоединенъ, въ качествѣ его обезпеченія. Она переноситъ только центр тяжести вопроса о возможности передачи каждаго даннаго залоговаго требованія изъ залога въ требованіе. Ближайшимъ послѣдствіемъ означенной отмѣны является, слѣдовательно, то положеніе, что *всякій залогъ можетъ быть передаваемъ постольку же, постольку передаваемо само требованіе, въ обезпеченіе коего залогъ установленъ*. А такъ какъ вопросъ о передачѣ требованій регулируется общими гражданскими законами, то очевидно, что отмѣна, о коей идетъ рѣчь, должна повлечь за собою распространеніе дѣйствія этихъ законовъ и на передачу залоговыхъ требованій. Съ этой точки зрѣнія вотчинному уставу, какъ и всякому ипотечному закону, нѣтъ рѣшительно никакой необходимости касаться вопроса о томъ, какія требованія изъ числа тѣхъ, которыя обезпечены залогами, могутъ быть передаваемы и какія не могутъ. Вопросъ этотъ, послѣ введенія въ дѣйствіе вотчиннаго устава, долженъ быть разрѣшаемъ въ каждомъ данномъ случаѣ на основаніи правилъ т. X ч. I свода зак. гражд. и при томъ такъ, какъ будто бы дѣло шло не о залоговомъ требованіи, а о требованіи, не обезпеченномъ залогомъ.

Такое распространеніе общегражданскихъ правилъ о передачѣ требованій на передачу залоговыхъ требованій обусловливается еще и придаточнымъ, дополнительнымъ характеромъ залога. Какъ придатокъ къ требованію, какъ принадлежность послѣдняго, лишенная самостоятельнаго значенія, залогъ не можетъ оказывать никакого вліянія на передаваемость требованія тѣмъ болѣе, что и вся сила рассматриваемой передачи заключается въ переводѣ на другое лицо не столько

залога, сколько самого требованія, ради коего залогъ установленъ.

Исходя изъ указаннаго значенія залога, какъ права дополнительнаго, необходимо придти, далѣе, къ тому положенію, что съ *передачей требованія на пріобрѣтателя его переходитъ непосредственно и залогъ, обеспечивающій это требованіе*. Положеніе это, признанное еще римскимъ правомъ, получило полное право гражданства во всѣхъ западно-европейскихъ законодательствахъ, придающихъ залогу означенное выше значеніе. Всѣ эти законодательства, начиная съ французскаго гражданскаго уложенія (ст. 1692) и кончая проектомъ уложенія германскаго (ст. 297, 1086), подводятъ залогъ въ разсматриваемомъ отношеніи подъ общее понятіе принадлежности требованія (*accessorium*) и подчиняютъ его дѣйствию общаго начала «*accessorium sequitur principale*». Всѣ они признаютъ переходъ залога въ разсматриваемыхъ случаяхъ происходящимъ *непосредственно*, силою перехода самаго требованія. Переводъ на другое лицо требованія влечетъ *самъ собою* и переводъ на это лицо залога, обеспечивающаго требованіе. Съ матеріальной точки зрѣнія, конечно, возможна и передача въ пользу другаго лица одного только требованія помимо обеспечивающаго его залога. Но она должна по необходимости сопровождаться прекращеніемъ этого залога, ибо такъ какъ залогъ направленъ къ обезпеченію извѣстнаго требованія, то онъ можетъ принадлежать только тому, кому принадлежитъ въ данное время и само это требованіе. Залогъ, который оставался бы за прежнимъ вотчиннымъ кредиторомъ въ то время, какъ требованіе перешло къ другому лицу, оказывался бы правомъ, лишеннымъ всякаго содержанія, а слѣдовательно и смысла. По этой же причинѣ *немыслима передача одного только залога помимо обеспечиваемаго имъ требованія*. Въ очевидное нарушеніе дополнительнаго характера залога французская практика допускала переводъ одного только залога въ ипотеку, принадлежащей женѣ на имущество мужа, путемъ переуступки въ пользу кого либо изъ своихъ кредиторовъ или кредиторовъ послѣдняго, совершенно неправильно говоря въ данномъ случаѣ о суброгаціи, между тѣмъ какъ подъ суброгаціей фран-

цузское гражданское уложение (ст. 1249) разумѣтъ основанное на законѣ вступленіе новаго кредитора въ права прежняго не только въ отношеніи принадлежавшаго послѣднему обезпеченія, но и самаго права требованія ⁽¹⁾. Такой переводъ залога на совершенно новое требованіе противорѣчитъ существу залоговаго права. Вопросъ объ этомъ существѣ принадлежитъ къ разряду вопросовъ *juris publici quod privatorum pactis mutari non potest*. Договоръ, направленный на передачу одного только залога, долженъ быть признанъ съ точки зрѣнія усвоеннаго проектомъ вотчиннаго устава взгляда на залогъ, какъ на право дополнительное, недѣйствительнымъ, такъ какъ допущеніе его было бы равносильно превращенію того института залога, который устанавливается проектомъ, въ институтъ грундшульда.

Само собою разумѣется, что, допуская передачу залоговыхъ требованій, проектъ распространяетъ на нее и тѣ общегражданскія послѣдствія, которыя связаны съ передачей требованій вообще. Всѣ юридическія отношенія между уступателемъ (цедентомъ) требованія и пріобрѣтателемъ (цессіонаріемъ) его, между цедентомъ и должникомъ и между цессіонаріемъ и должникомъ должны почитаться подчиненными на первомъ планѣ началамъ, присущимъ нашимъ дѣйствующимъ гражданскимъ законамъ. Какъ извѣстно, передача требованія (цессія) есть такая правовая сдѣлка, въ силу коей требованіе переходитъ изъ имущества прежняго кредитора въ составъ имущества новаго. Въ случаѣ, слѣдовательно, передачи и залоговаго требованія, цессіонаріи становится вотчиннымъ кредиторомъ, пріобрѣтаетъ полное право распоряженія этимъ требованіемъ и разсматривается вообще такъ, какъ еслибы послѣднее съ самаго начала было установлено въ его пользу. Само собою понятно, что переданное залоговое требованіе сохраняетъ въ лицѣ цессіонарія то старшинство, которое принадлежало этому требованію до передачи.

Въ числѣ общегражданскихъ началъ, имѣющихъ примѣне-

⁽¹⁾ *Pont*, Commentaire—Traité des privilèges et hypothèques (Paris, 1886), т. I, § 334; противъ *Laurent*, в. п. с., т. 31, § 324 и слѣд.

ніе при передачѣ требованій вообще, а слѣдовательно и залоговыхъ требованій, есть однако же одно, которое не можетъ не быть принято особо во вниманіе со стороны всякой правильно устроенной ипотечной системы. По поводу общегражданскихъ послѣдствій всякой вообще передачи личныхъ требованій возникаетъ именно вопросъ о послѣдствіяхъ такихъ фактовъ или событій, вліяющихъ на взаимныя отношенія контрагентовъ, которыя наступили послѣ передачи, но при невѣдѣніи должника объ этой послѣдней. Таковъ, въ частности, вопросъ о правѣ должника, оставшагося въ невѣдѣніи на счетъ совершившейся передачи, противопоставить новому кредитору возраженіе о платежахъ, учиненныхъ послѣ нея прежнему кредитору въ предположеніи, что послѣдній продолжаетъ состоять дѣйствительнымъ кредиторомъ. Дѣло въ томъ, что переходъ требованія къ цессіонарію, всѣ послѣдствія связанныя съ таковымъ переходомъ, наступаютъ по общегражданскому праву непосредственно съ момента совершения передачи, а никакъ не съ момента извѣщенія должника о состоявшейся передачѣ. Но такъ какъ должникъ, какъ лицо неучаствующее въ передачѣ требованія, можетъ и не знать о томъ, что кредиторомъ его является уже не цедентъ, а цессіонарій и произвести, напримѣръ, уплату первому въ полномъ убѣжденіи, что состоитъ по прежнему должникомъ цедента, то общегражданское право, руководствуясь соображеніями справедливости и принимая во вниманіе, что отъ цессіонарія зависѣло своевременно извѣстить должника о состоявшейся перемѣнѣ въ лицѣ кредитора, извиняетъ невѣдѣніе должника и признаетъ уплату, сдѣланную цеденту, произведенной правильно, или другими словами, освобождаетъ его, должника, отъ требованія, которое могло бы быть предъявлено цессіонаріемъ на ту же уплату. Приведенное начало составляетъ общепризнанную научную аксіому (ср. ст. 1691 франц. гражд. улож., ст. 972 сакс. гражд. улож.; ст. 1395 и 1396 австр. гражд. улож.; ст. 187 швейц. союзн. закона объ обязательствахъ; ст. 151 проекта бав. гражд. улож. и ст. 303—305 проекта общегерм. гражд. улож.). Правда, оно не высказано прямо въ нашихъ гражданскихъ законахъ, тѣмъ не менѣе, вытекая изъ основныхъ

принциповъ права и укоренившись въ общемъ правовомъ сознаниі, начало это не могло не найти себѣ признанія и со стороны отечественной судебной практики ⁽¹⁾. Руководствуясь интересами поземельнаго кредита, настоятельно требующими огражденія какъ поземельныхъ собственниковъ отъ необходимости производства двойныхъ уплатъ по одному и тому же долгу въ указанныхъ выше случаяхъ, такъ и лицъ, приобретающихъ требованія, обеспеченныя на недвижимой собственности, отъ неправильныхъ уплатъ, обусловленныхъ незнаніемъ собственника о состоявшейся передачѣ, проектъ вотчиннаго устава, слѣдуя, впрочемъ, и въ данномъ отношеніи преподаннымъ государственнымъ совѣтомъ главнымъ основаніямъ (ст. 22), не могъ игнорировать разсматриваемое начало и не облегчить практическое примѣненіе его тѣмъ, чтобы всякая состоявшаяся въ лицѣ вотчиннаго кредитора перемѣна, обусловленная передачей залоговыхъ требованій, становилась извѣстной вотчинному установленію, а чрезъ посредство послѣдняго и собственнику. Въ томъ, чтобы о состоявшейся передачѣ залоговаго требованія стало извѣстно не только собственнику, но и подлежащему вотчинному установленію, цессіонаріи заинтересованъ между прочимъ еще и потому, что только при этомъ условіи вотчинное установленіе будетъ поставлено въ возможность своевременно сообщить ему, цессіонарію, какъ о всякой перемѣнѣ, происшедшей въ лицѣ собственника, такъ и о начатомъ производствѣ по распредѣленію суммы, назначенной въ вознагражденіе за имѣніе, отчужденное для государственной или общественной пользы, или суммы страховаго вознагражденія (ст. 219—226 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній), или о раздробленіи имѣнія или присоединенія его къ другому имѣнію (ст. 199, 200, 204 и 205 проекта вотчиннаго устава), или же, наконецъ, о назначеніи имѣнія въ публичную продажу. Въ частности, что касается публичной продажи имѣнія, то знать о

⁽¹⁾ Рѣш. гражд. касс. деп. прав. сената 1867 г. за № 392; 1873 г. за № 1195; 1874 г. за № 484; 1875 г. за № 599 и 1876 г. за № 410.

ней цессіонарію необходимо не только съ цѣлью надлежащаго огражденія своихъ законныхъ интересовъ при этой продажѣ, и въ частности возможности принятія участія въ торгѣ, но еще и потому, что за послѣдовавшимъ отчисленіемъ въ пользу даннаго залоговаго требованія причитающейся на долю его суммы изъ денегъ, вырученныхъ отъ публичной продажи, падаютъ само собою и всѣ преимущества, которыя распространялись на это требованіе, пока оно значилось существующимъ по вотчинной книгѣ, въ томъ числѣ и преимущество, заключавшееся въ освобожденіи его отъ дѣйствія давности ⁽¹⁾.

Остается еще прибавить, что проектъ допускаетъ передачу залоговыхъ требованій только въ пользу извѣстнаго, точно опредѣленнаго лица и отвергаетъ такимъ образомъ возможность бланковой передачи означенныхъ требованій. Основаніемъ тому служить, прежде всего, то соображеніе, что и передача простыхъ требованій, т. е. залогомъ необезпеченныхъ, кромѣ основанныхъ на вексельныхъ обязательствахъ, возможна, по дѣйствующимъ гражданскимъ законамъ, лишь съ указаніемъ лица, которому требованіе передается, а никакъ не бланковая ⁽²⁾. Кромѣ того, бланковая передача залоговыхъ требованій не можетъ быть допущена и въ виду возможныхъ съ нею на практикѣ злоупотребленій, заставившихъ государственный совѣтъ высказаться противъ допущенія непосредственнаго внесенія залоговаго требованія на предъявителя ⁽³⁾, такъ какъ между непосредственнымъ внесеніемъ такого требованія или бланковой передачей требованія, принадлежавшаго первоначально опредѣленному лицу, существуетъ въ данномъ отношеніи полная аналогія. Все же залоговое требованіе, въ случаѣ допущенія бланковой передачи, можетъ очутиться въ рукахъ неизвѣстнаго кредитора. Наконецъ, бланковая передача отягощаетъ положеніе должника,

Недопускаемость
бланковой передачи
залоговыхъ требова-
ній.

⁽¹⁾ См. ниже ст. 49 проекта и объясненія къ ней.

⁽²⁾ Рѣш. гражд. касс. деп. прав. сената 1871 г. за №№ 192, 282 и 840; 1874 г. за № 14; 1875 г. за № 557 и 1876 г. за № 247.

⁽³⁾ См. выше, ст. 191.

въ особенности въ отношеніи связаннаго съ нею затрудненія потребовать принятія платежа и производства уплаты процентовъ и капитала.

II. Необходимость подчиненія передачи залоговыхъ требований дѣйствию началъ гласности и безповоротности и

II. Сказанное до сихъ поръ касается распространенія на передачу залоговыхъ требований тѣхъ послѣдствій и началъ, которыя обусловливаются сущностью какъ залога, такъ и самой передачи (*cessio*). Всѣ эти послѣдствія, всѣ эти начала могутъ быть признаны *общегражданскими*, въ противоположность ипотечнымъ, въ строгомъ смыслѣ этого слова, въ томъ отношеніи, что вытекаютъ изъ самой природы обоихъ указанныхъ институтовъ, *цессіи* и залога, послѣдняго какъ права вотчиннаго съ дополнительнымъ характеромъ. Они находятъ себѣ общее признаніе вездѣ, начиная съ римскаго права и кончая современными законодательствами, регулирующими эти институты на правильныхъ основаніяхъ. Въ западно-европейскихъ странахъ, въ которыхъ дѣйствовало римское право, введеніе института вотчинныхъ книгъ со всѣми особенностями, характеризующими этотъ институтъ, а именно съ гласностью и безповоротностью, нашло означенныя выше начала уже вполнѣ готовыми и на долю законодательства выпадала только задача связать передачу залоговыхъ требований съ упомянутыми особенностями вотчинной системы. Такъ какъ у насъ передача эта запрещена, то съ отмѣною таковаго запрещенія на долю проектируемаго законоположенія выпадаетъ естественно двойная роль, а именно прежде всего выяснить общегражданскую сущность рассматриваемой передачи, а затѣмъ уже разрѣшить вопросы, касающіеся подчиненія ея дѣйствию началъ гласности и безповоротности.

Что касается необходимости таковаго подчиненія, то она высказана въ общихъ положеніяхъ настоящаго проекта, а именно въ ст. 14, постановляющей, что «права въ чужомъ имѣніи и *право залога*, внесенныя въ вотчинную книгу и затѣмъ переданныя другому лицу при отсутствіи въ вотчинной книгѣ статьи о погашеніи права, почитаются дѣйствительными, хотя бы право передавашаго было признано по судебному рѣшенію подлежащимъ уничтоженію. Собственникъ имѣнія можетъ лишь требовать вознагражденія за

понесенные имъ убытки съ лица, передавшего недѣйствительное право».

Услуги, доставляемыя дѣйствіемъ началъ гласности и безповоротности, не могутъ въ той же мѣрѣ ограничиваться защитою лица, въ пользу коего данное залоговое требованіе было впервые установлено, т. е. первоначальнаго кредитора, въ какой они не могутъ ограничиваться защитою одного только перваго пріобрѣтателя самаго имѣнія, а распространяются на всякаго пріобрѣтателя его въ отдѣльности. Съ точки зрѣнія интересовъ поземельнаго кредита между капиталистомъ, помѣщающимъ свои сбереженія подъ новыи залогъ, вносимый въ его пользу, и капиталистомъ, дѣлающимъ это при помощи перевода на себя существующаго уже залога, не должно существовать разницы. Какъ тотъ, такъ и другой нуждаются одинаково въ томъ, чтобы опираться на вотчинную книгу, какъ на единственный правовой источникъ, изъ котораго они могутъ черпать свѣдѣнія, вліяющія на дѣйствительность и пространство пріобрѣтаемаго ими права, чтобы содержаніе вотчинной книги почиталось по отношенію къ нимъ обоимъ *истиннымъ, правильнымъ*, хотя бы въ томъ или другомъ случаѣ оно и расходилось съ дѣйствительностью, или, другими словами, чтобы только то, что значится въ книгѣ ко времени первоначальнаго или дальнѣйшаго пріобрѣтенія залоговаго требованія, могло быть какъ тому, такъ и другому пріобрѣтателю противопоставлено въ видѣ возраженія или вообще спора противъ его иска и чтобы, наоборотъ, недостатки даннаго права, своевременно по книгѣ не оглашенныя, не могли наносить пріобрѣтателю его какого либо вреда. Только при этомъ условіи можетъ быть оказано надлежащее содѣйствіе обороту капиталовъ, обезпеченныхъ на недвижимыхъ имѣніяхъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и долгосрочному кредиту. Съ распространеніемъ дѣйствія началъ гласности и безповоротности и на передачу правъ въ чужомъ имѣніи и права залога значеніе института вотчинныхъ книгъ расширяется до того, что онѣ оказываются фундаментомъ вотчиннаго оборота не только въ отношеніи однихъ только недвижимостей, какъ таковыхъ, но и по всякому праву, на нихъ установленному.

распространенія защиты, доставляемой этими началами, не только на залогъ, но и на требованіе.

Въ этомъ направленіи, но только въ этомъ, принципы, характеризующіе общегражданскій институтъ цессіи, рассматриваемые въ примѣненіи къ залоговымъ требованіямъ, могутъ подвергаться извѣстному измѣненію. Въ сущности измѣненіе это то же, которое обусловливается подчиненіемъ дѣйствию началъ гласности и безповоротности пріобрѣтенія всякаго рода другихъ вотчинныхъ правъ по недвижимому имѣнію. Извѣстно, что дѣйствіемъ этимъ колеблется, въ интересахъ сообщенія обороту правъ по недвижимымъ имѣніямъ надлежащей твердости, тотъ общій принципъ, въ силу коего никто не можетъ передать другому больше правъ, чѣмъ самъ имѣетъ. Благодаря дѣйствию вышеупомянутыхъ началъ, залоговое требованіе, ничтожное въ рукахъ цедента, потому ли, что входящее въ составъ его личное требованіе не возникло, недѣйствительно, или оплачено, но не погашенное или не оспоренное ко времени передачи по вотчинной книгѣ, окажется по отношенію къ цессіонарію имѣющимъ полную силу. Въ приведенномъ примѣрѣ мы имѣемъ, повидимому, дѣло съ возможностью передачи залога помимо требованія, которое, будучи ничтожно, не могло быть переводимо на цессіонарія. Понимая этотъ примѣръ въ приведенномъ именно смыслѣ, нѣкоторые комментаторы, какъ то Экснеръ, находятъ, что если требованіе было ничтожно, то цессіонарій пріобрѣтаетъ только право залога и вытекающій изъ него ипотекарный искъ, но никакъ не требованіе и обусловленный имъ искъ личный ⁽¹⁾. На совершенно другой точкѣ зрѣнія на этотъ вопросъ стоитъ проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1083). «Принципъ публичности вотчинныхъ книгъ, по справедливому замѣчанію мотивовъ къ этому проекту, представлялъ бы изъ себя лишь половинную истину, если бы онъ направлялъ свою защиту, оказываемую пріобрѣтателю внесеннаго залога, исключительно на одно только вотчинное право въ тѣхъ предѣлахъ, въ коихъ жизнеспособность послѣдняго не зависитъ отъ личнаго требованія, и оставилъ само требованіе внѣ означенной защиты ⁽²⁾». Эта же

⁽¹⁾ d. oesterr. Hypothekenrecht, стр. 381.

⁽²⁾ Мотивы т. III, стр. 602.

точка зрѣнія раздѣляется и настоящимъ проектомъ. Начала гласности и безповоротности имѣютъ своимъ послѣдствіемъ устраненіе возможности предъявлять противъ цессіонарія тѣ, не основанные непосредственно на вотчинной книгѣ, возраженія и споры, которые могли быть предъявлены цеденту. Благодаря такому устраненію упомянутыхъ возраженій создается извѣстное *предположеніе* въ пользу третьихъ лицъ о дѣйствительности всякаго даннаго права, почитающагося для нихъ таковымъ, какимъ оно значится по вотчинной книгѣ, хотя бы оно матеріально оказывалось вовсе не возникшимъ, или возникшимъ въ меньшемъ объемѣ, или по какой либо причинѣ недѣйствительнымъ, предположеніе, обнимающее собою въ примѣненіи къ залоговому праву, какъ уже было, впрочемъ замѣчено ⁽¹⁾, оба элемента всякой поземельно-кредитной сдѣлки, т. е. не только залогъ, но и требованіе, обеспеченное этимъ залогомъ. Означенныя начала вводятъ лишь извѣстное преимущество *формальнаго*, книжнаго права надъ матеріальнымъ. Въ приведенномъ выше примѣрѣ недѣйствительности личнаго требованія, входящаго въ составъ уступленной поземельно-кредитной сдѣлки, цессіонарій пріобрѣтаетъ не только право залога, но и личное требованіе, *какъ дѣйствительное* именно потому, что оно значилось во время пріобрѣтенія по вотчинной книгѣ. Опираясь на содержаніе вотчинной книги ему не зачѣмъ доказывать еще особо существованіе этого требованія въ каждомъ данномъ случаѣ; ему не зачѣмъ также защищаться противъ возраженій и споровъ должника, которые могли относиться къ цеденту. Цессіонарій пріобрѣтаетъ упомянутое личное требованіе, какъ дѣйствительное по основаніямъ, вполне сходнымъ съ тѣми, въ силу коихъ всякій пріобрѣтатель векселя вправѣ искать по нему удовлетворенія, несмотря на то, что вексель этотъ въ рукахъ первоначальнаго векселедержателя могъ быть оспоренъ въ своей дѣйствительности. Онъ долженъ почитаться законнымъ пріобрѣтателемъ личнаго требованія, а слѣдовательно и вправѣ вчинить личный искъ, въ такой же мѣрѣ, въ какой его слѣ-

(1) Стр. 124 и слѣд.

дуетъ признавать и обладателемъ *залога*, несмотря на то, что послѣдній, по недѣйствительности своего правооснованія, могъ быть оспоренъ въ лицѣ цедента. Только передача кредитнаго залога не исключаетъ возможности предъявленія противъ цессіонарія всякихъ возраженій, касающихся требованія, обеспеченнаго залогомъ. Начала гласности и безповоротности не распространяются на это требованіе по той же причинѣ, по которой послѣднее, въ противоположность всѣмъ другимъ залоговымъ требованіямъ, не освобождено отъ дѣйствія давности ⁽¹⁾, а именно потому, что хотя вотчинныя книги указываютъ на сущность требованія, обеспеченнаго кредитнымъ залогомъ, и на высшій его размѣръ, тѣмъ не менѣе вопросы о томъ, возникло ли на самомъ дѣлѣ это требованіе или нѣтъ, и какъ великъ его дѣйствительный размѣръ, лежатъ совершенно внѣ вотчинныхъ книгъ. Изъ дополнительнаго характера залога само собою слѣдуетъ, что въ случаѣ признанія недѣйствительнымъ переведеннаго въ пользу цессіонарія требованія, обеспеченнаго кредитнымъ залогомъ, долженъ быть почитаемъ также недѣйствительнымъ въ лицѣ того же цессіонарія и означенный залогъ.

III. Вопросъ о формѣ передачи залоговыхъ требованій, какъ задача ипотечнаго законодательства.

III. Дѣйствіе началъ гласности и безповоротности обусловливается, какъ извѣстно, сущностью института вотчинныхъ книгъ, тѣмъ значеніемъ, которое присвоено этому институту, какъ единственному, *исключительному* источнику всего вотчиннаго оборота по каждому имѣнію. Оно вытекаетъ изъ начала, что только то, что внесено въ эти книги, можетъ почитаться достовѣрнымъ для третьихъ лицъ, вступающихъ въ какія либо отношенія по данному имѣнію, и что, слѣдовательно, все, не значущееся по вотчинной книгѣ, не можетъ быть лицамъ этимъ противопоставляемо въ видѣ возраженій, лишено для нихъ всякой силы. Другими словами, дѣйствіе упомянутыхъ началъ обусловливается *актомъ внесенія* всякаго вотчиннаго права, или тою *формою*, которую устано-

⁽¹⁾ См. ст. 51 настоящаго проекта и объясненія къ ней, изложенныя подъ цифрою 8 и 9 на стр. 437 и слѣд.

вляеть ипотечный законъ для пріобрѣтенія всякаго вотчиннаго права. Уже по этой причинѣ проектъ вотчиннаго устава не могъ, конечно, не принять на себя и разрѣшенія вопроса, касающагося формы передачи залоговыхъ требованій. Оставленіе этого вопроса выѣ вотчиннаго устава имѣло бы своимъ послѣдствіемъ подчиненіе означенной передачи формѣ, установленной общегражданскими законами для передачи всякаго рода личныхъ требованій, и стояло бы въ противорѣчій съ основнымъ правиломъ настоящаго проекта, выраженнымъ въ первой статьѣ его, а именно съ правиломъ о томъ, что всѣ *вотчинныя* права вносятся въ вотчинныя книги. Сохраняя за требованіемъ значеніе главнаго права, главнаго элемента всякой поземельно-кредитной сдѣлки, оставляя во всей своей силѣ и неприкосновенности дѣйствіе общегражданскаго начала, по которому передача требованія влечетъ за собою сама, *ipso jure*, и переводъ на цессіонарія всѣхъ принадлежностей (*accessoria*) этого требованія, въ томъ числѣ и обезпечивающаго его права залога, проектъ, тѣмъ не менѣе, находитъ необходимымъ подчинить разсматриваемую передачу *одной общей формѣ*, обнимающей собою въ одно и тоже время и требованіе и залогъ, и при томъ такой формѣ, которая подходила бы ближе къ принципамъ вотчиннаго права. Въ пользу такого разрѣшенія вопроса о формѣ передачи залоговыхъ требованій говоритъ та тѣсная связь, которая соединяетъ въ каждомъ залоговомъ требованіи личное право съ вотчиннымъ, тѣ экономическія соображенія, которыя заставляютъ придавать въ этомъ требованіи главное хозяйственное значеніе не столько личному элементу его, сколько вотчинному—залогу.

Коснувшись вопроса о формѣ передачи залоговыхъ требованій, проектъ вотчиннаго устава не могъ не остановиться также на вопросѣ о частичной передачѣ этихъ требованій и не обратить вниманія на тѣ особенности и затрудненія, которыя вызываются этою частичною передачею.

Вопросъ о частичной передачѣ залоговыхъ требованій.

Оба эти вопроса, въ виду своей практической важности, должны быть подвергнуты особому разсмотрѣнію.

а) Вопросъ о формѣ передачи залоговыхъ требованій.

І. Три системы
формы передачи.

І. Постановленія важнѣйшихъ западно-европейскихъ законодательствъ по вопросу о формѣ передачи залоговыхъ требованій могутъ быть разбиты на три группы или системы, смотря по различію того руководящаго принципа, который положенъ въ основаніе того или другаго законодательства.

1. Общеграждан-
ская форма переда-
чи залоговыхъ тре-
бованій въ роман-
скихъ, австрійскомъ
и баварскомъ зако-
нодательствахъ.

1. Къ первой изъ этихъ группъ или системъ принадлежатъ законодательства, находящіяся по отношенію къ разсматриваемому вопросу еще подъ полнымъ вліяніемъ общегражданскихъ началъ, коимъ подчинена форма передачи личныхъ требованій. Это именно тѣ законодательства, которыя не только во всемъ остальномъ, касающемся залоговыхъ требованій, но и въ вопросѣ о формѣ ихъ передачи, даютъ перевѣсъ личному элементу всякой поземельно-кредитной сдѣлки, какъ главному и вмѣстѣ съ тѣмъ болѣе подвижному, надъ другимъ элементомъ—залогомъ. Здѣсь сознаніе всей экономической важности этого втораго элемента и необходимости подчинить передачу залоговыхъ требованій особымъ, именно вотчиннымъ формамъ, не получило еще надлежащаго выраженія. Таковы всѣ романскія законодательства, равно какъ законодательства австрійское и баварское.

По римскому праву передача всякаго рода требованій, въ томъ числѣ и залоговыхъ, какъ она окончательно выработалась въ этомъ правѣ, совершалась посредствомъ безформеннаго договора объ уступкѣ (*nudus consensus*), т. е. такого договора, для котораго не было установлено никакой обязательной формы. Для дѣйствительности уступки не требовалось даже передачи того акта, коимъ данное требованіе установлено. Совершенная въ этомъ видѣ уступка требованія влекла сама собою и уступку залога, обеспечивавшаго это требованіе, развѣ бы сторонами было прямо установлено противное ⁽¹⁾.

(1) Ср. L. 6. L. 23 D. de hered. v. act. vend. (18, 4).

Эти то начала и легли въ основаніе постановленій вышеупомянутыхъ законодательствъ о передачѣ залоговыхъ требованій. Если законодательства эти и допускають транскрипцію или внесеніе передачи въ вотчинную книгу, то никакъ не въ смыслѣ акта, отъ соблюденія коего поставлена въ зависимость дѣйствительность передачи, а ради сообщенія послѣдней тѣхъ специальныхъ выгодъ, съ которыми связана транскрипція или внесеніе всякаго вотчиннаго права. Переводъ залоговыхъ требованій съ одного лица на другое производится въ рассматриваемой системѣ законодательствъ на томъ же основаніи, какъ и переводъ личныхъ требованій, и слѣдовательно внѣ вотчинной книги. Цессіонарій по такому переводу приобрѣтаетъ не только личный искъ, но и вещный, который вытекаетъ изъ залога. Въ романскихъ ⁽¹⁾ и баварскомъ ⁽²⁾ законодательствахъ рассматриваемый вопросъ разрѣшается прямо въ указанномъ смыслѣ. Что же касается Австріи, то хотя въ гражданскомъ уложеніи ея и содержится правило, подчиняющее актамъ внесенія и погашенія въ вотчинной книгѣ приобрѣтеніе и прекращеніе всякаго рода вотчинныхъ правъ (ст. 445), а слѣдовательно и права залога, тѣмъ не менѣе законъ о вотчинныхъ книгахъ 1871 г. предусматриваетъ и внѣкнижныя передачи и при существованіи нѣсколькихъ такихъ передачъ даетъ послѣднему, по времени приобрѣтенія, цессіонарію право домогаться, при условіи доказанной правильности всѣхъ предшествовавшихъ внѣкнижныхъ передачъ, переписки даннаго залоговаго требованія по вотчинной книгѣ непосредственно на свое имя (ст. 22). Изъ сопоставленія обоихъ этихъ постановленій австрійская доктрина и практика не встрѣчаютъ никакихъ препятствій къ признанію внѣкнижной передачи залоговыхъ требованій вполне дѣйствительной и распространяющейя какъ на личный, такъ и на вотчинный элементъ уступленнаго права съ тѣмъ, впрочемъ, различіемъ, что только по отношенію къ приобрѣтенному требованію цессіонарій является

⁽¹⁾ *Laurent*, в. п. с., т. 31, § 8.

⁽²⁾ *Regelsberger*, в. п. с., стр. 430 и слѣд.

частнымъ преемникомъ цедента въ техническомъ смыслѣ этого слова; что же касается до обезпечивающаго означенное требованіе права залога, то внѣкнижный цессіонарій осуществляетъ его какъ *procurator in rem suam* цедента ⁽¹⁾.

Допуская внѣкнижную передачу залоговыхъ требованій въ указанномъ видѣ, всѣ вышеназванныя законодательства признають ее дѣйствительною не только по отношенію къ цеденту, но и къ третьимъ лицамъ, а именно къ собственнику и другимъ обладателямъ вотчинныхъ правъ на имѣніи, къ третьему пріобрѣтателю имѣнія и къ личному должнику. Цедентъ перестаетъ быть вотчиннымъ кредиторомъ съ момента совершенія разсматриваемой передачи. Онъ лишается съ этого момента права осуществленія переданнаго залоговаго требованія, а также права уступки его кому либо другому. Такая уступка представляется матеріально недѣйствительною. Всѣ эти права переходятъ къ цессіонарію, которому должникъ и обязанъ производить всѣ платежи, причитающіеся по данному залоговому требованію. Только незнаніе о совершенной внѣкнижной уступкѣ можетъ служить для должника обстоятельствомъ, освобождающимъ его отъ вторичнаго платежа въ случаѣ, когда первый платежъ неправильно учиненъ былъ цеденту. Отъ внѣкнижнаго цессіонарія зависитъ освободить должника отъ отвѣтственности по залоговому требованію и выдать должнику квитанцію, которая дѣйствительна для производства погашенія этого требованія по вотчинной книгѣ. Отличіе внѣкнижнаго цессіонарія отъ всякаго другаго пріобрѣтателя какаго либо права по вотчинной книгѣ заключается лишь въ томъ, что цессіонарій этотъ, осуществляя залоговое требованіе, долженъ допустить противъ себя всѣ тѣ споры и возраженія, направленные къ полному или частному устраненію требованія, которые могли быть предъявлены къ каждому изъ его внѣкнижныхъ предшественниковъ, и къ тому предшественнику, который значился послѣднимъ по вотчинной книгѣ. Другими словами, внѣкнижный цессіонарій долженъ допустить противъ себя

⁽¹⁾ *Exner*, в. п. с., стр. 382 и слѣд.

всѣ тѣ возраженія и споры, которые вытекаютъ изъ общегражданскаго, въ противоположность книжному, пріобрѣтенія имъ даннаго залоговаго требованія, или изъ неподчиненія этого пріобрѣтенія дѣйствию началъ гласности и безповоротности. Только путемъ внесенія передачи цессіонарій можетъ распространить на нее и защиту, доставляемую означенными началами, гарантировать себя противъ опасностей, угрожающихъ ему отъ дѣйствія этихъ началъ, и противъ потери своего права въ случаѣ вторичной передачи cedentомъ даннаго залоговаго требованія.

О послѣдствіяхъ двукратной передачи cedentомъ одного и того же залоговаго требованія уже упоминалось выше. Всѣ комментаторы согласны въ томъ, что вторичная передача матеріально недѣйствительна, ибо, совершивъ первую, cedentъ пересталъ уже быть обладателемъ даннаго требованія. Не столь одинаковы взгляды комментаторовъ на послѣдствія двукратной передачи, порождаемыя дѣйствіемъ началъ гласности и безповоротности. По мнѣнію Экснера ⁽¹⁾, въ случаѣ внесенія въ вотчинную книгу второй передачи при существованіи первой, виѣкнижной, цессіонарій, оставаясь законнымъ преемникомъ cedenta въ отношеніи къ требованію, теряетъ въ разсматриваемомъ случаѣ право залога и связанный съ этимъ правомъ ипотечарный искъ, переходящіе ко второму цессіонарію. Регельсбергеръ, напротивъ того, находитъ ⁽²⁾, что гласность вотчинной книги защищаетъ всякаго виѣкнижнаго добросовѣстнаго цессіонарія, возмездно пріобрѣтающаго залоговое требованіе отъ cedenta, показаннаго въ вотчинной книгѣ въ качествѣ кредитора, хотя бы онъ, cedentъ, матеріально таковымъ и не былъ. На этомъ основаніи первый цессіонарій, не позаботившійся о перепискѣ пріобрѣтеннаго залоговаго требованія на свое имя, подвергаетъ себя опасности потерять таковое вслѣдствіе вторичной возмездной уступки этого же требованія cedentомъ въ пользу другаго добросовѣстнаго цессіонарія, при чемъ защита этого послѣдняго, какъ дѣй-

⁽¹⁾ В. п. с., стр. 384 и слѣд.

⁽²⁾ В. п. с., стр. 435 и слѣд.

ствовавшего при тѣхъ же условіяхъ, что и первый цессіонарій, т. е. полагаясь на содержаніе вотчинной книги, точно также не обусловлена внесеніемъ. Поэтому, разсуждаетъ Регельсбергеръ, изъ двухъ добросовѣстныхъ возмездныхъ вѣкнижныхъ пріобрѣтателей залоговаго требованія законнымъ обладателемъ послѣдняго, вслѣдствіе дѣйствія начала публичности, представляется тотъ, чье право возникло позже. Первый теряетъ свое право не потому, чтобы пріобрѣтеніе его, благодаря отсутствію внесенія, было неполнымъ, ибо законъ нисколько не ставитъ внесеніе условіемъ дѣйствительности пріобрѣтенія, а лишь по той причинѣ, что пріобрѣтеніе это, какъ не оглашенное по вотчинной книгѣ, не можетъ быть противопоставлено упомянутому второму цессіонарію. Даже послѣдовавшее послѣ вторичной вѣкнижной уступки, подпадающей подъ защиту начала публичности, внесеніе первой уступки въ вотчинную книгу, является, по мнѣнію Регельсбергера, уже запоздалымъ и, будучи совершено, подлежитъ погашенію, по просьбѣ о томъ втораго цессіонарія.

Недостатки ея.

Приведенная система передачи залоговыхъ требованій имѣетъ повидимому за себя то преимущество, что она облегчаетъ оборотъ капиталовъ, обеспеченныхъ залогами на недвижимыхъ имѣніяхъ. Облегченіе это вызывается простотою, несложностью разсмотрѣнной формы и возможностью совершить передачу не исключительно въ томъ установленіи, въ которомъ ведется вотчинная книга по данному имѣнію, а тамъ, гдѣ стороны находятъ это для себя удобнымъ. Только ради пріобрѣтенія тѣхъ специальныхъ выгедъ, которыя доставляются, при посредствѣ акта внесенія, дѣйствіемъ начала публичности, заинтересованныя лица должны обращаться въ подлежащее по мѣсту веденія вотчинной книги ипотечное установленіе. Но именно то обстоятельство, что внесеніе передачи по этой системѣ связано исключительно съ доставленіемъ упомянутыхъ выгодъ, а не имѣетъ значенія акта, *устанавливающаго самую передачу*, разсматриваемая форма въ сущности парализируетъ означенный оборотъ, такъ какъ лишаетъ его надлежащей обеспеченности. Такая обеспеченность можетъ существовать лишь тамъ, гдѣ содержаніе вот-

чинныхъ книгъ по возможности совпадаетъ съ дѣйствительнымъ положеніемъ юридическихъ отношеній по каждому данному имѣнію. Достиженіе этого тождества мыслимо, въ свою очередь, лишь при условіи, когда всѣ перемѣны, касающіяся упомянутыхъ отношеній, будутъ возникать и прекращаться не иначе какъ по вотчинной книгѣ. На этомъ принципѣ, принципѣ гласности или внесенія (Eintragungsprinzip), въ отличіе отъ принципа транскрипціи правъ по книгѣ, допускающемъ, какъ извѣстно, возникновеніе и прекращеніе правъ помимо книги, т. е. безгласно, и дѣлающимъ записку условіемъ лишь обязательности ихъ для третьихъ лицъ, и основанъ современный институтъ вотчинныхъ книгъ (Grundbuchsystem). Слѣдовательно, разсмотрѣнная выше система передачи залоговыхъ требованій страдаетъ тѣми же недостатками, что и транскрипціонная система, примѣненная ко всему вотчинному обороту, т. е. не только къ передачѣ залога, но и всякихъ правъ на имѣніи, и при томъ не только къ передачѣ этихъ правъ, но и къ первоначальному ихъ установленію.

2. Устраненіе этихъ недостатковъ составило задачу *системы книжной передачи*, принятой саксонскимъ законодательствомъ, ипотечнымъ уставомъ царства польскаго (ст. 8), гамбургскимъ ипотечнымъ закономъ (ст. 36) и проектомъ общегерманскаго гражданскаго уложенія, послѣднимъ, впрочемъ, лишь по отношенію къ регулируемой имъ книжной ипотеки (Buchhypothek) въ отличіе отъ актовой ипотеки (Briefhypothek) ⁽¹⁾. Такъ какъ будущее германское уложеніе предполагается распространить на всѣ политическія единицы, входящія въ составъ германской имперіи, то съ воспріятіемъ упомянутымъ проектомъ силы закона система эта должна вытѣснить вышеразсмотрѣнную общегражданскую систему изъ Баваріи.

Сущность системы книжной передачи залоговыхъ требованій заключается въ томъ, что она допускаетъ уступку этихъ требованій исключительно черезъ внесеніе ея въ вотчинную книгу. Внесеніе это совершается при наличности правооснованія, облеченнаго въ форму акта, установленнаго

⁽¹⁾ См. выше, стр. 138 и слѣд.

для всякаго рода актовъ, служащихъ правооснованіемъ внесеній; слѣдовательно, тамъ, на примѣръ, гдѣ внесенія совершаются на основаніи нотаріальныхъ актовъ, — въ форму нотаріальнаго акта о передачѣ. Первоначально, саксонскій ипотечный законъ 6 ноября 1843 г. требовалъ для того, чтобы уступка получила силу какъ въ отношеніи третьихъ лицъ, такъ и должника, увѣдомленіе послѣдняго предварительно внесенія ея въ вотчинную книгу (ст. 84). Отъ требованія этого, однакоже, саксонское гражданское уложеніе отказалось (ст. 438), такъ что форма передачи залоговыхъ требованій сводится по всѣмъ упомянутымъ законодательствамъ исключительно ко внесенію. Особыя постановленія, касающіяся увѣдомленія собственника о совершившейся передачѣ залоговаго требованія, представляются при этой системѣ совершенно излишними, какъ въ виду гласности вотчинной книги, въ формальномъ значеніи этого слова, дающей собственнику полную возможность своевременно слѣдить за всѣми происходящими въ книгѣ переменами, такъ и потому еще, что по началамъ вотчиннаго дѣлопроизводства о всякой подобной переимѣнѣ, а слѣдовательно и той, которая касается упомянутой передачи, собственнику посылается извѣщеніе на общемъ основаніи.

Остается прибавить, что рассматриваемая форма передачи распространяется одинаково на оба элемента всякой поземельно кредитной сдѣлки, т. е. какъ на залогъ, такъ и на требованіе, равно какъ на добровольную, такъ и принудительную передачу залоговыхъ требованій (ст. 438 сакс. гр. улож., ст. 1088 проекта общегерм. гр. улож.). Только наследственный переходъ этихъ требованій не обусловленъ актомъ внесенія (ст. 437 сакс. гр. улож.; ст. 1087 германск. проекта).

Вотъ какими соображеніями подкрѣпляется цѣлесообразность этой системы со стороны мотивовъ германскаго проекта ⁽¹⁾:

Соображенія мотивовъ германскаго проекта о цѣлесообразности этой формы.

«Для того, чтобы не потерпѣть убытка, цессіонарію необходимо быть поставленнымъ въ возможность рассчитывать прежде всего на то, что залоговое требованіе дѣйствительно

⁽¹⁾ Т. III, стр. 708 и 709.

принадлежитъ тому, кто таковое переуступаетъ. Между тѣмъ легитимация права цедента представляется нерѣдко весьма трудною, когда законъ допускаетъ передачу внѣ вотчинной книги. Если цессіонарій хочетъ дѣйствовать осторожно, то онъ можетъ вступить въ сдѣлку только тогда, когда цедентъ внесенъ въ качествѣ кредитора. Внесеніе передачи вынуждается, хотя и косвенно только, положеніемъ, создаваемымъ тѣми законодательствами, которыя отвергають въ данномъ случаѣ принципъ гласности или внесенія (*Eintragungsprincip*), несмотря на то, что это внесеніе передачи по упомянутымъ законодательствамъ не имѣетъ правопронизводящаго значенія (*nicht rechtsbegründend wirkt*), а доставляетъ лишь тѣ выгоды, которыя связаны съ началомъ публичности вотчинныхъ книгъ. Однакоже внесенія съ такимъ ограниченнымъ значеніемъ не желательны для экономическаго оборота и проектъ по возможности избѣгалъ ихъ до сихъ поръ, ибо они ведутъ къ умноженію случаевъ противорѣчія книги съ дѣйствительностью въ то время, какъ система вотчинныхъ книгъ (*Grundbuchsystem*) имѣетъ, напротивъ того, задачей не допускать подобныхъ противорѣчій. Преимущество прямой обязательности внесенія передъ косвенною для случаевъ передачи не подлежитъ сомнѣнію, ибо, когда залоговое требованіе можетъ быть уступлено только посредствомъ внесенія, то каждый, желающій пріобрѣсти это требованіе, долженъ считаться исключительно со внесеннымъ кредиторомъ и вопросъ о легитимации не представляетъ никакихъ трудностей. Правда, возможны и такіе случаи, что внесенный кредиторъ сдѣлаетъ послѣдовательно въ пользу разныхъ лицъ заявленія объ уступкѣ, требуемая для внесенія новаго кредитора. Однакоже опасность, которую представляютъ эти случаи, оказывается еще большей, когда законъ не подчиняетъ передачи принципу внесенія. Кто предполагаетъ возможность обманныхъ дѣйствій со стороны своего цедента, тому не остается ничего болѣе, какъ отсрочить расчетъ съ нимъ по передачѣ залоговаго требованія до внесенія этой передачи.

Точно также и собственникъ существенно заинтересованъ въ томъ, чтобы передача была связана со внесеніемъ, ибо только при этомъ условіи онъ въ состояніи безошибочно су-

диль о томъ, кто состоитъ его кредиторомъ. Въ частности, собственникъ освобождается отъ опасности быть привлеченнымъ къ отвѣтственности разными лицами, изъ коихъ каждое претендуетъ на то, что ему было уступлено данное залоговое требованіе, и подвергаться тѣмъ безпокойствамъ и процессамъ, которые неизбѣжны въ подобныхъ случаяхъ. Что же касается до опасности, какая можетъ угрожать собственнику въ случаѣ, когда внесенный кредиторъ, послѣ полученія уплаты, но до соотвѣтственнаго погашенія требованія по вотчинной книгѣ, передастъ это требованіе въ пользу третьяго лица такъ сказать за спиною собственника, или допустить наложеніе ареста на это требованіе, то опасность эта можетъ быть избѣгнута собственникомъ, независимо отъ возможности представить платежъ въ вотчинное установленіе и требовать подлежащаго погашенія по книгѣ, посредствомъ внесенія отмѣтки, установленной ст. 1085» (1).

Вліяніе при ней
начала безповорот-
ности.

Такъ какъ, согласно указанному выше, внесеніе, какъ необходимое условіе передачи залоговыхъ требованій, обнимаетъ собою нераздѣльно не только залогъ, но и обезпеченное имъ требованіе, то и вопросъ о томъ вліяніи, которое должно оказывать на передачу дѣйствіе начала безповоротности, не представляетъ, въ существенныхъ своихъ чертахъ, какихъ либо затрудненій. Защита цессіонарія, доставляемая упомянутымъ началомъ, распространяется на оба эти элемента, такъ какъ, полагаясь на содержаніе вотчинной книги, онъ вѣрилъ ея показанію какъ въ отношеніи къ залогу, такъ и къ требованію и пріобрѣлъ поземельную сдѣлку какъ единое экономическое цѣлое. Только возраженія и споры, основанныя на содержаніи вотчинной книги, могутъ быть противопоставлены ему, цессіонарію, со стороны должника; тѣ же возраженія и споры, которые вытекаютъ изъ личныхъ отношеній его праводателя къ должнику, все равно, касаются ли они требованія, или залога, не имѣютъ для цессіонарія никакого значенія. Онъ почитается законнымъ обладателемъ того и другаго, хотя бы, напримѣръ, требованіе оказалось оплачен-

(1) Объ этой отмѣткѣ см. ниже, стр. 219 и слѣд.

нымъ цеденту, или по какой либо другой причинѣ недѣйствительнымъ. Дабы однако оградить должника противъ потери права на возраженія и споры, связанной съ передачей залоговаго требованія, законодательства разсматриваемой системы даютъ ему, должнику, возможность своевременно огласить эти возраженія и споры посредствомъ внесенія въ книгу протестаціонной или охранительной отмѣтки (ст. 143 сакс. гражд. улож.; ст. 10 польск. ипот. устава). Проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія считаетъ даже необходимымъ предусмотрѣть особо отмѣтку, направленную къ сохраненію въ пользу собственника возраженія или спора, направленного противъ *требованія* (ст. 1055). Упомянутыя законодательства, не исключая и германскаго проекта, идутъ еще далѣе, а именно даютъ собственнику право внести въ вотчинную книгу въ теченіи извѣстнаго срока (шести недѣль—по польскому уставу, тридцати дней по прочимъ законодательствамъ) со дня внесенія залога, обезпечивающаго требованіе, вытекающее изъ договора займа (*Darlehenshypothek*), *отмѣтку о неполученіи валюты*, или другими словами отмѣтку о томъ, что заемъ не состоялся (*exceptio non numeratae pecuniae*), съ тѣмъ послѣдствіемъ, что отмѣтка эта, будучи внесена въ теченіи упомянутаго срока, имѣетъ такое же значеніе, какъ если бы она была внесена одновременно съ залоговымъ требованіемъ, противъ коего она направлена (ст. 220 сакс. полож. о безспорн. произв. 1865 г.; ст. 64 польск. ипот. устава; ст. 1085 проекта общегерм. гражд. улож. ⁽¹⁾). Отмѣтка эта вносится не въ порядкъ обезпеченія исковъ, а лишь вслѣдствіе просьбы собственника, обращенной непосредственно въ вотчинное установленіе. Она составляетъ такимъ образомъ, въ частности по отношенію къ германскому проекту, исключеніе изъ общаго правила его, выраженнаго въ ст. 845, по которому допускаются однѣ только *охранительныя* отмѣтки въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, т. е. отмѣтки, вносимыя на основаніи опредѣленія суда объ обезпеченіи иска. Необходимость отмѣтки о неполученіи валюты и при томъ

Огражденіе этого вліянія при помощи внесенія отмѣтокъ и въ частности

отмѣтки о неполученіи валюты (*exceptio non numeratae pecuniae*).

⁽¹⁾ См. также ст. 47 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.; ст. 29 мекленбургскаго закона для городск. имѣній и § 30—для сельск. имѣній и др.

съ означеннымъ исключительнымъ, съ точки зрѣнія германскаго проекта, характеромъ ихъ, мотивы этого проекта объясняютъ ⁽¹⁾ тѣмъ, что «съ установленіемъ книжнаго залога (Hypothek ohne Hypothekenbrief) въ обезпеченіе займа, связана для собственника, благодаря тому обстоятельству, что осторожный заимодавецъ передаетъ валюту лишь послѣ внесенія, та опасность, что внесенный кредиторъ можетъ распорядиться залогомъ въ пользу третьяго лица и тѣмъ самымъ въ случаѣ, когда послѣднему дѣйствительное положеніе вещей неизвѣстно, устранить противъ вещнаго иска возраженіе о неполученныхъ деньгахъ. Если бы законъ не установилъ противъ этой опасности спеціальнаго средства защиты, то книжный залогъ оказался бы въ практической жизни неудобнымъ. Высказывалось правда мнѣніе, что опасность эта невозможна, когда уплата валюты собственнику производится въ помѣщеніи вотчиннаго установленія одновременно съ заявленіемъ со стороны собственника согласія на внесеніе залога. Однакоже не говоря уже о томъ, что помѣщеніе вотчиннаго установленія едва ли представляется удобнымъ мѣстомъ для производства платежей, мнѣніе это неправильно еще потому, что если даже вотчинный чиновникъ и принялъ заявленіе объ упомянутомъ согласіи къ исполненію, все же кредиторъ не можетъ безусловно рассчитывать на то, чтобы внесеніе залога не встрѣтило какихъ либо препятствій. Такимъ образомъ остается только направить собственника на путь охраненія своего права путемъ отмѣтки. На этомъ пути однакоже достиженіе искомой цѣли невозможно, если придерживаться правила ст. 845, ибо кредиторъ сможетъ распорядиться залогомъ прежде чѣмъ отмѣтка успѣетъ быть внесенною при посредствѣ вмѣшательства суда (des Prozessgerichtes). Хотя собственникъ вправѣ допустить внесеніе залога подъ условіемъ, чтобы кредиторъ въ свою очередь допустилъ одновременное внесеніе отмѣтки противъ этого залога, однакоже этотъ исходъ связанъ съ усложненіями и расходами. Къ тому же онъ ставитъ собственника въ необходимость обнаружить

(1) Т. II, стр. 703 и 704.

предъ кредиторомъ свое недовѣріе, между тѣмъ какъ интересъ его, собственника, требуетъ только предоставленія ему возможности внесенія отмѣтки тогда, когда кредиторъ удерживаетъ платежъ валюты послѣ состоявшагося уже внесенія залога. Поэтому, слѣдуя примѣру баварскаго и саксонскаго законодательствъ, надлежитъ допустить внесеніе возраженія о неполученіи валюты по займу въ теченіи опредѣленнаго срока по просьбѣ о томъ собственника вотчинному установленію помимо вмѣшательства суда и независимо отъ воли займодавца и при томъ съ тѣмъ послѣдствіемъ, чтобы возраженіе, оглашенное въ теченіи 30 дневнаго срока, служило и противъ третьяго пріобрѣтателя залога. Опасеніе, что разсматриваемая отмѣтка можетъ служить орудіемъ злоупотребленій въ случаяхъ, когда валюта собственникомъ получена, не подтверждается опытомъ и существенно устраняется тѣмъ соображеніемъ, что внесеніе этой отмѣтки обезпечиваетъ лишь право на возраженіе, но не освобождаетъ отъ обязанности доказать это послѣднее».

3. Достоинства системы книжной передачи залоговыхъ требованій встрѣчаютъ собственно одно лишь возраженіе, заключающееся въ томъ, что она, сводя эту передачу къ той же формѣ, которая установлена для первоначальнаго пріобрѣтенія всякаго вообще вотчиннаго права, чрезмѣрно усложняетъ ее къ невыгодѣ легкости оборота капиталовъ, обременяющихъ недвижимыя имѣнія. Съ точки зрѣнія защитниковъ сообщенія большей подвижности поземельно-кредитнымъ сдѣлкамъ система книжной передачи неудобна въ особенности для странъ съ болѣе обширнымъ пространствомъ, такъ какъ она, обуславливая совершеніе передачи актомъ внесенія ея со стороны подлежащаго, по мѣсту нахождения имѣнія, вотчиннаго установленія, связана съ обязательностью обращенія заинтересованныхъ лицъ въ это послѣднее, съ потерей времени и издержками путешествія, когда лица эти живутъ въ другомъ мѣстѣ, и неизбѣжною, вслѣдствіе этого, медленностью. Къ удовлетворенію стремленій на счетъ сооб-

3. Форма актовой передачи.

(¹) См. въ особенности *Машера*, в. п. с., стр. 735 и слѣд,

щенія залоговымъ требованіямъ большей подвижности при условіи возможнаго сохраненія достоинствъ вышерассмотрѣнной системы направлены усилія третьей системы, системы *актовой передачи залоговыхъ требованій*, или, другими словами, передачи при помощи особо созданныхъ для этихъ требованій актовъ или записей, въ качествѣ ихъ орудій (*Hypothekeninstrumente*). Система эта принята прусскимъ правомъ и всѣми созданными по образцу его законодательствами, виртембергскимъ ипотечнымъ закономъ, мекленбургскими ипотечными уставами и проектомъ общегерманскаго уложенія, послѣднимъ въ отношеніи къ вводимому имъ, рядомъ съ книжнымъ, актовому залогу.

Вотчинные акты,
какъ доказатель-
ства.

Еще прусскій ипотечный уставъ 20 декабря 1783 года, подобно нынѣ дѣйствующему баварскому (ст. 115, 170 и слѣд.), саксонскому (ст. 185 и слѣд. полож. о безспорн. производствѣ 9 января 1865 года) и другимъ законодательствамъ, устанавливалъ выдачу заинтересованнымъ сторонамъ, независимо отъ совершенныхъ въ ихъ пользу внесеній, особыхъ *вотчинныхъ актовъ* (т. н. *Rekognitionsscheine* и т. п.). Акты эти выдаются не только по случаю внесенія залога, но и всякаго другаго вотчиннаго права, и при томъ исключительно *in vim recognitionis*, т. е. въ качествѣ свидѣтельствъ, удостоверяющихъ о данномъ внесеніи. Выдачею ихъ нисколько не обусловливается ни возникновеніе или осуществленіе того или другаго права, ни распоряженіе имъ путемъ передачи или заклада. Все значеніе ихъ сводится исключительно къ роли *доказательства*, уступающаго, впрочемъ, въ отношеніи своей силы, самой вотчинной книгѣ ¹⁾.

Залоговой актъ,
какъ орудіе легити-
маціи правъ креди-
тора при всякаго ро-
да распоряженіяхъ
залогомъ и въ част-
ности, какъ орудіе

Однакоже въ отличіе отъ прочихъ вотчинныхъ актовъ вышеупомянутый прусскій уставъ, расходясь въ этомъ отношеніи съ другими законодательствами, расширилъ значеніе акта, который былъ выдаваемъ по залоговымъ требованіямъ (т. н. *Hypothekenschein*), въ томъ смыслѣ, что послѣдній служилъ не только доказательствомъ внесенія, но и *средствомъ*

(¹) *Regelsberger*, в. п. с., стр. 98 и слѣд.

легитимации вотчиннаго кредитора, который могъ распоря- передачи его по
жаться своимъ правомъ и осуществить таковое не иначе, старому и
какъ владѣя этимъ актомъ. Безъ предъявленія послѣдняго и
учиненія на немъ соотвѣтственныхъ надписей, съ цѣлью со-
храненія тождества его съ вотчинною книгою, не допускалось
совершеніе въ послѣдней никакихъ записей, касающихся ка-
кихъ либо перемѣнъ въ отношеніи къ данному залоговому
требованію, или погашенія его. Разсматриваемый вотчинный
актъ по залогу, или точнѣе залоговой актъ, составлялся изъ
полной копіи подлежащей вотчинной книги съ присоединеніемъ
къ этой копіи акта о личномъ обязательствѣ (*Schuldver-*
schreibung, Schuldurkunde).

Созданное въ такомъ видѣ орудіе поземельнаго кредита
представлялось довольно объемистымъ, въ особенности вслѣд-
ствіе того, что къ залоговому акту подшивались постепенно
всякаго рода документы, которые могли имѣть къ содержанію
его какое либо отношеніе. Прусскій законъ 24 мая 1853 года
о введеніи нѣкоторыхъ измѣненій въ дѣйствовавшемъ ипотеч-
номъ уставѣ упростилъ нѣсколько упомянутую форму зало-
говаго акта, предписавъ замѣнить въ немъ полную копію вот-
чинной книги—выпискою изъ послѣдней. Еще большія упро-
щенія на счетъ этой формы введены со стороны мекленбург- новѣйшему прусско-
скаго права ⁽¹⁾ и прусскаго устава о вотч. книгахъ 5 мая му праву, по мек-
1872 года (ст. 124), который вмѣстѣ съ тѣмъ замѣчателенъ ленбургскимъ зако-
еще въ томъ отношеніи, что отмѣнилъ выдачу вотчинныхъ намъ и
актовъ по всякаго рода другимъ внесеніямъ, кромѣ залога и
грундшульда (ст. 119 и слѣд.) ⁽²⁾. Собственникъ, согласно
этому уставу, можетъ отказаться отъ полученія акта по залогу
(*Hypothekenbrief*), но не отъ акта по грундшульду (*Grund-*
schuldbrief). Впрочемъ, передача, закладъ и осуществленіе не
только права грундшульда, но и залога, возможно по прус-
скому уставу не иначе, какъ при наличности въ рукахъ креди-
тора подлежащаго вотчинаго акта (ст. 79, 82—84, 86, 87,
91—94, 110—112, 115, 119—131 означеннаго устава).

⁽¹⁾ *Maibom*, в. п. с., стр. 141 и слѣд.

⁽²⁾ См. мотивы у *Вернера*, в. п. с., стр. 158 и слѣд.

по проекту германскаго уложенія.

Всего полнѣе и строже разработано *матеріальное* значеніе залоговаго акта, какъ орудія осуществленія передачи и вообще распоряженія залоговымъ требованіемъ, въ проектѣ общегерманскаго гражданскаго уложенія, почему и полезно остановиться нѣсколько подробнѣе на постановленіяхъ этого проекта, касающихся разсматриваемаго предмета.

Взглядъ этого проекта на юрид. природу залоговаго акта.

«Насколько, говорятъ мотивы германскаго проекта ⁽¹⁾, актъ о внесеніи залога, подлежащій выдачѣ изъ вотчиннаго установленія, преслѣдуетъ исключительную цѣль доставленія вотчинному кредитору свѣдѣнія о послѣдовавшемъ внесеніи, или дать этому кредитору въ руки удобное доказательство на счетъ существованія внесеннаго права, мы имѣемъ на лицо чисто формальный институтъ, входящій въ область процессуальную и потому подлежащій регулированію при начертаніи проекта вотчиннаго дѣлопроизводства.

Насколько же, напротивъ того, съ означеннымъ актомъ связаны послѣдствія, которыя затрогиваютъ само залоговое право, актъ этотъ получаетъ матеріально-правовое значеніе.

Эта точка зрѣнія не выступаетъ одинаково ясно во всѣхъ мѣстныхъ законодательствахъ. Недостатокъ ясности проявляется въ особенности въ томъ, что различныя законодательства, на первомъ планѣ прусское, по которымъ вещное право кредитора подвергнуто вліянію со стороны залоговаго акта, даютъ возможность распознать это вліяніе изъ тѣхъ постановленій, которыя касаются собственно дѣлопроизводственной стороны ипотечной системы.

Тѣмъ не менѣе залоговой актъ оправдалъ себя на практикѣ. Экономическій оборотъ охотно на него опирается, приобретаая при помощи его такую подвижность, которая самымъ благоприятнымъ образомъ вліяетъ на склонность капиталистовъ пойти на встрѣчу потребностямъ поземельнаго кредита. Нельзя и думать о закрытіи разсматриваемому институту доступа въ гражданское уложеніе послѣ того, какъ онъ служилъ вотчинному обороту, хотя и подъ различнымъ наименованіемъ и

⁽¹⁾ Т. III. стр. 615 и слѣд.

съ неодинаковымъ значеніемъ, въ большей половинѣ Пруссіи слишкомъ сто лѣтъ и въ цѣломъ рядѣ другихъ союзныхъ государствъ, при чемъ къ устраненію его никогда не было дѣлаемо серьезныхъ попытокъ.

Правда, что институтъ этотъ имѣетъ и свои слабыя стороны. Такъ, прежде всего, онъ ведетъ къ извѣстному ослабленію начала внесенія, благодаря тому, что залоговой актъ исполняетъ или замѣняетъ, въ извѣстной степени, функціи вотчинной книги. Затѣмъ, является возможность невѣрной передачи со стороны залоговаго акта содержанія вотчинной книги, а слѣдовательно и введенія въ заблужденіе того, кто на этотъ актъ полагается. Однакоже нельзя придавать особаго вѣса этимъ недостаткамъ. Ослабленіе начала внесенія, оказываемое залоговымъ актомъ, имѣетъ только теоретическое значеніе и потому лишено вліянія противъ тѣхъ практическихъ соображеній, которыя говорятъ въ пользу этого института. Что же касается противорѣчія между залоговымъ актомъ и книгою, то оно можетъ обнаруживаться крайне рѣдко, если только въ законъ будетъ введено постановленіе о томъ, что безъ представленія залоговаго акта и отмѣтки на немъ совершеннаго въ книгѣ внесенія, никакая перемѣна въ отношеніи залога, направленная ко вреду кредитора, не можетъ быть внесена въ вотчинную книгу. Подобное постановленіе, безъ всякаго сомнѣнія, необходимо. Но оно принадлежитъ къ области правилъ вотчиннаго дѣлопроизводства, такъ какъ касается внутренняго распорядка. Чиновникъ, который нарушитъ это постановленіе, будетъ отвѣчать за это. Само же внесеніе не сдѣлается недѣйствительнымъ вслѣдствіе того, что оно осталось неотмѣченнымъ на залоговомъ актѣ. Въ случаѣ столкновенія между вотчинною книгою и актомъ первой должно быть отдано преимущество.

Означенное выше постановленіе, долженствующее найти себѣ мѣсто въ правилахъ вотчиннаго дѣлопроизводства, должно допустить исключеніе для случая, когда залогъ остается безъ удовлетворенія при публичной продажѣ имѣнія и вслѣдствіе этого отпадаетъ, погашается. Такъ какъ нельзя въ этомъ случаѣ поставить погашеніе залога въ зависимость отъ предъявленія залоговаго акта, то и возможна опасность,

что кредиторъ злоупотребить фактомъ нахожденія въ его рукахъ залоговаго акта, воспользовавшись имъ для передачи погашеннаго права, какъ будто существующаго еще, третьему лицу, которому о публичной продажѣ имѣнія ничего неизвѣстно. Однакоже опасность эта не должна быть преувеличиваема. Прежде всего необходимо предположить, что публичной продажѣ дана будетъ извѣстная гласность при посредствѣ публикацій о вызовѣ къ сроку торговъ обладателей вотчинныхъ правъ. Затѣмъ, здѣсь можетъ быть рѣчь обыкновенно развѣ о такихъ залогахъ, которые несомнѣнно оказываются хорошими обезпеченіями и могутъ быть оцѣнены въ качествѣ таковыхъ хорошихъ обезпеченій на основаніи содержанія залоговаго акта. Тотъ же, кто пріобрѣтетъ сомнительный залогъ, едва ли пойдетъ на это пріобрѣтеніе изъ за личныхъ отношеній къ прежнему кредитору или собственнику, или соблазнившись низкою уступочною цѣною. Въ первомъ случаѣ ему хорошо знакомо дѣйствительное положеніе дѣла; во второмъ, для него, какъ спекулянта, не могло оказаться затруднительнымъ узнать объ этомъ положеніи, посмотрѣвъ для этой цѣли вотчинную книгу. Подобные залогъ, какъ предметы оборота, не заслуживаютъ особаго вниманія законодательства, тѣмъ болѣе, что и существующая по отношенію къ нимъ опасность, связанная съ институтомъ залоговаго акта, предполагаетъ обманъ, защита противъ коего составляетъ задачу уголовного уложенія.

Юридическая природа залоговаго акта будетъ опредѣляться тѣми постановленіями, которыя начертаны проектомъ для регулированія этого института. При этомъ будетъ имѣться преимущественно въ виду установить всѣ выводы, вытекающіе изъ цѣли этого института, строже и явственнѣе, чѣмъ это было сдѣлано въ большинствѣ мѣстныхъ законодательствъ. Главная цѣль залоговаго акта заключается въ облегченіи уступки залоговаго требованія. Но цѣль эта можетъ быть вполне достигнута лишь тогда, когда уступка будетъ связана не съ предусмотрѣннымъ ст. 828 проекта внесеніемъ въ вотчинную книгу, а съ передачей самаго акта, какъ это имѣетъ мѣсто при векселяхъ и другихъ бумажныхъ цѣнностяхъ. Подобное уклоненіе отъ начала вне-

сенія можетъ быть оправдано съ точки зрѣнія правильныхъ условій экономическаго оборота лишь тогда, когда законъ позаботится о томъ, чтобы можно было пользоваться уступкою посредствомъ передачи залоговаго акта съ тою же степенью обеспеченности, которую представляетъ собою внесеніе въ вотчинную книгу. Поэтому владѣлецъ залоговаго акта, пріобрѣвшій залоговое требованіе въ порядкѣ добровольной или принудительной уступки, долженъ быть поставленъ въ возможность распорядиться залогомъ, когда правильный переходъ его отъ внесеннаго кредитора удостоверяется уступочнымъ актомъ, съ тѣми же послѣдствіями, какъ если бы онъ самъ былъ внесенъ въ качествѣ кредитора. Защита, доставляемая пріобрѣтателю публичною вѣрою вотчинной книги, расширяется такимъ образомъ въ томъ направленіи, что противъ него лишены всякаго значенія недостатки права кого либо изъ невнесенныхъ предшественниковъ, недостатки, которые не явствуютъ изъ вотчинной книги, или изъ залоговаго акта или изъ уступочныхъ актовъ, развѣ бы недостатки эти стали извѣстны пріобрѣтателю какимъ либо другимъ путемъ.

Эта связь кредиторскаго права (*Gläubigerrecht*) съ залоговымъ актомъ вынуждаетъ однакоже законодателя обратить вниманіе и на необходимость защиты собственника. Согласно общимъ юридическимъ началамъ собственникъ можетъ, въ случаѣ предъявленія противъ него залоговаго права къ исполненію, требовать доказательства на счетъ этого права, или на счетъ пріобрѣтенія его лишь отъ того лица, которое выступаетъ въ качествѣ правообладателя. Доказательства этого въ данномъ случаѣ однакоже недостаточно, ибо оно не исключаетъ возможности, что пріобрѣтатель залога тѣмъ временемъ распорядится имъ въ пользу третьяго лица. Противъ такой возможности собственникъ можетъ быть защищенъ лишь тѣмъ, что кредиторъ обязанъ доказать ему, что онъ и въ настоящее время состоитъ еще кредиторомъ, посредствомъ представленія залоговаго акта и актовъ о переуступкѣ. Залоговой актъ имѣетъ въ этомъ отношеніи сходство съ бумагою на предъявителя, въ особенности съ векселемъ, съ тѣмъ лишь, главнымъ образомъ, различіемъ, что доказательствомъ пере-

дачи векселя служить индосаментъ, а залогового акта — заявление объ уступкѣ (Abtretungserklärung). Сходство залогового акта съ векселемъ проявляется еще въ томъ, что кредиторъ обязанъ вручить собственнику имѣнія или должнику этотъ актъ при полученіи отъ нихъ удовлетворенія».

Признаніе герм. проектомъ актового залога исключеніемъ изъ общаго правила.

Отношеніе между актовымъ и книжнымъ залогами разрѣшается, какъ извѣстно уже ⁽¹⁾, проектомъ въ смыслѣ равноправности обѣихъ этихъ формъ залога, причемъ книжный залогъ разсматривается какъ общее правило, а второй какъ исключеніе. «Такъ какъ, говорятъ мотивы ⁽²⁾, всѣ права на имѣнія, кромѣgrundшюльда, построены на институтѣ вотчинной книги, не будучи связаны съ лежащимъ внѣ книги оборотоспособнымъ актомъ (verkehrsfähige Urkunde), то въ допущеніи залога, при которомъ нѣкоторыя функціи книги исполняются залоговымъ актомъ, заключается съ законодательной точки зрѣнія извѣстное измѣненіе нормальнаго положенія вещей. Поэтому сперва долженъ быть регулированъ книжный залогъ и затѣмъ уже актовый посредствомъ ближайшаго опредѣленія представляемыхъ послѣднимъ уклоненій отъ нормальнаго случая».

Соображеніями этими объясняются также правила германскаго проекта о томъ, что залоговой актъ долженъ быть выдаваемъ во 1-хъ *только при наличности прямой о томъ просьбы* и во 2-хъ съ отмѣткою о таковой выдачѣ въ вотчинной книгѣ. При отсутствіи такой просьбы предполагается намѣреніе сторонъ установить книжный залогъ. «Съ выдачею ex officio залогового акта было бы связано, по словамъ мотивовъ ⁽³⁾, то неудобство, что менѣе свѣдущія лица получали бы этотъ актъ, не имѣя въ томъ никакого интереса, и при томъ тогда, когда они можетъ быть отказались бы отъ него хотя бы для избавленія должника отъ лишнихъ расходовъ, а себя самихъ отъ заботъ по храненію залогового акта, если бы знали, что они вправѣ отъ него отказаться. Случай

⁽¹⁾ Стр. 139.

⁽²⁾ Т. III, стр. 618.

⁽³⁾ Тамъ же.

пропажи залоговыхъ актовъ далеко не рѣдки, а издержки и затрудненія, связанныя съ необходимостью возбужденія въ этихъ случаяхъ вызывнаго производства, часто весьма ощутительны. Поэтому далеко не правдоподобно, что послѣ установленія правила о томъ, что выдача залоговаго акта обусловливается наличностью прямой просьбы о томъ, послѣдняя будетъ часто отсутствовать къ выгодѣ заинтересованныхъ сторонъ даже въ тѣхъ мѣстностяхъ, въ которыхъ выдача эта производится въ настоящее время *ex officio*».

Въ развитіе вышеприведенныхъ началъ, положенныхъ въ основаніе разсматриваемаго института залоговаго акта, проектъ германскаго уложенія вводитъ, между прочимъ, слѣдующія постановленія:

Главнѣйшія постановленія этого проекта по предмету актовъ залогов.

Во 1-хъ. *Каждому, кто состоитъ въ данное время кредиторомъ, принадлежитъ право собственности на залоговой актъ, каковое право нераздѣльно съ правомъ на залогъ* (ст. 1109). Постановленіе это мотивируется тѣмъ, что залоговой актъ, какъ вещь (тѣлесная), можетъ быть объектомъ права собственности съ тѣмъ однакоже ограниченіемъ, что такъ какъ этотъ актъ предназначенъ служить цѣлямъ залога, то и означенное право собственности немислимо въ качествѣ права, независимаго отъ самаго права залога. «Повидимому, говорятъ мотивы разсматриваемаго проекта, составленіе залоговаго акта можно было бы подчинить правиламъ о спецификаціи и актъ этотъ въ законченномъ его видѣ признать предметомъ приобрѣтенія права собственности, подобно всякой другой движимой вещи. Результатомъ этого однакоже явилась бы возможность перехода собственности къ такому лицу, которое не было бы обязано возвратить залоговой актъ вѣчному кредитору, хотя актъ этотъ не имѣлъ бы для этого лица другаго значенія, кромѣ клочка исписанной бумаги. Законъ не можетъ обязать непосредственно, ради избѣжанія подобнаго нежелательнаго результата, всякаго обладателя залоговаго акта возвратить послѣдній кредитору, если не поставить въ основу такой обязанности право собственности кредитора на этотъ актъ. Безъ этого условія нельзя обойтись уже и потому, что проектъ принципиально не признаетъ за обяза-

тельствственными требованіями какой либо силы по отношенію къ третьимъ лицамъ. Оно необходимо еще и по той причинѣ, что иначе оказывался бы весьма возможнымъ отказъ въ заявленномъ требованіи о выдачѣ залоговаго акта въ томъ случаѣ, когда надъ имуществомъ обладателя этого акта открытъ конкурсъ и за кредиторомъ оставалось бы только весьма недостаточное для его законныхъ интересовъ право искать убытковъ съ конкурсной массы. Избѣжать этого возможно лишь путемъ признанія права собственности на залоговой актъ нераздѣльно соединеннымъ съ залогомъ, а слѣдовательно, принадлежащимъ тому, кто въ данное время состоитъ вотчиннымъ кредиторомъ. Отсюда вытекаетъ и то послѣдствіе, что и другія (вотчинныя) права по отношенію къ залоговому акту могутъ быть устанавливаемы только подъ условіемъ одновременнаго возникновенія ихъ на самомъ залогѣ» ⁽¹⁾.

Во 2-хъ. *Въ случаѣ погашенія залога собственникъ вправе потребовать отъ обладателя залоговаго акта представленія этого акта въ вотчинное установленіе для производства погашенія. Равнымъ образомъ собственнику, когда онъ удовлетворяетъ кредитора, принадлежитъ право потребовать возвращенія себѣ залоговаго акта (ст. 1109 и 1119).* Второе изъ этихъ правилъ понятно само собою. Что же касается перваго, то объясненіемъ его служить то соображеніе, что у кредитора могутъ быть различные интересы къ тому, чтобы удержатъ передачу собственнику имѣнія залоговаго акта, несмотря на послѣдовавшее прекращеніе залога (напримѣръ, когда присоединенный къ этому акту актъ о личномъ обязательствѣ упоминаетъ еще о другихъ требованіяхъ и т. п.), почему и невозможно установить подобнаго правила, что одновременно съ таковымъ прекращеніемъ собственникъ имѣнія становится непосредственно собственникомъ залоговаго акта. Собственникъ имѣнія достаточно защищается предоставленіемъ ему вещнаго иска о представленіи залоговаго акта въ вотчинное установленіе для производства погашенія залога,

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 745

противъ каковаго иска допускаются однакоже возраженія, вытекающія изъ личныхъ отношеній сторонъ, въ томъ числѣ и возраженіе, вытекающее изъ права удержать вещь въ силу принадлежности владѣльцу каковаго либо права требованія противъ истца ⁽¹⁾.

Въ 3-хъ. «Выдача по залогу залоговаго акта не можетъ, по словамъ мотивовъ, оставаться безъ вліянія на то предположеніе о правильности показанія вотчинной книги на счетъ требованія, которое устанавливается ст. 1083. Предположеніе это неминуемо угрожало бы правовому положенію собственника въ отношеніи кредитора, если бы оно вступало въ силу независимо отъ факта врученія послѣднему залоговаго акта. Правда, что вопросъ о томъ, кому собственно долженъ быть врученъ вотчиннымъ установленіемъ залоговой актъ, не можетъ быть разрѣшенъ въ гражданскомъ уложеніи, такъ какъ вопросъ этотъ касается внутренняго распорядка и потому относится къ уставу вотчиннаго дѣлопроизводства. Однакоже уже теперь можно предвидѣть, что рѣшеніе это, въ согласіи съ дѣйствующимъ правомъ (ст. 122 прус. уст. о вотч. кн., ст. 13 мекленб. закона для сельскихъ имѣній, а также ст. 28 инструкции къ закону о город. имѣн. и ст. 25 инструкции для частныхъ имѣній въ области шверинскихъ доминіальныхъ владѣній) и съ практическими потребностями, послѣдуетъ въ смыслѣ *поставленія собственника, допустившаго внесеніе, въ положеніе, которое гарантировало бы врученіе залоговаго акта ему самому* ⁽²⁾. Когда, однакоже, собственникъ воспользовался этимъ положеніемъ, то нельзя не предположить, что онъ не пожелалъ наступленія всѣхъ послѣдствій внесенія до тѣхъ поръ, пока не передастъ залоговаго акта кредитору и законъ не можетъ отнестись невнимательно къ этому желанію безъ того, чтобы не нанести вреда собствен-

⁽¹⁾ Тамъ же.

⁽²⁾ Въ опубликованномъ въ 1889 году проектѣ устава вотчиннаго дѣлопроизводства (Entwurf einer Grundbuchordnung), изданномъ въ дополненіе къ проекту общегерм. гражд. уложенія, дѣйствительно, постановляется, что залоговой актъ выдается собственнику заложенаго имѣнія, развѣ бы собственникъ изъявилъ согласіе на выдачу этого акта кредитору (ст. 60).

нику. Нельзя при этомъ упускать изъ виду, что кредиторъ вправѣ требовать на основаніи ст. 1109 выдачи ему залоговаго акта и на основаніи ст. 1075, по наступленіи срока требованію, публичной продажи имѣнія. Такъ какъ залогъ возможенъ не иначе какъ при условіи существованія требованія, то оба иска, основанные на приведенныхъ статьяхъ, предполагаютъ обязанность доказать существованіе требованія. Однакоже эта обязанность могла бы быть замѣнена въ случаѣ, если бы законъ не устанавливалъ противнаго, простою ссылкой на внесеніе или дополняюще это послѣднее ссылкой вотчинной книги на актъ о внесеніи (Eintragungsbewilligung), на точномъ основаніи ст. 1064 и 1083 проекта) ⁽¹⁾. Точно также положеніе собственника никоимъ образомъ не улучшилось бы, если бы законъ ограничился въ разсуждаемомъ случаѣ возложеніемъ на кредитора обязанности доказать наличность долговаго отношенія. Для того, чтобы дѣйствительно защитить собственника, необходимо освободить его отъ обязанности представить встрѣчныя доказательства о невозникновеніи требованія, обязанности нерѣдко въ высшей степени трудной» ⁽²⁾. На этомъ основаніи германскій проектъ постановляетъ, что *«въ случаяхъ, когда согласно постановленіямъ устава вотчиннаго дѣлопроизводства, залоговой актъ подлежитъ выдачѣ собственнику имѣнія, кредиторъ, пока не состоитъ обладателемъ этого акта, не вправѣ основывать*

⁽¹⁾ Въ поясненіе сказаннаго въ текстѣ необходимо замѣтить, что по германскому проекту обязательно внесеніе въ вотчинную книгу при установленіи залога изъ числа моментовъ, опредѣляющихъ требованіе, залогомъ этимъ обезпечиваемое, только кредитора, суммы требованія и размѣра процентовъ. Что же касается до другихъ моментовъ (какъ-то: основанія требованія, сроковъ уплаты капитальной суммы и процентовъ и т. п.), то относительно ихъ достаточно ссылки вотчинной книги на просьбу о внесеніи, въ которой всѣ эти моменты должны быть указаны. Ссылка эта замѣняетъ собою само внесеніе (ст. 1064). Проектъ вотчиннаго устава видитъ въ ссылкахъ подобнаго рода, направленныхъ къ дополненію вотчинныхъ книгъ свѣдѣніями, виѣ ихъ лежащими, съ сообщеніемъ этимъ свѣдѣніямъ той же силы и значенія, что и содержанію вотчинныхъ книгъ, существенное нарушеніе начала внесенія и потому ихъ не допускаетъ (ср. ст. 182 проекта вотч. устава).

⁽²⁾ Мотивы, тамъ же, ст. 716.

доказательство возникновенія требованія ни на внесеніи залога въ вотчинную книгу, ни на залоговомъ актѣ (ст. 1110).

Въ 4-хъ. Германскій проектъ не допускаетъ внесенія противъ *актоваго залога - установленной имъ въ ст. 1085 отмѣтки о неполученіи валюты*, о каковой отмѣткѣ упоминалось выше (ст. 1111). Примѣненіе къ этому залогу названной отмѣтки съ одной стороны ничѣмъ не оправдывалось бы и съ другой совершенно излишне. «Оно не оправдывалось бы ничѣмъ, по словамъ мотивовъ, когда залоговой актъ былъ врученъ, согласно правиламъ устава вотчиннаго дѣлопроизводства, кредитору, или переданъ послѣднему самимъ собственникомъ, ибо въ этихъ случаяхъ необходимо предполагать, что собственникъ не имѣлъ никакого повода къ тому, чтобы оспорить немедленную дѣйствительность внесенія. Поэтому и нѣтъ никакого основанія создавать въ пользу собственника особую защиту противъ зловредныхъ распоряженій залогомъ. Вполнѣ излишнею представляется рассматриваемая отмѣтка, когда, согласно правиламъ вотчиннаго дѣлопроизводства, залоговой актъ долженъ быть врученъ собственнику, ибо пока актъ этотъ не находится въ рукахъ кредитора, послѣдній не можетъ вообще распорядиться залогомъ въ пользу третьяго лица и противъ кредитора этого не можетъ быть предпринято распоряженіе, клонящееся къ понудительной передачѣ имъ залога. Противъ же неправильнаго требованія выдачи залоговаго акта собственникъ достаточно защищенъ правиломъ ст. 1110 проекта»⁽¹⁾.

Въ 5-хъ. *Уступка актоваго залога*, какъ это, впрочемъ, само собою подразумѣвается изъ отличія этого залога отъ книжнаго, *не обусловливается по германскому проекту внесеніемъ въ вотчинную книгу* (ст. 1112). Проектъ отдаетъ внесеніе уступки на волю новаго кредитора (ст. 1115), видя въ данномъ случаѣ въ актѣ внесенія не болѣе какъ средство пріобрѣтенія означеннымъ кредиторомъ нѣкоторыхъ специальныхъ преимуществъ, связанныхъ со всякимъ вообще внесе-

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 747 и 748. Содержаніе ст. 1110 приведено въ предъидущемъ пунктѣ.

ніемъ ⁽¹⁾. Онъ не находитъ, далѣе, никакой надобности въ томъ, чтобы сдѣлать самый залоговой актъ носителемъ уступочныхъ надписей (ein indossabeles Papier). Надписи эти, будучи соединены съ упомянутымъ актомъ, совершенно напрасно отягощали бы, по мнѣнію мотивовъ, этотъ послѣдній во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ цѣлаго ряда уступокъ надлежаще легитимированный ими кредиторъ внесетъ себя въ вотчинную книгу ⁽²⁾. Согласно сему и въ отличіе отъ прусскаго и мекленбургскаго права, по которымъ залоговыя требованія переходятъ отъ одного лица къ другому на основаніи началъ обязательственнаго права, силою одного лишь договора объ уступкѣ, проектъ обусловливаетъ послѣднюю наличностью: а) договора объ уступкѣ и б) фактической передачи новому кредитору залоговаго акта (ст. 1112). По отношенію къ договору объ уступкѣ проектъ считаетъ достаточнымъ одностороннее заявленіе прежняго кредитора объ уступкѣ (Abtretungserklärung), засвидѣтельствованное въ судѣ или у нотаріуса (тамъ же). Нахожденіе такого заявленія вмѣстѣ съ залоговымъ актомъ въ рукахъ даннаго лица порождаетъ предположеніе о наличности заключеннаго съ нимъ уступочнаго договора, пока противное не будетъ доказано ⁽³⁾. Что же касается фактической передачи залоговаго акта, то она, по мнѣнію мотивовъ, необходима, такъ какъ существенно облегчаетъ всѣмъ распознаваемость перехода права къ другому лицу. «При помощи этой передачи, говорится въ мотивахъ, разрѣшаются весьма просто всѣ возможные сомнѣнія на счетъ того, имѣло ли заявленіе прежняго кредитора вещное или только обязательственное значеніе и принято ли это заявленіе со стороны новаго кредитора. Получивъ залоговой актъ, новый кредиторъ защищенъ противъ распоряженій прежняго кредитора. Сдѣлка осуществляется весьма просто, такъ какъ каждая изъ сторонъ обязана исполнить свое обязательство лишь подѣ условіемъ немедленнаго исполненія его другою» ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 754 и слѣд.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 750 (п. 8).

⁽³⁾ Тамъ же, стр. 752.

⁽⁴⁾ Тамъ же, стр. 748 и 749.

Въ 6-хъ. *Надлежаще легитимирующимъ свое право германскій проектъ признаетъ только того вѣкнижнаго кредитора, который докажетъ правильный переходъ къ нему залоговаго акта цѣлымъ рядомъ послѣдовательныхъ уступочныхъ актовъ. Совершенная такимъ кредиторомъ передача имѣетъ тѣ же послѣдствія, какъ если бы она исходила отъ кредитора, внесеннаго въ вотчинную книгу. На передачу эту распространяется дѣйствіе начала безповоротности (ст. 1114).*

Одно лишь обладаніе залоговымъ актомъ, при отсутствіи хоть бы только одного уступочнаго акта изъ ряда остальныхъ, не устанавливаетъ, по германскому проекту, кредиторскаго права. Препятствуютъ такому установленію и такія нарушенія установленнаго закономъ порядка перехода права, которыя могутъ быть усмотрѣны изъ залоговаго или уступочныхъ актовъ. Защита, доставляемая публичностью вотчинной книги, простирается въ данномъ случаѣ только въ отношеніи признанія залоговаго требованія принадлежавшимъ внесенному кредитору впредь до передачи этого требованія первому вѣкнижному цессіонарію. Она представляется, однакоже, по мнѣнію мотивовъ, недостаточною.

Такъ, въ отношеніи фактической передачи залоговаго акта, какъ одного изъ условій уступки залоговаго требованія, практическіе интересы требуютъ, повидимому, признанія такой уступки дѣйствительною въ лицѣ легитимированнаго обладателя залоговаго акта даже и тогда, когда условіе это не было соблюдено по отношенію къ кому либо изъ предшествовавшихъ цессіонаріевъ. Для интересовъ этихъ, однакоже, достаточно, чтобы лицо, которое не знало о разсматриваемомъ недостаткѣ какой нибудь изъ предшествовавшихъ уступокъ, когда приобрѣтало залоговое требованіе, защищалось противъ возраженія объ этомъ недостаткѣ. «Такая защита представляется, по словамъ мотивовъ, тѣмъ болѣе достаточною, что послѣ того, какъ данный недостатокъ сталъ, вслѣдствіе незнанія о немъ, извиняемъ, знаніе того же самаго недостатка при послѣдующихъ уступкахъ становится уже лишеннымъ всякаго значенія».

«Подобно сказанному, продолжаютъ мотивы, относительно

фактической передачи залогового акта, приобретателю залогового права должна быть точно также гарантирована, в интересах упрочения правъ, и правильность содержания уступочныхъ актовъ. Если бы пришлось исходить изъ того, что приобретателю залогового требованія могутъ быть противопоставляемы недостатки, заключающіеся въ правѣ кого либо изъ его предшественниковъ, но не видимые изъ актовъ и приобретателю этому неизвѣстные, то институтъ актового залога вмѣсто того, чтобы содѣйствовать обороту, сдѣлался бы западней для послѣдняго и потерялъ бы вслѣдствіе этого свое практическое значеніе. Обязанность провѣрять право обладателя залогового акта совершить уступку должна ограничиться вопросомъ о томъ, доказывается ли переходъ къ нему требованія непрерывнымъ рядомъ правильныхъ актовъ, устанавливающихъ уступку. Тотъ, кто хочетъ приобрести залоговое требованіе, не въ состояніи даже подвергнуть большей повѣркѣ эти свидѣтельствуемыя актами событія. Поэтому справедливость въ отношеніи къ приобретателю требуетъ, чтобы онъ былъ поставленъ въ такое же твердое положеніе, какъ если бы его праводателемъ было лицо, внесенное въ вотчинную книгу».

Доказывая затѣмъ невозможность построить защиту приобретателя залогового требованія на отождествленіи порядка передачи актового залога съ порядкомъ передачи права собственности на движимыя вещи, указывая на необходимость отказаться отъ отождествленія ипотечнаго оборота съ оборотомъ движимостей, рассматриваемые мотивы приходятъ къ выводу, что правильнѣе всего положеніе этого приобретателя рассматривать такъ, какъ если бы его праводатель былъ внесенъ въ вотчинную книгу. «Этимъ путемъ достигнута будетъ выгода, немаловажная съ точки зрѣнія простоты и удобопонятности закона и правильного примѣненія института актового залога, заключающаяся въ томъ, что защита приобретателя залога противъ послѣдствій недостатковъ, присущихъ праву какого либо предшественника, будетъ опираться на одно изъ основныхъ началъ ипотечнаго права, а именно на начало внесенія.

Если праводатель приобретателя рассматривается по отно-

шенію къ послѣднему, благодаря тому, что обладалъ залоговымъ актомъ и легитимировался уступочными актами, въ качествѣ внесеннаго кредитора, то и начало публичности, присущее вотчинной книгѣ, распространяется непосредственно на эти акты и притомъ такъ, что пріобрѣтатель можетъ ссылаться на ихъ содержаніе противъ правъ третьихъ лицъ въ защиту своего пріобрѣтенія».

На этомъ основаніи, заявленіе о платежѣ (Kündigung), самый платежъ и т. п. дѣйствія, совершенныя собственникомъ по отношенію къ обладателю залоговаго акта при незнаніи о томъ, что обладатель этотъ не есть дѣйствительный кредиторъ, имѣютъ по германскому проекту обязательную силу и по отношенію къ дѣйствительному кредитору. Сила этихъ дѣйствій для дѣйствительнаго кредитора не обусловливается даже отмѣткою ихъ на залоговомъ актѣ. Только третье лицо, пріобрѣтающее ипотеку внѣ книги, полагаясь на содержаніе залоговаго акта, защищается въ случаѣ отсутствія на этомъ актѣ подобной отмѣтки. Въ этомъ случаѣ, не отмѣтивъ напримѣръ на залоговомъ актѣ произведеннаго платежа, собственникъ окажется обязаннымъ, во избѣжаніе публичной продажи имѣнія, заплатить вторично ⁽¹⁾.

Въ 7-хъ. Изъ изложенныхъ соображеній объясняется само собою и правило германскаго проекта о томъ, что *всякій фактъ почитается извѣстнымъ пріобрѣтателю залога или какаго либо права на немъ, и подчиняющимся дѣйствію начала безповоротности, поскольку онъ явствуетъ изъ залоговаго акта или сдѣланныхъ на немъ отмѣтокъ* (ст. 1116). Къ числу такихъ фактовъ принадлежатъ, по объясненію мотивовъ, между прочимъ и аресты (gerichtliche Veräußerungsverbote), наложеніе коихъ должно быть отмѣчаемо судомъ на подлежащихъ залоговыхъ актахъ ⁽²⁾.

Наконецъ, въ 8-хъ, проектъ германскаго уложенія признаетъ лишь того правоспособнымъ распорядиться правомъ, вытекающимъ изъ актаваго залога, кто предъявитъ залоговой актъ, и хотя не будучи внесенъ въ вотчинную книгу въ

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 752 и слѣд.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 756.

качество кредитора, легитимируетъ себя въ этомъ качестве предъявленіемъ также непрерывнаго ряда уступочныхъ актовъ, восходящихъ до внесеннаго кредитора (ст. 1117). Только напоминаніе (Mahnung) и заявленіе требованія о платежѣ (Kündigung) дѣйствительны и безъ предъявленія кредиторомъ упомянутыхъ актовъ, развѣ бы, впрочемъ, собственникъ тутъ же или немедленно (unverzüglich) послѣ упомянутого напоминанія или заявленія отвергнуть то или другое въ виду не предъявленія ему залоговаго акта (ст. 1118). Правила эти, включая и правило объ обязанности кредитора возвратить залоговой актъ при полученіи удовлетворенія, примѣняются одинаково, состоитъ ли собственникъ въ тоже время и личнымъ должникомъ или не состоитъ и предъявленъ ли кредиторомъ въ одно и тоже время вотчинный и личный искъ или только одинъ изъ этихъ исковъ (ст. 1120).

Недостатки системы германскаго проекта.

Оставляя пока въ сторонѣ вопросъ о принципиальныхъ достоинствахъ и недостаткахъ системы актовъ передачи залоговыхъ требованій вообще ⁽¹⁾, нельзя не замѣтить, что система эта въ томъ видѣ, въ какомъ она разработана со стороны проекта общегерманскаго уложенія, представляется во всякомъ случаѣ черезъ чуръ сложною. Зачѣмъ, въ самомъ дѣлѣ, понадобилось входить въ разрѣшеніе вопроса о принадлежности акта о требованіи тому же, кому принадлежитъ и само требованіе, когда вопросъ этотъ въ сущности вовсе не спеціально ипотечный, а общій, касающійся безусловно всякаго рода долговыхъ актовъ, выданныхъ должникомъ? Зачѣмъ, далѣе, нужно было разрѣшать также вопросы о возможности подчиненія опредѣляемой проектомъ связи кредиторскаго права съ залоговымъ актомъ правиламъ, установленнымъ для случаевъ спецификаціи и о возможности признанія этого акта предметомъ права собственности, на подобіе всякой другой движимой вещи, коль скоро самъ же проектъ обуславливаетъ означенную уступку наличностью *договора* объ ней, обременнаго въ торжественную

(1) Объ этомъ см. ниже разныя мнѣнія въ средѣ ред. комисіи, стр. 251 и слѣд.

письменную форму? Зачѣмъ, наконецъ, понадобилось предусматривать въ специальныхъ постановленіяхъ о залогѣ возможность перехода документа, независимо отъ права, въ руки третьяго лица, говорить о виндикаціи этого документа, когда опять таки эти вопросы вполне общаго характера? Всѣ эти осложненія явились очевидно результатомъ нежеланія со стороны проекта сдѣлать изъ залоговаго акта то, что проектъ называетъ *ein indossabeles Papier*, носителя уступочныхъ сдѣлокъ. Нежеланіе это и повело къ созданію не одного, а двухъ *фактически отдѣльных* орудій кредита: залоговаго акта съ одной стороны и уступочнаго съ другой, и къ необходимости считаться съ ними, какъ съ двумя различными факторами всякой уступочной сдѣлки, а также съ возможностью раздвоенія этихъ факторовъ, перехода того и другаго въ разныя руки. Очевидно, однакоже, что одна уже возможность такого раздвоенія существенно угрожаетъ той связи кредиторскаго права съ залоговымъ актомъ, которую рассматриваемый проектъ имѣлъ въ виду установить и которая и составляетъ на самомъ дѣлѣ фундаментъ актовой передачи залоговыхъ требованій. Залоговой актъ можетъ стать дѣйствительнымъ носителемъ залога лишь тогда, когда онъ будетъ и исключительнымъ орудіемъ передачи его на подобіе бумаги на предъявителя, приравниваемой движимымъ вещамъ, или же на подобіе векселя и другихъ обязательственныхъ бумагъ, передаваемыхъ по надписямъ, домашнимъ или засвидѣтельствованнымъ. Съ присвоеніемъ залоговому акту значенія носителя залоговаго права и орудія передачи его отпадаетъ необходимость въ особомъ разрѣшеніи вышеупомянутыхъ вопросовъ со стороны ипотечнаго законодательства хотя бы уже по той причинѣ, что вопросы эти разрѣшаются сами собою на основаніи общихъ началъ гражданскаго права. Независимо отъ сего, система германскаго проекта страдаетъ еще другимъ немаловажнымъ недостаткомъ. Проектъ этотъ, какъ видно изъ вышеприведенныхъ мотивовъ его, не пожелалъ сдѣлать залоговой актъ носителемъ уступочныхъ надписей потому, что послѣднія совершенно напрасно отягощали бы этотъ актъ, когда послѣ цѣлаго ряда уступокъ кредиторъ, надлежаще легитимирuemый ими, внесетъ свое право въ вот-

чинную книгу. На мѣсто однакоже этого неудобства, которое отчасти легко устранимо, напримѣръ, при помощи дѣлопроизводственнаго правила о томъ, чтобы въ случаѣ упомятаго внесенія надписи о всѣхъ предшествующихъ переходахъ залоговаго акта погашались *ex officio* на немъ вотчиннымъ установленіемъ, получается другое, гораздо болѣе важное, заключающееся въ излишней тяжеловѣсности созданнаго разсматриваемымъ проектомъ орудія кредита, благодаря необходимости присоединенія къ залоговому акту, при наличности цѣлаго ряда уступокъ, цѣлаго же ряда отдѣльных уступочныхъ актовъ.

II. Форма передачи залоговыхъ требованій по проекту вотчиннаго устава

II. Проектъ бывшей ипотечной комисіи, учрежденной при министерствѣ юстиціи, сталъ на почву актовой системы передачи залоговыхъ требованій (ст. 155 и слѣд.), хотя и не безъ нѣкоторыхъ колебаній, такъ какъ первоначально комисія эта высказывалась за книжную систему ⁽¹⁾. Актовая передача принята также утвержденными государственнымъ совѣтомъ главными основаніями предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. Ей слѣдуетъ и проектъ вотчиннаго устава. Начала, положенныя въ основаніе постановленій этого проекта по разсматриваемому предмету, заключаются въ слѣдующемъ.

1. Форма передачи залоговыхъ требованій, насколько вопросъ объ этой формѣ входитъ въ область ипотечнаго законодательства, должна быть по возможности единообразною для всѣхъ случаевъ передачи. Съ этой точки зрѣнія проектъ не знаетъ различія между книжною и актовою ипотекою, въ томъ видѣ, въ какомъ ее проводитъ германскій проектъ. Введеніе у насъ той двойственности въ данномъ отношеніи, которая присуща этому послѣднему проекту, не имѣетъ за себя тѣхъ историческихъ причинъ, которыя существуютъ въ Германіи, да кромѣ того явилось бы усложненіемъ, вредящимъ простотѣ и удобопонятности проектируемаго законоположенія.

(¹) Ср. труды этой комисіи, т. I, стр. 98 и слѣд. и стр. 377 и слѣд.

2. Вводя по соображеніямъ, указаннымъ ниже ⁽¹⁾, актовую форму передачи и притомъ какъ форму однообразную, проектъ опредѣляетъ выдачу по каждому залогѣ особого залогового акта. Выдача эта сопровождается непременно установленіе всякаго залога, составляетъ существенную принадлежность его установленія, въ томъ смыслѣ, что имѣетъ мѣсто *ex officio*, помимо особой о томъ просьбы заинтересованныхъ лицъ и не допускаетъ возможности съ ихъ стороны отказа отъ полученія такового. Удовлетворяя просьбу о внесеніи, начальникъ вотчиннаго установленія обязанъ по проекту сдѣлать, между прочимъ, необходимыя распоряженія относительно документовъ, подлежащихъ выдачѣ, къ числу каковыхъ документовъ относятся и залоговые акты. При этомъ падаетъ сама собою необходимость въ томъ, чтобы каждый разъ, при внесеніи залога, была отмѣчаема въ книгѣ и выдача по нему соотвѣтственнаго залогового акта. Все это явствуетъ изъ дѣлопроизводственныхъ правилъ проекта, изложенныхъ въ ст. 223 (п. 2), 271 и 275. Говорить объ этомъ въ правилахъ проекта, относящихся къ матеріальному праву, не было основанія потому, что сила залогового акта, его вліяніе на залогъ проявляется собственно не при самомъ установленіи залога, а только впослѣдствіи, при его передачѣ или осуществленіи.

3. Устанавливая выдачу со стороны вотчиннаго установленія документовъ по всякаго рода внесеніямъ, не исключая и залоговъ, проектъ тѣмъ не менѣе проводитъ рѣзкое различіе между всѣми прочими документами и тѣми, которые выдаются по залогамъ, заключающееся въ томъ, что только послѣдніе документы имѣютъ *матеріальное* значеніе въ смыслѣ вліянія, оказываемаго ими на тѣ права, по коимъ они выданы. Этимъ и объясняется, почему понадобилось дать документамъ вотчиннаго установленія по залогѣ особое наименованіе, именно *залоговыхъ актовъ*. Залоговой актъ по проекту имѣетъ значеніе средства легитимаціи права на залогъ вотчиннаго кредитора, т. е. такого акта, безъ предъ-

⁽¹⁾ См. мнѣніе большинства членовъ редакц. комисіи, стр. 261 и слѣд.

явленія коего немислимо ни распоряженіе залогомъ, путемъ передачи его или заклада, ни осуществленіе его. Начало это развито непосредственно въ правилахъ проекта вотчиннаго устава, опредѣляющихъ порядокъ передачи и заклада залоговыхъ требованій (ст. 84 и слѣд.), а также въ ст. 97 проекта положенія о порядкѣ взыск. съ недвиж. имѣній, по силѣ которой вотчинный кредиторъ, желающій получить удовлетвореніе изъ суммы, вырученной отъ продажи заложенного имѣнія, обязанъ представить вотчинному установленію залоговой актъ. Этимъ же началомъ объясняется правило проекта о предоставленіи собственнику, въ случаѣ неизвѣстности мѣста жительства кредитора или отсутствія у послѣдняго залоговаго акта или, наконецъ, уклоненія кредитора отъ возвращенія залоговаго акта, права достигнуть погашенія записи о залоговомъ требованіи посредствомъ замѣны ея наличными деньгами, вносимыми въ видѣ депозита вотчиннаго установленія въ мѣстное казначейство (ст. 192), равно какъ и рядъ правилъ проекта о вызывномъ производствѣ для признанія залоговаго акта уничтоженнымъ и для выдачи новаго залоговаго акта (ст. 292—319).

4. По проекту вотчинный кредиторъ легитимируется нахожденіемъ въ его рукахъ залоговаго акта, правильно дошедшаго къ нему на основаніи послѣдовательнаго ряда преемствъ, *отмѣченныхъ въ видѣ надписей на самомъ актѣ*. Такимъ образомъ, самъ залоговой актъ является, по проекту, виѣшнимъ носителемъ всѣхъ этихъ преемствъ. Только переходъ залоговаго требованія по наслѣдству не обусловленъ совершеніемъ надписи на залоговомъ актѣ. Однакоже, распорядиться залоговымъ требованіемъ путемъ передачи или заклада наслѣдникъ вотчиннаго кредитора можетъ только, подчиняясь общимъ формамъ, установленнымъ проектомъ для передачи, представивъ залоговой актъ и доказательства наслѣдственнаго пріобрѣтенія требованія, а именно постановленіе суда объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства, или утвержденное къ исполненію завѣщаніе, либо засвидѣтельствованную копію съ опредѣленія суда объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію, по которому досталось ему, наслѣднику, залоговое требованіе (ст. 85 и 89).

5. Впрочемъ, сама надпись о передачѣ на залоговомъ актѣ имѣетъ, по проекту, двоякое значеніе, сообразно устанавливаемой проектомъ двоякой формѣ передачи: или какъ надпись, непосредственно устанавливающей, вмѣстѣ съ врученіемъ акта кредитору, переходъ къ послѣднему залоговаго требованія, или какъ надпись, удостоверяющей передачу требованія по вотчинной книгѣ.

Имѣя въ виду тѣ гарантіи, которыя представляетъ собою вотчинная книга, какъ основа вотчиннаго оборота, проектъ допускаетъ совершеніе передачи залоговыхъ требованій не только посредствомъ надписи на залоговомъ актѣ, совершенной вмѣстѣ вотчиннаго установленія и врученія этого акта кредитору (ст. 86), но и въ самомъ вотчинномъ установленіи посредствомъ внесенія въ вотчинную книгу записи о передачѣ. Внесеніе это совершается на основаніи просьбы о томъ вотчиннаго кредитора (цедента) съ указаніемъ, кому именно требованіе передается, и предполагаетъ необходимо представленіе залоговаго акта, на которомъ затѣмъ уже и отмѣчается передача (п. 1 ст. 278). Впрочемъ, проектъ предоставляетъ право внести въ вотчинную книгу запись о передачѣ, съ цѣлью пріобрѣтенія всѣхъ тѣхъ выгодъ, которыя связаны съ актомъ внесенія, и лицу, пріобрѣтшему залоговое требованіе вмѣстѣ вотчинной книги (ст. 92). Означенныя выгоды заключаются между прочимъ въ томъ, что при внесеніи производится вотчиннымъ установленіемъ повѣрка права праводержателя, слѣдовательно, въ данномъ случаѣ, повѣрка правильности всѣхъ предшествовавшихъ, не внесенныхъ въ вотчинную книгу передачъ или переходовъ по наслѣдству, по которымъ залоговое требованіе дошло до настоящаго кредитора, почему и недостатки, присущіе этимъ переходамъ, если бы таковыя недостатки и оказались, не могутъ быть болѣе противопоставлены третьему пріобрѣтателю (ст. 93). Само собою разумѣется, что требовать при этомъ внесенія въ вотчинную книгу также всѣхъ упомянутыхъ предшествовавшихъ передачъ и переходовъ по наслѣдству совершенно излишне, такъ какъ записи по этому предмету обременяли бы лишь совершенно напрасно вотчинную книгу.

6. Въ согласіи съ проектомъ бывшей ипотечной комисіи (ст.

158) и съ преподанными государственнымъ совѣтомъ главными основаніями (ст. 22), передача залоговыхъ требованій внѣ вотчиннаго установленія совершается по проекту вотчиннаго устава *посредствомъ надписей* на залоговомъ актѣ, *засвидѣтельствованныхъ нотариусомъ*. Каждая такая надпись должна заключать въ себѣ: время ея совершенія, указаніе лица, коему требованіе передается, и подпись кредитора, уступающаго требованіе (ст. 86 и 87). Таковы существенныя принадлежности всякой надписи. Само собою разумѣется, что кромѣ нихъ въ надписи о передачѣ могутъ быть помѣщаемы и разныя произвольныя условія, хотя, конечно, только тѣ, которыя должны быть обязательны не только для даннаго цессіонарія, но и для третьихъ лицъ, т. е. будущихъ пріобрѣтателей залоговаго требованія. Это вытекаетъ изъ значенія надписи, какъ акта, устанавлиющаго, совмѣстно со врученіемъ, переходъ *вотчиннаго права*. Ничто не мѣшаетъ однакоже контрагентамъ устанавливать по предмету передачи тѣ или другія условія личнаго характера, но они должны быть изложены въ видѣ особаго акта.

Указанная форма передачи имѣетъ по проекту безусловное значеніе въ томъ смыслѣ, что всякая другая, ей противорѣчащая, должна повлечь за собою признаніе передачи недействительною.

О недопущеніи проектомъ передачи залоговыхъ требованій по бланковымъ надписямъ (ст. 87) говорилось уже выше.

7. Кромѣ сдѣлки о передачѣ, облеченной въ указанную выше форму, проектъ считаетъ необходимымъ, какъ замѣчено уже, для признанія передачи совершившеюся врученіе залоговаго акта кредитору (ст. 86). Требованіе это вытекаетъ само собою изъ значенія залоговаго акта, какъ орудія передачи. Слѣдовательно, пока актъ не врученъ, а продолжаетъ находиться въ рукахъ даннаго кредитора (цедента) хотя и съ совершенною на этомъ актѣ надписью, нѣтъ перехода залоговаго требованія, причемъ, какъ это, впрочемъ, само собою понятно, надпись эта можетъ быть уничтожена нотариусомъ по просьбѣ того же цедента.

8. Съ передачей залоговаго требованія проектъ связываетъ обязательное увѣдомленіе объ ней должника такимъ

образомъ, что при передачѣ въ вотчинномъ установленіи увѣдомленіе это посылается на общемъ основаніи этимъ послѣднимъ (ст. 227), а при передачѣ внѣ вотчиннаго установленія—нотаріусомъ, засвидѣтельствовавшимъ надпись о передачѣ, при чемъ должнику сообщается также мѣсто жительства лица, коему передано требованіе (ст. 90). Матеріальное значеніе этого увѣдомленія заключается въ правилѣ о томъ, что платежъ процентовъ, учиненный должникомъ до полученія увѣдомленія о передачѣ кредитору, передавшему залоговое требованіе, имѣетъ силу и по отношенію къ новому кредитору (ст. 91). Такое же увѣдомленіе посылается нотаріусомъ, засвидѣтельствовавшимъ надпись о передачѣ, и вотчинному установленію (тамъ же), такъ какъ послѣднему, въ виду возможности назначенія заложенного имѣнія въ публичную продажу, равно какъ и третьимъ лицамъ, весьма важно знать, кто состоитъ въ данное время кредиторомъ по залоговому требованію.

9. Для того, чтобы залоговой актъ служилъ дѣйствительнымъ облегченіемъ обороту капиталовъ, обеспеченныхъ на недвижимыхъ имѣніяхъ, необходимо, чтобы какъ самъ фактъ врученія этого акта кредитору, происходящій послѣ внесенія въ вотчинную книгу и такъ сказать внѣ ея, такъ и само содержаніе этого акта не стояли въ противорѣчій съ содержаніемъ вотчинной книги. Первая изъ этихъ цѣлей—согласованіе факта врученія залоговаго акта съ содержаніемъ вотчинной книги достигается включеніемъ въ дѣлопроизводственныя постановленія проекта правила, противоположнаго принятому проектомъ германскаго устава вотчиннаго дѣлопроизводства, и заключающемуся въ томъ, что залоговой актъ выдается всегда *кредитору*, развѣ бы стороны условились о томъ, чтобы онъ былъ выданъ должнику (ст. 277). Благодаря этому правилу, создается въ пользу заинтересованныхъ лицъ, справляющихся съ вотчинною книгою о задолженности имѣнія, законное предположеніе на счетъ дѣйствительнаго возникновенія обремененій, показанныхъ въ книгѣ, но обусловленнаго внѣкнижной передачей залоговаго акта, предположеніе, вступающее въ силу одновременно съ самымъ внесеніемъ, а моментъ полученія должникомъ валюты перено-

сится во время, предшествующее внесению. Расчеты сторонъ по залоговымъ требованіямъ, вытекающимъ изъ договора займа, будутъ при этомъ порядкѣ производиться въ присутствіи хранителя при совершеніи имъ, на основаніи тѣхъ нотаріальныхъ функцій, которыя проектъ на него возлагаетъ, акта, служащаго правооснованіемъ даннаго залоговаго требованія, тѣмъ болѣе, что по совершеніи этого акта прекращается по мысли проекта и все участіе сторонъ при внесеніи требованія. Актъ этотъ не выдается сторонамъ на руки, а получаетъ помимо ихъ, т. е. *ex officio*, дальнѣйшій ходъ, коимъ обусловливается внесение (ст. 256 и 257).

Что же касается до согласованія содержанія залоговаго акта съ содержаніемъ вотчинной книги, то оно достигается постановленіями проекта о томъ, чтобы сдѣлки объ уступкѣ старшинства, присвоеннаго одному залоговому требованію въ пользу другаго (ст. 61), а также ограниченія кредитора въ правѣ распоряженія залоговымъ требованіемъ (ст. 83) или въ правѣ его требовать удовлетворенія исключительно изъ заложеннаго имѣнія (ст. 98), были отмѣчаемы, независимо отъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу, на соотвѣтствующихъ залоговыхъ актахъ, равно какъ цѣлымъ рядомъ постановленій дѣлопроизводственнаго характера, направленныхъ къ тому, чтобы всякаго рода внесенія, оказывающія вліяніе на объемъ, старшинство и существованіе права вотчиннаго кредитора, производились не иначе, какъ подъ условіемъ представленія въ вотчинное установленіе залоговаго акта и отмѣтки ихъ на этомъ послѣднемъ (ст. 190, 191, 194, 278 и 279).

10. Вводя залоговой актъ, какъ орудіе оборота, законъ не можетъ не исходить изъ предположенія, что всякій, прежде чѣмъ приобрѣтетъ залоговое требованіе, поспѣшитъ познакомиться съ содержаніемъ упомянутаго акта. Поэтому и все означенное содержаніе, всѣ факты, касающіеся личнаго и вещнаго элемента залоговаго требованія и относящіеся какъ къ первоначальному его установленію, такъ и къ послѣдующей его судьбѣ, которые могутъ быть усмотрѣны изъ упомянутого акта, должны почитаться приобрѣтателю извѣстными ко времени приобрѣтенія и въ качествѣ таковыхъ могущими быть

ему противопоставляемыми въ видѣ возраженій или споровъ. Приобрѣтатель, слѣдовательно, не можетъ защищаться тѣмъ, что онъ не читалъ залоговаго акта, что онъ не познакомился съ его содержаніемъ. Какъ на примѣръ подобнаго рода фактовъ можно указать на платежъ, удостовѣренный надписью на залоговомъ актѣ и т. п. Само собою разумѣется, что здѣсь дѣло идетъ о фактахъ, основанныхъ на самомъ актѣ, а не о тѣхъ, которые лежатъ внѣ его, а слѣдовательно и не о возраженіяхъ о безденежности, о заключеніи сдѣлки подъ вліяніемъ принужденія, ошибки и т. п. На изложенныхъ соображеніяхъ основано правило ст. 106 проекта вотчиннаго устава о томъ, что при взысканіи по залоговому требованію должникъ можетъ предъявлять противъ третьихъ лицъ такіа возраженія, которыя между прочимъ вытекаютъ изъ залоговаго акта.

11. При этомъ однакоже проектъ весьма далекъ отъ мысли признать за залоговымъ актомъ значеніе исключительнаго источника, изъ коего третьи лица, приобретаая залоговыя требованія, должны почерпнуть свѣдѣнія на счетъ юридическаго положенія сего послѣдняго. Залоговой актъ, по проекту, только *дополняетъ* вотчинную книгу, но никакъ не *замѣняетъ* ея. Послѣдняя, несмотря на возможность совершенія передачи внѣ вотчиннаго установленія, или, другими словами, внѣ ея, продолжаетъ и по отношенію къ обороту залоговыхъ требованій, почитаться главнымъ основаніемъ всего вотчиннаго оборота. Руководствуясь этимъ соображеніемъ, проектъ тою же ст. 106 предоставляетъ должнику право предъявлять противъ третьихъ приобретаателей залоговыхъ требованій не только возраженія, вытекающія изъ залоговаго акта, *но и тѣ, которыя вытекаютъ изъ вотчинной книги*. Если бы, поэтому, въ вотчинной книгѣ значились какія либо записи противъ даннаго залоговаго требованія, которыя по недосмотру вотчиннаго установленія не были отмѣчены на залоговомъ актѣ, то онъ, тѣмъ не менѣе, дѣйствителенъ противъ приобретаателя этого требованія. Слѣдовательно, въ случаѣ противорѣчія вотчинной книги съ залоговымъ актомъ, въ чемъ бы противорѣчіе это

не проявлялось, содержаніе первой имѣетъ преимущественное, рѣшительное значеніе.

Результатомъ такого положенія вещей окажется то, что всякій осторожный пріобрѣтатель, предварительно вступленія съ прежнимъ кредиторомъ въ сдѣлку о передачѣ залоговаго требованія, долженъ будетъ познакомиться не только съ содержаніемъ подлежащаго залоговаго акта, но и вотчинной книги. Необходимость справокъ съ вотчинной книгой поведетъ, въ свою очередь, къ болѣе осмотрительнымъ сдѣлкамъ по передачѣ, каковыя сдѣлки и заслуживаютъ преимущественнаго вниманія законодателя. Затруднительность наведенія этихъ справокъ болѣе гадательна, чѣмъ дѣйствительна, такъ какъ даже въ крайнихъ случаяхъ, при особой спѣшности и отдаленности вотчиннаго установленія отъ мѣста пребыванія контрагентовъ, справки эти могутъ быть добываемы при посредствѣ почты или телеграфа.

Приведенная точка зрѣнія на залоговой актъ и вотчинную книгу какъ на дополняющія другъ друга, въ указанномъ смыслѣ, основанія вотчиннаго оборота, вынуждается еще слѣдующимъ обстоятельствомъ. Если бы такимъ основаніемъ должно было считать исключительно только залоговой актъ, если бы противъ пріобрѣтателя залоговаго требованія допускались одни лишь возраженія и споры, вытекающіе изъ означеннаго акта, тогда должникъ оказывался бы нерѣдко совершенно лишеннымъ всякихъ средствъ защиты. Оспорить данное залоговое требованіе, по случаю его безденежности, или недѣйствительности, или по другимъ причинамъ, съ тѣмъ, чтобы такой споръ оказался дѣйствительнымъ по отношенію ко всякому третьему пріобрѣтателю этого требованія, должникъ былъ бы въ состояніи тогда только при условіи отмѣтки этого спора на подлежащемъ залоговомъ актѣ, а слѣдовательно только при наличности этого документа. Во всѣхъ же случаяхъ, когда кредиторъ скрывается, неизвѣстно куда уѣхалъ или просто уклоняется отъ представленія залоговаго акта, упомянутый споръ оказался бы совершенно безцѣльнымъ. Должникъ не былъ бы защищенъ въ этихъ случаяхъ возможностью замѣны записи о залоговомъ требованіи наличными деньгами, внесенными депозитомъ въ мѣстное казна-

чейство, и возбужденія вызывнаго производства, такъ какъ возможность эта обусловлена наступленіемъ срока залоговому требованію (ст. 192 проекта), до истеченія коего послѣднее можетъ быть многократно передано въ постороннія руки. Въ виду сего проектъ не считаетъ удобнымъ стѣснять защиту собственника въ указанномъ направленіи. Онъ предоставляетъ собственнику право огласить свой споръ, направленный къ погашенію залоговаго требованія, путемъ внесенія о томъ отмѣтки въ вотчинную книгу и сообщаетъ этому спору обязательную силу даже противъ третьяго лица, добросовѣстно и возмездно приобрѣвшаго это требованіе, при условіи, чтобы внесеніе отмѣтки о спорѣ послѣдовало до передачи залоговаго требованія (ст. 110). Такимъ образомъ и это правило проекта должно косвенно побуждать всякаго осторожнаго приобрѣтателя залоговаго требованія справляться съ вотчинною книгою еще и для того, чтобы убѣдиться, нѣтъ ли въ этой книгѣ отмѣтки о погашеніи, которая, хотя и не показана на залоговомъ актѣ, можетъ быть, тѣмъ не менѣе, ему, приобрѣтателю, противопоставлена, и своевременно сообразить, не лучше ли, когда такая отмѣтка дѣйствительно внесена, отказаться отъ приобрѣтенія. Возможность сомнѣній и вообще споровъ на счетъ того, внесена ли отмѣтка о погашеніи до или послѣ передачи, устраняется тѣмъ обстоятельствомъ, что проектъ не допускаетъ передачи залоговыхъ требованій на основаніи словесныхъ или домашнихъ сдѣлокъ, а обуславливаетъ совершеніе ея участіемъ вотчиннаго установленія (ст. 84) или нотариуса (ст. 86).

12. Наконецъ, подчиненіе передачи залоговыхъ требованій особой формѣ, устанавливаемой ипотечнымъ законодательствомъ, вызывается, какъ извѣстно уже, необходимостью дать обороту капиталовъ, обезпеченныхъ на недвижимыхъ имѣніяхъ, надлежащую твердую опору. Обуславливаясь нуждами этого оборота, означенная форма и должна обнимать собою тѣ залоговыя требованія, которыя служатъ его орудіемъ, тѣ требованія, для которыхъ германская юридическая литература создала даже особый терминъ—*Verkehrshypotheken*. Но нѣтъ никакой необходимости распространять эту особую форму и на такія залоговыя требованія, которыя по

самому существу своему не предназначены быть предметом оборота. Къ числу послѣдняго рода залоговыхъ требованій относятся требованія, обезпеченныя *кредитнымъ залогомъ*, равно какъ и тѣ, которыя принадлежатъ *кредитнымъ установленіямъ* и *установленіямъ правительственнымъ*, а также *земскимъ, городскимъ и общественнымъ учрежденіямъ*. Очевидно, что распространеніе на эти требованія общихъ правилъ проекта о передачѣ было бы лишено всякаго основанія. Исходя изъ этихъ соображеній, проектъ не устанавливаетъ выдачи по упомянутымъ требованіямъ залоговыхъ актовъ (ст. 275) и не подчиняетъ эти требованія дѣйствию означенныхъ правилъ (ст. 94). Это не значитъ, конечно, чтобы требованія, о коихъ идетъ рѣчь, не могли быть вообще передаваемы. Странно было бы, въ самомъ дѣлѣ, признавать, напримѣръ, требование, вытекающее изъ какого либо договора, непередаваемымъ только потому, что оно обезпечено кредитнымъ залогомъ, если договоръ этотъ, по самому существу своему, или на основаніи состоявшагося между сторонами соглашенія, можетъ подлежать передачѣ помимо согласія должника, или же признавать, что въ случаѣ такой передачи кредитный залогъ прекращается самъ собою. Присоединеніе залога въ разсчитываемомъ примѣрѣ ни въ чемъ не измѣняетъ сущности отношеній сторонъ, участвующихъ въ договорѣ, и не можетъ поэтому влечь за собою закрѣпленія этихъ отношеній между двумя данными лицами. Точно также могутъ быть предметомъ передачи и залоговыя требованія, принадлежація тому или другому кредитному установленію, напримѣръ, въ случаѣ ликвидаціи его дѣлъ въ пользу другаго учрежденія. Слѣдовательно, выраженное въ ст. 94 постановленіе проекта о томъ, что правила его о передачѣ не распространяются на кредитный залогъ, должно быть понимаемо лишь въ томъ смыслѣ, что передача этого залога, какъ неподчиненная особой внѣкнижной формѣ, должна совершаться на основаніи общихъ правилъ проекта, установленныхъ на предметъ перехода всякаго рода вотчинныхъ правъ отъ одного лица къ другому, т. е. исключительно по вотчинной книгѣ.

III. Изложенныя начала проекта вотчиннаго устава приняты, впрочемъ, редакціонною комисіею не единогласно. По самому принципиальному вопросу о томъ, какой именно формѣ должна быть подчинена у насъ передача залоговыхъ требованій, послѣдовали въ средѣ комисіи разныя мнѣнія.

Меньшинство членовъ комисіи (С. И. Лукьяновъ, В. И. Голевинскій, А. К. Рихтеръ и Л. В. Гантоверъ) полагало, что редакціонной комисіи надлежитъ въ данномъ случаѣ воспользоваться предоставленнымъ ей п. III Высочайшаго повелѣнія 19 мая 1874 года правомъ отступить отъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній и допустить въ проектѣ передачу залоговыхъ требованій *только по вотчинной книгѣ*. Мнѣніе это меньшинство основывало на слѣдующихъ соображеніяхъ:

Въ числѣ основныхъ принциповъ, на коихъ построены начала, преподанныя государственнымъ совѣтомъ, и правила настоящаго проекта, едва ли не первое мѣсто должно быть отведено *принципу вотчинной записки*, или такъ называемому *началу внесенія*. Примѣненный не только къ *первоначальному установленію* того или другаго вотчиннаго права на имѣніи, но и къ *дальнѣйшимъ переходамъ* этого права, и выдержанный по отношенію *ко всѣмъ безъ исключенія вотчиннымъ правамъ*, принципъ этотъ оказываетъ вотчинному обороту нпчѣмъ незамѣнимыя услуги. Благодаря ему первоначальное установленіе или передача права сводится къ *единому*, удобораспознаваемому для каждаго третьяго лица моменту, создается *единственная* основа для всего вотчиннаго оборота, облегчается легитимация принадлежности права со стороны его обладателя и дается собственнику полная возможность судить о томъ, кому въ данное время принадлежитъ то или другое право, установленное на имѣніи, и сообразовать съ этимъ свои дѣйствія по исполненію лежащихъ на имѣніи обязательствъ. Примѣненіе принципа вотчинной записки и къ *передачѣ залоговыхъ требованій* имѣло бы, слѣдовательно, своимъ послѣдствіемъ въ высшей степени несложное и ясное разрѣшеніе существенныхъ вопросовъ, порождаемыхъ этою передачею. Оно внесло бы большую стройность и послѣдовательность въ настоящій проектъ и отразилось бы неминуемо на его экономіи, такъ какъ

III. Разныя мнѣнія по вопросу объ этой формѣ въ редакціонной комисіи.

Мнѣніе меньшинства;

всѣ правила, касающіяся этой передачи, сводились бы къ ка-кимъ либо двумъ-тремъ статьямъ. Для того, чтобы уклониться отъ этой стройности и послѣдовательности, чтобы въ отличіе отъ перехода всѣхъ другихъ правъ устанавливать для случаевъ перехода залоговыхъ требованій особую, внѣкнижную форму, нужны были бы весьма уважительныя причины, которыя, однакоже, по мнѣнію меньшинства, совершенно отсутствуютъ.

Никто, конечно, не сомнѣвается въ томъ, что передача залоговыхъ требованій должна быть обставлена тѣми же гарантіями *въ отношеніи прочности* перехода права, устанавлиаемаго при его посредствѣ, какими обставлено первоначальное приобрѣтеніе залоговаго права. Если бы не необходимость сообщенія этой прочности разсматриваемой передачѣ, если бы не нужно было подчинить эту послѣднюю ипотечнымъ началамъ гласности и безповоротности, то она могла бы удобно оставаться подъ дѣйствіемъ общегражданскихъ началъ. Тогда не существовало бы никакого повода къ тому, чтобы создавать при помощи спеціальной отрасли законодательства, каково ипотечное, особую, *ипотечную же*, форму передачи. Отсюда очевидно, что и внѣкнижная форма передачи, какъ форма ипотечная, въ строгомъ смыслѣ этого слова, можетъ отвѣчать своей цѣли лишь подъ условіемъ, если она съ точки зрѣнія прочности перехода права, устанавлиаемаго при ея посредствѣ, доставляетъ тѣ же выгоды, которыя присущи всякой книжной передачѣ. Въ этомъ отношеніи нельзя не признать справедливыми *по самой идее своей* указанія мотивовъ германскаго проекта на то, что законъ долженъ обставить пользованіе уступкою залоговаго требованія посредствомъ передачи залоговаго акта *тою же степенью обеспеченности, которую представляетъ собою внесе-ніе*. Но указаніе это грѣшитъ, однакоже, и весьма существеннымъ недостаткомъ, а именно тѣмъ, что оно *практически абсолютно не выполнимо*. Доставить ту же степень обеспеченности, которую даетъ вотчинная книга, залоговой актъ могъ бы развѣ лишь подъ условіемъ присвоенія ему значенія мобилизованной книги, *равноправнаго суррогата этой послѣдней*, такого акта, на который всякій могъ бы спокойно положиться точно также, какъ онъ положился бы на вотчинную книгу. Однакоже тогда, вмѣсто одного основанія вот-

чиннаго оборота, заключающагося въ вотчинной книгѣ, получалось бы одновременно еще другое основаніе, одинаковое съ первымъ по своей юридической силѣ и значенію. Такъ какъ между книгою и залоговымъ актомъ возможны противорѣчія, обусловливаемые ошибками, недосмотрами и т. п., то въ случаѣ такихъ противорѣчій возникли бы совершенно неразрѣшимыя столкновенія, такъ какъ и пріобрѣтатели правъ по вотчинной книгѣ и тѣ, коимъ уступлено данное требованіе по залоговому акту, защищали бы безповоротность своего пріобрѣтенія ссылкой на основанія, взаимно исключаящія друга друга. Если же въ рассматриваемомъ случаѣ противорѣчія между вотчинною книгою и залоговымъ актомъ преимущество должно быть признано за вотчинною книгою, что едва ли можетъ подлежать какому либо сомнѣнію, тогда падаетъ сама собою возможность сообщенія передачѣ, совершаемой при помощи залоговаго акта, *той же степени обезпеченности*, которую представляетъ собою всякое пріобрѣтеніе по книгѣ. Обезпеченность, доставляемая залоговымъ актомъ, будетъ несомнѣнно ниже обезпеченности, которую даетъ вотчинная книга, именно потому, что актъ этотъ, въ случаѣ разнорѣчія съ книгою, долженъ уступить передъ послѣдней.

Второй принципиальный недостатокъ рассматриваемой системы заключается въ колебаніи ея начала гласности или внесенія, въ томъ противорѣчій, въ которое она становится съ этимъ началомъ. Едва ли справедливо считать этотъ недостатокъ, какъ это дѣлаютъ, напримѣръ, мотивы къ германскому проекту, имѣющимъ одно только теоретическое значеніе. При дѣйствіи системы актоваго залога одного внесенія залоговаго требованія недостаточно для того, чтобы послѣднее считалось установленнымъ. Сверхъ внесенія необходимо еще другой моментъ, а именно *передача залоговаго акта кредитору*. Моментъ этотъ происходитъ однакоже внѣ вотчинной книги; слѣдовательно, *тайно*, скрытно для третьихъ лицъ. На вопросъ о томъ, послѣдовала ли въ томъ или другомъ случаѣ упомянутая передача или нѣтъ, вотчинная книга не даетъ никакого отвѣта. Такимъ образомъ въ книгѣ могутъ значиться установленными, вводя этимъ въ заблужденіе третьихъ лицъ, такія залоговыя требованія, которыя, за

отсутствіемъ передачи залоговыхъ актовъ, на самомъ дѣлѣ вовсе не возникли. Соображеніе это пріобрѣтаетъ особую практическую важность по отношенію къ личнымъ кредиторамъ собственника, обеспечивающимъ свои требованія посредствомъ внесенія принудительнаго залога, каковыя кредиторы вправѣ требовать, чтобы залогъ этотъ сталъ на мѣсто, оказывающееся свободнымъ ко времени его внесенія, между тѣмъ какъ право это можетъ быть на самомъ дѣлѣ весьма легко нарушено.

И проектъ вотчиннаго устава признаетъ за вотчинною книгою значеніе главнаго основанія вотчиннаго оборота. Но онъ идетъ еще далѣе, а именно доводитъ это значеніе книги, какъ главнаго основанія вотчиннаго оборота, даже до того, что допускаетъ оглашеніе въ ней отмѣтокъ о спорѣ противъ залоговаго требованія *помимо представленія залоговаго акта* (ст. 110). Такимъ образомъ проектъ этотъ обязываетъ косвенно заинтересованныя стороны при совершеніи передачи не довѣряться одному залоговому акту, *но справляться съ вотчинною книгою*. Создаваемый при этихъ условіяхъ порядокъ вещей принесетъ, однакоже, несомнѣнно болѣе вреда, нежели пользы. Онъ совершенно дискредитируетъ значеніе залоговаго акта, какъ орудія кредита, парализируетъ ту цѣль облегченія оборота, ради которой собственно актъ этотъ вводится. По германскому проекту залоговой актъ служитъ по крайней мѣрѣ до извѣстной степени суррогатомъ вотчинной книги, на который каждый можетъ положиться. Никакія внесенія, направленные противъ залоговаго требованія, безъ отмѣтки ихъ на этомъ актѣ, означеннымъ проектомъ не допускаются. Только въ случаѣ противорѣчія между актомъ и книгой первый уступаетъ послѣдней, при чемъ за убытки, причиненные допущеніемъ такого противорѣчія, должностныя лица могутъ быть привлекаемы къ гражданской отвѣтственности. Что же касается проекта вотчиннаго устава, то вводимая имъ, хотя и косвенно только, обязательная при каждой передачѣ справка съ вотчинною книгою отнимаетъ у залоговаго акта значеніе носителя кредита. Между моментомъ справки съ вотчинною книгою чрезъ посредство третьяго лица въ отдаленномъ отъ мѣста жительства договаривающихся сторонъ вотчинномъ установленіи и моментомъ

совершенія передачи могутъ послѣдовать какія либо перемѣны, которыя, слѣдовательно, не смотря на всю осторожность пріобрѣтателя залоговаго требованія, останутся ему неизвѣстны. Независимо отъ сего, можно заранѣе предвидѣть, что даже тѣ правила этого проекта, которыя направлены къ согласованію содержанія залоговаго акта съ содержаніемъ вотчинной книги ⁽¹⁾, не будутъ соблюдаться на практикѣ. Отвѣтственность чиновъ вотчинныхъ установленій за такое несоблюденіе означенныхъ правилъ будетъ болѣе чѣмъ гадательна, такъ какъ между нимъ и причиннымъ убыткомъ не будетъ причинной связи. Противъ иска, предъявленнаго къ этимъ, чинамъ, послѣдніе всегда могутъ сослаться на то, что вольно же было истцу полагаться на залоговой актъ и не справиться съ вотчинной книгой. — Если справка по книгѣ оказывается по существу дѣла необходимою при пріобрѣтеніи залоговыхъ требованій, то едва ли желательно *затемнять эту необходимость*, допускающая передачу внѣ книги. За чѣмъ же, въ самомъ дѣлѣ, вводить институтъ, которому *самъ же проектъ не вполне доверяетъ*? Залоговая запись, какъ дѣйствительное орудіе кредита, мыслима только при условіи дарованія третьимъ лицамъ полной увѣренности, что они пріобрѣтаютъ при посредствѣ ея дѣйствительное, непогашенное право даннаго объема и старшинства. Если же такой увѣренности дать нельзя, то лучше отказаться отъ этого орудія и установить книжную передачу.

Правда, что проектъ вотчиннаго устава рядомъ съ внѣкнижною передачею вводитъ книжную. Однакоже и послѣдняя комбиннируется этимъ проектомъ съ залоговымъ актомъ; выдача этого акта признается по проекту обязательною по всякому залогу, могущему служить объектомъ оборота. Согласно ст. 84 проекта, книжная передача совершается не иначе, какъ съ представленіемъ залоговаго акта. Очевидно, что установленная въ такомъ видѣ форма книжной передачи далеко не устранитъ всѣхъ тѣхъ недостатковъ, которые соединены съ выдачею залоговыхъ актовъ, какъ актовъ легитимациі правъ вотчиннаго кредитора, ибо и она въ концѣ кон-

(1) См. выше, стр. 246.

цовъ сводить эту легитимацию не къ вотчинной книгѣ, а къ означенному акту. Какъ приобрѣсти залоговое требованіе при посредствѣ этой формы, такъ и передать его въ третьи и четвертыя руки или осуществить его безъ залоговаго акта нельзя. Въ результатѣ получается только совершенно лишняя форма передачи въ придачу къ двумъ остальнымъ, такъ что всѣхъ этихъ формъ оказывается по проекту вотчиннаго устава три, а именно, во 1-хъ, *внѣкнижная*, съ возможностью позднѣйшаго оглашенія передачи по книгѣ (ст. 87 и 92); во 2-хъ, *книжная, соединенная съ представленіемъ залоговаго акта* (ст. 84), и, наконецъ въ 3-хъ, *книжная въ истинномъ смыслѣ этого слова* для тѣхъ видовъ залоговыхъ требованій, по коимъ не предполагается выдавать залоговыхъ актовъ (ст. 94). Для всякаго понятно однакоже, что это разнообразіе формъ наноситъ вредъ ясности и простотѣ закона.

Эта ясность и простота не могутъ не пострадать въ особенности въ виду той сложности постановленій, которую повлекла за собою система проекта. Для регулированія этой системы потребовался цѣлый рядъ постановленій (ст. 83—94), которыя несомнѣнно возбуждаютъ въ будущемъ немалое число недоразумѣній. Такъ, напримѣръ, спрашивается, должна ли передача считаться недѣйствительною въ томъ случаѣ, когда нотаріусъ, засвидѣтельствовавшій надпись о передачѣ, упустилъ сообщить объ ней подлежащему вотчинному установленію или должнику, или хотя и сообщилъ, но забылъ указать мѣсто жительства лица, коему передано залоговое требованіе? Повидимому да, такъ какъ объ упомянутой обязанности сообщенія говорится въ постановленіяхъ проекта, относящихся къ матеріальному праву (ст. 90). Или же, необходимо ли признавать недѣйствительнымъ погашеніе залоговаго требованія по вотчинной книгѣ, совершенное безъ представленія въ вотчинное установленіе подлежащаго залоговаго акта? Повидимому нѣтъ, такъ какъ о необходимости представленія залоговаго акта въ случаѣ погашенія записи о залогѣ упоминается въ дѣлопроизводственныхъ правилахъ проекта (ст. 190). Едва ли однакоже такое разрѣшеніе обоихъ приведенныхъ примѣровъ соотвѣтствуетъ дѣйствительному namѣренію проекта. Вообще распредѣленіе тѣхъ или другихъ правилъ между отдѣломъ матеріальнаго права и дѣлопроиз-

водства чрезвычайно трудно, а между тѣмъ, если не принимать это распредѣленіе въ основаніе разъясненія матеріальнаго или процессуальнаго значенія каждаго изъ этихъ правилъ, то и невозможно будетъ разобратъся въ вопросѣ о томъ, которое изъ нихъ почитается существеннымъ, т. е. вліяющимъ на дѣйствительность даннаго дѣйствія и которое несущественнымъ, такимъ, нарушеніе коего не колеблетъ юридической силы этого дѣйствія. Чѣмъ сложнѣе та или другая форма, тѣмъ болѣе она въ состояніи вызвать споровъ, весьма вредныхъ въ дѣлѣ поземельнаго кредита. Соображеніе это ни на чемъ не оправдалось столь очевидно, какъ на институтѣ залоговыхъ актовъ въ Пруссіи, возбуждающемъ не мало недоумѣній ⁽¹⁾.

Введеніе института залоговыхъ актовъ имѣетъ еще противъ себя тѣ затрудненія, которыя онъ создаетъ по отношенію къ частичной передачѣ залоговыхъ требованій, каковыя затрудненія и заставили, главнымъ образомъ, большинство членовъ редакціонной комиссіи высказаться въ пользу недопущенія этой частичной передачи ⁽²⁾. Весьма важныя практическія затрудненія будутъ возникать также, благодаря упомянутому институту, при сопровождающихъ установленіе залога расчетахъ сторонъ. Въ виду дѣйствія начала безповоротности передача валюты кредиторомъ должнику должна быть пріурочена къ такому моменту, который одинаково обезпечивалъ бы обѣ заинтересованныя стороны. Осторожный капиталистъ не уплатитъ денегъ до тѣхъ поръ, пока залогъ не установленъ, такъ какъ онъ вѣритъ залогу, а не лицу, и не пожелаетъ имѣть въ своемъ распоряженіи личный искъ обѣ обратномъ взысканіи на случай, если внесеніе залога встрѣтитъ какія либо препятствія. Въ свою очередь и осторожный собственникъ не передастъ залоговаго акта кредитору, пока не получитъ денегъ. Между тѣмъ постановленіе проекта о томъ, что залоговой актъ выдается кредитору,

⁽¹⁾ См. *Achilles*, die Preussische Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5 Mai 1872, 3 издание (Berlin, 1881), стр. 469 и слѣд.; *Turnau*, die Grundbuch-Ordnung vom 5 Mai 1872 г., 2 издание (Paderborn, 1878), стр. 450 и слѣд.

⁽²⁾ См. ниже, стр. 266 и слѣд.

если стороны не условились о томъ, чтобы онъ былъ выданъ должнику (ст. 277), сводить упомянутый моментъ расплаты, въ видѣ общаго правила, ко времени, предшествующему установленію залога. Гораздо удобнѣе и проще разрѣшаются эти отношенія сторонъ при системѣ книжной передачи, при которой и кредиторъ не обязанъ подвергать себя риску, производя уплату послѣ внесенія, и собственникъ вполнѣ гарантированъ отъ злоупотребленій возможностью внесенія отмѣтки о неполученіи денегъ. Отмѣтка эта оправдала долготѣнимъ опытомъ царства польскаго и другихъ странъ свою несомнѣнную практичность.

Защитники введенія у насъ института залоговаго акта приводятъ въ его пользу собственно слѣдующія два соображенія, а именно то во 1-хъ, что мы привыкли къ такого рода актамъ и во 2-хъ, что къ этому вынуждаетъ обширность нашего отечества, дальность разстояній въ немъ и малочисленность денежныхъ центровъ. Первое изъ этихъ соображеній едвали правильно потому, что у насъ привыкли точно также и къ *купчимъ крѣпостямъ, дарственнымъ записямъ и т.п. актамъ*, выдача коихъ впредь если и предполагается, то со значеніемъ, вполнѣ отличнымъ отъ того, которое за ними нынѣ присвоено. Права, удостовѣряемыя этими актами, будутъ приобрѣтаться непосредственно не по нимъ, а по вотчинной книгѣ. Конечно, ничто не мѣшаетъ тому, чтобы и по залогамъ, точно также, какъ это предположено проектомъ и въ отношеніи другихъ правъ, внесенныхъ въ вотчинную книгу, выдавались вотчинными установленіями соотвѣтствующія выписи, имѣющія значеніе процессуальное, а не матеріальное, значеніе удостовѣреній о совершенномъ внесеніи (*Rekognitionsscheine*). Этимъ и была бы оказана вполнѣ достаточнымъ образомъ дань уваженія упомянутой привычкѣ нашей имѣть въ своихъ рукахъ актъ, удостовѣряющій существованіе даннаго права, несвязанная съ колебаніемъ основъ предпринимаемой реформы. Получивъ выпись о залогѣ, вотчинный кредиторъ былъ бы надлежаще гарантированъ на случай уничтоженія, потери или поврежденія вотчинной книги, въ которую залогъ этотъ внесенъ. Но нѣтъ никакого основанія къ тому, чтобы *выдѣлять выписи о*

залогъ изъ числа прочихъ выписей, выдаваемыхъ вотчинными установленіями, и придавать первымъ значеніе, отличное отъ остальныхъ, значеніе *залоговыхъ актовъ*, какъ орудій кредита.—Что же касается до обширности Россіи, дальности ея разстояній и малочисленности денежныхъ центровъ, то вѣрность этого соображенія скорѣе кажущаяся, нежели дѣйствительная. Справедливо указываютъ мотивы германскаго проекта ⁽¹⁾, что «не слѣдуетъ слишкомъ преувеличивать затрудненія, которыя будто бы порождаются для экономическаго оборота вслѣдствіе примѣненія принципа внесенія и къ передачѣ залоговыхъ требованій. Въ Саксоніи, гдѣ залогъ, съ самого введенія вотчинной системы, переходитъ не иначе, какъ посредствомъ внесенія, по свидѣтельству, основанному на ближайшемъ знакомствѣ съ дѣйствительнымъ положеніемъ этой страны, ничего неизвѣстно на счетъ упомянутыхъ затрудненій; *точно также ни съ какой стороны не слышно, чтобы и въ другихъ странахъ ощущались подобныя затрудненія*». Сказанное о Саксоніи и подобныхъ ей странахъ, каковы Баварія и наше царство польское, относится и до болѣе обширныхъ странъ, каковы, напримѣръ Австрія и объединенная нынѣ Германія. Первая до сихъ поръ благополучно обходится безъ залоговыхъ актовъ въ разсматриваемомъ ихъ значеніи. Что же касается Германіи, то проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія не только не счелъ возможнымъ сдѣлать выдачу залоговыхъ актовъ, какъ орудій передачи, обязательною для *всѣхъ странъ*, входящихъ въ составъ Германской Имперіи, но отступая отъ нынѣ дѣйствующаго прусскаго законодательства, признаетъ книжную ипотеку институтомъ общимъ, нормальнымъ для всѣхъ этихъ странъ, а слѣдовательно и для Пруссіи. Независимо отъ сего, означенный проектъ, въ виду тѣхъ несомнѣнныхъ выгодъ, которыя институтъ квижной ипотеки собою представляетъ (между прочимъ, выгодъ, сопряженныхъ со сбереженіемъ расходовъ по выдачѣ залоговыхъ актовъ и освобожденіемъ кредитора отъ хлопотъ по храненію послѣднихъ), высказываетъ убѣжденіе въ томъ, что къ институту этому будутъ

(1) Т. III, стр. 709.

прибѣгать весьма часто даже тамъ, гдѣ дѣйствовала до сихъ поръ актовая ипотека ⁽¹⁾. Это сдержанное положеніе, занятое германскимъ проектомъ по отношенію къ институту залоговаго акта на его родинѣ, служить лучшимъ доказательствомъ того, съ какою осторожностью нужно поступать и намъ при рѣшеніи вопроса на счетъ его введенія въ вотчинномъ уставѣ. Если, не смотря на наши дальнія разстоянія признается необходимость въ собираніи справокъ изъ вотчинной книги, хотя бы чрезъ посредство третьихъ лицъ, то нѣтъ основанія отвергать и самую передачу по книгѣ, тѣмъ болѣе, что и она можетъ быть совершаема не подъ условіемъ личной явки, а при помощи третьихъ лицъ, снабженныхъ довѣренностью (ст. 214 проекта). Малочисленность у насъ денежныхъ центровъ не можетъ имѣть въ данномъ случаѣ существеннаго вліянія. Залоговые акты уже по самому своему значенію, присвоенному имъ проектомъ вотчиннаго устава, не могутъ рассчитывать на то, чтобы они обращались на денежныхъ рынкахъ, да это и вовсе не желательно. Давать подъ залогъ или пріобрѣтать залоговое требованіе будетъ лишь тотъ, кто основательно уже знакомъ или познакомится предварительно съ хозяйственнымъ положеніемъ даннаго имѣнія. И въ Австріи, точно также какъ и въ Пруссіи, поземельный кредитъ, коимъ пользуется то или другое имѣніе, не выходитъ обыкновенно за границы той провинціи или области, въ которой это имѣніе находится. То же будетъ конечно и у насъ, гдѣ землевладѣльцы вятской или казанской губерній не могутъ рассчитывать на то, чтобы найти въ Петербургѣ или Москвѣ капиталиста, готоваго ссудить имъ деньги безъ того, чтобы онъ не познакомился съ экономическими условіями имѣнія *на мѣстѣ*. Нельзя, наконецъ, не принять во вниманіе и того существенно важнаго обстоятельства, что допущеніе проектомъ вотчиннаго устава передачи залоговыхъ требованій составляетъ уже само по себѣ весьма значительный шагъ впередъ въ сравненіи съ нынѣ дѣйствующимъ законодательствомъ, запрещающимъ эту передачу. Идти еще дальше и допустить передачу закладныхъ въ книги посредствомъ залоговыхъ

⁽¹⁾ Тамъ же, стр. 618.

актовъ, значить стремиться уже къ введенію еще лишней льготы, которая къ тому же, въ виду недовѣрія, оказываемаго этимъ актамъ со стороны самаго проекта, будетъ на самомъ дѣлѣ лишь мнимою, нарушитъ систему проекта, сосредоточившаго всѣ дѣйствія по переходу вотчинныхъ правъ отъ одного лица къ другому въ вотчинномъ установленіи и можетъ неблагопріятно повліять на вѣрное пониманіе будущей практикою самаго основнаго начала предпринимаемой реформы, а именно начала внесенія. Во всякомъ случаѣ, гораздо легче ввести впослѣдствіи институтъ залоговаго акта, если бы практика указала на его необходимость, нежели отмѣнить его послѣ того, какъ онъ, будучи введенъ, не оправдаетъ себя на дѣлѣ.

Большинство (*Н. И. Стояновскій, А. А. Книримъ, И. Я. Голубевъ и І. И. Карницкій*) не нашло возможнымъ отступить по данному вопросу отъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній и высказалось въ пользу допущенія формы внѣкнижной передачи по однимъ залоговымъ актамъ безъ обязательнаго внесенія этой передачи въ вотчинную книгу въ томъ видѣ, въ какомъ передача эта регулирована настоящимъ проектомъ. Мнѣніе большинства.

Указанные меньшинствомъ принципіальные недостатки системы внѣкнижной передачи имѣютъ, по мнѣнію большинства, исключительно теоретическій характеръ. Всѣ же практическія соображенія говорятъ въ пользу этой системы. Допускать передачу залоговыхъ требованій только посредствомъ внесенія новаго кредитора въ вотчинную книгу представляется стѣснительнымъ и нежелательнымъ главнымъ образомъ въ виду дальнихъ разстояній въ нашемъ отечествѣ и сосредоточенія у насъ капиталовъ въ немногихъ центрахъ. Заставлять каждаго пріобрѣтателя залоговаго требованія обращаться въ вотчинное установленіе, значить затруднить и затормозить въ значительной мѣрѣ правильное обращеніе денежныхъ требованій, обезпеченныхъ на недвижимыхъ имѣніяхъ, допускаемое въ интересахъ какъ кредитора, такъ и должника. Поэтому принятый въ проектѣ порядокъ передачи залоговыхъ требованій внѣ вотчинной книги представляется мѣрою, вполне цѣлесообразною. Нѣтъ никакой необходимости способствовать

черезчуръ быстрому обороту залоговыхъ актовъ и придавать имъ значеніе вполне самостоятельнаго отъ вотчинной книги орудія оборота, а слѣдовательно и освобождать пріобрѣтателя залоговаго требованія отъ необходимости справиться по книгѣ, не внесены ли въ послѣднюю въ промежутокъ времени между выдачей залоговаго акта и передачей его, охранительныя отмѣтки, направленныя противъ кредитора - цедента. Но изъ этого еще не слѣдуетъ, что внѣкнижная передача залоговыхъ требованій должна быть вовсе отвергнута, въ особенности, если принять во вниманіе, что простая справка съ вотчинною книгою далеко не такъ стѣснительна для пріобрѣтателя, какъ обязательное совершеніе передачи лишь по вотчинной книгѣ. Для того, чтобы справиться по вотчинной книгѣ о неимѣніи препятствій къ передачѣ залоговаго требованія, пріобрѣтателю достаточно обратиться по почтѣ или даже по телеграфу къ повѣренному или знакомому ему лицу, пребывающему въ мѣстѣ нахождения даннаго вотчиннаго установленія. Этимъ путемъ пріобрѣтатель въ состояніи будетъ гарантировать себя относительно безопасности пріобрѣтенія путемъ внѣкнижной передачи. Напротивъ, установленіе передачи залоговаго требованія не иначе, какъ по книгѣ, имѣло бы своимъ послѣдствіемъ необходимую въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ личную или черезъ повѣреннаго явку въ мѣстное вотчинное установленіе для внесенія въ вотчинную книгу статьи о передачѣ, не только кредитора, но и пріобрѣтателя залоговаго требованія; обоихъ вмѣстѣ именно потому, что при книжной передачѣ уплата валюты пріобрѣтателемъ и внесеніе статьи о передачѣ, должны были бы совершаться одновременно и въ мѣстѣ нахождения даннаго вотчиннаго установленія. Такой порядокъ передачи залоговыхъ требованій стѣснялъ бы, безъ особой на то надобности, договаривающіяся стороны и отразился бы вредно на ипотечномъ кредитѣ. Не слѣдуетъ увлекаться примѣрами тѣхъ странъ, въ которыхъ передача залоговыхъ требованій совершается лишь по вотчинной книгѣ, такъ какъ въ странахъ этихъ, при сравнительно незначительныхъ разстояніяхъ, невыгодныя стороны такого порядка передачи залоговыхъ требованій не столь ощутительны. Всѣ эти соображенія, равно

какъ и приведенныя выше въ поясненіе усвоенной проектомъ системы, заставляють отдать предпочтеніе этой послѣдней предъ системою книжной передачи тѣмъ болѣе, что и нынѣ выдаются по залогамъ залоговые акты въ формѣ закладныхъ крѣпостей, что къ выдачѣ подобнаго рода актовъ, какъ носителей долговыхъ отношеній, всѣ привыкли, и что она даетъ кредитору лишнее успокоеніе на случай возможнаго уничтоженія, потери или поврежденія вотчинной книги, въ которой записанъ данный долгъ.

б) Вопросъ о частичной передачѣ залоговыхъ требованій.

Въ виду допущенія частичной передачи залоговыхъ требованій со стороны преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній (ст. 21) и принятой проектомъ вотчиннаго устава формы для передачи этихъ требованій въ полной суммѣ, въ проектъ этотъ включено было первоначально по предмету частичной передачи нижеслѣдующее правило:

Разныя мнѣнія въ средѣ редакціонной комисіи по этому вопросу.

«Передача залоговаго требованія въ части суммы совершается посредствомъ врученія засвидѣтельствованной нотариусомъ копіи съ залоговаго акта, съ передаточною на копіи надписью.

Одновременно съ засвидѣтельствованіемъ копіи съ залоговаго акта нотариусъ дѣлаетъ на подлинномъ залоговомъ актѣ отмѣтку о передачѣ части требованія и объ учиненіи этой отмѣтки означаетъ на копіи съ акта.

Въ надписи о передачѣ части требованія должна быть означена (сверхъ всего того, что должно заключаться въ надписи о передачѣ требованія въ полной суммѣ) и сумма, въ которой требованіе передано».

Такая же въ существѣ своемъ форма частичной передачи установлена мекленбургскимъ (ст. 27 полож. 1848 г. для сельск. имѣній и ст. 38 полож. 1857 г. для городскихъ имѣній), прусскимъ (ст. 83 и 84 уст. о вотч. книгахъ 1872 года) и тѣми законодательствами, для коихъ послѣднее послужило образцомъ и, наконецъ, въ отношеніи къ актовой ипотека, проектомъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1162)

и изданнымъ въ дополненіе къ нему проектомъ устава о вотчинныхъ книгахъ (ст. 61). Тѣ же законодательства, которыя придерживаются системы книжной передачи, допускаютъ частичную передачу не иначе, какъ по вотчинной книгѣ.

При окончательномъ разсмотрѣніи проекта вотчиннаго устава въ редакціонной комисіи, мнѣнія членовъ относительно необходимости допущенія у насъ частичной передачи залоговыхъ требованій раздѣлились.

Мнѣніе меньшинства.

Меньшинство (*С. И. Лукьяновъ и Л. В. Гантоверъ*) полагало необходимымъ не отступать въ данномъ случаѣ отъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній и допустить частичную передачу залоговыхъ требованій, при чемъ основывалось на слѣдующихъ соображеніяхъ.

Подобно тому, какъ залогъ не служитъ самъ по себѣ препятствіемъ возможности передачи обезпечиваемаго имъ требованія, точно также онъ не можетъ препятствовать возможности уступки кредиторомъ части принадлежащаго ему требованія. Относительно этой возможности все зависитъ отъ того, дѣлимо ли данное требованіе безъ согласія на то должника по началамъ общегражданскаго права или недѣлимо. Такимъ образомъ и вопросъ о частичной передачѣ залоговыхъ требованій, подобно вопросу о передачѣ этихъ требованій вообще, есть вопросъ общегражданскій, выходящій изъ сферы спеціальнаго ипотечнаго законодательства. Если то или другое ипотечное законодательство предусматриваетъ частичную передачу, то никакъ не въ томъ смыслѣ, чтобы оно въ чемъ либо измѣняло общегражданскія начала, регулируюція вопросъ о дѣлимости требованій, *а главнымъ образомъ съ цѣлью подчиненія этой передачи спеціальной ипотечной формѣ*. Слѣдовательно, тѣ требованія, которыя по упомянутымъ началамъ недѣлимы, останутся таковыми и тогда, когда они обезпечены залогомъ; дѣлимые же требованія должны подлежать частичной передачѣ хотя и подъ условіемъ соблюденія относительно этой передачи той формы, которая установлена для нея со стороны ипотечнаго законодательства.

Запрещеніе передавать часть дѣлимаго залоговаго требованія не можетъ не отразиться вредно на интересахъ вотчинныхъ кредиторовъ, такъ какъ кредиторамъ этимъ

съ одной стороны не всегда необходимо, а съ другой—не всегда возможно уступить все залоговое требованіе въ полной суммѣ, въ особенности, если эта сумма значительна. Для того, чтобы получить деньги, кредитору придется всегда, конечно, съ ущербомъ для себя уступать все залоговое требованіе, не смотря на то, что онъ нуждается въ гораздо меньшей суммѣ, а реализація всего залоговаго требованія, безъ сомнѣнія, болѣе убыточна, нежели переуступка части его. Вынужденный реализовать все залоговое требованіе, несмотря на то, что онъ нуждается лишь въ небольшой суммѣ, кредиторъ долженъ опять заботиться о помѣщеніи куда либо излишнихъ денегъ для приращенія процентами. Вообще вредныя послѣдствія разсматриваемаго запрещенія будутъ такія же, какія существовали бы при дѣйствіи правила, запрещающаго дѣленіе личныхъ требованій. Оно противорѣчило бы самой насущной практической необходимости, налагая на гражданскій оборотъ оковы, мѣшающія надлежащему его развитію, и не можетъ быть проводимо до конца, такъ какъ *нельзя же не допускать дробленія залоговаго требованія въ случаѣ перехода его по наслѣдству къ нѣсколькимъ сонаслѣдникамъ*. Несомнѣнно, что сама жизнь найдетъ средства, чтобы освободить себя хотя окольнымъ путемъ отъ этихъ оковъ. Она будетъ искать выхода путемъ передачи всего требованія, какъ единаго, нѣсколькимъ лицамъ вмѣстѣ, результатомъ коей и явится тотчасъ же то дробленіе требованія въ лицѣ новыхъ кредиторовъ, котораго желаютъ избѣгнуть при помощи разсматриваемаго запрещенія.

Въ пользу запрещенія частичной передачи залоговыхъ требованій не можетъ служить и то соображеніе, будто она ведетъ къ увеличенію у должника судебныхъ расходовъ вслѣдствіе необходимости отвѣчать вмѣсто одного по нѣсколькимъ искамъ, ибо такое же увеличеніе упомянутыхъ расходовъ должника можетъ влечь за собою и дробленіе *личныхъ* требованій, а между тѣмъ обстоятельство это не служитъ основаніемъ къ тому, чтобы законъ запрещалъ это послѣднее дробленіе. Такъ какъ необходимость допущенія частичной передачи залоговыхъ требованій едва ли можетъ подлежать съ принципіальной точки зрѣнія какому либо сомнѣнію, то

очевидно, что всѣ затрудненія, встрѣчаемыя при ней, сводятся исключительно къ формальной сторонѣ вопроса. Съ этой точки зрѣнія нельзя, конечно, отрицать нѣкотораго вреда отъ чрезмѣрнаго раздробленія залоговыхъ требованій. При такомъ чрезмѣрномъ дробленіи особая, виѣкнижная форма передачи (при посредствѣ надписи на залоговомъ актѣ и выдачи копій съ него пріобрѣтателю) не исключаетъ возможности ошибокъ, какъ, наоборотъ, книжная форма увеличиваетъ количество записей въ книгѣ. Все же неудобства эти не привели, насколько извѣстно, ни одно изъ западно-европейскихъ законодательствъ къ тому, чтобы запретить частичную передачу залоговыхъ требованій. Во всѣхъ этихъ законодательствахъ получили перевѣсъ передъ этими неудобствами юридико-политическія соображенія, говорящія въ пользу разсматриваемой передачи. Нѣтъ только никакихъ причинъ къ тому, чтобы облегчать дробленіе залоговыхъ требованій до чрезмѣрной степени, а такъ какъ первая изъ упомянутыхъ формъ, форма виѣкнижная, несомнѣнно направлена къ таковому облегченію, то меньшинство полагало необходимымъ допустить частичную передачу залоговыхъ требованій только по вотчинной книгѣ и лишь въ этомъ послѣднемъ отношеніи отступить отъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній.

Мнѣніе большинства.

Напротивъ того, большинство (*Н. И. Стояновскій, А. А. Книримъ, И. Я. Голубевъ, В. И. Голевинскій, Г. И. Карницкий и А. К. Рихтеръ*) признало необходимымъ, въ отступление отъ главныхъ основаній, включить въ проектъ правило о томъ, что передача залоговаго требованія въ части не допускается (ст. 83 проекта).

Вопросъ о допущеніи дробленія залоговыхъ требованій стоитъ, по мнѣнію большинства, въ тѣсной и неразрывной связи съ вопросомъ о формѣ передачи этихъ требованій вообще. Такъ какъ проектъ признаетъ необходимымъ соединить установленіе залоговаго требованія съ выдачею особаго документа—залоговаго акта и не допускать уступки залоговаго требованія безъ передачи пріобрѣтателю подлежащаго залоговаго акта, то и нельзя отдѣлять вопроса о дѣлимости залоговаго требованія отъ вопроса о дѣлимости документа, явля-

ющагося носителемъ этого требованія. То или другое требованіе можетъ быть по своей природѣ дѣлимо и стать тѣмъ не менѣе недѣлимымъ вслѣдствіе недѣлимости документа, въ коемъ оно воплощается. Поэтому и оставляя совершенно въ сторонѣ принципиальный вопросъ о дѣлимости денежныхъ требованій вообще, нельзя не признать, что если частичная переуступка залоговыхъ требованій могла бы быть вообще допущена, то развѣ только подъ условіемъ допущенія дробленія въ томъ или иномъ видѣ залоговаго акта. Такое дробленіе представляется однакоже нежелательнымъ. Оно не вызывается насущными практическими соображеніями и можетъ вредно отразиться на ипотечномъ кредитѣ. По тѣмъ же основаніямъ, по которымъ законъ не допускаетъ произвольнаго дробленія, напримѣръ, векселя или акціи, не слѣдуетъ его допускать и относительно залоговыхъ актовъ. Въ этомъ отношеніи было бы даже невозможно услѣдить за правильностію надписей, дѣлаемыхъ на актахъ объ уступкѣ части залоговаго требованія, такъ что легко могли бы оказаться пущенными въ оборотъ, по небрежности или недобросовѣстности, залоговые документы (залоговой актъ и копія съ него) въ высшей противъ означенной въ вотчинной книгѣ суммы залога. Такой порядокъ вещей оказался бы не только опаснымъ, но и подрывалъ бы довѣріе къ залоговымъ актамъ.

§ 4. Вступленіе въ права вотчиннаго кредитора (Jus offerendi et succedendi).

Одно изъ существенныхъ правъ, связанныхъ съ залогомъ, заключается въ томъ, что вотчинный кредиторъ можетъ, по наступленіи срока платежа капитальной суммы или процентовъ, требовать удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія *посредствомъ публичной продажи онаго* ⁽¹⁾. Право это можетъ быть осуществляемо *всякимъ* вотчиннымъ кредиторомъ, какъ таковымъ, т. е. совершенно независимо отъ того, обременено

Соображенія, которыми вызывается институтъ вступленія въ права вотчиннаго кредитора.

(1) См. ст. 95 проекта и объясненія къ ней.

ли имѣніе еще другими правами и, слѣдовательно, не взирая на эти права, съ тѣмъ, конечно, послѣдствіемъ, что самое удовлетвореніе должно находиться въ зависимости отъ старшинства, которое присвоено данному залогу ⁽¹⁾.

Итакъ, всякій вотчинный кредиторъ вправе потребовать, при наступленіи срока его требованію, публичной продажи заложеннаго имѣнія и тѣмъ самымъ потревожить положеніе всѣхъ лицъ, имѣющихъ какія либо права на этомъ имѣніи. Возражать принципиально противъ причиняемаго имъ безпокойствія лица эти не могутъ, такъ какъ осуществленіе означеннаго права со стороны любого изъ кредиторовъ вытекаетъ изъ самаго существа принадлежащаго ему залога. Къ тому же собственникъ, пріобрѣтшій имѣніе, обремененное залогами, или обременившій его новыми долгами, равно и всякій обладатель какого либо права въ имѣніи не могли не считаться съ тѣмъ, что положеніе ихъ, вслѣдствіе иска одного изъ кредиторовъ, можетъ быть потревожено. Тѣмъ не менѣе не подлежитъ сомнѣнію, что открытіе по имѣнію производства публичной продажи не всегда оправдывается дѣйствительною необходимостью. Продажа эта можетъ быть потребована и тогда, когда кредиторъ могъ бы съ меньшимъ, если не съ большимъ удобствомъ добиться удовлетворенія по своему залоговому требованію путемъ передачи его, когда залоговое требованіе, благодаря присвоенному ему старшинству, той обезпеченности, которое оно собою представляетъ, легко можетъ найти охотника, который согласился бы занять мѣсто кредитора-взыскателя. Оставляя при указанныхъ обстоятельствахъ положеніе заинтересованныхъ по имѣнію лицъ совершенно беззащитнымъ нельзя, тѣмъ болѣе, что неудачно избранный вотчиннымъ кредиторомъ моментъ продажи имѣнія или условій, при коихъ должна совершиться эта продажа, можетъ весьма невыгодно отразиться на интересахъ упомянутыхъ лицъ.

Исходя изъ изложенныхъ соображеній и принимая во вниманіе, что главная цѣль вотчиннаго кредитора, требующаго

⁽¹⁾ См. объясненія къ ст. 59 проекта, стр. 494 и слѣд.

публичной продажи заложенного имѣнія, заключается лишь въ томъ, чтобы получить удовлетвореніе, почему нѣтъ никакого основанія дозволить кредитору добиваться этой продажи при условіяхъ, исключающихъ возможность достиженія означенной цѣли или когда она можетъ быть достигнута и другимъ путемъ, болѣе согласнымъ съ интересами прочихъ лицъ, важнѣйшія западно-европейскія ипотечныя законодательства устанавливаютъ слѣдующія двѣ мѣры, а именно во 1-хъ, допускаютъ отчужденіе посредствомъ публичной продажи заложенного имѣнія лишь при условіи, чтобы предложенная за оное цѣна покрывала собою сумму всѣхъ требованій, пользующихся старшинствомъ предъ требованіемъ кредитора-взыскателя ⁽¹⁾, и во 2-хъ, устанавливаютъ т. н. институтъ вступленія въ права вотчиннаго кредитора (*jus offerendi et succedendi*), распадающійся, въ свою очередь, на два института, а именно, на вступленіе въ права вотчиннаго кредитора: а) *посторонняго лица* съ согласія собственника и б) всякаго другаго вотчиннаго кредитора по тому же имѣнію *ipso jure* и, слѣдовательно, даже помимо согласія собственника. Здѣсь мы должны коснуться второй изъ упомянутыхъ мѣръ.

Институтъ вступленія въ права вотчиннаго кредитора, въ томъ видѣ, въ какомъ онъ существуетъ въ современныхъ западныхъ законодательствахъ, примыкаетъ къ институту передачи залоговыхъ требованій въ томъ смыслѣ, что является однимъ изъ видовъ *принудительной передачи этихъ требованій*. Значеніе его по этимъ законодательствамъ обширнѣе того института *jus offerendi et succedendi*, который былъ извѣстенъ римскому праву, такъ какъ послѣднее не допускало принудительнаго вступленія посторонняго лица въ права кредитора. Независимо отъ сего и принудительное вступленіе въ эти права кого либо изъ *вотчинныхъ кредиторовъ* по тому же имѣнію имѣло въ римскомъ правѣ иное значеніе, нежели въ современныхъ законодательствахъ.

Вступленіе въ права вотчиннаго кредитора:

(1) См. выше, стр. 497.

а) посторонняго
лица и

Въ римскомъ правѣ существовало начало, по которому кредиторъ обязанъ принять платежъ по принадлежащему ему требованію не только отъ должника, но и отъ третьихъ лицъ, даже помимо согласія сего послѣдняго ⁽¹⁾, каковое начало перешло во многіе современные кодексы (ст. 1236 франц. гр. улож., ст. 227 проекта общегерм. гр. ул. и др.). Послѣдствія такого платежа такія же, какъ и послѣдствія платежа, учиненнаго самимъ должникомъ. Они заключаются именно въ томъ, что требованіе кредитора погашается. Однакоже, нѣкоторыя изъ новѣйшихъ законодательствъ видоизмѣнили это общее начало обязательственного права. Такъ, австрійское гражданское уложеніе (ст. 1422) постановляетъ, что если третье лицо можетъ и пожелаетъ произвести платежъ вмѣсто должника съ его на то согласія и въ исполненіе принятаго на себя обязательства, то кредиторъ обязанъ принять платежъ и *переуступить плательщику свое право*. Сходное съ этимъ постановленіе принято и саксонскимъ гражданскимъ уложеніемъ, которое рядомъ съ общимъ положеніемъ по разсматриваемому предмету, касающемуся всего обязательственного права (ст. 955), содержитъ въ себѣ и специальное въ примѣненіи къ залоговымъ требованіямъ (ст. 445). То, что заключается въ этомъ видоизмѣненіи, состоитъ въ томъ, что платежъ, произведенный, впрочемъ, съ согласія должника, разсматривается не какъ дѣйствіе, освобождающее послѣдняго отъ его обязательства, не какъ удовлетвореніе, *погашающее* данное требованіе, а какъ *эквивалентъ* этого требованія, какъ дѣйствіе, *порождающее принудительную передачу его*. Плательщикъ становится цессіонаріемъ въ силу закона, законнымъ пріобрѣтателемъ требованія.

Выгоды, сопряженныя съ примѣненіемъ этого начала въ указанномъ, измѣненномъ нѣкоторыми новѣйшими законодательствами видѣ его, къ залоговымъ требованіямъ, заключаются въ томъ, что оно даетъ возможность собственнику устранить безпокойнаго и вообще неудобнаго кредитора и тогда, когда онъ, собственникъ, не располагаетъ самъ свобод-

(1) L. 39 D. de neg gest. (3, 5).

ными деньгами. Такъ какъ онъ не всегда можетъ расчитывать найти деньги подъ свой личный кредитъ или подъ залоговое обезпеченіе, которое въ порядкѣ старшинства должно было бы стоять ниже всѣхъ существующихъ уже обезпеченій, то ему дается средство пріискать постороннее лицо, готовое удовлетворить вотчиннаго кредитора съ тѣмъ, чтобы оно въ силу факта такового удовлетворенія заняло мѣсто этого кредитора.

Изъ изложеннаго явствуетъ, что осуществленіе права вступленія въ права вотчиннаго кредитра обусловливается слѣдующими двумя обстоятельствами: а) наступленіемъ срока залоговому требованію и б) согласіемъ должника. Право это можетъ быть, слѣдовательно, осуществлено совершенно независимо отъ того, обратилъ ли вотчинный кредиторъ взысканіе своего требованія на имѣніе или не обратилъ. Здѣсь имѣетъ мѣсто *вступленіе* въ права вотчиннаго кредитора, потому что фактомъ платежа постороннее лицо пріобрѣтаетъ не новое, а прежнее залоговое требованіе. Если бы кредиторъ уклонялся отъ принятія платежа, то законодательства допускаютъ представленіе денегъ въ подлежащее присутственное мѣсто.

То, что дозволено всякому постороннему лицу, должно, конечно, почитаться дозволеннымъ и по отношенію ко всякому *вотчинному кредитору*, требованіе коего обезпечено на томъ же имѣніи, какъ и требованіе, подлежащее удовлетворенію. Слѣдовательно, и каждый изъ этихъ кредиторовъ вправѣ уплатить деньги, причитающіяся по означенному требованію, и пріобрѣсти такимъ способомъ это послѣднее. И въ данномъ случаѣ разсматриваемая уплата получаетъ значеніе законнаго основанія передачи залоговаго требованія. Добившись этой передачи кредиторъ-плательщикъ можетъ воспрепятствовать публичной продажѣ имѣнія, не выгодной для его интересовъ. Онъ будетъ вправѣ на общемъ основаніи, смотря по своему желанію, или продолжать начатое прежнимъ кредиторомъ производство по публичной продажѣ, или пріостановить таковое.

Однакоже, поставленное на такой общей основѣ съ правомъ всякаго посторонняго лица, разсматриваемое право вот-

б) вотчиннаго кредитора.

чиннаго кредитора оказывалось бы далеко недостаточнымъ. Оно находилось бы тогда, точно также какъ и право вступленія посторонняго лица, въ зависимости отъ *согласія должника*. Конечно, стѣсненный въ своихъ средствахъ должникъ, надъ имѣніемъ коего открыто производство публичной продажи, обыкновенно не откажетъ кредитору въ такомъ согласіи. Но дѣло въ томъ, что онъ можетъ и не оказаться налицо или что отсрочка продажи, вслѣдствіе чрезмѣрнаго обремененія имѣнія долгами, можетъ быть для него совершенно безразличною или, наконецъ, что онъ могъ сдѣлаться несостоятельнымъ. Въ послѣднемъ случаѣ потребовалось бы согласіе конкурса, полученіе каковаго согласія сопряжено съ извѣстною потерей времени, между тѣмъ какъ только своевременное вмѣшательство кредитора-плательщика могло бы оказаться цѣлесообразнымъ. Въ этихъ видахъ, руководствуясь соображеніями справедливости и находя, что въ подобнаго рода случаяхъ нѣтъ никакихъ основаній обуславливать вступленіе вотчиннаго кредитора въ права другаго кредитора по тому же имѣнію согласіемъ должника, новѣйшія законодательства, допускающія разсматриваемый институтъ, признаютъ таковое право вступленія вотчиннаго кредитора и безъ упомянутаго согласія должника, хотя въ то же время и обставляютъ его тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, чтобы начато было взысканіе по залоговому требованію, противъ коего это право осуществляется.

Въ этомъ видѣ разсматриваемое право вступленія вотчиннаго кредитора признается: австрійскимъ (ст. 462 гр. ул.), саксонскимъ (ст. 446 гр. улож.), французскимъ (ст. 1251 гражд. улож.), баварскимъ (ст. 63 пол. объ ипотекахъ 1822 г.) и многими другими законодательствами, а также проектомъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1081). Право это отличается отъ римскаго *jus offerendi* тѣмъ, что послѣднее не было обусловлено фактомъ обращенія взысканія на заложенное имѣніе и что кредиторъ-плательщикъ силою учиненнаго платежа вступалъ исключительно только въ *право залога*, обезпечивавшее требованіе кредитора-получателя, а не въ право на это требованіе. Послѣднее почиталось, вслѣдствіе платежа, окончательно погашеннымъ и какъ тако-

вое не воскресало уже въ лицѣ кредитора-плательщика. То требованіе, которое возникало у этого кредитора, было совершено *новое*, отличное отъ предыдущаго какъ по своему основанію, такъ и содержанію. Только залогъ, предназначенный служить обезпеченіемъ этого новаго требованія, былъ прежній ⁽¹⁾. Наоборотъ, на основаніи вышеупомянутыхъ новѣйшихъ законодательствъ, платежъ, произведенный кредиторомъ-взыскателю, порождаетъ не погашеніе принадлежавшаго ему требованія и возникновеніе новаго, а пріобрѣтеніе плательщикомъ *того же самаго требованія*, со всѣми правами, принадлежавшими кредиторомъ-взыскателю, т. е. переводъ на взыскателя не только прежняго залога, но и требованія. Большинство этихъ законодательствъ связываетъ съ означеннымъ платежемъ *непосредственное* пріобрѣтеніе прежняго залоговаго требованія и только по саксонскому гражданскому уложенію (ст. 448) и проекту общегерманскаго уложенія (ст. 1081) фактъ платежа почитается лишь *титоломъ* передачи, порождаетъ право на переписку залоговаго требованія по вотчинной книгѣ на имя пріобрѣтателя его.

Большинство упомянутыхъ законодательствъ признаетъ рассматриваемое право за всякимъ вотчиннымъ кредиторомъ, какъ старшимъ, такъ и младшимъ по отношенію къ тому кредитору, противъ коего право это осуществляется, чѣмъ и устраняетъ существующія по этому предмету споры въ литературѣ римскаго права. Только одно французское законодательство даетъ право вступленія исключительно младшимъ кредиторамъ, хотя за то, съ другой стороны, понимаетъ подъ послѣдними и личныхъ кредиторовъ собственника ⁽²⁾. Точно также законодательства эти признаютъ право, о коемъ идетъ рѣчь, не только въ пользу вотчинныхъ кредиторовъ, но и въ пользу *всякаго, противъ интересовъ коего взысканіе даннаго залоговаго требованія направлено*, слѣдовательно и въ пользу того, кто владѣетъ заложенымъ имѣніемъ, не будучи показанъ въ вотчинной книгѣ въ качествѣ собственника, и въ

⁽¹⁾ *Dernburg*, в. п. с., стр. 519 и слѣд.

⁽²⁾ *Puchelt*, d. Rheinisch-französische Privilegien und Hypothekenrecht стр. 168 и слѣд.

пользу обладателя какого бы то ни было права въ томъ имѣніи (сервитутно-владѣльца, арендатора и т. п.). Редакція ст. 1081 проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія не представляетъ никакихъ сомнѣній на счетъ этого вопроса. Что же касается до постановленій прочихъ законодательствъ, то хотя въ нихъ говорится только о вотчинныхъ кредиторахъ, какъ лицахъ, коимъ дано разсматриваемое право, тѣмъ не менѣе практика не встрѣчаетъ препятствій на счетъ возможности примѣненія этого права по аналогіи и въ пользу другихъ лицъ, которыя рискуютъ, благодаря публичной продажѣ, потерять свои права по имѣнію ⁽¹⁾.

Точка зрѣнія главныхъ основаній и настоящаго проекта на означенный институтъ.

Институтъ вступленія въ права вотчиннаго кредитора въ болѣе обширномъ смыслѣ, т. е. въ примѣненіи ко всякому постороннему лицу, былъ внесенъ въ проектъ бывшей ипотечной комиссіи, представленный министромъ юстиціи на разсмотрѣніе государственнаго совѣта (ст. 161 этого проекта). Значеніе этого института признано государственнымъ совѣтомъ столь важнымъ ⁽²⁾, что соотвѣтствующее правило о немъ включено въ главные основанія предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. Въ ст. 24 этихъ основаній высказано именно то начало, что «постороннее лицо, уплатившее сполна долгъ по обязательству, записанному въ крѣпостную книгу, пріобрѣтаетъ права, принадлежавшія заимодавцу по сему обязательству».

Въ развитіе сего начала и на основаніи вышеизложенныхъ соображеній предположено было первоначально внести въ проектъ вотчиннаго устава нижеслѣдующія постановленія по разсматриваемому предмету:

1. *По наступленіи срока платежа по залоговому требованію, каждый можетъ, съ согласія должника, уплатить вотчинному кредитору, и безъ его на то согласія, причитающуюся ему сумму и тѣмъ пріобрѣсти принадлежащее ему залоговое требованіе.*

⁽¹⁾ *Exner*, d. *Oester. Hypothekenrecht*, стр. 543 и слѣд.

⁽²⁾ Журналъ государственнаго совѣта отъ 25 ноября и 2 декабря 1877 г., etc за № 36 по вопросу о введеніи ипотечной системы, стр. 26.

2. Въ случаѣ обращенія взысканія на заложенное имѣніе, каждое лицо, право коего внесено въ вотчинную книгу, можетъ уплатить взыскателю причитающуюся ему сумму и тѣмъ приобрести принадлежащее ему требованіе, не нуждаясь для производства платежа въ согласіи должника или взыскателя. Если нѣсколько лицъ заявятъ желаніе уплатить взыскателю, то младшій по времени внесенія въ вотчинную книгу имѣетъ преимущество предъ тѣмъ, коего право старше.

3. Лицо, предлагающее платежъ въ указанныхъ въ ст. 1 и 2 случаяхъ, должно удовлетворить вотчиннаго кредитора въ полной суммѣ, хотя бы срокъ по какой либо части требованія еще не наступилъ.

4. Если вотчинный кредиторъ откажется принять платежъ (ст. 1 и 2), безъ законнаго къ тому основанія, то лицо, предлагающее платежъ, вправе внести причитающуюся кредитору сумму въ вотчинное установленіе на храненіе.

5. По учиненіи платежа или по взносѣ на храненіе, залоговой актъ, по которому производится взысканіе, передается лицу, производившему платежъ, съ надписью о платежѣ, сдѣланною получившимъ удовлетвореніе вотчиннымъ кредиторомъ или вотчиннымъ установленіемъ.

Если вслѣдствіе удержанія вотчиннымъ кредиторомъ залоговаго акта онъ не могъ быть переданъ лицу, внесшему на храненіе слѣдующую по акту сумму, то сему лицу предоставляется просить вотчинное установленіе о внесеніи предварительной отлѣтки въ обезпеченіе его права на залоговое требованіе.

При подробномъ однакоже разсмотрѣніи проекта въ редакціонной комисіи нельзя было не обратить вниманія на то обстоятельство, что та цѣль, къ которой стремится институтъ вступленія въ права вотчиннаго кредитора посторонняго лица, достигается вполне при помощи правила ст. 107 проекта, предоставляющей собственнику возможность воспользоваться старшинствомъ погашеннаго залога для установленія новаго залога, правила, существенныя основанія коего изложены выше въ § 2 настоящаго отдѣла общихъ объясненій. Въ самомъ

дѣлѣ, пользуясь правомъ, предоставленнымъ ему вышеупомянутою 107 статьею, собственникъ можетъ точно такъ же легко приискать постороннее лицо, готовое уплатить долгъ, причитающійся данному кредитору съ тѣмъ, чтобы оно само стало вотчиннымъ кредиторомъ собственника, или другими словами, въ состояніи такъ же удобно отдѣлаться отъ непріятнаго кредитора, какъ и при помощи института вступленія посторонняго лица въ права вотчиннаго кредитора, института, предусмотрѣннаго ст. 24 главныхъ основаній. Вся разница между тѣмъ и другимъ средствомъ заключается лишь въ томъ, что въ то время, какъ по ст. 107 постороннее лицо пріобрѣтаетъ *новое залоговое требованіе*, связь коего съ прежнимъ выражается лишь въ томъ, что оно пользуется *старшинствомъ* послѣдняго, то же постороннее лицо въ силу права вступленія пріобрѣтало бы *прежнее залоговое требованіе*. Конечно, съ пріобрѣтеніемъ постороннимъ лицомъ *новаго* залоговаго требованія связана процедура внесенія этого требованія въ вотчинную книгу по мѣсту нахождения недвижимаго имѣнія, а также платежъ пошлинъ, которыя будутъ установлены при всякомъ новомъ установленіи залога, почему переходъ къ этому лицу прежняго требованія въ силу права вступленія предоставлялъ бы собою несомнѣнныя облегченія для сторонъ, участвующихъ въ сдѣлкѣ. Тѣмъ не менѣе, не говоря уже о томъ, насколько сомнительна необходимость освобождать въ данномъ случаѣ стороны отъ платежа пошлинъ, допущеніе института вступленія посторонняго лица въ права вотчиннаго кредитора явилось бы весьма удобнымъ средствомъ обойти постановленія о платежѣ пошлинъ, избавиться отъ этого платежа и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, которые по существу своему должны были бы подходить подъ дѣйствіе ст. 107 настоящаго проекта. Притомъ же примѣненіе означеннаго института встрѣчаетъ весьма существенныя препятствія, заключающіяся въ томъ, что съ существованіемъ всякаго залога связано по проекту нахожденіе въ рукахъ кредитора залоговаго акта. Въ случаѣ отказа прежняго кредитора возвратить залоговой актъ возникало бы несоотвѣтствіе между первой изъ вышепроектированныхъ статей, постановляющей, что производствомъ платежа по залоговому требованію *пріобрѣтается это послѣднее*,

и дѣйствительнымъ положеніемъ плательщика. Послѣдній вмѣсто того, чтобы стать сразу полноправнымъ кредиторомъ, долженъ бы удовольствоваться лишь обезпеченіемъ своего права черезъ внесеніе предварительной отмѣтки (ст. 5) и въ виду общей системы проекта по предмету залоговыхъ актовъ могъ бы получить *новый актъ* лишь послѣ уничтоженія стараго въ порядкѣ вызывнаго производства (ст. 292—319 проекта). При такихъ однакоже условіяхъ очевидно, что собственникамъ едва ли удавалось бы найти лицъ, готовыхъ воспользоваться институтомъ вступленія въ права вотчиннаго кредитора и что, слѣдовательно, институтъ этотъ былъ бы лишенъ всякаго практическаго значенія.

Не то слѣдуетъ сказать о статьѣ 2 вышеприведенныхъ правилъ. Она представляетъ собою *единственное* средство для лицъ, права коихъ внесены въ вотчинную книгу, устранить опасность, угрожающую этимъ правамъ отъ публичной продажи, не причиняя вмѣстѣ съ тѣмъ какого либо вреда кредитуру-взыскателю. Никакого суррогата этого средства на подобіе того, которое ст. 107 проекта представляетъ собою въ отношеніи права вступленія посторонняго лица, не существуетъ. При вступленіи въ права вотчиннаго кредитора лицъ, обладающихъ какими либо правами по заложенному имѣнію, обусловленномъ фактомъ обращенія на это имѣніе взысканія, невозможны затрудненія, возникающія при вступленіи посторонняго лица касательно полученія плательщикомъ залоговаго акта, такъ какъ актъ этотъ находится не въ рукахъ вотчиннаго кредитора, а при дѣлѣ о взысканіи.

Руководствуясь всѣми этими соображеніями, редакціонная коммисія нашла необходимымъ отступить отъ ст. 24 главныхъ основаній и допустить вступленіе въ права вотчиннаго кредитора исключительно по отношенію *къ лицамъ, права коихъ внесены въ вотчинную книгу даннаго имѣнія*, при условіи, что на имѣніе это обращено взысканіе. Соотвѣтствующія правила по сему предмету въ виду тѣсной связи, въ которой они находится съ публичной продажей имѣній, помѣщены въ проектѣ положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній (ст. 28—30).

§ 5. Отвѣтственность по залоговымъ требованіямъ.

I. Положеніе вопроса объ этой отвѣтственности по иностраннымъ законодательствамъ.

I. Вопросъ объ отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ находится въ тѣсной, неразрывной связи съ вопросомъ о значеніи залога. Всѣ безъ исключенія западно-европейскія законодательства, кладущія въ основаніе своихъ постановленій о залогѣ понятіе о немъ, какъ о правѣ дополнительномъ, признають, *въ силу необходимой логики* вещей, что по залоговому требованію отвѣтствуетъ не одно только заложенное имѣніе, но и всѣ остальные имущества должника, свободныя отъ другихъ вотчинныхъ обремененій. Положеніе это до такой степени укоренилось въ доктринѣ и въ законодательствахъ, что не вызываетъ на счетъ своей принципиальной стороны ни малѣйшаго даже сомнѣнія. Въ литературныхъ изслѣдованіяхъ и комментаріяхъ по ипотечному праву было бы совершенно напрасно искать соображеній, направленныхъ къ оправданію этого положенія. Какъ ни желательно по возможности менѣе отступать отъ началъ дѣйствующаго права, тѣмъ не менѣе и проектъ вотчиннаго устава, ставъ по отношенію къ залогу на точку зрѣнія дополнительнаго значенія этого права, долженъ былъ раздѣлить взглядъ вышеупомянутыхъ законодательствъ по разсматриваемому вопросу (ст. 98 и слѣд. проекта). Такъ какъ взглядъ этотъ расходится съ точкою зрѣнія современнаго русскаго законодательства (ст. 1371 т. X ч. 2 свод. зак. о судопр. и взыск. гражд., изд. 1876 г.) и составляетъ отступленіе отъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній (ст. 20), то и необходимо остановиться здѣсь на соображеніяхъ, заставившихъ редакціонную комиссію допустить это отступленіе.

Совершенно исключительное, по сравненію со всѣми другими законодательствами, положеніе, занимаемое дѣйствующимъ русскимъ законодательствомъ въ вопросѣ объ отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ, объясняется особенностями историческаго развитія у насъ института залога. Установленіе залога на имѣніи имѣло по древне-русскому

праву, какъ извѣстно ⁽¹⁾, значеніе продажи имѣнія должникомъ кредитуру съ предоставленіемъ первому права выкупа, почему и залогъ являлся самостоятельнымъ правомъ, какъ будто несостоявшимъ ни въ какой связи съ обезпечиваемымъ имъ требованіемъ. Остаткомъ такого воззрѣнія на залогъ и представляется присущее нынѣ дѣйствующему праву ограниченіе отвѣтственности должника заложеннымъ имѣніемъ, равно какъ и предоставленіе залогодержателю права взять имѣніе въ управленіе и пользованіе доходами его до погашенія закладной. Эти обломки прежняго взгляда на залогъ не могутъ не утратить своей силы при предстоящей реформѣ залоговаго права и не уступить мѣста другому, болѣе справедливому началу, по слѣдующимъ основаніямъ.

При взглядѣ на залогъ какъ на дополнительное право вотчиннаго характера, всякій, вступающій, въ качествѣ должника, въ какую либо поземельно-кредитную сдѣлку, устанавливаетъ прежде всего и на первомъ планѣ извѣстное *обязательственное отношеніе*. Такъ, напримѣръ, занимая деньги подъ имѣніе, собственникъ вступаетъ въ договоръ займа. Что же касается до залога, то онъ только *присоединяется* къ означенному обязательственному отношенію, съ цѣлью лишь обезпеченія вытекающаго изъ него права требованія. Обезпеченіе это имѣетъ значеніе *дополнительнаго права* потому, что существуетъ ради даннаго требованія, что оно безъ послѣдняго невозможно. Оно служитъ только на случай, *если должникъ самъ не удовлетворитъ своего кредитора*. Кромѣ того, оно имѣетъ характеръ *вотчиннаго права* потому, что лежитъ *непосредственно* на имѣніи, что можетъ повлечь за собою публичную продажу имѣнія, хотя бы послѣднее не принадлежало уже должнику, а перешло въ третьи руки.

Будучи не болѣе какъ правомъ дополнительнымъ, залогъ не можетъ *измѣнить* въ чемъ либо то обязательственное отношеніе, по поводу коего онъ установленъ. Отношеніе это должно остаться тѣмъ же, какимъ оно было бы безъ присоединенія залога. Точно также для сущности этого отношенія совер-

⁽¹⁾ См. выше, стр. 27 и слѣд.

шенно безразлично, будетъ ли заложенное имѣніе находиться, ко времени осуществленія залоговаго требованія, въ рукахъ должника или же, напротивъ того, перейдетъ къ третьему пріобрѣтателю. *Должникъ продолжаетъ оставаться должникомъ, пока не прекратилось обязательственное отношеніе;* послѣднее же вслѣдствіе перехода имѣнія въ постороннія руки не прекращается и не измѣняется.

Не будучи въ состояніи оказать какое либо вліяніе на личныя отношенія между должникомъ и кредиторомъ, установленіе залога не можетъ повести и къ освобожденію должника отъ личной отвѣтственности. Лучше всего это можетъ быть усмотрѣно, напримѣръ, изъ того соображенія, что установленіе залога мыслимо или одновременное съ установленіемъ самаго обязательства, или же послѣдующее, т. е. такое, при которомъ залогъ присоединяется къ существующему уже обязательству должника и притомъ даже по истеченіи продолжительнаго времени послѣ возникновенія обязательства. Ясно, что моментъ присоединенія залога является обстоятельствомъ, лишеннымъ въ разсматриваемомъ отношеніи всякаго значенія, или, другими словами, что юридическое положеніе должника при залогѣ, впослѣдствіи присоединенномъ къ обязательству, должно быть такое же, какъ если бы послѣднее возникло съ залогомъ одновременно. Между тѣмъ странно было бы допустить, чтобы должникъ, отвѣтствовавшій до установленія залога всѣмъ своимъ имуществомъ, вдругъ, послѣ такового установленія, пересталъ бы быть лично отвѣтственнымъ. Также рельефно выступаетъ невозможность подобнаго порядка вещей, напримѣръ, въ случаѣ, когда залогомъ обезпечивается лишь исполненіе части обязательства должника, а другая часть этого обязательства остается не обезпеченною.

И такъ, всякая поземельно-кредитная сдѣлка слагается изъ двухъ элементовъ: личнаго (обязательственнаго, т. е. требованія) и вотчиннаго (залога). Оба эти элемента имѣютъ совершенно различныя основанія, почему и не могутъ не быть строго отличаемы другъ отъ друга. Первый элементъ, подобно всякому вообще обязательственному отношенію, имѣетъ въ виду отвѣтственность опредѣленнаго лица, *должника*, подъ которымъ, согласно общегражданскимъ началамъ, понимается или тотъ, кто непосредственно вступилъ въ данное

долговое отношеніе, или его наслѣдникъ или, наконецъ, тотъ, кто по договору принялъ на себя обязанность отвѣчать вмѣсто первоначальнаго должника. Второй, вотчинный элементъ, имѣетъ въ виду *само имѣніе*, обремененное залогомъ, кому бы оно въ данный моментъ не принадлежало, а слѣдовательно всякаго *собственника* имѣнія, какъ таковаго. Должникъ отвѣчаетъ предъ кредиторомъ по залоговому требованію потому, что состоитъ съ нимъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ, третій же пріобрѣтатель заложеннаго имѣнія потому, что состоитъ собственникомъ имѣнія, въ силу вотчиннаго характера залога (т. н. *droit de suite*). Покупая имѣніе или получая его въ даръ, третій пріобрѣтатель принимаетъ на себя, силою факта пріобрѣтенія, обязанности не по обязательствамъ своего предшественника, а лишь по *залагамъ*, обременяющимъ это имѣніе (ст. 9 проекта). Онъ, слѣдовательно, не вступаетъ по этимъ обязательствамъ на мѣсто должника, не замѣняетъ личности послѣдняго. Такое преемство *обязательства* возможно лишь при наслѣдственномъ переходѣ заложеннаго имѣнія, а внѣ такого перехода развѣ только на основаніи соглашенія, состоявшагося при участіи кредитора, или одобреннаго послѣдующимъ согласіемъ сего послѣдняго о принятіи третьимъ пріобрѣтателемъ на себя и личной отвѣтственности по залоговому требованію, ибо произвольная перемѣна лица должника помимо согласія кредитора противна общимъ началамъ обязательственнаго права. Не принимая на себя обязательствъ своего предшественника по имѣнію (должника), третій пріобрѣтатель не можетъ быть признанъ обязаннымъ производить удовлетвореніе по этимъ обязательствамъ, не можетъ быть присужденъ къ платежу по нимъ. Отвѣтственность его предъ вотчиннымъ кредиторомъ не непосредственная и не положительная, имѣетъ предметомъ своимъ не извѣстное дѣйствіе (платежъ), а посредственная и пассивная. Онъ обязанъ лишь терпѣть осуществленіе залога, допустить публичную продажу. Онъ также мало можетъ быть признанъ *должникомъ*, какъ, напримѣръ, собственникъ имѣнія, на которомъ установленъ залогъ въ обезпеченіе *чужаго* долга. Если онъ можетъ произвести платежъ по данному залоговому требованію, то это отнюдь не его *обязанность* (такъ какъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ съ вотчиннымъ кре-

диторомъ состоитъ не онъ, третій пріобрѣтатель, а должникъ), а лишь *право*, осуществляемое имъ съ цѣлью освобожденія имѣнія отъ продажи. Если послѣдняя состоится, или если третій пріобрѣтатель самъ, съ цѣлью предотвращенія ея, произведетъ уплату долга то онъ имѣетъ, по общему правилу, право регресса къ должнику, *неисполнившему непосредственно лежавшей на немъ, въ силу заключенныхъ имъ обязательственныхъ отношеній, обязанности уплатить долгъ* и тѣмъ не вводитъ его, третьяго пріобрѣтателя, въ убытки. Только наличность особаго соглашенія третьяго пріобрѣтателя съ должникомъ или дарственного перехода имѣнія отъ послѣдняго къ первому можетъ измѣнить означенныя послѣдствія неисполненія самимъ должникомъ обязанности произвести уплату по данному залоговому требованію.

Такимъ образомъ, говоря объ отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ, необходимо отличать собственно двѣ отвѣтственности: одну личную, обусловливаемую существованіемъ даннаго обязательственнаго отношенія и другую вотчинную, проистекающую изъ факта установленія залога. Сообразно этимъ двумъ отвѣтственностямъ западно-европейская доктрина и законодательства различаютъ, по каждому залоговому требованію, какъ уже было упомянуто выше ⁽¹⁾, и два иска: личный (искъ по требованію) и вотчинный (искъ по залогу, *actio hypothecaria*). Первый можетъ быть предъявленъ только къ должнику и подобно всякому личному иску подлежитъ удовлетворенію изъ любого имущества должника, свободнаго отъ вотчинныхъ обремененій, какъ пользующихся преимуществомъ удовлетворенія предъ личными взысканіями. Второй возможенъ только противъ собственника заложеннаго имѣнія и удовлетворяется исключительно изъ сего послѣдняго. Если ко времени наступленія срока залоговому требованію заложенное имѣніе принадлежитъ еще должнику, то оба эти иска могутъ быть соединены вмѣстѣ; въ противномъ же случаѣ они могутъ быть предъявлены лишь отдѣльно одинъ отъ другаго къ разнымъ отвѣтчикамъ по принадлежности.

Къ изложенному необходимо присовокупить, что оба названные иска находятся въ извѣстной внутренней связи между

⁽¹⁾ Стр. 108.

собою въ томъ отношеніи, что поскольку кредиторъ получилъ удовлетвореніе путемъ одного, онъ лишается права на другой. Слѣдовательно, насколько кредиторъ успѣлъ выручить на свою долю изъ заложеннаго имѣнія, настолько, само собою разумѣется, уменьшается *ipso jure* его личное требованіе къ должнику или наоборотъ, если должникъ, уступившій имѣніе, обремененное даннымъ залоговымъ требованіемъ, третьему приобрѣтателю, произведетъ самъ платежъ по этому требованію, то фактъ такового платежа служитъ основаніемъ къ прекращенію залоговаго требованія, т. е. къ погашенію его по вотчинной книгѣ. Независимо отъ сего, законодательство можетъ или оставить кредитору полную свободу выбора въ отношеніи того или другаго пути полученія удовлетворенія, или же обязать его, напримѣръ, вчинить сперва искъ по залому, т. е. обратиться сперва къ заложенному имѣнію, и затѣмъ уже, когда вырученная отъ продажи этого имѣнія сумма представляется недостаточною, преслѣдовать должника ради взысканія недополученнаго удовлетворенія путемъ личнаго иска. Наконецъ, законодательство можетъ предоставить также свободному соглашенію сторонъ условливаться на счетъ того, чтобы по данному залоговому требованію отвѣчало одно только заложенное имѣніе, или, другими словами, чтобы предъявленіе къ должнику личнаго иска не могло вовсе имѣть мѣста. Въ же упомянутой связи обоихъ разсматриваемыхъ исковъ, или означенныхъ условій въ отношеніи ихъ предъявленія, каждый изъ нихъ имѣетъ вполне независимое другъ отъ друга значеніе и подчиняется условіямъ, ему одному присвоеннымъ.

II. Таково положеніе вопроса объ отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ, вытекающее *изъ самой природы залога*, какъ права дополнительнаго. Указанное выше различіе между вотчиннымъ и личнымъ исками, порождаемыми одновременно каждымъ залоговымъ требованіемъ, не могло быть извѣстно дѣйствующему русскому праву какъ потому, что послѣднее не допускаетъ личной отвѣтственности должника по закладнымъ, такъ и вслѣдствіе того еще обстоятельства, что благодаря невозможности добровольнаго отчужденія имѣнія, кото-

II. Необходимость отступленія отъ точки зрѣнія на этотъ вопросъ дѣйствующаго законодательства и главныхъ основаній.

рое обременено залогомъ (ст. 1630 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.), личность должника по закладной и собственника заложенного имѣнія всегда совпадала въ лицѣ одного отвѣтчика.

Разрѣшеніе, данное разсматриваемому вопросу нашимъ дѣйствующимъ законодательствомъ, не можетъ быть удержано въ проектѣ вотчиннаго устава тѣмъ болѣе, что оно противорѣчитъ тому значенію, которое придается со стороны того же законодательства какъ самому залогу, такъ и закладу, — правамъ, по существу своему вполнѣ однороднымъ. Согласно дѣйствующимъ законамъ и залогъ и закладъ являются не болѣе, какъ дополнительными элементами всякой кредитной сдѣлки, средствами обезпеченія ея *главнаго* предмета — требованія (ст. 1554 п. 3 и 4 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.). Между тѣмъ въ то время, какъ закладъ не исключаетъ личной отвѣтственности должника (ст. 2168 т. X ч. 1 свод. зак. гр., изд. 1887 г. и ст. 45 т. X ч. 2 свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.), напротивъ того, залогъ вліяетъ на главный предметъ кредитной сдѣлки въ смыслѣ ограниченія удовлетворенія его предѣлами цѣнности заложенного имѣнія. Заемныя обязательства признаются по дѣйствующему праву (ст. 2050 и 2051 тамъ же) исполненными лишь тогда, когда платежъ по нимъ произведенъ *сполна* должникомъ заимодавцу, а между тѣмъ тѣ же *заемныя* обязательства, обезпеченныя залогомъ⁽¹⁾, признаются *вполнѣ* удовлетворенными, хотя бы они не покрывались суммой, вырученной изъ публичной продажи заложенного имѣнія (ст. 1371 т. X ч. 2 свод. зак. о судопр. и взыск. гражд., изд. 1876 г.). Подобная ограниченная отвѣтственность возможна исключительно по отношенію къ институту грундшульда, такъ какъ только послѣдній возникаетъ и существуетъ по самой идеѣ своей совершенно независимо отъ личнаго обязательства, такъ какъ только онъ, давая кредитору искъ вещный, не можетъ давать вмѣстѣ съ тѣмъ и личнаго иска противъ должника, ибо для этого иска нѣтъ при грундшульдѣ юридическаго основанія. И дѣйствительно, только прусское законодательство и проектъ общегерманскаго гражд.

(¹) См. форму закладной крѣпост. приложенной къ ст. 1643 т. X ч. 1.

данскаго уложенія въ примѣненіи къ груншульдѣ, въ противоположность ипотекаѣ, а также мекленбургское ипотечное право въ примѣненіи къ ипотекаѣ, по существу своему сродной съ грундушульдѣ, устанавливаютъ отвѣтственность, ограниченную однимъ только обремененнымъ имѣніемъ. Отвергнувъ грундушульдѣ, оставшись вѣрнымъ взгляду дѣйствующаго законодательства на залогъ какъ на право дополнительное, проектъ вотчиннаго устава не имѣлъ другаго исхода, какъ разойтись со взглядомъ нашихъ законовъ на вопросъ объ отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ. Проектъ не могъ допустить, чтобы установленіе залога ограничивало личныя права кредитора, вытекающія изъ обязательства, такъ какъ онъ этимъ нарушилъ бы начала обязательственнаго права и въ частности то, по которому *всякій, къ чему либо обязавшійся, долженъ исполнить свое обязательство.*

На необходимость означеннаго измѣненія разсматриваемаго правила дѣйствующаго законодательства указываетъ и то обстоятельство, что даже теперь встрѣчаются соглашенія между сторонами о личной отвѣтственности залогодателя. Благодаря формализму нашихъ нотаріусовъ, практика долгое время, однакоже, колебалась относительно признанія подобныхъ попытокъ дѣйствительными и только за послѣднее время, благодаря разъясненіямъ гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената (рѣш. 1874 г., № 129 и 1884 г. № 5), установился окончательно взглядъ на означенное правило, какъ на постановленіе такого рода, которое можетъ быть видоизмѣняемо соглашеніемъ контрагентовъ.

Этотъ взглядъ предполагаютъ узаконить на будущее время и преподанныя государственнымъ совѣтомъ главныя основанія. По силѣ ст. 20 этихъ основаній, *«по долговому обязательству, обеспеченному на недвижимомъ имуществѣ, должникъ отвѣтствуетъ лишь тѣмъ самымъ имуществомъ, въ крѣпостную книгу котораго обязательство это записано, развѣ бы между должникомъ и заимодавцемъ состоялось соглашеніе объ отвѣтственности перваго въ тѣмъ его состояніемъ, до полнаго удовлетворенія долга. Такое соглашеніе не можетъ, однако, нарушать правъ третьихъ лицъ, которыя укрѣплены надлежащимъ порядкомъ на другомъ недвижимомъ имуществѣ должника».*

Казалось бы, что такое разрѣшеніе разсматриваемаго вопроса устранить само собою тѣ недостатки, то ненормальное положеніе его въ дѣйствующемъ правѣ, на которое было указано выше. Казалось бы именно, что коль скоро договаривающіяся стороны могутъ, въ каждомъ данномъ случаѣ, выговорить отвѣтственность по залоговому требованію всѣмъ имуществомъ должника, то въ этомъ обстоятельствѣ найдутъ уже свое полное удовлетвореніе всѣ соображенія, говорящія противъ того, чтобы отвѣтственность по означенному требованію ограничивалась вообще однимъ только заложеннымъ имѣніемъ. Но подобное предположеніе едва ли можетъ быть признано правильнымъ. То разрѣшеніе настоящаго вопроса, которое санкціонируется главными основаніями, представляетъ собою, съ точки зрѣнія усвоеннаго проектомъ вотчиннаго устава взгляда на залогъ, очевидное *перемѣщеніе* началъ, вытекающихъ изъ существа этого взгляда. То, что должно бы имѣть силу общаго правила, обязательнаго во всѣхъ случаяхъ, для которыхъ не установлено противнаго, признается главными основаніями только при наличности, въ каждомъ данномъ случаѣ, особаго соглашенія сторонъ, т. е. какъ исключеніе изъ общаго правила. Въ самомъ дѣлѣ, если залогъ имѣетъ характеръ права, обезпечивающаго личное требованіе кредитора къ должнику, то не подлежитъ сомнѣнію, что собственно отвѣтственность всѣмъ имуществомъ должника, а не отвѣтственность, ограниченная заложеннымъ имѣніемъ, должна получить значеніе всегда предполагающей общей мѣры, и что, слѣдовательно, наоборотъ, отвѣтственности ограниченной, а не полной, слѣдуетъ придать со стороны закона значеніе исключенія изъ общаго правила.

Введеніе въ проектъ вотчиннаго устава правила, подобнаго устанавливаемому ст. 20 главныхъ основаній, могло бы имѣть своимъ послѣдствіемъ то, что многіе кредиторы, по незнанію или считывая на достаточность представленнаго должникомъ обезпеченія, не выговаривали бы личной отвѣтственности должника и, слѣдовательно, оказывались бы лишенными принадлежащаго имъ по справедливости права взыскивать недополученную ими изъ заложеннаго имѣнія сумму изъ остальнаго имущества должника.

Поэтому проект предполагает измѣнить правило ст. 20 главныхъ основаній въ томъ смыслѣ, чтобы кредиторъ, не получившій удовлетворенія изъ заложенного имѣнія, вправѣ былъ обратить взысканіе на другое имущество должника, развѣ бы договаривающіяся стороны условились о томъ, что по требованію этому отвѣчаетъ одно только заложенное имѣніе (ст. 98). Поступая такимъ образомъ проектъ слѣдуетъ примѣру всѣхъ прежнихъ законодательныхъ работъ по введенію у насъ ипотечной реформы, а именно, проекту Графа Блудова (ст. 23) и проекту, внесенному въ 1874 году министромъ юстиціи на разсмотрѣніе государственнаго совѣта (ст. 150). Въ пользу означеннаго измѣненія главныхъ основаній говорить еще то соображеніе, что, какъ видно изъ журналовъ засѣданій государственнаго совѣта, послѣдній имѣлъ, главнымъ образомъ, въ виду оградить *третьихъ пріобрѣтателей* имѣній отъ личной отвѣтственности по залогамъ, обременяющимъ эти имѣнія: что же касается до принципа личной отвѣтственности того, кто самъ вступилъ въ обязательственное отношеніе, т. е. залогодателя по собственному долгу, то государственный совѣтъ не только не отрицалъ такой отвѣтственности, но даже призналъ ея пользу ⁽¹⁾. Между тѣмъ и проектъ вотчиннаго устава не предполагаетъ подчинить покупателей имѣній личной отвѣтственности по заложеннымъ требованіямъ, а распространяетъ эту отвѣтственность исключительно на *должниковъ* по этимъ требованіямъ ⁽²⁾.

Наконецъ, нельзя упускать изъ виду еще и того соображенія, что согласно тѣмъ же главнымъ основаніямъ (ст. 13) ⁽³⁾ существующее нынѣ запрещеніе должно быть замѣнено т. н. принудительнымъ залогомъ, между тѣмъ какъ наложеніе запрещенія на имѣніе не исключаетъ по дѣйствующему праву личной отвѣтственности должника. Такъ какъ принудительный залогъ не отличается по существу своему отъ добровольнаго, такъ какъ оба они имѣютъ одну и ту же цѣль и носятъ по отношенію къ тому требованію, которое ими

⁽¹⁾ Журналъ отъ 25 ноября и 2 декабря etc., за № 36, стр. 25.

⁽²⁾ См. ст. 98—100 и объясненія къ нимъ.

⁽³⁾ См. ниже, объясненія къ ст. 44 проекта, стр. 344 и слѣд.

обеспечивается, дополнительный характеръ, то и отвѣтственность должника при этихъ залогахъ должна быть вполне одинакова. Установленіе, въ видѣ общаго правила, ограниченной отвѣтственности повело бы, слѣдовательно, или къ необходимости допустить исключеніе для принудительнаго залога, которое находилось бы во внутреннемъ противорѣчій съ другимъ видомъ залога, съ нимъ однороднымъ, или же, сравнивъ эти виды и въ данномъ отношеніи между собою, — къ такому нарушенію существующихъ нынѣ правъ личныхъ кредиторовъ, обеспечивающихъ свои требованія на недвижимомъ имѣніи, которое едва ли могло входить въ намѣренія государственнаго совѣта и не можетъ быть, конечно, допущено.

Къ изложенному необходимо присовокупить, что переходъ отъ нынѣ дѣйствующаго права къ постановленіямъ проекта по разсматриваемому вопросу смягчается въ весьма значительной степени въ томъ отношеніи, что постановленія эти обязываютъ, въ видѣ общаго правила, вотчиннаго кредитора обращаться *прежде всего* къ заложенному имѣнію, или, другими словами, что онѣ даютъ этому кредитору право обратить взысканіе на другое имущество должника только въ случаѣ неполученія изъ этого имѣнія полного удовлетворенія (ст. 98). Независимо отъ сего, принципъ личной отвѣтственности должника не распространяется проектомъ на залоговыя требованія по займу изъ кредитныхъ установленій (ст. 103). Исключеніе это должно быть допущено въ виду того, что во 1-хъ, надежность удовлетворенія банковыхъ ссудъ изъ заложенныхъ имѣній гарантируется особыми постановленіями уставовъ банковъ касательно оцѣнки этихъ имѣній, выдачи ссудъ не свыше опредѣленной части стоимости заложеннаго имѣнія, или только подъ залогъ, пользующійся опредѣленнымъ старшинствомъ, и т. п. и во 2-хъ, что установленіе по этимъ ссудамъ личной отвѣтственности должника могло бы повести къ выдачѣ банками несоразмѣрныхъ ссудъ, не соответствующихъ дѣйствительной стоимости имѣнія, но рассчитанныхъ на личную состоятельность должника.

Такова юридическая сторона вопроса. Въ пользу такого

именно его разрѣшенія говорятъ еще слѣдующія соображенія нравственнаго и практическаго характера.

На первый взглядъ можно было бы предположить, что правило, въ силу котораго отвѣтственность по требованію, обезпеченному залогомъ, ограничивается однимъ только заложеннымъ имѣніемъ, вполне соотвѣтствуетъ интересамъ собственниковъ недвижимыхъ имѣній и потому выгодно для нихъ на самомъ дѣлѣ. Но подобное предположеніе должно пасть само сабою, если принять во вниманіе, что эта мнимая выгода пріобрѣтается на счетъ кредитора, путемъ пожертвованія правомъ его на полученіе сполна всей суммы долга, ему причитающейся. Экономическою наукою давно уже выставлено то неоспоримое начало, что упроченіе и развитіе кредита зависитъ главнѣйшимъ образомъ отъ того, насколько государство гарантируетъ капиталистамъ обратное полученіе данныхъ ими въ займы сбереженій. Чѣмъ болѣе законодательство представляетъ собою въ этомъ отношеніи гарантій, тѣмъ легче и на менѣе тягостныхъ условіяхъ возможно найти кредитъ, тѣмъ выгоднѣе этотъ кредитъ для тѣхъ, кто въ немъ нуждается. Въ данномъ вопросѣ, слѣдовательно, интересы ищущихъ и дающихъ кредитъ оказываются вовсе не противоположными, но, напротивъ того, солидарными, и конечно не на почвѣ отнятія у капиталистовъ права требовать, въ случаѣ недостаточности заложеннаго имѣнія, удовлетворенія долга изъ остальнаго имущества должника, но предоставленія имъ этого права, слѣдуетъ искать примиренія тѣхъ и другихъ интересовъ.

Сказанное становится еще болѣе понятнымъ, если всмотрѣться ближе въ тѣ практическія послѣдствія, къ которымъ должно приводить правило объ ограниченной отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ. Извѣстно, что поземельнымъ кредитомъ, въ смыслѣ средства помѣщенія своихъ капиталовъ въ чужихъ имѣніяхъ, пользуются, главнѣйшимъ образомъ, солидные капиталисты; что помѣщеніе это способно соблазнять не перспективою быстрой наживы, не высокимъ размѣромъ процентовъ, но своею прочностью, обезпеченностью. Въ этой то прочности, обезпеченности и заключается преиму-

щественно притягательная для капиталистовъ сила кредита, юридической формой котораго служить залогъ. Такъ очевидно смотреть на поземельный кредитъ и само законодательство, когда оно, заботясь объ интересахъ лицъ, особенно нуждающихся въ его попеченіи, а именно, состоящихъ подъ опекою, говоритъ объ отдачѣ за указанные проценты подъ вѣрные залоги капиталовъ, принадлежащихъ малолѣтнимъ ⁽¹⁾. Поэтому, понятно, что только такія условія, которыя способны усилить въ капиталистахъ увѣренность въ обратномъ полученіи ссуженныхъ ими денегъ, могутъ содѣйствовать вышеупомянутой прочности, обезпеченности поземельно-кредитныхъ сдѣлокъ. Между тѣмъ непризнание за кредиторомъ права искать удовлетворенія изъ другаго, кромѣ заложеннаго, имущества должника, когда заложенное имѣніе оказывается недостаточнымъ, не только не усиливаетъ, но напротивъ того, умаляетъ означенную увѣренность. При дѣйствіи подобнаго правила поземельно-кредитная сдѣлка, вмѣсто той солидности, которую она должна представлять собою по самому своему существу, становится, такъ сказать, игрою на угадъ, рисковою сдѣлкою, ибо удовлетвореніе кредитора, сведенное къ одному источнику—заложенному имѣнію, находится въ зависимости отъ того вполне случайнаго обстоятельства, будетъ ли сумма, вырученная чрезъ публичную продажу имѣнія, достаточною на покрытіе долга, или нѣтъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что поземельно-кредитная сдѣлка не можетъ быть абсолютно свободною отъ всякаго риска, что и при предоставленіи кредитору права обратиться къ другому, кромѣ заложеннаго, имуществу должника, сдѣлка эта сопряжена съ извѣстнымъ рискомъ, зависящимъ отъ того, окажется ли въ дѣйствительности у должника еще другое имущество и будетъ ли оно достаточно на удовлетвореніе долга. Но тамъ, гдѣ упомянутое право признано за кредиторомъ, рискъ, соединенный съ поземельно-кредитною сдѣлкою, не увеличивается произвольно законодательствомъ. Последнее,

(1) Ст. 268 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.

напротивъ того, дѣлаетъ все зависящее отъ него въ разсматриваемомъ отношеніи, чтобы уменьшить этотъ рискъ и не поставить кредитора въ отношеніи возможности расчитывать на полученіе сполна причитающагося ему долга въ положеніе, худшее сравнительно съ личнымъ кредиторомъ должника, между тѣмъ какъ при отрицаніи этого права рискъ вотчиннаго кредитора увеличивается и положеніе его въ данномъ случаѣ ухудшается.

Но скажутъ, можетъ быть, что во власти кредитора устранить ту случайность, съ которой соединено, при дѣйствіи разсматриваемаго правила нашего дѣйствующаго законодательства, полное полученіе удовлетворенія по долгу, обезпеченному залогомъ. Скажутъ, можетъ быть, именно, что стоитъ только кредитору быть въ достаточной степени осторожнымъ, осмотрительнымъ при выдачѣ въ каждомъ данномъ случаѣ ссуды подъ залогъ недвижимаго имѣнія и тогда самъ собою устранится случайный характеръ того обстоятельства, будетъ ли сумма, вырученная чрезъ продажу заложеннаго имѣнія, достаточной на покрытіе полностью этой ссуды или нѣтъ; что когда упомянутая сумма оказывается ниже суммы долга, то это составляетъ послѣдствія невѣрности собственнаго его же, кредитора, расчета, за которую онъ долженъ пенять на себя. Таковъ, въ сущности, тотъ мотивъ, который приведенъ въ поясненіе правила дѣйствующаго законодательства относительно отвѣтственности по закладнымъ въ указѣ 1737 года: *«понеже въ займы деньги давалъ изъ воли своей, и когда въ томъ неосмотрительно поступилъ, долженъ и убытокъ самъ претерпѣть»* и въ банкротскомъ уставѣ (ст. 107 части 1)—*«буде закладъ меньше того стоитъ, въ чемъ заложенъ, то оставить оный у залогодержателя, поелику онъ почиталъ его достаточнымъ въ обезпеченіе данныхъ имъ подъ залогъ денегъ»*. Коль скоро кредиторъ почиталъ извѣстное имѣніе достаточнымъ для обезпеченія причитающагося ему долга, то онъ не вправѣ уже искать удовлетворенія изъ какого либо другаго имущества должника.—Извѣстно, однакоже, какимъ колебаніямъ подвержена вообще цѣнность недвижимыхъ имѣній. Колебанія эти зависятъ отъ разныхъ

чисто случайныхъ социальныхъ, политическихъ и экономическихъ причинъ, предусмотрѣть которыя не въ состояніи самый осторожный кредиторъ. Вполнѣ точное опредѣленіе кредитоспособности недвижимыхъ имѣній не возможно даже въ тѣхъ странахъ, въ которыхъ устроены кадастры, гдѣ опредѣленіе состава, пространства и цѣнности имѣнія облегчено въ самой высокой степени. Если, не смотря на наличность кадастра, всѣ западно-европейскія законодательства тѣмъ не менѣе не ограничиваютъ отвѣтственности должника однимъ только заложеннымъ имѣніемъ, то тѣмъ болѣе не слѣдуетъ этого дѣлать у насъ. Въ Россіи менѣе, чѣмъ гдѣ либо, лицо, обладающее свободными средствами и согласное помѣстить ихъ подъ залогъ недвижимаго имѣнія, въ состояніи всегда опредѣлить даже съ приблизительною точностью цѣнность имѣнія. Насколько затруднено у насъ достиженіе подобной точности въ примѣненіи къ расчетамъ о томъ, можетъ ли данное имѣніе служить вѣрнымъ обезпеченіемъ ссуды, которую ищетъ землевладѣлецъ, видно уже изъ того, что капиталистъ во многихъ случаяхъ не въ состояніи получить даже такихъ достовѣрныхъ свѣдѣній, которыя касаются матеріальнаго состава имѣнія и его пространства, не говоря уже о вѣрныхъ свѣдѣніяхъ относительно другихъ обстоятельствъ, такъ или иначе вліяющихъ на цѣнность имѣнія. При томъ же и самое собираніе необходимыхъ свѣдѣній соединено у насъ еще съ затрудненіями, которыхъ не существуетъ въ другихъ странахъ, обладающихъ меньшими, чѣмъ у насъ, пространствами, лучшими путями сообщенія и большимъ количествомъ денежныхъ центровъ. Оно соединено, слѣдовательно, и съ потерей большаго, чѣмъ гдѣ бы то ни было, времени, что, въ свою очередь, не можетъ не отражаться весьма невыгодно на интересахъ лицъ, нуждающихся въ кредитѣ. Отсюда очевидно, что неблагопріятный для вотчиннаго кредитора результатъ при публичной продажѣ заложеннаго имѣнія можетъ далеко не всегда обуславливаться небрежнымъ отношеніемъ кредитора къ своему собственному дѣлу, невѣрностью сдѣланнаго имъ расчета, почему и не можетъ быть поставленъ ему

въ вину тамъ, гдѣ; какъ у насъ, для расчетовъ подобнаго рода отсутствуютъ вполне твердыя, незыблемыя основанія.

Будучи черезъ чуръ строгимъ по отношенію къ кредитора́мъ, правило объ ограниченной отвѣтственности однимъ только заложенымъ имѣніемъ въ то же время невыгодно и для лицъ, нуждающихся въ кредитѣ. Излишняя строгость въ данномъ случаѣ способна вызывать излишнюю осторожность. Предостерегая какъ будто капиталистовъ, что, по принятіи имѣнія въ залогъ, они будутъ лишены права обратиться для взысканія своей претензіи къ другому имуществу должника, законодательство, при отсутствіи твердыхъ данныхъ для опредѣленія кредитоспособности имѣнія, дѣлаетъ капиталистовъ склонными къ выдачѣ такихъ ссудъ, которыя по суммѣ своей далеко ниже цѣнности имѣнія. Понятно, однакоже, что при такомъ порядкѣ вещей страдаютъ преимущественно интересы владѣльцевъ недвижимой собственности, ибо они лишены возможности воспользоваться дѣйствительною ея кредитною силою, а слѣдовательно всею выгодною, которую собственность эта собою представляетъ.

Нельзя не спросить себя также, правиленъ ли на самомъ дѣлѣ вышеприведенный мотивъ, утверждающій, будто капиталистъ, ссужающій деньги подъ залогъ, вѣритъ исключительно имѣнію? Дѣйствительно ли существуетъ то рѣзкое отличіе между поземельнымъ кредитомъ, съ одной стороны, и личнымъ, съ другой, которое, очевидно, означенный мотивъ предполагаетъ? Если кредиторъ далъ въ займы деньги подъ обезпеченіе недвижимаго имѣнія, то означаетъ ли это всегда, что онъ принялъ въ соображеніе, въ видѣ единственнаго и исключительнаго основанія своей кредитной операціи, одну только цѣнность этого имѣнія? Исключаетъ ли безусловно поземельно-кредитная сдѣлка тотъ личный элементъ, элементъ личнаго довѣрія къ должнику, къ его нравственнымъ и дѣловымъ качествамъ, который лежитъ, какъ извѣстно, въ основаніи личнаго кредита? Едва ли могутъ быть сомнѣнія въ томъ, что вопросы эти должны быть разрѣшены въ отрицательномъ смыслѣ. Случаи, въ которыхъ элементъ личнаго довѣрія къ должнику совершенно отсутствуетъ въ поземельно-

кредитной сдѣлкѣ, конечно, существуютъ. Лучшимъ примѣромъ тому служатъ сдѣлки, заключаемыя съ кредитными установленіями. И частныя лица, ссужая капиталы подъ залогъ недвижимыхъ имѣній, обращаютъ свое вниманіе на цѣнность этихъ имѣній, на то, можетъ ли имѣніе служить вѣрнымъ средствомъ обезпеченія. Тѣмъ не менѣе, совершенное отсутствіе личнаго элемента въ поземельно-кредитныхъ сдѣлкахъ далеко не составляетъ, да и не можетъ составлять, общаго правила, но является, напротивъ того, рѣдкимъ исключеніемъ. Недвижимое имѣніе не можетъ представлять собою абсолютно вѣрнаго обезпеченія. Доходность имѣнія зависитъ не только отъ многихъ случайныхъ явленій природы, какъ-то: отъ погоды, надежей скота и т. п., преодолѣть которыя не въ человѣческихъ силахъ, но и отъ личныхъ качествъ собственника, отъ его знаній и способностей. Доходность одного и того-же имѣнія будетъ различна, смотря по тому, въ тѣхъ ли или другихъ рукахъ оно находится, и конечно хозяинъ, пользующійся репутаціею свѣдущаго и предприимчиваго человѣка, скорѣе найдетъ кредитъ подъ обезпеченіе имѣнія, нежели хозяинъ, извѣстный за человѣка противоположныхъ качествъ. Кромѣ того, владѣльцы недвижимой собственности пользуются поземельнымъ кредитомъ не только какъ средствомъ пріобрѣтенія оборотнаго капитала, но весьма нерѣдко и для производства болѣе или менѣе значительныхъ улучшеній въ имѣніи, для соединенія съ имѣніемъ какого либо промышленнаго предпріятія (для устройства въ имѣніи фабрики, завода), т. е. для такихъ цѣлей, въ которыхъ личный элементъ, довѣріе къ должнику, стоитъ чуть ли не на первомъ планѣ. Но если недвижимое имѣніе не можетъ представлять собою абсолютно вѣрнаго обезпеченія, если упомянутый личный элементъ не исключается поземельно-кредитною сдѣлкою, то очевидно, что установленію залога, въ обезпеченіе извѣстнаго долга, нельзя придавать вообще такого значенія, будто бы по намѣренію и доброй совѣсти сторонъ заложенное имѣніе должно служить единственнымъ источникомъ удовлетворенія этого долга, источникомъ, устра-

няющимъ для кредитора возможность обратиться къ другому имуществу должника.

Намѣренію и доброй совѣсти сторонъ можетъ соотвѣтствовать лишь то общее начало права и справедливости, въ силу коего *каждый обязанъ отдать то, что долженъ*. Кто получилъ деньги въ займы, обязанъ уплатить ихъ полностью, согласно своему обязательству, хотя бы имущества, предоставленнаго въ обезпеченіе займа, оказалось недостаточно на его покрытіе. Проектъ вотчиннаго устава полагаетъ, что обусловливать возникновеніе личной отвѣтственности должника особымъ соглашеніемъ сторонъ по этому предмету нѣтъ основаній, такъ какъ подобное соглашеніе во всякомъ долговомъ обязательствѣ *подразумывается само собою*. Было бы въ высшей степени противнымъ нравственному чувству такое положеніе, при которомъ кредиторъ, при недостаточности заложеннаго имѣнія, терялъ бы свои сбереженія, между тѣмъ какъ у должника оказывалось бы достаточно прочаго имущества на удовлетвореніе долга, удовлетвореніе, отъ котораго онъ отказывался бы, ссылаясь на залогъ, какъ на единственный источникъ погашенія этого долга. Допускать подобное положеніе значило бы покровительствовать спекуляціямъ на чужой счетъ, разительный примѣръ которыхъ представляютъ собою спекуляціи домами въ большихъ городахъ, оканчивающіяся, въ эпохи кризисовъ, безнаказанно конечно не для довѣрчивыхъ лицъ, а только для спекулянтовъ.

ОТДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Терминологія проекта.

Едва ли необходимо распространяться о той важной роли, которую терминологія играетъ вообще во всякомъ законодательномъ дѣлѣ. Тамъ, гдѣ законодательство страдаетъ отсутствіемъ терминологіи, гдѣ юридическая техника не выработана въ надлежащей степени, немислимо ясное и послѣдова-

тельно выдержанное выраженіе началъ, положенныхъ въ основаніе положительнаго закона. Тамъ законодательство вынуждено прибѣгать къ длиннымъ, описательнымъ выраженіямъ юридическихъ понятій, точное, буквальное воспроизведеніе этихъ выраженій въ цѣломъ рядѣ законодательныхъ правилъ становится въ высшей степени затруднительнымъ, редакция закона чрезмѣрно усложняется, отличается отсутствіемъ точности и многословіемъ, вредными для правильного пониманія истиннаго его смысла, а слѣдовательно и для интересовъ практической жизни.

Въ виду дополнительнаго значенія, присвоеннаго залогу по настоящему проекту, оказалось необходимымъ дать вполне ясное и точное выраженіе въ этомъ проектѣ каждому изъ тѣхъ двухъ элементовъ, изъ коихъ слагается всякая поземельно-кредитная сдѣлка въ обширномъ смыслѣ этого слова. Сдѣлать это представилось необходимымъ хотя бы уже по той причинѣ, что, какъ упомянуто выше, вліяніе на залогъ началъ гласности, спеціальности и безповоротности находится въ связи съ тѣмъ значеніемъ, которое дано залогу, и отражается такъ или иначе на каждомъ изъ этихъ элементовъ въ отдѣльности. Дѣло шло, слѣдовательно, о томъ, чтобы ввести въ проектъ вотчиннаго устава термины, служащіе къ обозначенію какъ права обезпечивающаго, такъ и обезпечиваемаго.

Что касается до обезпечивающаго права, то для него, въ данномъ случаѣ, существуетъ уже у насъ вполне готовый терминъ, извѣстный дѣйствующему законодательству и не оставляющій желать ничего лучшаго въ отношеніи опредѣленія сущности этого права, а именно терминъ «залогъ». Слову залогъ придано въ проектѣ вотчиннаго устава тоже значеніе, которое связано съ названіемъ *ипотеки* въ большинствѣ западно-европейскихъ законодательствъ. Проектъ рѣшается дать предпочтеніе термину залогъ предъ описательнымъ выраженіемъ, «обезпеченіе договоровъ, обязательствъ, исковъ, взысканій и начетовъ», употребляемымъ въ проектѣ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе, внесенномъ въ 1874 году министромъ юстиціи въ государ-

ственный совѣтъ, и въ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаніяхъ, какъ въ виду длинноты этого выраженія, такъ и потому, что слово «обезпеченіе» имѣетъ слишкомъ общее выраженіе, одинаково примѣнимое не только къ залогу, но и къ другимъ средствамъ обезпеченія правъ: закладу, поручительству, задатку и неустойкѣ.

Другое, однакоже, слѣдуетъ сказать относительно дѣйствующаго законодательства, когда дѣло идетъ о томъ, чтобы найти подходящій терминъ для обозначенія *обезпечиваемаго права*. Какъ извѣстно, дѣйствующее законодательство страдаетъ отсутствіемъ правильно выработанной терминологіи. Воспользоваться выраженіемъ «договоры и обязательства», употребленнымъ въ ст. 1554 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., представилось невозможнымъ по той причинѣ, что терминъ «договоръ» выражаетъ собою не болѣе, какъ одинъ изъ источниковъ, порождающихъ обязательство. Между тѣмъ въ разсматриваемомъ случаѣ дѣло идетъ именно о правильномъ обозначеніи обезпечиваемаго права, какъ права, и при томъ совершенно независимо отъ того, основано ли оно на договорѣ или на законѣ, предъявлено ли оно ко взысканію (т. е. идетъ ли дѣло объ обезпеченіи иска), присуждено ли въ судебномъ или административномъ порядкѣ (т. е. о взысканіяхъ и начетахъ), или не предъявлено и не присуждено. Откладывать введеніе въ наше законодательство термина, выражающаго собою понятіе права, порождаемаго какимъ бы то ни было личнымъ отношеніемъ, до будущаго времени, напримѣръ, до изданія общаго гражданскаго уложенія, представляется невозможнымъ по самому существу дѣла настоящей реформы. Оно невозможно именно потому, что означенное понятіе личнаго права, отвлеченнаго отъ его правооснованія, выдвигается на сцену дѣйствіемъ начала безповоротности, т. е. когда дѣло идетъ о третьихъ лицахъ. Независимо отъ сего, правильное и точное выраженіе въ законѣ этого понятія необходимо еще потому, что залогомъ, какъ упомянуто уже въ предъидущемъ изложеніи и оговорено прямо въ ст. 50 проекта вотчиннаго устава, могутъ быть обезпечиваемы всякаго рода личные права, каковы бы ни были источ-

никъ ихъ происхожденія, если только они выражены въ деньгахъ, и что одинъ и тотъ же источникъ можетъ порождать нѣсколько правъ въ пользу кредитора, между тѣмъ какъ стороны могли пожелать обезпечить залогомъ только одно изъ нихъ. Такъ, напримѣръ, арендаторъ, принявшій на себя нѣсколько обязательствъ по договору найма, какъ-то: въ отношеніи платежа арендныхъ денегъ, въ отношеніи своевременнаго страхованія арендуемаго имѣнія, устройства въ немъ къ опредѣленному сроку жилого дома или какихъ либо службъ, и т. п., обезпечиваетъ на своемъ имѣніи залогомъ лишь первое изъ этихъ обязательствъ. Ясно, что смѣшеніе самаго права, обезпечиваемаго залогомъ, съ источникомъ этого права (въ данномъ примѣрѣ—условленнаго по договору найма права на наемную плату съ самимъ договоромъ найма) могло бы подать поводъ къ крупнымъ на практикѣ недоразумѣніямъ и спорамъ.—Что же касается термина «*обязательство*», то онъ неудобенъ потому, что во всякомъ обязательственномъ отношеніи необходимо различать двѣ стороны: активную и пассивную. Обѣ онѣ во всѣхъ законодательствахъ строго разграничиваются. Такъ, напримѣръ, во французскомъ законодательствѣ термину «*créance*» противопоставляется терминъ «*obligation*». Названный терминъ «*обязательство*» опредѣляетъ пассивную сторону обязательственнаго отношенія, выражаетъ это послѣднее съ точки зрѣнія должника, между тѣмъ какъ въ данномъ случаѣ необходимо выразить и сторону активную. Говорить о *принадлежащихъ кредитору обязательствахъ*, обезпеченныхъ залогомъ, не согласно съ духомъ русскаго языка, болѣе же правильное выраженіе «*право по обязательству*» чрезчуръ длинно. Въ виду этихъ соображеній представляется необходимымъ ввести уже нынѣ въ проектъ вотчиннаго устава терминъ, обозначающій рассматриваемое понятіе. Таковъ именно терминъ «*требованіе*», соотвѣтствующій французскому «*créance*» и нѣмецкому «*Forderung*». Опредѣляя главный элементъ поземельно-кредитной сдѣлки по отношенію къ кредитору, терминъ этотъ представляется вполне удобнымъ еще и потому, что подъ него подходит и право, не предъявленное въ судъ

и не присужденное, каково бы ни было основаніе этого права, и искъ и взысканіе и начеть, ибо всѣ они суть ничто иное, какъ принадлежащія кредитору требованія. Онъ предпочтительнѣе употребляемому нерѣдко въ нашихъ законахъ ⁽¹⁾ слову «претензія» въ виду иностраннаго происхожденія этого слова. Впрочемъ, терминъ «требованіе», въ смыслѣ, присвоенномъ ему въ проектѣ вотчиннаго устава, упоминается иногда и въ дѣйствующемъ законодательствѣ ⁽²⁾. Онъ введенъ въ переводъ свода мѣстныхъ гражданскихъ узаконеній губерній остзейскихъ, четвертая книга коего озаглавлена: «*право требованій*» и упоминается также, рядомъ съ вышеупомянутыми описательными выраженіями, и въ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основанійхъ ⁽³⁾. Оставалось, слѣдовательно, воспользоваться этими указаніями дѣйствующаго законодательства и государственнаго совѣта и, введя названный терминъ въ проектъ вотчиннаго устава, выдержать его во всѣхъ положеніяхъ проекта съ надлежащею точностью и послѣдовательностью.

Говоря о терминахъ **залогъ** и **требованіе**, необходимо здѣсь же, съ цѣлью не возвращаться болѣе къ терминологіи положеній проекта вотчиннаго устава по залоговому праву, упомянуть еще о двухъ другихъ терминахъ, введенныхъ въ проектъ, а именно «**залоговое требованіе**» и «**вотчинный кредиторъ**». Первый изъ этихъ терминовъ, соотвѣтствующій нѣмецкому *Hypothekarische Forderung*, употребляется въ проектѣ вмѣсто описательнаго выраженія «*требованіе, обезпеченное залогомъ*» и съ цѣлью противоположенія подобнаго требованія личному требованію, т. е. такому, которое залогомъ не обезпечено. Что же касается до термина «вотчинный кредиторъ», то онъ соотвѣтствуетъ нѣмецкому «*Hypothekengläubiger*» и французскому «*créancier hypothécaire*» и противоплагается личному кредитору (*Personalgläubiger, créancier chi-*

⁽¹⁾ Ср. напр. ст. 1214 уст. гр. судопр. и др.

⁽²⁾ Ср. напр., ст. 584, 585 уст. судопр. торг. т. XI ч. 2 свод. зак., изд. 1887 г., и др.

⁽³⁾ Ст. 12, 18, 34.

rographaire ou personnel). Въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ вмѣсто названія «вотчинный кредиторъ» употребляется терминъ «залогодержатель» или «заимодавецъ» (ст. 1649 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.). Не подлежитъ, однакоже, сомнѣнію, что послѣдній изъ этихъ терминовъ слишкомъ широкъ, такъ какъ заимодавцемъ считается у насъ и такой кредиторъ, требованіе коего не обезпечено залогомъ (ст. 2020 и слѣд. того же т. и ч.). При томъ же залогъ, какъ неоднократно уже упомянуто, можетъ служить средствомъ обезпеченія не однихъ только требованій, вытекающихъ изъ договора займа. Что же касается до термина «залогодержатель», то онъ неудобенъ потому, что отражаетъ на себѣ вліяніе воззрѣнія на залогъ нашего древняго права, по которому кредиторъ, дѣйствительно, оказывался держателемъ залога, ибо заложенное имѣніе, одновременно съ установленіемъ залога, поступало въ его владѣніе и оставалось у него впредь до выкупа. Существованіе такого именно термина въ дѣйствующемъ правѣ объясняется не полнымъ освобожденіемъ сего послѣдняго отъ означеннаго воззрѣнія на залогъ и, въ частности, признаніемъ за кредиторомъ по нынѣшнему законодательству права на вводъ во владѣніе заложеннымъ имуществомъ въ случаѣ просрочки закладной (ст. 30 т. X ч. 2 свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.). Благодаря такому праву кредиторъ становится и нынѣ, при извѣстныхъ условіяхъ, держателемъ заложеннаго имѣнія. Но такъ какъ, по основаніямъ, объясненнымъ выше ⁽¹⁾, съ введеніемъ настоящей реформы означенное право не можетъ быть удержано за кредиторомъ, да и вообще реформа эта мыслима при системѣ залога, освобожденной отъ вліянія воззрѣнія на него древняго права, т. е. при такой системѣ, по которой залогъ порождаетъ не болѣе, какъ право кредитора требовать удовлетворенія причитающагося ему долга изъ заложеннаго имѣнія, то проектъ, въ интересахъ ясности и послѣдовательности своихъ постановленій, признаетъ необходимымъ избѣгать

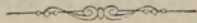
(¹) Стр. 90 и слѣд.

термина «залогодержатель», замѣнивъ его вышеуказаннымъ терминомъ «**вотчинный кредиторъ**».

На основаніи тѣхъ же соображеній въ проектъ вотчиннаго устава не введенъ также терминъ дѣйствующаго законодательства «**залогодатель**», при чемъ понятіе, выражаемое этимъ терминомъ, передается въ проектѣ словами «**должникъ**» или «**собственникъ имѣнія**», «**собственникъ**», смотря по тому, идетъ ли рѣчь о лицѣ, находящемся въ обязательственномъ отношеніи, по поводу коего залогъ установленъ, или о третьемъ пріобрѣтателѣ заложеннаго имѣнія.

ПОЛОЖЕНІЯ ПРОЕКТА
ВОТЧИННАГО УСТАВА

о залоговомъ правѣ и соображенія, на коихъ
основано каждое изъ нихъ.



ПОЛОЖЕНИЕ

ВОТЧИНАТО УСТАВА

О ЗАКОНАХ ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ НА ЛЮДИ
ОБЩЕСТВО КАЖДОЕ ЕСТЬ

Положенія проекта вотчиннаго устава о залого-
вомъ правѣ и соображенія, на коихъ основано
каждое изъ этихъ положеній.

Г л а в а IV.

О залоговомъ правѣ.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

О залогѣ вообще.

43. Залогъ есть обезпеченіе денежнаго требованія недвижимымъ имѣніемъ и даетъ кредитору, въ случаѣ неисполненія должникомъ его обязательства, право на удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось.

Ст. 47 польск уст. 1818 г.

Ст. 1335 ост. гр. зак.

Ст. 41 бельг. ипот. зак.

Ст. 2114 франц. гр. кодекса.

Ст. 1964 и 1967 итал. гр. улож.

Ст. 447 австр. гр. улож.

Ст. 1—3 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 369 сакс. гр. улож.

Ст. 1062 и 1071 проекта общегерм. гр. улож.

I. Статья 43 соотвѣтствуетъ ст. 1554 (п. 3) и ст. 1587 т. X ч. I свод. зак. гражд., изд. 1887 г. Всѣ эти статьи сходны между собою въ отношеніи признанія того обстоятель-

I. Понятіе залога.

ства, что залогъ есть, по существу своему, право, направленное къ обезпеченію другого права, причемъ статья проекта содержитъ въ себѣ недостающее дѣйствующему законодательству опредѣленіе того, въ чемъ собственно это обезпеченіе заключается. Ст. 43 проекта восполняетъ ст. 1554 и 1587 т. X ч. I ближайшимъ указаніемъ именно на то, что *залогъ есть обезпеченіе недвижимымъ имѣніемъ денежнаго требованія и даетъ кредитору, въ случаѣ неисполненія должникомъ его обязательства, право на удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно не находилось.*

Относительно цѣлесообразности такого восполненія дѣйствующаго права проектъ исходитъ изъ того убѣжденія, что опредѣленіе важнѣйшихъ терминовъ, употребленныхъ въ законѣ, далеко не составляетъ задачи одной лишь доктрины. Только введеніемъ этихъ опредѣленій въ самый законъ дается практикѣ твердая почва при истолкованіи истиннаго смысла закона. Необходимость въ подобныхъ опредѣленіяхъ закона ощутительна въ особенности у насъ, гдѣ научная разработка права находится въ совершенно иномъ положеніи, чѣмъ на западѣ и гдѣ литература, даже по важнѣйшимъ отраслямъ гражданскаго права, представляется крайне недостаточною и вообще бѣдною.

Опредѣленіе сущности залога введено почти во всѣ законодательства. Оно находится въ правилахъ положительнаго закона, дѣйствующихъ какъ въ нашихъ окраинахъ (ст. 47 закона царства польскаго ¹⁴/₂₆ апрѣля 1818 г., ст. 1335 ч. 3 свода мѣстныхъ узаконеній губерній остзейскихъ), такъ и въ большинствѣ западно-европейскихъ государствъ романской (ст. 2114 франц. гражд. кодекса, 1964 итал. гражд. кодекса, ст. 41 бельгійскаго закона о пересмотрѣ ипотечнаго устройства 22 декабря 1851 г.) и германской группы (ст. 1 ч. I тит. 20 общаго прусскаго земскаго права, ст. 1 бавар. пол. объ ипотекахъ 1822 г., ст. 447 австр. гр. ул., ст. 369 сак. гр. улож., ст. 1062 проекта общегер. гражд. уложенія 1888 г.; ср. также ст. 1075 того же проекта).

Ближайшее разсмотрѣніе опредѣленій, встрѣчаемыхъ въ означенныхъ законодательствахъ, показываетъ, что въ нихъ

содержится особое указаніе на *вотчинный характер залоговаго права* (dingliches Recht, an einer fremden Sache eingeräumtes Recht, droit réel). Кромѣ того, въ законодательствахъ дѣйствующихъ въ царствѣ польскомъ и въ романскихъ странахъ, въ опредѣленіе залога вводится также указаніе на то, что *зalogъ по существу своему недѣлимъ*, т. е. сохраняется во всемъ своемъ составѣ на всѣхъ подчиненныхъ ему имѣніяхъ, на каждомъ изъ нихъ и на каждой ихъ части. Проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія 1888 года отводитъ указанію этому даже отдѣльную статью (1071). Наконецъ, нѣкоторые законодательства, какъ напримѣръ, баварское (ст. 2) и дѣйствующее въ прибалтійскихъ губерніяхъ (ст. 1339), считаютъ необходимымъ оговорить особо *дополнительное свойство* (accessorische Eigenschaft) залога.

Всѣ эти указанія не включены въ ст. 43 проекта вотчиннаго устава не потому, конечно, чтобы правильность ихъ могла быть подвергнута основательному сомнѣнію, а по той собственно причинѣ, чтобы избѣжать въ проектѣ излишней теоретичности, тѣмъ болѣе, что они частью содержатся въ другихъ постановленіяхъ проекта, частью прямо вытекаютъ изъ всѣхъ его постановленій, относящихся къ залоговому праву.

Такъ, о томъ, что залогъ есть вотчинное право, говорится уже въ общихъ положеніяхъ проекта, а именно въ ст. 1. Засимъ, вотчинный характеръ залоговаго права состоитъ собственно въ томъ, что оно тяготѣетъ непосредственно на имѣніи, составляетъ обремененіе послѣдняго и потому раздѣляетъ его судьбу, переходитъ вмѣстѣ съ нимъ на всякаго новаго пріобрѣтателя имѣнія. Въ этой то связи залога съ имѣніемъ, на которомъ онъ установленъ, связи, остающейся ненарушимой несмотря на перемѣны, происходящія въ лицѣ обладателей этого имѣнія, въ томъ, что французскіе юристы называютъ, «*droit de suite*» и заключается ближайшее, непосредственное значеніе разсматриваемаго отличительнаго признака залоговаго права. Благодаря упомянутой связи, кредиторъ, претензія коего обезпечена залогомъ, оказывается въ состояніи преслѣдовать заложенное имѣніе, осуществить свое залоговое право и при нахожденіи имѣнія въ

рукахъ третьихъ лицъ, въ то время, какъ личный кредиторъ, т. е. такой, претензія коего залогомъ не обезпечена, можетъ искать удовлетворенія только изъ того имущества должника, которое находится въ его юридическомъ обладаніи въ моментъ производства взысканія и лишь въ видѣ исключенія вправѣ обратиться къ имуществу, отчужденному должникомъ, а именно, когда предварительно добьется признанія такового отчужденія недѣйствительнымъ, какъ произведеннаго должникомъ съ умысломъ нанести вредъ своимъ кредиторамъ (*actio Pauliana*). Эта связь залога съ имѣніемъ, на которомъ онъ установленъ, выраженная въ ст. 10 преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество, по которой записанныя въ крѣпостную книгу права и ограниченія права собственности на недвижимое имущество (а слѣдовательно и залого) сохраняютъ свою силу въ отношеніи всѣхъ лицъ, права которыхъ на то же имущество будутъ записаны въ книгу позднѣе, и отмѣчена въ ближайшемъ указаніи разсматриваемой статьи проекта на то, что залогъ «даетъ кредитору, въ случаѣ неисполненія должникомъ его обязательства, право на удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, *въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось*».

Что касается недѣлимости залога, то это свойство его, какъ объяснено подробно въ § 5 отдѣла III общихъ объясненій къ настоящей главѣ проекта вотчиннаго устава ⁽¹⁾ обусловливается существомъ залоговаго права и потому подразумевается само собою. Тамъ же указано было на то обстоятельство, что означенное свойство залога признается и со стороны нынѣ дѣйствующаго законодательства, не смотря на то, что оно въ послѣднемъ прямо не выражено.

Наконецъ, относительно дополнительнаго свойства залога необходимо замѣтить, что оно вытекаетъ непосредственно изъ опредѣленія, даннаго залогу ст. 43 проекта, а именно изъ того, что залогъ есть «*обезпеченіе денежнаго требованія недвижимымъ имѣніемъ*» и даетъ кредитору право на удо-

⁽¹⁾ Стр. 60 и слѣд.

влетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, «въ случаѣ неисполненія должникомъ его обязательства».

Залогъ, по силѣ разсматриваемой статьи даетъ кредитору право на удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно не находилось. Отсюда слѣдуетъ, что вотчинному кредитору въ силу установленнаго въ его пользу залога принадлежитъ право на преимущественное удовлетвореніе предъ личными кредиторами должника. Въ этомъ правѣ на преимущественное удовлетвореніе и заключается все практическое значеніе залога. Но такъ какъ оно обнимается само собою приведеннымъ опредѣленіемъ залога, составляетъ послѣдствіе вотчиннаго характера залога, то нѣтъ, очевидно, никакой необходимости оговаривать особо упомянутое право въ этомъ опредѣленіи.

Причисливъ залогъ къ разряду вотчинныхъ правъ, проектъ тѣмъ самымъ опровергаетъ взглядъ тѣхъ писателей по залоговому праву, которые видятъ въ этомъ институтѣ нѣчто среднее между личнымъ и вотчиннымъ правомъ и подводятъ его подъ понятіе такъ называемаго *вотчиннаго требованія, обязательства имѣнія* (*obligatio rei*). О неправильности юридическихъ понятій, въ родѣ приведеннаго, говорилось уже въ § 1 отдѣла IV общихъ объясненій къ настоящей главѣ проекта вотчиннаго устава. Правда, залогъ не обогащаетъ, въ экономическомъ смыслѣ этого слова, непосредственно имущество кредитора, въ противоположность тому, какъ это имѣетъ мѣсто по отношенію къ другимъ вотчиннымъ правамъ, вносящимъ такое обогащеніе благодаря предоставляемымъ ими правамъ владѣнія и пользованія имуществомъ, на коемъ они установлены. Роль залога не самостоятельная, а служебная и не въ болѣе или менѣе постоянномъ, а въ единичномъ осуществленіи, въ обращеніи взысканія на имѣніе, обремененное залогомъ, заключается все его содержаніе. Тѣмъ не менѣе, указанное различіе залога отъ другихъ вотчинныхъ правъ есть, въ данномъ случаѣ, скорѣе экономическое, нежели юридическое. Разсматриваемый съ юридической точки зрѣнія, залогъ есть право на вещь, а не на чужое дѣйствіе, ибо, какъ упомянуто уже выше, залогъ даетъ кредитору возможность обратиться

непосредственно къ обремененному имѣнію, въ чьихъ бы рукахъ оно не находилось. Дѣйствіе должника или третьяго владѣльца заложенного имѣнія, заключающееся въ платежѣ долга, составляетъ предметъ не залога, но требованія, залогомъ этимъ обезпеченнаго, и исполненіемъ сего дѣйствія со стороны должника или означеннаго владѣльца *только предотвращается* осуществленіе порождаемаго залогомъ права кредитора требовать продажи имѣнія съ публичнаго торга.

Изъ того обстоятельства, что залогъ, какъ о томъ говорится въ ст. 43 проекта, устанавливаетъ *обезпеченіе требованія* недвижимымъ имѣніемъ, т. е. изъ дополнительнаго характера залога само собою вытекаетъ, что только личный кредиторъ можетъ стать вотчиннымъ кредиторомъ, или, другими словами, что установленіе залога предполагаетъ наличность требованія, къ обезпеченію коего онъ направленъ; что всякаго рода ограниченія, коими обставлено требованіе, распространяются и на обезпечивающій его залогъ; что, слѣдовательно, пространство и сила его обусловливается пространствомъ и силою самого требованія и что, поэтому, недѣйствительность требованія влечетъ за собою и недѣйствительность залога. Все это суть логическія послѣдствія той служебной роли, которая признается за залогомъ разсматриваемою статьею проекта, послѣдствія, которыя раздѣляютъ съ залогомъ и другія права съ такимъ же служебнымъ значеніемъ, какъ-то: закладъ, поручительство, неустойка, и потому сами собою подразумѣваются проектомъ, хотя они въ немъ прямо не оговорены.

II. Предметъ его.

II. Залогъ есть обезпеченіе денежнаго требованія *недвижимымъ имѣніемъ*. Этимъ залогъ отличается отъ *заклада*, предметомъ коего можетъ быть, наоборотъ, только движимое имущество (ст. 1554 т. X ч. 1, свод. зак. гр., изд. 1887 г.). Впрочемъ, правила о залогѣ распространяются и на случаи однороднаго съ нимъ установленія обезпеченія на правахъ вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія, поскольку проектъ, съ цѣлью подчиненія послѣднихъ одинаковымъ съ недвижимостями правиламъ въ отношеніи порядка отчужденія ихъ и обремененія,

допускаетъ открытіе на эти права особыхъ вотчинныхъ книгъ (ст. 406 и слѣд. проекта вотчиннаго устава).

III. Требованіе.

III. Говоря, что залогъ есть обезпеченіе требованія, проектъ имѣетъ въ виду возможность обезпеченія залогомъ какъ требованій срочныхъ и при томъ такихъ, сроки коимъ еще не наступили, или, напротивъ того, уже истекли, такъ и условныхъ и, наконецъ, имѣющихъ только возникнуть въ будущемъ. Только случаи обезпеченія залогомъ послѣдняго рода требованій, именно случаи установленія кредитнаго залога, представляютъ собою извѣстныя существенныя отъ всѣхъ прочихъ случаевъ особенности, почему объ нихъ пришлось ниже упомянуть особо ⁽¹⁾. Въ томъ, чтобы оговаривать здѣсь же виды требованій, могущихъ подлежать обезпеченію при помощи залога, какъ это дѣлаетъ, на примѣръ, проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1062), не представляется особой необходимости.

Единственное ограниченіе, которое проектъ связываетъ съ понятіемъ залога по отношенію къ требованіямъ, обезпечиваемымъ залогомъ, и отъ соблюденія коего ставитъ въ зависимость самую дѣйствительность залога, заключается въ томъ, что залогъ устанавливаетъ обезпеченіе недвижимымъ имѣніемъ *денежнаго* требованія, т. е. такого требованія, которое выражено въ деньгахъ. При этомъ само собою разумѣется, что въ виду правилъ дѣйствующаго законодательства, изложенныхъ въ ст. 1540, 1542 и 2013 т. X ч. 1, изд. 1887 г., остающихся въ полной силѣ и послѣ введенія въ дѣйствіе вотчиннаго устава, сумма обезпечиваемаго требованія должна быть показана въ російской серебряной монетѣ. Такое ограниченіе области примѣненія залога исключительно требованіями, выраженными въ деньгахъ, вызывается соображеніями, необходимо вытекающими какъ изъ существа залога, такъ и изъ начала спеціальности — этого краеугольнаго камня правильно устроенной ипотечной системы. Изъ существа залога — потому, что онъ въ послѣдней своей стадіи

⁽¹⁾ См. ст. 51 и объясненія къ ней.

направленъ на доставленіе кредитору удовлетворенія его требованія изъ цѣнности имѣнія. Если бы требованіе не было выражено въ денежныхъ знакахъ, въ странѣ обращающихся, то и полное или частичное погашеніе его изъ суммы, вырученной на торгахъ за имѣніе, было бы невозможно. Изъ начала спеціальности—такъ какъ только подъ условіемъ точнаго опредѣленія предѣловъ требованія, обременяющаго имѣніе, третьи лица въ состояніи составить себѣ вѣрное понятіе о задолженности имѣнія и соразмѣрить съ нею свои предстоящія отношенія по имѣнію, не рискуя, безъ всякой съ своей стороны вины, понести вполнѣдствіи болѣе или менѣе значительные убытки ⁽¹⁾. На этомъ основаніи денежность требованія, т. е. выраженіе его въ деньгахъ, признается необходимымъ условіемъ установленія залога со стороны всѣхъ важнѣйшихъ законодательствъ. Только прежнее, до-реформенное австрійское право допускало внесеніе въ ипотечныя книги требованій, денежно не опредѣленныхъ, но недостатокъ этотъ устраненъ и въ этомъ правѣ послѣднимъ изъ важнѣйшихъ законодательныхъ актовъ его, а именно закономъ 25 іюля 1871 г. о вотчинныхъ книгахъ. По силѣ статьи 14 этого закона «залоговое право можетъ быть внесено только за извѣстную денежную сумму, выраженную въ цифрахъ (für eine ziffermässig bestimmte Geldsumme)».

Выставляя денежность требованія условіемъ установленія залога и у насъ, проектъ далекъ, однакоже, отъ мысли сдѣлать залогъ исключительнымъ орудіемъ обезпеченія только такихъ требованій, содержаніе коихъ направлено непосредственно на уплату денежной суммы. Безъ сомнѣнія, залогъ всего чаще устанавливается въ обезпеченіе долговыхъ требованій и въ частности — въ обезпеченіе требованій, вытекающихъ изъ договора займа. Тѣмъ не менѣе, какъ извѣстно ⁽²⁾, залогъ можетъ вносить обезпеченіе во всякаго

⁽¹⁾ *Gönnert*, в. п. с., стр. 165 и слѣд.; *Mascher*, в. п. с., стр. 637.

⁽²⁾ См. объясненія къ настоящей главѣ проекта, отд. III, § 2 и ст. 50 съ объясненіями къ ней.

рода отношенія, будутъ ли они основаны на договорѣ займа, или другомъ какомъ либо договорѣ, какъ-то: купли-продажи, подряда, найма и будутъ ли, слѣдовательно, требованія, изъ этихъ отношеній проистекающія, направлены на передачу чего либо, или совершеніе какого либо инаго дѣйствія, или несовершеніе какого либо дѣйствія. Все, что требуетъ ст. 43 въ данномъ случаѣ, заключается лишь въ томъ, чтобы дѣйствіе, на которое направлено требованіе, подлежащее внесенію въ вотчинную книгу, если дѣйствіе это не заключается непосредственно въ платежѣ опредѣленной суммы денегъ, *было переведено на деньги*, ибо безъ такого перевода конечная цѣль залога—производство удовлетворенія путемъ продажи заложенного имѣнія было бы невозможно. Само собою при этомъ понятно, что съ переводомъ на деньги требованія, предметъ коего не заключался въ платежѣ опредѣленной суммы, послѣднее не перестаетъ быть тѣмъ же, чѣмъ оно было до такового перевода, или, другими словами, что означенный переводъ не имѣетъ значенія *обновленія* (novatio) требованія, *замѣны* его другимъ. Только въ порядкѣ понудительнаго удовлетворенія требованія посредствомъ публичной продажи имѣнія, только по отношенію къ новому пріобрѣтателю имѣнія и нижестоящимъ кредиторамъ всякое залоговое требованіе признается разсматриваемою статьею по содержанію своему денежнымъ. Что же касается до сторонъ, непосредственно участвовавшихъ въ установленіи залога, то по отношенію къ нимъ требованіе, залогомъ обеспеченное, не должно терять своего первоначальнаго характера, почему между ними допускаются всѣ тѣ личные иски и возраженія, которыя обусловливаются этимъ первоначальнымъ его характеромъ.

44. Залогъ устанавливается посредствомъ внесенія обезпечиваемаго имѣніемъ требованія въ вотчинную книгу на основаніи договора или завѣщанія (*добровольный залогъ*), или же на основаніи судебного рѣшенія или распоряженія правительственнаго установленія (*принудительный залогъ*).

Ст. 1 и 13 Выс. утвержд. 19 мая 1881 г. главн. основ. предполагаемаго порядка укрѣпл. прав. на недв. имѣніе.

Ст. 125 проекта мин. юст.

Ст. 7, 49, 50 и 51 польск. ипот. устава 1818 г.

Ст. 1383, 1384, 1392, 1393, 1413, 1569, 1581, 1585—1587, 1590 и 1591 остз. гр. зак.

Ст. 449, 451 австр. гр. ул.

Ст. 4 австр. зак. о вотчин. кн. 1871 г.

Ст. 1, 9, 10, 13 и 21 бав. пол. объ ипот. 1822 г.

Ст. 19, 24, 73, 82 и 83 пол. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 18 и 19 пруск. зак. о пр. права соб. на недв. им. 1872 г.

Ст. 394, 395, 397 и 398 сакс. гражд. ул.

Ст. 4, 3 бельг. ипот. закона.

Ст. 2116 франц. гр. кодекса.

Ст. 1965, 1968, 1981 итал. гр. кодекса.

Настоящая статья касается порядка установленія залога. Она опредѣляетъ тѣ условія, безъ наличности коихъ немыслимо само возникновеніе залоговаго права. Въ виду важности вопросовъ, затрогиваемыхъ, этими условіями, каждое изъ нихъ должно быть подвергнуто особому разсмотрѣнію.

I. Формальное условіе установленія залога (внесеніе).

Взглядъ Высоч. утвержд. 19 мая 1881 г. главныхъ основаній на значеніе, которое должно быть присвоено залогу.

Правило о томъ, что залогъ устанавливается посредствомъ *внесенія* обезпечиваемаго имѣніемъ требованія въ *вотчинную книгу*, основано на ст. 1 преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній, постановляющей, что «укрѣпленіе правъ на недвижимое имущество, ограниченій права собственности на оное, а также устанавливаемыхъ на имущество *обезпеченій* (т. е. залоговъ) совершается запискою означенныхъ правъ, ограниченій и обезпеченій въ крѣпостную книгу».

Обсуждая вопросъ о томъ значеніи, которое должно быть придано началу, выраженному въ приведенной статьѣ главныхъ основаній, при подробной разработкѣ правилъ проекта вотчиннаго устава, редакціонная коммисія не могла не обратить вниманія на ту внутреннюю связь, которая существуетъ между этимъ началомъ и началами, выраженными въ ст. 5, 10 и 21 тѣхъ же главныхъ основаній.

Какъ извѣстно уже изъ общихъ объясненій къ настоящей главѣ проекта, согласно мысли, выраженной въ этихъ статьяхъ, залогъ съ введеніемъ у насъ ипотечной реформы долженъ быть освобожденъ вообще отъ тѣхъ стѣсненій въ лицѣ должника и кредитора, которыя сопутствуютъ установленію его по нынѣ дѣйствующему законодательству, и въ частности отъ стѣсненій, соединенныхъ нынѣ съ одновременнымъ таковому установленію залога наложеніемъ запрещенія на обременяемое имъ имѣніе. Другими словами, по точному смыслу упомянутыхъ статей, залогъ долженъ, въ видѣ общаго правила, получить на будущее время другое значеніе, отличное отъ нынѣшняго, значеніе права со строго выдержаннымъ вотчиннымъ характеромъ, при чемъ естественнымъ послѣдствіемъ такой реформы является *устраненіе по отношенію къ залoгу существующей нынѣ запретительной системы* (1).

Уже изложеннаго достаточно, чтобы убѣдиться въ томъ, что реформа, о которой идетъ рѣчь, не могла ограничиться исключительно проведеніемъ въ законодательство означеннаго взгляда на залогъ, какъ на вотчинное право. Законодательная работа, поставленная въ такіе предѣлы, была бы, очевидно, не полной. Мало того, она достигла бы не улучшенія, но, напротивъ того, весьма существеннаго ухудшенія дѣйствующаго законодательства, такъ какъ вредъ, который могъ бы произойти отъ нея, превысилъ бы въ значительной степени недостатки, присущіе нынѣ дѣйствующему законодательству о залoгѣ.

Гласность въ при-
мѣненіи къ залoгу:

Если, согласно ст. 5 и 10 главныхъ основаній, имѣніе, на которомъ установлено залоговое право, можетъ быть отчуждаемо должникомъ и обременяемо новыми долгами, если обязанности по залoгу, какъ вотчинному обремененію имѣнія, должны сами собою переходить на всякаго новаго

(1) См. записку о существѣ и послѣдствіяхъ укрѣпленія на основаніи проекта положенія объ укрѣпленіи правъ на недвиж. имущество, составленную членомъ б. ипотечной коммисіи П. А. Марковымъ (Труды Высочайше учрежденной при мин. юст. ипотечной коммисіи, т. I, стр. 483 и слѣд.).

приобрѣтателя сего послѣдняго, то отсюда вытекаетъ очевидная для законодательства необходимость позаботиться приисканіемъ такого средства, при помощи коего существованіе залога на имѣніи могло бы быть легко и удобно узнаваемо всякимъ третьимъ лицомъ, вступающимъ съ собственникомъ въ сдѣлку объ отчужденіи имѣнія или обремененіи его новыми правами. Въ самомъ дѣлѣ, во что обратилось бы то твердое обезпеченіе, которое должна представлять собою недвижимая собственность, если бы покушникъ не могъ во время, до приобретенія имѣнія, убѣдиться въ томъ, какими оно обременено долгами? Въ какомъ бы положеніи очутился поземельный кредитъ, если бы капиталисту не дана была возможность провѣрить въ каждомъ данномъ случаѣ съ надлежащею точностью, не лежатъ ли на имѣніи какіе либо залоговѣ, которые, какъ возникшіе раньше, должны имѣть преимущество предъ залогомъ, установленнымъ въ его пользу? Покупщики и капиталисты подвергались бы всегда опасности потерпѣть значительные убытки на случай, если бы впослѣдствіи обнаружился на имѣніи залогъ, уменьшающій цѣнность имѣнія, или вѣроятность полученія полного удовлетворенія изъ этого имѣнія. Рискъ, соединенный, при такихъ условіяхъ, съ приобретеніемъ имѣнія или съ помѣщеніемъ капиталовъ подъ залогъ сего послѣдняго, ложился бы тяжелымъ бременемъ на покупную цѣну и размѣръ процента и имѣлъ бы прямымъ своимъ послѣдствіемъ значительное паденіе цѣнности земли и дороговизну поземельнаго кредита.

римское право;

Такимъ образомъ для того, чтобы залогъ, какъ право вѣчное, дѣйствительно оказывалъ дѣлу недвижимой собственности и поземельнаго кредита ту пользу, которая отъ него ожидается, необходимо, *чтобы существованіе его съ момента возникновенія до прекращенія было гласно*, или другими словами, чтобы установленіе его было соединено съ такимъ внѣшнимъ видимымъ знакомъ, который позволялъ бы третьимъ лицамъ убѣдиться во всякое время въ существованіи залога. Насколько губительны послѣдствія системы залоговаго права, игнорирующей означенную необходимость, въ томъ лучше всего убѣждаетъ примѣръ римскаго государства и

всѣхъ тѣхъ странъ, въ которыхъ римское залоговое право, въ его чистомъ видѣ, нашло себѣ примѣненіе. Извѣстно, что залоговое право приобрѣталось по римскому праву непосредственно въ силу соглашенія сторонъ (*nuda conventione*); дѣйствительность этого соглашенія не обуславливалась соблюденіемъ какой либо обязательной формы ⁽¹⁾. Отсутствіемъ гласности сопровождалось возникновеніе залога и по другимъ, кромѣ договора, основаніямъ ⁽²⁾. Единственное средство противъ опасностей, которымъ подвергались при подобномъ порядкѣ вещей интересы третьихъ лицъ, заключалось лишь въ возможности преслѣдованія должника за *stellionatus*, т. е. уголовнымъ порядкомъ ⁽³⁾. Отсутствіе въ римскомъ залоговомъ правѣ начала гласности подкосило вѣру въ ту прочность обезпеченія, которую залогъ долженъ былъ бы доставлять по самому существу своему, и повело къ тому, что само законодательство, въ своихъ попеченіяхъ объ интересахъ малолѣтнихъ, должно было даже отсовѣтовать помѣщеніе капиталовъ ихъ подъ залогъ и тѣмъ самымъ какъ бы официально засвидѣтельствовать отсутствіе въ залогѣ означенной прочности ⁽⁴⁾.

Мысль о необходимости гласности въ примѣненіи къ случаямъ установленія залоговаго права была до послѣдняго времени не вполне чужда даже нашему дѣйствующему законодательству, не смотря на то, что оно не развиваетъ понятія объ этомъ правѣ до значенія права вотчиннаго. Мысль эта выражалась въ публикованіи запрещенія, наложеніемъ коего сопутствуется въ настоящее время установленіе залога. Тѣмъ болѣе, слѣдовательно, возникаетъ необходимость замѣнить на будущее время чѣмъ либо другимъ ту гласность, которая достигалась при помощи существовавшаго у насъ и недавно лишь отмѣненнаго порядка публикаціи запрещеній и разрѣшеній этихъ запрещеній. Нельзя, впрочемъ, не замѣ-

дѣйствующее русское законодательство (система публикацій);

(1) См. выше, стр. 160.

(2) Ср. *Windscheid*, *Lehrbuch d. Pandektenrechts*, V изд., т. I, стр. 745.

(3) L. 3 § 2. D. *stellionatus* (47, 20).

(4) Nov. 72, cap. 6: *videmus autem etc.*, Thibaut, *Civilistische Abhandlungen* (Heidelberg, 1814), стр. 308 и слѣд.

тять, насколько гласность эта была недостаточна. Въ этомъ отношеніи достаточно обратить вниманіе на то, что публикаціи, относившіяся къ имѣніямъ, расположеннымъ на всемъ пространствѣ російской имперіи, печатались только въ С.-Петербургѣ, а именно, въ издававшихся сенатскою типографіею с.-петербургскихъ сенатскихъ объявленіяхъ. Обстоятельство это, въ виду существующихъ у насъ дальнихъ разстояній и неудобствъ путей сообщенія, а также въ виду того, что публикація о запрещеніи могла появиться въ промежутокъ времени, пока послѣдній номеръ сенатскихъ вѣдомостей находился въ пути своего назначенія въ провинцію, исключало уже само по себѣ во множествѣ случаевъ возможность удобнаго и быстрого наведенія виѣ столицы вѣрныхъ справокъ о запрещеніяхъ, числящихся по каждому данному имѣнію. Независимо отъ сего, между постановленіемъ о наложеніи или разрѣшеніи запрещенія и припечатаніемъ надлежащей запретительной или разрѣшительной статьи могъ проходить нерѣдко весьма значительный промежутокъ времени. Наконецъ, одинъ изъ самыхъ главныхъ недостатковъ дѣйствовавшей у насъ системы гласности въ примѣненіи къ залогу, заключался, какъ извѣстно, также въ томъ, что публикаціи о запрещеніяхъ приурочены были не къ названіямъ имѣній, а къ фамиліямъ владѣльцевъ, каковое обстоятельство въ высшей степени затрудняло наведеніе справокъ по запрещеніямъ уже по одной той причинѣ, что для полученія свѣдѣній о томъ, какимъ запрещеніемъ подвергалось данное имѣніе въ извѣстный періодъ времени, необходимо было знать фамиліи всѣхъ владѣльцевъ того имѣнія за означенный періодъ ⁽¹⁾.

Какъ извѣстно, Высочайше утвержденнымъ 26 іюня 1889 г. мѣніемъ государственнаго совѣта ⁽²⁾ постановлено прекратить изданіе с.-петербургскихъ сенатскихъ объявленій о запрещеніяхъ на имѣнія: содержащихъ въ себѣ статьи о наложеніи запрещеній—съ 1 января 1892 г., а содержа-

⁽¹⁾ См. извлеченіе изъ записки Н. И. Стояновскаго о мѣрахъ къ успѣшному введенію новаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимыя имѣнія.

⁽²⁾ Собр. узак. и расп. 1889 г., № 82, ст. 692.

щихъ въ себѣ статьи о разрѣшеніи сихъ запрещеній съ 1 января 1893 г. Законоположеніе это, въ цѣляхъ споспѣшествованія дѣлу введенія у насъ ипотечной реформы, измѣнило дѣйствовавшій у насъ порядокъ наложенія и снятія запрещеній. По силѣ ст. 9 и слѣд. отдѣла I означеннаго законоположенія, запретительныя и разрѣшительныя статьи по частнымъ запрещеніямъ, не отосланныя въ сенатскую типографію до 1 января 1890 г., препровождаются къ *мѣстному по нахожденію имѣнія старшему нотаріусу*, которымъ распредѣляются по городамъ и уѣздамъ, входящимъ въ нотаріальный округъ, и образуютъ по каждому городу и уѣзду особые, за каждый годъ, мѣстные сборники запретительныхъ и разрѣшительныхъ статей, переплетаемые по истеченіи года въ особые тома. Запретительные сборники и книги служатъ источникомъ справокъ о лежащихъ на имѣніи запрещеніяхъ. Послѣднія, когда онѣ относятся къ внесенному въ крѣпостной реестръ имѣнію и къ значущемуся въ ономъ собственнику или наслѣдодателю его, вносятся сверхъ того въ этотъ реестръ, въ которомъ отмѣчаются также разрѣшительныя статьи по внесеннымъ въ реестръ запрещеніямъ.

То, что не доставало дѣйствующему праву на основаніи приведенной системы публикаціи запрещеній, можетъ быть достигнуто только при помощи введенія института вотчинныхъ книгъ и распространенія на залогъ начала внесенія правъ, устанавливаемыхъ на имѣніи, въ открытую для имѣнія *вотчинную книгу* или такъ называемаго *начала вотчинной записки* (Ingrossationsprincip, Princip des Eintragungszwangs). Только примѣненіе къ залогу этого именно начала, благодаря гласности вотчинныхъ книгъ, въ формальномъ значеніи этого слова, т. е. благодаря предоставленной каждому возможности разсматривать эти книги и извлекать изъ нихъ нужныя для себя свѣдѣнія ⁽¹⁾, создастъ возможность согласованія интересовъ, требующихъ признанія за залогомъ характера вотчиннаго права, съ

начало вотчинной записки.

(1) См. ст. 6 и 125 проекта вотч. устава.

интересами третьихъ лицъ, приобретающихъ какія либо права по имѣнію.

Такимъ образомъ, предусмотрѣнное ст. 5, 10 и 21 главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество возведеніе залога до значенія вотчиннаго права и указанное въ ст. 1 тѣхъ же основаній введеніе начала гласности находятся между собою въ тѣсномъ и неразрывномъ взаимодѣйствіи. Одна реформа вызываетъ необходимо другую, и только тамъ залогъ можетъ отвѣчать вполне своей цѣли, гдѣ законодательство удовлетворяетъ обоимъ этимъ условіямъ.

Исходя отъ изложенныхъ соображеній редакціонная коммисія пришла къ слѣдующимъ выводамъ по вопросу о томъ значеніи, которое должно быть придано началу гласности въ проектѣ вотчиннаго устава въ примѣненіи къ залоговому праву:

Внесеніе, какъ
необходимый элементъ
установленія
залога.

Во 1-хъ. Для того, чтобы примѣненіе это достигло вполне своей цѣли, необходимо, прежде всего, признаніе означеннаго начала существеннымъ элементомъ приобретения залоговаго права, т. е. такимъ элементомъ, безъ котораго право это немыслимо. Другими словами, говоря о внесеніи залога, слѣдуетъ имѣть въ виду не простое лишь оглашеніе права, уже возникшаго ранѣе, не *укрѣпленіе* права, *приобрѣтеннаго* до таковаго приобретения, не одно только доказательство существованія этого права, но необходимую форму *его* *приобрѣтенія*, такъ чтобы до *внесенія подлежащей* записи о залогѣ въ вотчинную книгу *не могло быть вовсе рѣчи о существованіи залога, какъ таковаго*. Въ этомъ смыслѣ и проектировано правило настоящей статьи проекта, гласящее, что «залогъ *устанавливается* посредствомъ внесенія обезпечиваемаго имѣніемъ требованія въ вотчинную книгу» ⁽¹⁾. Правило это, сводя

⁽¹⁾ Въ интересахъ выдержанія терминологіи проекта вотчиннаго устава составителю настоящихъ объясненій представляется необходимымъ согласовать редакцію ст. 44 со статьями 5, 17, 18 и 24 проекта и изложить первую изъ нихъ въ слѣдующемъ видѣ: «залоговое право *приобрѣтается* и т. д.

установленіе залога къ такому несложному и вмѣстѣ съ тѣмъ гласному, удоборазпознаваемому для третьихъ лицъ событію, какимъ является совершеніе подлежащей записи въ вотчинной книгѣ, устранить всякія колебанія въ отношеніи точнаго опредѣленія, въ каждомъ данномъ случаѣ, момента пріобрѣтенія залога и послужить прочнымъ фундаментомъ дѣлу развитія поземельнаго кредита.

Во 2-хъ. Само собою, однакоже, понятно, что послужить такимъ фундаментомъ разсматриваемое правило можетъ лишь при условіи однообразнаго и по возможности безусловнаго примѣненія его ко всѣмъ случаямъ установленія залоговаго права. Извѣстно, что дѣйствующее наше законодательство страдаетъ отсутствіемъ однообразія въ дѣлѣ установленія залоговаго права. Залогъ недвижимаго имѣнія между частными лицами сопровождается совершеніемъ особаго акта, именуемаго закладной крѣпостью (ст. 1642 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.). Послѣдняя, какъ это видно изъ примѣчанія къ приложенію къ ст. 1420 того же тома и части и формы, приложенной къ ст. 1643, составляетъ примѣняясь къ формѣ купчей крѣпости и считается воспріявшей свою силу лишь тогда, когда послѣ совершенія послѣдуетъ и самая передача ея залогодержателю ⁽¹⁾. Отъ указаннаго порядка, отражающаго на себѣ вліяніе того воззрѣнія, которое дѣлало залогъ и куплю понятіями, весьма близкими другъ къ другу, пришлось однакоже отказаться нашему законодательству, когда явилась необходимость въ нормированіи прочихъ случаевъ установленія залога. Въ этихъ случаяхъ, а именно, когда имѣніе поступаетъ въ залогъ казны или кредитныхъ установленій, государственныхъ, общественныхъ и частныхъ, требуется выдача залоговаго свидѣтельства (полож. о нотар. части, изд. 1883 г., ст. 154 п. 4; ст. 62 и слѣд. полож. о каз. подряд. и пост., т. X ч. 1, изд. 1887 г.), и наложеніе двухъ запрещеній, одного по случаю

Необходимость
однообразнаго и по
возможности безу-
словнаго примѣне-
нія начала внесенія
ко всѣмъ случаямъ
установленія за-
лога.

⁽¹⁾ Ср. ст. 825 т. X ч. I свода зак. гражд., изд. 1857 г.; рѣш. гражд. касс. деп. прав. сената 1869 г. № 1008 и 208; 1874 г. № 212.

выдачи упомянутого свидѣтельства и другаго по случаю прінятія имѣнія въ залогъ (полож. о нот. части ст. 192; ст. 128 полож. о каз. подр. и пост. 1887 г.). Очевидно, что съ введеніемъ у насъ ипотечной системы всѣ виды установленія залоговаго права должны быть въ разсматриваемомъ отношеніи согласованы и подведены подъ одинъ общій порядокъ. Требованіе это и исполняется проектомъ вотчиннаго устава при помощи приданія правилу, выраженному въ ст. 44, значенія общаго, обнимающаго собою всѣ случаи установленія залога.

Привилегіи и тайныя ипотеки.

Въ 3-хъ. Необходимость приданія вышеуказанной формѣ установленія залоговаго права безусловнаго характера, т. е. признанія ея обязательной для всѣхъ случаевъ возникновенія залога, ведетъ, въ свою очередь, къ необходимости недопущенія такъ называемыхъ *привилегій* и *тайныхъ ипотекъ*, т. е. залоговъ, возникающихъ помимо внесенія въ вотчинную книгу. Можно смѣло сказать, что достоинства всякаго ипотечнаго законодательства опредѣляются, главнѣйшимъ образомъ, большею или меньшею строгостью проведенія въ его постановленіяхъ о залогѣ начала гласности, большимъ или меньшимъ количествомъ отступленій отъ этого начала. Если, напримѣръ, французское залоговое право почитается самою слабою частью дѣйствующаго во Франціи гражданскаго кодекса, такъ это именно благодаря массѣ изъятій, допущенныхъ отъ означеннаго начала, благодаря невыдержанности его съ тою точностью и послѣдовательностью, которая необходима въ интересахъ недвижимой собственности и поземельнаго кредита. Въ самомъ дѣлѣ, если вотчинная книга должна служить основаніемъ для юридическаго оборота по данному имѣнію, если устройствомъ ея имѣется въ виду создать источникъ, изъ коего третьи лица могутъ почерпнуть достовѣрныя свѣдѣнія о правовомъ положеніи имѣнія, то достиженіе этой цѣли возможно лишь при условіи самаго широкаго примѣненія начала гласности и устраненія всего того, что противорѣчитъ этому началу.

Принявъ эту точку зрѣнія въ основаніе всей системы залоговаго права, законодательство можетъ, тѣмъ не менѣе,

оказаться вынужденнымъ допустить нѣкоторые отступленія отъ правила, по которому привилегіей преимущественнаго удовлетворенія изъ даннаго имѣнія пользуются лишь права, внесенныя въ вотчинную книгу, открытую по этому имѣнію. Отступленія эти могутъ быть вызваны или какими либо общими интересами, лежащими внѣ ипотечной системы, каковы отступленія отъ начала гласности, дѣлаемые обыкновенно въ пользу недоимокъ въ податяхъ и повинностяхъ, или же интересами самихъ вотчинныхъ кредиторовъ, цѣлью лучшаго обезпеченія ихъ правъ, каковы отступленія, дѣлаемые въ пользу издержекъ по производству описи, оцѣнки и публичной продажи имѣнія и по управленію описаннымъ имѣніемъ, въ пользу платежей, слѣдующихъ служащимъ и рабочимъ въ такомъ имѣніи и издержекъ по страхованію въ немъ строеній, произведенныхъ за счетъ собственника тѣмъ или другимъ изъ его кредиторовъ. Но и допуская подобныя отступленія, законодательство должно стремиться къ тому, чтобы примирить ихъ, насколько это возможно, съ началомъ гласности, что достижимо лишь тогда, когда уклоненія отъ начала гласности прямо и точно опредѣлены въ законѣ, малочисленны и вообще незначительны по своей суммѣ, ибо только при наличности этихъ условій третьимъ лицамъ можетъ быть дана возможность учесть привилегированныя требованія, подобныя вышеуказаннымъ, изъ цѣнности имѣнія и опредѣлить хотя бы только съ приблизительною вѣроятностью его кредитоспособность. Таковы именно уклоненія отъ начала гласности, допущенныя ст. 10 проекта вотчиннаго устава и въ ст. 191 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, находящихся въ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ въ дѣйствіе вотчинный уставъ. Болѣе подробныя соображенія, руководившія составителей проекта относительно этихъ привилегированныхъ требованій, указаны въ объясненіяхъ къ означеннымъ статьямъ названныхъ проектовъ. Здѣсь необходимо лишь замѣтить, что соблюденіе вышеприведенныхъ условій въ отношеніи уклоненій отъ начала гласности представляется тѣмъ легче у насъ при введеніи ипотечной системы, что многія привилегіи, извѣст-

ныя, напр., французскому праву, т. е. исключительныя имущества, признанныя за извѣстнымъ требованіемъ, какъ таковымъ, въ отношеніи порядка удовлетворенія изъ имущества должника предъ всѣми прочими требованіями ⁽¹⁾, каковы привилегіи въ отношеніи покупной цѣны имѣнія, денегъ, данныхъ въ займы для пріобрѣтенія имѣнія и т. п. ⁽²⁾, не находятъ себѣ почвы въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ, точно также, какъ лишены въ немъ почвы такія тайныя ипотеки французскаго права, каковы, напримѣръ, законная, т. е. возникающая силою самого закона (*qui résulte de la loi*) ипотека жены въ имѣніи мужа, и опекаемаго въ имѣніи опекуна ⁽³⁾. Дѣйствующему нашему законодательству извѣстенъ, собственно говоря, лишь одинъ случай, подходящій вполнѣ подъ понятіе тайной ипотеки. На основаніи уставовъ питейнаго и объ акцизѣ съ сахарнаго песка, посудой, аппаратами и машинами, находящимися на винокуренныхъ и песочно-сахарныхъ заводахъ, а также самими заводскими зданіями обезпечивается исправное поступленіе въ казну сборовъ съ выдѣляемыхъ напитковъ и сахарнаго производства, равно какъ уплата могущихъ падать на заводовладѣльцевъ акцизныхъ начетовъ (ст. 219—221 уст. о пит. сборѣ, изд. 1876 г.). Однакоже и этотъ случай, какъ противорѣчащій основнымъ началамъ ипотечной системы, едва ли можетъ сохранить свою силу на будущее время. Указанныя движимыя вещи, пока онѣ не отдѣлены отъ упомянутыхъ заводовъ и не стали самостоятельными предметами гражданскаго оборота, составляютъ, по силѣ общихъ гражданскихъ законовъ, принадлежности сихъ заводовъ (ст. 386 и 388, т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.) и могутъ обезпечивать собою какія бы то ни было требованія не иначе, какъ нераздѣльно съ самими заводами. Невозможность удержанія на будущее время этого тайнаго

⁽¹⁾ Ст. 2095 франц. гр. кодекса: «le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires».

⁽²⁾ Ст. 2101, 2103 и 2104 франц. гр. кодекса.

⁽³⁾ Ст. 2117, 2121, 2135 франц. гр. кодекса.

залога признана самым категорическим образом государственным совѣтомъ, при начертаніи удостоившихся Высочайшаго утвержденія главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. «Присвоеніе казѣ, говорится въ журналѣ соединенныхъ департаментовъ государственнаго совѣта ⁽¹⁾, такого имущества, разрушающаго все значеніе ипотечной системы, не вызывается вовсе какою либо необходимостью. По удостоенію товарища министра финансовъ, — акцизные управленія, при внимательномъ исполненіи возложенныхъ на нихъ обязанностей, имѣютъ полную возможность своевременно обезпечить упадающія на владѣльцевъ недвижимости денежные взысканія, не прибѣгая къ сказанной привилегіи. Между тѣмъ, интересы ипотечнаго порядка, *по важности его для всего государства*, заслуживаютъ самаго тщательнаго огражденія». Въ виду изложенныхъ соображеній и согласно съ воззрѣніемъ, высказаннымъ по данному вопросу тайнымъ совѣтникомъ Бунге, соединенные департаменты признали нужнымъ предоставить министру финансовъ сообразить вопросъ объ измѣненіяхъ въ акцизныхъ уставахъ, вызываемыхъ согласованіемъ ихъ съ издаваемымъ узаконеніемъ, и заключеніе свое по этому предмету представить на разсмотрѣніе въ законодательномъ порядкѣ.

Въ 4-хъ. Внесеніе, какъ необходимая форма пріобрѣтенія залоговаго права, разсматриваемое само по себѣ, исключаетъ необходимость въ выдачѣ изъ вотчинныхъ установленій особыхъ актовъ на подобіе существующихъ нынѣ закладныхъ крѣпостей. Разъ залогъ внесенъ, то съ точки зрѣнія вопроса объ установленіи его, нахожденіе закладной крѣпости въ рукахъ кредитора представляется не болѣе, какъ совершенно не нужнымъ средствомъ легитимации его права, и безъ того доказаннаго уже содержаніемъ вотчинной

Внесеніе, какъ средство легитимации существованія залога.

⁽¹⁾ Журналъ засѣданій соединенныхъ департаментовъ законовъ, государственной экономіи, гражданскихъ и духовныхъ дѣлъ государственнаго совѣта отъ 25 ноября и 2 декабря 1877 г. и отъ другихъ чиселъ за № 36, стр. 19 и 20.

книги. Если тѣмъ не менѣе проектомъ вотчиннаго устава, согласно мнѣнію большинства членовъ редакціонной коммисіи ⁽¹⁾ удержана выдача упомянутыхъ актовъ, такъ это исключительно съ тою цѣлью, чтобы облегчить передачу залоговыхъ требованій, давъ кредитору возможность распорядиться своимъ правомъ и помимо вотчинной книги. Такимъ образомъ, введеніе въ наше законодательство начала внесенія правъ въ вотчинныя книги измѣняетъ и въ данномъ отношеніи постановленія дѣйствующихъ законовъ, касающіяся матеріальнаго залоговаго права. Значеніе означенныхъ актовъ съ введеніемъ ипотечной системы представляется существенно инымъ, чѣмъ до сихъ поръ, въ виду чего, онѣ не носятъ уже болѣе въ проектѣ названія крѣпостей, а обозначаются лишь, съ цѣлью отличія ихъ отъ другихъ актовъ, выдаваемыхъ вотчинными установленіями (ст. 271 и слѣд. проекта), а также по залогу движимаго имущества, т. е. закладу, терминомъ «*залоговые акты*» (ст. 273 тамъ же).

II. Матеріальныя условія установленія залога.

Внесеніе въ вотчинную книгу, какъ необходимое условіе установленія залоговаго права, есть актъ чисто внѣшняго, формальнаго характера. Очевидно, что одного этого условія для таковаго установленія недостаточно, а что, напротивъ того, для послѣдняго необходимы еще извѣстныя внутреннія предположенія, извѣстныя матеріальныя условія, помимо коихъ и само внесеніе не могло бы имѣть мѣста. Къ числу этихъ то матеріальныхъ условій, согласно точному смыслу разсматриваемой статьи, принадлежитъ наличность: во 1-хъ, требованія, обезпечиваемаго залогомъ, и, во 2-хъ, одного изъ перечисленныхъ въ ней основаній сего послѣдняго.

⁽¹⁾ См. общія объясненія къ настоящей главѣ проекта, отд. IV, § 3, стр. 240 и слѣд.

1. Требованіе, обезпечиваемое залогомъ.

Необходимость существованія требованія вызывается самою сущностью залога, какъ она опредѣлена въ предъидущей статьѣ проекта, именно значеніемъ залога, какъ права дополнительнаго. Согласно съ этимъ значеніемъ и самую редакцію настоящей статьи, проектъ какъ будто еще разъ подчеркиваетъ это послѣднее словами: залогъ устанавливается посредствомъ внесенія въ вотчинную книгу *требованія*, обезпечиваемаго имѣніемъ. Вездѣ, слѣдовательно, гдѣ въ проектѣ говорится о статьѣ о залогѣ, или о внесеніи залога, подразумѣвается, въ сущности, въ формальномъ, техническомъ отношеніи, *статья о требованіи, становящаяся силою внесенія его въ вотчинную книгу залоговымъ требованіемъ, или внесеніе требованія*. Какъ уже было замѣчено, статья о залогѣ, какъ залогъ, оторванномъ отъ личнаго требованія, по проекту немислима. Въ такомъ же точно видѣ порядокъ установленія залога опредѣляется и большинствомъ западно-европейскихъ законодательствъ, отправляющихся отъ сходной съ проектомъ точки зрѣнія на залогъ (ст. 451 австр. гр. ул.; ст. 9 бавар. пол. объ ипотекахъ 1822 г.; ст. 387 саксонск. гражд. улож.). Наконецъ, также смотрѣль на установленіе залога и государственный совѣтъ при начертаніи главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество, ибо иначе въ основаніяхъ этихъ не могло бы быть сказано «о требованіяхъ, записанныхъ въ книгу», о «записанныхъ въ книгу обязательствахъ» (ср. ст. 12 и 23 главныхъ основаній).

Такъ какъ, по силѣ настоящей статьи, требованіе составляетъ одно изъ существенныхъ матеріальныхъ условій возникновенія залога, то для того, чтобы могло имѣть мѣсто внесеніе записи, устанавливающей залогъ, нужно, чтобы предъ вотчиннымъ установленіемъ было удостовѣрено существованіе требованія, къ коему залогъ этотъ относится. Вотчинному установленію долженъ быть представленъ актъ, удостовѣряющій это существованіе: договоръ, служащій въ одно и то же время доказательствомъ требованія и основаніемъ залога,

а когда договоръ о залогѣ относится къ особому долговому акту (заемному письму, векселю и т. п.) и изложенъ въ видѣ дополненія къ нему, — то этотъ долговой актъ или духовное завѣщаніе объ отказѣ извѣстнаго требованія (ст. 141, 185), или исполнительный листъ о присужденіи или обезпеченіи требованія (ст. 144), или же въ виду вотчиннаго установленія должно быть сообщеніе правительственнаго установленія, земства или другаго учрежденія изъ упоминаемыхъ въ ст. 55 проекта вотчиннаго устава, содержащее въ себѣ указаніе на требованіе, подлежащее обезпеченію залогомъ (ст. 188). Поэтому, если бы вотчинному установленію была заявлена, напримѣръ, просьба о внесеніи записи по акту, коимъ собственникъ изъявилъ согласіе на установленіе залога на своемъ имѣніи, хотя бы и въ пользу извѣстнаго лица и въ опредѣленной суммѣ, но безъ указанія, къ какому именно требованію залогъ этотъ долженъ относиться, то просьба эта на основаніи приведенныхъ положеній проекта не можетъ подлежать удовлетворенію. Само собою однакоже разумѣется, что, говоря о существованіи требованія, какъ условіи *внесенія записи о залогѣ*, существованіе это разсматривается въ одномъ только формальномъ отношеніи, т. е. съ дѣлопроизводственной точки зрѣнія. Дѣло идетъ лишь о томъ, чтобы существованіе требованія, подлежащаго обезпеченію, было удостовѣрено предъ вотчиннымъ установленіемъ представленіемъ акта объ этомъ требованіи, но не о томъ, чтобы вотчинное установленіе обязано было войти въ разсмотрѣніе вопроса о существованіи требованія съ матеріальной точки зрѣнія, а именно, вопроса о дѣйствительности и силѣ этого требованія въ моментъ внесенія его въ вотчинную книгу. Разрѣшеніе подобныхъ вопросовъ права составляетъ функцію уже не охранительную, а судебную, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова и потому, согласно ст. 128 проекта вотчиннаго устава, изъято изъ сферы обязанностей вотчинныхъ установленій. Оно можетъ послѣдовать только въ исковомъ порядкѣ вслѣдствіе спора заинтересованной стороны, отрицающей въ томъ или другомъ случаѣ наличность требованія, не смотря на то, что послѣднее значится формально существующимъ по вотчинной книгѣ.

2. Правооснованіе залога.

Наличности одного, лишь требованія, подлежащаго обезпеченію, мало для того, чтобы разсматриваемый актъ внесенія могъ быть произведенъ, ибо недостаточно состоятъ должникомъ для того, чтобы быть обязаннымъ, въ силу только этого факта, установить на своемъ имѣніи залоговое право въ пользу кредитора. Насколько залогъ немислимъ помимо требованія, настолько же установленіе залога невозможно безъ наличности такого факта или событія, которое служитъ его источникомъ, которое порождаетъ, съ одной стороны, право требовать установленія залога и съ другой, обязанность допустить исполненіе этого требованія. Такой фактъ или событіе и есть то, что въ литературѣ ипотечнаго права и западныхъ законодательствахъ называется *правооснованіемъ* (Rechtsgrund) залога.

Сущность правооснованія залога.

Говоря о правооснованіи необходимо замѣтить, что значеніе его, въ отличіе отъ самаго права, приобретаемаго посредствомъ внесенія въ вотчинную книгу, выступаетъ по отношенію къ залоговому праву гораздо рельефнѣе нежели въ отношеніи къ праву собственности и ограниченіямъ этого права (правамъ въ чужомъ имѣніи), ибо, если не считать тѣхъ немногочисленныхъ уклоненій отъ начала гласности, которыя указаны были выше, внесеніе, какъ необходимая форма пріобрѣтенія вотчиннаго права, обнимаетъ собою всѣ случаи пріобрѣтенія залога, по какому бы то ни было правооснованію, между тѣмъ какъ о такомъ значеніи внесенія въ примѣненіи къ прочимъ вотчиннымъ правамъ, т. е. праву собственности и ограниченіямъ его, могла быть рѣчь лишь по отношенію къ случаямъ пріобрѣтенія ихъ на основаніи договора ⁽¹⁾.

Засимъ очевидно, что правооснованіе залога не должно быть смѣшиваемо съ тѣмъ, что служитъ источникомъ существованія самаго требованія, т. е. съ правооснованіемъ сего

Отличіе его отъ правооснованія требованія и

(1) Ср. ст. 1, 18 и 24 съ настоящей статьей.

последняго. То и другое правооснованіе совершенно отличны другъ отъ друга и отличіе это проводится въ проектѣ съ надлежащей ясностью и послѣдовательностью. Подъ правооснованіемъ залога понимается отдѣльное отъ самаго требованія право домогаться особаго для этого требованія обезпеченія въ видѣ установленія залога. Оно порождаетъ обязанность должника допустить внесеніе даннаго требованія, изъ какого основанія послѣднее бы ни происходило, въ вотчинную книгу, т. е. обращеніе личнаго требованія въ залоговое требованіе.

отъ самого залога.

Такъ какъ залогъ есть вотчинное право и устанавливается, согласно проекту, посредствомъ внесенія въ вотчинную книгу, то правооснованіе залога порождаетъ лишь обязательственныя отношенія. Существованіемъ, на примѣръ, утвержденнаго къ исполненію завѣщанія, коимъ отказана кому либо извѣстная сумма, подлежащая обезпеченію на данномъ имѣніи, послѣднее не почитается еще обремененнымъ залогомъ. Такое обремененіе возникаетъ лишь съ установленіемъ самаго залога, лишь съ послѣдовавшимъ на основаніи завѣщанія оглашеніемъ требованія въ вотчинной книгѣ. Правооснованіе залога составляетъ не болѣе, какъ личное право кредитора, направленное противъ должника и потому осуществимое лишь противъ сего послѣдняго. Поэтому коль скоро должникъ пересталъ быть собственникомъ имѣнія, подлежавшаго обремененію залогомъ, то и осуществленіе направленнаго противъ него правооснованія не можетъ уже имѣть мѣста, если только, какъ это само собою разумѣется, имѣніе это не перешло непосредственно отъ него къ его наслѣдникамъ по закону или духовному завѣщанію, такъ какъ на наслѣдниковъ этихъ, въ силу общихъ началъ наслѣдственнаго преемства, переходятъ обязательства должника. Оно неосуществимо также въ случаѣ послѣдовавшаго до внесенія требованія ограниченія должника въ правѣ распоряженія имѣніемъ, напр., въ случаѣ объявленія должника несостоятельнымъ, обращенія имѣнія въ заповѣдное и т. п. Только такія личныя ограниченія, которыя обусловливаются малолѣтствомъ, сумасшествіемъ и т. п., не служатъ препятствіемъ къ осуществленію кредиторомъ своего права на внесеніе, ибо ограниченіями подобнаго рода исполненіе лежащихъ

на должникѣ обязательствъ нисколько не парализируется и личность его замѣняется личностью опекуна ⁽¹⁾.

Изъ того значенія, которое присвоено проектомъ какъ правооснованію залога, такъ и самому залогу, вытекаютъ непосредственно слѣдующія послѣдствія. Будучи само по себѣ правомъ, хотя и личнаго характера, правооснованіе залога можетъ быть предметомъ уступки со стороны лица, въ пользу коего оно установлено. Въ случаѣ такой уступки право требовать внесенія переходитъ къ пріобрѣтателю этого правооснованія. Но переуступка подобнаго рода дѣйствительна лишь въ томъ случаѣ, когда она сопровождается и переуступку самаго требованія, ибо правооснованіе залога составляетъ лишь придатокъ къ требованію и само по себѣ существовать не можетъ. Мало того, оно составляетъ придатокъ къ извѣстному, точно опредѣленному требованію. Смотри по различію требованія и отдѣльныхъ сопровождающихъ его условій (въ отношеніи срока, процентовъ, порядка уплаты капитальной суммы долга и т. п.) и само залоговое обремененіе имѣнія будетъ представляться въ каждомъ данномъ случаѣ различнымъ. Слѣдовательно, правооснованіе залога не можетъ быть не только переуступаемо отдѣльно отъ требованія, но и переводимо съ одного требованія на другое. Само собою однакоже разумѣется, что говоря о недопускаемости такого перевода имѣется въ виду пріобщеніе правооснованія, установленнаго въ пользу какого либо требованія, къ другому требованію по односторонней волѣ кредитора, т. е. помимо участія должника, ибо тамъ, гдѣ это участіе имѣетъ мѣсто, идетъ дѣло собственно не о переводѣ, а объ основанной на соглашеніи сторонъ замѣнѣ прежнихъ ихъ отношеній другими, или иными словами, объ установленіи новыхъ отношеній (*novatio*).

Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что въ виду принятой проектомъ системы вотчиннаго дѣлопроизводства по отношенію къ случаямъ внесенія вотчинныхъ правъ (въ томъ числѣ и

Послѣдствія, обусловливаемыя этимъ послѣднимъ отличіемъ.

⁽¹⁾ См. ст. 46 и 47 проекта и объясненія къ нимъ, стр. 395 и слѣд.

права залога) на основаніи договоровъ или такъ называемыхъ *вотчинныхъ актовъ*, указанное значеніе правооснованія со всѣми его послѣдствіями можетъ получить практическое значеніе, главнымъ образомъ, лишь тогда, когда основаніемъ залога служитъ завѣщаніе или судебное рѣшеніе. Въ перваго рода случаяхъ оно не можетъ имѣть такого значенія именно потому, что моменты совершенія вотчиннаго акта (т. е. возникновенія правооснованія) и основаннаго на немъ внесенія (т. е. возникновенія самаго вотчиннаго права) весьма сближены другъ къ другу, что благодаря постановленіямъ проекта о томъ, чтобы акты упомянутаго рода совершались непременно подъ страхомъ недействительности въ томъ вотчинномъ установленіи, въ которомъ имѣетъ послѣдовать самое внесеніе (ст. 5), чтобы акты эти, по подписаніи ихъ сторонами, считались окончательными, т. е. недопускающими пріостановленія внесенія въ вотчинныя книги вслѣдствіе отказа отъ акта одной стороны (ст. 256 и 257) и чтобы дальнѣйшее производство по внесенію имѣло мѣсто *ex officio*, помимо всякаго новаго участія и вообще вмѣшательства сторонъ (ст. 258 и слѣд.), акты эти, *какъ носители правооснованій, не могутъ играть, больше или меньше, существенной роли*, ибо они не могутъ даже попасть въ руки той или другой заинтересованной стороны до производства внесенія (ст. 272). Другое дѣло завѣщанія и исполнительные листы, по коимъ должны быть совершены внесенія. Между временемъ утвержденія завѣщанія къ исполненію или выдачи исполнительнаго листа и производствомъ самаго внесенія можетъ пройти довольно продолжительный промежутокъ времени, въ теченіи коего значеніе cadaго изъ этихъ моментовъ (правооснованія и самаго права залога) не должно быть упускаемо изъ виду. Если бы, напримѣръ, наслѣдникъ, которому завѣщано имѣніе, на коемъ долженъ быть, согласно завѣщанію же, установленъ залогъ, уклонился отъ обязанности допустить внесеніе послѣдняго, то онъ можетъ быть принужденъ къ тому судомъ на основаніи иска, предъявленнаго установленнымъ порядкомъ стороною, коей отказано по завѣщанію залоговое требованіе. Или же, если бы, напримѣръ, должникъ, противъ коего состоялось судебное

рѣшеніе о взысканіи денежной суммы, успѣлъ продать свое имѣніе, то и порождаемое этимъ рѣшеніемъ право на установленіе принудительнаго залога осуществлено быть не можетъ (см. объясненія къ ст. 54 проекта).

Виды правооснованій залога.

Къ числу правооснованій залога статья 44 проекта по соображеніямъ, которыя будутъ приведены ниже, причисляетъ, во 1-хъ, *договоръ*, во 2-хъ, *завѣщаніе* и въ 3-хъ, *судебное рѣшеніе или распоряженіе правительственнаго установленія*.

Виды правооснованій по проекту.

Перечень этотъ показываетъ, что проектъ отступаетъ въ данномъ случаѣ отъ большинства западно-европейскихъ законодательствъ въ томъ отношеніи, что не допускаетъ такъ называемыхъ *легальных* или *законныхъ* ипотекъ. Тамъ, гдѣ этого рода ипотеки существуютъ, къ числу правооснованій залога причисляется еще *законъ*, въ смыслѣ непосредственнаго на ряду съ прочими правооснованіями источника возникновения залоговаго права. Строго говоря, законныя ипотеки составляютъ, въ сущности, изъятіе изъ общаго правила, по которому только при наличности извѣстнаго спеціальнаго правооснованія (договора, завѣщанія и судебного рѣшенія или распоряженія правительственнаго установленія) всякое требованіе можетъ быть обращено въ залоговое ⁽¹⁾. Вводя эти ипотеки законодатель устанавливаетъ собственно исключеніе изъ означеннаго правила въ пользу извѣстныхъ лицъ или правоотношеній, заключающееся въ томъ, что всякое такое привилегированное требованіе становится или можетъ стать залоговымъ *непосредственно и съ самаго момента своего возникновенія*, а слѣдовательно *помимо какого либо спеціальнаго правооснованія*. Оно становится или можетъ стать залоговымъ смотря потому, обусловливается ли возникновеніе залога внесеніемъ требованія въ книгу или нѣтъ, въ

Исключеніе изъ ихъ числа закона, какъ непосредственнаго источника залога.

⁽¹⁾ *Exner*, das Institut der Pfandrechts-Pränotation in Oesterreich. Wien, 1868 (Separat-Abdruck aus der Allgem. Oesterr. Gerichtszeitung.).

каковомъ послѣднемъ случаѣ допускается существованіе такъ называемыхъ *тайныхъ ипотекъ*. О несовмѣстимости послѣднихъ съ правильно устроенною ипотечною системою, о томъ громадномъ вредѣ, который онѣ приносятъ дѣлу поземельнаго кредита, говорилось уже выше. Тамъ же указывалось и на то, что существеннѣйшія изъ привилегированныхъ требованій, допускаемыхъ западно-европейскими законодательствами подѣ видомъ законныхъ ипотекъ, тайныхъ, либо гласныхъ, вызываются тамошнимъ обще-гражданскимъ законодательствомъ и совершенно чужды нашему юридическому быту и что невозможность удержанія у насъ на будущее время того единственнаго случая, подходящаго подѣ понятіе упомянутыхъ ипотекъ, который установленъ дѣйствующими у насъ уставами питейнымъ и объ акцизѣ съ сахарнаго песка, предрѣшена уже государственнымъ совѣтомъ. Въ виду всѣхъ этихъ соображеній проектъ не причисляетъ законъ къ числу непосредственныхъ источниковъ возникновенія залоговаго права.

Связанное съ
и видовое подраз-
дѣленіе залога.

Съ различіемъ правооснованія проектъ соединяетъ особое видовое названіе залога. Такъ, по отношенію къ первымъ двумъ изъ перечисленныхъ въ разсматриваемой статьѣ правооснованій, договору и завѣщанію, въ проектѣ говорится о *добровольномъ залогѣ* и въ частности: по отношенію къ первому—о *договорномъ* и второму—о *завѣщательномъ залогѣ*; всѣмъ имъ противопоставляется *залогъ принудительный*. Последнее названіе, соотвѣтствующее термину «судебный залогъ» ипотечныхъ уставовъ царства польскаго, прибалтійскихъ губерній и иностранныхъ государствъ, объясняется тѣмъ, что здѣсь имѣется въ виду залогъ, устанавливаемый независимо и даже вопреки волѣ собственника, и что упомянутый терминъ «судебный залогъ» представляется черезъ чуръ узкимъ и потому несоотвѣтствующимъ дѣйствительному положенію дѣла, такъ какъ правооснованіемъ этого вида залога служить не только судебное рѣшеніе, но и распоряженіе правительственнаго установленія о взысканіи податей, сборовъ, пошлинъ, начетовъ и другихъ суммъ въ пользу казны, а также распоряженіе земскаго, городского

или общественнаго учрежденія относительно причитающихся ему сборовъ (ст. 55).

Указанное видовое подраздѣленіе залога въ настоящемъ проектѣ вызывается тѣмъ соображеніемъ, что съ различіемъ основанія залога связаны нѣкоторыя особенности, касающіяся какъ условій самаго внесенія его, такъ и другихъ обстоятельствъ, вытекающихъ изъ началъ, положенныхъ въ основаніе постановленій проекта по залоговому праву. Но указанное различіе залога, смотря по основаніямъ его возникновенія, не означаетъ, чтобы съ различіемъ этимъ соединялось и какое либо различіе залога по существу его, чтобы установленіе залога, смотря потому, будетъ ли онъ договорнымъ, завѣщательнымъ или принудительнымъ, влекло за собою не одинаковыя юридическія послѣдствія. Напротивъ того, при подробномъ развитіи правилъ, относящихся къ залоговому праву, проектъ исходитъ изъ того убѣжденія, что право это въ существѣ своемъ едино и что каково бы не было его происхожденіе, оно во всемъ остальномъ, кромѣ того, что предусмотрѣно проектомъ по отношенію къ тому или другому виду залога, подчиняется одинаковымъ правиламъ ⁽¹⁾.

а) Договоръ (договорный залогъ).

Включеніе *договора* въ число правооснованій залога не нуждается въ подробныхъ объясненіяхъ. Это есть самый нормальный, самый обыкновенный источникъ возникновенія залоговаго права. Поэтому, договоръ и поставленъ въ разсматриваемой статьѣ во главѣ всѣхъ основаній залога. Придавая этому основанію важнѣйшее значеніе, проектъ слѣдуетъ вполнѣ нашему дѣйствующему законодательству, съ тѣмъ лишь отличіемъ, что послѣднее простираетъ взглядъ свой на случаи договорнаго возникновенія залога, какъ на самые обыкновенные и нормальные, даже до того, что посвящаетъ всю свою заботливость исключительно этого рода случаямъ. На это указываетъ какъ умолчаніе нашего закона о

⁽¹⁾ *Exner*, das Oesterreichische Hypothekenrecht, стр. 138.

какомъ либо другомъ, кромѣ договора, основаніи возникновенія залога, такъ и то обстоятельство, что установленіе залога между частными лицами имѣетъ мѣсто въ видѣ совершенія *закладной крѣпости*, т. е. акта, составляемаго, по общему правилу, при участіи обѣихъ сторонъ, на основаніи послѣдовавшаго между ними соглашенія.

Подъ договоромъ, какъ основаніемъ возникновенія залоговаго права, или другими словами, подъ *договоромъ о залогѣ* (*contractus pignoratitius*, *Pfandvertrag*) подразумѣвается статьею 44 соглашеніе, въ силу коего должникъ обязуется установить на своемъ имѣніи залогъ въ пользу кредитора, обезпечивающій извѣстное требованіе сего послѣдняго. Ясно, что договоръ этотъ долженъ быть отличаеми отъ самаго требованія какъ нѣчто отдѣльное, внѣ его существующее. Такъ, прежде всего, требованіе, которое обезпечивается договорнымъ залогомъ, можетъ быть само не договорнымъ, т. е. вытекать не изъ договора, а другого правооснованія. Засимъ, все то, что относится до порядка совершенія того акта, въ который долженъ быть облеченъ разсматриваемый договоръ, касается исключительно его одного, а никакъ не требованія. Изъ ст. 5, 232 и слѣд. проекта видно, что договоръ, какъ правооснованіе залога, долженъ быть непременно облеченъ въ извѣстную торжественную форму, а именно долженъ быть совершенъ въ вотчинномъ установленіи по мѣсту нахождения имѣнія, согласно правиламъ, въ статьяхъ этихъ определеннымъ. Соблюденіе этой формы, какъ указано было выше, составляетъ, согласно ст. 5, условіе дѣйствительности разсматриваемаго договора, существенную его принадлежность, такую принадлежность, помимо которой договоръ этотъ не имѣетъ никакой силы, не имѣетъ законнаго существованія. Что же касается до требованія, то для акта о немъ проектъ вотчиннаго устава никакой формы не устанавливаетъ. Поэтому, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда стороны пожелаютъ изложить въ одномъ актѣ какъ главное свое соглашеніе, по отношенію къ коему ими устанавливается залогъ, такъ и соглашеніе о залогѣ, актъ этотъ долженъ быть непременно совершенъ въ подлежащемъ, по мѣсту нахождения имѣнія, вотчинномъ установленіи. Но ни что не мѣшаетъ тому, чтобы оба

упомянутыя соглашенія или договоры были изложены въ отдѣльныхъ актахъ, что будетъ практиковаться не рѣдко, когда, напр., залогъ присоединяется къ требованію, уже ранѣе возникшему. Въ этихъ случаяхъ только договоръ о залогѣ долженъ быть облеченъ въ упомянутую выше форму: что же касается самаго требованія, то актомъ о немъ можетъ служить документъ домашній, вексель, завѣщаніе и т. п. ⁽¹⁾.

Изъ того, что правооснованіемъ залога является именно *договоръ*, слѣдуетъ, далѣе, что для возникновенія договорнаго залога недостаточно односторонняго признанія залога со стороны должника въ пользу кредитора, хотя бы признаніе это и было облечено въ форму акта, совершеннаго въ вотчинномъ установленіи. Договоръ о залогѣ, какъ и всякій другой договоръ, предполагаетъ непременно *соглашеніе*, или, другими словами, соучастіе воли обѣихъ сторонъ. Во всѣхъ, слѣдовательно, случаяхъ, когда имѣлось бы въ наличности одно только упомянутое одностороннее признаніе, или согласіе на предоставленіе залога, установленіе сего послѣдняго должно почитаться недѣйствительнымъ ⁽²⁾.

б) Завѣщаніе (завѣщательный залогъ).

Когда рѣчь идетъ о залогѣ, основанномъ на *завѣщаніи*, то имѣются въ виду случаи установленія залога въ имѣніи наследника по завѣщательному распоряженію его наследодателя. Юридическая сила подобнаго рода завѣщательныхъ распоряженій коренится въ общепризнанномъ правѣ наследодателя, съ одной стороны, распорядиться своимъ имуществомъ на случай смерти и съ другой возложить на тѣхъ или другихъ преемниковъ своихъ всякаго рода обязательства, не противныя закону. Поэтому то случаи установленія залога по завѣщанію допускаются какъ римскимъ правомъ, такъ и большинствомъ западно-европейскихъ законодательствъ, съ тѣмъ лишь различіемъ, что въ то время, какъ по римскому праву залогъ по завѣщанію считался установленнымъ непосредственно съ момента принятія наследства

Юридическія в

⁽¹⁾ См. ст. 261 проекта.

⁽²⁾ *Laurent*, Principes de droit civil, т. XXX, § 424 и слѣд.

лицомъ, въ пользу коего отказано залоговое право ⁽¹⁾, на-
противъ того, новѣйшія законодательства, построенныя на
началахъ гласности, спеціальности и безповоротности, свя-
зываютъ и здѣсь, подобно случаямъ договорнаго возникно-
венія залога, установленіе его съ актомъ оглашенія залога
по вотчинной книгѣ, т. е. внесенія требованія на общемъ
основаніи. Къ числу этихъ законодательствъ принадлежатъ
именно: австрійское (ст. 449 гр. улож.), баварское (ст. 13
закона 1822 г.), бельгійское (ст. 43 и 44 зак. 22 дек.
1851 г.), прусское (ст. 19 зак. о приобр. права собств.
1872 г.), италіанское (ст. 1987 гр. улож.) и друг., а также
дѣйствующее въ прибалтійскихъ губерніяхъ (ст. 1384).

Такое же значеніе придано завѣщанію, какъ источнику воз-
никновенія залога, и со стороны проекта вотчиннаго устава.

бытовые соображе-
нія, оправдывающія
допущеніе завѣщ.
залога.

Завѣщательный залогъ представляется въ рукахъ наслѣ-
додателей однимъ изъ весьма важныхъ орудій распоряженія
имуществомъ на случай смерти. Онъ облегчаетъ наслѣдо-
дателя, въ весьма нерѣдкихъ случаяхъ, возможность
удовлетворительнаго разрѣшенія вопроса объ имуществен-
номъ обезпеченіи своихъ наслѣдниковъ, т. е. разрѣшенія,
сообразнаго съ составомъ оставляемаго имѣнія и въ то же
время безобиднаго для всѣхъ членовъ семьи. У насъ вопросъ
этотъ получаетъ особое значеніе въ виду неравенства, суще-
ствующаго между сыновьями и дочерьми въ правахъ наслѣ-
дованія и возникающей отсюда весьма нерѣдко необходимо-
сти обезпечить интересы послѣднихъ. Но и независимо отъ
указанной спеціальной у насъ причины, услуги, доставляе-
мыя завѣщательнымъ залогомъ, представляются весьма важ-
ными. Дѣло въ томъ, что наслѣдственная масса не всегда под-
дается раздѣленію на равныя физическія части, соотвѣтствен-
но количеству членовъ семьи. Масса эта можетъ заключаться
въ одномъ только недвижимомъ имѣніи, составляющимъ въ
хозяйственномъ отношеніи одно экономическое цѣлое, при-
чемъ движимаго имущества или вовсе нѣтъ, или оно недо-
статочно. Кромѣ того, занятіе хозяйствомъ въ имѣніи можетъ
оказаться неудобнымъ или даже вовсе невозможнымъ для

⁽¹⁾ *Dernburg, das Pfandrecht etc, т. I, стр. 289 и слѣд.*

того или другаго члена семьи. По этимъ или по другимъ, тому подобнымъ, причинамъ, весьма разнообразнымъ и потому не поддающимся даже обзору, завѣщатель оказывается нерѣдко вынужденнымъ распорядиться своимъ имѣніемъ въ пользу своихъ сонаслѣдниковъ путемъ распредѣленія между ними капитала, въ имѣніи этомъ заключающагося, не прибѣгая къ раздробленію имѣнія въ натурѣ. Очевидно однакоже, что помимо продажи имѣнія, распредѣленіе это могло бы быть достигнуто только при помощи комбинаціи правъ собственности и залога, при посредствѣ отказа въ пользу одного изъ сонаслѣдниковъ извѣстной суммы, обезпеченной залогомъ на имѣніи, а въ пользу другаго самого имѣнія, обременнаго этимъ залогомъ, ибо только при помощи этой комбинаціи права каждаго изъ сонаслѣдниковъ представятся въ надлежащей степени юридически твердыми, обезпеченными. Несправедливость порядка вещей, который не допускалъ бы комбинацій подобнаго рода, говоритъ сама за себя и потому не нуждается въ особыхъ объясненіяхъ. Очевидно также, что невозможность установленія залога по завѣщанію оказала бы неблагоприятное вліяніе на самое поземельное владѣніе въ томъ отношеніи, что искусственно участила бы случаи раздробленія имѣній съ одной стороны и образованія общихъ владѣній, съ другой. Не обладая такимъ орудіемъ распоряженія имуществомъ на случай смерти, какимъ представляется разсматриваемый видъ залога, завѣщатели должны были бы прибѣгать къ раздѣлу имѣнія, или къ оставленію его въ общемъ владѣніи сонаслѣдниковъ даже тамъ, гдѣ то или другое, по извѣстнымъ условіямъ, не соотвѣтствовало бы дѣйствительнымъ пользамъ имѣнія и могло бы быть съ удобствомъ избѣгнуто при помощи залога по завѣщанію.

Таковы соображенія, говоряція въ пользу допущенія завѣщательнаго залога. Спрашивается однакоже, не вводитъ ли здѣсь проектъ нѣчто совершенно новое въ дѣйствующее законодательство, нѣчто такое, что было до сихъ поръ неизвѣстно нашему праву, не имѣетъ въ немъ никакой почвы или даже, пожалуй, имъ вовсе не допускается? Нѣтъ ли какихъ либо основательныхъ сомнѣній, говорящихъ противъ этого вида залога? Да и можетъ ли вообще залогъ по завѣ-

щанію быть приравненъ прочимъ видамъ залога? Вопросы эти должны быть, по мнѣнію редакціонной комисіи, разрѣшены отрицательно.

Вопросъ о завѣщ. залогѣ въ дѣйствующемъ правѣ и настоящемъ проектѣ.

То обстоятельство, что законодательство наше проходитъ молчаніемъ случай установленія залога по завѣщанію, нисколько не можетъ послужить поводомъ къ заключенію, будто бы случаи эти невозможны по нашему праву. Только то, что прямо запрещено закономъ, почитается недозволеннымъ, между тѣмъ какъ подобнаго запрещенія относительно залога по завѣщанію въ нашемъ правѣ не содержится. Тѣ общія начала, лежащія въ основаніи допускаемости этого вида залога, которыя вытекаютъ изъ существа завѣщательнаго права и были упомянуты выше, имѣютъ силу и у насъ. Мало того, законъ нашъ предусматриваетъ, независимо отъ предоставленія по завѣщанію права владѣнія и пользованія въ имѣніи, и такой спеціальній, весьма близко подходящій къ залогу видъ установленія по завѣщанію права въ чужомъ имѣніи, какимъ является право на денежные выдачи съ наследственнаго имѣнія (ст. 1011, 1086 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.). Слѣдовательно, причисленіе завѣщанія къ числу правооснованій залога представляется нисколько не противнымъ духу дѣйствующаго закона. Въ этомъ смыслѣ высказывается и одинъ изъ лучшихъ нашихъ цивилистовъ, а именно профессоръ Мейеръ въ своемъ курсѣ гражданского права ⁽¹⁾. Такъ смотритъ на настоящій вопросъ и наша практика. Не смотря на отсутствіе какихъ бы то ни было постановленій по завѣщательному залогу, весьма многіе изъ старшихъ нотаріусовъ, въ томъ числѣ, и с.-петербургскій, какъ видно изъ извлеченныхъ редакціонною комисіей свѣдѣній изъ столичнаго нотаріальнаго архива, признаютъ возможнымъ вносить завѣщательныя распоряженія объ установленіи залога въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ и тѣмъ самымъ какъ будто гарантировать за послѣднимъ его вотчинный характеръ. Таково, на примѣръ, какъ показываютъ означенныя свѣдѣнія, завѣщательное распоряженіе, обязывающее наследника внести

⁽¹⁾ В. п. с., стр. 433.

въ церковь въ 300 р. на поминаніе завѣщательницы и ея мужа, или распоряженіе, возлагающее на наслѣдника обязанность выплатить билетами государственнаго банка 4.000 р. дочери завѣщательницы.

И въ самомъ дѣлѣ, какія соображенія могли бы привести нашего законодателя къ необходимости запретить установленіе залога по завѣщанію? Развѣ въ правѣ на большее не заключается уже логически и право на меньшее? Если наслѣдодатель можетъ передать по завѣщанію свое имѣніе въ чью либо полную собственность и распорядиться такимъ образомъ на случай своей смерти *всею суммою выгодъ, какую собственность собою представляетъ*, то почему нельзя было бы признать за нимъ права установить по завѣщанію и залогъ, т. е. распорядиться въ чью либо пользу на случай своей смерти *только частью выгодъ, заключающихся въ правѣ собственности*, именно тою частью, которую доставляетъ залоговое право? Опасаться, что завѣщатели, въ случаѣ признанія за ними подобнаго права, могутъ злоупотреблять имъ въ ущербъ своимъ законнымъ наслѣдникамъ, что признаніе это поведетъ къ легкомысленнымъ обремененіямъ залогомъ наслѣдственныхъ имѣній, едва ли основательно. Если бы даже случаи подобныхъ легкомысленныхъ обремененій и имѣли мѣсто, они представляли бы собою меньше зла для законныхъ наслѣдниковъ въ сравненіи съ легкомысленнымъ отказомъ наслѣдодателемъ *всего имѣнія* въ полную собственность постороннихъ лицъ. Между тѣмъ возможность подобныхъ легкомысленныхъ отказовъ нисколько не заставила нашего законодателя поступиться началомъ свободы завѣщательныхъ распоряженій (ст. 1010 того же т. и ч.). Къ тому же, чѣмъ собственно, по существу своему, установленіе залога по завѣщанію можетъ представить болѣе опасностей въ сравненіи съ прямо предусмотрѣнными закономъ случаями завѣщательнаго установленія правъ владѣнія и пользованія, или правъ на денежныя выдачи въ наслѣдственномъ имѣніи? Не составляютъ ли вообще завѣщанія болѣе серьезно, нежели всякаго рода иные акты и не представляются ли, поэтому, случаи легкомысленнаго распоряженія имѣніемъ по завѣщанію, если сравнить ихъ со всѣми прочими случаями добро-

вольнаго отчужденія имѣнія (на основаніи акта о дареніи, купли-продажи), чрезвычайно рѣдкими, почти исключительными? Наконецъ, есть ли основаніе, ради этихъ рѣдкихъ, исключительныхъ случаевъ, стѣснять свободу завѣщательныхъ распоряженій недозволеніемъ устанавливать залогъ для громаднаго большинства наслѣдодателей?

Едва ли можно опасаться также, что завѣщательный залогъ въ состояніи нарушить въ чемъ либо интересы личныхъ кредиторовъ завѣщателя, или, что залогъ этотъ, въ качествѣ института, допускаемаго положительнымъ законодательствомъ данной страны, въ состояніи породить какія либо нежелательныя усложненія въ правовомъ положеніи недвижимыхъ имѣній, вредныя для ея юридическаго и экономическаго быта. Наше право не знаетъ различія между отказоприимателями (легатаріями) и наслѣдниками. Тѣ и другіе одинаково признаются отвѣтственными за долги наслѣдодателя. Поэтому личные кредиторы послѣдняго нисколько не лишаются права обратить взысканіе своихъ претензій на отказанное легатарію залоговое требованіе. Они могутъ искать даже изъ всего прочаго имущества легатарія, такъ какъ у насъ наслѣдники отвѣтствуютъ за долги наслѣдодателя и всѣмъ остальнымъ своимъ имуществомъ сверхъ полученнаго наслѣдства (ст. 1259 т. X ч. 1). Что же касается до упомянутаго усложненія правового положенія недвижимыхъ имѣній, то какъ на примѣръ, когда усложненія эти дѣйствительно возможны, можно указать на недозволенное нашимъ правомъ подназначеніе наслѣдника (прим. къ ст. 1011 того же т. и ч.) и т. п. Очевидно однакоже, что залогъ по завѣщанію не имѣетъ ничего общаго съ подобнаго рода случаями, вызывающими стѣсненіе со стороны закона полной свободы завѣщательнаго распоряженія, ибо юридическія отношенія, вытекающія изъ этого залога, ничѣмъ не разнятся по существу своему отъ отношеній, порождаемыхъ другими залогами, установленными до открытія наслѣдства и переходящими вмѣстѣ съ имѣніемъ на наслѣдниковъ по завѣщанію.

Наконецъ, возможность приравненія завѣщательнаго залога прочимъ видамъ залоговаго права (договорному и принудительному), явствуется изъ того, что залогъ завѣщательный,

подобно всякому другому залогу, служить обезпеченіемъ извѣстнаго требованія, извѣстнаго долга, который, слѣдовательно, и здѣсь имѣется несомнѣнно налицо. Въ томъ, на примѣръ, случаѣ, когда завѣщатель оставляетъ недвижимое имѣніе одному лицу съ тѣмъ, чтобы оно заплатило опредѣленную сумму другому, возложенное завѣщаніемъ на первое изъ этихъ лицъ обязательство имѣетъ вполне характеръ долга, т. е. такого правоотношенія, въ силу коего данное лицо, взаменъ получаемаго имъ эквивалента, обязывается къ производству извѣстнаго платежа.

И такъ, то обстоятельство, что прямого запрещенія относительно залога по завѣщанію въ дѣйствующемъ законодательствѣ не содержится, что противъ установленія этого залога не можетъ быть приискано какое либо соображеніе, вытекающее изъ общихъ началъ нашего права, наконецъ, значеніе залога по завѣщанію, какъ института, общепринятаго почти во всѣхъ западно-европейскихъ законодательствахъ, и всѣ практическія соображенія, говорящія за него, — все это приводитъ къ убѣжденію, что залогъ этотъ надлежитъ признать учрежденіемъ, не только допускаемымъ и у насъ, но и такимъ, которое должно найти себѣ мѣсто въ новопроектируемомъ законоположеніи. Незапрещенный закономъ, залогъ по завѣщанію не могъ, тѣмъ не менѣе, не возбуждать въ нашей практикѣ весьма серьезныхъ недоумѣній, благодаря отсутствію объ немъ руководящихъ законодательныхъ правилъ. При начертаніи положеній, относящихся къ залогу, законодатель считался только съ самыми обыкновенными, нормальными случаями возникновенія залога, а именно съ случаями установленія его по договору. Что же касается до случаевъ возникновенія залога по завѣщанію, то они оказались совершенно забытыми. Самый важный вопросъ залоговаго права, а именно вопросъ о порядкѣ установленія этого права и о моментѣ его возникновенія былъ оставленъ безъ разрѣшенія. Въ самомъ дѣлѣ, можетъ ли залогъ считаться у насъ установленнымъ непосредственно въ силу самого завѣщанія, утвержденнаго къ исполненію, т. е. помимо совершенія особаго акта (закладной крѣпости) и сопутствующаго таковому соверше-

нію наложенія заперщенія на имѣніе, обременное этимъ залогомъ (ст. 1647 т. X ч. I свод. зак. гражд., изд. 1887 г.)? А если нѣтъ, то какимъ образомъ совершить означенный актъ, когда въ основѣ его должны лежать не договоръ, а завѣщаніе? Должна ли въ этихъ случаяхъ быть соблюдена установленная закономъ форма закладной крѣпости, рассчитанная, какъ извѣстно, на случаи договорнаго установленія залога, да и то далеко не всѣ, а лишь на случаи установленія залога въ обезпеченіе требованія, проистекающаго изъ договора займа (ст. 1643 и прил. къ ней того же т. и ч.)? Какъ поступить въ томъ случаѣ, если наслѣдникъ, коему отказано имѣніе, вопреки волѣ завѣщателя, уклоняется отъ совершенія закладной крѣпости въ пользу лица, которому завѣщанъ залогъ? Очевидно, что всѣ эти недоумѣнія, какъ прямо противорѣчащія одной изъ самыхъ важныхъ задачъ ипотечной системы, задачъ упроченія правъ на недвижимыя имѣнія, должны быть устранены на будущее время и что достиженіе этого возможно лишь путемъ ясной постановки вопроса о залогѣ по завѣщанію въ вотчинномъ уставѣ, допущенія этого залога въ формѣ положительнаго его признанія въ новомъ законоположеніи.

в) Судебное рѣшеніе или распоряженіе правительственнаго установленія (принудительный залогъ).

Сущность принудительнаго залога.

Если залогъ по завѣщанію не представляется въ сущности нововведеніемъ у насъ, чѣмъ то такимъ, что противно нынѣ дѣйствующему праву, то далеко не то же самое можно сказать о третьяго рода случаяхъ установленія залога, предусмотрѣнныхъ настоящей статьёй, а именно, *о случаяхъ установленія залога на основаніи судебного рѣшенія или распоряженія правительственнаго установленія*, или о такъ называемомъ *судебномъ* (pignus judiciale, Judicialhypothek, Executives Pfandrecht, hypothèque judiciaire) или *принудительномъ залогѣ*.

Признаніе со стороны проекта судебного рѣшенія или распоряженія правительственнаго установленія основаніемъ залога имѣетъ то значеніе, что всякое денежное требованіе,

подлежащее по нынѣ дѣйствующимъ правиламъ понудительному исполненію, т. е. присужденное судомъ или обращенное правительственнымъ установленіемъ ко взысканію, можетъ быть по односторонней волѣ частнаго или правительственнаго взыскателя внесено въ вотчинную книгу и получить вслѣдствіе этого характеръ залоговаго требованія. Въ противоположность, слѣдовательно, залогъ, устанавливаемый по договору или завѣщанію, при принудительномъ залогѣ залоговое право возникаетъ помимо воли должника. Благодаря принудительному залогъ залоговое обезпеченіе становится доступнымъ и для такихъ требованій, которыя не снабжены *спеціальнымъ* правооснованіемъ къ залогъ, въ родѣ договора или завѣщанія, т. е. для всѣхъ вообще требованій, входящихъ, строго говоря, въ область личнаго кредита. Единственныя условія для того, чтобы всякое подобное требованіе могло быть внесено въ вотчинную книгу, т. е. могло быть обращено въ залоговое, суть: съ матеріальной точки зрѣнія неисполненіе требованія со стороны должника, или, другими словами, впаденіе должника въ просрочку (ибо, иначе, требованіе не могло бы быть обращено ко взысканію) и съ формальной-понудительная исполнимость требованія.

Ничего подобнаго не знаетъ наше дѣйствующее законодательство, проводящее рѣзкую грань между сдѣлками личнаго и поземельнаго кредита. По законодательству этому всѣ вообще взысканія обезпечиваются на недвижимомъ имѣніи должника лишь посредствомъ наложенія *запрещенія*, которое однако, какъ извѣстно, никакого *преимущества*, подобнаго устанавливаемому залогомъ, взыскателю не даетъ, а служитъ лишь для должника препятствіемъ къ отчужденію имѣнія или обремененія его залогомъ. Взыскатель, по ходатайству коего наложено запрещеніе, удовлетворяется изъ вырученной чрезъ продажу имѣнія суммы *по соразмѣрности* съ прочими личными кредиторами должника. Это различіе между залогомъ и запрещеніемъ всегда признавалось и нашей судебной практикой и высказано весьма рельефно и категорически въ рѣшеніи гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената 1873 г. за № 421.

Новизна у насъ
этого института.

Но если принудительный залогъ является, дѣйствительно, чѣмъ то новымъ у насъ, чѣмъ то совершенно неизвѣстнымъ дѣйствующему нынѣ законодательству, то спрашивается, какія соображенія побудили составителей настоящаго проекта дать этому залогу мѣсто въ проектѣ вотчиннаго устава и, слѣдовательно, желать введенія его на будущее время?

Взглядъ на него
преподанныхъ гос.
совѣтомъ главн.
основаній.

Въ этомъ отношеніи необходимо замѣтить, прежде всего, что включеніе въ проектъ правилъ о принудительномъ залогѣ предрѣшено уже государственнымъ совѣтомъ въ его главныхъ основаніяхъ предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество, удостоившихся Высочайшаго утвержденія. Слѣдовательно, проектъ слѣдуетъ въ данномъ случаѣ лишь преподаннымъ государственнымъ совѣтомъ указаніямъ.

Въ томъ, что дѣйствительно введеніе въ наше законодательство института принудительнаго залога предрѣшено государственнымъ совѣтомъ, едва ли возможны какія либо сомнѣнія, не смотря на отсутствіе въ главныхъ основаніяхъ самыхъ названій «судебный или принудительный залогъ», или другаго замѣняющаго ихъ термина. Всякія колебанія, возможные на этотъ счетъ, должны упасть сами собою, если обратить вниманіе на ту тѣсную, неразрывную связь, которая соединяетъ вопросъ о принудительномъ залогѣ съ вопросомъ о порядкѣ обезпеченія исковъ на недвижимомъ имѣніи при существованіи системы вотчинныхъ книгъ. Такъ какъ въ послѣднемъ изъ означенныхъ вопросовъ дѣло идетъ объ обезпеченіи требованій, лишь только предъявленныхъ ко взысканію, т. е. объ обезпеченіи въ тѣсномъ, *техническомъ* смыслѣ этого слова, какъ мѣрѣ, чисто временной, преходящей, могущей получить дѣйствительное значеніе лишь въ послѣдствіи, когда требованіе будетъ окончательно присуждено судомъ, и, слѣдовательно, подлежать удовлетворенію изъ имѣнія, то очевидно, что вопросъ объ обезпеченіи исковъ составляетъ такъ сказать *преддверіе къ вопросу о принудительномъ залогѣ*. Какъ мѣра чисто временная и условная (ибо она принимается на тотъ случай, если требованіе будетъ присуждено судомъ и обратится въ требованіе, под-

лежащее понудительному исполнению), обезпеченіе исковъ совершается, согласно главнымъ основаніямъ (ст. 4) и проекту (ст. 11), въ видѣ внесенія въ вотчинную книгу не окончательной записи объ обезпечиваемомъ требованіи, а лишь *охранительной отмѣтки* о немъ. Но именно потому, что обезпеченіе иска является мѣрой временной и условной, что оно рассчитано *на случай* присужденія требованія, оно носитъ въ самомъ себѣ зародышъ утвердительнаго или отрицательнаго разрѣшенія вопроса о принудительномъ залогѣ, такъ какъ окончательныя послѣдствія этой мѣры находятся въ зависимости исключительно только отъ того рѣшенія, которое должно послѣдовать по обезпеченному иску, т. е. отъ того обстоятельства, будетъ ли охранительная отмѣтка превращена въ запись, или нѣтъ, и наступаютъ сами собою *непосредственно* послѣ такового превращенія. Слѣдовательно, вопросъ о принудительномъ залогѣ находится въ тѣсной зависимости отъ того, будетъ ли охранительной отмѣткѣ, вносимой въ вотчинную книгу въ обезпеченіе иска о присужденіи денежнаго требованія, присвоено значеніе, аналогичное съ нынѣ существующими запрещеніями, или, напротивъ того, значеніе отмѣтки, сохраняющей за обезпеченнымъ требованіемъ, на случай присужденія его судомъ, старшинство по времени ея внесенія, т. е. право *на преимущественное удовлетвореніе* предъ прочими требованіями, внесенными позднѣе ея въ вотчинную книгу, или вовсе не внесенными. Насколько первый случай исключаетъ всякую мысль о принудительномъ залогѣ, настолько послѣдній необходимо предполагаетъ его введеніе, ибо въ этомъ послѣднемъ случаѣ требованіе, обезпеченное на имѣніи, получаетъ, въ сущности, характеръ *условно залоговаго права*, а сама отмѣтка — предварительной или *условной статьи о залогѣ*. Между тѣмъ это послѣднее значеніе и присвоено охранительной отмѣткѣ согласно главнымъ основаніямъ предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. По силѣ сихъ основаній, охранительныя отмѣтки объ обезпеченіи денежныхъ исковъ, взысканій и начетовъ вносятся туда же, куда и окончательныя записи о залогѣ, т. е. въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги (ст. 29). Рядомъ съ распро-

страненіемъ на нихъ начала гласности, разсматриваемыя охранительныя отмѣтки подчинены также дѣйствию начала спеціальности. По силѣ ст. 17 тѣхъ же основаній «обезпеченія денежныхъ исковъ, взысканій и начетовъ вносятся въ крѣпостную книгу не иначе, какъ съ точнымъ означеніемъ обезпечиваемой суммы». Наконецъ, и по отношенію къ началу старшинства и вообще по отношенію къ послѣдствіямъ, съ ними связаннымъ, означенныя отмѣтки являются, по мысли главныхъ основаній, ничѣмъ инымъ, какъ предварительными статьями о залогѣ. По силѣ ст. 12 «внесенныя въ крѣпостную книгу обезпеченія исковъ, взысканій и начетовъ предоставляютъ имъ право на *преимущественное удовлетвореніе* предъ такими же требованіями, записанными въ нее позднѣе, причемъ на удовлетвореніе упомянутыхъ обезпеченій не имѣютъ никакого вліянія права и ограниченія права собственности, укрѣпленныя послѣ нихъ на недвижимомъ имуществѣ». . . . , а согласно ст. 18 «въ случаѣ продажи имущества съ публичнаго торга, обезпеченныя на немъ денежные требованія по искамъ, взысканіямъ и начетамъ, удовлетворяются по старшинству, опредѣляемому временемъ записки ихъ въ крѣпостную книгу».

Такимъ образомъ, точный смыслъ приведенныхъ статей главныхъ основаній не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, во 1-хъ, что ими имѣлось въ виду создать у насъ на будущее время совершенно новый порядокъ обезпеченія денежныхъ исковъ на недвижимомъ имѣніи, болѣе рѣшительный и энергичный въ сравненіи съ нынѣ дѣйствующимъ порядкомъ, ибо онъ построенъ не на началѣ *соразмѣрнаго удовлетворенія* личныхъ требованій, какъ обезпеченныхъ, такъ и не обезпеченныхъ на имѣніи, составляющемъ отличный характеръ существующей въ настоящее время системы запрещеній, а на началѣ *преимущественнаго удовлетворенія и старшинства*, т. е. на залоговомъ началѣ и, во 2-хъ, что прямымъ послѣдствіемъ этого новаго порядка является положеніе вещей, при которомъ всякое личное требованіе, представленное ко взысканію, обращается вслѣдствіе того, что оно было внесено въ вотчинную книгу, въ залоговое требованіе.

Можно было бы замѣтить, что, строго говоря, государ-

ственный совѣтъ имѣлъ въ виду только такого рода требованія, которыя прошли, такъ сказать, черезъ процедуру предварительнаго и условнаго обезпеченія, т. е. были оглашены въ вотчинной книгѣ при посредствѣ охранительной отмѣтки, но что буквальный смыслъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній не даетъ права заключать о томъ, будто бы, согласно имъ, допускается возможность непосредственнаго внесенія въ вотчинную книгу, съ цѣлью обращенія въ залоговыя требованія, и такихъ личныхъ требованій, подлежащихъ понудительному исполненію, которыя не прошли черезъ означенную процедуру обезпеченія. Очевидно однакоже, что замѣчаніе это направлено собственно не противъ самаго принципа принудительнаго залога, а сводится единственно къ тому, что относящіяся къ принудительному залогу начала, изложенныя въ главныхъ основаніяхъ и въ настоящемъ проектѣ, по буквѣ своей не покрываются вполне другими. Коль скоро, согласно главнымъ основаніямъ, личное требованіе, хогя бы и такое только, которое было предварительно обезпечено на имѣніи въ видѣ охранительной отмѣтки, превращается, фактомъ оглашенія его въ вотчинной книги, по присужденіи его судомъ въ залоговое требованіе, то принципъ принудительнаго залога несомнѣнно признанъ государственнымъ совѣтомъ. Весь вопросъ, слѣдовательно, заключается въ томъ, есть ли основаніе придавать факту обезпеченія иска столь существенное значеніе, чтобы ограничить область примѣненія принудительнаго залога исключительно вышеозначенными требованіями, или нѣтъ? Но очевидно, что это вопросъ дальнѣйшаго развитія преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ началъ, вопросъ, съ которымъ, при подробной разработкѣ этихъ началъ, пришлось поневолѣ столкнуться и разрѣшеніе коего, согласно п. 2 Высочайшаго повелѣнія 19 мая 1874 г., входитъ въ прямыя обязанности редакціонной комисіи. Очевидно также, что едва ли возможны какія либо колебанія относительно необходимости разрѣшенія означеннаго вопроса смысломъ распространенія института принудительнаго залога и на требованія, которыя не были обезпечены предварительно на имѣніи должника посредствомъ внесенія охранительной отмѣтки.

Въ самомъ дѣлѣ, вполне естественно и понятно, что институтъ принудительнаго залога остался лишь намѣченнымъ въ главныхъ основаніяхъ, какъ естественно и понятно и то, что вопросъ о немъ возникъ именно по поводу вопроса объ обезпеченіи исковъ. Если, съ одной стороны, ипотечная система можетъ, по самому существу своему, имѣть предметомъ исключительно недвижимое имѣніе (ибо она направлена къ упроченію правъ на недвижимыя имѣнія и къ развитію поземельнаго кредита), то, съ другой стороны, недвижимое имѣніе не поглощается ею всецѣло, но остается, напротивъ того, открытымъ источникомъ взысканія, а слѣдовательно также предварительнаго обезпеченія этого взысканія и для всѣхъ тѣхъ требованій, которыя не относятся къ сферѣ поземельнаго кредита, въ техническомъ смыслѣ этого слова. Поэтому и вопросъ объ обезпеченіи исковъ является, по необходимости, однимъ изъ главныхъ вопросовъ, съ которымъ должно столкнуться всякое законодательство при начертаніи общихъ правилъ, долженствующихъ лечь въ основаніе ипотечной системы. Тутъ то, на этомъ вопросѣ, и долженъ былъ высказаться принципиальный взглядъ государственнаго совѣта на столь важный институтъ, какимъ является судебный или принудительный залогъ. Понятно однакоже, что въ вопросѣ объ этомъ залогѣ, существенное значеніе имѣетъ вовсе не то обстоятельство, удостоилось ли то или другое изъ обращенныхъ на недвижимое имѣніе взысканій предварительнаго обезпеченія, а тотъ порядокъ удовлетворенія, который долженъ быть этимъ взысканіямъ присвоенъ.

Обезпеченіе иска регулируется чисто судопроизводственными правилами. Оно зависитъ отъ предполагаемой закономъ, или фактической достовѣрности иска въ каждомъ данномъ случаѣ, а также отъ большей или меньшей опасности, угрожающей истцу въ отношеніи полученія удовлетворенія, т. е. отъ чисто случайныхъ обстоятельствъ. Уже по одной этой причинѣ обезпеченіе иска, какъ таковое, не можетъ служить основаніемъ къ тому, чтобы выдѣлить изъ числа присужденныхъ судомъ требованій лишь такія, которыя удостоились предварительнаго обезпеченія, и присвоить однимъ только этимъ требованіямъ право на преимуществен-

ное удовлетвореніе предъ прочими требованіями. Такъ, по нашему законодательству обезпеченіе иска только въ нѣкоторыхъ случаяхъ разсматривается какъ обязанность суда, возлагаемая на него силою закона. Таковы, именно, случаи, указанные въ ст. 595 устава гражданскаго судопроизводства, когда предъявлено ко взысканію долговое обязательство нотаріальное или засвидѣтельствованное крѣпостнымъ или явочнымъ порядкомъ. Только въ этихъ случаяхъ судъ не вправе отказать истцу въ его ходатайствѣ объ обезпеченіи. Тѣсный, буквальный смыслъ приведенной статьи не могъ не вызывать на практикѣ недоразумѣній, доходившихъ до разрѣшенія гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената, который, признавъ, съ одной стороны, изъятии изъ-подъ ея дѣйствія иски, основанные на другихъ, кромѣ долговыхъ, документахъ, хотя бы и формальныхъ, напр., на арендныхъ договорахъ ⁽¹⁾, оказался, съ другой стороны, вынужденнымъ подвести подъ нее иски, основанные на документахъ, не требующихъ по закону засвидѣтельствованія, а между тѣмъ достовѣрныхъ, а именно на векселяхъ, хотя бы не засвидѣльствованныхъ и не протестованныхъ ⁽²⁾.—Засимъ, удовлетвореніе всѣхъ остальныхъ просьбъ объ обезпеченіи, кромѣ указанныхъ, находится въ зависимости отъ того обстоятельства, представляется ли искъ, въ самомъ началѣ дѣла или во время дальнѣйшаго производства, достовѣрнымъ или нѣтъ и не можетъ ли необезпеченіе такого иска лишить истца возможности получить удовлетвореніе, и предоставлено исключительно усмотрѣнію суда (ст. 125, 590—592 того же устава) ⁽³⁾.—Признать, при такихъ обстоятельствахъ, право на преимущественное удовлетвореніе лишь за такими присужденными требованіями, которыя удостоились предварительнаго обезпеченія, значило бы, очевидно, поставить это право въ зависимость отъ чисто случайныхъ обстоятельствъ. Между тѣмъ всѣ судебныя рѣшенія, по какому бы дѣлу они не послѣдо-

⁽¹⁾ Рѣш. 1873 г. за № 1191.

⁽²⁾ Рѣш. 1872 г. за № 821.

⁽³⁾ Рѣш. 1868 г. за № 728.

вали, пользуются по закону одной и той же исполнительной силой и требуют для себя совершенно одинаковаго уваженія. Ограничить означенное право упомянутыми требованіями не могло входить въ намѣренія государственнаго совѣта и потому также, что это было бы равносильно прида- нію большей вѣры достовѣрности иска, признанной *част- нымъ* опредѣленіемъ суда объ обезпеченіи, т. е. той досто- вѣрности, которая еще во время дальнѣйшаго производства дѣла можетъ быть опровергнута, въ сравненіи съ несомнѣн- ною уже достовѣрностью, засвидѣтельствованною *оконча- тельнымъ судебнымъ рѣшеніемъ*, или другими словами, при- знанію за меньшимъ большаго значенія, нежели за большимъ, что очевидно невозможно.

Необходимость
включенія этого ин-
ститута въ проектъ,
обусловливающа-
ся:

а) системою
проекта;

И такъ, мысль о введеніи у насъ института принудитель- наго залога заимствована проектомъ вотчиннаго устава изъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ осно- ваній. Если она выражена въ проектѣ вотчиннаго устава въ видѣ причисленія судебного рѣшенія и правительственнаго распоряженія о взысканіи денежной суммы къ числу право- основаній залога, такъ исключительно потому, что этого тре- бовали какъ послѣдовательное, логическое развитіе означенной мысли, такъ и усвоенная проектомъ система. Коль скоро представилась необходимость выдѣлить въ проектѣ правила матеріальнаго права изъ числа всѣхъ остальныхъ въ особый раздѣлъ, то и постановленія, относящіяся къ принудительному залогу, должны были найти себѣ мѣсто въ томъ же раздѣлѣ, ибо этотъ видъ залога, подобно остальнымъ видамъ его, составляетъ одинъ изъ институтовъ матеріальнаго залоговаго права.

Въ самомъ дѣлѣ, невключеніе этого института въ проектъ было бы очевиднымъ отступленіемъ отъ главныхъ основаній и вызывало бы необходимо за собою другое отступленіе, а именно отступленіе отъ предначертаннаго государственнымъ совѣтомъ порядка обезпеченія исковъ, взысканій и начетовъ на недвижимомъ имѣніи. Пришлось бы или совершенно отка- заться отъ допущенія обезпеченія взысканій недвижимыми

имѣніями, что, очевидно, невозможно, или возвратиться къ нынѣшней системѣ обезпеченія, т. е. придать охранительной отмѣткѣ значеніе *запрещенія*. Но то, что уживалось съ несовершенствами нынѣшняго состоянія нашего законодательства, весьма трудно приложимо къ системѣ права, построенной на началахъ гласности, безповоротности и спеціальности. Это неприложимость и была, по всей вѣроятности, главной причиною тому, что государственный совѣтъ счелъ необходимымъ отказаться въ данномъ случаѣ отъ началъ дѣйствующаго права и замѣнилъ ихъ началами совершенно иного порядка. То, что составляетъ по нынѣшнему законодательству послѣдствіе наложенія запрещенія въ обезпеченіе иска, а именно *ограниченіе собственника въ правѣ отчужденія своего имѣнія или обремененія его какими либо правами*, не могло казаться особенно отяготительнымъ тамъ, гдѣ и установленіе залога сопровождалось такими же послѣдствіями. Неразвитая вотчинная система нашего права не допускала другаго способа обезпеченія требованій недвижимымъ имѣніемъ, все равно, соединено ли это обезпеченіе съ правомъ преимущественнаго удовлетворенія или нѣтъ, какъ путемъ вышеозначеннаго ограниченія правъ собственника. Строить поэтому обезпеченіе исковъ, взысканій и начетовъ на залоговомъ началѣ не могло предстоять надобности хотя бы уже потому, что и при такомъ строѣ интересы недвижимой собственности и поземельнаго кредита ничего бы не выиграли. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, собственникъ оказывался бы одинаково стѣсненнымъ въ правѣ распоряженія имѣніемъ. Совершенно другое, однакоже, представляется при дѣйствіи ипотечной системы. Система эта исходитъ, между прочимъ, какъ извѣстно, изъ начала, допускающаго совмѣстное существованіе нѣсколькихъ залоговыхъ правъ на одномъ и томъ же имѣніи. Стѣсненія въ означенномъ правѣ распоряженія, сопровождающія установленіе залога по нынѣшнему законодательству, ей совершенно чужды. При такихъ обстоятельствахъ, уже на первый поверхностный взглядъ должно бы показаться въ высшей степени страннымъ, если бы при дѣйствіи ипотечной системы послѣдствія обезпеченія иска недвижимымъ имѣніемъ оказались болѣе строгими для собственника въ срав-

б) невозможностью
вернуться къ ны-
нѣшней запрет. си-
стемѣ;

неніи съ послѣдствіями установленія на томъ же имѣніи залоговаго права. Мѣра, по существу своему временная и условная, ибо неизвѣстно еще, будетъ ли требованіе присуждено или нѣтъ, оказывалась бы болѣе рѣшительною по отношенію къ имѣнію въ сравненіи съ окончательнымъ установленіемъ на томъ же имѣніи права вотчиннаго. Но и независимо отъ сего, послѣдствія обезпеченія иска, тождественныя съ нынѣ существующими, оказывались бы явно враждебными интересамъ недвижимой собственности и поземельнаго кредита, т. е. тѣмъ именно интересамъ, служенію которымъ призвана ипотечная система. Какъ бы незначителенъ искъ не былъ по своей суммѣ, оглашеніе его въ вотчинной книгѣ въ видѣ охранительной отмѣтки предупреждало бы всѣхъ и каждого противъ возможности вступленія съ собственникомъ имѣнія въ какія либо отношенія по имѣнію. Хотя бы имѣніе, на которомъ искъ обезпеченъ, стоимостью своею, остающеюся свободною послѣ разныхъ обремененій, было достаточно для удовлетворенія иска, хотя бы оно стоимостью этой далеко превышало сумму иска, обезпеченіе иска имѣло бы своимъ послѣдствіемъ полную пріостановку вотчиннаго оборота по имѣнію. Пріостановка эта, въ свою очередь, влекла бы за собою въ высшей степени вредное, съ точки зрѣнія интересовъ поземельной собственности, замѣшательство въ хозяйствѣ имѣнія. Между тѣмъ кому неизвѣстно, сколько исковъ, изъ категоріи даже тѣхъ, которые признаны судомъ подлежащими обезпеченію, оставляются, въ концѣ концовъ, безъ уваженія. Повредить собственнику, нанести громаднѣй вредъ его имущественнымъ интересамъ, иногда можетъ быть даже изъ мести, или иныхъ тому подобныхъ личныхъ мотивовъ, оказывалось бы чрезвычайно легко и удобно. Для того, чтобы предупреждать всѣ эти невыгодныя послѣдствія, собственнику, если онъ недостаточно состоятеленъ, если онъ не можетъ представить въ замѣнъ установленнаго судомъ обезпеченія другое обезпеченіе, соотвѣтствующее первому (ст. 613 и 614 уст. гражд. судопр.), оставалось бы или искать во чтобы то ни стало соглашенія со своимъ противникомъ, не смотря даже на сомнительную правомѣрность его притязаній, или, выждавъ благопріятнаго въ свою пользу рѣшенія, удовольствоваться правомъ искать убытки.

Извѣстно однакоже, что право это, несомнѣнно признанное закономъ (ст. 601 уст. гражд. судопр.), также несомнѣнно оказывается на практикѣ не всегда ведущимъ къ цѣли, въ виду какъ затруднительности доказать количество убытковъ въ каждомъ данномъ случаѣ, такъ и нерѣдкаго отсутствія у противника имущества, необходимаго для удовлетворенія ихъ.

Казалось бы, что обезпеченіе исковъ недвижимыми имѣніями возможно построить еще на третьей системѣ, отличной отъ системъ, установленныхъ преподанными государственнѣмъ совѣтомъ главными основаніями и нынѣ дѣйствующимъ законодательствомъ. Казалось бы именно возможнымъ придать охранительной отмѣткѣ, вносимой въ вотчинную книгу въ обезпеченіе личнаго иска, значеніе такой записи, которая, не сохраняя за обезпеченнымъ требованіемъ, на случай присужденія его судомъ, права на преимущественное удовлетвореніе (т. е. вопреки главнымъ основаніямъ) и не стѣсняя собственника въ правѣ распоряженія имѣніемъ (т. е. въ противоположность дѣйствующему законодательству), ограничивала бы лишь собственника въ отношеніи обремененія имѣнія какими либо правами со старшинствомъ, равнымъ этой отмѣткѣ. При такой системѣ собственникъ былъ бы, дѣйствительно, свободенъ отчудить свое имѣніе и обременять его новыми залогами, при чемъ вотчинный оборотъ по имѣнію оказывался бы ограниченнымъ только по отношенію къ мѣсту, занимаемому охранительною отмѣткою, и суммою, въ которой она внесена. Въ случаѣ присужденія требованія, оглашеннаго охранительной отмѣткою, всѣ установленныя послѣ нея права на имѣніи, какъ стоящія ниже ея, удовлетворялись бы лишь изъ остатка, образуемаго послѣ удержанія той суммы, въ которой требованіе это было охранено въ вотчинной книгѣ, при чемъ означенная сумма выдавалась бы личному кредитору лишь въ случаѣ отсутствія другихъ, предъявленныхъ къ должнику личныхъ требованій, все равно, обезпечены ли они на томъ же имѣніи или нѣтъ; въ противномъ случаѣ, она подлежала бы распредѣленію между всѣми личными кредиторами. Такимъ образомъ существенное различіе этой системы отъ системы принудительнаго залога заключалось бы въ томъ, что кредиторъ, требованіе коего

в) неудовлетворительностью третьей, протестаціонной системы.

охранено отмѣткою, не пользовался бы правомъ преимущественнаго удовлетворенія предъ прочими личными кредиторами, обезпечившими послѣ него или вовсе необезпечившими свои требованія на томъ же имѣніи. Ниже будетъ указано на то, какія однакоже получаютъ несомнѣнныя выгоды отъ предоставленія взыскателямъ, огласившимъ свои требованія въ вотчинной книгѣ, право на преимущественное удовлетвореніе. Независимо, слѣдовательно, отъ того, что съ принятіемъ послѣдней изъ указанныхъ системъ обезпеченія исковъ недвижимымъ имѣніемъ, пришлось бы отказаться отъ упомянутыхъ выгодъ, система эта страдаетъ еще и тѣмъ недостаткомъ, что введеніе ея имѣло бы послѣдствіемъ противное установившимся понятіямъ созданіе какой-то третьей категоріи кредиторовъ, именно тѣхъ, въ пользу коихъ установлены залоговыя права послѣ внесенія охранительной отмѣтки, каковыя кредиторы стояли бы, въ отношеніи порядка удовлетворенія, даже ниже всѣхъ личныхъ кредиторовъ, какъ удовлетворяемыхъ изъ суммы, удержанной по этой отмѣткѣ. Такимъ образомъ на повѣрку вышло бы, что личные кредиторы пользовались бы въ извѣстныхъ случаяхъ преимуществами даже предъ вотчинными, какъ будто вотчинный кредиторъ не есть въ то же время и личный кредиторъ, какъ будто въ большемъ не заключается и меньшее. Но если бы поэтому, съ цѣлью избѣжанія подобнаго противорѣчія, слѣдовало придти къ необходимости допустить вотчинныхъ кредиторовъ, права коихъ возникли послѣ внесенія охранительной отмѣтки, къ распредѣленію суммы, удержанной по этой отмѣткѣ, наравнѣ съ прочими личными кредиторами должника, то и въ такомъ случаѣ разсматриваемая система представляла бы весьма существенныя неудобства. Для того, чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно обратить вниманіе на ту затруднительность расчетовъ при распредѣленіи между вотчинными и личными кредиторами суммы, вырученной чрезъ продажу имѣнія, затруднительность, которая встрѣчалась бы всякій разъ, когда на имѣніи обезпечено нѣсколько исковъ, и когда отмѣтки, внесенныя по предмету такового обезпеченія, переплетались бы съ записями о залогѣ. Кромѣ того, система эта, какъ замѣчено уже выше, измѣняя начала дѣйствующаго

права, представляет собою въ то же время отступленіе отъ главныхъ основаній, т. е. отступленіе, которое могло бы быть допущено только въ виду причинъ, несомнѣнно къ тому уважительныхъ (п. III Высочайшаго повелѣнія 19 мая 1874 года). Не находя въ настоящемъ случаѣ такихъ причинъ, редакціонная коммисія вмѣстѣ съ тѣмъ полагала, что если уже измѣненіе началъ дѣйствующаго права въ данномъ случаѣ необходимо, то лучше допустить его въ пользу системы принудительнаго залога, какъ такой системы, которая провѣрена долготнымъ опытомъ западно-европейскихъ государствъ и доказала на дѣлѣ всѣ свои выгоды и преимущества.

Въ чемъ же, спрашивается, заключаются эти выгоды, доставляемыя институтомъ принудительнаго залога?

Но одну изъ этихъ выгодъ въ сравненіи съ системою нынѣ дѣйствующаго законодательства было уже указано выше. Она заключается въ томъ, что обезпеченіе иска на имѣніи не влечетъ за собою пріостановки вотчиннаго оборота по этому имѣнію. Важность этой выгоды представляется особенно очевидно, если принять во вниманіе, что запрещеніе, налагаемое по нашему праву, не ограничено какимъ либо срокомъ. Собственникъ, на имѣніе коего наложено запрещеніе, оказывается нынѣ парализованнымъ въ своей юридической дѣятельности по этому имѣнію на неопредѣленное время, ибо продолжительность этого времени находится въ зависимости отъ чисто случайныхъ причинъ, каковы большая или меньшая сложность дѣла о присужденіи денежной суммы, обезпеченной посредствомъ наложенія запрещенія, отъ того, производится ли это дѣло въ общемъ или сокращенномъ порядкѣ, имѣетъ ли противникъ его интересъ въ томъ, чтобы тянуть дѣло или спѣшить окончаніемъ его, и т. п. Но если бы даже найдено было возможнымъ признать дѣйствіе охранительной отмѣтки, внесенной въ обезпеченіе личнаго иска, прекращающимся по истеченіи извѣстнаго срока, то и въ такомъ случаѣ, при сообщеніи этой отмѣтки во всемъ остальномъ значеніи, аналогичнаго съ нынѣшнимъ запрещеніемъ, положеніе поземельныхъ собственниковъ существенно не улучшилось бы, такъ какъ въ виду различныхъ порядковъ производства и числа

Выгоды системы
принудительнаго
залога.

инстанцій, установленныхъ нашими процессуальными законами, срокъ этотъ ни въ какомъ случаѣ не могъ бы быть незначительнымъ.

Другое достоинство принудительнаго залога, находящееся въ связи съ только что приведеннымъ, не менѣе, если не болѣе важное, чѣмъ первое, и на которое нельзя не указать, заключается въ его способности служить во многихъ случаяхъ средствомъ предотвращенія публичной продажи имѣнія, или по крайней мѣрѣ отсрочки ея до наступленія условій, при которыхъ продажа эта можетъ дать лучшіе результаты. Назначеніе имѣнія въ публичную продажу служитъ несомнѣннымъ свидѣтельствомъ кризиса, наступившаго въ имущественномъ положеніи землевладѣльца. Оно парализируетъ не только его вотчинный, но и личный кредитъ, и, внося полное замѣшательство въ его дѣла, является обыкновенно предвѣстникомъ его банкротства. Очевидно поэтому, что предотвращеніе такихъ тягостныхъ послѣдствій, насколько оно только вообще достижимо, должно составлять одну изъ самыхъ важныхъ задачъ всякой законодательной системы, стремящейся упрочить кредитъ и права поземельныхъ собственниковъ. Изъ числа этого рода системъ болѣе совершенною представляется несомнѣнно та, при которой кредиторъ не оказывается вынужденнымъ, съ цѣлью полученія удовлетворенія по присужденному ему требованію, прибѣгать во что бы то ни стало къ публичной продажѣ имѣнія, но находитъ въ своемъ распоряженіи еще другое орудіе удовлетворенія, достаточно для себя дѣйствительное, а въ то же время позволяющее должнику оправиться отъ затрудненій, можетъ быть чисто временнаго свойства, и оставить въ своихъ рукахъ то, что служитъ источникомъ его существованія и благосостоянія. Такимъ орудіемъ и является именно принудительный залогъ. При существованіи этого залога кредитору нечего спѣшить съ домогательствомъ о назначеніи имѣнія должника въ публичную продажу. Заручившись судебнымъ рѣшеніемъ о присужденіи причитающагося ему съ должника денежнаго требованія и обезпечивъ это послѣднее залогомъ, кредиторъ гарантированъ вполне противъ опасностей, которыя угрожали бы ему въ случаѣ отчужденія имѣнія должникомъ, или обремененія этого

имѣнія новыми залогами. Ему не за чѣмъ немедленно подвергать себя всѣмъ неудобствамъ и риску, сопряженнымъ съ публичной продажей, не за чѣмъ нести расходы, какіе она необходимо вызываетъ, не для чего, слѣдовательно, затруднять положеніе должника во что бы то ни стало. Нуждаясь въ деньгахъ, кредиторъ можетъ даже немедленно получить удовлетвореніе помимо публичной продажи, уступивъ свое требованіе третьему лицу. Обратившись въ залоговое, требованіе это приобрѣло несравненно большую оборотную силу въ сравненіи съ той, которою оно обладало бы, если бы оставалось личнымъ и какъ таковое удовлетворялось наравнѣ съ прочими, предъявленными къ должнику личными требованіями. Поэтому кредиторъ удовольствуется несомнѣнно принудительнымъ залогомъ всякій разъ, когда имѣніе по стоимости своей вполнѣ достаточно для обезпеченія требованія. Но и во всѣхъ прочихъ случаяхъ онъ не можетъ не оказаться менѣ требовательнымъ, менѣ суровымъ по отношенію къ должнику, нежели при нынѣ дѣйствующей системѣ законодательства. Установленіемъ въ свою пользу принудительнаго залога кредиторъ приобрѣтетъ хотя бы только извѣстную долю успокоенія относительно удовлетворенія принадлежащаго ему требованія, а желаніе выручить по возможности больше заставить его переждать кризисъ, можетъ быть чисто временной, въ которомъ должникъ находится, не назначать имѣнія въ продажу въ неудобную для того пору и вообще при условіяхъ, не обѣщающихъ хорошихъ результатовъ. Другими словами, введеніе принудительнаго залога лежитъ въ интересахъ обоихъ заинтересованныхъ сторонъ. Кредиторъ приобрѣтетъ въ принудительномъ залогѣ новое орудіе удовлетворенія, во многихъ случаяхъ, по быстротѣ и удобству реализаціи его, предпочтительное въ сравненіи съ длинной процедурой публичной продажи. Съ своей стороны, отъ принудительнаго залога выиграетъ несомнѣнно и должникъ. Одно лишь предъявленіе къ нему требованія, соединенное съ обезпеченіемъ этого требованія охранительною отмѣткою, не въ состояніи будетъ уже пошатнуть его хозяйственное положеніе. Кредитъ его не окажется поколебленнымъ вслѣдствіе упомянутого обезпеченія. Должнику при такихъ обстоятельствахъ

гораздо легче будетъ занять средства, необходимыя для уплаты долга, обезпеченнаго принудительнымъ залогомъ, нежели въ томъ случаѣ, если бы надъ головою его висѣло открытое уже производство публичной продажи. Сама продажа окажется регулированной на болѣе правильныхъ основаніяхъ. Случай, при которыхъ она можетъ быть вполне избѣгнута или по крайней мѣрѣ отсрочена до наступленія болѣе благопріятныхъ для нея условій, несомнѣнно увеличатся. Между тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что въ результатахъ продажи должникъ заинтересованъ не менѣе кредитора.

Наконецъ, третье достоинство принудительнаго залога заключается въ сообщеніи судебнымъ рѣшеніямъ большей твердости, большей исполнительнѣй силы, въ сравненіи съ тою, которая присуща имъ нынѣ. Въ этомъ отношеніи ипотечная система, принимающая принудительный залогъ, оказываетъ косвенную поддержку и личному кредиту. Извѣстно, что чѣмъ большими гарантіями обставлено со стороны закона возстановленіе нарушеннаго права, чѣмъ больше увѣренность въ полученіи долга, тѣмъ кредитъ легче и дешевле, тѣмъ меньше та премія за рискъ, которую должникъ вынужденъ платить кредитору въ видѣ чрезмѣрно увеличенной нормы процентовъ. Но развѣ можетъ существовать особенно высокая увѣренность относительно полученія долга тамъ, гдѣ, какъ при нынѣ дѣйствующей системѣ законодательства, кредиторъ знаетъ, что какъ бы онъ не былъ заботливъ о своихъ интересахъ, какъ бы онъ не спѣшилъ обезпеченіемъ своего требованія на имѣніи должника, обезпеченіемъ этимъ воспользуются и другіе кредиторы безъ всякихъ для себя хлопотъ и издержекъ, когда *res inter alios acta*, запрещеніе, наложенное по ходатайству даннаго кредитора, становится источникомъ правъ другихъ лицъ (прочихъ кредиторовъ, пользующихся достигнутымъ трудами перваго обезпеченіемъ), когда вмѣсто принудительнаго залога существуетъ нѣчто въ родѣ ипотеки, устанавливаемой въ пользу всѣхъ личныхъ кредиторовъ? Между тѣмъ, такое именно значеніе имѣетъ, безъ сомнѣнія, нынѣшнее наложеніе запрещенія по иску того или другаго изъ личныхъ кредиторовъ должника.

Приведенными соображеніями, выясняющими причины, по которымъ принудительный залогъ нашелъ себѣ мѣсто въ проектѣ вотчиннаго устава, можно было бы собственно и ограничиться. Достоинства этого вида залога, только что указанные, и послужили, очевидно, поводомъ къ тому, что существуя съ издавна въ большинствѣ западно-европейскихъ законодательствъ, онъ удержался въ нихъ несмотря на болѣе или менѣе радикальныя реформы, произведенныя за послѣднее время въ главнѣйшихъ изъ этихъ законодательствъ. Кодификація саксонскихъ гражданскихъ законовъ, состоявшаяся въ 1863 году, изданіе австрійскаго закона о вотчинныхъ книгахъ 1871 года, прусскихъ законовъ о приобрѣтеніи права собственности на недвижимыя имущества 1872 года, устава о вотчинныхъ книгахъ того же года и закона о публичной продажѣ недвижимыхъ имѣній 1884 года, и, наконецъ, составленіе проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія 1888 года и проекта новаго закона о публичной продажѣ недвижимыхъ имѣній 1889 года,—все эти законодательныя работы не только не поколебали принципа принудительнаго залога, но скорѣе поставили его на болѣе твердую и незыблемую почву. Принудительный залогъ существуетъ, далѣе, и въ законодательствахъ, дѣйствующихъ въ царствѣ польскомъ ⁽¹⁾ и въ прибалтійскихъ губерніяхъ ⁽²⁾. Только законодательства нѣкоторыхъ незначительныхъ государствъ, каковы Мекленбургъ, Румынія и Бельгія, не признаютъ этого института. Въ послѣдней система принудительнаго залога замѣнена введенною закономъ 1854 года системою такъ называемыхъ *опозицій*, тождественной по своей сущности съ нынѣ дѣйствующею у насъ системою запрещеній, налагаемыхъ на недвижимыя имѣнія по личнымъ искамъ.

⁽¹⁾ Ст. 111, 138 ипотечн. уст. 1818 г.; ст. 126, 150, 154 и 155 полож. о суд. реформѣ въ царствѣ польскомъ.

⁽²⁾ Ст. 1569 и др.

Неосновательность
приводимых про-
тивъ нея возраже-
ній.

Не смотря однако же на такое признаніе принудительнаго залога со стороны большинства западно-европейскихъ законодательствъ, онъ встрѣчаетъ, тѣмъ не менѣе, весьма серьезныя возраженія, заявляемыя время отъ времени въ юридической литературѣ. Возраженія эти не могли не быть въ виду составителей настоящаго проекта и если они не нашли возможнымъ отступить въ настоящемъ вопросѣ отъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній, то только въ виду убѣжденія въ превосходствѣ системы, построенной на началѣ принудительнаго залога, предъ прочими системами, ее замѣняющими.

Противниками принудительнаго залога являются, если не исключительно, то преимущественно, французскіе писатели и вообще комментаторы ипотечныхъ законодательствъ, дѣйствующихъ въ романскихъ странахъ, что объясняется неудовлетворительною постановкою вопроса о принудительномъ залогѣ во французскомъ правѣ, послужившею прототипомъ для законодательствъ означенныхъ странъ.

Современная французская судебная ипотека (*hypothèque judiciaire*) беретъ свое начало въ средневѣковомъ французскомъ правѣ ⁽¹⁾. Въ правѣ этомъ дѣйствовалъ принципъ, по которому всякій нотаріальный актъ порождалъ залоговое требованіе. Для установленія залога по такому акту не нужно было, слѣдовательно, особаго о томъ соглашенія. Право на залогъ проистекало изъ нотаріальнаго акта само собою, оно было присуще этому акту, какъ таковому. Само собою разумѣется, что право это, какъ не обусловленное предварительнымъ соглашеніемъ, должно было имѣть характеръ общей, генеральной ипотеки, распространяющейся на все имущество должника. Старшинство этихъ общихъ ипотекъ опредѣлялось временемъ составленія соотвѣтствующаго нотаріальнаго акта, т. е. регулировалось извѣстнымъ началамъ: *qui prior est tempore, potior est jure*. Разъ выше-

⁽¹⁾ *Pont*, Commentaire-traité théorique des privilèges et hypothèques, изд. 1856 г., т. I § 568; *Aubry et Rau*, в. п. с., т. III, стр. 250; *Puchelt*, в. п. с., стр. 114.

приведенный принципъ былъ провозглашенъ и санкціонированъ законодательствомъ (ст. 78 Coutume de Paris), то простая логическая послѣдовательность требовала примѣненія его и къ домашнимъ актамъ, признаннымъ подлинными судомъ въ случаѣ отрицанія противною стороною своей подписи, т. е. къ такъ называемымъ случаямъ *verifications en justice*, ибо иначе участію суда въ удостовѣреніи подлинности акта было бы придано меньшее значеніе въ сравненіи съ участіемъ нотариуса (§ 92 и 93 Ordonnance de Vilers—Cotterets, 1539 г.). Та же логическая послѣдовательность потребовала, наконецъ, распространенія разсматриваемаго начала и на судебныя рѣшенія, коими извѣстное требованіе присуждено къ удовлетворенію (*jugement de condamnation*), что и было признано ст. 53 извѣстнаго Ordonnance de Moulins 1566 года. Кодексъ Наполеона отмѣнилъ ипотеку, проистекающую непосредственно изъ всякаго нотаріальнаго акта, но за то удержалъ ее въ смыслѣ права, порождаемаго всякимъ судебнымъ опредѣленіемъ, все равно, окончательно ли оно или неокончательно, послѣдовало ли оно по существу дѣла или только по вопросу о подлинности акта и т. п. (*de jugements soit contradictoires, soit par default, definitifs ou provisoires, а также de reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé*). Даже такія судебныя опредѣленія, каковы *jugements convenus* ou d'expédient, т. е. *jugements passés d'accord entre les parties* (которые судья постановляетъ, не входя въ существо дѣла, когда кредиторъ приглашаетъ своего должника въ судъ, или когда обѣ стороны явятся туда и должникъ добровольно признаетъ подлинность документа и своей подписи на немъ) ⁽¹⁾, признавались порождающими право залога. Только явныя злоупотребленія, возможные при подобномъ порядкѣ вещей, заставили французскаго законодателя въ 1807 году ограничить случаи возникновенія судебного залога по этимъ опредѣленіямъ лишь тѣми, въ которыхъ истекъ уже срокъ по документу, по коему подобное опредѣленіе по-

⁽¹⁾ Art. 193. Code de proc. civ.

слѣдовало. Устанавливается судебный залогъ по дѣйствующему французскому праву посредствомъ внесенія его въ открытый по имѣнію ипотечный указатель. Но фактомъ такого внесенія залогъ этотъ считается обременяющимъ всѣ прочія имѣнія должника, находящіяся въ томъ же вотчинномъ округѣ, все равно, принадлежатъ ли онѣ должнику во время таковаго внесенія, или будутъ приобрѣтены имъ впослѣдствіи. Для того, чтобы судебный залогъ считался обременяющимъ всѣ эти имѣнія, не нужно, слѣдовательно, особаго внесенія его во всѣ подлежащіе указатели, и временемъ совершенія внесенія въ одномъ изъ указателей опредѣляется старшинство судебного залога по отношенію ко всѣмъ прочимъ имѣніямъ. Правда, должнику, владѣющему нѣсколькими отдѣльными имѣніями, предоставляется право просить судъ о томъ, чтобы обезпеченіе требованія залогомъ было ограничено тѣмъ или другимъ изъ этихъ имѣній. Но право это можетъ быть осуществлено лишь въ томъ случаѣ, если противное не было условлено въ договорѣ и если свободная отъ обремененій цѣнность имѣнія превышаетъ не менѣе чѣмъ на одну треть капитальную сумму требованія, подлежащаго обезпеченію, съ процентами и другими побочными требованіями. Наконецъ, основаніемъ внесенія судебного залога могутъ быть не только такія опредѣленія, въ коихъ указана сумма требованія. Если она не указана и стороны относительно размѣра ея не придутъ къ соглашенію, то размѣръ этотъ опредѣляется кредиторомъ, причемъ суду предоставляется судить въ каждомъ случаѣ, преувеличенъ ли показанный кредиторомъ размѣръ или нѣтъ, принимая во вниманіе интересы какъ должника, такъ и кредитора.

Не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что принудительный залогъ, построенный на подобныхъ принципахъ, находится въ самомъ явномъ противорѣчій съ тѣми началами, которыя составляютъ характеристическую основу всякой правильно устроенной ипотечной системы. Законодательство, допускающее принудительный залогъ въ указанномъ именно видѣ, разрушаетъ начала гласности и спеціальности и наноситъ должнику, а также кредиторамъ, благодаря тайному и общему (генеральному) характеру, которымъ такой

залогъ отличается, гораздо больше вреда, чѣмъ пользы. Но дѣло въ томъ, что всѣ тѣ недостатки, которыми принудительный залогъ страдаетъ по французскому праву, нисколько не присущи этому залогу, какъ таковому, нисколько необходимо съ нимъ не связаны. Если составители французскаго кодекса не могли отрѣшиться вполне отъ началъ, завѣщанныхъ средневѣковымъ французскимъ правомъ, то изъ этого нисколько не слѣдуетъ, чтобы начала эти были обязательны для всякаго законодателя. Дѣло послѣдняго свести принудительный залогъ къ началамъ гласности и спеціальности, точно также какъ это дѣлается по отношенію къ залогу договорному и завѣщательному. Равнымъ образомъ, дѣло законодателя ограничить примѣненіе принудительнаго залога исключительно такими рѣшеніями, коими присуждается извѣстная денежная сумма и которыя подлежатъ понудительному исполненію, и ввести его, такимъ образомъ, въ кругъ мѣръ, относящихся къ упомянутому исполненію. Въ этомъ именно видѣ принудительный залогъ встрѣчается въ германскихъ законодательствахъ, а также въ нѣкоторыхъ странахъ, воспріявшихъ французское право и внесшихъ въ это послѣднее, въ разсматриваемомъ отношеніи, надлежащія измѣненія и дополненія ⁽¹⁾. Къ переформированію принудительнаго залога въ указанномъ смыслѣ направлено было также и контръ-предложеніе коммисіи бельгійской палаты депутатовъ, разсматривавшей проектъ вышеуказаннаго закона 1851 г. Наконецъ, къ избѣжанію разсматриваемыхъ невыгодъ и вообще къ постановкѣ принудительнаго залога на болѣе правильныхъ основаніяхъ, направлены постановленія проекта вотчиннаго устава, изложенныя въ ст. 54 и 57 ⁽²⁾.

Но и независимо отъ указаній на недостатки, свойственные собственно французской судебной ипотекаѣ, противъ разсматриваемаго института можно встрѣтить еще другія возраженія, касающіяся какъ теоретической, такъ и практической его сторонъ и направленные къ его устраненію. Здѣсь не

⁽¹⁾ *Mittermaier*, Archiv, XXXIX, стр. 141 и слѣд.

⁽²⁾ См. ниже, стр. 461 и слѣд.; стр. 475 и слѣд.

мѣсто входитъ въ подробное разсмотрѣніе всѣхъ этихъ возраженій, но важность затрогиваемаго ими вопроса, серьезное значеніе принудительнаго залога для интересовъ практической жизни, заставляетъ остановиться, хотя бы въ самыхъ сжатыхъ чертахъ, на болѣе существенныхъ изъ такихъ возраженій.

Съ теоретической точки зрѣнія указываютъ именно на то, что судъ рѣшеніемъ своимъ признаетъ лишь право, уже существовавшее до воспослѣдованія рѣшенія, какъ несомнѣнно вытекающее изъ данныхъ, конкретныхъ отношеній сторонъ. Благодаря судебному рѣшенію отношенія эти превращаются лишь изъ спорныхъ въ безспорныя, при чемъ правамъ, изъ нихъ проистекающимъ, сообщается понудительная сила исполненія. Но судебное рѣшеніе не можетъ быть источникомъ совершенно новыхъ матеріальныхъ гражданскихъ правъ, не можетъ измѣнить существа спорныхъ отношеній сторонъ, по коему оно послѣдовало. Между тѣмъ принудительный залогъ противорѣчитъ будто бы этимъ началамъ права, ибо создаетъ въ пользу даннаго кредитора, только потому, что требованіе его присуждено судомъ, право преимущественнаго удовлетворенія, т. е. такое право, которое не обусловливается сущностью спорныхъ отношеній сторонъ, такъ какъ обязательство, лежащее въ основаніи означеннаго требованія, порождаетъ отношенія чисто личнаго характера, входитъ въ область личнаго кредита. Противъ сего, однакоже, нельзя не возразить, прежде всего, что принудительный залогъ есть институтъ положительнаго права, ставящаго на первый планъ интересы практической жизни и потому вынужденнаго весьма нерѣдко допускать уклоненія отъ строго логическаго проведенія чисто теоретическихъ началъ права вездѣ, гдѣ этого требуютъ означенные интересы. Уже и помимо принудительнаго залога, принципъ, по которому судъ не можетъ создавать новыхъ матеріальныхъ гражданскихъ правъ, не существовавшихъ раньше, оказывается во всей своей послѣдовательности непримѣнимымъ. Примѣромъ тому служить судебный раздѣлъ общаго наслѣдственнаго имущества. Отрицать за судомъ возможность устанавливать между сонаслѣдниками новыя, не существовавшія до раздѣла права и обязанности,

какъ то, какой либо сервитутъ (право прохода, водопоя) или залоговое право, невозможно, такъ какъ безъ созданія *новыхъ* правъ и обязанностей самый раздѣлъ наследственного имущества въ виду такого, а не другого именно его состава, или по другимъ причинамъ, оказывался бы нерѣдко въ высшей степени затруднительнымъ. Впрочемъ, строго говоря, о какомъ либо уклоненіи законодательства, допускающаго принудительный залогъ, отъ вышеприведенныхъ общихъ началъ права не можетъ быть собственно и рѣчи. Съ введеніемъ принудительнаго залога дѣятельность суда не становится нисколько болѣе творческою, чѣмъ она была бы безъ него; для нея не открываются какіе то новые пути, доселѣ ей неизвѣстные. Установленіе принудительнаго залога не предполагаетъ вовсе признанія права на него въ подлежащемъ судебномъ рѣшеніи. Напротивъ того, право на залогъ можетъ быть признано судебнымъ рѣшеніемъ только тогда, когда есть на лицо законное основаніе этого права, существующее до вослѣдованія этого рѣшенія, и когда право это составляло предметъ спора. Слѣдовательно, при принудительномъ залогѣ залоговое право возникаетъ *непосредственно*, помимо какой бы то ни было дѣятельности суда, направленной къ его установленію. Оно возникаетъ здѣсь волею не судьи, а законодателя, а именно благодаря тому обстоятельству, что законъ разрѣшаетъ оглашеніе въ вотчинной книгѣ, открытой по имѣнію должника, требованій, присужденныхъ съ него судомъ, и придаетъ оглашенію этому значеніе, аналогичное съ установленіемъ залога по договору или завѣщанію. Поступая такимъ образомъ, законодатель осуществляетъ несомнѣнно принадлежащую ему функцію, ибо сообщеніе извѣстнымъ событіямъ тѣхъ или другихъ правопроизводящихъ послѣдствій входитъ въ прямой кругъ его обязанностей. Такъ какъ при существованіи принудительнаго залога всѣ лица, вступающія въ личныя обязательственныя отношенія, будутъ знать о возможности обращенія требованій, вытекающихъ изъ означенныхъ отношеній, на случай признанія этихъ требованій безспорными, въ залоговые требованія даже помимо всякаго соглашенія по этому предмету сторонъ, то очевидно, что возможность эта становится однимъ изъ законныхъ условій, сопровождающихъ

всякое личное требованіе. Она будетъ, слѣдовательно, всегда предполагаться. Такимъ образомъ, принудительный залогъ не вводитъ ничего такого, что оказывалось бы навязаннымъ сторонамъ помимо ихъ первоначальныхъ отношеній. Наконецъ, создавая возможность обращенія личнаго требованія въ залоговое, безусловленную прямымъ о томъ соглашеніемъ сторонъ, законодательство не становится нисколько въ противорѣчіе съ истиннымъ значеніемъ лично-кредитныхъ сдѣлокъ, такъ какъ между кредитомъ личнымъ и поземельнымъ нельзя провести такой рѣзкой грани, которая не находила бы никакихъ между ними точекъ соприкосновенія. То, что обыкновенно выставляется, какъ за самостоятельное основаніе каждаго изъ этихъ видовъ кредита въ отдѣльности: личное довѣріе къ должнику и имущественное его положеніе, играетъ въ большинствѣ случаевъ важную роль во всякаго рода кредитныхъ сдѣлкахъ. Землевладѣльцу, непользующемуся, по своимъ нравственнымъ качествамъ, личнымъ довѣріемъ, не менѣе трудно найти кредитъ, нежели лицу, заслуживающему довѣрія, но лишенному имущественныхъ средствъ. Не позволять поэтому кредитору обезпечить свое требованіе на имѣніи должника на томъ основаніи, что онъ будто бы довѣрился лицу, а не его имуществу, было бы по крайней мѣрѣ во множествѣ случаевъ вполнѣ неправильно.

Указываютъ, далѣе, на несправедливость порядка удовлетворенія личныхъ кредиторовъ, создаваемого при дѣйствіи принудительнаго залога. При этомъ порядкѣ одинъ изъ кредиторовъ можетъ получить все ему причитающееся, а остальные оказаться не при чемъ, между тѣмъ какъ права на удовлетвореніе у нихъ всѣхъ одинаковы. Преимущество всегда будто бы будетъ на сторонѣ того, кто менѣе снисходителенъ по отношенію къ должнику, находится ближе къ его мѣсту жительства или срокъ требованію котораго уже наступилъ. Затѣмъ указываютъ еще на то, что принудительный залогъ уменьшаетъ кредитную способность имѣнія, затрудняетъ должнику возможность пріисканія кредита подъ обезпеченіе залогомъ съ цѣлію удовлетворенія взыскателя, тревожитъ старшихъ договорныхъ кредиторовъ возможностью продажи,

не стѣсненной какимъ либо срокомъ, и поселяя среди личныхъ кредиторовъ, благодаря устанавливаемому имъ неравенству удовлетворенія, страхъ быть обойденными кѣмъ либо изъ нихъ, заставляетъ ихъ спѣшить предъявленіемъ своихъ исковъ, умножаетъ количество взысканій и ведетъ къ открытію производства о несостоятельности должника тамъ, гдѣ чисто временное затрудненіе его могло бы обойтись безъ ущерба для всѣхъ заинтересованныхъ лицъ.—Но и всѣ эти возраженія, какъ они не могутъ казаться на первый взглядъ убѣдительными, едва ли говорятъ противъ разсматриваемаго института.

Не подлежитъ сомнѣнію, что и при дѣйствіи принудительнаго залога возможно положеніе вещей, не всегда вполне согласное съ строгими требованіями отвлеченной справедливости. Тотъ или другой кредиторъ можетъ быть обойденъ въ отношеніи полученія удовлетворенія, благодаря даже какому либо чисто случайному обстоятельству. Но дѣло въ томъ, что такой системы обезпеченія правъ, которая была бы рѣшительно свободна отъ всякаго рода недостатковъ, при дѣйствіи которой всѣ интересы нашли бы вполне справедливое удовлетвореніе, не существуетъ и задача законодателя заключается въ томъ, чтобы выбрать ту систему, которая представляется относительно лучшей. Обезпеченіе права для того, чтобы оно было дѣйствительнымъ обезпеченіемъ, мыслимо лишь на счетъ другихъ правъ, какъ существующихъ уже, такъ и возможныхъ въ будущемъ. О равенствѣ удовлетворенія всѣхъ личныхъ кредиторовъ можетъ быть, собственно говоря, рѣчь только въ конкурсномъ производствѣ, да и то равенство это не представляется безусловнымъ, такъ какъ и здѣсь установлены извѣстныя различія въ отношеніи порядка удовлетворенія (роды и разряды), зависящія отъ разныхъ, чисто случайныхъ, обстоятельствъ. Только конкурсный порядокъ и допускаетъ по общему правилу возможность предъявленія къ удовлетворенію требованій, сроки коимъ еще не наступили. Что же касается до внѣконкурснаго порядка удовлетворенія, то при могущей оказаться недостаточности имущественныхъ средствъ должника на пополненіе всѣхъ его долговъ удовлетвореніе однихъ изъ нихъ ложится непременно на счетъ остальныхъ.

Правда, изъ суммы, вырученной чрезъ публичную продажу имущества должника, удовлетворяется по дѣйствующему законодательству не одинъ только взыскатель. Къ участию въ распредѣленіи этой суммы допускаются и другіе кредиторы должника. Но далеко не всѣ кредиторы допускаются къ такому распредѣленію, а только тѣ изъ нихъ: во 1-хъ, сроки требованій коихъ уже наступили; во 2-хъ, которые получили исполнительные листы, т. е. успѣли добиться въ свою пользу судебного рѣшенія, вошедшаго въ законную силу, и въ 3-хъ, успѣвши предъявить эти листы къ извѣстному (шестинедѣльному со дня представленія взысканной суммы въ судъ) сроку (ст. 1222 уст. гражд. судопр.). Слѣдовательно, и нынѣ существующая система, подобно системѣ принудительнаго залога, оказывается благопріятствующей одной и той же категоріи кредиторовъ. Обѣ эти системы оказываютъ особое свое покровительство кредиторамъ, болѣе заботливымъ о своихъ интересахъ, слѣдящимъ зорко за положеніемъ дѣлъ своего должника и успѣвшимъ во время прибѣгнуть къ судебной защитѣ своихъ правъ. Обѣ онѣ исходятъ изъ общепризнаннаго начала—*jura vigilantibus non dormientibus prosunt*. Различіе между этими системами заключается лишь въ томъ, что вмѣсто спеціальнаго залога, создаваемого въ пользу даннаго кредитора, какимъ залогомъ и является залогъ принудительный, запрещеніемъ, налагаемымъ по 1096 ст. уст. гражд. судопр., устанавливается нѣчто въ родѣ общей ипотеки для лицъ неизвѣстныхъ еще, хотя и опредѣляемыхъ вышеуказанными условіями. Слѣдовательно, и при нынѣ дѣйствующей системѣ законодательства, начало соразмѣрнаго удовлетворенія всѣхъ безъ исключенія личныхъ кредиторовъ должника оказывается далеко безусловнымъ. Если засимъ системою этой создается преимущество не въ пользу кредитора, наиболѣе заботливаго о своихъ интересахъ, того именно, который своими трудами и издержками успѣлъ исхлопотать наложеніе запрещенія и публичную продажу, а въ пользу цѣлой категоріи кредиторовъ, то результатъ этотъ покупается, какъ замѣчено уже выше, цѣною явной къ означенному кредитору несправедливости и враждебной интересамъ личнаго кредита, развитіе коего немыслимо тамъ, гдѣ никто не въ состо-

яніи рассчитывать на самого себя, гдѣ трудами и расходами, понесенными однимъ, могутъ воспользоваться и другіе.

Далѣе, внѣ всякаго спора, что принудительный залогъ уменьшаетъ кредитную способность имѣнія. Но дѣло въ томъ, что она уменьшается при всякомъ установленіи залоговаго права, будетъ ли оно основано на судебномъ рѣшеніи, или на договорѣ, либо завѣщаніи. Если бы даже, чего на самомъ дѣлѣ нѣтъ, уменьшеніе это оказывалось въ разсматриваемомъ случаѣ большимъ въ сравненіи съ случаями установленія залога по договору или завѣщанію, оно всетаки лучше совершеннаго прегражденія собственнику возможности пользоваться кредитомъ подъ свое имѣніе по случаю наложенія на оное запрещенія въ обезпеченіе денежнаго иска, — какъ это имѣетъ мѣсто по нынѣ дѣйствующему законодательству. Слѣдовательно, система принудительнаго залога несравненно выгоднѣе въ этомъ отношеніи для интересовъ должниковъ и поземельной собственности. Должнику несомнѣнно легче найти кредитъ съ цѣлью удовлетворенія взыскателя подъ имѣніе, обремененное принудительнымъ залогомъ, когда право распоряженія его тѣмъ имѣніемъ нисколько не ограничено, нежели тогда, когда надъ нимъ виситъ начатое уже производство публичной продажи.

Нисколько не худшимъ, точно также, а напротивъ того лучшимъ, оказывается положеніе вышестоящихъ договорныхъ кредиторовъ при усвоеніи системы принудительнаго залога. Если положеніе это ухудшается при установленіи принудительнаго залога, благодаря возможности публичной продажи, неограниченной какимъ либо срокомъ, то оно ухудшается гораздо болѣе при невозможности для взыскателя довольствоваться хотя бы и временно принудительнымъ залогомъ, т. е. тогда, когда согласно существующему въ настоящее время порядку взыскателю открыть лишь путь немедленнаго обращенія имѣнія въ продажу. Что же касается до указанія на то, будто бы система принудительнаго залога заставляеть кредиторовъ должника спѣшить предъявленіемъ своихъ исковъ изъ опасенія быть обойденнымъ кѣмъ либо изъ нихъ, то опасеніе это возможно и при теперешней системѣ законодательства, существенныя черты коей были приведены выше. Если должникъ

оказывается дѣйствительно раззореннымъ, если онъ фактически несостоятеленъ, то спасти его не въ состояніи никакая законодательная система. Но преимущество системы принудительнаго залога заключается именно въ томъ, что она спасительнѣе для должника во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда денежные затрудненія его чисто временны, преходящи и когда, слѣдовательно, не можетъ быть рѣчи о возможности предъявленія къ нему множества исковъ, превышающихъ по суммѣ своей его активъ.

Во всякомъ случаѣ нельзя не замѣтить, что всѣ опасенія по отношенію къ принудительному залогу, высказываемыя его противниками, являются, по преимуществу, апріористическими, доктринерными. Практическая жизнь оказывается лучшимъ судьей въ настоящемъ случаѣ, а она высказывается несомнѣнно въ пользу этого института, доказательствомъ чему служитъ то положеніе, которое вопросъ о немъ занимаетъ въ большинствѣ западно-европейскихъ ипотечныхъ законодательствъ. Предложенія объ отмѣнѣ принудительнаго залога, заявленныя во Франціи въ 1850 году, не увѣнчались успѣхомъ. Противъ подобныхъ же предложеній, сдѣланныхъ въ Великомъ Герцогствѣ Баденскомъ, высказалось большинство юристовъ-практиковъ ⁽¹⁾. Наконецъ и въ Бельгіи, гдѣ отмѣна принудительнаго залога состоялась въ 1851 году ⁽²⁾, она вызвала массу жалобъ и возраженій, указывавшихъ на преимущества прежняго порядка, существовавшаго до таковой отмѣны ⁽³⁾.

45. Залогъ можетъ быть установленъ только въ опредѣленной суммѣ и лишь на всемъ недвижимомъ имѣніи, въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ, или на всей долѣ въ имѣніи, если имѣніе принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности.

⁽¹⁾ *Mittermaier*, въ *Archiv für die Civilistische Praxis*, т. 38, стр. 133 и слѣд.

⁽²⁾ *Loi sur la revision du régime hypothécaire, accompagnée de tous les documents officiels relatifs à la loi, etc.* (Bruxelles, 1852), стр. 26, 114, 138, 235—258.

⁽³⁾ *Mittermaier*, тамъ же.

- Ст. 17 главн. основ.
Ст. 143 проекта мин. юст.
Ст. 555, 1632—1634 т. X ч. I, изд. 1887 г.
Ст. 63 пол. о каз. под. и пост., т. X ч. I, изд. 1887 г.
Ст. 117 польск. ипот. уст. 1818 г.
Ст. 1358 ост. гр. зак.
Ст. 31 и 23 прусск. зак. о приобр. пр. собств. на недв.
им. 1872 г.
Ст. 372, 388 и 389 сакс. гр. улож.
Ст. 13 и 14 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.
Ст. 11 бав. пол. объ ипот. 1822 г.
Ст. 74 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.
Ст. 1965 шт. гр. улож.
Ст. 78 и 80 бельг. ипот. закона.
Ст. 2132, 2148 франц. гр. кодекса.
Ст. 1063 проекта общегерманск. гр. улож.

I. Независимо отъ начала гласности, въ основаніе всякой правильно устроенной ипотечной системы должно быть положено еще, какъ извѣстно уже изъ общихъ объясненій къ настоящему проекту, и *начало спеціальности*. Статья 45 и выражаетъ собою общее правило о примѣненіи къ залогу этого послѣдняго начала, введеннаго въ число утвержденныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество (ст. 17).

Разсматриваемое въ таковомъ именно примѣненіи своемъ начало спеціальности требуетъ точнаго опредѣленія въ каждомъ данномъ случаѣ *суммы*, до которой залогъ простирается, и *недвижимости*, составляющей предметъ обезпеченія. Важность сего требованія представляется вполне очевидною. Въ самомъ дѣлѣ, вотчинныя книги могутъ лишь тогда исполнить свою задачу—служить третьимъ лицамъ основаніемъ для юридическаго оборота по данному имѣнію, когда точная индивидуализація предмета залога и размѣра, до котораго можетъ простираться отвѣтственность имѣнія по этому залогу, составляетъ существенную его принадлежность, т. е. такую принадлежность, помимо которой установленіе залога немыслимо. Поземельный кредитъ возможенъ лишь при томъ условіи, чтобы лица, обладающія свободными капиталами и готовыя помѣстить ихъ подъ обезпеченіе того или другаго недвижимаго имѣнія, оказывались въ состояніи

I. Начало спеціальности залога.

опредѣлить, во всякое время, съ извѣстною степенью вѣроятности, кредитоспособность этого имѣнія, что, въ свою очередь, возможно лишь тогда, когда лицамъ этимъ даны будутъ средства удостовѣриться въ томъ, какими залогами обременено именно *данное имѣніе*, а также *на какую сумму* простирается, или до какой суммы можетъ простирается, отвѣтственность этого имѣнія по обременяющимъ его залогамъ, ибо только при подобныхъ условіяхъ возможно придти къ правильному заключенію о томъ, какая цѣнность имѣнія остается свободною отъ залоговъ.

Отсюда ясно, что начало спеціальности защищаетъ интересы какъ третьихъ лицъ, такъ и должника. Вводя это начало, законодатель желаетъ, чтобы третьи лица могли знать, какими долгами обременено то или другое имѣніе. Кромѣ того, неопредѣленность долговаго обремененія имѣнія противна интересамъ должника потому, что могла бы нерѣдко совершенно лишить его кредита.

II. Значеніе этого начала, какъ необходимой принадлежности залога.

II. Начало опредѣленности размѣра, до котораго можетъ простирается отвѣтственность имѣнія по залогу, выражается въ правилѣ настоящей статьи о томъ, что *«залогъ можетъ быть установленъ только въ опредѣленной суммѣ»*. Это, такъ сказать, первый элементъ спеціальности залога—спеціальности въ отношеніи залоговаго требованія. Послѣ всего сказаннаго въ п. III соображеній къ ст. 43⁽¹⁾, элементъ этотъ не нуждается болѣе въ какихъ либо объясненіяхъ. Другой элементъ—спеціальность въ примѣненіи къ имѣнію, на которомъ залогъ устанавливается, опредѣляется постановленіемъ разсматриваемой статьи о томъ, что установленіе залога возможно *«лишь на всемъ недвижимомъ имѣніи, въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ, или на всей долѣ въ имѣніи, если имѣніе принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности»*.

Прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію вопросовъ, возбуждаемыхъ этимъ вторымъ элементомъ начала спеціальности

(1) См. выше, стр. 309 и слѣд.

залога, необходимо остановиться на самой категорической формѣ постановленій разсматриваемой статьи.

Форма эта не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что нарушеніе того или другаго элемента спеціальности залога должно, по мысли проекта, влечь за собою признаніе недействительности самаго залога. Въ самомъ дѣлѣ, начало спеціальности этого института вытекаетъ, какъ указано было выше, изъ соображеній общей пользы, публичнаго характера. Залогъ, неспеціализированный въ примѣненіи къ требованію и предмету, который онъ долженъ обременять, не можетъ быть вовсе признанъ залогомъ. Очевидно также, что правило настоящей статьи относится безусловно ко всѣмъ видамъ залога, каково бы не было его правооснованіе; слѣдовательно, не только къ договорному, но и къ завѣщательному и принудительному залогу. На это указываетъ уже помѣщеніе этой статьи въ отдѣленіи, озаглавленномъ «о залогѣ вообще», т. е. въ числѣ общихъ правилъ, обязательныхъ для всѣхъ случаевъ установленія залога.

Поэтому, если бы въ виду вотчиннаго установленія былъ такой актъ, долженствующій служить правооснованіемъ залога, въ которомъ требованіе, подлежащее обезпеченію, не было бы опредѣлено въ своей суммѣ, или не былъ бы спеціализированъ предметъ залога, то и внесеніе послѣдняго не должно имѣть мѣста. Необходимость той и другой спеціализаціи въ самомъ актѣ, служащемъ правооснованіемъ залога, вытекаетъ изъ того, что внесеніе есть не болѣе, какъ формальный актъ возникновенія залога, совершаемый *въ силу того права, которое существуетъ благодаря первому изъ этихъ актовъ*. Поскольку право это неопредѣленно, его еще нѣтъ, а слѣдовательно и не можетъ быть внесенія.

И такъ, не только статья о залогѣ, внесенная въ вотчинную книгу, но и актъ, служащій его правооснованіемъ, должны отвѣчать указаннымъ настоящею статьею условіямъ спеціальности. Въ случаѣ нарушенія этихъ условій какъ упомянутая статья, такъ и означенный актъ должны быть признаваемы лишенными всякой юридической силы, т. е. недействительными. А отсюда ясно также, что недостатки, присущіе въ разсматриваемомъ отношеніи правооснованію, не могутъ быть

покрыты правильною самою статьею о залогѣ. Такъ, наприкладъ, внесеніемъ статьи о залогѣ въ данную вотчинную книгу предметъ его специализируется самъ собою. Таковымъ предметомъ оказывается имѣніе, на которое книга заведена. Но если бы внесеніе было совершено, несмотря на отсутствіе указанія въ актѣ, служащемъ правооснованіемъ залога, того имѣнія, къ которому онъ долженъ относиться, то залогъ окажется недѣйствительнымъ, несмотря на то, что статья о немъ удовлетворяетъ требованіямъ специальности. И наоборотъ, дѣйствительность правооснованія не можетъ покрыть собою недостатковъ статьи о залогѣ съ точки зрѣнія разсматриваемаго начала. Залогъ, внесенный безъ указанія въ вотчинной книгѣ суммы, на которую или до которой простирается требованіе, имъ обезпечиваемое, будетъ недѣйствителенъ, хотя бы въ актѣ, служащемъ его правооснованіемъ, сумма эта была точно обозначена.

Такъ какъ начало специальности установлено какъ въ интересахъ третьихъ лицъ, такъ и должника, то и недѣйствительность залога, въ случаѣ нарушенія этого начала, представляется не относительною только, но абсолютною. Требовать погашенія его въ вотчинной книгѣ могутъ не только заинтересованныя третьи лица, но и самъ должникъ. Само собою разумѣется, что требованіе этого рода можетъ быть осуществлено лишь настолько, насколько тому не препятствуетъ дѣйствіе начала безповоротности. Поэтому, если бы залоговое право, установленное съ нарушеніемъ начала специальности, перешло къ третьему лицу, дѣйствовавшему при приобрѣтеніи этого права добросовѣстно, то ему могли бы быть противопоставлены только тѣ недостатки, которые могли быть имъ усмотрѣны изъ самой вотчинной книги (наприкладъ, неопредѣленіе въ самой книгѣ суммы требованія), но не тѣ, которые присущи исключительно правооснованію залога, ибо, вступая въ какія либо юридическія отношенія по имѣнію, третье лицо обязано руководствоваться исключительно содержаніемъ вотчинной книги, а никакъ не актами, на коихъ основаны статьи этой послѣдней.

Вопросъ о соблюденіи условій специальности не только въ примѣненіи къ статьѣ о залогѣ, но и къ самому правооснова-

нію его, прибрѣтаетъ особое практическое значеніе для случаевъ установленія залога по договору, ибо это суть именно тѣ случаи, которые всего болѣе многочисленны. Въ развитіе правила настоящей статьи проектъ и коснулся этого вопроса въ ст. 261, помѣщенной въ числѣ постановленій, касающихся порядка совершенія актовъ въ вотчинномъ установленіи. Подчиняя извѣстной, торжественной формѣ акты, служащіе правооснованіемъ залога (ст. 5), проектъ не могъ въ тоже время не подчинить этой формѣ и самую спеціализацію залога, какъ существенную его принадлежность, какъ такую принадлежность, внѣ которой существованіе послѣдняго немыслимо. Поэтому-то вышеприведенная ст. 261 проекта и постановляетъ, что вотчинный актъ по договорному залогу долженъ содержать въ себѣ, между прочимъ, свѣдѣнія, указанные въ ст. 242, т. е. имѣніе, къ которому актъ относится, и номеръ, подъ которымъ оно записано въ вотчинной книгѣ, а также сумму обезпечиваемаго залогомъ требованія и другія данныя, вліяющія на спеціализацію залога, а именно, размѣръ процентовъ, если они условлены, и срокъ платежа какъ капитала, такъ и процентовъ. Ясно, что всякое новое соглашеніе сторонъ, вліяющее на рассматриваемую спеціализацію залога, дополняющее или измѣняющее первоначальное ихъ соглашеніе, должно быть также облечено, подъ страхомъ недѣйствительности, въ установленную проектомъ торжественную форму. Внѣ этой формы, никакія указанія сторонъ, письменныя или словесныя, направленные къ восполненію недостатковъ первоначальнаго акта, или къ замѣнѣ новыми условіями тѣхъ или другихъ его условій, касающихся суммы требованія или предмета залога, принимаемы быть не могутъ.

Все сказанное не значитъ однакоже, чтобы въ другихъ случаяхъ установленія залога, кромѣ основанныхъ на договорѣ, не требовалось проектомъ соблюденія начала спеціальности до момента внесенія въ вотчинную книгу статьи о залогѣ, ибо, какъ уже сказано, рассматриваемое правило обнимаетъ собою всѣ виды залога. При завѣщательномъ залогѣ указаніе размѣра требованія и имѣнія должно содержаться въ самомъ завѣщаніи. Слѣдовательно, завѣщательное распоряже-

ніе объ установленіи залога, неудовлетворяющее означенному условію спеціальности, должно почитаться точно такъ же недѣйствительнымъ, какъ аналогичное съ нимъ, въ данномъ отношеніи, договорное распоряженіе. Для случаевъ же установленія принудительнаго залога необходимость соблюденія спеціальности по отношенію къ требованію вытекаетъ изъ правилъ проекта, по которымъ залогомъ этимъ можетъ быть обезпечиваемо лишь требованіе, основанное на судебномъ рѣшеніи о *взысканіи денежной суммы* или требованіе *суммы*, причитающейся казнѣ (ст. 54 и 55); что же касается предмета залога, то онъ долженъ быть указанъ или въ опредѣленіи суда или же въ просьбѣ, поданной вотчинному установленію о внесеніи записи или отмѣтки (ст. 186), а когда залогъ устанавливается въ пользу правительственныхъ установленій, земскихъ, городскихъ и общественныхъ учреждений, — въ сообщеніи подлежащаго установленія или должностнаго лица (ст. 188 проекта).

Въ частности, что касается до указанія предмета залога, то, какъ показываетъ практика нѣкоторыхъ западно-европейскихъ законодательствъ, оно не всегда бываетъ столь точнымъ, чтобы устраняло всякія недоразумѣнія. Отсутствие точности открываетъ поле для противоположныхъ толкованій и ведетъ къ массѣ процессовъ. Вопросъ о томъ, какой именно предметъ имѣлся сторонами въ виду, есть вопросъ факта, а между тѣмъ желательно, по возможности, вывести начало спеціальности изъ области вопросовъ этого рода и поставить его на болѣе прочную почву, недопускающую противорѣчивыхъ толкованій, такъ какъ оно есть одинъ изъ основныхъ принциповъ залога. Помочь этому стремленію можетъ, очевидно, лишь одно, а именно установленіе въ самомъ законѣ тѣхъ признаковъ, коими должно быть опредѣляемо заинтересованными сторонами то имѣніе, которое они условились обременить залогомъ. Французскій гражданскій кодексъ (ст. 2148) такими признаками считаетъ указаніе въ актѣ, служащемъ правооснованіемъ залога, *на родъ (l'espèce) и положеніе имѣній*, на коихъ предполагается установить залогъ; бельгійскій ипотечный законъ (ст. 83) ставитъ такимъ признакомъ, вмѣсто рода имѣнія, *существо его (nature)*.

Однакоже и эти признаки представляются далеко недостаточными. Недостаточность их засвидѣтельствована вполне юридическою литературою и судебною практикою ⁽¹⁾. И они не въ состояніи устранить массы недоразумѣній и споровъ. Гораздо правильнѣе поступаютъ въ данномъ случаѣ нѣкоторыя германскія законодательства, напримѣръ, прусское ⁽²⁾, требующія, чтобы имѣніе, какъ предметъ залога, было специализировано посредствомъ указанія въ договорѣ о залогѣ номера подлежащей вотчинной книги. Проектъ, какъ видно изъ вышеприведеннаго содержанія ст. 261, слѣдуетъ примѣру этихъ послѣднихъ законодательствъ, а именно точно также требуетъ указанія въ актѣ о залогѣ *на номеръ вотчинной книги имѣнія, подлежащаго обремененію*, руководствуясь тѣмъ соображеніемъ, что признакъ этотъ обладаетъ болѣе всякаго другаго характеромъ безспорности и достовѣрности.

III. 1. Требованіе, чтобы установленіе залога сопровождалось точнымъ опредѣленіемъ предмета его, ведетъ необходимо, прежде всего, къ недопущенію со стороны законодательства такъ называемыхъ *общихъ, генеральныхъ ипотекъ*, т. е. залоговъ, устанавливаемыхъ на всемъ имуществѣ должника, въ чемъ бы оно не состояло, какъ уже у него находящемся въ моментъ установленія залога, такъ и на томъ имуществѣ, которое можетъ принадлежать ему въ будущемъ (*hypotheca omnium bonorum, tam mobilium quam immobilium, praesentium et futurum, hypothèque general, Generalhypothek*). Возможность установленія общаго залога, точно такъ же какъ и отсутствіе гласности въ примѣненіи ко всѣмъ случаямъ пріобрѣтенія залога, составляли одну изъ самыхъ слабыхъ сторонъ римскаго залоговаго права. Несовмѣстимость общаго залога съ существованіемъ ипотечной системы до того очевидна, что борьба противъ этого наслѣдія римлянъ признана была насущною потребностью вездѣ, гдѣ только созрѣло сознаніе необходимости поставить поземельный кредитъ на прочныхъ, незыбле-

III. Опредѣленность предмета залога.

1. Несовмѣстимость съ нею т. н. генеральныхъ ипотекъ.

⁽¹⁾ *Laurent*, в. п. с., т. XXX, стр. 465 и слѣд.

⁽²⁾ *Archilles*, в. п. с., стр. 193.

мыхъ основаніяхъ. Осуждаемый всею литературою ипотечнаго права, означенный видъ залога не находитъ уже для себя мѣста въ системѣ новѣйшихъ западно-европейскихъ законодательствъ. Только одно французское право представляетъ въ этомъ случаѣ исключеніе, такъ какъ оно сообщаетъ характеръ общаго залога законной и, какъ было уже упомянуто въ объясненіяхъ къ предъидущей статьѣ ⁽¹⁾, судебной ипотеки ⁽²⁾. Вредъ, проистекающій отъ такого порядка вещей для интересовъ недвижимой собственности и поземельнаго кредита, заставилъ законодательства Бельгіи и Италіи, несмотря на дѣйствіе французскаго кодекса въ первой изъ нихъ и вліяніе, оказанное имъ на гражданское уложеніе второй, исправить этотъ недостатокъ названнаго кодекса подчиненіемъ залога, въ данномъ отношеніи, дѣйствию началъ гласности и спеціальности ⁽³⁾.

Что касается Россіи, то роль законодателя при введеніи у насъ ипотечной системы облегчается въ высшей степени въ данномъ случаѣ тѣмъ обстоятельствомъ, что ни древнее, ни современное наше законодательство не допускаютъ установленія общаго залога. Оно не было возможно по нашему древнему праву потому, что залогъ по этому праву устанавливался посредствомъ *передачи* имѣнія, исключавшей всякую неопредѣленность въ отношеніи предмета, обременяемаго залогомъ. Но, хотя общій залогъ неизвѣстенъ нашему законодательству, тѣмъ не менѣе послѣднее допускало наложеніе *общаго запрещенія* на имущество должника въ обезпеченіе предъявленныхъ къ нему исковъ и взысканій (ст. 1062 т. X ч. II свод. зак. о суд. взыск. гражд., изд. 1876 г.; ст. 604 и 605 уст. гражд. суд.). Сущность этого обезпеченія заключается въ одновременномъ, устанавливаемомъ однимъ общимъ актомъ, ограниченіи должника въ правѣ распоряже-

⁽¹⁾ Стр. 360 и слѣд.

⁽²⁾ Ст. 2122, 2123, 2148³ франц. гр. кодекса.

⁽³⁾ Loi sur la révision etc. (см. выше), стр. 28 и 171; *Laurent*, Principes de droit civil, т. XXX: § 499; *С. Зарудный*, Гражданское уложеніе итальянскаго королевства и русскіе гражданскіе законы (С.-Петербургъ, 1869), ст. 1965, 1982, 1986.

нія всѣми принадлежащими или могущими принадлежать ему имѣніями, гдѣ бы таковыя не оказались. Наложениемъ этого запрещенія имѣлось въ виду сохранить въ пользу кредиторовъ не точно опредѣленное, а *всякое* имущество должника, въ томъ числѣ и то, которое можетъ быть обнаружено или достаться ему впослѣдствіи. Стѣсня должника въ правѣ распоряженія его имѣніями, служа основаніемъ къ признанію недѣйствительными сдѣлокъ по этимъ имѣніямъ, заключенныхъ должникомъ съ третьими лицами при существованіи общаго запрещенія, послѣднее не давало однакоже кредиту права на преимущественное удовлетвореніе предъ прочими требованіями, все равно, обезпечены ли они на имѣніяхъ должника послѣ наложенія запрещенія, или даже вовсе не обезпечены. Въ отсутствіи у лица, въ пользу коего наложено запрещеніе, этого права на преимущественное удовлетвореніе его требованія предъ прочими требованіями и заключается, какъ извѣстно уже изъ предъидущаго изложенія, отличіе запрещенія, налагаемаго въ обезпеченіе исковъ и взысканій, отъ залога и слѣдовательно различіе общаго запрещенія отъ общаго залога. Тѣмъ не менѣе, и общее запрещеніе совершенно несовмѣстимо съ существованіемъ ипотечной системы. Допущеніе подобнаго вида обезпеченія правъ и послѣ введенія ипотечной системы находилось бы во внутреннемъ противорѣчій съ этой послѣдней, оно подорвало бы значеніе вотчинныхъ книгъ, какъ единственнаго источника, изъ коего третьи лица могутъ почерпнуть свѣдѣнія о правовомъ положеніи имѣнія, а слѣдовательно подкосило бы вѣру въ эти книги. Мало того, введеніе ипотечной системы при подобномъ условіи представлялось бы даже безцѣльнымъ, ибо оно не положило бы конца нынѣ существующей неопредѣленности въ отношеніи обремененій недвижимаго имѣнія, къ устраненію которой система эта направлена. Общее запрещеніе несовмѣстимо съ существованіемъ ипотечной системы еще и потому, что введеніе этой системы должно имѣть своимъ послѣдствіемъ измѣненіе существующаго нынѣ порядка обезпеченія на недвижимыхъ имѣніяхъ исковъ и взысканій. Мѣсто нынѣшняго запрещенія должна занять,

послѣ открытія вотчинныхъ книгъ по имѣніямъ, охранительная отмѣтка, съ присвоеннымъ ей главными основаніями и проектомъ значеніемъ вотчинной статьи, сохраняющей за обезпеченнымъ требованіемъ *старшинство* по времени внесенія ея, а слѣдовательно и *преимущество* предъ правами, не только вовсе не внесенными, но и внесенными позже означенной отмѣтки. Другими словами, съ введеніемъ ипотечной системы запрещеніе, наложенное въ обезпеченіе иска или взысканія, замѣняется, такъ сказать, предварительною статьею о залогѣ, которая предварительна лишь потому, что искъ или взысканіе еще спорны, еще не присуждены, и превращается въ окончательную статью о залогѣ, какъ только этотъ искъ или взысканіе превратятся въ безспорныя требованія ⁽¹⁾. Понятно однакоже, что удержаніе при такихъ обстоятельствахъ въ нашемъ законодательствѣ общаго запрещенія было бы равносильно введенію неизвѣстнаго этому законодательству общаго залога и повлекло бы за собою не улучшеніе, но напротивъ того ухудшеніе нашего залоговаго права.

Какъ извѣстно, Высочайше утвержденное 26 іюня 1889 г. мнѣніе государственнаго совѣта ⁽²⁾ отмѣнило наложеніе на будущее время, начиная съ 1 января 1890 г., общихъ запрещеній и установило порядокъ ликвидаціи наложенныхъ уже общихъ запрещеній путемъ замѣны ихъ частными, т. е. спеціальными. Другимъ Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ государственнаго совѣта отъ 18 декабря того же года ⁽³⁾ означенный срокъ продолженъ, впрочемъ только въ примѣненіи къ запрещеніямъ, налагаемымъ по казеннымъ взысканіямъ и начетамъ, до 1 января 1891 г. Надо надѣяться, что тѣмъ временемъ найдена будетъ возможность согласованія интересовъ казны въ отношеніи обезпеченія ея требованій съ общегосударственными интересами, вызывающими настоятельную необходимость въ спеціализаціи всѣхъ рѣшительно обезпеченій, налагаемыхъ на недвижимыя имѣнія.

⁽¹⁾ См. выше, стр. 344 и слѣд.

⁽²⁾ Собр. узак. и расп. правит. 1889, № 82, ст. 692.

⁽³⁾ Тамъ же, № 143, ст. 1141.

2. Специальность въ примѣненіи къ предмету залога имѣеть, далѣе, неизбѣжнымъ своимъ послѣдствіемъ невозможность установить залогъ на имѣніи, которое не принадлежитъ еще должнику, но должно достаться ему въ будущемъ. Рѣдкіе случаи соглашеній этого рода если и возможны, то никакъ не съ значеніемъ правооснованій, *договоровъ о залогѣ*, а лишь въ смыслѣ договоровъ о будущемъ заключеніи договора о залогѣ, обязательствъ установить залогъ послѣ того, какъ имѣніе перейдетъ въ собственность должника, т. е. въ смыслѣ *pactum de pacto contrahendo*.

2. Невозможность установленія залога на имѣніи, которое имѣеть поступить къ должнику въ будущемъ.

3. Наконецъ, по силѣ настоящей статьи, залогъ можетъ быть установленъ лишь на всемъ имѣніи, въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ, или на всей долѣ въ недвижимомъ имѣніи, если имѣніе принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности. Отсюда непосредственно слѣдуетъ, что залогъ *части недвижимаго имѣнія* или *части доли* въ имѣніи проектомъ не допускается. Правило это основано на слѣдующихъ соображеніяхъ:

3. Значеніе имѣнія, на которое заведена особая вотчинная книга, какъ вотчинной единицы.

Всякая вещь можетъ стать предметомъ непосредственнаго физическаго господства, объектомъ вотчиннаго права, не иначе, какъ подъ условіемъ отдѣльнаго, независимаго отъ другихъ вещей, существованія. Положеніе это, характеризующее понятіе *вещей* (*res*), какъ объекта правъ, въ примѣненіи къ движимымъ вещамъ очевидно само собою. Но кромѣ движимыхъ вещей есть еще недвижимыя вещи, съ которыми и имѣеть собственно дѣло ипотечная система. А такъ какъ вещи послѣдняго рода не имѣютъ физически отдѣльнаго отъ прочихъ вещей существованія, ибо онѣ связаны тѣлесно съ окружающимъ ихъ земельнымъ пространствомъ, то и является необходимость опредѣлить то условіе, при наличности коего всякая недвижимость можетъ быть разсматриваема какъ отдѣльное цѣлое, какъ самостоятельный предметъ юридическаго оборота, и получить значеніе «имѣнія», какъ предмета, независимаго отъ другихъ предметовъ правъ, въ техническомъ смыслѣ этого слова.

Понятно, что въ качествѣ такового независимаго предмета

имѣніе мыслимо лишь какъ нѣчто такое, что можетъ быть отличено на земельной поверхности отъ прочаго, граничащаго съ нимъ земельного пространства. Признаки, служащіе средствомъ выдѣленія всякаго даннаго имѣнія изъ окружающаго его пространства и противоположенія послѣднему, какъ чего-то цѣлаго, отдѣльнаго, обуславливаются мѣстными условіями той или другой страны, или какой либо ея части, и бываютъ весьма различны. Самымъ совершеннымъ средствомъ этого рода служатъ, какъ извѣстно, *кадастровые планы и книги*. Кадастровое межеваніе имѣетъ одно общее для данной страны основаніе, заключающееся въ предварительныхъ геодезическихъ работахъ, въ подробномъ измѣреніи тригонометрической сѣти. Тамъ, гдѣ межеваніе это существуетъ, имѣнія представляются, дѣйствительно, какъ части поверхности вполне въ себѣ отграниченныя, замкнутыя въ смыкающейся со всѣхъ сторонъ граничной линіи, которая, будучи показана на планѣ, опредѣляетъ геометрически положеніе и пространство этой поверхности. Въ странахъ же, гдѣ нѣтъ еще кадастра, упомянутыми признаками служатъ менѣе совершенныя топографическія средства, въ родѣ нашихъ межевыхъ плановъ, и исторически сложившіеся моменты, указывающіе на совокупную, единую принадлежность опредѣленныхъ пространствъ между собою, и заключающіеся въ общемъ названіи этихъ пространствъ, въ долгомъ состояніи ихъ въ единомъ владѣніи и т. п.

Ни одинъ изъ этихъ признаковъ не можетъ быть сочтенъ однакоже абсолютно достовѣрнымъ, а слѣдовательно и такимъ, который представлялся бы годнымъ для того, чтобы служить отправною точкою для опредѣленія юридическаго понятія имѣнія, какъ предмета права. Каждый изъ нихъ имѣетъ значеніе не болѣе, какъ доказательства, которое можетъ быть, въ случаѣ спора, принято судомъ лишь настолько, насколько оно въ томъ или другомъ случаѣ поколеблено другими доказательствами. Даже тотъ признакъ, который названъ выше наиболѣе совершеннымъ, а именно кадастровые планы и книги, не пригоденъ для разсматриваемой цѣли, ибо и по отношенію къ этимъ планамъ и книгамъ возможны ошибки, пропуски, обуславливаемые несвоевремен-

нымъ учиненіемъ отмѣтокъ о тѣхъ либо другихъ перемѣнахъ, не говоря уже о томъ, что веденіе этихъ плановъ и книгъ покоится на принципѣ, исходящемъ собственно изъ фактическаго состоянія владѣнія, преслѣдуетъ чисто финансовыя интересы казны и оставляетъ, слѣдовательно, моментъ юридическій, правовой, совершенно въ сторонѣ. Тѣмъ менѣе, поэтому, пригодны служить таковымъ моментомъ межевыя документы, подобные существующимъ у насъ, частію вслѣдствіе давности времени, когда они были составлены, частію вслѣдствіе отсталости употребленныхъ при ихъ составленіи пріемовъ, различія принятыхъ при нихъ основаній и порядковъ, смотря по цѣли, ради которой документы эти составлялись, и допущенныхъ въ нихъ ошибокъ ⁽¹⁾. Всѣ указанныя признаки въ состояніи служить развѣ только *справочнымъ матеріаломъ*, болѣе или менѣе вѣрнымъ, смотря по обстоятельствамъ, доказательствомъ при разрѣшеніи спора о томъ, что образуетъ то или другое имѣніе, въ каждомъ данномъ случаѣ. Единственная попытка связать понятіе имѣнія съ наличностью отдѣльнаго плана, правда кадастроваго, или что то же, съ наличностью отдѣльнаго номера, присвоеннаго имѣнію въ кадастровой книгѣ, какъ съ законнымъ признакомъ этого понятія, сдѣлана въ новомъ проектѣ общегерманскаго уложенія. По силѣ ст. 787 этого проекта, каждое имѣніе, коему въ кадастровой книгѣ ведется особый номеръ, разсматривается какъ единое («jedes Grundstück, welches in dem Flurbuche eine besondere Nummer führt, ist als ein einheitliches Grundstück anzusehen»). Но неправильность этого постановленія, какъ правила матеріальнаго права, послѣ всего изложеннаго представляется очевидною.

При недостаточности указанныхъ средствъ для характеристики понятія имѣнія, какъ самостоятельнаго объекта права, характеристики этой слѣдуетъ искать въ признакѣ чисто юридическомъ. Таковой признакъ указывается самъ собою существомъ системы вотчиннаго права, построенной на институтѣ

⁽¹⁾ См. Матеріалы для преобразованія межевой части въ Россіи. Записка, составленная по распоряженію и указанію управляющимъ межевымъ корпусомъ, Ч. IV. Недостатки нынѣшняго состоянія межевой части въ Россіи, стр. 54 и слѣд.

вотчинныхъ книгъ. Въ самомъ дѣлѣ, согласно этой системѣ, весь вотчинный оборотъ по имѣніямъ, всѣ правовыя отношенія, касающіяся непосредственно сихъ послѣднихъ, должны возникать и прекращаться не иначе, какъ по упомянутымъ книгамъ. Въ каждой изъ этихъ книгъ должно, слѣдовательно, отражаться, какъ въ зеркалѣ, все то, что входитъ въ область упомянутыхъ отношеній по данному имѣнію. Отношенія вотчиннаго характера по этому имѣнію внѣ его книги немислимы. Очевидно, что выдержать подобную систему, провести ее со всею послѣдовательностью, которая необходима по самому существу дѣла, возможно только при одномъ условіи, а именно, когда имѣнія, въ смыслѣ самостоятельныхъ предметовъ вотчинныхъ правъ, и тѣ предметы, на которыя заведены отдѣльныя вотчинныя книги, будутъ тождественны, будутъ вполне совпадать другъ съ другомъ. На это тождество и рассчитаны всѣ постановленія ипотечнаго законодательства въ обширномъ смыслѣ этого слова, а слѣдовательно и тѣ, которыя относятся непосредственно къ залoгу. Они должны и могутъ касаться лишь такихъ предметовъ вотчинныхъ правъ, которые становятся самостоятельными предметами вотчиннаго оборота только благодаря тому, что на нихъ заведены особыя вотчинныя книги.

И такъ, при существованіи системы законодательства, построенной на институтѣ вотчинныхъ книгъ, всякое имѣніе въ томъ составѣ, въ какомъ открыта по нему вотчинная книга, представляетъ собою *самостоятельную вотчинную единицу, самостоятельный предметъ вотчиннаго оборота, отдѣльную совокупную вещь* (*universitas juris*), *юридическое цѣлое*. Каждая физическая часть имѣнія, пока она не отдѣлена отъ него юридически, т. е. не внесена въ другую вотчинную книгу, исключительно для нея открытую, и не стала, вслѣдствіе этого, въ свою очередь также самостоятельнымъ предметомъ вотчиннаго оборота, образуетъ собою не болѣе, какъ составную часть этого имѣнія. Съ этой точки зрѣнія только все имѣніе, какимъ оно значится по вотчинной книгѣ, представляется юридически опредѣленнымъ предметомъ права, т. е. такимъ, который удовлетворяетъ вполне началу спеціальности. Поэтому то настоящая статья и постановляетъ, что залoгъ можетъ быть установленъ лишь на всемъ недви-

жимомъ имѣній въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ. Взглядъ на имѣніе, по которому открыта вотчинная книга, какъ на единую совокупную вещь, какъ на юридическое цѣлое, имѣетъ столь существенно важное значеніе, что высказанъ въ нѣкоторыхъ законодательствахъ не только спеціально въ примѣненіи къ залогу, но въ видѣ общаго руководящаго правила (см. напримѣръ, ст. 62 сакс. гр. улож.; ст. 3 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.; ст. 787 пректа общегерм. гр. улож.). Взглядъ этотъ признанъ вполне и главными основаніями предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество, такъ какъ онъ составляетъ прямой выводъ изъ ст. 16 упомянутыхъ главныхъ основаній, по силѣ которой записанныя въ крѣпостную книгу обезпеченія договоровъ, обязательствъ, исковъ, взысканій и начетовъ распространяются на все имущество *въ цѣломъ составѣ*, вмѣстѣ съ его принадлежностями; составъ же каждаго недвижимаго имущества, согласно ст. 29 тѣхъ же главныхъ основаній, опредѣляется содержаніемъ первой части крѣпостной книги.

Конечно, при открытіи вотчинной книги на каждое имѣніе составъ послѣдняго обозначается въ ней на основаніи того межеваго или другаго матеріала, которымъ законодательство данной страны можетъ располагать. То же самое предполагается и по настоящему проекту, какъ это видно изъ ст. 362 и 363, сущность коихъ продиктована условіями быта, въ какомъ находится наше отечество. Чѣмъ совершеннѣе и полнѣе матеріаль, изъ коего заимствованы свѣдѣнія о составѣ имѣнія, тѣмъ, безъ сомнѣнія, лучше. Но какъ бы матеріаль этотъ не оказывался совершеннымъ, онъ все же находится внѣ вотчинной книги, представляется такимъ, на который послѣдняя можетъ развѣ лишь *ссылаться*, но за правильность коего она не въ состояніи отвѣчать, который, какъ уже указано выше, не исключаетъ возможности представленія и другихъ доказательствъ, въ томъ числѣ и тѣхъ, коими опровергаются данныя, основанныя на означенномъ матеріалѣ. Начало публичности вотчинныхъ книгъ, въ его матеріальномъ значеніи, защита правъ, доставляемая этимъ началомъ, на свѣдѣнія, внесенныя въ названныя книги о составѣ и пространствѣ имѣній, нисколько не распространяется. Сравнивая, въ данномъ случаѣ, отправныя точки зрѣнія настоя-

щаго проекта и проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія, нельзя не указать на то, что замѣченная выше неправильность, допущенная послѣднимъ изъ этихъ проектовъ въ приведенномъ правилѣ ст. 787, заключается не въ самомъ фактѣ установленія связи вотчинныхъ книгъ съ книгами кадастровыми, а въ характерѣ, сообщаемомъ проектомъ этой связи. Постановивъ, что имѣніемъ, въ смыслѣ самостоятельнаго предмета права, можетъ почитаться лишь такое, которому въ кадастровыхъ книгахъ ведется особый номеръ, проектъ этотъ выдвигаетъ на первый планъ не вотчинныя книги, какъ бы слѣдовало по самому существу дѣла, а именно кадастровыя. Выходитъ, что первыя въ матеріальномъ отношеніи подчинены послѣднимъ. Согласно первому примѣчанію къ упомянутой 787 ст., только въ имѣющихъ быть изданными дѣлопроизводственныхъ правилахъ предполагается упомянуть о вотчинныхъ книгахъ, которыя должны заключать въ себѣ свѣдѣнія о составѣ и пространствѣ имѣній, находящіяся въ кадастровыхъ книгахъ. Совершенно иначе, какъ разъ наоборотъ, поступаетъ проектъ вотчиннаго устава: онъ придаетъ первенствующее значеніе вотчинной книгѣ, видя въ ея указаніяхъ, и только въ нихъ однихъ, тотъ признакъ, коимъ характеризуется понятіе имѣнія въ каждомъ данномъ случаѣ, почему и выставляетъ его въ настоящей статьѣ, помѣщенной въ числѣ правилъ матеріальнаго вотчиннаго права. Насколько, дѣйствительно, лишь этому признаку можно придать означенное значеніе, легко убѣдиться изъ того, что къ нему вынужденъ вернуться, въ концѣ концовъ, необходимою силою обстоятельствъ и проектъ германскаго уложенія, когда ему пришлось коснуться тѣхъ именно случаевъ, въ которыхъ имѣніе, по коему открыта одна вотчинная книга, состоитъ изъ нѣсколькихъ участковъ, имѣющихъ каждый особый номеръ въ кадастровой книгѣ. Въ этихъ случаяхъ, согласно германскому проекту (см. вторую половину ст. 787), признакомъ, характеризующимъ имѣніе какъ единое (*als ein einheitliches Grundstück*), служить уже не кадастровая, а вотчинная книга; признакомъ этимъ является именно фактъ записки всѣхъ упомянутыхъ участковъ, какъ составныхъ частей единаго цѣлаго, въ одну вотчинную книгу.

4. Непосредственнымъ послѣдствіемъ того положенія, что залогъ можетъ быть установленъ лишь на всемъ имѣніи, въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ, является невозможность установленія залога на какой либо физической части имѣнія. Проектъ оговариваетъ прямо эту невозможность въ постановленіи разсматриваемой статьи, гласящемъ, что «залогъ можетъ быть установленъ . . . лишь на *всемъ* недвижимомъ имѣніи, въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ». Такою оговоркою будутъ избѣгнуты всякія недоразумѣнія въ разсматриваемомъ отношеніи, подобныя обнаружившимся, въ данномъ случаѣ, въ юридической литературѣ по прусскому ипотечному праву ⁽¹⁾. Это постановленіе проекта не имѣетъ конечно того значенія, чтобы имѣніе, на которое открыта вотчинная книга, не могло быть дѣлимо, или, чтобы образующіяся путемъ такового дѣленія части были лишены способности стать самостоятельными предметами вотчинныхъ правъ. Напротивъ того, возможность эта должна остаться на будущее время въ той же степени, въ какой она существуетъ по нынѣ дѣйствующему законодательству. Она, какъ извѣстно, составляетъ общее правило. Слѣдовательно, лишь въ случаяхъ, въ которыхъ законъ прямо не допускаетъ возможности упомянутого дѣленія (ст. 1633 и 1634 т. X ч. I, изд. 1887 г.; ст. 63 полож. о каз. подр. и пост., того же т. и ч.), послѣднее не должно быть допускаемо и впредь. Но только для того, чтобы отдѣленная часть имѣнія стала самостоятельнымъ предметомъ залога, необходимо, какъ уже указано выше, предварительное открытіе на нее особой вотчинной книги. Процедура такового открытія будетъ до извѣстной степени проста, немногосложна, ибо того производства, которое устанавливается собственно для первоначальной записки имѣній въ вотчинныя книги (ст. 349 и слѣд. проекта) она не потребуетъ ⁽²⁾. Коль скоро все имѣніе прошло черезъ упомянутое производство, то прошедшимъ черезъ него должна почитаться также и всякая часть

⁽¹⁾ *Bahlmann*, Grundbuchrecht (3 Aufl.), стр. 108. Противъ *Achilles*, в. п. с., стр. 193; *Förster*, въ изданіи *Энциклопедіи*, в. п. с., т. III, стр. 471, прим. 36.

⁽²⁾ Ср. ст. 196, 197, 206 и 207 настоящаго проекта.

того имѣнія, входившая, ко времени открытія по нему книги, въ его составъ. Точно также, упомянутая процедура не требуетъ и значительныхъ издержекъ. Требовать же ея необходимо именно потому, что внѣ условія открытія особой вотчинной книги на часть имѣнія, обременяемую самостоятельно залогами, производство записей по книгамъ и производство взысканій съ недвижимыхъ имѣній представились бы значительно осложненными и способными вызвать на практикѣ массу недоразумѣній и ошибокъ.

5. Залогъ идеальной доли имѣнія.

5. Сказанное относительно залога физической части недвижимаго имѣнія нисколько не распространяется однакоже на залогъ идеальной части того же имѣнія. Имѣніе, принадлежащее нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности, остается физически не раздробленнымъ. Каждый единичный атомъ такого имѣнія составляетъ общую принадлежность всѣхъ соучастниковъ въ общей собственности. При наличности послѣдней дробленію подвергнулось не само имѣніе, а лишь право на оное. Согласно общему началу, признанному главнѣйшими западно-европейскими законодательствами (ср. ст. 338 сакс. гр. улож., ст. 21 прус. зак. о правѣ собственности и др.), участникъ въ общей собственности вправе распорядиться своей долей, принадлежащей ему въ имѣніи, или, выражаясь словами дѣйствующаго русскаго законодательства, *своимъ жеребьемъ*, точно также, какъ вправе распоряжаться всѣмъ имѣніемъ единичный собственникъ. Тоже самое признается и у насъ. По 1632 ст. т. X ч. 1, изд. 1887 г., только для отдачи въ залогъ *всего* имѣнія, состоящаго въ общемъ владѣніи, требуется согласіе всѣхъ участвующихъ въ немъ владѣльцевъ. Что же касается до залога доли, или жеребія, принадлежащаго соучастнику, то таковой залогъ прямо предусмотрѣнъ закономъ (ст. 555 тамъ же) и признанъ дозволеннымъ помимо упомянутаго согласія остальныхъ соучастниковъ; послѣднимъ принадлежитъ лишь право сохранить за собою закладываемую долю при ея продажѣ, заплативъ за нее по оцѣнкѣ (тамъ же). Отступленіе отъ приведенныхъ положеній дѣйствующаго закона не можетъ быть признано желательнымъ, такъ какъ практическая необходимость допущенія залога иде-

альной части имѣнія доказана вполне; случаи такого залога встрѣчаются весьма часто. Лишеніе всякаго соучастника въ общей собственности права извлечь изъ принадлежащей ему доли тѣ выгоды, которыя она въ состояніи ему доставить путемъ залога ея, представлялось бы нерѣдко весьма тяжелымъ и несправедливымъ со стороны закона стѣсненіемъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что безъ права закладывать доли имѣнія содержаніе вотчинныхъ книгъ выиграло бы въ извѣстной мѣрѣ въ отношеніи своей простоты и удобообозрѣваемости, такъ какъ въ книгѣ эти попадали бы только такія статьи, которыя относились бы лишь ко всему имѣнію, какъ цѣлому. Тѣмъ не менѣе, эта простота и удобообозрѣваемость могутъ быть въ надлежащей мѣрѣ сохранены при помощи цѣлесообразнаго устройства порядка вотчиннаго дѣлопроизводства. Къ этой, между прочимъ, цѣли стремятся правила ст. 130 и 172 настоящаго проекта, изъ коихъ послѣдняя предписываетъ, чтобы при внесеніи въ вотчинную книгу вотчиннаго права, принадлежащаго нѣсколькимъ лицамъ, доля каждаго изъ нихъ была положительно опредѣлена, а первая—чтобы въ каждой статьѣ, не распространяющейся на все имѣніе въ томъ составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ, было положительно выражено, что она имѣетъ своимъ предметомъ опредѣленную часть или долю имѣнія.

Признавая, по изложеннымъ соображеніямъ, возможнымъ допустить залогъ идеальной доли недвижимаго имѣнія, проектъ, слѣдуя примѣру саксонскаго и австрійскаго законодательства и проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія 1888 г. ⁽¹⁾, находитъ въ тоже время необходимымъ, во 1-хъ, предоставить право закладывать извѣстную долю имѣнія только соучастнику въ общей собственности, но никакъ не такому собственнику, коему все имѣніе принадлежитъ нераздѣльно, и во 2-хъ, допустить залогъ лишь всей доли, принадлежащей

⁽¹⁾ Ст. 372 сакс. гражд. улож. и мотивы къ ней (*Siebenhaar*, *Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen*, издание второе т. I стр. 352); ст. 13 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.; ст. 1063 проекта общегерм. гр. уложенія. Ср. также *Exner's*, d. *Oesterreichische Hypothekenrecht*, стр. 51 и 52.

соучастнику въ имѣніи, воспретивъ, такимъ образомъ, установленіе залога на части этой доли. Ограниченія эти вытекаютъ прямо изъ буквального смысла разсматриваемой статьи, изъ постановленія ея о томъ, что залогъ можетъ быть установленъ только . . . на *всей* долѣ въ имѣніи, *если имѣніе принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности*. Они вызваны не какими либо теоретическими соображеніями, такъ какъ противъ права собственника заложить долю нераздѣльно принадлежащаго ему имѣнія, или противъ права соучастника заложить часть своей доли съ теоретической точки зрѣнія возражать нельзя. Тѣмъ не менѣе въ предоставленіи какъ того, такъ и другаго права нѣтъ никакой дѣйствительной практической необходимости. Полный просторъ произвола заинтересованныхъ лицъ въ данномъ отношеніи имѣлъ бы на самомъ дѣлѣ своимъ послѣдствіемъ такое осложненіе вотчиннаго дѣлопроизводства, которое уже не находило бы себѣ оправданія въ истинныхъ интересахъ практической жизни, достойныхъ законной охраны.

Вопросъ о предоставленіи собственнику права превратить внесенный въ пользу вотчиннаго кредитора безпроцентный долгъ въ процентный, или увеличить размѣръ прежде условленныхъ процентовъ по внесенному долгу до известной нормы, помимо согласія нижестоящихъ вотчинныхъ кредиторовъ.

Таковы соображенія, на коихъ основана ст. 45 проекта вотчиннаго устава. Общее начало, выраженное въ этой статьѣ, развито затѣмъ подробнѣе во многихъ другихъ статьяхъ проекта, касающихся залога съ матеріальной или дѣлопроизводственной точекъ зрѣнія, на что указано въ соотвѣствующихъ мѣстахъ. Здѣсь же необходимо сказать нѣсколько словъ объ одномъ частномъ правилѣ, состоящемъ въ известной связи какъ съ началомъ спеціальности, такъ и гласности, которое находилось въ числѣ правилъ проекта положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе, внесеннаго министромъ юстиціи въ 1874 г. въ государственный совѣтъ и исключено изъ проекта вотчиннаго устава. Это именно правило ст. 147 названнаго проекта, которое въ первоначальной редакціи настоящаго проекта было изложено въ слѣдующемъ видѣ:

«если въ статьѣ о залогѣ не упомянуто о процентахъ, или если проценты были назначены ниже шести, то соб-

стѣнникъ имѣнія можетъ внести въ вотчинную книгу запись объ установленіи въ пользу кредитора процентовъ не свыше шести со старшинствомъ, принадлежащимъ капиталу, и безъ согласія нижестоящихъ кредиторовъ».

Очевидно, что здѣсь дѣло идетъ объ установленіи исключенія изъ началъ гласности и спеціальности, объ удовлетвореніи могущей возникнуть для собственника необходимости превратить, помимо согласія на то нижестоящихъ кредиторовъ, какой либо изъ безпроцентныхъ долговъ, обременяющихъ его имѣніе, въ процентный, или же увеличить размѣръ прежде условленныхъ процентовъ.

Вотъ какими соображеніями оправдываютъ введеніе подобнаго же правила въ проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1065) мотивы къ этому проекту ⁽¹⁾:

Взглядъ на этотъ вопросъ проекта общегерманскаго гражданск. уложенія.

«1. Капиталъ имѣетъ назначеніемъ своимъ приносить проценты. Когда, поэтому, какое либо требованіе внесено, какъ такое, которое не соединено съ обязательствомъ платежа процентовъ, то можно быть увѣреннымъ, что кредиторъ немедленно по наступленіи срока этому требованію потребуетъ удовлетворенія и, въ случаѣ неполученія послѣдняго, приступитъ къ осуществленію своего залоговаго права. Тяжелыя послѣдствія, угрожающія вслѣдствіе этого собственнику, могутъ быть обыкновенно избѣгнуты только посредствомъ послѣдующаго внесенія обязательства о процентахъ, опредѣленныхъ въ извѣстной нормѣ, ибо въ случаѣ такого внесенія или кредиторъ оставитъ ипотеку на имѣніи, или найдетъ кто либо другой, кто ее пріобрѣтетъ. Вопросъ рѣшается весьма просто, когда нѣтъ правъ, внесенныхъ со старшинствомъ, равнымъ или худшимъ въ сравненіи со старшинствомъ данной ипотеки; въ этомъ случаѣ для дополнительнаго внесенія, а слѣдовательно для распространенія дѣйствія ипотеки и на проценты, достаточно одного лишь вещнаго договора ⁽²⁾, заключеннаго между

⁽¹⁾ Т. III стр. 646.

⁽²⁾ Въ поясненіе сказаннаго въ текстѣ необходимо замѣтить, что проектъ общегерманскаго уложенія проводитъ въ постановленіяхъ своихъ такъ называемую *теорію вещной сдѣлки* или *вещнаго договора* (dinglicher Vertrag),

собственникомъ и кредиторомъ. Когда же, напротивъ того, имѣются налицо упомянутыя права, пользующіяся равнымъ или худшимъ старшинствомъ, то означенное внесеніе съ указанными послѣдствіями можетъ быть, по общему правилу, совершено лишь подъ условіемъ согласія заинтересованныхъ лицъ, развѣ бы законъ предоставилъ возможность отступать отъ этого условія. Выводъ этотъ вытекаетъ изъ того начала, что всякое право на имѣніи пользуется, благодаря своей вотчинной природѣ, старшинствомъ предъ всѣми слѣдующими за нимъ правами, а слѣдовательно и предъ всякимъ расширеніемъ объема права, пользующагося одинаковымъ или худшимъ старшинствомъ. Поэтому, и присоединеніе обязательства о процентахъ къ требованію можетъ быть оглашено по вотчинной книгѣ только на послѣднемъ мѣстѣ, развѣ бы, впрочемъ, лица, располагающія правами съ равнымъ старшинствомъ данной ипотеки или худшимъ въ сравненіи съ нею, изъявили согласіе на внесеніе этого обязательства со старшинствомъ, равнымъ капитальной суммѣ. Ясно однакоже, что при такомъ положеніи вещей вышеуказанный исходъ представляется для собственника все равно что закрытымъ, ибо обыкновенно кредиторъ не захочетъ удовлетвориться послѣднимъ свободнымъ мѣстомъ въ вотчинной книгѣ, а лица, коимъ принадлежатъ права, пользующіяся равнымъ или низшимъ старшинствомъ, едва ли дадутъ когда либо свое согласіе на внесеніе процентовъ со старшинствомъ, присвоеннымъ капиталу. Поэтому разныя законодательства допускаютъ послѣдующее внесеніе обязательства о процен-

признанную впервые, въ ея чистомъ видѣ, во французскомъ правѣ, и становящуюся господствующею въ новѣйшей юридической литературѣ. По этой теоріи, замѣняющей собою устарѣвшую теорію о *modus* и *tutulus acquirendi*, договоръ можетъ служить непосредственнымъ источникомъ не только личныхъ, обязательственныхъ правъ (*obligatorischer Vertrag*), но и правъ вещныхъ. Подъ вещнымъ договоромъ проектъ общегерманскаго уложенія понимаетъ соглашеніе сторонъ, направленное на установленіе, уступку или обремененіе какого либо вотчиннаго права, въ томъ числѣ и права залога. См. ст. 828 проекта и объясненія къ ней. См. также по вопросу, касающемуся упомянутой теоріи, между прочими: *Windscheid*, в. п. с., т. I, § 69 и слѣд.; *Exner*, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (Wien, 1867), *Strohal*, Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien (Graz, 1880); *Kohler*, Gesammelte Abhandlungen, ч. I (Mannheim, 1883), стр. 1 и слѣд.

тахъ, опредѣляя размѣръ послѣднихъ не свыше пяти на сто, съ присвоеніемъ этому обязательству старшинства капитала, не обращая вниманія на права, пользующіяся равнымъ или худшимъ старшинствомъ. Законодательства эти исходятъ въ данномъ случаѣ изъ того взгляда, что ущербъ, связанный съ таковымъ внесеніемъ для упомянутыхъ правъ, едва ли можетъ имѣть практическое значеніе и во всякомъ случаѣ значительно уравнивается тѣмъ благопріятнымъ вліяніемъ, какое рассматриваемое право собственника должно оказать на поземельный кредитъ. Такъ именно поступаютъ: прусскій законъ о приобрѣтеніи права собственности etc. (§ 25) и созданные по образцу его законы для Ольденбурга, Кобургъ-Гота, и т. п., важнѣйшіе мекленбургскіе ипотечные законы (§ 14 закона для сельскихъ и § 15 закона для городскихъ имѣній), веймарскій ипотечный законъ (ст. 93) и законъ ангальтскій о вотчинныхъ книгахъ (§ 39). Проектъ слѣдуетъ тому же пути, допуская въ рассматриваемомъ случаѣ распространеніе объема залога и на проценты помимо требованія согласія лицъ, пользующихся равнымъ или худшимъ старшинствомъ.

2. Соображенія, приведенныя въ пользу рассматриваемаго постановленія, примѣнимы и тогда, когда внесенные проценты должны быть увеличены до нормы пяти на сто. Поэтому, въ согласіи съ упомянутыми законами, § 1065 проекта рассматриваетъ одинаково какъ увеличеніе нормы процентовъ, такъ и новое ихъ внесеніе».

Къ изложеннымъ соображеніямъ остается прибавить, что случаи существованія на имѣніяхъ безпроцентныхъ долговъ представляются въ ипотечной практикѣ далеко не рѣдкими. Сюда относятся весьма часто обезпечиваемые залогомъ отказы по завѣщаніямъ, или же требованія, основанныя на рядныхъ записяхъ, и т. п. Практичность рассматриваемаго правила, кромѣ основаній, указанныхъ въ приведенныхъ мотивахъ германскаго проекта, могла бы, казалось бы, оправдываться еще и тѣмъ, что оно облегчаетъ собственнику возможность распорядиться старшинствомъ, освободившимся вслѣдствіе удовлетворенія первоначальнаго залоговаго долга, установленнаго безъ процентовъ или на сравнительно незначительные проценты, и что, при существованіи подобнаго правила, соб-

ственникъ, погасившій подобный частный долгъ, будетъ имѣть возможность замѣнить его долгомъ кредитному установленію, ибо, какъ извѣстно, ссуды изъ кредитныхъ установлений, согласно уставу сихъ послѣднихъ, могутъ быть выдаваемы лишь подъ первые залоги и соединены всегда съ платежемъ процентовъ.

Соображенія въ пользу разрѣшенія его въ настоящемъ проектѣ въ отрицательномъ смыслѣ.

Соображенія эти не признаны однакоже редакціонною коммисіею правильными по слѣдующимъ основаніямъ.

Одно изъ существенныхъ послѣдствій начала гласности вотчинныхъ книгъ заключается въ томъ, что содержаніе вотчинной книги, имѣвшееся въ виду у третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ по ней какія либо права, не можетъ быть измѣнено во вредъ этихъ лицъ, пока на такое измѣненіе не будетъ получено ихъ согласіе. Безъ права рассчитывать на указанную неизмѣняемость содержанія вотчинной книги, гласность ея лишена была бы всякаго смысла, такъ какъ тотъ, кто пріобрѣтаетъ какія либо права по имѣнію, не могъ бы полагаться на эту книгу съ полною увѣренностью. Необходимымъ послѣдствіемъ введенія въ проектъ вотчиннаго устава разсматриваемаго правила явилось бы то, что всякій новый кредиторъ долженъ былъ бы, ради осторожности, основать свой расчетъ на соображеніи, что всѣ вышестоящіе долги связаны съ обязательствомъ платежа процентовъ и что показанный въ вотчинной книгѣ размѣръ процентовъ, текущихъ по этимъ долгамъ, можетъ быть увеличенъ до шести. Извѣстно, однакоже, что займы съ залогомъ, по коимъ установлены проценты ниже 6%, у насъ на практикѣ въ настоящее время почти вовсе не встрѣчаются; предоставленіе же собственнику права увеличить безъ согласія нижестоящихъ кредиторовъ размѣръ процентовъ по предшествующему залогоу выше 6%, не можетъ, очевидно, не отразиться невыгодно на кредитоспособности имѣній. Засимъ, по силѣ ст. 60 проекта вотчиннаго устава, одинаковымъ съ капитальною суммою старшинствомъ пользуются проценты всего только за послѣдніе два года. Слѣдовательно, отчисливъ отъ капитальной суммы долга, установленнаго безъ процентовъ, двухгодичные проценты, собственникъ окажется всегда въ возможности, и помимо

установленія закономъ разсматриваемаго правила, распорядиться мѣстомъ, освободившимся вслѣдствіе удовлетворенія такого долга, такъ, чтобы на это мѣсто сталъ долгъ, соединенный съ обязательствомъ платежа процентовъ. Точно также, помимо этого правила, хотя и цѣною уплаты наличными деньгами сравнительно незначительной части капитальной суммы безпроцентнаго долга, собственникъ не лишенъ будетъ возможности вышеуказаннымъ путемъ предоставить кредитору болѣе выгодныя условія и добиться этимъ путемъ отсрочки взысканія, а слѣдовательно и оставленія значительной части капитала на имѣніи на дальнѣйшее время. Что же касается способствованія установленію, взаимѣ существующаго частнаго залога, таковаго же въ пользу кредитныхъ установленій безъ уменьшенія суммы долга, въ чемъ, повидимому, заключалась бы главная польза введенія разсматриваемаго правила, то польза эта при помощи сего послѣдняго совершенно недостижима, такъ какъ проценты, платимые кредитнымъ установленіемъ, вмѣстѣ съ процентомъ погашенія обыкновенно превышаютъ норму 6%.

46. Залогъ не можетъ быть установленъ на имѣніяхъ заповѣдныхъ и маіоратныхъ. Дозволяется лишь закладывать доходы съ заповѣдныхъ имѣній въ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ. Къ залогу доходовъ заповѣднаго имѣнія примѣняются общія правила о залогѣ недвижимыхъ имѣній.

Ст. 488, 489, 491, 492, 509, 1069, 1211, 1212, 1591 и 1641 т. X ч. 1, изд. 1887 г.

Ст. 1467 и слѣд. т. X ч. 2, изд. 1876 г.

Ст. 52 польск. уст. 1818 г.

Ст. 1385 остзейск. гр. зак.

Ст. 448 австр. гр. улож.

Ст. 8 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 2118 франц. гр. кодекса.

Ст. 45 бельг. зак. объ ипотекахъ.

Статья эта оставляетъ безъ всякаго измѣненія правила дѣйствующаго законодательства, относяціяся къ заповѣднымъ и маіоратнымъ имѣніямъ.

Залогъ, какъ видно изъ ст. 43 настоящаго проекта, уста-

Заповѣдныя и маіоратныя имѣнія какъ предметы, изъятые изъ вотчиннаго оборота.

навливается на *недвижимомъ имѣніи*. Но не всякое недвижимое имѣніе въ состояніи служить предметомъ залога, а лишь такое, которое можетъ подлежать отчужденію и, въ частности, продажѣ съ публичнаго торга на удовлетвореніе долговъ его владѣльца, которое, по выраженію австрійскаго гражданского кодекса (ст. 448), *steht im Verkehre*, французскаго (ст. 2118) и бельгійскаго законодательства (ст. 45), *est dans le commerce*, т. е. можетъ служить предметомъ вотчиннаго оборота. Если имѣніе изъято изъ подобнаго оборота, если оно не подлежитъ отчужденію, а слѣдовательно и принудительной продажѣ, то установленіе на немъ залога было бы совершенно бесполезно, ибо цѣль залога и заключается собственно въ томъ, чтобы доставить кредитору право, въ случаѣ неисполненія должникомъ его обязательства, получить удовлетвореніе *путемъ продажи съ торговъ заложеннаго имѣнія* (1).

Залогъ доходовъ
заповѣдныхъ имѣ-
ній.

Къ числу такихъ имѣній, изъятыхъ изъ вотчиннаго оборота, принадлежатъ по нашему дѣйствующему праву имѣнія заповѣдныя и маіоратныя. Имѣнія эти не подлежатъ отчужденію (ст. 488 и 509 т. X ч. 1, свод. зак. гр., изд. 1887 г.); они не могутъ быть назначаемы въ продажу для удовлетворенія какъ казенныхъ, такъ и частныхъ взысканій (ст. 491, 492 и 510 того же тома и части). Согласно съ этимъ, имѣнія заповѣдныя и маіоратныя по дѣйствующему законодательству не могутъ быть обременяемы залогомъ (488, 509 и 1641 *ibid.*). Только доходы съ заповѣдныхъ имѣній въ нѣкоторыхъ, опредѣленныхъ ст. 489, 1069, 1211 и 1212 т. X ч. 1 случаяхъ, и на основаніи изложенныхъ въ этихъ статьяхъ правилъ, могутъ быть предметомъ залога, или точнѣе, выражаясь терминологіею дѣйствующаго права, — *заклада*, такъ какъ понятіе залога примѣнялось у насъ только къ недвижимымъ имѣніямъ; право же на доходы принадлежитъ къ числу движимыхъ имуществъ. Это и суть именно тѣ случаи, о которыхъ упоминается въ разсматриваемой статьѣ настоящаго проекта.

Сохраняя дѣйствіе всѣхъ вышеприведенныхъ правилъ на-

(1) См. ст. 93 настоящаго проекта и объясненія къ ней.

шего дѣйствующаго законодательства и на будущее время, редакціонная коммисія полагала въ тоже время необходимымъ указать въ проектируемомъ законоположеніи, какимъ началамъ долженъ быть подчиненъ закладъ доходовъ заповѣдныхъ имѣній съ момента введенія въ дѣйствіе этого законоположенія. Очевидно, что таковыми началами могутъ быть только тѣ, которымъ предполагается подчинить и самый залогъ недвижимыхъ имѣній вообще, ибо только подобнымъ путемъ, кромѣ достиженія единообразія въ отношеніи правилъ, касающихся обремененій недвижимыхъ имѣній и правъ, соединенныхъ съ ихъ обладаніемъ, возможно сообщить закладу доходовъ съ заповѣдныхъ имѣній ту же твердость и обеспеченность, а слѣдовательно тѣ же выгоды и для владѣльцевъ этихъ имѣній, которыя должны быть присвоены залогу. Въ виду этихъ соображеній, разсматриваемая статья и называется закладъ упомянутыхъ доходовъ прямо *залогомъ*, и постановляетъ, что «къ залогу доходовъ заповѣдныхъ имѣній примѣняются общія правила о залогѣ недвижимыхъ имѣній». Слѣдовательно, по силѣ этой статьи залогъ доходовъ будетъ устанавливаться и прекращаться тѣмъ же способомъ, что и залогъ недвижимыхъ имѣній. Правооснованіемъ его, въ случаяхъ добровольнаго установленія, можетъ служить лишь актъ, совершенный въ вотчинномъ установленіи по мѣсту нахождения заповѣднаго имѣнія. Для возникновенія этого залога требуется внесеніе соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу и разъ внесенный онъ будетъ почитаться для третьихъ лицъ существующимъ, пока не погашенъ по книгѣ установленнымъ порядкомъ. Залогъ доходовъ заповѣдныхъ имѣній подчиненъ точно также, какъ и залогъ недвижимыхъ имѣній, дѣйствію началъ гласности, спеціальности и безповоротности, точно также какъ этотъ послѣдній недѣлимъ, можетъ быть передаваемъ и т. п. Само собою однакоже понятно, что въ случаѣ неудовлетворенія требованія, обеспеченнаго доходами заповѣднаго имѣнія, взысканіе этого требованія можетъ быть обращено только на упомянутые доходы ⁽¹⁾. Соотвѣтствующія правила, которымъ должно быть подчинено

(1) См. ст. 93 настоящаго проекта.

это взысканіе, изложены въ проектѣ положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній (ст. 227—235).

Значеніе его, какъ исключенія изъ общаго правила (недопускаемость, по проекту, т. н. *Revenüenhypothek*).

Такъ какъ по общему правилу, выраженному въ ст. 43 проекта вотчиннаго устава, залогъ устанавливается на недвижимомъ имѣніи, то отсюда слѣдуетъ съ полной очевидностью, что предусмотрѣнный настоящей статьей залогъ доходовъ имѣнія составляетъ исключеніе изъ этого общаго правила, каковое исключеніе, какъ таковое, должно быть толкуемо въ строго ограничительномъ смыслѣ. Проектъ знаетъ собственно залогъ *имѣнія*, или то, что въ западной юридической литературѣ носитъ названіе *Substanzhypothek*. Въ противоположность этому залогу, залогъ доходовъ, съ примѣненіемъ къ нему общихъ правилъ о залогѣ недвижимыхъ имѣній (т. н. *Revenüenhypothek*), мыслимъ и возможенъ, по проекту, только въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ настоящею статьею. Хотя залогъ доходовъ, въ видѣ общаго института, и былъ извѣстенъ римскому праву ⁽¹⁾, тѣмъ не менѣе изъ новыхъ западноевропейскихъ законодательствъ онъ предусматривается только въ прусскомъ земскомъ уложеніи ⁽²⁾. По крайней мѣрѣ въ другихъ законодательствахъ объ немъ вовсе не упоминается. Установленіе этого залога въ примѣненіи къ доходамъ всякаго рода другихъ имѣній, кромѣ заповѣдныхъ, можетъ быть вызываемо на практикѣ желаніемъ сторонъ при самомъ установленіи даннаго обезпеченія, чтобы возможность публичной продажи имѣнія, въ случаѣ неудовлетворенія долга, была исключена. Тѣмъ не менѣе, проектъ не допускаетъ установленія залога доходовъ по отношенію ко всѣмъ безразлично имѣніямъ, какъ потому, что оно не вызывается дѣйствительно существенными потребностями, такъ и въ виду тѣхъ трудностей и путаницъ, которыя неизбежно обнаружились бы при распредѣленіи денегъ, вырученныхъ отъ продажи недвижимыхъ имѣній, вслѣдствіе одновременнаго существованія на одномъ и томъ же имѣніи какъ залоговъ, обременяющихъ непосредственно это послѣднее, такъ и тѣхъ, которыми обременены одни только его доходы.

⁽¹⁾ L. 4 Dig. de pign. act. (13, 7).

⁽²⁾ Кн. I. отд. 20, §§ 26 и 27.

47. Залогъ не можетъ быть установленъ на имѣніи, въ вотчинную книгу котораго внесено ограниченіе собственника въ правѣ распоряженія имѣніемъ.

Внесенное въ вотчинную книгу, въ силу договора или завѣщанія, запрещеніе собственнику распоряжаться имѣніемъ вообще, или безъ согласія извѣстнаго лица, не служитъ препятствіемъ къ установленію принудительнаго залога.

Ст. 1385, 1386 остзейск. гр. зак.

Ст. 400 сакс. гр. улож.

Ст. 26 полож. 1868 г. для Нейфор. и остр. Рюгена.

I. Предыдущая статья касалась такихъ имѣній, которыя по самому юридическому характеру, имъ присвоенному, изъяты изъ вотчиннаго оборота. Въ ней говорилось объ имѣніяхъ, которыя не могутъ быть отчуждаемы и обременяемы долгами, благодаря присущему имъ свойству, именно свойству заповѣдности и маіоратности, *кому бы они въ данное время не принадлежали.* Ст. 47 предусматриваетъ случаи, когда то или другое имѣніе оказывается изъятымъ изъ вотчиннаго оборота вслѣдствіе ограниченія *собственника* въ правѣ распоряженія этимъ имѣніемъ и когда, слѣдовательно, ограниченіе это поражаетъ права *лишь даннаго обладателя имѣнія.*

I. Ограниченія права распоряженія собственника, какъ препятствія къ установленію добровольнаго залога.

Ограниченія, о коихъ упоминается въ разсматриваемой статьѣ, могутъ быть устанавливаемы въ силу разныхъ правооснованій, какъ то, на основаніи дарственной записи, завѣщанія, и т. п. Они имѣютъ дѣйствіе до наступленія указаннаго въ нихъ условія или срока, напр., совершеннолѣтія, смерти. Значеніе каждаго подобнаго ограниченія опредѣляется внутреннимъ его содержаніемъ и подлежитъ истолкованію во всякомъ данномъ случаѣ. Ст. 47 говоритъ объ ограниченіи въ правѣ распоряженія имѣніемъ, считая подобное ограниченіе препятствіемъ къ установленію залога именно потому, что залогъ, какъ указано въ объясненіяхъ къ предыдущей статьѣ, и направленъ въ конечной своей цѣли къ отчужденію имѣнія. Кто не можетъ самовольно распорядиться имѣніемъ, тотъ не въ состояніи обременить его правомъ, влекущимъ за собою послѣдствія, равносильныя такому распоряженію.

Если бы, поэтому, по дарственной записи или завѣщанію, на основаніи коихъ данное имѣніе приобрѣтено извѣстнымъ лицомъ, послѣднее было ограничено въ правѣ отчудить это имѣніе, то въ такомъ ограниченіи *само собою подразумевается* и ограниченіе права обременить имѣніе залогомъ. Мыслимы, впрочемъ, и обратные случаи, когда, напримѣръ, даритель или завѣщатель, ограничивая одаряемое лицо или наслѣдника по завѣщанію въ правѣ отчудить имѣніе, предвидитъ тѣмъ не менѣе, что преемникъ его можетъ встрѣтить въ будущемъ нужду въ кредитѣ и разрѣшаетъ ему по этимъ или вообще по какимъ либо другимъ причинамъ заложить имѣніе и при томъ или безусловно, или ограничивая, въ свою очередь, это право залога извѣстнымъ временемъ, суммою или учрежденіемъ, въ которомъ залогъ можетъ быть установленъ (напр. только въ кредитномъ установленіи) и т. п. Но это суть собственно исключенія, которыя должны быть приняты во вниманіе поскольку прямо оговорены и получить силу въ тѣхъ предѣлахъ, которыя въ нихъ указаны.

II. Необходимость
подчиненія ихъ на-
чалу гласности.

II. Изъ правила настоящей статьи видно, что оно упоминаетъ собственно только о тѣхъ случаяхъ, когда ограниченіе собственника въ правѣ распоряженія имѣніемъ, установленное частной волей, *внесено въ вотчинную книгу*. Необходимость внесенія, какъ условія, помимо котораго разсматриваемое ограниченіе должно представиться лишеннымъ абсолютной силы, не имѣющимъ значенія, обязательнаго для третьихъ лицъ, понятна сама собою. Какъ фактъ, направленный противъ заключенія собственникомъ съ третьими лицами сдѣлокъ по имѣнію, носящихъ вотчинный характеръ, ограниченіе, о коемъ идетъ рѣчь, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ пріостановку въ извѣстной мѣрѣ вотчиннаго оборота по данному имѣнію. Обладая такимъ образомъ, само по себѣ, вотчиннымъ значеніемъ, оно не можетъ, очевидно, не быть подчинено дѣйствію началъ гласности и безповоротности въ той степени, какъ это сдѣлано вообще по отношенію къ вотчинному обороту по недвижимымъ имѣніямъ. Только при наличности такового подчиненія упомянутый вотчинный оборотъ можетъ достигнуть надлежащей твердости и обезпеченности.

Нельзя не согласиться въ данномъ отношеніи съ мотивами къ проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія ⁽¹⁾, справедливо указывающими на то, что «если законъ лишаетъ право, внесенное въ вотчинную книгу, обязательной силы противъ того, кто не зналъ о немъ въ то время, когда приобрѣталъ какое либо право, то законъ не можетъ также признать, при тѣхъ же условіяхъ, абсолютной силы за такимъ правовымъ событіемъ, которое направлено лишь къ тому, чтобы отнять у даннаго лица, полностью или въ извѣстномъ объемѣ, право распоряженія принадлежащимъ ему вещнымъ правомъ. Для цѣли, которую законодатель преслѣдуетъ въ институтѣ *publica fides*, совершенно безразлично, будетъ ли распоряженіе даннаго лица, касающееся внесеннаго права, оспорено потому, что послѣднее ему не принадлежало, хотя онъ и значился по вотчинной книгѣ его обладателемъ, или на томъ основаніи, что лицо это, во вниманіе къ чьимъ то постороннимъ интересамъ, не въ правѣ было распорядиться принадлежащимъ ему правомъ въ пользу третьяго лица».

Такимъ образомъ, ограниченіе собственника въ правѣ распоряженія имѣніемъ, основанное на договорѣ или завѣщаніи и внесенное въ вотчинную книгу даннаго имѣнія, приобрѣтаетъ значеніе препятствія, существующаго по этой книгѣ, къ установленію собственникомъ залога. Въ виду усвоеннаго проектомъ взгляда на такъ называемое *начало легальности* въ примѣненіи къ производству внесеній и погашеній по вотчиннымъ книгамъ, вотчинное установленіе должно отказать во внесеніи добровольнаго залога во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется въ виду разсматриваемое ограниченіе, внесенное въ вотчинную книгу (п. 3 ст. 128 проекта). Если бы, тѣмъ не менѣе, установленіе упомянутаго залога имѣло мѣсто, то оно можетъ быть оспорено, какъ недѣйствительное, судебнымъ порядкомъ и при томъ противъ всякаго третьяго лица, къ кому бы право по этому залогу не перешло, такъ какъ никто не вправе отговариваться невѣдѣніемъ того, что записано въ вотчинную книгу. Ограниченіе собственника, не внесенное въ вотчинную книгу, можетъ быть противопоставлено третьему

(1) Т. III, стр. 216.

лицу, какъ основаніе къ признанію пріобрѣтеннаго имъ права залога недѣйствительнымъ, только въ томъ случаѣ, когда ограниченіе сіе было лицу этому извѣстно (ст. 12).

III. Безразличіе ихъ по отношенію къ случаямъ установленія принудительнаго залога.

III. Все сказанное относительно ограниченій собственника въ правѣ распоряженія имѣніемъ, основанныхъ на частной волѣ (въ силу договора или завѣщанія), должно имѣть примѣненіе исключительно по отношенію къ добровольному залoгу. Что же касается принудительнаго залога, то установленіе его, какъ о томъ постановляетъ вторая половина разсматриваемой статьи, не можетъ встрѣтить препятствія въ фактѣ существованія такового ограниченія. Постановление это основано на томъ соображеніи, что принудительный залогъ устанавливается помимо согласія должника (ст. 54 проекта), почему и тѣ ограниченія его права распоряженія, тѣ препятствія къ добровольному обремененію имѣнія долгами, которыя имѣютъ личный характеръ, не могутъ оказывать никакого вліянія на возможность установленія принудительнаго залога. Ограниченія эти не могутъ препятствовать установленію принудительнаго залога на данномъ имѣніи въ той же мѣрѣ, въ какой они не препятствуютъ публичной его продажѣ по требованію кредиторовъ, ибо нельзя допустить, чтобы частной волей возможно было установить полное освобожденіе имѣнія отъ отвѣтственности за будущіе долги его собственника. Только имѣнія, изъятые изъ вотчиннаго оборота въ силу вотчиннаго ограниченія, лежащаго на нихъ совершенно независимо отъ того, кому они въ данный моментъ принадлежатъ, каковы имѣнія заповѣдныя и маюратныя, не могутъ служить предметомъ принудительнаго залога. По отношенію къ этимъ имѣніямъ возможенъ лишь принудительный залогъ доходовъ въ тѣхъ же предѣлахъ, въ какихъ доходы эти могутъ служить объектомъ взысканій, обращенныхъ противъ владѣльцевъ заповѣдныхъ имѣній (ст. 492, 510 и др. т. X ч. I свод. зак. гр., изд. 1887 г.).

IV. Отличіе этихъ ограниченій отъ тѣхъ, коими поражается правоспособность собственника вообще.

IV. Отъ ограниченій, упоминаемыхъ въ разсматриваемой статьѣ, необходимо отличать ограниченія правъ распоряженія собственника, обусловливаемые его неспособностью. Въ то время, какъ первыя касаются лишь того или другаго даннаго имѣнія, поражая свободу по нему вотчиннаго оборота,

последнія имѣютъ болѣе общее значеніе въ томъ отношеніи, что касаются *всякаго вообще имущества даннаго лица*, какъ недвижимаго, такъ и движимаго. Сюда относятся, именно, ограниченія, связанныя съ учрежденіемъ надъ собственникомъ опеки по малолѣтству или несовершеннолѣтію, безумію или сумасшествію, расточительности, съ признаніемъ его несостоятельнымъ должникомъ, съ лишеніемъ его правъ состоянія, или поступленіемъ въ монашество. Ограниченія этого рода устанавливаются непосредственно силою даннаго событія (напримѣръ, вступленіе въ монашество) или распоряженія надлежащаго присутственнаго мѣста о наложеніи опеки, объ объявленіи несостоятельнымъ и т. п. Уже по одной той причинѣ, что они имѣютъ указанное общее значеніе, распространяющееся на все имущество даннаго лица, установленіе ихъ не могло быть связано съ внесеніемъ въ вотчинныя книги. Точно также и абсолютное значеніе разсматриваемыхъ ограниченій, обязательность ихъ для третьихъ лицъ, вступающихъ съ собственникомъ, правоспособность коего поражена, въ какія либо отношенія, не могутъ быть поставлены въ зависимость отъ внесенія или отъ того обстоятельства, были ли эти ограниченія извѣстны означеннымъ лицамъ. Актъ воли упомянутаго собственника, какъ таковой, представляется недѣйствительнымъ, а слѣдовательно и внесеніе какого либо вотчиннаго права, въ томъ числѣ и права залога, основанное на такомъ актѣ, допущено быть не можетъ. Если бы, тѣмъ не менѣе, оно имѣло мѣсто, то должно быть признано лишеннымъ всякой силы. Конечно, интересы экономического оборота и соображенія справедливости вызываютъ необходимость въ облегченіи третьимъ лицамъ, при помощи правильно устроенной регистраціи, возможности освѣдомляться относительно разсматриваемаго рода ограниченій. Однако же, вопросъ объ этой регистраціи лежитъ совершенно внѣ задачъ ипотечной реформы. Онъ регулируется уже неоднократно упоминавшимся выше Высочайше утвержденнымъ 26 іюня 1889 года мнѣніемъ государственнаго совѣта ⁽¹⁾. Тѣмъ не менѣе и проектъ, какъ это видно изъ ст. 119 его, допускаетъ внесеніе и этихъ

(1) См. отдѣлъ IV этого законоположенія.

ограниченій въ вотчинныя книги. Такое внесеніе имѣетъ здѣсь, слѣдовательно, значеніе не условія самаго существованія извѣстнаго ограниченія, или обязательности его для лицъ, вступившихъ въ сдѣлку съ собственникомъ, правоспособность коего ограничена, а только *акта оглашенія* по данной вотчинной книгѣ. Оно можетъ быть сдѣлано только съ цѣлью вящаго предупрежденія о существованіи даннаго ограниченія вторыхъ, третьихъ, и т. п. пріобрѣтателей имѣнія или правъ, на немъ установленныхъ, послѣ лица, къ которому ограниченіе это непосредственно относилось. При помощи такового внесенія, дѣлаемаго по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, послѣдніе пріобрѣтутъ возможность противопоставить возраженіе, вытекающее изъ того или другаго ограниченія правоспособности, какъ событія, обусловливающаго собою, съ матеріальной точки зрѣнія, недѣйствительность данной сдѣлки, лежащей въ основаніи извѣстнаго вотчиннаго права, не только противъ лица, непосредственно вступившаго съ собственникомъ въ эту сдѣлку, но и противъ упомянутыхъ вторыхъ, третьихъ, и т. п. пріобрѣтателей, и тѣмъ самымъ гарантировать себя вполнѣ противъ невыгодныхъ послѣдствій начала безповоротности. — Независимо отъ сего, разсматриваемыя ограниченія правоспособности собственника вообще отличаются отъ тѣхъ, которыя упоминаются въ настоящей статьѣ, еще и тѣмъ, что первыя изъ этихъ ограниченій не пріостанавливаютъ безусловно, въ той или другой мѣрѣ, вотчиннаго оборота по данному имѣнію. Они ставятъ только, когда съ извѣстнымъ ограниченіемъ (напримѣръ со вступленіемъ въ монашество, съ лишеніемъ правъ состоянія) не соединенъ переходъ имѣнія отъ даннаго собственника къ его наслѣдникамъ, упомянутый оборотъ въ зависимость, смотря по существу своему, или отъ соучастія воли другаго лица (попечителя) или непосредственно отъ воли опекуна, насколько она опирается на установленное закономъ разрѣшеніе подлежащаго мѣста (п. 3 ст. 277 т. X, ч. I), или отъ конкурса и т. п. Существо каждаго подобнаго ограниченія, послѣдствія, связанныя съ его установленіемъ, опредѣляются дѣйствующими общегражданскими и торговыми законами и должны остаться въ полной силѣ и послѣ введенія въ дѣйствіе вотчиннаго устава.

48. Внесенное въ вотчинную книгу отдѣльное владѣніе имѣніемъ не служитъ препятствіемъ къ установленію залога. Залогъ въ этомъ случаѣ не распространяется на принадлежащіе отдѣльному владѣльцу доходы съ имѣнія во все время существованія отдѣльнаго владѣнія, и вообще ни въ чемъ не ограничиваетъ правъ отдѣльнаго владѣльца.

Ст. 5 бав. полож. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 402 сак. гр. улож.

Ст. 26 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Коснувшись вопроса о вліяніи, какое оказываетъ ограниченіе собственника въ правѣ распоряженія имѣніемъ на право его установить залогъ на томъ же имѣніи, проектъ не могъ не отвѣтить также и на вопросы, обусловливаемые столкновѣніемъ права залога съ ограниченіями совершенно другаго характера, а именно съ *ограниченіями права собственности*, обременяющими данное имѣніе. Главнѣйшими изъ этихъ ограниченій, какъ самыми обширными по пространству правъ, въ нихъ заключающихся, какъ обнимающими собою болѣе всего выгодъ изъ числа тѣхъ, которыя составляютъ содержаніе права собственности, и потому по пространству своему болѣе близкими къ этому праву, чѣмъ всѣ другія вотчинныя права, представляются такъ называемыя *права отдѣльнаго владѣнія* (вѣчнаго, пожизненнаго или срочнаго). Поэтому то разсматриваемая статья и касается случаевъ, когда недвижимое имѣніе обременено подобнаго рода правомъ. Важнѣйшимъ, въ свою очередь, изъ этихъ правъ по своему практическому значенію, по его распространенности въ нашемъ юридическомъ быту, является *право пожизненнаго владѣнія*.

Вопросъ объ обремененіи залогомъ имѣнія, отданнаго въ пожизненное владѣніе.

Существенный вопросъ, подлежащій разрѣшенію въ данномъ случаѣ, заключается въ томъ, можетъ ли залогъ быть установленъ на имѣніи, обремененномъ правомъ отдѣльнаго владѣнія и въ частности правомъ пожизненнаго владѣнія? Дѣйствующее русское законодательство не даетъ на вопросъ этотъ прямого отвѣта. Въ ст. 533³ и 533² т. X ч. 1 свод.

Дѣйствующее законодательство.

зак. гражд., изд. 1887 г. оно касается какъ разъ обратнаго случая, а именно того, когда установленіе залога *предшествовало* установленію права пожизненнаго владѣнія, причемъ, какъ видно изъ послѣдней изъ указанныхъ статей, столкновеніе между обоими этими правами разрѣшается въ томъ смыслѣ, что пожизненное владѣніе не должно ни въ чемъ нарушить силу и объемъ залога. Засимъ, вторымъ пунктомъ ст. 1629 того же тома и части признается недѣйствительнымъ залогъ имущества, состоящаго въ пожизненномъ владѣніи. Только въ видѣ исключенія допускается подобный залогъ по силѣ приведеннаго узаконенія, а именно, когда владѣльцу предоставлено право залога въ отношеніи благопріобрѣтеннаго имѣнія духовнымъ завѣщаніемъ, а въ отношеніи родового—особымъ актомъ съ Высочайшаго утвержденія. Но и въ этихъ случаяхъ *пожизненный владѣлецъ* можетъ заложить имѣніе не иначе, какъ съ дозволенія правительствующаго сената.

Точный смыслъ этого узаконенія не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что изложенное въ немъ запрещеніе заложить имѣніе, отданное въ чье либо пожизненное владѣніе, относится не къ собственнику, а къ пожизненному владѣльцу. Въ этомъ убѣждаютъ какъ слова «*владѣлецъ*», «*пожизненный владѣлецъ*», употребленныя въ разсматриваемомъ законоположеніи, такъ и существо правила, помѣщеннаго въ ст. 1629, развитіемъ коего и является приведенный выше второй ея пунктъ, правила, выраженнаго въ самомъ началѣ этой статьи и гласящаго, что «отдавать въ залогъ можно токмо то имущество, *которое принадлежитъ отдающему по праву собственности*». Взятое въ этомъ именно своемъ значеніи запрещеніе закладывать имѣніе, находящееся въ пожизненномъ владѣніи, представляется вполне естественнымъ и понятнымъ. Все, что можно бы возразить противъ этого правила, заключается развѣ только въ совершенной его излишности. Пожизненный владѣлецъ имѣнія, какъ таковой, также мало въ правѣ заложить оное, какъ и обладатель всякаго иного вотчиннаго права въ чужомъ имѣніи, ибо имѣніе это ему не принадлежитъ, ибо, закладывая оное, онъ подвергалъ бы опасностямъ и риску, безъ всякаго законнаго къ тому основанія, *право собственности* другаго лица на то же имѣніе. Для того, чтобы восполь-

зоваться услугами поземельного кредита, пожизненный владѣлецъ вправе заложить только свое *право пожизненнаго владѣнія*. Съ этой точки зрѣнія и тѣ случаи залога имѣнія, состоящаго въ пожизненномъ владѣніи, которые признаются по силѣ п. 2 ст. 1629 т. X ч. I дозволенными и приведены выше, представляются, въ сущности, не исключеніями изъ правила, выраженнаго въ этомъ узаконеніи, — такъ какъ никакія исключенія въ данномъ случаѣ немыслимы по самой юридической природѣ вещей, а имѣютъ совершенно другое значеніе. Закладывая имѣніе, отданное въ пожизненное владѣніе (когда право на обремененіе этого имѣнія залогомъ предоставлено духовнымъ завѣщаніемъ или особымъ актомъ), пожизненный владѣлецъ дѣйствуетъ не въ качествѣ такового владѣльца (ибо означенное право съ правомъ пожизненнаго владѣнія совершенно несовмѣстимо), а въ силу *совершенно самостоятельнаго правооснованія*, заключающагося въ завѣщательномъ распоряженіи собственника или въ упомянутомъ особомъ актѣ. Правооснованіе это равносильно въ сущности тому, въ силу коего кому либо предоставлено право установить залогъ въ обезпеченіе своего обязательства на чужомъ имѣніи ⁽¹⁾. Включеніе въ число правилъ дѣйствующаго законодательства постановленія, запрещающаго пожизненному владѣльцу обременять имѣніе залогомъ, можетъ быть объяснено развѣ только желаніемъ законодателя, чтобы на практикѣ избѣгнуто было смѣшеніе правъ пожизненнаго владѣльца и собственника, столь близкихъ между собою по обширности полномочій, заключающихся въ каждомъ изъ нихъ, смѣшеніе, весьма возможное, когда терминологія закона и его техника недостаточно разработаны. Но цѣль эта представляется совершенно излишнею тамъ, гдѣ эти редакціонные недостатки закона въ извѣстной мѣрѣ устранены и гдѣ юридическія понятія точно разграничены. Къ устраненію упомянутыхъ недостатковъ и къ таковому разграниченію понятій и направлены по преимуществу усилія редакціонной комисіи при начертаніи настоящаго проекта.

⁽¹⁾ Ср. ниже ст. 53 и объясненіе къ ней, стр. 459 и слѣд.

Точка зрѣнія проекта на этотъ вопросъ.

Точно также, какъ въ дѣйствующемъ нашемъ законодательствѣ не содержится ни дозволенія, ни запрещенія *собственнику* обременить залогомъ имѣніе, отданное другому лицу въ отдѣльное владѣніе, законодательство это проходитъ молчаніемъ и вопросъ, касающійся порядка совмѣстнаго осуществленія этихъ правъ, ихъ столкновения между собою. Не дозволять собственнику, имѣніе коего обременено правомъ отдѣльнаго владѣнія, установить залогъ на томъ же имѣніи послѣ введенія въ дѣйствіе вотчиннаго устава не представляется никакихъ основаній. Это было бы противно духу ипотечной системы, направленной къ облегченію вотчиннаго оборота и потому ставящей препятствія этому обороту лишь тамъ, гдѣ совмѣстное существованіе двухъ вотчинныхъ правъ на одномъ имѣніи немислимо по самой ихъ природѣ. Право отдѣльнаго владѣнія, будетъ ли оно вѣчнымъ, пожизненнымъ или срочнымъ, ни чуть не исключаетъ возможности одновременнаго существованія съ нимъ и права залога на данное имѣніе. Право собственности, хотя и ограниченное правомъ отдѣльнаго владѣнія, представляетъ собою имущественную цѣнность, нерѣдко весьма значительную, и отнимать у обладателя такого права собственности возможность извлечь выгоды, заключающіяся въ этомъ правѣ, путемъ залога имѣнія, было бы равносильно понужденію его, въ случаѣ встрѣченной имъ нужды въ деньгахъ, добыть послѣдніе при помощи отчужденія самаго имѣнія. Точно также нѣтъ основаній, разъ введеніе принудительнаго залога представляется у насъ необходимымъ ⁽¹⁾, лишать и личныхъ кредиторовъ права обезпечивать охранительными отмѣтками или записями о залогѣ свои претензіи къ собственнику на имѣніи его, обремененномъ правомъ отдѣльнаго владѣнія, когда они считаютъ возможнымъ довольствоваться такимъ обезпеченіемъ, по тому ли, что у должника нѣтъ другого имѣнія, свободнаго отъ такового обремененія, или по другимъ причинамъ. Въ этомъ смыслѣ разсматриваемый вопросъ разрѣшается и преподаваемыми государственнымъ совѣтомъ главными основаніями пред-

(1) См. выше, ст. 44 и объясненія къ ней, стр. 342 и слѣд.

полагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимыя имѣнія, такъ какъ ст. 5 этихъ основаній, не считающая записанныя въ книгу укрѣпленія ограниченія права собственности и обезпеченія препятствіемъ къ дальнѣйшему обремененію того же имѣнія новыми ограниченіями и обезпеченіями, не дѣластъ для разсматриваемаго случая установленія залога на имѣніи, обремененномъ правомъ отдѣльнаго владѣнія, никакого исключенія. Оставалось, слѣдовательно, слѣдуя указанію приведенной статьи главныхъ основаній, и во избѣжаніе всякихъ на будущее время недоразумѣній, прямо оговорить въ новомъ законоположеніи этотъ случай, что и сдѣлано въ ст. 48 настоящаго проекта.

Что же касается вопроса о взаимномъ соотношеніи правъ отдѣльнаго владѣнія и залога, установленныхъ на одномъ и томъ же имѣніи, въ случаѣ столкновенія ихъ между собою, то соотношеніе это можетъ регулироваться, очевидно, ничѣмъ другимъ, какъ *началомъ старшинства*, выраженнымъ, въ видѣ общаго правила, въ ст. 10 настоящаго проекта. Какъ извѣстно ⁽¹⁾, сущность этого начала заключается въ томъ, что въ случаѣ столкновенія двухъ и болѣе вотчинныхъ правъ между собою, право, младшее по времени своего установленія, уступаетъ старшему. Поэтому то и залогъ, установленный послѣ права отдѣльнаго владѣнія, не долженъ ни въ чемъ ограничивать правъ отдѣльнаго владѣльца, точно также какъ не можетъ стѣснить въ чемъ либо вотчиннаго кредитора право отдѣльнаго владѣнія, установленное послѣ залога. Это соотношеніе обоихъ этихъ правъ, опредѣляющееся, какъ сказано уже, временемъ ихъ установленія, можетъ быть измѣнено развѣ только взаимнымъ соглашеніемъ обладателей этихъ правъ, уступкою старшинства однимъ другому, подобно тому, какъ такая уступка можетъ имѣть мѣсто по отношенію къ двумъ залоговымъ требованіямъ ⁽²⁾. Слѣдовательно, только въ томъ случаѣ, если бы отдѣльный владѣлецъ

Взаимное соотношение права пожизненнаго владѣнія и залога.

⁽¹⁾ См. выше, стр. 147 и слѣд., а также ниже ст. 59 и объясненія къ ней.

⁽²⁾ См. ниже ст. 61 и объясненія къ ней.

уступилъ старшинство, коимъ пользуется его право, въ пользу вновь устанавливаемого залога, обеспеченное послѣднимъ требованіе будетъ пользоваться преимуществомъ. Засимъ, какимъ образомъ разрѣшается рассматриваемое столкновеніе въ случаѣ обращенія взысканія на самое имѣніе, обремененное упомянутыми правами, объ этомъ указано въ подлежащихъ статьяхъ проекта правилъ о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, находящихся въ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ въ дѣйствіе вотчинный уставъ ⁽¹⁾. Въ же этого случая вопросъ о взаимномъ соотношеніи правъ отдѣльнаго владѣнія и залога имѣетъ существенное значеніе въ примѣненіи къ вопросу о доходахъ съ имѣнія, обремененнаго этими правами. Залогъ, слѣдующій въ порядкѣ старшинства за правомъ отдѣльнаго владѣнія, не можетъ распространяться на эти доходы до тѣхъ поръ, пока это отдѣльное владѣніе существуетъ; вотчинный кредиторъ не можетъ претендовать на доходы, получаемые отдѣльнымъ владѣльцемъ, не можетъ, слѣдовательно, обратить на нихъ взысканія своего требованія. Только съ прекращеніемъ права отдѣльнаго владѣнія залогъ, въ силу присущаго ему начала недѣлимости ⁽²⁾, почитается обременяющимъ упомянутые доходы. И наоборотъ, залогъ, предшествующій, по порядку старшинства, праву отдѣльнаго владѣнія, обнимаетъ собою и доходы съ имѣнія, не смотря на существованіе этого права.

49. Требованіе, обеспеченное залогомъ (залоговое требованіе), не подлежитъ дѣйствію давности до тѣхъ поръ, пока залогъ значится по вотчинной книгѣ. Давность имѣетъ примѣненіе къ просроченнымъ процентамъ по залоговому требованію, не внесеннымъ отдѣльною статьею въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги.

Ст. 2 главн. основ.

Ст. 135 проекта мин. юст.

Ст. 124 и 124 полск. уст. 1818 г.

⁽¹⁾ См. § VI общихъ объясненій къ означенному проекту (предпослѣдней редакціи).

⁽²⁾ См. выше стр. 60.

Ст. 1597 остз. гражд. зак.

Ст. 32 бав. полож. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 30 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 2001 и 2030 итал. гр. улож.

Ст. 847 проекта общегерм. гражд. улож. 1888 г.

О непримѣнимости давности къ вотчиннымъ правамъ, внесеннымъ въ вотчинныя книги, говорилось уже въ объясненіяхъ къ общимъ положеніямъ настоящаго проекта. Правило объ упомянутой непримѣнимости вытекаетъ изъ того публичнаго характера, который долженъ быть присвоенъ институту вотчинныхъ книгъ.

Вводя эти книги необходимо, какъ уже неоднократно было замѣчено, придать имъ такое значеніе, чтобы содержаніе ихъ служило *единственнымъ источникомъ*, изъ коего заинтересованныя лица могли бы, во всякое время, почерпнуть свѣдѣнія о юридическомъ положеніи даннаго имѣнія, объ его правовомъ активѣ и пассивѣ, и основывать свои расчеты на этихъ свѣдѣніяхъ съ полною вѣрою въ ихъ безошибочность. Достигнуть указаннаго значенія вотчинныя книги могутъ, очевидно, лишь при томъ условіи, если весь вотчинный оборотъ, касающійся недвижимыхъ имѣній, будетъ совершаться *исключительно* на основаніи означенныхъ книгъ. Въ этихъ то именно видахъ ипотечная система и связываетъ пріобрѣтеніе вотчинныхъ правъ, или по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ, точно указанныхъ случаяхъ, — возможность отчужденія и обремененія ихъ новыми правами (ст. 18 и 19 проекта), — а также прекращеніе вотчинныхъ правъ, съ такими внѣшними, доступными распознаванію всѣхъ и каждаго, моментами, какими являются *формальные акты внесенія и погашенія означенныхъ правъ въ публичныхъ вотчинныхъ книгахъ*.

Несовмѣстимость давности, какъ способа погашенія залоговыхъ требованій, съ институтомъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ.

Поступая такимъ образомъ и оставаясь послѣдовательною, названная система не можетъ въ то же время не отнять всякую силу и значеніе, въ смыслѣ вліянія на правовое положеніе каждаго даннаго имѣнія, за такими фактами и событіями, которые совершаются негласно, скрыто отъ глазъ лицъ, желающихъ вступить, или вступившихъ уже въ юридическія отношенія по имѣнію. Она не можетъ допустить, чтобы какія либо дѣйствія частныхъ лицъ и вообще событія, происходяція

тайно и противорѣчація, по своему существу или послѣдствіямъ, содержанію вотчинныхъ книгъ, могли поколебать въ чемъ либо это содержаніе въ подрывъ основаннаго на нихъ публичнаго довѣрія. Только при помощи этого условія рождается возможность создать въ пользу вотчиннаго оборота ту твердую опору, помимо которой юридическія отношенія по имѣніямъ были бы лишены необходимой обезпеченности. А отсюда слѣдуетъ съ полною очевидностью то существенное условіе всякой благоустроенной ипотечной системы, что только такія перемѣны въ правовомъ положеніи всякаго даннаго имѣнія могутъ быть противопоставляемы лицамъ, пріобрѣтающимъ какія либо права по тому имѣнію, и оказывать вліяніе на силу и объемъ этихъ правъ, которыя, ко времени пріобрѣтенія послѣднихъ, были внесены въ подлежащую вотчинную книгу и значились въ ней непогашенными и что, поэтому, *юридическое состояніе имѣнія, о которомъ свидѣтельствуетъ содержаніе вотчинной книги, не можетъ измѣниться ко вреду правъ, уже пріобрѣтенныхъ по этой книгѣ, силою фактовъ и событій, внѣ книги лежащихъ.*

Между тѣмъ къ такимъ то событіямъ, происходящимъ скрыто, неудоборазпознаваемо для всѣхъ и cadaго, принадлежитъ именно давность. Последняя, какъ извѣстно, имѣетъ болѣе публичный, чѣмъ частный характеръ. Она не можетъ быть объяснена одними строго юридическими соображеніями, а, напротивъ того, черпаетъ свое оправданіе въ соображеніяхъ общественной пользы и порядка. Давность основана на искусственномъ юридическомъ предположеніи, что съ одной стороны лицо, силою безпорнаго владѣнія данною вещью въ продолженіе опредѣленнаго времени, пріобрѣтаетъ право собственности на эту вещь и съ другой, что лицо, не осуществлявшее своего права въ теченіе опредѣленнаго времени, утрачиваетъ это право. Не подлежитъ сомнѣнію, что такія фактическія обстоятельства, каковы владѣніе, или неосуществленіе права въ продолженіе опредѣленнаго времени, взятые сами по себѣ, не могутъ, въ понятіяхъ строгой справедливости, служить основаніемъ къ пріобрѣтенію или къ уtratѣ права. Если давность, тѣмъ не менѣе, ведетъ къ таковымъ результатамъ, то это объясняется исключительно соображе-

ніями практической пользы, желаніемъ законодателя упрочить, при помощи ея, существующія правовыя отношенія, устранить неопредѣленность въ этихъ отношеніяхъ. Цѣли этой, какъ сказано уже, давность достигаетъ, принимая за исходную точку извѣстное продолжительное и безспорное *фактическое состояніе*. Къ той же цѣли, однакоже, стремится также и институтъ вотчинныхъ книгъ, ибо и онъ имѣетъ въ виду упрочить правовой бытъ, придать ему надлежащую твердость, обеспеченность. Онъ достигаетъ ея, впрочемъ, при помощи совершенно другаго средства, а именно при помощи названныхъ книгъ, или, другими словами, посредствомъ гласнаго и формальнаго письменнаго закрѣпленія всего того, что имѣетъ отношеніе къ правовому положенію всякаго даннаго имѣнія, посредствомъ закрѣпленія, совершеннаго при участіи и подъ контролемъ правительства. Сходные, такимъ образомъ, по той задачѣ, служенію которой они призваны, институтъ вотчинныхъ книгъ и институтъ давности различествуютъ по своимъ средствамъ. Они различествуютъ при томъ до такой степени, что взаимно исключаютъ другъ друга. При распространеніи дѣйствія давности на имѣнія и права, внесенныя въ вотчинныя книги, могло бы случиться, что кто либо купитъ имѣніе у записаннаго въ книгѣ собственника, тогда какъ оно, въ цѣломъ составѣ или части, пріобрѣтено по давности третьимъ лицомъ, или что то или другое лицо пріобрѣтетъ у вотчиннаго кредитора принадлежащее ему залоговое требованіе, и предъявивъ оное ко взысканію, узнаетъ изъ возраженій собственника, что оно потеряло за давностью свою силу. Придавать, слѣдовательно, и послѣ заведенія вотчинныхъ книгъ юридическую силу рядомъ съ ними и давности, значило бы лишить эти книги значенія той единственной основы, по которой совершаются всѣ правовыя измѣненія въ положеніи даннаго имѣнія, а такъ какъ давность по своимъ результатамъ становится въ противорѣчіе съ содержаніемъ вотчинныхъ книгъ, — то это было бы равносильно отнятію у означенныхъ книгъ значенія достовѣрности, подрыванію общественнаго къ нимъ довѣрія.

И такъ, допустимость давности, какъ способа погашенія залоговыхъ требованій, находится какъ съ теоретической, такъ и съ практической точекъ зрѣнія, въ

явномъ противорѣчіи съ институтомъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ, на которомъ построена вся настоящая реформа. Подрывая теоретическія основы этого института, распространеніе давности на упомянутыя требованія оказало бы и практически весьма вредное вліяніе на дѣло оборота цѣнностей, обеспеченныхъ на недвижимыхъ имѣніяхъ. Оно парализировало бы притокъ къ симъ имѣніямъ свободныхъ капиталовъ, въ виду тѣхъ опасеній, съ коими было бы соединено для всѣхъ и каждого пріобрѣтеніе ипотекowanychъ долговъ, между тѣмъ какъ облегченіе такового пріобрѣтенія составляетъ существенное условіе развитія поземельнаго кредита. Правда, при дѣйствіи проектируемаго правила можетъ возникнуть опасеніе на счетъ того, не будутъ ли залоговыя требованія обременять недвижимое имѣніе неограниченное время. Это, казалось бы, особенно возможно въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ, по причинѣ неизвѣстности, кому въ данный моментъ принадлежитъ то или другое залоговое требованіе, не будетъ въ состояніи освободить имѣніе свое, посредствомъ удовлетворенія кредиторовъ, отъ долговъ, обременяющихъ это послѣднее. Означенное опасеніе лишено, однакоже, на самомъ дѣлѣ правильнаго основанія. Неудобства упомянутого рода легко устранимы совершенно помимо давности, а именно при посредствѣ такъ называемаго *амортизаціоннаго* или *вызывнаго производства*, заключающагося въ представленіи собственнику права вызвать неизвѣстнаго ему кредитора чрезъ публикацію и просить затѣмъ, по истеченіи извѣстнаго срока, объ уничтоженіи долга, къ которому относился сдѣланный вызовъ. Правила объ означенномъ производствѣ изложены въ главѣ IV, раздѣла III настоящаго проекта (ст. 291—342).

Вліяніе на залогъ
правила, изложен-
наго въ ст. 20 про-
екта.

Ко всему вышеприведенному остается еще добавить, что для залога имѣетъ весьма важное значеніе не только правило о непримѣнимости давности къ залоговымъ требованіямъ, но и то, коимъ устраняется дѣйствіе ея въ примѣненіи къ правамъ записаннаго въ книгу собственника. Это, именно, правило ст. 20 настоящаго проекта, устанавливающее, что «лицо, значащееся въ вотчинной книгѣ собственникомъ имѣнія, не можетъ

въ силу давности утратить право собственности на имѣніе, ни въ цѣломъ его составѣ, ни въ какой либо его части». Правило это отражается не только на дѣлѣ упроченія правъ собственности, но и на отношеніяхъ, порождаемыхъ залогомъ. Возможность перехода имѣнія по давности въ постороннія руки, несмотря на то, что оно числится по вотчинной книгѣ за даннымъ собственникомъ, угрожала бы самому существованію залоговыхъ правъ, установленныхъ собственникомъ и его предшественниками по имѣнію. Она угрожала бы этимъ потому, что, какъ извѣстно, давность есть первоначальный, а не производный способъ пріобрѣтенія права собственности, способъ, происходящій помимо участія воли предшественника и потому, по самому существу своему, недопускающій мысли о преемствѣ правъ и обязанностей между этимъ предшественникомъ и новымъ пріобрѣтателемъ. Хотя послѣ введенія проектируемой реформы завладѣніе цѣлыми имѣніями можетъ быть рѣдкимъ явленіемъ, нельзя того же сказать о завладѣніи отдѣльными частями имѣнія. Слѣдовательно, сохранить, при такихъ обстоятельствахъ, силу давности владѣнія и на будущее время, значило бы также допустить возможность раздробленія имѣнія, по которому открыта вотчинная книга, помимо участія собственника, между нѣсколькими лицами, парализировать дѣйствіе начала недѣлимости залога въ примѣненіи къ обременяющимъ это имѣніе залогамъ и породить неопреодолимые затрудненія при расчетѣ по означеннымъ залогамъ.

Исходя изъ изложенныхъ соображеній громадное большинство западно-европейскихъ законодательствъ устраняетъ дѣйствіе давности изъ сферы вотчиннаго оборота по недвижимымъ имѣніямъ. Насколько извѣстно, только законодательства французское, баденское, гессенское, нассауское и города Франкфурта на Майнѣ составляютъ исключеніе въ данномъ отношеніи. Исключеніе это объясняется, однакоже, общимъ несовершенствомъ усвоенныхъ названными законодательствами системъ, уклоненіями ихъ отъ истинной системы публичныхъ вотчинныхъ книгъ. Тамъ же, наоборотъ, гдѣ дѣйствуетъ правильно устроенная ипотечная система, давность можетъ сохранить свою силу лишь по отношенію къ имуществамъ и правамъ,

Точка зрѣнія иностранныхъ законодательствъ и настоящаго проекта по вопросу о давности.

лежащимъ внѣ сферы, обнимаемой этой системой, слѣдовательно, по отношенію къ имѣніямъ, не внесеннымъ въ вотчинныя книги, а также ко всѣмъ движимостямъ и требованіямъ, не обеспеченнымъ залогомъ. Она перестаетъ служить способомъ пріобрѣтенія какого либо права по имѣнію въ ущербъ лица, права коего внесены въ вотчинную книгу; она не можетъ также вредить всякому подобному праву въ смыслѣ способа погашенія и влечь за собою его потерю вслѣдствіе неосуществленія его въ теченіи опредѣленнаго времени. Въ этомъ смыслѣ вопросъ о давности разрѣшается и ст. 2 преподаваемыхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимыя имѣнія, гласящею, что «права, ограниченія и обеспечения, укрѣпленные установленнымъ порядкомъ, не могутъ быть утрачиваемы за истеченіемъ земской давности».

Всматриваясь, затѣмъ, ближе въ постановленія западноевропейскихъ законодательствъ по разсматриваемому вопросу, нельзя не отмѣтить въ нихъ, однакоже, нѣкотораго различія. Если оставить въ сторонѣ различіе, главнымъ образомъ, редакціоннаго характера, то всѣ эти законодательства могутъ быть раздѣлены на двѣ группы. Одна изъ нихъ, къ которой принадлежитъ между прочимъ австрійское гражданское уложеніе (ст. 1478 и 1500), ограничиваетъ дѣйствіе давности на внесенныя въ вотчинныя книги права, въ томъ числѣ и на залоговыя требованія, лишь настолько, насколько это вызывается дѣйствіемъ началъ гласности и безповоротности. Согласно взгляду этой группы законодательствъ, давность имѣетъ примѣненіе, какъ способъ погашенія залоговыхъ требованій, но только противъ даннаго кредитора, а никакъ не лица, пріобрѣвшаго требованіе, полагаясь на достовѣрность вотчинной книги и не зная о томъ, что оно успѣло уже погаситься за давностью. Давность, слѣдовательно, является здѣсь со значеніемъ правооснованія (*titulus*) къ погашенію требованія, титуломъ, служащимъ противъ того, кто допустилъ ея истеченіе и дающимъ право на оглашеніе самаго погашенія въ вотчинной книгѣ ⁽¹⁾. Вторая группа законо-

(¹) Ср. Stubenrauch, в. п. с., т. II, стр. 844 и 845.

дательствъ, къ которой слѣдуетъ причислить между прочимъ саксонское гражданское уложеніе (ст. 151), прусскій законъ о приобр. права собственности etc. 1872 года (ст. 7) и проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 847), напротивъ того, совершенно исключаетъ дѣйствіе давности изъ сферы правъ, внесенныхъ въ вотчинныя книги. Къ этой послѣдней группѣ примыкаетъ и настоящій проектъ, раздѣляя вполне въ данномъ отношеніи соображенія, высказанныя въ мотивахъ къ общегерманскому проекту.

«Давность и институтъ вотчинныхъ книгъ, говорятъ эти мотивы (1), благодаря своему положительному значенію, должны оказывать вліяніе лишь настолько, насколько это вызывается соображеніями практической пользы. Институтъ вотчинныхъ книгъ необходимъ для того, чтобы обезпечить правовое положеніе имѣній; этимъ устанавливается и граница области примѣненія этого института. Напротивъ того, давность не имѣетъ а ргіогі опредѣленной области; сама по себѣ она не составляетъ такого общаго способа прекращенія правъ, чтобы непримѣненіе ея къ извѣстнымъ правамъ нуждалось въ особомъ оправданіи. Напротивъ того, въ особомъ оправданіи нуждается допущеніе ея со стороны закона къ каждой группѣ правъ. Но если изложенное справедливо, то внесенныя права не могутъ быть подчинены дѣйствію давности какъ потому, что она оказывается не только лишнею для нихъ, такъ и вслѣдствіе того, что при ея посредствѣ въ системѣ вотчинныхъ книгъ была бы произведена брешь, которая могла бы угрожать всей этой системѣ.

Дальнѣйшее основаніе недопущенія давности заключается въ существѣ этого института. Давность составляетъ послѣдствіе неосуществленія права. Нельзя однакоже сказать о лицѣ, право котораго явствуется изъ вотчинной книги, что оно этого права не осуществляетъ. Внесенное право живетъ, пока значится записаннымъ въ книгѣ; существованіе подлежащей статьи въ этой послѣдней равносильно постоянному возраженію со стороны праводержателя противъ состояній и фактовъ, препятствующихъ или затрудняющихъ осуществленіе права.

(1) Т. III, стр. 252.

Къ этому необходимо присовокупить, что, если бы даже законъ и допустилъ давность, тѣмъ не менѣе начало публичнаго довѣрія къ вотчиннымъ книгамъ воспрепятствовало бы возможности противопоставить ее третьему лицу, которое, полагаясь на содержаніе книги, приобрѣло внесенное право, или основанное на послѣднемъ какое либо новое право. Но тогда получилась бы давность съ относительнымъ дѣйствіемъ, которой, во время ея теченія, нельзя было бы придавать абсолютнаго значенія. Но такая конструкція этого института, какъ черезъ чуръ недостаточно отвѣчающая его цѣли, не представляется желательною».

Ближайшее значеніе настоящаго правила.

Силою правила разсматриваемой статьи предполагается изъять изъ дѣйствія давности не только залогъ, но и требованіе, имъ обезпеченное, т. е. *залоговое требованіе*, пока залогъ значится по вотчинной книгѣ. Если бы давность распространялась на одинъ только залогъ, то изложенное въ этой статьѣ правило потеряло бы, очевидно, всякое значеніе. При томъ же, только при условіи изъятія изъ дѣйствія давности самаго залоговаго требованія законъ въ состояніи гарантировать въ надлежащей степени собственнику имѣнія, неотвѣтственному лично по данному залоговому требованію, осуществленіе такъ называемаго права обратнаго требованія ⁽¹⁾. Только при означенномъ условіи собственникъ этотъ, погасивъ долгъ уплатою, сохранилъ бы возможность обратиться за обратнымъ удовлетвореніемъ къличному должнику. Напротивъ того, при дѣйствіи другаго правила, которое обнимало бы собою одинъ только залогъ, возможность эта оказалась бы окончательно пресѣченною во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда требованіе оказалось бы погашеннымъ давностью въ то время, какъ запись о залогѣ продолжаетъ значиться по вотчинной книгѣ.

Такъ какъ по силѣ разсматриваемой статьи изъятыми изъ-подъ дѣйствія давности считаются *залоговыя требованія*, то очевидно, что теченіе давности должно вступить во всѣ свои права съ того момента, когда требованіе перестало быть залоговымъ. Поэтому, въ случаѣ, напримѣръ, погашенія залога по

⁽¹⁾ См. ниже объясненія къ ст. 98—104 проекта, изложенныя подъ цифрою IV, стр. 733 и слѣд.

вотчинной книгѣ безъ погашенія самаго требованія, или въ случаѣ, когда часть требованія осталась при публичной продажѣ имѣнія неудовлетворенной, давность имѣетъ точно такое же примѣненіе, какъ и въ отношеніи всякаго личнаго долга, и притомъ съ того момента, съ котораго означенное требованіе или часть его превратилась изъ обеспеченнаго залогомъ въ чисто личное требованіе.

Изъ того значенія, которое проектъ придаетъ отмѣткамъ объ обеспеченіи и погашеніи правъ по вотчинной книгѣ, а именно изъ значенія этихъ отмѣтокъ, какъ предварительныхъ статей, обеспечивающихъ установленіе или погашеніе даннаго права въ моментъ внесенія отмѣтки (ст. 11 проекта), слѣдуетъ, что изъѣтыми на основаніи ст. 49 изъ-подъ дѣйствія давности должны почитаться не только залоговыя требованія, окончательно установленныя внесеніемъ въ вотчинныя книги соотвѣтствующихъ записей, но и такія, которыя обеспечены посредствомъ отмѣтокъ, и что, наоборотъ, началомъ теченія давности для требованій, о коихъ идетъ рѣчь, почитается не только время производства записи, но и отмѣтки о погашеніи этихъ требованій по вотчинной книгѣ.

Наконецъ, на основаніи ст. 74 проекта, только капитальная сумма требованія, проценты, выросшіе на нее за послѣдніе два года, и понесенныя вотчиннымъ кредиторомъ при взысканіи судебныя издержки, послѣднія въ размѣрѣ, въ этой статьѣ указанномъ, оказываются обеспеченными залогомъ. Слѣдовательно, всѣ прочіе просроченные проценты носятъ вполне характеръ чисто личнаго долга ⁽¹⁾. Имѣя такой характеръ, они должны быть, очевидно, подчинены въ отношеніи давности не спеціальнымъ, ипотечнымъ, а общегражданскимъ условіямъ. На этомъ основаніи разсматриваемая статья и постановляетъ, что давность имѣетъ примѣненіе къ процентамъ по залоговому требованію, развѣ бы проценты эти были обеспечены отдѣльною статьею, внесенною въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги. Въ послѣднемъ случаѣ, т. е. въ случаѣ обеспеченія процентовъ отдѣльною статьею, они становятся

Дѣйствіе давности на просроченные проценты.

⁽¹⁾ См. ниже объясненія къ ст. 74, стр. 555 и слѣд.

залоговымъ требованіемъ, въ ипотечномъ отношеніи совершенно независимымъ отъ того требованія, по которому они выросли, почему и не могутъ, въ качествѣ такового требованія, не подчиняться дѣйствію правила, изложеннаго въ первой половинѣ настоящей статьи, подобно всякому другому залоговому требованію.

ОТДѢЛЕНІЕ 2.

О добровольномъ залогѣ.

50. Залогъ можетъ быть установленъ договоромъ въ обезпеченіе всякаго денежнаго требованія, проистекающаго какъ изъ договора займа, такъ и изъ купли-продажи, подряда, найма, причиненія убытковъ и т. п.

Залогъ можетъ быть установленъ завѣщаніемъ только въ обезпеченіе опредѣленнымъ имѣніемъ платежа назначенныхъ по завѣщанію денежныхъ суммъ.

Ст. 2045 т. X ч. I.

Ст. 44 бельг. ипотечн. закона.

Способность залога служить средствомъ обезпеченія всякаго рода требованій, разсматриваемая съ точки зрѣнія:

Въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾ приведены подробно тѣ соображенія, которыя послужили основаніемъ ко включенію въ проектъ правила о томъ, что залогъ можетъ служить средствомъ обезпеченія всякаго рода требованій, изъ какого бы основанія они не проистекали. Здѣсь остается войти въ ближайшее разсмотрѣніе того, какъ правило это должно быть примѣнено къ тѣмъ разнымъ видамъ залога, смотря по правооснованію его, которые предусмѣтрѣны въ проектѣ.

1) принудительнаго залога;

Одно уже значеніе *залога принудительнаго*, какъ такового, указываетъ на то, что залогомъ этимъ обезпечивается всякое требованіе денежной суммы, присужденное вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ, и что, слѣдовательно,

(1) Отд. III, § 2, стр. 46 и слѣд.

для залога этого совершенно безразлично, въ чемъ собственно заключалось то юридическое отношеніе, изъ коего подобное требованіе первоначально возникло, и которое легло въ основаніе иска объ этомъ требованіи. Соображеніе это сохраняетъ свою силу и по отношенію къ охранительнымъ отмѣткамъ, вносимымъ по опредѣленіямъ суда объ обезпеченіи иска о взысканіи денежной суммы и по подлежащимъ апелляціи судебнымъ рѣшеніямъ, коими присуждена денежная сумма, ибо, какъ извѣстно, отмѣтки эти имѣютъ значеніе условнаго обезпеченія залогомъ даннаго требованія на случай, если и оно будетъ имѣть въ непосредственной основѣ своей рѣшеніе, вступившее въ законную силу ⁽¹⁾. Такимъ образомъ, рѣшеніе это во всѣхъ случаяхъ установленія залога замѣняетъ собою, *обновляетъ* (*novatio necessaria*) первоначальное основаніе требованія, обезпечиваемаго залогомъ, почему и вопросъ о томъ, въ чемъ собственно заключалось это первоначальное основаніе, въ договорѣ ли займа, или въ чемъ либо другомъ, какъ-то: въ куплѣ-продажѣ, подрядѣ, наймѣ, причиненіи убытковъ и т. п., лишенъ въ этихъ случаяхъ всякаго значенія.

Не то слѣдуетъ сказать о случаяхъ установленія *добровольнаго залога*. Здѣсь сущность денежнаго требованія, имъ обезпечиваемаго, опредѣляется тѣмъ, либо другимъ видовымъ источникомъ его возникновенія, еще не замѣненнымъ судебнымъ рѣшеніемъ. Поэтому-то разсматриваемое правило приобрѣтаетъ особенную важность именно въ примѣненіи къ этимъ послѣднимъ случаямъ. Только по отношенію къ нимъ, слѣдовательно, и можетъ возникнуть необходимость предусмотрѣть это правило въ законѣ.

2) добровольнаго залога.

Послѣ всего сказаннаго въ общихъ объясненіяхъ о безразличномъ для установленія залога значеніи вопроса о существѣ обезпечиваемаго имъ денежнаго требованія нѣтъ никакого сомнѣнія относительно необходимости дать законодательную санкцію правилу по этому предмету для всѣхъ безъ

Необходимость выразить эту способность по отношенію къ договорному залогу (1-я половина ст. 50).

(1) См. выше, стр. 345 и слѣд.

исключенія случаевъ, когда дѣло идетъ о добровольномъ залогѣ, устанавливаемомъ по договору, т. е. о договорномъ залогѣ. Согласно съ этимъ, первая половина разсматриваемой статьи и содержитъ въ себѣ безусловное признаніе такового правила въ примѣненіи къ названному виду добровольнаго залога. Съ точки зрѣнія взгляда, въ ней высказаннаго, не только сущность даннаго требованія, его происхожденіе, но и моментъ его возникновенія, а именно то обстоятельство, возникло ли оно ранѣе залога, или одновременно съ нимъ, не могутъ оказать никакого вліянія на сферу примѣненія договорнаго залога. Съ этимъ взглядомъ проекта согласны всѣ безъ исключенія ипотечныя законодательства. Взглядъ этотъ утвердился въ нихъ до того, что они не считаютъ даже необходимымъ высказать его особо въ положительномъ законѣ. Давая мѣсто разсматриваемому правилу въ числѣ постановленій по залоговому праву, которыя должны получить у насъ силу на будущее время, проектъ руководствовался желаніемъ устранить разъ навсегда всевозможные по этому предмету сомнѣнія и споры и тѣмъ самымъ подготовить для примѣненія начала, выраженнаго въ этомъ правилѣ, твердую почву.

Вопросъ объ этой способности въ примѣненіи къ завѣщательному залогу.

Не столь безспорнымъ, однакоже, представляется вопросъ о разсматриваемомъ правилѣ по отношенію къ случаямъ установленія другаго вида добровольнаго залога, а именно *залога завѣщательнаго*. Разрѣшенію этого вопроса посвящена вторая половина ст. 50. Сомнѣніе, возбуждаемое этими случаями, заключается именно въ томъ, есть ли основаніе допускать установленіе завѣщательнаго залога въ обезпеченіе всякаго рода обязательствъ завѣщателя, т. е. и такихъ, которые уже существуютъ и возникли, слѣдовательно, *до и помимо* завѣщанія, или же, напротивъ того, область примѣненія названнаго залога должна быть ограничена случаями обезпеченія денежныхъ требованій, *основанныхъ, какъ и онъ самъ, на завѣщаніи*, т. е. случаями обезпеченія назначенныхъ по завѣщанію денежныхъ суммъ (т. н. *отказовъ*)?

Разсматривая въ данномъ отношеніи постановленія западно-европейскихъ законодательствъ, необходимо отмѣтить, что

указанное ограниченіе области примѣненія завѣщательнаго залога встрѣчается, насколько извѣстно, только въ бельгійскомъ ипотечномъ законѣ. Ст. 44 этого закона опредѣляетъ именно завѣщательный залогъ слѣдующимъ образомъ: «l'hypothèque testamentaire est celle qui est etablie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés par le testament, pour la garantie des legs par lui faits».

При обсужденіи разсматриваемаго вопроса въ редакціонной комисіи высказаны были два противоположныя мнѣнія.

Разныя мнѣнія въ редакціонной комисіи по этому вопросу:

Меньшинство (С. И. Лукьяновъ, В. И. Голевинскій, І. И. Карницкій и Л. В. Гантоверъ) нашло излишнею всякую ограничительную регламентацію въ данномъ отношеніи, а слѣдовательно излишнимъ и включеніе въ проектъ правила, выраженнаго во второй половинѣ разсматриваемой статьи. Съ юридической точки зрѣнія, подобная регламентація представляется, прежде всего, нецѣлесообразною. Завѣщатель можетъ отказать своему кредитору то, что онъ ему долженъ, и сообщить такимъ образомъ долгу характеръ *отказа*. Очевидно, однакоже, что при подобной возможности дѣйствіе вышеупомянутаго ограничительнаго правила парализируется и что, слѣдовательно, оно нисколько не устраняетъ вполнѣ тѣхъ случаевъ обезпеченія завѣщательнымъ залогомъ долга, уже существующаго, запретить которое оно имѣетъ въ виду. Въ этомъ смыслѣ высказываются и лучшіе комментаторы вышеприведеннаго постановленія бельгійскаго закона ⁽¹⁾. Кромѣ того, установленію разсматриваемаго правила противорѣчатъ общія соображенія, говоряція въ пользу введенія завѣщательнаго залога. Есть ли, въ самомъ дѣлѣ, основаніе запрещать завѣщателю присоединять, при посредствѣ завѣщанія, залоговое обезпеченіе въ пользу своего кредитора, когда онъ можетъ отказать послѣднему, по завѣщанію же, все свое имѣніе или какое либо другое вотчинное право въ ономъ, напримѣръ, право пожизненнаго владѣнія? То обстоятельство, что завѣщатель можетъ при жизни обезпечить своего кредитора путемъ установленія договорнаго залога, не доказы-

мнѣніе меньшинства;

⁽¹⁾ *Laurent*, в. п. с., т. XXX, стр. 509.

ваетъ нисколько бесполезности завѣщательнаго залога въ данномъ случаѣ, ибо, какъ уже было упомянуто, установленіе договорнаго залога сопряжено съ извѣстными сложными формальностями. Оно мыслимо по проекту только на мѣстѣ, по нахожденію имѣнія, и требуетъ часто много времени, между тѣмъ какъ завѣщаніе совершается большей частью при приближеніи смерти, когда у завѣщателя нѣтъ уже ни времени, ни вообще достаточной возможности продѣлать всю процедуру установленія договорнаго залога. Такъ какъ законодательство наше не дѣлаетъ никакого различія между наслѣдниками и отказоприимателями (ибо послѣдніе отвѣчаютъ наравнѣ съ первыми соразмѣрно полученной долѣ имущества умершаго ⁽¹⁾), то очевидно, что кредиторъ сможетъ воспользоваться завѣщаннымъ ему залоговымъ обезпеченіемъ не прежде, какъ по удовлетвореніи всѣхъ прочихъ личныхъ кредиторовъ завѣщателя. Нѣтъ поэтому никакихъ основаній видѣть въ допущеніи разсматриваемыхъ случаевъ залога мѣру, могущую нанести ущербъ упомянутымъ кредиторамъ, клонящуюся къ обогащенію одного кредитора на счетъ всѣхъ остальныхъ. Напротивъ того, уже вслѣдствіе указаннаго выше уравнианія у насъ положенія легатаріевъ съ положеніемъ наслѣдниковъ, несомнѣнно, что если и будутъ встрѣчаться на практикѣ случаи установленія залоговъ по завѣщанію въ пользу кредитора завѣщателя, то только тогда, когда завѣщательный залогъ сможетъ устоять, сохранить свою силу. Случаи эти будутъ возникать собственно тогда, когда у завѣщателя не будетъ болѣе другихъ долговъ, кромѣ обезпечиваемаго залогомъ, или когда эти другіе долги смогутъ, не смотря на установленный завѣщательный залогъ, найти свободное удовлетвореніе изъ наслѣдственнаго имущества. Слѣдовательно, всѣ неблагопріятныя, повидимому, стороны допущенія завѣщательнаго залога въ пользу долга, уже существующаго, регулируются сами собою, чѣмъ, очевидно, и устраняется необходимость въ установленіи разсматриваемаго исключенія. А между тѣмъ

(¹) Ср. рѣш. гражд. кас. деп. сената 1879 г. за № 294 и 1886 г. за № 60.

лишеніе завѣщателя возможности обезпечить залогомъ долгъ, возникшій помимо завѣщанія, можетъ оказаться весьма нерѣдко очевидною несправедливостью. Оно отыметъ у завѣщателя средство способствовать, путемъ предоставленія, при помощи залога, кредитору гарантіи противъ ухудшенія въ будущемъ его юридическаго положенія, оставленію даннаго долга на имѣніи на продолжительное время, а слѣдовательно и самаго имѣнія—въ рукахъ своихъ наслѣдниковъ. О нанесеніи ущерба интересамъ личныхъ кредиторовъ завѣщателя вслѣдствіе установленія имъ въ пользу кого либо изъ этихъ кредиторовъ завѣщательнаго залога не можетъ возникнуть никакихъ опасеній еще и потому, что завѣщатель вправѣ же былъ при жизни своей предоставить право залога тому же кредитору. Если, засимъ, и могли бы пострадать чьи либо интересы, то развѣ только интересы личныхъ кредиторовъ лица, коему завѣщанъ залогъ, въ тѣхъ сравнительно рѣдкихъ случаяхъ, когда пассивъ и наслѣдодателя и наслѣдника превышаетъ ихъ активъ, да и то лишь исключительно съ точки зрѣнія теоріи, приписывающей нашему законодательству смѣшеніе наслѣдственной массы съ имуществомъ и долгами наслѣдника. Извѣстно однакоже, что эта теорія, этотъ взглядъ на 1259 ст. т. X ч. I свод. зак. гражд., первоначально утвердившійся въ нашей судебной практикѣ (рѣш. гр. кас. деп. сената 1872 г. № 32, 1879 г. № 85 и 1880 г. № 23), уступилъ мѣсто другому, признающему, хотя и съ извѣстными ограниченіями, за долгами наслѣдодателя право на преимущественное удовлетвореніе предъ долгами самаго наслѣдника (рѣш. 1886 г. № 63 и 1887 г. № 76). Послѣдній изъ этихъ взглядовъ служитъ несомнѣннымъ доказательствомъ все болѣе и болѣе пробивающагося у насъ сознанія на счетъ практической необходимости скорѣйшаго введенія въ наше законодательство т. н. *separatio bonorum*, т. е. института отдѣленія наслѣдственнаго имущества отъ личнаго имущества наслѣдника. Что же касается до указанныхъ въ мнѣніи большинства членовъ комисіи недоумѣній, могущихъ, согласно этому мнѣнію, возникнуть при распространеніи института завѣщательнаго залога и на долги, уже существующіе (см. ниже мнѣніе большинства), то недоумѣнія эти едва ли справедливы.

Вопросы о томъ, слѣдуетъ ли считать кредитора, коему отказанъ залогъ по завѣщанію, наслѣдникомъ завѣщателя, а также необходимо ли удостовѣрить возникновеніе долга, рѣшаются, очевидно, на основаніи общихъ началъ завѣщательнаго и вообще гражданскаго права: первый—въ утвердительномъ, а второй—въ отрицательномъ смыслѣ. Что же касается вопроса о томъ, какова будетъ роль вотчинныхъ установленій при внесеніи записи, основанной на завѣщаніи (ст. 141 проекта) въ тѣхъ случаяхъ, когда завѣщаніе составлено за 10 и болѣе лѣтъ до смерти завѣщателя и относится, слѣдовательно, къ долгу, можетъ быть уже погашенному давностью или другимъ способомъ, то вопросъ этотъ разрѣшается согласно съ сущностью всего вотчиннаго дѣлопроизводства. Роль вотчинныхъ установленій въ упомянутыхъ выше случаяхъ опредѣляется свойственнымъ ихъ дѣятельности *охранительнымъ характеромъ*, исключающимъ возможность разрѣшенія со стороны этихъ установленій спорныхъ вопросовъ матеріальнаго права. Залогъ, слѣдовательно, долженъ будетъ подлежать внесенію, что не исключаетъ однакоже для заинтересованныхъ сторонъ возможности оспорить его дѣйствительность судомъ, на общемъ основаніи, какъ права, обезпечивающаго требованіе, уже погашенное.

мнѣніе большин-
ства.

Большинство членовъ комисіи (*Н. И. Стояновскій, А. А. Книримъ, С. В. Пахманъ, И. Я. Голубевъ и А. К. Рихтеръ*) нашло, напротивъ того, необходимымъ включеніе въ проектъ разсматриваемаго правила на основаніи слѣдующихъ соображеній:

Если на практикѣ и встрѣчаются стремленія должниковъ обезпечивать передъ своей смертью однихъ кредиторовъ преимущественно предъ другими, то такимъ стремленіямъ едва ли есть основаніе потворствовать въ виду опасностей, сопряженныхъ съ допущеніемъ подобнаго негласнаго обезпеченія однихъ въ ущербъ другимъ. Соображеніе, приводимое въ защиту завѣщательнаго залога, устанавлиаемаго въ обезпеченіе долга, возникшаго до и помимо завѣщанія, о томъ, что завѣщатель вправѣ при жизни обезпечить залогомъ одного изъ своихъ кредиторовъ преимущественно предъ другими и что, слѣдовательно, нѣтъ основанія лишать его, завѣща-

теля, возможности сдѣлать то же въ завѣщаніи, неубѣдительно въ виду различія между тѣмъ и другимъ случаемъ. Вступая при жизни въ частное соглашеніе съ однимъ изъ кредиторовъ на счетъ преимущественнаго обезпеченія его залогомъ, должникъ, тѣмъ самымъ, усиливаетъ свою отвѣтственность, ухудшаетъ свое личное положеніе и потому едва ли рѣшится на подобное соглашеніе безъ достаточныхъ основаній. При установленіи же залога по завѣщанію завѣщатель лично ничѣмъ не рискуетъ, такъ какъ послѣдствія его распоряженія нести будетъ не онъ, а его наслѣдники. Поэтому и рѣшится на такое распоряженіе ему гораздо легче, чѣмъ установить залогъ при жизни; слѣдовательно, и возможность нарушенія интересовъ личныхъ кредиторовъ при допущеніи завѣщательнаго залога гораздо вѣроятнѣе. Независимо отъ сего, завѣщательный залогъ, установленный въ обезпеченіе существующаго уже долга, въ случаѣ перехода наслѣдства къ наслѣднику, долги коего превышаютъ его имущество, отражается тягостнѣе на интересахъ личныхъ кредиторовъ наслѣдства, нежели такой же залогъ, но только установленный должникомъ при его жизни на основаніи договора. Въ послѣднемъ случаѣ, все имущество должника, оставшееся за удовлетвореніемъ вотчинныхъ кредиторовъ, распределяется между личными кредиторами его одного, между тѣмъ какъ, въ случаѣ установленія завѣщательнаго залога, кромѣ кредиторовъ наслѣдодателя есть еще кредиторы наслѣдника, пользующіеся равнымъ съ первыми правомъ на удовлетвореніе изъ уменьшеннаго на сумму завѣщательнаго залога остатка наслѣдства. Въ сущности, слѣдовательно, установленіе завѣщательнаго залога въ пользу одного изъ кредиторовъ составляетъ улучшеніе его положенія на счетъ прочихъ кредиторовъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда личные долги завѣщателя превышаютъ наличное его имущество и когда наслѣдство переходитъ къ неоплатному наслѣднику. Въ противномъ случаѣ, когда и наслѣдодатель и наслѣдникъ вполне состоятельны, установленіе завѣщательнаго залога оказывается совсѣмъ излишнимъ. Допускать же этотъ залогъ для того частнаго случая, въ которомъ онъ имѣлъ бы справедливое основаніе, а именно, когда состоя-

тельный завѣщатель, оставляющій послѣ себя не менѣе состоятельнаго наслѣдника, обезпечиваетъ при посредствѣ завѣщательнаго залога долгъ, подлежащій уплатѣ въ отдаленномъ будущемъ, съ цѣлью предотвратить опасность ухудшенія къ тому времени имущественнаго положенія наслѣдника, — значило бы ограждать совѣмъ исключительные интересы, жертвуя общими интересами кредиторовъ наслѣдства.

Кромѣ указанныхъ практическихъ послѣдствій, соединенныхъ съ допущеніемъ завѣщательнаго залога въ обезпеченіе существующаго уже долга, подобный залогъ не можетъ быть оправданъ и съ принципіальной точки зрѣнія уже потому, что завѣщаніе и залогъ совершенно различны по своей цѣли и юридическому значенію. Какъ, въ самомъ дѣлѣ, осуществить задачу залога, состоящую въ обезпеченіи кредита даннаго лица, посредствомъ завѣщательнаго распоряженія, долженствующаго возымѣть силу послѣ смерти установителя? Очевидно, что залогъ превращается тутъ въ дарственное распоряженіе *sui generis* въ пользу одного изъ кредиторовъ, могущее невыгодно отразиться на интересахъ прочихъ. При этомъ возникаетъ цѣлый рядъ вызывающихъ недоумѣнія вопросовъ, какъ-то: вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли считать кредитора, коему отказанъ залогъ по завѣщанію, наслѣдникомъ и, слѣдовательно, лицомъ, отвѣтственнымъ за долги наслѣдодателя, или нѣтъ; необходимо ли, чтобы возникновеніе долга было удостовѣрено особо и какимъ именно актомъ, или достаточно признаніе долга, прямо или косвенно сдѣланное въ завѣщаніи; какова сила этого признанія для вотчиннаго установленія при производствѣ основаннаго на завѣщаніи внесенія (ст. 141 проекта) въ тѣхъ случаяхъ, когда завѣщаніе составлено за десять и болѣе лѣтъ до смерти завѣщателя; слѣдуетъ ли считать это признаніе сдѣланнымъ въ моментъ смерти, какъ это свойственно всѣмъ завѣщательнымъ распоряженіямъ, или нѣтъ? и т. п. Наконецъ, при допущеніи разсматриваемаго залога возникаетъ опасеніе и на счетъ того, что посредствомъ его могутъ получить удовлетвореніе мнимые кредиторы въ ущербъ дѣйствительнымъ, или на счетъ такого рода явно несправедливыхъ явленій, ка-

ковы, напрімѣрь, случаи, когда собственникъ составилъ завѣщаніе, не имѣя долговъ, и уже послѣ вступилъ въ долговыя обязательства, не озаботившись, однако, отмѣною завѣщанія.

Въ виду всего изложеннаго, большинство членовъ коммисіи полагало, что если завѣщательный залогъ и можетъ быть допущенъ, то только для тѣхъ случаевъ, въ которыхъ польза его несомнѣнна. Таковую же пользу онъ представляетъ собою лишь тогда, когда является исключительно средствомъ обезпеченія отказанныхъ завѣщателемъ денежныхъ суммъ.

51. Если сумма требованія, въ обезпеченіе коего устанавливается залогъ, не опредѣлена, или самое требованіе можетъ возникнуть лишь въ будущемъ изъ какого либо договора или иныхъ отношеній сторонъ, то устанавливаемый въ обезпеченіе такихъ требованій залогъ именуется *кредитнымъ залогомъ*.

При установленіи кредитнаго залога договаривающіяся стороны должны указать, въ обезпеченіе чего именно залогъ устанавливается, и опредѣлить ту сумму, въ предѣлахъ которой имѣніе должно служить обезпеченіемъ.

Ст. 17 гл. основ.

Ст. 19 бав. полож. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 73 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 24 прусск. зак. о приобр. пр. собств. etc. 1872 г.

Ст. 370 сакс. гр. улож.

Ст. 14 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 2148 франц. гр. кодекса.

Ст. 83 бельг. ипотечн. закона.

Ст. 1129 проекта общегерм. гражд. улож.

Высоч. утвержд. 9 Іюня 1889 г. положеніе о преобразованіи судебной части въ прибалтійскихъ губерніяхъ (лит. Б, о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ законоположеніяхъ объ ипотекахъ, ст. 8).

Настоящая статья касается вопроса о кредитномъ залогѣ, о важномъ экономическомъ значеніи котораго было уже упомянуто въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ

Необходимость
регламентировать
кредитный залогъ.

проекта ⁽¹⁾. Здѣсь остается, слѣдовательно, остановиться на главнѣйшихъ характеристическихъ особенностяхъ, коими отличается по проекту этотъ видъ залоговаго права отъ случаевъ обезпеченія залогомъ требованій, опредѣленныхъ по суммѣ и существующихъ въ моментъ установленія залога. Особенности эти, принятыя во вниманіе при начертаніи настоящаго проекта, а также проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, находящихся въ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ въ дѣйствіе вотчинный уставъ, показываютъ, что недостаточно, по примѣру дѣйствующаго законодательства, ограничиться молчаливымъ дозволеніемъ устанавливать кредитный залогъ, но что послѣдній нуждается еще въ извѣстной законодательной регламентаціи, дабы практика, встрѣчаясь съ этимъ институтомъ, имѣла въ своемъ распоряженіи твердыя руководящія начала, разъясняющія его сущность и взаимныя права и обязанности, изъ него вытекающія.

Двѣ категоріи случаевъ, обнимаемыхъ этимъ залогомъ:

Однимъ изъ существенныхъ условій залога, какъ извѣстно, есть опредѣленность требованія, въ обезпеченіе коего онъ установленъ, и суммы, до которой должна простираться залоговая отвѣтственность имѣнія по этому требованію. Условіе это составляетъ послѣдствіе такъ называемаго *начала специальности*. Когда требованіе уже существуетъ ко времени установленія залога и опредѣлено въ своемъ размѣрѣ, то примѣненіе означеннаго начала представляется весьма простымъ. Какъ самое требованіе, такъ и размѣръ его должны явствовать изъ акта, служащаго правооснованіемъ залога (ст. 261) и изъ вотчинной книги (ст. 182) и могутъ быть, слѣдовательно, легко усмотрѣны. При этомъ совершенно безразлично то обстоятельство, будетъ ли данное требованіе не только безсрочнымъ или срочнымъ, но даже условнымъ, такъ какъ и при наличности условія, отъ наступленія коего поставлено въ зависимость возникновеніе требованія, послѣднее все же остается тѣмъ не менѣе индивидуально опре-

(1) Стр. 53 и слѣд.

дѣленнымъ. Не столь простымъ представляется однакоже вопросъ о случаяхъ обезпеченія залогомъ такихъ требованій, которыя или, во 1-хъ, неопредѣлены въ своей суммѣ, или во 2-хъ, могутъ лишь возникнуть, а слѣдовательно и опредѣлиться въ будущемъ, случаяхъ, предусмотрѣнныхъ въ настоящей статьѣ подъ общимъ названіемъ кредитнаго залога и имѣющихъ въ практической жизни весьма обширное примѣненіе.

И такъ, первая категорія предусмотрѣнныхъ настоящей статьею случаевъ, это именно тѣ, когда сумма требованія, въ обезпеченіе коего устанавливается залогъ, не опредѣлена. Какъ на примѣръ такихъ требованій можно указать на присужденное судомъ требованіе вознагражденія убытковъ, сумма коихъ должна быть еще доказана въ порядкѣ исполнительнаго производства, на причитающуюся сонаслѣднику въ силу раздѣльнаго акта денежную сумму, размѣръ коей долженъ быть опредѣленъ лишь впослѣдствіи послѣ оцѣнки или реализаціи даннаго наслѣдственного имущества, и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, требованіе представляется уже принципиально, въ самомъ основаніи своемъ, возникшимъ, оно оказывается опредѣленнымъ, индивидуализированнымъ во всемъ, исключая лишь своего размѣра, который долженъ выясниться окончательно только впослѣдствіи. Всегда, слѣдовательно, когда будетъ рѣчь идти объ обезпеченіи подобнаго требованія, должны быть примѣняемы постановленія проекта о кредитномъ залогѣ. Къ этимъ то случаямъ и относится главнымъ образомъ послѣдняя часть разсматриваемой статьи, постановляющая, что договаривающія стороны должны опредѣлить ту сумму, *въ предѣлахъ* коей имѣніе должно служить обезпеченіемъ. Сумма эта должна означать не дѣйствительный размѣръ залоговаго обезпеченія, ибо таковой размѣръ сторонамъ еще неизвѣстенъ, а лишь тотъ, который представляется *вѣроятнымъ* и при томъ размѣръ *максимальный*, т. е. такой, выше коего отвѣтственность заложеннаго имѣнія не должна уже имѣть мѣста. Выставляя такое требованіе, проектъ остается лишь вѣренъ началу спеціальности, такъ какъ допущеніе кредитнаго залога внѣ условія опредѣленія его макси-

1) случаи обезпеченія требованій, уже возникшихъ, но еще не опредѣленныхъ по суммѣ и

мального размѣра нанесло бы очевидный вредъ поземельному кредиту. Условіе это составляетъ такую же существенную, матеріальную принадлежность кредитнаго залога, принадлежность, помимо которой послѣдній долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ, какъ и условіе опредѣленности всякаго требованія, при обезпеченіи его обыкновеннымъ залогомъ ⁽¹⁾. Поэтому въ тѣхъ случаяхъ, когда высшая сумма, о коей идетъ рѣчь, не опредѣлена, внесеніе кредитнаго залога не должно имѣть мѣста, и если бы, тѣмъ не менѣе, было произведено, то можетъ быть оспорено на общемъ основаніи.

Требуя, чтобы означенная сумма была опредѣлена договаривающимися сторонами, проектъ расходится существенно въ данномъ отношеніи съ постановленіемъ французскаго гражданскаго кодекса, ст. 2132 коего хотя и допускаетъ внесеніе требованія, неопредѣленнаго по суммѣ (*créance indéterminée dans sa valeur*), но съ тѣмъ однакоже условіемъ, чтобы размѣръ его былъ предварительно указанъ кредиторомъ, при чемъ должнику предоставляется право домогаться уменьшенія этого размѣра, когда для такового уменьшенія представляются достаточныя основанія. И такъ, согласно французскому кодексу опредѣленіе размѣра залоговаго требованія составляетъ въ данномъ случаѣ односторонній актъ воли кредитора. Напротивъ того, проектъ, слѣдуя примѣру большинства ипотечныхъ законодательствъ, требуетъ, чтобы опредѣленіе это было результатомъ соглашенія обѣихъ сторонъ, при чемъ онъ исходитъ изъ того соображенія, что такъ какъ спеціализація требованія, обезпечиваемаго залогомъ, представляется существеннымъ условіемъ сего послѣдняго, то оно, какъ и всякое другое подобное ему условіе, должно составлять необходимый элементъ акта, на основаніи коего залогъ устанавливается, т. е. договора о залогѣ. Правда, что стороны могутъ опредѣлить размѣръ требованія ошибочно, а слѣдовательно и невыгодно для кредитора или должника, такъ какъ означенное опредѣленіе дѣлается лишь приблизительно. Если, напримѣръ, размѣръ этотъ окажется впоследствии, когда требованіе опредѣлится уже окончательно, ниже дѣйствительнаго размѣра этого требованія, то вотчинный

⁽¹⁾ См. выше, ст. 43 и объясненія къ ней на стр. 372 и слѣд. •

кредиторъ, въ пользу коего установленъ кредитный залогъ, долженъ будетъ довольствоваться напередъ указанными границами залога, при чемъ выходящій за эти границы излишекъ будетъ уже личнымъ требованіемъ. Какъ ни невыгоденъ для кредитора этотъ результатъ, онъ тѣмъ не менѣе неизбеженъ, какъ вытекающій изъ самаго существа кредитнаго залога.

Вторая категорія случаевъ, подходящихъ, согласно проекту, подъ понятіе упомянутаго залога, это именно случаи обезпеченія залогомъ требованій, которыя могутъ возникнуть лишь въ будущемъ. При этомъ совершенно безразлично, извѣстенъ ли уже размѣръ, до котораго будетъ простираться могущее возникнуть требованіе, или неизвѣстенъ. Примѣромъ перваго рода залоговыхъ требованій можетъ служить случай обезпеченія залогомъ кредита, открытаго въ опредѣленной суммѣ. Здѣсь неизвѣстно, возникнетъ ли самое требованіе, ибо возникновеніе это находится въ зависимости отъ неизвѣстнаго обстоятельства, воспользуется ли собственникъ открытымъ ему кредитомъ, или не воспользуется, а если воспользуется, то непременно не свыше опредѣленной сторонами суммы. Примѣромъ, когда и требованіе не существуетъ и размѣръ его неизвѣстенъ, представляется случай обезпеченія залогомъ требованія убытковъ, могущихъ произойти отъ неисполненія даннаго обязательства, и т. п.

2) случаи обезпеченія требованій, самое возникновеніе коихъ неизвѣстно.

Всматриваясь затѣмъ ближе въ существо кредитнаго залога, необходимо отмѣтить еще слѣдующія характеристическія его стороны, принятія во вниманіе при начертаніи настоящаго проекта.

Характеристическія особенности кредитнаго залога.

Во 1-хъ, такъ какъ кредитный залогъ имѣетъ въ виду обезпечить будущее требованіе, т. е. дать кредитору право обратиться къ данному имуществу должника лишь въ томъ случаѣ, если требованіе это дѣйствительно возникнетъ, то очевидно, что установленіе кредитнаго залога само по себѣ не порождаетъ этого права въ пользу кредитора. Оно создаетъ лишь зародышъ предполагаемому возникновенію залога, гарантію на случай такового будущаго возникновенія. Собственникъ, на имѣніи коего установленъ кредитный залогъ въ обезпеченіе, напримѣръ, открытаго кредита въ государственномъ

банкѣ или частномъ банкирскомъ домѣ, могъ вовсе не воспользоваться предоставленнымъ ему правомъ кредитоваться въ предѣлахъ опредѣленной суммы, или воспользоваться не вполне, забрать всю сумму сразу, или постепенно частями. Въ первомъ случаѣ, право залога для государственнаго банка или банкирскаго дома вовсе не возникло, такъ какъ нѣтъ, въ дѣйствительности, требованія, которое бы имъ обезпечивалось, во второмъ—право залога хотя и существуетъ, но въ размѣрѣ, меньшемъ противъ того, въ которомъ установленъ кредитный залогъ; наконецъ, въ послѣднемъ изъ указанныхъ случаевъ можетъ быть рѣчь даже о нѣсколькихъ требованіяхъ, изъ коихъ каждое обезпечено однимъ и тѣмъ же залогомъ. Слѣдовательно, кредитный залогъ порождаетъ для лица, въ пользу коего онъ установленъ, залоговое право такого же случайнаго характера, какимъ отличается и само требованіе, обезпечиваемое этимъ залогомъ.

Во 2-хъ, составляя не болѣе какъ зародышъ будущему возникновенію залоговаго права, кредитный залогъ создаетъ, тѣмъ не менѣе, подобно своему родовому понятію—залогѣ вообще—уже въ моментъ своего возникновенія извѣстную юридическую связь (*vinculum juris*), и при томъ связь вотчиннаго характера. Установленіе кредитнаго залога заключаетъ въ себѣ *обремененіе имѣнія*, въ томъ смыслѣ, что не препятствуя послѣдующимъ распоряженіямъ собственника по имѣнію, залогъ этотъ не можетъ быть, въ то же время, нарушенъ этими распоряженіями, слѣдуетъ необходимо судьбѣ имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно не находилось и обязательнъ для третьихъ лицъ. Еслибы въ промежутокъ времени между установленіемъ кредитнаго залога и возникновеніемъ требованія, которое имѣется въ виду имъ обезпечить, имѣніе было отчуждено, то обстоятельство это само по себѣ на возникающія по поводу таковаго установленія отношенія не можетъ оказать никакого вліянія.

Въ 3-хъ, установленіе залога въ обезпеченіе требованій, которыя могутъ еще только возникнуть, предполагаетъ непременно условіемъ *существованіе*, ко времени таковаго установленія, по крайней мѣрѣ того извѣстнаго, *конкретнаго правоотношенія*, изъ коего данное требованіе можетъ возникнуть при содѣйствіи или помимо содѣйствія со стороны обя-

заннаго лица. Безъ наличности такового правоотношенія (напримѣръ, договора подряда, купли-продажи и т. п.), составляющаго почву для возникновенія будущаго требованія, первоначальное его основаніе, установленіе кредитнаго залога немыслимо. Требованіе это вытекаетъ изъ самой сущности кредитнаго залога. Въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется въ виду требованіе, по отношенію къ которому отсутствуетъ пока всякое правовое основаніе, такое требованіе, которое *вообще* возможно въ будущемъ, когда дѣло идетъ, напримѣръ, о займѣ, который собственникъ только предполагаетъ сдѣлать у кого либо, не принявшаго на себя однакоже къ тому никакого обязательства, можетъ быть рѣчь собственно не о кредитномъ залогѣ, а о сохраненіи извѣстнаго старшинства въ пользу предстоящаго залога. Очевидно, слѣдовательно, что тѣ комментаторы, какъ, напримѣръ, Регельсбергеръ ⁽¹⁾, которые допускаютъ установленіе кредитнаго залога и въ обезпеченіе послѣдняго рода упомянутыхъ требованій, смѣшиваютъ этотъ институтъ съ другимъ, совершенно отличнымъ отъ него институтомъ.

Въ 4-хъ, самыми распространенными случаями установленія кредитнаго залога представляются тѣ, когда требованіе, имѣющее обезпечиваемое, имѣетъ источникомъ своимъ правоотношеніе, принадлежащее къ области обязательственнаго права. Но, какъ уже было указано въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ проекта, залогомъ этимъ, какъ и вообще залогомъ могутъ быть обезпечиваемы и всякаго рода другія требованія. Поэтому то настоящая статья и упоминаетъ о требованіи, могущемъ возникнуть въ будущемъ *«изъ какого либо договора или иныхъ отношеній сторонъ»*.

Въ 5-хъ, хотя установленіе кредитнаго залога мыслимо лишь по отношенію къ такому требованію, которое можетъ возникнуть въ будущемъ изъ конкретнаго, имѣющагося уже налицо правоотношенія, тѣмъ не менѣе залогомъ этимъ обезпечивается непосредственно не это послѣднее (договоръ найма, подряда и т. п.), а то или другое требованіе, имѣющее возникнуть изъ даннаго правоотношенія, какъ своего первоначальнаго источника (требованіе наемной платы, убыт-

⁽¹⁾ Studien, стр. 5.

ковъ на случай неисполненія подряда и т. п.). Различіе это имѣетъ не одно только теоретическое, но весьма важное практическое значеніе, ибо имъ опредѣляется объемъ кредитнаго залога въ каждомъ данномъ случаѣ. Отъ вопроса о томъ, что собственно обезпечивается кредитнымъ залогомъ въ каждомъ данномъ случаѣ, зависитъ и пространство залоговаго обремененія. Независимо отъ сего, оно важно и потому, что всякое требованіе, разъ возникши, имѣетъ самостоятельное отъ своего источника существованіе и подчиняется во многихъ отношеніяхъ независимымъ отъ послѣдняго условіямъ. Такъ, напримѣръ, право на убытки можетъ еще существовать въ то время, какъ договоръ подряда, отъ неисполненія коего оно возникло, давно уже прекратился. И наоборотъ, право это могло погаситься давностью, по случаю неосуществленія въ теченіи узаконеннаго срока, въ то время, какъ самый договоръ сохраняетъ свою силу.

Въ 6-хъ, изъ изложеннаго становится очевидною необходимость точнаго опредѣленія въ каждомъ случаѣ установленія кредитнаго залога того требованія, къ которому послѣдній относится. Необходимо знать то правоотношеніе, изъ коего можетъ возникнуть означенное требованіе и лицъ, участвующихъ въ этомъ правоотношеніи. Но и этого мало. Данные эти могутъ представиться достаточными развѣ только въ случаяхъ установленія кредитнаго залога по открытому кредиту. Здѣсь, дѣйствительно, достаточно имѣть въ виду одинъ лишь договоръ объ открытіи кредита подъ обезпеченіе извѣстной недвижимости, заключенной между двумя опредѣленными лицами. Но нельзя сказать того же самаго относительно остальной цѣлой массы разнородныхъ случаевъ обезпеченія тѣхъ или другихъ обязательствъ, могущихъ возникнуть изъ извѣстнаго правооснованія. Такъ, напримѣръ, кредитнымъ залогомъ, установленнымъ по поводу имущественнаго найма, могутъ быть обезпечены убытки на случай вообще неисполненія договора нанимателемъ, или только обязательство его въ отношеніи наемной платы, или вмѣстѣ съ этимъ обязательствомъ еще какое либо другое и третье обязательство, какъ то: въ отношеніи постройки въ имѣніи къ извѣстному сроку жилого дома, устройства фабрики, правильнаго взноса страховой преміи и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣло идетъ, очевидно, о различныхъ кре-

дитныхъ залогахъ, почему необходимо обязать договаривающія стороны опредѣлить съ надлежащей точностью сущность обезпечиваемаго ими требованія. На соображеніяхъ этихъ и основано правило разсматриваемой статьи о томъ, что договаривающіяся стороны должны указать при установленіи кредитнаго залога, *«въ обезпеченіе чего именно залогъ устанавливается»*.

Въ 7-хъ, кредитный залогъ, составляя не болѣе, какъ разновидность общаго родового понятія—залога, долженъ быть подчиненъ во всемъ, что не обусловливается этою разновидностью, общимъ правиламъ, для залога установленнымъ. Поэтому и условія его возникновенія должны быть тѣ же, что и условія возникновенія всякаго другаго вида залога. Договоръ, служащій правооснованіемъ кредитнаго залога, долженъ соответствовать по своей формѣ общимъ условіямъ, установленнымъ проектомъ для договоровъ о залогѣ. Такъ какъ спеціализація кредитнаго залога какъ въ отношеніи существа обезпечиваемаго имъ требованія, такъ и размѣра, до котораго послѣднее можетъ простираться, составляетъ существенную принадлежность этого залога, то она должна составлять неотъемлемую часть означеннаго договора и потому быть указана въ этомъ договорѣ. Дополнительные заявленія сторонъ, клонящіяся къ измѣненію или дополненію договора о кредитномъ залогѣ по вопросамъ, касающимся ближайшаго опредѣленія, въ обезпеченіе чего именно залогъ этотъ устанавливается, облеченныя не въ форму акта, упомянутаго въ ст. 5 и 261 проекта, должны почитаться, слѣдовательно, лишенными всякой силы и не могутъ быть принимаемы вотчинными установленіями во вниманіе.

Въ 8-хъ, въ случаяхъ установленія кредитнаго залога вотчинныя книги указываютъ лишь на сущность обезпеченнаго имъ требованія и высшій размѣръ, до котораго послѣднее можетъ простираться. Но они не даютъ рѣшительно никакого отвѣта на вопросы о томъ, возникло ли на самомъ дѣлѣ данное требованіе или нѣтъ, и если возникло, то какъ великъ *дѣйствительный* размѣръ этого требованія. Упомянутые вопросы лежатъ, слѣдовательно, внѣ вотчинныхъ книгъ; достоверность послѣднихъ на эти вопросы не распространяется. Напротивъ того, въ случаѣ спора допустимы всякаго рода доказательства и при томъ не только по отношенію къ перво-

начальнымъ контрагентамъ, но и всякому третьему лицу. По этой же причинѣ, т. е. въ виду того, что самый вопросъ о существованіи даннаго требованія, обеспеченнаго кредитнымъ залогомъ, лежитъ внѣ вотчинной книги, внесеніе этого залога не препятствуетъ нисколько теченію давности по означенному требованію. Слѣдовательно, ст. 49 проекта, по самому существу дѣла, не примѣнима къ случаямъ установленія кредитнаго залога.

Въ 9-хъ, изъ того, что кредитный залогъ порождаетъ для лица, въ пользу коего онъ установленъ, случайное залоговое право, т. е. такое право, которое можетъ только возникнуть въ будущемъ, вовсе не слѣдуетъ, однакоже, чтобы признаніе его существующимъ не обусловливалось исключительно однимъ лишь возникновеніемъ самаго требованія, а чтобы для этого требовался еще вторичный актъ установленія залога, т. е. новое внесеніе залога въ вотчинную книгу, независимо отъ первоначальнаго внесенія кредитнаго залога. Напротивъ того, подобное требованіе было бы совершенно противно цѣлямъ, преслѣдуемымъ кредитнымъ залогомъ. Точно также было бы несогласно съ тѣми же цѣлями, если бы старшинство, присвоенное праву кредитора, по возникновеніи его, опредѣлялось не мѣстомъ, занимаемымъ кредитнымъ залогомъ въ вотчинной книгѣ, а другимъ моментомъ, а именно временемъ возникновенія этого права. Кредитный залогъ для того собственно и устанавливается, чтобы предупредить случайности, могущія возникнуть въ то время, когда право требовать удовлетворенія станетъ не только возможно, но и дѣйствительно, и сдѣлать это удовлетвореніе независимымъ отъ содѣйствія должника.

Не требуя еще особаго внесенія залоговаго права, основаннаго на кредитномъ залогѣ, законодательство не должно, однакоже, препятствовать такому внесенію, когда о томъ проситъ кредиторъ. Условія, представляемые законодательствомъ, построеннымъ на началахъ ипотечной системы, таковы, что съ внесеніемъ права въ вотчинную книгу связаны весьма важныя преимущества, отказывать въ которыхъ кредитору въ данномъ случаѣ нѣтъ никакихъ основаній. Преимущества эти вытекаютъ изъ дѣйствія начала публичности вотчинныхъ книгъ, а также и того правила, по которому требованія, обеспеченныя

залогомъ, пока послѣдній значится въ вотчинной книгѣ, не погашаются давностью. Между тѣмъ этихъ то преимуществъ, какъ упомянуто въ предъидущемъ пунктѣ, и лишень кредитный залогъ. Засимъ для кредитора можетъ представиться выгоднымъ не только огласить въ вотчинной книгѣ существованіе своего права съ цѣлью распространить на него упомянутыя преимущества, но и пріобрѣсти большія удобства въ отношеніи передачи его другому лицу. Удобства эти заключаются, въ частности, въ возможности полученія изъ вотчиннаго установленія залоговаго акта по возникшему требованію, между тѣмъ какъ по соображеніямъ, приведеннымъ въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾, выдача этихъ актовъ по кредитному залогу не предполагается. Само собою разумѣется, что и въ случаѣ внесенія въ вотчинную книгу требованія, о которомъ идетъ рѣчь, оно, по общему правилу, должно будетъ пользоваться старшинствомъ, присвоеннымъ по вотчинной книгѣ кредитному залогу, и что для того, чтобы внесеніе это вообще могло имѣть мѣсто, нужна наличность всѣхъ условій, требуемыхъ для внесенія всякаго залоговаго требованія, уже существующаго и опредѣленнаго по суммѣ.

Наконецъ, въ 10-хъ, такъ какъ кредитный залогъ имѣетъ въ виду установить въ пользу кредитора залоговое право на случай возникновенія требованія, то является необходимость предусмотрѣть въ законѣ, какъ поступать, когда требованіе еще не возникло, а между тѣмъ имѣніе, на которомъ числится кредитный залогъ, подвергнется публичной продажѣ. Необходимость эта обязательна, очевидно, въ одинаковой мѣрѣ для всякаго законодательства, все равно, строить ли оно свои постановленія, относящіяся къ залоговому праву, на началахъ. присущихъ ипотечной системѣ, или нѣтъ. Между тѣмъ наше законодательство проходитъ этотъ вопросъ совершеннымъ молчаніемъ. Въ виду того, что въ данномъ случаѣ у кредитора еще нѣтъ требованія, подлежащаго удовлетворенію изъ имѣнія, хотя въ то же время оно можетъ возникнуть, необходимо оградить права кредитора, на случай будущаго возникновенія требованія, удержаніемъ суммы, въ которой кредитный залогъ установленъ, изъ де-

(1) Стр. 249 и слѣд.

негъ, вырученныхъ за имѣніе, и указать порядокъ храненія этой суммы, впредь до наступленія права на полученіе удовлетворенія. Соотвѣтственное правило по этому предмету изложено въ ст. 215 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній.

52. Если одно и то же требованіе обеспечивается залогомъ нѣсколькихъ имѣній, для коихъ заведены особыя вотчинныя книги, то можетъ быть установлена совокупная отвѣтственность всѣхъ имѣній. Установленный съ совокупною отвѣтственностью нѣсколькихъ имѣній залогъ именуется *совокупнымъ залогомъ*.

Совокупная отвѣтственность имѣній никогда не подразумевается, если она положительно не выговорена.

Ст. 144 проекта мин. юст.

Ст. 1644 т. X ч. I.

Ст. 15 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 80 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 1071 и 1078 пр. общегерм. гр. улож.

Сущность совокупнаго залога.

Какъ извѣстно, вотчинная система имѣть дѣло съ «отдѣльными имѣніями», какъ самостоятельными предметами вотчиннаго оборота, т. е. съ такими имѣніями, по которымъ открыты особыя вотчинныя книги. Пока не послѣдовало открытіе особой вотчинной книги по тому или другому изъ данныхъ имѣній, послѣднее не представляется особою вотчинной единицей, и если поэтому можетъ быть обременяемо какими либо правами, въ томъ числѣ и правомъ залога, то не иначе, какъ совмѣстно съ какимъ либо другимъ имѣніемъ, на которое открыта особая вотчинная книга, въ качествѣ составной его части. Слѣдовательно, самостоятельный вотчинный оборотъ мыслимъ и возможенъ лишь при условіи существованія *особой* вотчинной книги. Открытіе послѣдней для того собственно и предпринимается, чтобы сдѣлать данное имѣніе предметомъ такого самостоятельнаго оборота.

При такихъ обстоятельствахъ естественно, если и ипотечныя обремененія недвижимой собственности ограничиваются предѣлами того или другаго «отдѣльнаго имѣнія», въ указан-

номъ именно смыслѣ. И дѣйствительно, въ громадномъ большинствѣ случаевъ установленія залога на недвижимыхъ имѣніяхъ предѣлы дѣйствія залога исчерпываются тѣмъ или другимъ единичнымъ имѣніемъ, по которому заведена особая вотчинная книга. Это и суть самые обыкновенные, нормальные случаи. Установленный на «отдѣльномъ» имѣніи залогъ, благодаря присущему ему началу недѣлимости, обнимаетъ собою нераздѣльно все составныя части того имѣнія, продолжая тяготѣть на немъ какъ цѣломъ, во все время своего существованія, хотя бы неудовлетвореннымъ оставался лишь ничтожный остатокъ требованія, которое залогъ этотъ призванъ обеспечивать.

Западно-европейскія законодательства и опытъ тѣхъ странъ, въ которыхъ дѣйствуетъ ипотечная система, показываютъ однакоже, что поземельный кредитъ не довольствуется вышеозначенною нормальною формою залога, а что рядомъ съ залогами, обременяющими то или другое отдѣльное имѣніе, встрѣчаются случаи установленія залога, въ обеспечение одного и того же требованія, на нѣсколькихъ имѣніяхъ, по которымъ открыты особыя вотчинныя книги.

Такое обеспечение одного и того же требованія на нѣсколькихъ самостоятельныхъ имѣніяхъ возможно, конечно, прежде всего, въ томъ видѣ, что каждое изъ этихъ имѣній обременяется лишь извѣстной опредѣленной частью этого требованія. Напримѣръ, лицо А обеспечиваетъ лицу Б долгъ свой въ размѣрѣ 10.000 р. на трехъ имѣніяхъ: В, Г, Д, изъ коихъ первое обременяется въ суммѣ 4.000 р., имѣніе Г—въ суммѣ 2.500 р., а имѣніе Д—въ суммѣ 3.500 р. Очевидно, что въ случаяхъ подобнаго рода требованіе, первоначально единое, раздѣляется, въ сущности, на нѣсколько требованій и оказывается обеспеченнымъ нѣсколькими залогами. Вопросъ о матеріальной связи послѣднихъ между собою можетъ возникнуть развѣ только вслѣдствіе спора, касающагося первоначально единаго требованія, и при томъ спора, возникшаго между первоначальными участниками отношенія, изъ коего проистекаетъ это требованіе. Въ же этихъ условіяхъ, каждый изъ упомянутыхъ залоговъ представляется вполне независимымъ, отличнымъ отъ остальныхъ, и обсуживается самостоятельно

по всѣмъ вопросамъ, касающимся его возникновенія, протранства или объема дѣйствія, передачи и прекращенія. Такимъ образомъ, означенные случаи сводятся собственно къ установленію нѣсколькихъ залоговыхъ правъ и никакого уклоненія отъ вышеупомянутыхъ нормальныхъ случаевъ собою не представляютъ.

Независимо отъ сего обезпеченіе одного и того же требованія нѣсколькими имѣніями, по которымъ открыты особыя вотчинныя книги, возможно и такъ, что требованіе это обезпечивается всѣми этими имѣніями *въ качествѣ единого, нераздѣльнаго* и что, слѣдовательно, и самый залогъ, установленный на этихъ имѣніяхъ, оказывается единымъ, въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Такой видъ обезпеченія представляетъ собою, дѣйствительно, уклоненіе отъ обыкновенныхъ, нормальныхъ случаевъ установленія залога, о которыхъ упоминалось выше. Онъ извѣстенъ въ западно-европейскихъ законодательствахъ и литературѣ подъ названіемъ *Simultan-Solidar-Korreal-Gesammt-Verband-Hypothek* и предусмотрѣнъ настоящею статьею проекта подъ общимъ терминомъ *совокупнаго залога*.

Сущность этого залога и заключается въ указанной нераздѣльности его, не смотря на то, что онъ установленъ на нѣсколькихъ самостоятельныхъ имѣніяхъ. Съ одной стороны, само требованіе не перестаетъ быть единымъ, такъ что оно тяготѣетъ во всей своей суммѣ на каждомъ изъ этихъ имѣній, на которыхъ установленъ совокупный залогъ. Съ другой стороны, всѣ означенныя имѣнія, хотя и самостоятельны сами по себѣ, представляются въ отношеніи разсматриваемаго залога единымъ, нераздѣльнымъ его предметомъ. Они отвѣтствуютъ по совокупному залогу такъ, какъ если бы не были внесены въ особыя вотчинныя книги, а образовали собою составныя части одного имѣнія: каждое изъ нихъ, именно, отвѣчаетъ за *все* требованіе, совокупнымъ залогомъ обезпеченное, и за каждую, хотя бы ничтожную часть этого требованія. Кредитору принадлежитъ право искать полного удовлетворенія съ любого изъ означенныхъ имѣній и за неполученіемъ всего слѣдуемаго съ даннаго имѣнія обратиться къ другому ⁽¹⁾. Только

⁽¹⁾ См. ниже ст. 101 проекта и объясненія къ ней на стр. 746 и слѣд.

съ полученіемъ полнаго удовлетворенія съ того или другаго имѣнія, остальные имѣнія, на которыя распространяется дѣйствіе совокупнаго залога, оказываются свободными отъ сего послѣдняго. Само собою, впрочемъ, разумѣется, что отдѣльные имѣнія, на которыя простирается дѣйствіе совокупнаго залога, представляются единымъ предметомъ, совокупною вещью въ указанномъ выше смыслѣ только по отношенію къ этому залогу и что они, во всемъ остальномъ, не находящемся въ непосредственной связи съ симъ послѣднимъ, сохраняютъ исполнѣ свое самостоятельное значеніе. Каждое изъ нихъ не перестаетъ быть и послѣ установленія совокупнаго залога такимъ же особымъ предметомъ вотчиннаго оборота, какимъ оно было до таковаго установленія.

Наше дѣйствующее законодательство воспрещаетъ установленіе совокупнаго залога. Въ случаѣ обезпеченія каковаго либо долга на нѣсколькихъ отдѣльныхъ имѣніяхъ, ст. 1644 т. X ч. 1 свод. зак. гр., изд. 1887 г. требуетъ точнаго опредѣленія, въ обезпеченіе какой именно части этого долга принимается каждое изъ сихъ имѣній. То же начало проводится и въ правилахъ о раздѣлѣ имѣній, заложенныхъ въ сохранной казнѣ (ст. 80—82 уст. кред., т. XI ч. 2, изд. 1887 г.). Съ узаконеніями этими было согласовано и правило, выраженное въ ст. 144 проекта министра юстиціи о порядкѣ укрѣпленія правъ на недвижимое имѣніе, находившагося въ разсмотрѣніи государственнаго совѣта, а именно правило о томъ, что «договоры и обязательства, обезпечиваемые нѣсколькими имѣніями, записываются въ крѣпостную книгу каждаго изъ нихъ не иначе, какъ съ означеніемъ, какая именно сумма обезпечивается каждымъ имѣніемъ».

Запрещеніе установленія его со стороны дѣйствующаго нашего законодательства.

Спрашивается, поэтому, долженъ ли и настоящій проектъ, въ согласіи съ нынѣ дѣйствующимъ законодательствомъ и упомянутымъ проектомъ министра юстиціи, недопускать установленіе у насъ на будущее время совокупнаго залога, или же, напротивъ того, возможность таковаго установленія должна быть допущена, а слѣдовательно и соотвѣтственно регулирована? Мнѣнія по этому вопросу въ редакціонной комисіи раздѣлились.

Разныя мнѣнія въ редакціонной комисіи по вопросу о допущеніи этого вида залога въ проектъ вотчиннаго устава:

мнѣніе меньшинства;

Меньшинство (*Н. И. Стояновскій, И. Я. Голубевъ и А. К. Рихтеръ*) высказалось противъ совокупнаго залога, или другими словами, въ пользу сохраненія правила дѣйствующаго законодательства о томъ, что нельзя устанавливать залога нѣсколькихъ имѣній въ обезпеченіе одного требованія безъ точнаго распредѣленія на части суммы сего послѣдняго между этими имѣніями. Правило это, основанное на началѣ спеціальности, не возбуждало, по мнѣнію трехъ членовъ, жалобъ на стѣснительность его, и практика не указала, чтобы исполненіе его представляло существенныя неудобства. Поэтому нельзя признать, чтобы отступленіе отъ этого правила вызывалось практическою необходимостью.

Обыкновенно разрѣшеніе закладывать нѣсколько имѣній совокупно оправдываютъ принципомъ свободы частной воли въ установленіи гражданскихъ правоотношеній. Этотъ принципъ не можетъ быть однако проводимъ въ законодательствѣ безъ всякихъ ограниченій. Такъ, напримѣръ, воспрещеніе обременять имѣніе залогомъ въ неопредѣленной суммѣ, или отдавать въ залогъ часть, либо долю принадлежащаго должнику имѣнія, составляетъ, безъ всякаго сомнѣнія, отступленіе отъ принципа свободы сторонъ въ заключеніи договоровъ. Но отступленіе это устанавливается въ виду вредныхъ послѣдствій неопредѣленности суммы залога или раздробленія предмета залога. Точно также и совокупный залогъ представляется вреднымъ. При совокупномъ залогѣ одинъ и тотъ же долгъ тяготѣетъ на нѣсколькихъ имѣніяхъ и притомъ на каждомъ изъ нихъ въ полной суммѣ. По каждому изъ этихъ имѣній всякій послѣдующій вотчинный кредиторъ и пріобрѣтатель какого бы то ни было права на имѣніе принужденъ принимать въ расчетъ всю сумму долга, которая, хотя и обременяетъ нѣсколько имѣній, всегда можетъ быть, тѣмъ не менѣе, обращена въ полной цифрѣ на одно изъ этихъ имѣній по произволу обладателя совокупнаго залога. Если бы лицо, вступающее въ сдѣлку по одному изъ имѣній, обремененныхъ совокупнымъ залогомъ, не приняло въ расчетъ полную сумму этого залога, то оно могло бы потерпѣть убытокъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда изъ одного этого имѣнія потребовалось бы удовлетвореніе всего означеннаго долга. Такимъ образомъ, бремя совокуп-

наго залога весьма не выгодно отражается на условіяхъ всѣхъ послѣдующихъ сдѣлокъ по каждому изъ имѣній, побуждая пріобрѣтателя права, вносимаго въ вотчинную книгу, учесть заранѣе въ полной цифрѣ рискъ, зависящій отъ старшинства совокупнаго залога, и уменьшая во вредъ собственника сумму, которую сей послѣдній можетъ занять подъ залогъ имѣнія, или которую, въ случаѣ продажи, онъ получаетъ наличными деньгами въ доплату къ переходящимъ на покупателя долгамъ. Если невыгоды совокупнаго залога учтены впередъ въ условіяхъ сдѣлки, заключенной по которому либо изъ имѣній, то въ послѣдствіи, при удовлетвореніи обезпеченнаго этимъ залогомъ требованія изъ другаго имѣнія, окажется, что вступившій въ означенную сдѣлку получаетъ выгоду совершенно случайно, безъ всякаго справедливаго основанія, сохраняя свое право на прежнихъ условіяхъ, не смотря на уничтоженіе вредившаго этому праву совокупнаго залога. При переходѣ имѣній, обремененныхъ совокупнымъ залогомъ, къ разнымъ владѣльцамъ, взаимныя ихъ отношенія касательно совокупнаго залоговаго требованія могутъ остаться совершенно неопредѣленными, а тогда каждый владѣлецъ не будетъ знать, сколько онъ долженъ внести капитала или процентовъ, чтобы не оказаться неисправнымъ предъ другими владѣльцами. Если же одному изъ этихъ владѣльцевъ придется внести всю сумму, то неизвестно, можетъ ли онъ и въ какой долѣ требовать возмѣщенія съ остальныхъ владѣльцевъ. Не только при указанной неопредѣленности взаимныхъ отношеній владѣльцевъ отдѣльных имѣній, но во всѣхъ случаяхъ существованія послѣдующихъ за совокупнымъ залогомъ сдѣлокъ, вступившему въ таковую сдѣлку часто будетъ выгодно, чтобы взысканіе по совокупному залогу было обращено не на имѣніе, составляющее предметъ этой сдѣлки, а на другое имѣніе. Это обстоятельство можетъ вызвать злоупотребленія. Кредиторъ имѣетъ возможность вымогать особое вознагражденіе отъ того или другаго лица, интересъ котораго связанъ съ опредѣленнымъ имѣніемъ, угрозою потребовать всю сумму съ этого именно имѣнія. Съ другой стороны и лицо, вступившее въ сдѣлку по которому либо изъ имѣній, можетъ, предложеніемъ кредитору отступнаго, побудить его къ обращенію взысканія не на это, а

на другое имѣніе. Возможность подобныхъ стачекъ устранить добросовѣстныхъ лицъ, неспособныхъ на злоупотребленія, отъ вступленія въ сдѣлки по имѣніямъ, обремененнымъ совокупнымъ залогомъ, что не только послужитъ ко вреду собственника этихъ имѣній, но невыгодно отразится и на общихъ экономическихъ интересахъ.

Защитники совокупнаго залога указываютъ, далѣе, на то, что иногда кредиторъ не знаетъ, какая сумма можетъ быть безопасно обезпечена на каждомъ изъ имѣній должника, соотвѣтственно ихъ цѣнности, и потому не въ состояніи правильно распредѣлить сумму залоговаго требованія на части между этими имѣніями. Вслѣдствіе сего кредиторъ предпочтетъ будто бы совокупный залогъ, какъ представляющій болѣе вѣрное обезпеченіе, или даже согласится вступить въ сдѣлку только при условіи совокупной отвѣтственности нѣсколькихъ имѣній. Однакоже, это соображеніе могло бы, главнымъ образомъ, касаться принудительнаго залога, когда кредиторъ долженъ спѣшить обезпеченіемъ своего требованія и лишенъ возможности собрать свѣдѣнія о стоимости имѣній должника. Но именно въ этихъ случаяхъ проектъ не допускаетъ совокупнаго залога (ст. 57). Къ завѣщательному залогу вовсе непримѣнимо приведенное соображеніе, такъ какъ завѣщатель, будучи собственникомъ имѣній, знаетъ, какая сумма можетъ быть безопасно обезпечена на каждомъ изъ нихъ. Что же касается договорнаго залога, то вступающій въ сдѣлку подъ условіемъ вотчиннаго обезпеченія, долженъ подчиниться необходимости уяснить себѣ, представляетъ ли каждое данное имѣніе достаточное обезпеченіе. Возможность такого уясненія не сопряжена съ особыми затрудненіями, пока вотчинный кредитъ не достигаетъ чрезмѣрнаго объема; облегчать же собственнику возможность исчерпать залогами всю стоимость имѣнія нѣтъ основанія, такъ какъ кредитъ въ такомъ объемѣ не можетъ быть полезенъ для недвижимой собственности. При разрѣшеніи кредитору ставить условіемъ сдѣлки совокупную отвѣтственность нѣсколькихъ имѣній, можно опасаться, что и въ случаяхъ несомнѣнной возможности ограничиться обезпеченіемъ на отдѣльномъ имѣніи кредиторъ будетъ тѣснить долж-

ника, требуя непременно совокупнаго залога. Такимъ образомъ, правило о совокупномъ залогѣ можетъ обратиться не въ пользу, а во вредъ собственника. Если бы, впрочемъ, представлялось необходимымъ для контрагента, сверхъ залога опредѣленнаго имѣнія, обезпечить требованіе и на другомъ имѣніи должника, то достигнуть этого можно съ меньшими, чѣмъ при совокупномъ залогѣ, неудобствами посредствомъ установленія, по правиламъ о кредитномъ залогѣ, дополнительной отвѣтственности втораго имѣнія на случай недополученія платежа изъ перваго имѣнія. Такая форма двойнаго обезпеченія, опредѣляя заранее очередь отвѣтственности имѣній, устранить произволъ кредитора, вредный для всѣхъ послѣдующихъ сдѣлокъ по имѣніямъ, и не внесетъ неопредѣленности во взаимныя отношенія лицъ, имѣющихъ права на различныя имѣнія.

Наконецъ, въ доказательство необходимости внести въ настоящій проектъ правила о совокупномъ залогѣ ссылаются на случаи раздробленія имѣнія, обремененнаго уже залогомъ. По этому поводу слѣдуетъ прежде всего замѣтить, что едва ли это правило облегчитъ отчужденіе части имѣнія или раздѣлъ имѣнія между совладѣльцами, такъ какъ сохраненіе отвѣтственности каждой отдѣляемой части имѣнія во всей суммѣ залога составляетъ такое бремя, на которое рѣдко послѣдуетъ согласіе приобретающаго участокъ въ отдѣльную собственность. Независимо отъ сего, раздробленіе имѣнія на части почти никогда не уменьшаетъ цѣнности имѣнія, и вслѣдствіе этого во многихъ случаяхъ возможно, какъ показываетъ практика банковъ, соглашеніе заинтересованныхъ лицъ о раздробленіи залоговаго требованія между участками, на которые распадается имѣніе. Дѣлящіеся совладѣльцы должны опредѣлить, въ какихъ частяхъ долга отвѣтствуетъ каждый изъ нихъ. Такое опредѣленіе можетъ служить исходнымъ пунктомъ переговоровъ съ вотчиннымъ кредиторомъ. Если кредиторъ уклоняется отъ соглашенія, то можно бы предоставить дѣлящимся, съ разрѣшенія суда, уплатить обременяющій имѣніе долгъ до срока. Только развѣ въ случаѣ невозможности осуществить и этотъ исходъ, когда дѣлящіеся оказываются вынужденными подчиниться совокупному залогоу,

можно было бы допустить этотъ послѣдній и притомъ съ тѣмъ необходимымъ условіемъ, чтобы между дѣлящимися было установлено, въ какой части каждый изъ нихъ обязанъ производить платежи по залоговому требованію, дабы взаимныя ихъ отношенія не остались неопредѣленными. Наконецъ, что касается раздробленія имѣнія вслѣдствіе отсужденія части его, то настоящій проектъ пошелъ уже на встрѣчу необходимости смягченія вредныхъ послѣдствій, проистекающихъ отъ совокупнаго залога. Въ самомъ дѣлѣ, проектъ не довольствуется предоставленіемъ начальнику вотчиннаго установленія права признать отдѣляемый участокъ свободнымъ отъ долговъ, когда по относительной малоцѣнности того участка или по относительной незначительности всѣхъ лежащихъ на имѣніи обремененій, нельзя опасаться какого либо вреда для заинтересованныхъ лицъ (ст. 200). Проектъ идетъ еще далѣе, а именно постановляетъ, что при отсужденіи части имѣнія судъ можетъ, по просьбѣ собственника отсужденной части, признать, что отсужденная часть подлежитъ лишь дополнительной отвѣтственности за долги всего имѣнія, переходящія на эту часть въ силу начала безповоротности (ст. 201). Другими словами, судъ можетъ постановить, что отсужденный участокъ имѣетъ быть проданъ съ публичнаго торга въ случаѣ неисправности должника по совокупному залогу лишь при недостаточности вырученной за другую часть имѣнія суммы и тѣмъ самымъ устранить вредный произволъ кредитора въ обращеніи взысканія на того или другаго владѣльца.

По всѣмъ изложеннымъ основаніямъ три члена находятъ, что совокупный залогъ можетъ быть допущенъ не при самомъ установленіи залога, а лишь въ отношеніи уже существующаго залога, и притомъ только въ крайне рѣдкихъ случаяхъ, когда иной исходъ невозможенъ, а именно въ нѣкоторыхъ лишь случаяхъ раздробленія имѣнія, обремененнаго долгомъ, причемъ и въ этихъ случаяхъ надлежитъ по возможности устранить вредныя послѣдствія совокупной отвѣтственности имѣній.

мнѣніе большин
ства.

Большинство (А. А. Книримъ, С. И. Лукьяновъ, В. И. Голевинскій, І. И. Карницкій и Л. В. Гантоверъ) признаетъ, напротивъ того, необходимымъ включеніе въ проектъ разсма-

триваемаго правила о совокупномъ залогѣ причемъ оно основывается на слѣдующихъ соображеніяхъ.

Совокупный залогъ былъ совершенно неизвѣстенъ нашему древнему праву. Идея солидарной отвѣтственности нѣсколькихъ самостоятельныхъ имѣній по одному и тому же долгу не могла укладываться въ рамки того построенія залога, которое отождествляло его установленіе съ отчужденіемъ имѣнія.

Законодательство банкротскаго устава, преобразовавшее наше залоговое право, не заключало въ себѣ правила, запрещающаго установленіе совокупнаго залога. Запрещеніе это послѣдовало гораздо позже изданія означеннаго устава, а именно на основаніи Высочайше утвержденнаго 15 апрѣля 1846 г. ⁽¹⁾ мѣнія государственнаго совѣта.

Не запрещая установленіе совокупнаго залога, банкротскій уставъ не содержалъ въ себѣ, однакоже, въ то же время и постановленій, коими опредѣлялись бы существенныя черты, характеризующія этотъ видъ залога, въ отличіе отъ прочихъ его видовъ, а это, въ свою очередь, не могло не поражать серьезныхъ недоразумѣній. Практически недоразумѣнія эти должны были обнаружиться главнымъ образомъ при публичной продажѣ, когда производившія ее присутственныя мѣста должны были разрѣшить вопросъ о порядкѣ удовлетворенія предъявленнаго ко взысканію требованія, обезпеченнаго нераздѣльно нѣсколькими имѣніями. Для того, чтобы положить предѣлъ затрудненіямъ, возникавшимъ по этому предмету, оставалось или пополнить пробѣлъ, которымъ страдало законодательство, установленіемъ правилъ, опредѣляющихъ сущность отношеній, вытекающихъ изъ совокупнаго залога, или запретить на будущее время установленіе его.

Необходимость слѣдованія первому пути, — пути пополненія дѣйствующаго законодательства, не могла представляться ясною законодателю, который не рѣшался еще допустить всѣ послѣдствія, вытекающія изъ залога, какъ права вотчиннаго, который не отказался еще отъ того, чтобы не признавать болѣе въ установленіи залога препятствія къ отчужденію обре-

⁽¹⁾ П. с. з., № 19947.

мененнаго имѣнія въ полномъ составѣ или въ части. Между тѣмъ совокупный залогъ и вызывается, главнымъ образомъ, случаями раздробленія заложенныхъ имѣній вслѣдствіе раздѣла и отсужденія. Кромѣ того, при существованіи крѣпостнаго права, когда цѣна имѣній опредѣлялась преимущественно числомъ душъ, распределение суммы долга между нѣсколькими имѣніями въ тѣхъ случаяхъ, когда оно допускалось (ср. ст. 1329 и 1461 т. X ч. 1, изд. 1857 г. и ст. 305 т. XI ч. 2, уст. кред., того же изданія) не представляло особыхъ затрудненій сравнительно съ условіями настоящаго времени. Наконецъ, исполненіе подобной задачи, какъ пополненіе пробѣла закона относительно совокупнаго залога, можетъ быть предпринято до извѣстной степени успѣшно, т. е. безъ опасенія нарушить единство и цѣльность постановленій по залоговому праву, лишь при полномъ пересмотрѣ нашего законодательства о залогѣ, каковой пересмотръ и предпринимается впервые только въ настоящемъ проектѣ.

По всѣмъ этимъ соображеніямъ законодательство наше выбрало второй изъ указанныхъ путей, а именно путь запрещенія на будущее время установленія совокупнаго залога. Запрещеніе это не можетъ быть, слѣдовательно, понимаемо въ томъ смыслѣ, будто бы совокупный залогъ противорѣчитъ духу нашихъ законовъ или не соотвѣтствуетъ условіямъ нашей жизни. Оно объясняется лишь вообще неразвитостію нашего залоговаго права. Вышеупомянутое мнѣніе государственнаго совѣта, коимъ установлено это запрещеніе, имѣло характеръ процессуальнаго закона. Оно носитъ заглавіе: *«о публичной продажѣ недвижимыхъ имѣній по закладнымъ»* и содержитъ въ 1 пунктѣ своемъ правило, вошедшее въ ст. 1644 т. X ч. 1, о запрещеніи установленія совокупнаго залога, предусматриваетъ во второмъ пунктѣ тотъ случай, когда имѣніе, находящееся «въ одной губерніи и въ совокупномъ по одному и тому же долгу залогѣ» состоитъ изъ нѣсколькихъ участковъ, и повелѣваетъ, что при продажѣ участками такого имѣнія «наблюдается, чтобы торгъ на всѣхъ участки производился, буде можно, въ одинъ и тотъ же день, а срокъ переговоровъ назначался не ранѣе, какъ въ третій день послѣ торга на послѣдній изъ сихъ участковъ».

Такимъ образомъ случаи установленія залога нераздѣльно на нѣсколькихъ имѣніяхъ или на одномъ, но состоящемъ изъ нѣсколькихъ участковъ, представляются въ глазахъ этого узаконенія аналогичными, какъ вызывавшіе на практикѣ, при публичной продажѣ, исполнѣ однородныя недоразумѣнія. Слѣдовательно, запрещеніе совокупнаго залога появилось у насъ по соображеніямъ процессуальнымъ, какъ результатъ вышеупомянутой неразвитости нашего залоговаго права, а никакъ не по причинамъ, заключавшимся въ существѣ этого вида залога, въ немъ самомъ, нисколько не вслѣдствіе сознанія будто бы вредности его для интересовъ недвижимой собственности и поземельнаго кредита.

Если въ институтѣ совокупнаго залога не ощущалось настоятельной необходимости до сихъ поръ, то въ совершенно другомъ видѣ представляется вопросъ о немъ въ системѣ законодательства, не связывающей болѣе съ залогомъ понятія о правѣ, препятствующемъ переходу обремененнаго имѣнія къ другимъ лицамъ. Такъ какъ залогъ по существу своему недѣлимъ, то только допущеніемъ со стороны законодательства совокупнаго залога обусловливается полная возможность судебного или добровольнаго раздѣла на отдѣльныя части имѣнія, обремененнаго залогомъ, между сонаслѣдниками, ибо раздѣлъ этотъ не нарушитъ правъ вотчиннаго кредитора лишь тогда, когда установленный въ его пользу залогъ останется невредимымъ и послѣ образованія изъ имѣнія, путемъ раздѣла, нѣсколькихъ самостоятельныхъ вотчинныхъ единицъ, когда онъ будетъ лежать на каждомъ изъ вновь образованныхъ отдѣльныхъ имѣній въ полной суммѣ. Допускать раздѣлъ при иныхъ условіяхъ значило бы или пожертвовать вышеозначеннымъ началомъ недѣлимости залога, что, очевидно, немыслимо, или ставить возможности раздѣла такія преграды, которыя бы ее въ огромномъ числѣ случаевъ совершенно уничтожили. Поэтому и проектъ вотчиннаго устава, исходя изъ начала, что залогъ не долженъ служить препятствіемъ къ раздробленію имѣнія, долженъ былъ вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣлить послѣдствія такого раздробленія по отношенію къ залогоу, обременяющему

имѣніе во всемъ его составѣ, а слѣдовательно прійти къ необходимости допущенія совокупнаго залога.

Въ самомъ дѣлѣ, огражденіе законныхъ интересовъ залогодержателя при раздробленіи имѣнія можетъ быть достигнуто троякимъ способомъ: или посредствомъ установленія правила, по которому раздробленіе имѣнія обусловливается согласіемъ кредиторовъ на распредѣленіе залоговыхъ требованій по частямъ, соотвѣтственно отдѣляемымъ частямъ имѣнія, — или посредствомъ предоставленія соотвѣтствующаго раздѣленія суммъ залоговыхъ требованій справедливому усмотрѣнію суда, или же, наконецъ, посредствомъ допущенія полной свободы раздробленія, при условіи одновременнаго установленія на каждой части имѣнія совокупнаго залога. Первый изъ указанныхъ способовъ разрѣшенія разсматриваемаго вопроса представляетъ значительныя неудобства. Всѣ вотчинные кредиторы даннаго имѣнія могутъ и не находиться въ извѣстный моментъ на лицо, мѣстопробываніе того или другаго изъ нихъ можетъ быть неизвѣстно должнику, наконецъ вотчинный кредиторъ можетъ отказать въ согласіи своемъ по капризу, или обусловить это согласіе стѣснительными для собственника заложенаго имѣнія требованіями. Если бы даже можно было согласиться съ тѣмъ положеніемъ, что справедливое распредѣленіе долга, въ случаѣ раздробленія имѣнія, между его частями не встрѣтитъ обыкновенно особыхъ затрудненій, вслѣдствіе увеличенія цѣнности этого имѣнія, происшедшаго отъ раздробленія, тѣмъ не менѣе, нельзя упускать изъ виду и того, что раздробленіе имѣній способно увеличивать ихъ стоимость лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ, границы которыхъ, однако, чрезвычайно трудно опредѣлить. Болѣе дробное дѣленіе имѣнія несомнѣнно обезцѣниваетъ его, чему лучшимъ доказательствомъ служатъ правила земскаго кредитнаго общества царства польскаго, на основаніи которыхъ общество это должно отказывать въ своемъ согласіи на распредѣленіе долга, лежащаго на имѣніи, между образованными путемъ раздробленія его участками, когда послѣдніе оказываются меньше 45 десятинъ. Разрѣшеніе настоящаго вопроса вторымъ изъ указанныхъ способовъ имѣло бы своимъ

послѣдствіемъ возложеніе на судъ трудной, иногда даже неразрѣшимой задачи, такъ какъ судъ не располагаетъ необходимымъ матеріаломъ для вполне основательной оцѣнки кредитоспособности отдѣляемыхъ частей. Слѣдовательно, только допущеніе установленія совокупнаго залога является единственно возможнымъ исходомъ въ разсматриваемомъ вопросѣ.

Сказанное относительно добровольнаго раздѣла недвижимыхъ имѣній, обремененныхъ залогомъ, примѣнимо вполне и къ случаямъ такъ называемаго судебного раздѣла, а также къ случаямъ отсужденія какой либо части обремененнаго имѣнія или вообще переноса такой части въ другую вотчинную книгу. Едва ли нужно распространяться о причинахъ, вызывающихъ необходимость отдѣленія части имѣнія съ цѣлью ли образования изъ нея, въ видахъ хозяйственныхъ или какихъ либо другихъ, самостоятельной вотчинной единицы, т. е. открытія по ней особой вотчинной книги, или присоединенія ея къ другому имѣнію, въ качествѣ составной части сего послѣдняго, т. е. приписки ея къ другой, открытой уже вотчинной книгѣ. Причины эти нарождаются постояннымъ развитіемъ экономической жизни и не поддаются бѣглому и сжатому обзору. Поэтому недопущеніе и по отношенію къ этимъ случаямъ совокупнаго залога наложило бы оковы на экономическій оборотъ, такъ какъ оно, подчиняя извѣстныя потребности, накаплиемыя этимъ оборотомъ, совершенно ненужнымъ стѣсненіямъ, сдѣлало бы невозможнымъ ихъ удовлетвореніе.

Наконецъ, разъ законодательство, уступая вышеуказаннымъ потребностямъ, оказывается вынужденнымъ дать мѣсто въ системѣ залоговаго права совокупному залогу, то нѣтъ уже никакихъ причинъ къ тому, чтобы вообще препятствовать первоначальному установленію этого вида залога на основаніи соглашенія должника съ кредиторомъ. Поступивъ такимъ образомъ, законодательство отдаетъ лишь должную дань принципу полной договорной свободы, составляющему главную основу всякаго экономическаго благоустройства.

Каждый институтъ права имѣетъ безъ сомнѣнія свои выгодныя и невыгодныя стороны, и дѣло законодателя взвѣситъ тѣ и другія и смотря по тому, которыя изъ нихъ преобла-

даютъ, дать мѣсто данному институту въ системѣ положительнаго права, или же не допускать этого института. Возможность совокупнаго обезпеченія одного и того же долга нѣсколькими имѣніями имѣетъ то важное значеніе, что является однимъ лишнимъ средствомъ кредита, облегченіе котораго составляетъ существенную задачу вотчиннаго устава. Чѣмъ больше будетъ этихъ средствъ, тѣмъ легче найти кредитъ, тѣмъ кредитъ будетъ дешевле. Самая жизнь является лучшимъ регуляторомъ того, какое изъ средствъ кредита представляется болѣе пригоднымъ въ каждомъ данномъ случаѣ. Въ обыкновенной жизни, въ дѣлахъ обыденнаго оборота, какъ справедливо замѣчаетъ Геннеръ, авторъ проекта баварскаго закона 1822 года и классическаго комментарія къ этому закону, кредитъ владѣльца нѣсколькихъ недвижимыхъ имѣній соразмѣряется не столько съ цѣнностью каждаго изъ нихъ въ отдѣльности, сколько съ общою всѣхъ ихъ вмѣстѣ стоимостью, въ томъ твердомъ убѣжденіи, что то, что можетъ пропасть, вслѣдствіе малоцѣнности одного изъ имѣній, вознаградиться изъ цѣнности другаго ⁽¹⁾. Но главнымъ образомъ къ совокупному залогу прибѣгаютъ, какъ показываетъ западно-европейская ипотечная практика, собственники имѣній, поземельный кредитъ коихъ, разсматриваемыхъ каждое въ отдѣльности, представляется почти вполнѣ исчерпаннымъ; только совокупнымъ обезпеченіемъ этихъ имѣній вмѣстѣ собственникъ пріобрѣтаетъ возможность найти нужныя ему средства и выйти изъ затруднительнаго положенія. Не допускать совокупнаго залога значило бы отрѣзать путь къ кредиту тѣмъ собственникамъ, которые могутъ всего болѣе въ немъ нуждаться. Вѣдь кредитъ оказывается иногда единственнымъ средствомъ избѣгнуть полнаго раззоренія даже для людей, обладающихъ значительною поземельною собственностью, когда имѣнія, вслѣдствіе обнаружившагося кризиса, могутъ найти покупателей лишь по крайне низкимъ цѣнамъ. Совокупный залогъ, конечно, болѣе стѣснителенъ

⁽¹⁾ Commentar über d. Hypothekengesetz für das Königreich Bayern (München, 1868), т. I, стр. 173 и слѣд. См. также *Exner*, в. п. с., стр. 289 и слѣд.

для должника, чѣмъ залогъ обыкновенный. Нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что собственникъ, пользующійся неразумно возможностью установленія единого залога на нѣсколькихъ своихъ имѣніяхъ, уменьшаетъ кредитоспособность каждаго изъ нихъ и, слѣдовательно, наноситъ вредъ своему будущему кредиту. Но неразумно можно пользоваться всякимъ гражданскимъ правомъ. Къ тому же недостатки совокупнаго залога не имѣютъ общегосударственнаго значенія. Частныя лица, лучшіе судьи своего интереса, въ состояніи основательнѣе всего опредѣлить въ каждомъ данномъ случаѣ, выгодно ли имъ или нѣтъ прибѣгнуть къ разсматриваему виду залога.

Поэтому то, совокупный залогъ извѣстенъ *рѣшительно во всемъ странамъ*, въ которыхъ дѣйствуетъ ипотечная система. Нѣтъ ни одного ипотечнаго законодательства, которое бы его прямо запрещало. Онъ извѣстенъ даже тамъ, гдѣ существованіе правильно устроеннаго кадастра облегчаетъ возможность опредѣлить кредитоспособность того или другаго имѣнія. Гдѣ, какъ у насъ, кадастра нѣтъ, гдѣ опредѣленіе кредитоспособности имѣнія можетъ быть по неволѣ только приблизительное, гадательное, совокупный залогъ представляется тѣмъ болѣе обоюдовыгоднымъ средствомъ кредита, что, доставляя кредитору больше обезпеченія, облегчаетъ должнику возможность найти болѣе скорый и дешевый кредитъ. Наконецъ, нельзя пройти молчаніемъ и того обстоятельства, что совокупный залогъ встрѣчается въ дѣйствительной жизни тѣхъ странъ, законодательства коихъ о немъ вовсе не упоминаютъ. Такъ, на примѣръ, въ царствѣ польскомъ постоянно встрѣчаются случаи обезпеченія одного долга совокупно нѣсколькими имѣніями, несмотря на то, что въ ипотечномъ уставѣ 1818 г. о совокупномъ залогѣ не упоминается ни единого слова. Обстоятельство это служить лучшимъ подтвержденіемъ существованія потребностей, вызывающихъ необходимость въ этомъ видѣ залога. Если законъ будетъ игнорировать совокупный залогъ, не устанавливая для него никакихъ правилъ, то этимъ создастъ лишь затрудненія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда залогъ этотъ будетъ фактически существовать. Если же законъ прямо воспретитъ его установленіе, то очень возможно, что совокупный залогъ все

же будетъ возникать на практикѣ. Запрещеніе совокупнаго залога можетъ только ухудшить положеніе собственника, заставляя его, ради угожденія кредитору, ставящему непремѣннымъ условіемъ сдѣлки совокупную отвѣтственность нѣсколькихъ имѣній, прибѣгнуть къ обходу закона. Обходъ этотъ совершался бы посредствомъ обезпеченія одного долга въ полной суммѣ на каждомъ имѣніи въ видѣ долга отдѣльнаго, самостоятельнаго, при чемъ должникъ заручался бы виѣвотчиннымъ актомъ (*contre lettre*), содержащимъ въ себѣ признаніе кредитора, что обезпеченіе совокупно, признаніе, ограждающее его отъ двойнаго и т. п. взысканія со стороны кредитора, но не имѣющее значенія, какъ не объявленное по вотчинной книгѣ, для третьихъ лицъ. Задача, слѣдовательно, вотчиннаго устава не запретить возможность совокупнаго обезпеченія, а предусмотрѣть это послѣднее и предотвратить тамъ, гдѣ это возможно (напримѣръ, при помощи правилъ, изложенныхъ въ ст. 200 проекта) ⁽¹⁾ нѣкоторыя вредныя его послѣдствія.

Въ заключеніе нельзя не указать и на то, что совокупный залогъ ни въ чемъ не нарушаетъ начала спеціальности. Если въ установленіи этого залога видѣть подобное нарушеніе, то пришлось бы, строго говоря, съ такимъ же основаніемъ признавать это нарушеніе и при установленіи кредитнаго залога и не допуская совокупнаго залога, воспретить также и установленіе кредитнаго, такъ какъ при установленіи кредитнаго залога извѣстна не дѣйствительная задолженность имѣнія, но лишь *высшій размѣръ*, въ предѣлахъ котораго оно *можетъ* оказаться задолженнымъ въ будущемъ ⁽²⁾. Начало спеціальности требуетъ лишь точнаго опредѣленія предмета, на которомъ право установлено, и этого права, въ томъ числѣ и размѣра, котораго послѣднее не можетъ превысить, а оба эти условія установленіемъ совокупнаго залога нисколько не нарушаются, ибо совокупный залогъ вносится въ полной суммѣ во всѣ вотчинныя книги, открытыя по имѣніямъ, имъ обременяемымъ (ст. 184 проекта). Къ тому же, возможность для

⁽¹⁾ См. выше, мнѣніе меньшинства, стр. 448.

⁽²⁾ См. предъидущую статью проекта и объясненія къ ней.

третьихъ лицъ, приобретающихъ права по имѣнію, обремененному совокупнымъ залогомъ, производить свои расчеты съ большею или меньшею степенью вѣроятности, облегчается, въ данномъ случаѣ, постановленіемъ проекта о томъ, чтобы въ каждой вотчинной записи о совокупномъ залогѣ были указаны всѣ имѣнія, на которыя онъ распространяется. При этомъ условіи интересы нижестоящихъ кредиторовъ того имѣнія, на которое обращено взысканіе по совокупному залогу, не могутъ считаться въ чемъ либо нарушенными вслѣдствіе обращенія взысканія именно на данное имѣніе, такъ какъ каждый послѣдующій кредиторъ долженъ былъ принять въ соображеніе всѣ прежніе долги и не можетъ, слѣдовательно, пенять на законное примѣненіе къ его долгу начала старшинства. Соображеніе это относится также вполне и къ приобретателямъ имѣній, обремененныхъ совокупнымъ залогомъ. Къ тому же, существу совокупнаго залога нисколько не противорѣчитъ и проектъ тому не препятствуетъ, чтобы собственникъ имѣнія, при установленіи этого залога, условливался съ кредиторомъ въ томъ, что послѣдній обязанъ обратить взысканіе сперва на данное имѣніе и можетъ обратиться къ другому извѣстному имѣнію только въ случаѣ неполученія удовлетворенія изъ перваго имѣнія, и т. д., и чтобы онъ же, собственникъ, озаботился оглашеніемъ такового условія въ подлежащихъ вотчинныхъ книгахъ. Воспользовавшись этимъ правомъ, условившись заранѣе относительно той постепенности, въ которой должны отвѣчать одно за другимъ имѣнія, обремененныя совокупнымъ залогомъ, и огласивъ это въ вотчинныхъ книгахъ, собственникъ, безъ сомнѣнія, увеличитъ кредитоспособность этихъ имѣній, сравнительно съ тою кредитоспособностью, которою бы послѣднія пользовались послѣ установленія совокупнаго залога, если бы означенное условіе не было выговорено и оглашено, а тѣмъ самымъ увеличитъ и готовность третьихъ лицъ вступить съ нимъ въ новыя сдѣлки по этимъ имѣніямъ. Наконецъ, что касается всѣхъ другихъ, указанныхъ въ имѣніи меньшинства, послѣдствій существованія на имѣніи совокупнаго залога, проистекающихъ вслѣдствіе тѣхъ или иныхъ условій заключенной по такому имѣнію сдѣлки, а также вслѣдствіе

перехода имѣній, обремененныхъ совокупнымъ залогомъ, къ разнымъ лицамъ ⁽¹⁾, то послѣдствія эти регулируются вполне общегражданскими законами и въ частности тѣмъ началомъ, что никто не вправе обогащаться на счетъ другого (ст. 574 т. X ч. 1, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.; рѣш. гражд. кас. деп. сената 1879 г., № 339, 1880 г. № 218, 1882 г., № 60, 1883 г., № 32, 1887 г., № 13 и мн. др.) и потому точно также не могутъ служить препятствіемъ къ введенію у насъ на будущее время совокупнаго залога.

Правило о томъ, что совокупная отвѣтственность имѣній не предполагается.

Совокупная отвѣтственность нѣсколькихъ имѣній по одному и тому же долгу представляется болѣе отяготительною для собственника, чѣмъ та, при которой долгъ этотъ былъ бы распредѣленъ между ними по частямъ. Она поэтому не должна никогда подразумѣваться, точно также какъ и по началамъ гражданского права совокупная (солидарная) отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ, т. е. всѣхъ за каждого и каждого за всѣхъ, въ примѣненіи къ личному кредиту не предполагается, а должна быть прямо выговорена (ст. 1548 т. X ч. 1, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.; рѣш. гражд. кас. деп. сената 1870 г. № 1879, 1874 г. № 306, 1875 г. № 216). На соображеніяхъ этихъ основана вторая половина настоящей статьи. Изъ объясненнаго выше ⁽²⁾ значенія акта, по коему производится внесеніе залога, какъ правооснованія сего послѣдняго, само собою вытекаетъ, что совокупная отвѣтственность должна быть выговорена положительно въ этомъ актѣ. При отсутствіи въ немъ прямой оговорки о совокупной отвѣтственности, или ближайшихъ указаній, опредѣляющихъ долевую отвѣтственность каждого изъ имѣній, подлежащихъ обремененію, предполагается равная долевая отвѣтственность всѣхъ этихъ имѣній. Въ означенномъ, слѣдовательно, случаѣ, вотчинное установленіе должно внести въ подлежащія вотчинныя книги столько залоговыхъ требованій, какъ вполне

(1) Стр. 327 и слѣд.

(2) Стр. 327.

отдѣльныхъ, самостоятельныхъ, сколько упомянутыхъ имѣній, въ совершенно равныхъ суммахъ, образующихъ собою вмѣстѣ общую сумму всего долга.

53. Залогъ можетъ быть установленъ собственникомъ имѣнія для обезпеченія какъ своего обязательства, такъ и обязательства другаго лица; въ послѣднемъ случаѣ залогъ можетъ быть установленъ на срокъ, въ теченіи коего имѣніе служить обезпеченіемъ залоговаго требованія.

Ст. 1629 п. 1 т. X ч. I св. зак. гр., изд. 1887 г.

Ст. 69—73 того же тома и части, пол. о каз. подр. и пост. 1887 г.

Ст. 1387 остз. гр. зак.

Ст. 4 и 13 бав. пол. объ ипот. 1822 г.

Ст. 371 сакс. гр. улож.

Ст. 1964 итал. гр. зак.

Залогъ, какъ вотчинное обремененіе имѣнія, связанное съ возможностью отчужденія сего послѣдняго, можетъ быть добровольно установленъ не иначе, какъ съ согласія собственника. Таково общее правило, вытекающее изъ существа добровольнаго залога, признанное вполнѣ и у насъ (ст. 1627 и 1629 т. X ч. 1, свод. зак. гражд.) и долженствующее сохранить свою силу и на будущее время. Распоряженіе объ установленіи залога, исходящее отъ лица, не имѣющаго права распоряжаться даннымъ имѣніемъ, лишено всякаго юридическаго значенія. Такой договоръ представляется недѣйствительнымъ. Онъ не можетъ служить правовоснованіемъ ко внесенію залога въ подлежащую вотчинную книгу, ибо заключенъ помимо согласія того, противъ кого онъ направленъ, кто значится по этой книгѣ собственникомъ имѣнія (ст. 129 проекта вотчин. устава).

Залогъ, устанавливаемый въ обезпеченіе чужаго обязательства.

Отсюда понятно, что самыми обыкновенными, нормальными случаями установленія залога представляются именно тѣ, когда залогомъ обезпечивается обязательство самаго соб-

ственника. Но, какъ извѣстно уже изъ общихъ объясненій къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾, собственникъ можетъ предоста-вить принадлежащее ему имѣніе подъ залогъ не только сво-его, но и *чужаго* обязательства. Возможность эта, допускае-мая по нынѣ дѣйствующему законодательству (ст. 69—73 пол. о казен. подр. и пост. т. X ч. 1, изд. 1887 г.), должна быть сохранена и на будущее время. Только нѣтъ никакой необходимости связывать ее исключительно съ случаями уста-новленія залога въ пользу казны въ обезпеченіе договоровъ подряда и поставки, а также обставлять это установленіе такими формами, которыя обусловливаются прежнимъ воззрѣ-ніемъ нашего законодательства на залогъ и противорѣчатъ существу дѣла ⁽²⁾.

Установленіе залога въ обезпеченіе чужаго обязательства имѣетъ характеръ собственно вотчиннаго поручительства по этому обязательству, т. е. такого поручительства, которое ограничивается исключительно отвѣтственностью заложеннаго имѣнія и не соединено, слѣдовательно, съ личною отвѣтствен-ностью собственника этого имѣнія за уплату чужаго долга. Поэтому то этотъ видъ залога и носитъ въ литературѣ назва-ніе *залога поручительнаго* (Bürgschafts-hypothek). Въ свою очередь, объемъ залоговой отвѣтственности имѣнія по отноше-нію къ чужому долгу, обезпеченному поручительнымъ зало-гомъ опредѣляется содержаніемъ статьи о немъ въ вотчинной книгѣ и дѣйствіемъ общаго правила объ этой отвѣтственности, изложеннаго въ ст. 74 настоящаго проекта ⁽³⁾.

Залогъ въ обезпеченіе чужаго обязательства предполагаетъ собою существованіе, независимо отъ соглашенія должника съ его кредиторомъ, соглашенія собственника съ должникомъ. Само собою разумѣется, что то и другое соглашеніе можетъ быть изложено въ одномъ актѣ или въ двухъ различныхъ актахъ и что оно должно удовлетворять относительно формы, подъ опасеніемъ недействительности, правилу ст. 5 проекта вотчиннаго устава, какъ общему для всѣхъ случаевъ уста-

⁽¹⁾ См. выше, стр. 58 и слѣд.

⁽²⁾ См. тамъ же.

⁽³⁾ См. ниже, стр. 552 и слѣд.

новленія вотчинныхъ правъ въ недвижимыхъ имуществахъ, т. е., что соглашеніе это должно быть изложено въ актѣ, совершенномъ въ вотчинномъ установленіи по мѣсту нахожденія имѣнія.

По нынѣшнему законодательству (ст. 71 и 72 уст. о казен. подр. и пост., т. X ч. 1, изд. 1887 г.) собственникъ можетъ предоставить свое имѣніе подъ залогъ чужаго обязательства безъ всякаго ограниченія относительно времени дѣйствія залога, или ограничить это дѣйствіе извѣстнымъ срокомъ, съ тѣмъ, чтобы по истеченіи послѣдняго право залога почиталось прекратившимся. Вторая половина разсматриваемой статьи заключаетъ въ себѣ лишь воспроизведеніе этого правила дѣйствующаго закона. Само собою разумѣется, что въ случаѣ установленія залога на срокъ, послѣдній, для сохраненія силы и по отношенію къ третьимъ лицамъ, долженъ быть означенъ въ подлежащей статьѣ вотчинной книги.

Залогъ, установленный на срокъ.

ОТДѢЛЕНІЕ 3.

О принудительномъ залогѣ.

54. Кредиторъ, въ пользу коего состоялось судебное рѣшеніе о взысканіи денежной суммы, имѣетъ право, и безъ согласія должника, обезпечить свое требованіе установленіемъ залога на всякомъ недвижимомъ имѣніи должника.

Кредиторъ вправе просить о внесеніи записи о залогѣ, если рѣшеніе вошло въ законную силу; если же рѣшеніе подлежитъ апелляціи, хотя бы оно и было обращено къ предварительному исполненію, то кредиторъ можетъ просить лишь о внесеніи отмѣтки.

Ст. 1096 уст. гр. суд.

Ст. 111 польск. уст. 1818 г.

Ст. 1412 свод. остзейск. гр. зак.

Ст. 394 сакс. гр. улож.

Ст. 6 прусск. зак. о публ. продажѣ 1883 г.

Ст. 2123 франц. гр. улож.

Ст. 1970 и 1986 итал. гр. улож.

Ст. 1130 проекта общегерм. гр. улож.

Условія, коимъ
подчиненъ прину-
дительный залогъ
по проекту вотчин-
наго устава.

Давъ мѣсто въ проектѣ вотчиннаго устава институту принудительнаго залога ⁽¹⁾, надлежало за симъ опредѣлить условія, коимъ залогъ этотъ долженъ быть подчиненъ. Это и сдѣлано въ ст. 54—58.

1. Принудительный залогъ, согласно указанію настоящей статьи, устанавливается *и безъ согласія должника*. Это значитъ, что залогъ этотъ устанавливается помимо воли должника и безъ его вѣдома. Должникъ не приглашается предварительно предоставить кредитору право залога. Внесеніе принудительнаго залога не обусловлено предварительнымъ врученіемъ должнику повѣстки объ исполненіи (983 и 1095 уст. гражд. судопр.). Въ развитіе этого взгляда на разсматриваемый институтъ проектъ постановляетъ, что принудительный залогъ, устанавливаемый въ пользу правительственныхъ установленій, земскихъ, городскихъ и общественныхъ учрежденій, вносится непосредственно на основаніи сообщенія правительственнаго или общественнаго установленія или должностнаго лица (ст. 188). Внесеніе это производится сразу окончательно, т. е. въ видѣ записи, а не отмѣтки (тамъ же). Что же касается до прочихъ случаевъ установленія принудительнаго залога, случаевъ установленія его въ пользу частныхъ лицъ, то по отношенію къ нимъ неврученіе повѣстки препятствуетъ не внесенію вообще, а только окончательному внесенію залога. Въ этихъ случаяхъ, до врученія упомянутой повѣстки, вносится, согласно проекту, не записъ, а лишь отмѣтка о залогѣ (ст. 144). Это объясняется нисколько не какимъ либо соображеніемъ, вытекающимъ изъ существа принудительнаго залога, а исключительно желаніемъ поставить должника въ возможность оспорить внесеніе требованій, неправильно къ нему предъявленныхъ, до того времени, пока кредиторъ могъ бы распорядиться по книгѣ внесеннымъ въ въ его пользу залогомъ. Другими словами, въ основаніи приведенныхъ правилъ лежитъ соображеніе, одинаково примѣнимое ко внесеніямъ всякаго рода правъ, основаннымъ на

(1) См. ст. 44 и соображенія къ ней, изложенныя на стр. 342 и слѣд.

судебныхъ рѣшеніяхъ и не имѣющее практическаго значенія для случаевъ установленія принудительнаго залога въ пользу правительственныхъ и общественныхъ установлений, такъ какъ установленія эти, обыкновенно, не передаютъ въ чью либо постороннюю пользу своихъ правъ о взысканіи податей, сборовъ, пошлинъ, начетовъ и другихъ суммъ.

Въ указанномъ обстоятельствѣ, въ томъ, что принудительный залогъ устанавливается и безъ вѣдома должника, заключается отличіе этого залога отъ самаго принудительнаго исполненія рѣшенія, которое, какъ извѣстно, можетъ имѣть мѣсто, по началамъ гражданскаго судопроизводства, лишь послѣ того, когда должникъ, противъ коего состоялось рѣшеніе, не подчинился въ теченіи установленнаго срока, объявленному ему приказу, изложенному въ повѣсткѣ объ исполненіи (уст. гр. судопр., тамъ же). Въ этомъ отношеніи настоящій проектъ расходится съ прусскимъ закономъ 1883 г. о публичной продажѣ недвижимыхъ имѣній, рассматривающимъ въ ст. 2 своихъ постановленій означенный залогъ, какъ одинъ изъ видовъ принудительнаго исполненія. Приравнивать вполнѣ принудительный залогъ упомянутому исполненію нельзя хотя бы уже по тому, что кредитору все же необходимо, для полученія удовлетворенія, обратить данное имѣніе въ продажу не смотря на послѣдовавшее внесеніе принудительнаго залога.

Тѣмъ не менѣе, однакоже, между принудительнымъ залогомъ и непосредственно принудительнымъ исполненіемъ есть весьма существенныя точки соприкосновенія, объясняющіяся тѣмъ, что залогъ этотъ, по существу своему, направленъ къ охраненію исполненія, къ обезпеченію сего послѣдняго и притомъ въ гораздо болѣе энергической мѣрѣ сравнительно съ той, въ какой таковое охраненіе или обезпеченіе осуществляется по дѣйствующему праву, такъ какъ налагаемое на основаніи послѣдняго *запрещеніе* (ст. 1096 уст. гр. судопр.) замѣняется здѣсь установленіемъ *залога*. И дѣйствительно, принудительный залогъ обыкновенно сопутствуетъ принудительному исполненію, уже начавшемуся, или имѣющему начаться.

Поэтому то и установление его возможно только при наличности тѣхъ же условій, при которыхъ возможно было бы непосредственно и само принудительное исполненіе, за исключеніемъ, конечно, вышеупомянутаго условія, связаннаго съ предварительнымъ врученіемъ должнику повѣстки объ исполненіи. Тамъ, гдѣ, независимо отъ этого условія, принудительное исполненіе не могло бы имѣть мѣста, не можетъ быть также рѣчи и объ установленіи принудительнаго залога. Такъ, напримѣръ, хотя по общему правилу, выраженному въ ст. 937 уст. гражд. судопр., всѣ дѣйствія по исполненію судебныхъ рѣшеній производятся черезъ судебныхъ приставовъ, тѣмъ не менѣе, ст. 1290 того же устава, въ уклоненіе отъ приведеннаго общаго правила, обязываетъ взыскателя по рѣшенію, коимъ обвинено казенное управленіе, представлять исполнительный листъ для исполненія непосредственно въ то вѣдомство, которое, по силѣ рѣшенія, должно оное исполнить. Очевидно, что такой взыскатель не имѣетъ права и на непосредственное заявленіе подлежащему вотчинному установленію просьбы объ установленіи въ свою пользу принудительнаго залога на какомъ либо казенномъ имуществѣ, такъ какъ противъ сего говорятъ тѣ же соображенія, которыя легли въ основаніе правила, изложеннаго въ приведенной 1296 ст. уст. гр. судопр.

2. Право обезпечить свое требованіе установленіемъ принудительнаго залога принадлежитъ, по разсматриваемой статьѣ, кредитору, *въ пользу коего состоялось судебное рѣшеніе*. Условіе это вытекаетъ изъ того, что, по общему правилу, судебныя рѣшенія и суть собственно тѣ основанія, въ силу коихъ возникаетъ исполнительное производство. Они же, слѣдовательно, и могутъ служить основаніемъ для внесенія принудительнаго залога.

Очевидно засимъ, что только рѣшенія, вошедшія въ законную силу, какъ окончательныя, не подлежащія ни апелляции, ни отзыву (ст. 184 и 892 уст. гр. судопр.), могутъ представлять собою основаніе къ окончательному же внесенію залога. Поэтому то настоящая статья постановляетъ, что лишь при наличности этого рода рѣшеній можетъ быть внесена запись о залогѣ. Конечно и эти рѣшенія могутъ быть

отмѣнены при посредствѣ чрезвычайныхъ способовъ обжалованія, напимѣръ, въ порядкѣ кассационномъ (ст. 894 уст. гр. судопр.). Само собою разумѣется, что въ случаѣ таковой отмѣны внесенный въ вотчинную книгу принудительный залогъ подлежитъ погашенію.

Рядомъ съ рѣшеніями, вошедшими въ законную силу, исполнительное производство возникаетъ также и въ силу рѣшеній, обращенныхъ къ предварительному исполненію (ст. 924 уст. гр. судопр.). Здѣсь однакоже производство это имѣетъ чисто обезпечительный характеръ. Результаты его получаютъ окончательную силу лишь въ томъ случаѣ, если рѣшеніе, по коему оно допущено, не подвергнется измѣненію въ установленномъ порядкѣ. Естественнo, поэтому, что нѣтъ никакихъ причинъ допускать по рѣшеніямъ, обращеннымъ къ предварительному исполненію, окончательное внесеніе залога, а вмѣстѣ съ тѣмъ и открывать кредитору возможность распорядиться этимъ залогомъ, какъ окончательнымъ, путемъ передачи его въ чью либо постороннюю пользу. Напротивъ того, та цѣль, которая имѣлась въ виду судомъ при допущеніи предварительнаго обезпеченія, будетъ вполне достигнута, если обезпеченіе такого рѣшенія будетъ совершаться тѣмъ же порядкомъ, что и обезпеченіе иска о денежномъ взысканіи, т. е. при помощи *отмѣтки о залогъ*, сохраняющей, согласно общему правилу (ст. 11 проекта), за этимъ залогомъ, на случай окончательнаго его установленія, старшинство по времени ея внесенія.

Впрочемъ, не одни только судебныя рѣшенія, обращенныя къ предварительному исполненію, *но и всякія судебныя рѣшенія, подлежащія апелляціи*, слѣдовательно и тѣ, которыя къ предварительному исполненію не обращены, могутъ быть, согласно разсматриваемой статьѣ, обезпечиваемы при помощи упомянутой выше отмѣтки. Въ самомъ дѣлѣ, въ основаніи всякаго опредѣленія суда объ обезпеченіи иска лежитъ, какъ извѣстно, ничто другое, какъ предположеніе о достовѣрности сего послѣдняго. Обезпеченіе это допускается, по общему правилу (ст. 590 уст. гр. судопр.), или въ самомъ началѣ дѣла или во время дальнѣйшаго производства, доколѣ не послѣдовало рѣшенія по существу. Другими словами, искъ

признается подлежащимъ обезпеченію на основаніи *предположенія о его достовѣрности*, установленнаго еще въ томъ положеніи процесса, когда судъ не успѣлъ войти въ разсмотрѣніе всѣхъ доказательствъ и объясненій сторонъ. Очевидно однакоже, что не менѣе достовѣрнымъ иска, признаннаго подлежащимъ обезпеченію, представляется такой искъ, который найденъ правильнымъ на основаніи рѣшенія по существу дѣла, ибо иначе пришлось бы частному опредѣленію суда, послѣдовавшему въ самомъ началѣ процесса, дать болѣе значенія, чѣмъ рѣшенію того же суда, постановленному на основаніи всѣхъ данныхъ, представленныхъ по дѣлу, что, конечно, невозможно. Такимъ образомъ, сама сила логики вещей приводитъ къ необходимости предоставить личнымъ кредиторамъ должника право требовать обезпеченія исковъ, присужденныхъ рѣшеніями, подлежащими апелляціи, въ такой же мѣрѣ, въ какой право это принадлежало бы названнымъ кредиторамъ на основаніи частнаго опредѣленія объ обезпеченіи иска и сравнять, въ разсматриваемомъ отношеніи, какъ эти опредѣленія съ упомянутыми рѣшеніями, такъ и тѣ и другія съ рѣшеніями, обращенными къ предварительному исполненію.

Признавая за судебнымъ рѣшеніемъ значеніе основанія для внесенія принудительнаго залога, проектъ подразумѣваетъ здѣсь подъ словами «судебное рѣшеніе» не узкое, буквальное значеніе этого термина, но всякій вообще актъ компетентнаго учрежденія, облеченнаго извѣстными судебными функціями, опредѣляющій матеріальныя гражданскія правоотношенія сторонъ по существу предъявленныхъ требованій. Съ этой точки зрѣнія проектъ не можетъ, конечно, дѣлать какое либо различіе между рѣшеніями новыхъ или прежнихъ судовъ. Тѣ и другія могутъ вступать въ законную силу (рѣш. гр. касс. деп. сената 1872 г. за №№ 478 и 489); по тѣмъ и другимъ, слѣдовательно, могутъ быть вносимы записи или отмѣтки о залогѣ. Такимъ же основаніемъ для внесенія принудительнаго залога могутъ служить рѣшенія третейскихъ судовъ, выбранныхъ сторонами въ установленномъ порядкѣ и постановленныя въ предѣлахъ третейской записи (ст. 1307 и слѣд. уст. гр. судопр.), и т. п.

3. Не всякое, впрочемъ, судебное рѣшеніе можетъ служить правооснованіемъ для внесенія принудительнаго залога, но лишь рѣшеніе *о взысканіи денежной суммы*. Условіе это вытекаетъ изъ существа залога, какъ оно опредѣлено въ ст. 43 проекта, изъ того, что залогъ есть обезпеченіе *денежнаго требованія*, порождающее право *требовать удовлетвореніе* изъ заложеннаго имѣнія ⁽¹⁾. Тамъ, слѣдовательно, гдѣ нѣтъ основаннаго на судебномъ рѣшеніи денежнаго требованія, не можетъ быть и принудительнаго залога, обезпечивающаго такое требованіе. Въ этомъ отношеніи разсматриваемое правило проекта отличается отъ французскаго гражданскаго кодекса (ст. 2121, 2161 и слѣд.), придерживающагося, какъ извѣстно уже ⁽²⁾, противоположнаго взгляда по разсматриваемому предмету. Проектъ полагаетъ, что нѣтъ рѣшительно никакихъ практическихъ основаній къ тому, чтобы допускать обезпеченіе, путемъ принудительнаго залога, такихъ рѣшеній, коими должникъ присужденъ не къ платежу денежной суммы, а къ какому либо другому дѣйствію, какъ то, къ очисткѣ или сдачѣ имущества, состоявшаго въ наймѣ, въ передачѣ имущества, состоявшаго въ незаконномъ владѣніи, и т. п. Къ тому же, обезпеченіе, о коемъ идетъ рѣчь, предполагало бы, во всякомъ случаѣ, предварительную оцѣнку такого дѣйствія, переводъ его на деньги и сводилось бы, въ сущности, къ установленію не обыкновеннаго (какимъ является залогъ принудительный), а кредитнаго залога, такъ какъ полученная путемъ оцѣнки сумма выражала бы собою лишь *высшій размѣръ*, въ предѣлахъ коего долженъ отвѣтствовать должникъ на случай неисполненія имъ того дѣйствія, къ коему онъ присужденъ. Конечно, стороны не лишены возможности устанавливать подобный кредитный залогъ по взаимному между собою соглашенію. Но тамъ, гдѣ нѣтъ такого соглашенія, возлагать на судъ обязанность произвести упомянутую оцѣнку или, какъ это дѣлаетъ французское право, обязанность провѣрять правильность односторонней оцѣнки кре-

⁽¹⁾ См. ст. 43 проекта и объясненія къ ней на стр. 309 и слѣд.

⁽²⁾ См. выше, стр. 361.

дитора въ каждомъ данномъ случаѣ, значило бы, очевидно, обременять судъ такими задачами, которыя оказывались бы нерѣдко для него совершенно непосильными.

4. Кредиторъ имѣетъ право обезпечить свое требованіе установленіемъ залога *на всякомъ недвижимомъ имѣніи* должника. Это условіе находитъ свое основаніе въ той аналогіи, какая существуетъ между принудительнымъ залогомъ и принудительнымъ исполненіемъ по судебнымъ рѣшеніямъ и на которую было указано выше. Въ той же мѣрѣ, въ какой кредитору принадлежитъ право обратить взысканіе присужденнаго ему денежнаго требованія на всякое имущество должника, за нимъ должно быть признано также право обезпечить это требованіе на всякомъ имуществѣ должника установленіемъ принудительнаго залога. Подобно тому, какъ приступая ко взысканію присужденнаго требованія кредиторъ обязанъ указать судебному приставу то имущество, на которое онъ обращаетъ взысканіе (ст. 940, 1095 уст. гр. суд.), точно также, обращаясь въ вотчинное установленіе съ просьбой о внесеніи принудительнаго залога, онъ обязанъ указать въ этой просьбѣ, на какомъ имѣніи должника онъ остановилъ свой выборъ, т. е. на которомъ изъ этихъ имѣній долженъ быть установленъ залогъ, развѣ бы, впрочемъ, указаніе это содержалось уже въ самомъ постановленіи суда, на основаніи коего производится внесеніе залога (ст. 186 проекта). Значеніе права кредитора обезпечить свое требованіе *на всякомъ недвижимомъ имѣніи* должника заключается, слѣдовательно, въ томъ, что ни одно изъ этихъ имѣній не изъято изъ числа предметовъ, на коихъ можетъ быть установленъ принудительный залогъ. Дальнѣйшіе выводы, вытекающіе изъ вышеупомянутой аналогіи по отношенію къ разсматриваемому праву кредитора обезпечить присужденное ему денежное требованіе установленіемъ залога на всякомъ недвижимомъ имѣніи должника, а именно ограниченія, которымъ должно быть подчинено у насъ это право, указаны въ ст. 57 проекта и сопровождающихъ ее объясненіяхъ ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ См. ниже, стр. 475 и слѣд.

5. Наконецъ, принудительный залогъ, согласно разсматриваемой статьѣ проекта, можетъ быть установленъ на всякомъ недвижимомъ имѣніи должника. Слѣдовательно, статья эта ставитъ необходимымъ условіемъ установленія принудительнаго залога принадлежность должнику указаннаго кредиторомъ имѣнія. А такъ какъ по началамъ настоящаго проекта собственникомъ имѣнія почитается тотъ, кто указанъ таковымъ въ вотчинной книгѣ, такъ какъ только тотъ, за кѣмъ числится имѣніе по вотчинной книгѣ, вправе распоряжаться послѣднимъ (ст. 19), только противъ него могутъ быть вносимы записи о какихъ либо правахъ, ограничивающихъ или обременяющихъ его право собственности (ст. 129), то очевидно, что принудительный залогъ можетъ быть установленъ лишь тогда, когда должникъ, съ коего присуждено взысканіе, числится въ качествѣ собственника даннаго имѣнія въ открытой для послѣдняго вотчинной книгѣ.

Ставя такое условіе, проектъ расходится существенно съ дѣйствующимъ нынѣ уставомъ гражданскаго судопроизводства, который, какъ извѣстно, не обязываетъ взыскателя, предварительно обращенія взысканія на данное имѣніе, представлять судебному приставу какія либо доказательства о принадлежности того имѣнія должнику. Но различіе это вызывается самымъ существомъ ипотечной системы, введеніе коей требуетъ соотвѣствующихъ измѣненій также и въ существующихъ нынѣ условіяхъ, при которыхъ можетъ быть допущено обращеніе взысканія на имѣніе, измѣненій, указанныхъ въ проектѣ положенія о порядкѣ такового взысканія ⁽¹⁾. Поэтому, если должникъ не внесенъ въ вотчинную книгу принадлежащаго ему имѣнія, то установленію принудительнаго залога должна предшествовать или сопутствовать переписка того имѣнія по книгѣ за должникомъ по правиламъ, указаннымъ въ ст. 159 и слѣд. проекта вотчиннаго устава. Такая же переписка должна имѣть мѣсто и согласно проекту положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, въ случаѣ

⁽¹⁾ См. общія объясненія къ означенному проекту (въ предпослѣдней его редакціи), § II, стр. 7 и слѣд.

обращения взысканія на имѣніе, принадлежащее должнику, не внесенному еще въ книгу (ст. 5 означеннаго проекта). По отношенію къ требованію таковой переписки послѣдній проектъ допускаетъ, впрочемъ, одно исключеніе, а именно для случаевъ обращения взысканія на данное имѣніе долга умершаго лица, наслѣдники коего не внесены въ вотчинную книгу, или долга такихъ наслѣдниковъ (ст. 6 тамъ же). Основаніемъ, почему проектъ этотъ не требуетъ для означенныхъ случаевъ предварительной или одновременной со внесеніемъ принудительнаго залога переписки наслѣдниковъ умершаго собственника по вотчинной книгѣ, служить то соображеніе, что принудительная переписка собственника имѣетъ въ виду, что вносимыя вновь записи предназначены существовать въ теченіи неопредѣленнаго времени и что въ книгу могутъ быть впослѣдствіи заносимы другія права, между тѣмъ какъ обращеніе взысканія имѣетъ обыкновенно своимъ послѣдствіемъ публичную продажу и устраняетъ послѣдующее внесеніе въ книгу какихъ либо записей, клонящихся къ передачѣ, ограниченію или обремененію новыми долгами права собственности должника ⁽¹⁾. Соображеніе это, однакоже, совершенно падаетъ по отношенію къ случаямъ установленія принудительнаго залога, такъ какъ послѣдній направленъ по своей идеѣ къ предупрежденію публичной продажи, можетъ существовать неопредѣленное время, переходя отъ одного лица къ другому, и не прекращаетъ вотчиннаго оборота по имѣнію, на которомъ онъ установленъ. Поэтому и вышеозначенное исключеніе по отношенію къ случаямъ установленія принудительнаго залога допущено быть не можетъ, почему и правила настоящаго проекта о принудительной перепискѣ невнесеннаго собственника по вотчинной книгѣ должны имѣть безусловное примѣненіе во всѣхъ упомянутыхъ случаяхъ.

⁽¹⁾ См. тамъ же.

Важнѣйшія западно-европейскія законодательства сообщаютъ силу понудительнаго исполненія, свойственную судебнымъ рѣшеніямъ, нѣкоторымъ актамъ, совершаемымъ при участіи общественной власти, допуская производство взысканія по этимъ актамъ безъ предварительнаго вызова и выслушанія возраженій отвѣтчика, т. е. помимо предварительнаго судебного производства. Потребность въ созданіи подобнаго порядка понудительнаго исполненія по безспорнымъ актамъ и у насъ, признана уже давно. Во исполненіе Высочайшаго повелѣнія отъ 5 марта 1880 года учреждена была при министерствѣ юстиціи особая коммисія, которая и составила проектъ правилъ по упомянутому предмету. Само собою разумѣется, что въ виду указанной выше аналогіи, которая существуетъ между понудительнымъ исполненіемъ съ одной стороны и институтомъ принудительнаго залога съ другой, такое расширеніе сферы перваго не можетъ не оказать своего вліянія и на этотъ послѣдній. Въ той же мѣрѣ, въ какой безспорные акты могутъ быть обращены непосредственно къ понудительному исполненію безъ предварительнаго судебного по нимъ производства, за ними должно быть признано значеніе правооснованій принудительнаго залога, т. е. они должны порождать также и право обезпечить, путемъ установленія залога, будущее исполненіе основаннаго на нихъ требованія. Такъ дѣйствительно и поступаютъ тѣ законодательства, которыя допускаютъ понудительное исполненіе по безспорнымъ актамъ (ст. 2123 франц. гр. кодекса, ст. 6 прусск. закона о публ. продажѣ 1883 г., ст. 394 сакс. гр. улож.). Соотвѣтственно сему предположено было въ первоначальной редакціи настоящаго проекта включить статью о томъ, что *«правила объ установленіи принудительнаго залога на основаніи вошедшаго въ законную силу судебного рѣшенія примѣняются къ нотаріальнымъ актамъ, подлежащимъ понудительному исполненію по наступленіи срока платежа»*. Принимая, однакоже, во вниманіе, что вопросъ о понудительномъ исполненіи по безспорнымъ актамъ не получилъ еще законодательнаго разрѣшенія, редакціонная коммисія нашла необходимымъ статью эту, по преждевременности ея, изъ проекта исключить.

Вопросъ о сообщеніи нотаріальнымъ актамъ, подлежащимъ понудительному исполненію, значенія правооснованія принудительнаго залога.

55. Правительственныя установленія, коимъ законъ предоставляетъ дѣлать распоряженія о взысканіи податей, сборовъ, пошлинъ, начетовъ и другихъ суммъ въ пользу казны, могутъ требовать обезпеченія причитающейся казнѣ суммы посредствомъ установленія залога въ недвижимомъ имѣніи лица, съ коего причитается взысканіе.

Такое же право принадлежитъ земскимъ, городскимъ и общественнымъ учрежденіямъ въ отношеніи причитающихся симъ учрежденіямъ сборовъ.

Ст. 19 прусск. зак. о приобр. пр. собств. на недв. им. 1872 г.

Рядомъ съ юрисдикціей собственно судебной, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, направленной къ охраненію гражданскихъ правъ, въ случаѣ ихъ нарушенія или спора, существуетъ такъ называемая юрисдикція административная, имѣющая предметомъ своимъ, между прочимъ, такія требованія, которымъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ. Это именно тѣ требованія, которыя не допускаютъ возраженій въ состязательномъ порядкѣ, и подлежатъ вѣдѣнію правительственныхъ, а не судебныхъ установленій (прим. къ ст. 1 устава гражд. судопр., ст. 91 зак. о судопр. и взыск. гражд. т. X ч. 2, изд. 1876 г.). Сюда относятся, въ частности, государственныя подати, пошлины, повинности, штрафы, таможенныя акциденціи и вообще разнаго рода сборы, предусмотрѣнные въ т. IV—VIII свод. зак., требованія, основанныя на составленныхъ въ административномъ порядкѣ расчетахъ по договорамъ подряда, поставки и отдачи въ арендное содержаніе оброчныхъ статей (ст. 1301 и слѣд., ст. 1306 уст. гр. суд.), и т. п. Административнымъ распоряженіямъ о взысканіи этого рода требованій присвоена закономъ такая же исполнительная сила, какая присуща и актамъ судебной власти. Хотя по отношенію къ упомянутымъ распоряженіямъ возможны споры и жалобы, но они не останавливаютъ приведенія этихъ распоряженій въ исполненіе. Пользуясь правомъ распорядиться о взысканіи означенныхъ требованій, правительственныя установленія въ правѣ также распорядиться объ обезпеченіи этихъ

требованій посредствомъ наложенія запрещенія на имущество должника (ст. 1056 т. X ч. 2, свод. зак. гражд.).

Сказанное о безспорныхъ требованіяхъ, причитающихся казнѣ, относится также къ сборамъ или повинностямъ земскимъ, городскимъ и общественнымъ, въ томъ отношеніи, что и этимъ сборамъ или повинностямъ присвоено свойство безспорныхъ, что и онѣ взыскиваются, помимо судебной власти, непосредственно на основаніи распоряженія даннаго земскаго или общественного учрежденія (пол. о земск. учр., т. II ч. I, свод. зак., изд. 1876 г., ст. 62, 68; положеніе о крест. вышедш. изъ крѣп. зависим., особ. прил. къ IX т. свод., зак., изд. 1876 г., ст. 78, п. 5, и др.).

Вся эта область безспорныхъ требованій не могла быть, конечно, оставлена безъ вниманія при начертаніи правилъ проекта вотчиннаго устава, относящихся къ принудительному залогу. Аналогія, существующая въ разсматриваемомъ отношеніи между этими требованіями и требованіями исковыми, отмѣчена и со стороны государственнаго совѣта, въ преподанныхъ имъ главныхъ основаніяхъ предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. Вездѣ, гдѣ въ главныхъ основаніяхъ говорится объ обезпеченіи исковъ на недвижимыхъ имѣніяхъ, упоминается рядомъ и объ обезпеченіи *взысканій и начетовъ*, при чемъ какъ для тѣхъ, такъ и для другихъ опредѣленъ одинаковый порядокъ обезпеченія путемъ внесенія охранительныхъ отмѣтокъ (см. ст. 4, 8, 12, 16—18, 29, 34 главн. основ.). Въ развитіе главныхъ основаній настоящая статья признаетъ за распоряженіями правительственныхъ установленій, земскихъ, городскихъ и общественныхъ учрежденій значеніе правооснованій принудительнаго залога, аналогичное, съ матеріальной точки зрѣнія, съ судебными рѣшеніями.

56. Недоимки въ лежащихъ на имѣніи податяхъ и повинностяхъ: государственныхъ, земскихъ, городскихъ и общественныхъ, которыя причитаются за время свыше трехъ послѣднихъ лѣтъ и посему не пользуются правомъ преимущественнаго удовлетворенія (ст. 10), могутъ быть внесены, по требованію под-

лежащихъ установленій, въ вотчинную книгу имѣнія въ видѣ принудительнаго залога.

Дѣйствующее законодательство присвоиваетъ значеніе *привилегіи*, т. е. долга, подлежащаго преимущественному удовлетворенію даже предъ всѣми требованіями, обеспеченными залогомъ на данномъ имѣніи, недоимкамъ въ лежащихъ на томъ имѣніи податяхъ и повинностяхъ, безъ всякаго ограниченія времени, за которое недоимки эти накоплены (ст. 1163 уст. гр. судопр.; прим. къ 1332 ст. т. X ч. 2, свод. зак. о судопр. и взыск. гражд., изд. 1876 г.). Хотя статья 10 настоящаго проекта и сохраняетъ за означенными недоимками такой же характеръ привилегированнаго долга, но не за всѣми безъ всякаго ограниченія, а лишь за тѣми, которыя накоплены за послѣдніе три года. Такимъ образомъ, недоимки, накопленныя за время, превышающее указанный трехгодичный періодъ, не будутъ уже почитаться, послѣ введенія въ дѣйствіе вотчиннаго устава, долгомъ, тяготеющимъ непосредственно на имѣніи и потому переходящимъ на всякаго новаго его пріобрѣтателя, а только *личнымъ долгомъ* даннаго владѣльца, допустившаго ихъ накопленіе. Такое измѣненіе постановленій дѣйствующаго законодательства по разсматриваемому предмету, введенное проектомъ согласно съ преподанными государственнымъ совѣтомъ главными основаніями (ст. 19 этихъ основаній), вызывается самымъ существомъ предпринимаемой реформы, необходимостью подчинить всѣ безразлично требованія, обременяющія недвижимыя имѣнія, а слѣдовательно и причитающіяся казнѣ, земству, городскимъ и общественнымъ учрежденіямъ подати и недоимки началу спеціальности. Это, конечно, должно имѣть своимъ послѣдствіемъ болѣе рачительное со стороны подлежащихъ правительственныхъ вѣдомствъ и лицъ и упомянутыхъ учрежденій наблюденіе за тѣмъ, чтобы не допустить чрезмѣрнаго накопленія недоимокъ. Впрочемъ, возможность для казны и названныхъ учрежденій терпѣть ущербъ, обусловливаемый разсматриваемымъ видоизмѣненіемъ дѣйствующаго законодательства, смягчается въ значительной степени правиломъ предъидущей статьи проекта, присвоивающимъ распоряженіямъ подлежащихъ правительственныхъ,

земскихъ, городскихъ и общественныхъ учрежденій, послѣдовавшимъ по предмету безспорныхъ взысканій (а слѣдовательно и взысканій податей и повинностей) значеніе правооснованія принудительнаго залога. Благодаря этому правилу, означенныя учрежденія, допустивъ даже накопленіе податей и повинностей по данному имѣнію за періодъ, превышающій установленный ст. 10 проекта трехгодичный срокъ, будутъ имѣть право обезпечить взысканіе таковыхъ недоимокъ установленіемъ залога и при томъ не только на этомъ имѣніи, но и на всякомъ имѣніи должника (ст. 54). Во избѣжаніе, однако же, всякихъ недоумѣній въ будущемъ и въ виду важности вопроса о недоимкахъ для интересовъ казенныхъ, земскихъ, городскихъ и общественныхъ, настоящая статья проекта подтверждаетъ означенное право, составляющее, какъ видно изъ изложеннаго, прямой выводъ изъ правилъ, изложенныхъ въ ст. 10 и 55 проекта.

Само собою разумѣется, что принудительный залогъ, установленный въ обезпеченіе разсматриваемыхъ недоимокъ, долженъ будетъ пользоваться старшинствомъ по времени своего внесенія, или, другими словами, что удовлетвореніе недоимокъ, обезпеченныхъ залогомъ, изъ вырученной за имѣніе суммы на публичныхъ торгахъ должно будетъ соответствовать мѣсту, которое недоимки эти занимали въ вотчинной книгѣ среди другихъ долговъ, обременявшихъ тоже имѣніе.

57. Принудительный залогъ не можетъ быть установленъ совокупно на нѣсколькихъ имѣніяхъ должника, для коихъ заведены особыя вотчинныя книги. Кредиторъ можетъ обезпечить свое требованіе на нѣсколькихъ имѣніяхъ должника, раздѣливъ сумму требованія на нѣсколько частей по числу имѣній, на коихъ устанавливается залогъ.

Ст. 83 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 394, 396 и 397 сакс. гр. улож.

Ст. 6 прусск. зак. о публ. прод. 1883 г.

Ст. 1130 и 1131 проекта общегерм. гр. улож.

Вопросъ о дозво-
леніи устанавли-
вать принудитель-
ный залогъ совокуп-
но на нѣсколькихъ
имѣніяхъ.

Всякій актъ подлежащей власти, судебной или администра-
тивной, служащій правооснованіемъ внесенія принудитель-
наго залога, даетъ кредитору право установить этотъ залогъ
на всякомъ недвижимомъ имѣніи должника. Правило это,
выраженное въ ст. 54 проекта и признанное всѣми законо-
дательствами, коимъ извѣстенъ институтъ принудительнаго
залога, имѣетъ основаніе свое въ соотвѣтствующемъ ему на-
чалѣ принудительнаго исполненія, согласно каковому на-
чалу всякое имущество должника можетъ служить объектомъ
присужденнаго кредитору взысканія ⁽¹⁾.

Взглядъ на этотъ
вопросъ прусскаго
права, проекта
общегерм. гр. улож.
и

Изъ приведеннаго правила дѣлаютъ обыкновенно тотъ вы-
водъ, что принудительный залогъ можетъ быть внесенъ на
всю имѣнія должника нераздѣльно, или другими словами, что
то, что служитъ правооснованіемъ его, даетъ кредитору *eo*
ipso право къ установленію *совокупнаго залога* на имѣніяхъ
должника. Выводъ этотъ принять, дѣйствительно, почти во
всѣхъ законодательствахъ. Только прежнее прусское право
(§ 23 закона 4 марта 1834 г.) не допускало установленія
принудительнаго совокупнаго залога, а признавало за кредито-
ромъ лишь право внести свое требованіе на любое изъ имѣ-
ній должника. Обременять нѣсколько его имѣній, согласно
прусскому праву, кредиторъ могъ только отдѣльно, опре-
дѣленною частью своего требованія ⁽²⁾. Однакоже позднѣй-
шее прусское право, а именно прусскій законъ 1872 г., отсту-
пилъ отъ этого взгляда, замѣнивъ его другимъ, ему противо-
положнымъ. Такой же противоположный взглядъ проводится
въ прусскомъ законѣ о публичной продажѣ недвижимыхъ
имѣній 1883 г. (§ 6) и въ новѣйшее время въ проектѣ обще-
германскаго гражданскаго уложенія (ст. 1130).

Соображенія, на коихъ основаны постановленія означен-
наго закона и проекта о допущеніи въ разсматриваемыхъ
случаяхъ совокупнаго залога, изложенныя въ официальныхъ

⁽¹⁾ См. выше, стр. 468.

⁽²⁾ *Hinrichs*, Studien aus dem Gebiete d. preussischen Hypothekenrechts
(Berlin, 1883), стр. 21 и слѣд.

мотивахъ ⁽¹⁾, заключаются въ томъ, что интересы кредитора нуждаются въ возможно большемъ обезпеченіи требованія, подлежащаго понудительному исполненію, что кредиторъ этотъ и по прусскому закону 1869 г. о публичной продажѣ могъ добиться права на преимущественное удовлетвореніе изъ нѣсколькихъ имѣній должника путемъ обращенія взысканія не только на одно, но и на всѣ эти имѣнія вмѣстѣ, и что должникъ, не уплачивающій присужденнаго съ него взысканія, не въ состояніи и добыть нужныя для того средства при помощи кредита, почему и щадить его кредитоспособность, посредствомъ запрещенія совокупнаго залога, очевидно безцѣльно.

Настоящій проектъ не раздѣляетъ этихъ соображеній и ^{настоящаго проекта.} основанныхъ на нихъ выводовъ. Начало, по которому кредиторъ вправе установить принудительный залогъ *на всякомъ недвижимомъ имѣнии должника*, имѣетъ, какъ указано въ объясненіяхъ къ ст. 54, только то значеніе, что означенный залогъ можетъ быть внесенъ на *любое* изъ этихъ имѣній, по усмотрѣнію кредитора; признавать же за послѣднимъ безусловное право обременять нераздѣльно залогомъ всѣ имѣнія должника нельзя въ той же степени, въ какой невозможно признавать за кредиторомъ право на многократное покрытіе одной и той же его претензіи. Въ самомъ дѣлѣ, установленіемъ принудительнаго залога обезпечивается, въ сущности, будущее принудительное исполненіе. Слѣдовательно, все, что требуется отъ такового обезпеченія, заключается лишь въ томъ, чтобы оно не было поставлено въ болѣе узкія рамки, сравнительно съ послѣднимъ. Ставить эти обезпеченія въ болѣе широкія рамки значитъ уже стѣснять положеніе должника безъ всякаго правильнаго къ тому основанія. По дѣйствующему же закону (ст. 936 уст. гражд. судопр.) кредиторъ хотя и имѣетъ право обратить свое взысканіе на нѣсколько имуществъ, принадлежащихъ отвѣтчику, но далеко не безусловно, а напротивъ того только въ томъ случаѣ, когда

⁽²⁾ Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen mit Begründung (Berlin 1882) стр. 67; Мотивы къ проекту общегерм. гр. улож., т. III, стр. 773.

стоимостью одного изъ нихъ не покрывается вполнѣ сумма взысканія. Засимъ, и при обращеніи взысканія на нѣсколько имуществъ должника, продажа ихъ производится не одновременно, а постепенно, одного послѣ другаго, согласно указанной кредиторомъ очереди (ст. 1152 тамъ же). По аналогіи съ этими началами должно быть допускаемо и установленіе у насъ принудительнаго залога, т. е. въ случаѣ, когда кредиторъ обезпечиваетъ свое требованіе на нѣсколькихъ имѣніяхъ должника, — на принципѣ раздѣльной, а не совокупной отвѣтственности этихъ имѣній. Такъ какъ установленіе принудительнаго залога порождаетъ въ пользу кредитора право на преимущественное удовлетвореніе, то очевидно, что въ таковомъ установленіи, рассматриваемомъ само по себѣ, заключается уже несоразмѣрно большее обезпеченіе требованія, подлежащаго понудительному исполненію, сравнительно съ обезпеченіемъ, возможнымъ при нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ, почему и по этой также причинѣ нѣтъ никакой необходимости расширять это обезпеченіе еще до размѣровъ того, которое заключалось бы въ совокупномъ залогѣ, установленномъ на всѣхъ имѣніяхъ должника. Засимъ, если должникъ не уплачиваетъ присужденнаго съ него взысканія, то это *не служитъ* всегда доказательствомъ потери имъ кредитоспособности, щадить которую было бы будто уже совершенно безцѣльно. Напротивъ того, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ окажется дѣйствительно не кредитоспособнымъ, кредиторъ не будетъ довольствоваться установленіемъ принудительнаго залога, а приступитъ непосредственно къ публичной продажѣ. Къ тому же пріостановка платежа можетъ быть весьма нерѣдко результатомъ временнаго кризиса, несчастнаго стеченія обстоятельствъ, которыя поправимы, могутъ измѣниться къ лучшему, а для этихъ то именно случаевъ, какъ указано въ объясненіяхъ къ ст. 44 ⁽¹⁾, принудительный залогъ и имѣетъ главнымъ образомъ практическое значеніе. Наконецъ, допущеніе установленія этого залога совокупно на всѣхъ имѣніяхъ долж-

⁽¹⁾ Стр. 355 и слѣд.

ника способно было бы имѣть своимъ послѣдствіемъ лишь то, что оно практиковалось бы всегда, а слѣдовательно и тогда, когда въ приобрѣтеніи совокупнаго обезпеченія не предстояло бы для кредитора дѣйствительной необходимости, ибо послѣдній предпочтетъ, конечно, прибѣгнуть къ большому, чѣмъ довольствоваться меньшимъ. Слѣдовательно, допущеніе это вносило бы разстройство кредитоспособности должника тамъ, гдѣ его можно было бы вполне избѣгнуть.

На приведенныхъ соображеніяхъ и основана настоящая статья проекта. Она запрещаетъ установленіе принудительнаго залога совокупно на нѣсколькихъ имѣніяхъ должника, для коихъ заведены особыя вотчинныя книги, т. е. на имѣніяхъ, изъ которыхъ каждое служить предметомъ самостоятельнаго вотчиннаго оборота. Кредиторъ, въ пользу коего состоялось судебное рѣшеніе о взысканіи денежной суммы (или опредѣленіе объ обезпеченіи иска о взысканіи денежной суммы), можетъ, согласно рассматриваемой статьѣ, обезпечить свое требованіе на одномъ изъ имѣній должника по своему выбору. На двухъ же и болѣе имѣніяхъ, по которымъ заведены особыя вотчинныя книги, онъ можетъ это сдѣлать не иначе, какъ раздѣливъ сумму требованія на нѣсколько частей, по числу имѣній, на коихъ устанавливается залогъ, т. е. путемъ установленія нѣсколькихъ самостоятельныхъ залоговъ, порождающихъ отдѣльную, самостоятельную же отвѣтственность каждаго изъ этихъ имѣній.

Въ заключеніе остается прибавить, что предоставляя кредитору право обезпечивать свое требованіе установленіемъ нѣсколькихъ принудительныхъ залоговъ, проектъ, тѣмъ не менѣе, нисколько не предполагаетъ лишать должника и въ данномъ случаѣ той возможности возражать противъ принятой мѣры обезпеченія, нарушающей его интересы, которая дана ему на основаніи нынѣ дѣйствующихъ правилъ объ обезпеченіи иска, выраженныхъ въ ст. 612—615 уст. гражд. суд. Лишеніе должника возможности возражать противъ учиненнаго кредиторомъ распредѣленія суммы требованія на нѣсколько частей по числу имѣній могло бы нерѣдко отразиться весьма невыгодно на его кредитѣ, такъ какъ охотни-

Право должника возражать противъ принятой по просьбѣ кредитора мѣры обезпеченія (ст. 612—615 уст. гражд. суд.).

ковъ ссудить свои капиталы подъ залогъ имѣній, на которыхъ установленъ принудительный залогъ, и которыя, потому, могутъ быть во всякій любой моментъ подвергнуты публичной продажѣ, найдется сравнительно немного. Не подлежитъ, однакоже, сомнѣнію, что при отсутствіи упомянутой возможности кредиторы обыкновенно и распредѣляли бы присужденную имъ сумму на всѣ имѣнія должника. Поэтому, за должникомъ должно быть оставлено право домогаться предъ судомъ замѣны даннаго обезпеченія, заключающагося въ установленіи нѣсколькихъ принудительныхъ залоговъ, другимъ обезпеченіемъ, напримѣръ, установленіемъ принудительнаго залога на одномъ или лишь двухъ имѣніяхъ, и судъ обязанъ удовлетворить такое ходатайство должника во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ докажетъ, что предлагаемая имъ мѣра обезпеченія вполне соотвѣтствуетъ своей цѣли и что оставленіе въ силѣ прежней мѣры повело бы къ напрасному его стѣсненію. Оговаривать, впрочемъ, это право должника въ настоящей статьѣ не предстояло необходимости, такъ какъ принудительный залогъ, по самому существу своему, есть видъ обезпеченія, почему и примѣненіе къ этому залогу правилъ 612—615 ст. уст. гражд. суд. подразумѣвается само собою.

58. Принудительный залогъ теряетъ силу, если впоследствии окажется, что во время внесенія его въ вотчинную книгу имѣніе принадлежало не должнику, значащемуся по книгѣ собственникомъ, а другому лицу, и сему послѣднему вслѣдствіе сего будетъ присуждено имѣніе.

Это правило примѣняется, хотя бы залогъ былъ внесенъ при отсутствіи въ вотчинной книгѣ отмѣтки въ обезпеченіе правъ означеннаго лица.

Ст. 4125 проекта общегерм. гражд. улож.

Вопросъ о вліяніи начала безповоротности на принудительный залогъ.

При обсужденіи правилъ настоящаго проекта, относящихся къ принудительному залогу, не могъ быть оставленъ безъ вниманія также и вопросъ о томъ вліяніи, какое должно

оказывать на этот залог дѣйствіе начала безповоротности.

Существенный вопросъ, подлежащій разрѣшенію въ разсматриваемомъ отношеніи, заключается въ слѣдующемъ. Какъ извѣстно уже изъ объясненій къ ст. 54 проекта, личный кредиторъ, въ пользу коего состоялось судебное рѣшеніе о взысканіи денежной суммы, можетъ добиться обезпеченія своего требованія путемъ установленія принудительнаго залога на данномъ имѣніи только въ томъ случаѣ, когда послѣднее значится по вотчинной книгѣ собственностью должника. Вотчинная книга можетъ однако содержать въ себѣ неправильное указаніе на счетъ того, кому дѣйствительно данное имѣніе принадлежитъ. Возможны случаи, когда имѣніе, на которомъ установленъ принудительный залогъ, окажется впослѣдствіи принадлежащимъ не должнику, а постороннему лицу, когда оно будетъ отсуждено отъ должника на основаніи иска, предъявленнаго къ нему дѣйствительнымъ собственникомъ. Спрашивается, долженъ ли принудительный залогъ въ этихъ случаяхъ сохранить свою силу, защищается ли кредиторъ, не смотря на послѣдовавшее внесеніе въ вотчинную книгу, открытую по упомянутому имѣнію, дѣйствительнаго собственника, достовѣрностью этой книги (ст. 6 проекта), распространяется ли на означенный залогъ, установленный въ его, кредитора, пользу, начало безповоротности правъ, пріобрѣтенныхъ по вотчинной книгѣ (ст. 13 и 14, тамъ же), или же, напротивъ того, залогъ этотъ долженъ быть изъятъ изъ-подъ дѣйствія означеннаго начала, кредиторъ не вправѣ защищаться въ данномъ случаѣ достовѣрностью содержанія вотчинной книги, принудительный залогъ долженъ потерять свою силу по отношенію къ дѣйствительному собственнику и за кредиторомъ должно лишь остаться право обратиться къ другому имуществу должника, если таковое у него окажется?

По этому вопросу послѣдовали въ редакціонной комисіи

Разныя мнѣнія въ
ред. ком. по этому
вопросу:

Меньшинство (А. А. Книримъ и Л. В. Гантоверъ) высказалось противъ установленія какого либо исключенія изъ дѣй-

мнѣніе меньшинства;

ствія начала безповоротности въ пользу принудительнаго залога, или, другими словами, за подчиненіе этого залога дѣйствию означеннаго начала, одинаковое со всѣми другими вотчинными правами на недвижимое имѣніе, причемъ исходило изъ слѣдующихъ соображеній:

Не подлежитъ сомнѣнію, что только при помощи начала безповоротности можетъ быть достигнута желательная прочность правъ по недвижимымъ имѣніямъ, только оно одно въ состояніи создать твердую, незыблемую почву для вотчиннаго оборота по этимъ имѣніямъ и послужить солиднымъ фундаментомъ дѣлу развитія у насъ поземельнаго кредита. Для достиженія всѣхъ этихъ цѣлей необходима увѣренность каждаго, желающаго пріобрѣсти какое либо право по имѣнію, въ томъ, что онъ можетъ положиться на вотчинную книгу, что онъ въ состояніи спокойно пріобрѣтать какія бы то ни было права противъ лица, показаннаго въ книгѣ собственникомъ имѣнія, не опасаясь возможности лишиться своего права въ случаѣ, если бы имѣніе это оказалось принадлежащимъ кому либо другому,—а увѣренность эта и создается введеніемъ разсматриваемаго начала. Ясно, что началомъ безповоротности создается въ сферѣ вотчинныхъ правъ по недвижимымъ имѣніямъ извѣстное господство *формальнаго, книжнаго* элемента надъ *матеріальнымъ* во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда первый со вторымъ не совпадаетъ, когда содержаніе вотчинной книги противорѣчитъ дѣйствительному правовому положенію заинтересованныхъ сторонъ. Едвали, однакоже, справедливо противопоставлять то, что обыкновенно называютъ формальнымъ, книжнымъ правомъ, праву матеріальному, общегражданскому, въ смыслѣ двухъ правовыхъ системъ, построенныхъ на совершенно различныхъ началахъ. Первое составляетъ, въ сущности, не болѣе, какъ часть втораго; *обоимъ изъ начала правды и справедливости нисколько не чужды*. Вводя ипотечную систему, законодательство вовсе не жертвуетъ въ томъ или другомъ объемѣ означенными началами. Идея, преслѣдуемая при этой системѣ, свойственна не ей одной. Она проникаетъ также и систему вексельнаго права и отражается на правѣ виндикаціи движимыхъ вещей, поскольку то или другое законодательство стремится къ большому или мень-

шему ограниченію этого послѣдняго права. Идея эта—*желаніе доставить законную защиту интересамъ третьихъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей правъ*. Проведеніе ея въ постановленіяхъ положительнаго закона не только цѣлесообразно; она не только споспѣшествуетъ экономическому обороту страны, служить необходимымъ условіемъ развитія этого оборота, но справедлива, ибо направлена, въ сущности, лишь къ тому, чтобы оградить третьихъ лицъ отъ убытковъ на случай заблужденій или обмановъ, въ которые они могли бы быть безвинно введены. Если къ тому же принять во вниманіе, что легче учсть безденежный вексель или сбыть чужую движимую вещь, чѣмъ продать чужое имѣніе или найти капиталиста, готоваго ссудить подъ оное деньги, что, другими словами, оборотъ правами на недвижимыя имѣнія совершается несравненно медленнѣе, нежели оборотъ или сбытъ другихъ правъ и вещей, и что дѣйствительный обладатель вотчиннаго права имѣетъ въ своемъ распоряженіи такое могущественное средство противъ возможнаго перевода этого права или ограниченія его какимъ либо правомъ по вотчинной книгѣ въ пользу посторонняго лица, каковымъ является своевременное оглашеніе своихъ притязаній въ вотчинной книгѣ при помощи охранительной отмѣтки (ст. 11 проекта), то станетъ очевиднымъ, что защита третьихъ лицъ въ ипотечной системѣ соединена съ меньшею опасностью принести въ жертву чьи либо законные интересы, нежели та же защита въ другихъ областяхъ права, о коихъ упомянуто выше. При наличности вышеупомянутаго средства, доставляемаго ипотечною системою, отъ дѣйствія начала безповоротности могутъ иногда пострадать развѣ только лица, недостаточно заботливыя о своихъ интересахъ, не поспѣшившія во время огласить свои притязанія по вотчинной книгѣ, т. е. именно тѣ лица, которыя должны лишиться принадлежащихъ имъ правъ по собственной винѣ. Заботиться объ огражденіи во что бы то ни стало неприкосновенности этихъ правъ значило бы давать ничѣмъ неоправдываемое преимущество интересамъ упомянутыхъ нерадивыхъ правообладателей предъ интересами третьихъ добросовѣстныхъ лицъ, исполнившихъ все отъ нихъ зависящее для того, чтобы права, пріобрѣтен-

ныя ими, считались законно возникшими и дѣйствительными.

Изъ изложеннаго слѣдуетъ, что вопросъ о томъ, надлежитъ ли принудительный залогъ подчинить дѣйствию начала безповоротности, сводится не къ тому, справедливо ли таковое подчиненіе, а къ вопросу, есть ли надлежащее основаніе дѣлать въ данномъ случаѣ различіе между случаями установленія принудительнаго залога и случаями установленія прочихъ вотчинныхъ правъ, и вводить въ пользу первыхъ исключеніе изъ общаго правила о дѣйствіи означеннаго начала. Нельзя, однакоже, не признать, что подобное основаніе здѣсь отсутствуетъ.

Въ самомъ дѣлѣ, то обстоятельство, что безъ исключенія принудительнаго залога изъ дѣйствія начала безповоротности можетъ оказаться въ результатѣ отвѣтственнымъ по чужому долгу дѣйствительный собственникъ имѣнія, не является какою то особенностью, возможною только при означенномъ залогѣ. Вѣдь и залогъ добровольные *устанавливаются въ обезпеченіе известнаго дома*, а между тѣмъ дѣйствительный собственникъ имѣнія, не озаботившійся во-время огласить свое право по вотчинной книгѣ, обязанъ будетъ отвѣтствовать по долгамъ мнимаго собственника, обезпеченнымъ добровольнымъ залогомъ. Почему бы, спрашивается, нерадѣніе дѣйствительнаго собственника о своихъ интересахъ имѣло въ первомъ случаѣ одни послѣдствія, а въ другомъ совершенно другія?

Независимо отъ сего кредиторъ по принудительному залогу дѣйствуетъ точно также, полагаясь на вѣру вотчинной книги, какъ и кредиторъ, требованіе коего обезпечено добровольнымъ залогомъ. Если даже допустить, что первоначально, вступая въ долговое отношеніе съ должникомъ, кредиторъ по судебному рѣшенію дѣйствовалъ лишь на основаніи личнаго своего довѣрія къ должнику, что онъ не рассчитывалъ въ то время на достовѣрность вотчинной книги, то во всякомъ случаѣ нельзя того же сказать о томъ моментѣ, когда кредиторъ этотъ устанавливалъ принудительный залогъ, между тѣмъ какъ указанный именно моментъ и имѣетъ рѣшающее въ данномъ случаѣ значеніе. Трудно предположить, чтобы кредиторъ рѣшился отсрочить продажу и довольствоваться принудительнымъ залогомъ, если бы его къ тому не побудило

содержаніе вотчинной книги въ моментъ установленія этого залога. Проводить, поэтому, различіе въ отношеніи начала безповоротности между добровольнымъ и принудительнымъ залогомъ значитъ забывать, что по существу своему оба эти вида залога совершенно одинаковы и преслѣдуютъ одну и ту же цѣль—обеспеченіе требованія кредитора даннымъ имѣніемъ. Оба эти вида должны пользоваться, слѣдовательно, одинаковымъ покровительствомъ закона. Забота законодателя объ огражденіи взыскателей отъ тайныхъ для нихъ, неоглашенныхъ во время въ вотчинной книгѣ, притязаній оказывается въ той же мѣрѣ цѣлесообразною, какъ и по отношенію къ прочимъ случаямъ установленія правъ въ недвижимомъ имѣніи.

Наконецъ, лишать принудительный залогъ выгодъ, вытекающихъ изъ начала безповоротности, значило бы не только уронить силу этого залога, но и сдѣлать введеніе его совершенно бесполезнымъ. Нечего говорить о томъ, что отсрочка публичной продажи, достигаемая при помощи установленія принудительнаго залога, можетъ оказаться весьма выгодною и для самого невнесеннаго собственника, такъ какъ она предоставитъ ему большій срокъ для предъявленія иска о правѣ собственности на данное имѣніе, а слѣдовательно и большую возможность оградить это право въ сравненіи съ тою, которая существовала бы при необходимости кредитора прибѣгать къ немедленной продажѣ того имѣнія. Но, и помимо того, нельзя упускать изъ виду, что внесеніе принудительнаго залога является весьма существеннымъ со стороны кредитора снисхожденіемъ въ пользу должника. Между тѣмъ рискъ, соединенный съ установленіемъ принудительнаго залога при нераспространеніи на этотъ залогъ начала безповоротности, вызывалъ бы именно въ кредиторѣ желаніе по возможности ускорить производство публичной продажи, т. е. уничтожилъ бы тѣ выгоды, къ достиженію которыхъ принудительный залогъ направленъ и ради собственно коихъ онъ и введенъ въ проектъ вотчиннаго устава по единогласному рѣшенію редакціонной комисіи. Желаніе это вызывалось бы у кредитора именно весьма есте-

ственнымъ опасеніемъ, какъ бы въ послѣдствіи, не смотря на удовлетворительное положеніе дѣлъ должника во время установленія принудительнаго залога, не наступила перемѣна въ этомъ положеніи, благодаря которой онъ, кредиторъ, могъ бы оказаться безъ удовлетворенія своего долга. Точно также упомянутый рискъ долженъ бы неминуемо парализовать обратную силу требованій, обезпеченныхъ принудительнымъ залогомъ, такъ какъ трудно предположить у постороннихъ лицъ охоту пріобрѣтать, въ качествѣ залоговыхъ, такія требованія, которыя нисколько не гарантированы въ отношеніи сохраненія въ будущемъ своего залоговаго характера, между тѣмъ какъ въ означенной обратной силѣ заключается, безъ всякаго сомнѣнія, одна изъ важнѣйшихъ побудительныхъ причинъ, могущихъ вліять на рѣшеніе кредитора довольствоваться принудительнымъ залогомъ вмѣсто того, чтобы немедленно приступить къ публичной продажѣ.

Независимо отъ изложеннаго, противъ изъятія принудительнаго залога изъ дѣйствія начала безповоротности, говорятъ, по мнѣнію меньшинства, еще слѣдующія соображенія:

Во 1-хъ, подчиненіе принудительнаго залога дѣйствію начала безповоротности предрѣшено Высочайше утвержденными главными основаніями предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. Въ ст. 133 проекта объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество, внесеннаго министромъ юстиціи на разсмотрѣніе государственнаго совѣта, говорилось только о *сдѣлкахъ* и лишь по отношенію къ однимъ сдѣлкамъ опредѣлялось значеніе начала безповоротности. Въ постановленіяхъ, извлеченныхъ изъ означеннаго проекта, а именно въ ст. 9 этихъ постановленій, опредѣлялось, что «сдѣлки объ отчужденіи или ограниченіи права на имущество, заключенныя съ такимъ лицомъ, за которымъ право значится по крѣпостной книгѣ безспорно, сохраняютъ свою силу хотя бы въ послѣдствіи право сего лица было уничтожено судебнымъ рѣшеніемъ». Такая редакція не могла не подать соединеннымъ департаментамъ государственнаго совѣта повода къ опасенію на счетъ узкаго пониманія ея смысла. «Имѣя въ виду, говорится въ журналѣ соединенныхъ депар-

таментовъ за № 36 (1), что устанавливаемое этимъ правиломъ начало безповоротности ипотеки должно, въ равной мѣрѣ, относиться къ сдѣлкамъ о обезпеченіи имуществомъ договоровъ и обязательствъ, а также къ охранительнымъ отмѣткамъ, вносимымъ для огражденія исковыхъ требованій, департаменты считаютъ необходимымъ сдѣлать въ ст. 9 соответственное дополненіе». Результатомъ этихъ соображеній и явилась редакція ст. 14 главныхъ основаній, изложенная въ слѣдующемъ, не оставляющемъ уже ни малѣйшаго сомнѣнія, видѣ, а именно: «сдѣлки объ отчужденіи или ограниченіи права собственности на недвижимое имущество, заключенныя съ лицомъ, за которымъ право на него значилось по крѣпостной книгѣ безспорно, равно какъ установленныя на имуществѣ такого лица обезпеченія и внесенныя въ крѣпостную книгу охранительныя отмѣтки, сохраняютъ свою силу, хотя бы впослѣдствіи право сего лица было уничтожено рѣшеніемъ суда». При такихъ обстоятельствахъ, изъятіе принудительнаго залога изъ сферы дѣйствія начала безповоротности должно повести или къ очевидному противорѣчію, къ признанію за меньшимъ (т. е. за охранительными отмѣтками) бѣльшаго значенія, чѣмъ за бѣльшимъ (т. е. за записью о залогѣ, вносимой на основаніи вступившаго въ законную силу рѣшенія), что, очевидно, невозможно, или же къ изъятію изъ означенной сферы также и охранительныхъ отмѣтокъ, а слѣдовательно и къ отступленію отъ преподанныхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній по разсматриваемому вопросу, отступленію, которое можетъ быть вообще допускаемо въ настоящемъ проектѣ лишь при наличности вполне безспорныхъ къ тому основаній.

Во 2-хъ, непримѣненіе начала безповоротности къ принудительному залогу распространится и на залогъ, устанавливаемый по ст. 55 и 56 проекта въ обезпеченіе податей, сборовъ, пошлинъ, начетовъ и другихъ суммъ, а также недоимокъ, лежащихъ на имѣніи, чрезъ что можетъ быть причинено казнѣ весьма существенный ущербъ.

(1) Стр. 18.

Въ 3-хъ, ограничивать дѣйствіе начала безповоротности исключительно правами, возникшими на основаніи однихъ только сдѣлокъ, т. е. добровольно, не возможно уже потому, что начало это направлено къ упроченію *всякаго* рода правъ по недвижимымъ имѣніямъ, каковъ бы ни былъ источникъ происхожденія этихъ правъ. Кредиторъ по принудительному залогу, какъ замѣчено выше, нуждается въ прочности пріобрѣтеннаго имъ права по имѣнію не менѣе обладателя всякаго другаго вотчиннаго права.

Въ 4-хъ, добросовѣстность отнюдь не представляетъ собою понятія, примѣнимаго исключительно къ правамъ, пріобрѣтеннымъ на основаніи сдѣлокъ. То, что заключается въ этомъ понятіи, субъективное отношеніе даннаго лица къ свойству права, устанавливаемого въ его пользу съ точки зрѣнія дѣйствительности, законности такового установленія, можетъ относиться въ равной степени какъ къ кредитору по договорному залогу, такъ и къ тому, въ пользу коего внесенъ принудительный залогъ. Если въ томъ или другомъ единичномъ случаѣ можетъ быть доказано, что кредиторъ зналъ о принадлежности имѣнія, на коемъ установленъ принудительный залогъ, не должнику, а другому лицу, то нѣтъ никакихъ основаній не допускать возможности опорочить силу этого залога на общемъ законномъ основаніи.

Въ 5-хъ, безспорно, что съ распространеніемъ дѣйствія начала безповоротности на принудительный залогъ дѣйствительный собственникъ имѣнія не будетъ имѣть права регресса къ кредиторамъ, получившимъ, благодаря этому залогу, удовлетвореніе изъ вырученной путемъ продажи того имѣнія суммы. Онъ не будетъ имѣть этого права подобно тому, какъ онъ не можетъ потребовать возвращенія платежей, выданныхъ кредиторамъ, пріобрѣтшимъ залоговыя права на основаніи сдѣлокъ, заключенныхъ ими съ мнимымъ собственникомъ, т. е. кредиторамъ по договорному залогу. Но и по дѣйствующему законодательству дѣйствительному собственнику едва ли принадлежитъ упомянутое право регресса въ виду того, что онъ, въ силу принадлежащаго ему права собственности, вправѣ отыскивать само имѣніе, въ чьихъ бы

рукахъ оно не находилось. При дѣйствіи ипотечной системы, за дѣйствительнымъ собственникомъ, не успѣвшимъ путемъ своевременнаго охраненія своего права по вотчинной книгѣ воспрепятствовать безповоротному переходу имѣнія къ другому лицу или обремененію этого имѣнія какими либо правами, остается лишь право требовать вознагражденія убытковъ отъ мнимаго собственника, какъ лица, незаконно обогатившагося на его счетъ (ст. 13 и 14 проекта). Право это будетъ несомнѣнно принадлежать дѣйствительному собственнику и въ случаѣ продажи его имѣнія за долгъ мнимаго собственника по принудительному залогу, ибо обогащеніе всякаго лица (въ данномъ случаѣ мнимаго собственника) можетъ заключаться не только въ количественномъ увеличеніи его имущества, но и въ полномъ или частичномъ *освобожденіи себя отъ извѣстной обязанности*, которая несомнѣнно продолжала бы тяготѣть, если бы освобожденія этого не послѣдовало. Слѣдовательно, основаніе отвѣтственности мнимаго собственника имѣнія предъ дѣйствительнымъ представляется, въ данномъ случаѣ, одинаковымъ, какъ и во всѣхъ прочихъ случаяхъ, въ которыхъ можетъ возникнуть вопросъ о подобной же отвѣтственности.

Наконецъ, въ 6-хъ, нельзя не замѣтить съ чисто практической точки зрѣнія, что и въ настоящее время, при существующей неопредѣленности юридическаго положенія недвижимыхъ имѣній, крайне рѣдко случается, чтобы имѣніе, законно укрѣпленное за извѣстнымъ лицомъ, было признано по судебному рѣшенію принадлежностью другаго. Послѣ введенія ипотечной реформы и принятія всевозможныхъ мѣръ предосторожности къ тому, чтобы при первоначальномъ заведеніи вотчинныхъ книгъ имѣнія записывались за лицами, коимъ они дѣйствительно принадлежатъ, случаи означеннаго рода сдѣлаются еще болѣе рѣдкими. Разбивать, въ виду этого, цѣльность системы проекта вотчиннаго устава исключеніемъ принудительнаго залога изъ-подъ дѣйствія начала безповоротности излишне, тѣмъ болѣе, что чѣмъ проще и однообразнѣе будутъ правила будущаго законоположенія по вотчинному праву, тѣмъ вѣрнѣе успѣхъ того дѣла, служить которому законоположеніе это призвано.

По всѣмъ этимъ основаніямъ меньшинство полагало необходимымъ настоящую статью, какъ вводящую изъятіе изъ общихъ правилъ, изложенныхъ въ ст. 13 и 14 проекта, изъ послѣдняго исключить.

мнѣніе большин-
ства.

Напротивъ того, большинство членовъ редакціонной комисіи (*Н. И. Стояновскій, С. И. Лукьяновъ, И. Я. Голубевъ, В. И. Голевинскій, Г. И. Карницкій и А. К. Рихтеръ*) находило необходимымъ ввести въ проектъ вотчиннаго устава изъятіе, о коемъ идетъ рѣчь, по слѣдующимъ основаніямъ.

Безспорно, что съ введеніемъ начала безповоротности устанавливается въ сферѣ вотчиннаго оборота преимущество формальнаго, книжнаго права предъ общегражданскимъ, матеріальнымъ правомъ. Уже одного этого обстоятельства достаточно, чтобы убѣдиться въ томъ, какая осторожность и осмотрительность требуется при опредѣленіи тѣхъ границъ, въ предѣлахъ коихъ дѣйствіе означеннаго начала должно быть поставлено. Очевидно, что только случаи дѣйствительной необходимости могутъ заставить законодателя поступиться началами правды и справедливости. Законъ ипотечный, какъ законъ особенный, составляющій отступленіе отъ общихъ гражданскихъ нормъ, можетъ имѣть примѣненіе только въ такихъ предѣлахъ, въ какихъ это необходимо для осуществленія его особенной цѣли, состоящей въ устройствѣ поземельнаго кредита, немыслимаго внѣ упроченія права собственности на недвижимыя имѣнія и приведенія въ извѣстность обременяющихъ оныя чужихъ правъ.

Понятно, что для привлеченія капитала подъ обезпеченіе залогомъ недвижимаго имѣнія необходимо облегчить ссудодателю провѣрку заявленія залогодателя, что онъ есть собственникъ закладываемаго имѣнія и что нѣтъ другихъ, кромѣ заявленныхъ имъ ограниченій и обремененій онаго, каковою необходимостью оправдывается неопровержимая въ отношеніи къ ссудодателю достовѣренность внесеній, значащихся въ вотчинной книгѣ, и ничтожность правъ, не внесенныхъ въ оную, хотя бы первыя относились къ правамъ, на дѣлѣ не существующимъ, а послѣднія несомнѣнно существовали. Точно также, для увеличенія кредитной силы имѣнія необходима

прочность и легкость перехода права собственности на имѣніе по договорнымъ сдѣлкамъ, обусловливаемая, въ свою очередь, такою же достовѣрностью того, что внесено, и ничтожностью невнесеннаго въ вотчинную книгу, по отношенію къ пріобрѣтателю имѣнія. Въ этихъ размѣрахъ допускаемая безповоротность правъ, пріобрѣтаемыхъ по вотчинной книгѣ, не только необходима, но вмѣстѣ съ тѣмъ относительно справедлива. Она объясняется тѣмъ, что при добровольномъ залогѣ самое заключеніе сдѣлки, изъ коей возникаютъ долговыя отношенія, обусловлено залогомъ имѣнія. Кредиторъ вступаетъ въ эту сдѣлку съ должникомъ лишь потому, что рассчитываетъ на данныя вотчинной книги и на прямое заявленіе должника о принадлежности ему имѣнія. Отъ того и справедливо, чтобы кредиторъ, вступившій въ сдѣлку, полагаясь на внесенія, значащіяся въ вотчинной книгѣ, ограждался закономъ отъ невыгодныхъ для него послѣдствій уничтоженія внесеннаго залога, или признанія правъ невнесенныхъ. Если бы не достовѣрность внесенія, онъ или не вступилъ бы въ сдѣлку, или употребилъ бы другія мѣры провѣрки заявленія собственника. Ни то, ни другое соображеніе не примѣнимо къ принудительному залогу. Лицо, обезпечивающее ипотекою принадлежащее ему долгое требованіе на основаніи судебного рѣшенія, вступило въ отношеніе, изъ коего требованіе возникло, на основаніи личнаго довѣрія къ должнику, и, слѣдовательно, независимо отъ содержанія вотчинной книги. Оно не полагалось на это содержаніе въ моментъ возникновенія своего требованія, не рассчитывало въ то время на достовѣрность вотчинной книги, не выговорило себѣ вотчиннаго обезпеченія при самомъ возникновеніи сдѣлки и этимъ какъ-бы изъявило согласіе довольствоваться для удовлетворенія своего требованія тѣмъ имуществомъ, которое будетъ принадлежать должнику въ моментъ обращенія взысканія. Оно не имѣло передъ собою, какъ при добровольномъ залогѣ, прямого заявленія должника, что данное имѣніе принадлежитъ ему, но, наоборотъ, можетъ быть даже предупреждается должникомъ о непринадлежности ему имѣнія. Принудительный залогъ не имѣетъ ничего общаго съ кредитною сдѣлкою, онъ устанавливается по односто-

ронному заявленію кредитора и составляет обезпеченіе взысканія, а не обезпеченіе возникающаго лишь или отсрочиваемаго и вообще не подлежащаго еще взысканію долговаго требованія. А такъ какъ, по общему правилу, взысканіе можетъ быть обращено только на имущество, принадлежащее должнику (сравн., напр. 1 п. 1180 ст. уст. гражд. суд.), то очевидно, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда доказано, что вотчинное право, записанное по вотчинной книгѣ за должникомъ, въ самомъ дѣлѣ не принадлежало уже ему или было погашено во время обремененія сего права принудительнымъ залогомъ, такой залогъ долженъ подлежать отмѣнѣ, ибо было бы противно общимъ интересамъ справедливости подвергать дѣйствительнаго собственника отвѣтственности за чужой долгъ, возникшій безъ всякаго участія съ его стороны.

Правильность этого вывода подтверждается еще и тѣмъ, что внесенный въ книгу мнимый собственникъ, не считая имѣніе своимъ и дѣйствуя добросовѣстно, не установитъ добровольнаго залога, а между тѣмъ его личный кредиторъ можетъ установить въ свою пользу принудительный залогъ вопреки волѣ этого собственника, и даже не смотря на заявленія его о томъ, что имѣніе принадлежитъ, въ дѣйствительности, другому лицу, такъ какъ подобное заявленіе не можетъ быть почитаемо для кредитора достовѣрнымъ. Послѣдній, дѣйствуя при этихъ условіяхъ, не былъ бы признанъ недобросовѣстнымъ и воспользовался бы защитой закона, которая, въ сущности, покрывала бы собою очевидное злоупотребленіе началами, на которыхъ построена ипотечная система.

То соображеніе, что принудительный залогъ, отсрочивая публичную продажу имѣнія, является весьма выгоднымъ для должника и что, поэтому, слѣдуетъ, по возможности, оградить право кредитора, дающаго должнику такую льготу, не оправдываетъ распространенія начала безповоротности на принудительный залогъ, ибо, кромѣ интересовъ должника, здѣсь необходимо принять во вниманіе также интересы дѣйствительныхъ, но не внесенныхъ собственниковъ имѣній, которые, чрезъ признаніе принудительнаго залога безповоротнымъ, лишены будутъ права регресса относительно кредиторовъ мни-

маго собственника, неправильно получившихъ удовлетвореніе изъ чужаго имѣнія и такимъ образомъ, вопреки справедливости, обязаны будутъ нести отвѣтственность за претензіи упомянутыхъ кредиторовъ.

Нельзя упускать изъ виду и того обстоятельства, что публичная продажа имѣнія является, по существу своему, мѣрою болѣе рѣшительною, чѣмъ установленіе принудительнаго залога. Послѣдній призванъ лишь къ тому, чтобы предотвратить или отсрочить эту продажу. Но такъ какъ, согласно правиламъ проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, пока производство продажи окончательно не завершилось, пока имѣніе не переписано по вотчинной книгѣ за пріобрѣтателемъ его съ публичнаго торга, производство это въ случаѣ, когда оно направлено противъ имѣнія, оказавшагося непринадлежащимъ должнику, прекращается и дѣйствительный собственникъ вступаетъ въ свои права, принадлежащія ему по тому имѣнію ⁽¹⁾, то было бы непослѣдовательно признать того же собственника отвѣтственнымъ по принудительному залогу, установленному противъ его противника, т. е. должника, ибо тогда выходило бы, что принудительный залогъ давалъ бы, при одинаковыхъ обстоятельствахъ, кредитору больше правъ, нежели начавшееся производство по публичной продажѣ.

Что же касается до высказаннаго въ мнѣніи меньшинства опасенія, будто бы непримѣненіе начала безповоротности къ принудительному залогу причинить ущербъ казнѣ въ отношеніи обезпеченныхъ этимъ залогомъ податей, пошлинъ, сборовъ, начетовъ и другихъ суммъ, а также лежащихъ на имѣніи недоимокъ, то нельзя не замѣтить, что во 1-хъ, за недоимки по лежащимъ на имѣніи налогамъ отвѣтствуетъ имѣніе, и эта отвѣтственность обусловливается свойствомъ долга и не зависитъ отъ того, представляется ли владѣлецъ имѣнія или записанное въ вотчинную книгу лицо дѣйствительнымъ собственникомъ, почему для этихъ недоимокъ совершенно безразлично, будетъ или не будетъ распространяться безповорот-

(1) См. ст. 24—26 означеннаго проекта, а также изложенныя въ предпослѣдней редакціи этого проекта общія объясненія къ нему, § III, на стр. 12 и слѣд.

ность на принудительный залогъ, внесенный въ вотчинную книгу для обезпеченія ихъ и во 2-хъ, вообще нельзя назвать ущербомъ для казны невозможность обратитъ взысканіе на опредѣленное имѣніе вслѣдствіе принадлежности его не должнику, а другому лицу, такъ какъ казна имѣетъ право взыскивать только съ имущества должника, если другое лицо не изъявило согласія на обезпеченіе своимъ имѣніемъ требованій казны.

Наконецъ, устраненіе начала безповоротности въ отношеніи къ принудительному залогу нисколько не нарушитъ стройности проекта вотчиннаго устава, а лишь ограничитъ примѣненіе этого начала однимъ добровольнымъ залогомъ, какъ это, впрочемъ, и было предположено въ ст. 133 проекта объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество, представленномъ министромъ юстиціи на разсмотрѣніе государственнаго совѣта. Интересы должника отъ такого ограниченія нисколько не пострадаютъ, ибо отъ него всегда будетъ зависѣть установить въ пользу кредитора добровольный залогъ, подчиненный дѣйствию начала безповоротности, и тѣмъ самымъ достигнуть желательной отсрочки публичной продажи имѣнія.

Руководствуясь изложенными соображеніями большинство членовъ редакціонной комиссіи пришло къ убѣжденію о необходимости отступить въ данномъ случаѣ отъ ст. 14 преподаваемыхъ государственнымъ совѣтомъ главныхъ основаній, тѣмъ болѣе, что статья эта не говоритъ прямо о принудительномъ залогѣ, а объ охранительныхъ отмѣткахъ, и ввести въ проектъ вотчиннаго устава правило, ограничивающее дѣйствіе начала безповоротности въ примѣненіи къ принудительному залогу. Согласно этому мнѣнію большинства и проектирована настоящая статья.

ОТДѢЛЕНІЕ 4.

О старшинствѣ залоговыхъ правъ.

59. Старшинство залоговыхъ правъ на одномъ и томъ же имѣніи опредѣляется днемъ ихъ внесенія въ вотчинную книгу, независимо отъ того, будетъ ли залогъ

говое право внесено въ видѣ записи или отмѣтки, обращенной впослѣдствіи въ записъ.

Старшинство залоговыхъ правъ, внесенныхъ въ одинъ и тотъ же день, опредѣляется послѣдовательностью ихъ внесенія, если въ вотчинной книгѣ не оговорено, что они имѣютъ равное старшинство.

Ст. 6, 10, 12 и 18 главн. основ.

Ст. 129 проекта мин. юст.

Ст. 12 и 51 польск. уст. 1818 г.

Ст. 29 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 453 австр. гр. улож.

Ст. 23, 43, 59 и 60 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 19 и 54 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 17 и 34 прусск. зак. о приобр. права собств. 1872 г.

Ст. 434 сакс. гр. улож.

Ст. 2134 франц. гр. улож.

Ст. 2007 итал. гр. улож.

Ст. 81 бельг. ипотечн. закона.

Ст. 840 проекта общегерм. гр. улож.

I. Начало старшинства залоговыхъ правъ на одномъ и томъ же имѣніи вытекаетъ, какъ извѣстно, изъ вотчиннаго характера залога ⁽¹⁾. Значеніе всякаго вотчиннаго права, какъ такового, заключается въ томъ, что оно устанавливаетъ непосредственное правовое господство надъ вещью, а слѣдовательно и исключаетъ всякое другое правовое господство надъ тою же вещью, насколько послѣднее оказывается съ нимъ несовмѣстимымъ. Отсюда слѣдуетъ, что позднѣйшее обремененіе имѣнія залогомъ не можетъ съузить объема залоговыхъ правъ, приобретенныхъ по тому же имѣнію раньше, или другими словами, что залоговые права, установленныя на одномъ и томъ же имѣніи, *удовлетворяются* не по соразмѣрности, а въ порядкѣ постепенности, соотвѣтствующемъ времени установленія каждаго изъ нихъ.

I. Значеніе начала старшинства залоговыхъ правъ и ближайшія послѣдствія, изъ него вытекающія.

И такъ, начало старшинства между залоговыми правами проявляетъ свою силу и дѣйствіе собственно по отношенію къ вопросу объ удовлетвореніи, т. е. къ вопросу о распредѣленіи суммы, вырученной изъ продажи обремененнаго ими имѣнія. Если суммы

⁽¹⁾ См. общія объясненія къ настоящей главѣ проекта, отд. IV, § 2, стр. 147 и слѣд.

этой достаточно на покрытіе всѣхъ упомянутыхъ правъ, то присвоенное каждому изъ нихъ старшинство остается безъ всякихъ послѣдствій. Только тогда, когда означенной суммы нехватаетъ, наступаетъ настоящее столкновение между означенными правами, которое, благодаря началу старшинства, разрѣшается въ пользу старшаго права на счетъ младшаго. Въ же вопроса объ удовлетвореніи, начало это никакого вліянія на объемъ и значеніе конкурирующихъ между собою правъ не имѣетъ. Каждое изъ этихъ правъ представляется, въ существѣ своемъ, вполне одинаковымъ, юридически полнымъ, каждое даетъ своему обладателю всѣ права, изъ залога вытекающія, въ томъ числѣ и право требовать удовлетворенія изъ заложенного имѣнія посредствомъ публичной продажи оного (ст. 43 и 95 проекта), осуществляется, слѣдовательно, совершенно независимо отъ того, существуютъ ли лучшія залоговыя права, или не существуютъ. Такимъ образомъ, по вполне правильному опредѣленію Экснера ⁽¹⁾, «старшинство каждого отдѣльнаго залоговаго права есть вещно-правовое отношеніе его ко всѣмъ другимъ вотчиннымъ правамъ, установленнымъ на томъ же объектѣ, отношеніе, въ силу коего право это, съ одной стороны, должно уступить, въ случаѣ столкновения, предъ всѣми правами, ему предшествующими, и съ другой можетъ подлежать удовлетворенію не смотря на права, ниже его стоящія».

Понимая въ этомъ именно смыслъ, вполне согласно съ большинствомъ западно-европейскихъ законодательствъ, рассматриваемое начало старшинства, проектъ расходится въ данномъ отношеніи съ римскимъ правомъ, по которому младшій кредиторъ имѣлъ такъ называемое *jus distrahendi*, право продажи заложенного имѣнія, лишь насколько тому не мѣшало то же право старшаго кредитора. Предварительно осуществленія своего права залога посредствомъ продажи заложенного имѣнія, младшій кредиторъ долженъ былъ розыскать кредиторовъ, требованія коихъ пользовались старшинствомъ, и устранить эти требованія; въ про-

⁽¹⁾ d. Oesterreichische Hypothekenrecht, стр. 517.

тивномъ случаѣ, продажа признавалась недѣйствительною. Такой порядокъ, въ высшей степени вредный для интересовъ поземельнаго кредита, представляется совершенно ненужнымъ въ системѣ законодательства, основанной на гласныхъ вотчинныхъ книгахъ, такъ какъ система эта даетъ полную возможность разобратся въ правахъ, которыя должны пользоваться преимуществомъ предъ правомъ даннаго взыскателя, не прибѣгая ни къ какимъ либо розыскамъ или справкамъ, кромѣ справки по подлежащей вотчинной книгѣ, ни къ колебаніямъ правъ лица, приобрѣвшаго имѣніе съ публичнаго торга. Единственное ограниченіе, которому вышеупомянутое *jus distrahendi* можетъ и должно быть подвергнуто, заключается въ томъ, что осуществленіемъ его не должны быть нарушены старшія права, или другими словами, что только такая публичная продажа имѣнія можетъ быть допущена, предложенная цѣна на которой покрываетъ сумму всѣхъ требованій, пользующихся старшинствомъ предъ требованіемъ взыскателя. Иначе продажа эта не достигла бы своей цѣли, направленной къ удовлетворенію этого требованія; она наносила бы вредъ старшимъ кредиторамъ безъ всякой пользы для младшаго. Ограниченіе это обуславливается впрочемъ самимъ существомъ начала старшинства. Младшій залогъ, именно потому, что онъ младшій, не можетъ при осуществленіи своемъ уменьшить права, пользующіяся предъ нимъ старшинствомъ. Касаясь вопроса о суммѣ, за которое имѣніе можетъ быть отчуждено при публичной продажѣ, ограниченіе, о коемъ идетъ рѣчь, относится впрочемъ къ правиламъ, опредѣляющимъ порядокъ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, почему и ближайшее опредѣленіе этого ограниченія нашло себѣ мѣсто въ проектѣ этихъ правилъ ⁽¹⁾.

Изъ указаннаго значенія начала старшинства понятно само собою, что имъ затрогиваются весьма существенные интересы вотчинныхъ кредиторовъ. Такъ какъ признаніе старшинства за даннымъ залоговымъ требованіемъ можетъ отразиться, въ отношеніи вопроса объ удовлетвореніи, на судьбѣ

⁽¹⁾ См. стр. 156 означеннаго проекта, а также изложенныя въ предпоследней редакціи его общія объясненія (§ XI, стр. 49—53).

младшихъ залоговыхъ требованій, то обладателямъ послѣднихъ принадлежитъ несомнѣнное право оспаривать это старшинство во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда они находятъ его, по тѣмъ или инымъ законнымъ основаніямъ, присвоеннымъ неправильно. То же слѣдуетъ сказать и въ отношеніи права оспаривать не одно лишь старшинство даннаго залоговаго требованія, но даже самую дѣйствительность сего послѣдняго, или его объемъ. И это право должно быть несомнѣнно признано за всякимъ младшимъ вотчиннымъ кредиторомъ, на сколько удовлетвореніе старшаго залоговаго права можетъ оказать вредное вліяніе на уменьшеніе удовлетворенія младшаго. Означенное право принадлежитъ, слѣдовательно, младшему вотчинному кредитору какъ таковому, выполнѣ независимо отъ права собственника оспаривать дѣйствительность и объемъ *всякаго* залоговаго требованія, обременяющаго его имѣніе. Младшій вотчинный кредиторъ можетъ оспаривать всякое старшее залоговое требованіе, нарушающее его интересы, какъ установленное фиктивно, какъ погашенное платежемъ выполнѣ или въ части и по другимъ тому подобнымъ основаніямъ, даже если бы собственникъ признавалъ это требованіе дѣйствительнымъ. Онъ вправѣ это сдѣлать именно благодаря тому относительному характеру, который признается проектомъ вотчиннаго устава за началомъ старшинства и объясненъ выше ⁽¹⁾, благодаря именно тому, что старшинство проявляетъ свою силу лишь настолько, насколько на данномъ имѣніи существуютъ еще лучшія вотчинныя права третьихъ лицъ. Съ уничтоженіемъ этихъ правъ, съ прекращеніемъ старшаго залога, младшіе залоги поднимаются впередъ. Только дѣйствіе начала безповоротности, возмездный переходъ даннаго старшаго залоговаго требованія къ другому лицу, дѣйствовавшему добросовѣстно, т. е. помимо знанія о присущихъ требованію матеріальныхъ недостаткахъ (ст. 14 и 15 проекта), можетъ воспрепятствовать младшему вотчинному кредитору оспаривать это требованіе. Засимъ, понятно также, что въ противоположность праву собственника оспаривать данный залогъ, которое можетъ

⁽¹⁾ Стр. 149 и слѣд.

быть осуществлено во всякое время съ момента, когда залогъ этотъ внесенъ въ вотчинную книгу, младшій вотчинный кредиторъ вправѣ заявить споръ противъ старшаго залога *только послѣ продажи обремененнаго имѣнія*. Только результатами этой продажи, величиною вырученной за оное суммы, можетъ опредѣлиться, насколько залогъ этотъ мѣшаетъ удовлетворенію требованія младшаго вотчиннаго кредитора, насколько онъ нарушаетъ право сего послѣдняго. Кромѣ того, заявленный ранѣе, споръ этотъ могъ бы оказаться и совершенно безцѣльнымъ, такъ какъ результатомъ его явилось бы погашеніе старшаго залога въ вотчинной книгѣ, дающее собственнику право распорядиться старшинствомъ этого залога въ пользу какого либо новаго залога (ст. 107 проекта).

Все сказанное составляетъ логическое послѣдствіе начала старшинства, необходимо вытекаетъ изъ послѣдняго, и потому подразумѣвается само собою, хотя и не оговорено прямо въ настоящей статьѣ.

II. Обусловливаясь вотчиннымъ характеромъ залога, тѣмъ обстоятельствомъ, что новый залогъ не можетъ повредить залoгу, установленному раньше, начало старшинства конкурирующихъ между собою залоговыхъ правъ регулируется, очевидно, принципомъ «prior tempore—potior jure», т. е. временемъ установленія этихъ правъ. Такъ какъ установленіе залога находится, въ свою очередь, въ системѣ законодательства, построенной на институтѣ гласныхъ вотчинныхъ книгъ, въ зависимости отъ формальнаго акта внесенія, то очевидно, что начало старшинства, при введеніи настоящей реформы, можетъ быть поставлено въ непосредственную связь ни съ чѣмъ другимъ, кромѣ упомянутаго акта внесенія. Благодаря такой связи, гласность вотчинныхъ книгъ окажется удобнѣйшимъ средствомъ къ распознаванію для всякаго заинтересованнаго лица не только числа и суммы долговъ, обременяющихъ каждое данное имѣніе, но и взаимнаго соотношенія этихъ долговъ между собою.

II дѣйствительно, только въ гласности вотчинныхъ книгъ начало старшинства можетъ пріобрѣсти тотъ твердый, вполне надежный критерій, при посредствѣ коего третьимъ лицамъ и

II. Необходимость подчинить это начало началу гласности вотчинныхъ книгъ.

суду всего легче будетъ разобраться, когда имъ придется рѣшать вопросы, возникающіе по поводу этого начала. Изъ числа разныхъ законодательныхъ системъ болѣе совершенной въ разсматриваемомъ отношеніи можетъ быть, безъ всякаго сомнѣнія, признана лишь та, по которой понятія *лучшаго* (въ смыслѣ старшинства) и *старѣйшаго* права совпадаютъ, представляются тождественными и служатъ, въ соединеніи съ гласностью, *единственнымъ* критеріемъ по отношенію къ разсматриваемому началу. Лучшій примѣръ тому, какъ вредно для интересовъ поземельнаго кредита отсутствіе подобнаго твердаго и вмѣстѣ съ тѣмъ единственнаго критерія, представляетъ римское право. Исходною точкою при опредѣленіи старшинства по этому праву служило собственно не понятіе залога, какъ это слѣдовало бы по самому существу дѣла, а наличность иска въ каждомъ данномъ случаѣ, вслѣдствіе чего старшинство это было различно, смотря по свойству всякаго даннаго требованія, залогомъ обезпеченнаго, смотря по тому, представлялось ли требованіе срочнымъ или условнымъ, или же имѣющимъ возникнуть въ будущемъ ⁽¹⁾. Кромѣ того, въ Римѣ существовала масса тайныхъ и привилегированныхъ ипотекъ, генеральныхъ и спеціальныхъ, вызвавшихъ множество законовъ и императорскихъ постановленій, которыя съ цѣлью пополненія недостатковъ прежняго законодательства вводили новыя привилегированныя ипотеки и тѣмъ самымъ запутывали еще болѣе крайнюю неопредѣленность, существовавшую по разсматриваемому вопросу. Поэтому то, вопросъ о порядкѣ удовлетворенія ипотечныхъ кредиторовъ по римскому законодательству представлялся для римскихъ юристовъ настоящимъ камнемъ преткновенія.

Настоящій проектъ вводитъ, какъ извѣстно уже ⁽²⁾, лишь малое число привилегированныхъ долговъ незначительныхъ по суммѣ. Для всѣхъ же залоговыхъ правъ ст. 59 устанавливаетъ одинъ и тотъ же критерій, одинаково примѣняющійся ко всѣмъ случаямъ ихъ установленія, и, слѣдовательно,

⁽¹⁾ *Regelsberger, Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte* (Erlangen, 1859); *Windscheid. в. п. с., стр. 787 и слѣд.*

⁽²⁾ См. объясненія къ ст. 44, стр. 320 и слѣд.

вполнѣ независимый отъ того, представляется ли требованіе, обезпечиваемое залогомъ, срочнымъ, условнымъ или будущимъ, что служитъ правооснованіемъ залога—договоръ, завѣщаніе или судебное рѣшеніе, либо распоряженіе правительственнаго установленія, когда возникло то или другое правооснованіе и наконецъ, кѣмъ собственно эти права установлены: однимъ и тѣмъ же собственникомъ, или нѣсколькими лицами, послѣдовательно, одинъ послѣ другаго, распоряжавшимися имѣніемъ на правѣ собственности.

III. Опредѣленіе со стороны положительнаго закона той связи, въ которую начало старшинства должно быть поставлено съ институтомъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ, мыслимо въ троякомъ видѣ.

III. Три системы
таковаго подчиненія.

Установленіе упомянутой связи возможно, во первыхъ, такимъ образомъ, чтобы старшинство конкурирующихъ между собою залоговыхъ правъ зависѣло отъ времени заявленія вотчинному установленію просьбы о внесеніи. Въ пользу этой системы говоритъ, повидимому, то соображеніе, что при ней всего рѣзче и рельефнѣе отдается предпочтеніе заботливости частныхъ лицъ объ охраненіи ихъ правъ, и создается гарантія противъ вліянія всевозможныхъ случайностей при вотчинномъ дѣлопроизводствѣ (каковы, напримѣръ, болѣзнь начальника вотчиннаго установленія, стеченіе многихъ просителей и т. п.), могущихъ отразиться невыгодно на *своевременномъ*, въ порядкѣ постепенности заявленія этихъ просьбъ, разсмотрѣніи ихъ, и исполненіи состоявшихся по нимъ постановленій посредствомъ внесенія подлежащихъ статей въ вотчинную книгу. Такова система проекта объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество, внесеннаго въ 1874 году министромъ юстиціи на разсмотрѣніе государственнаго совѣта (ст. 129 этого проекта).

Другая система та, по которой старшинство опредѣляется порядкомъ подлежащихъ статей, въ какомъ онѣ внесены въ вотчинной книгѣ. Она исходитъ изъ того положенія, что права, относящіяся къ одному и тому же имѣнію, вносятся въ открытую по оному вотчинную книгу въ видѣ статей, слѣдующихъ одна за другою безъ всякаго промежутка, почему и право,

предшествующее другому, было внесено ранѣе послѣдняго и представляется, слѣдовательно, по необходимости старшимъ въ сравненіи съ нимъ. Система эта принята въ прусскомъ законѣ 1872 года (ст. 17 и 34) и всѣхъ тѣхъ ипотечныхъ законодательствахъ, для которыхъ законъ этотъ послужилъ образцомъ, въ саксонскомъ гражданскомъ уложеніи (ст. 434, 518, 519, 528 и 529), въ мекленбургскихъ ипотечныхъ законахъ (ст. 32 устава для сельскихъ и ст. 20 устава для городскихъ имѣній) и др.

Наконецъ, третья система, это та, по которой старшинство залоговыхъ правъ, установленныхъ на одномъ и томъ же имѣніи, опредѣляется не *мѣстомъ*, занимаемымъ каждымъ изъ нихъ въ вотчинной книгѣ, а *временемъ внесенія* въ эту книгу. Системѣ этой слѣдуютъ между прочимъ: баварскій (ст. 59) и вюртембергскій (ст. 96) ипотечные законы, проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 840) и преподаанныя государственнымъ совѣтомъ главныя основанія предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество (ст. 6).

Недостатки первой изъ приведенныхъ системъ указаны въ неоднократно приведенномъ уже выше журналѣ засѣданій соединенныхъ департаментовъ государственнаго совѣта, за № 36. «Хотя послѣдовательность вносимыхъ въ крѣпостную книгу статей и отмѣтокъ, сказано въ этомъ журналѣ ⁽¹⁾, должна, въ свою очередь, обуславливаться хронологическимъ порядкомъ, въ которомъ поступаютъ въ крѣпостное отдѣленіе заявленія о правахъ, но точное соблюденіе сего имѣетъ значеніе обязанности, относящейся всецѣло до внутренняго дѣлопроизводства означеннаго отдѣленія. Исполненіе ея ускользаетъ отъ контроля публики. При томъ, по основнымъ началамъ ипотечной системы, содержащіяся въ крѣпостной книгѣ свѣдѣнія сохраняютъ характеръ юридической достовѣрности до тѣхъ поръ, пока не состоится отмѣтка объ уничтоженіи или исправленіи оныхъ. При такомъ условіи частныя лица, руководствующіяся книгою, очевидно не должны нести на себѣ послѣдствій тѣхъ неисправностей или погрѣшностей, которыя могутъ быть допущены при веденіи ея подлежащимъ установленіемъ».

(1) Стр. 14.

Если вторая система кладетъ въ основу свою непосредственно вотчинную книгу, и имѣетъ въ этомъ отношеніи преимущество предъ первою, то тѣмъ не менѣе и она страдаетъ тѣмъ же недостаткомъ, который указанъ въ вышеприведенной выпискѣ изъ журнала государственнаго совѣта, и вытекаетъ изъ предположенія о томъ, что хронологическій порядокъ, въ которомъ поступаютъ въ вотчинное установленіе просьбы о внесеніяхъ, и порядокъ, въ которомъ совершаются самыя внесенія въ подлежащей вотчинной книгѣ, вполне совпадаютъ другъ съ другомъ. Конечно, при соотвѣтствующей организаціи вотчиннаго дѣлопроизводства, при установленіи правилъ этого дѣлопроизводства, направленныхъ къ тому, чтобы оба эти порядка не уклонялись одинъ отъ другаго, цѣль эта обыкновенно и достигалась бы. Тѣмъ не менѣе, и при этомъ условіи упомянутыя уклоненія весьма возможны. Законодательству, рѣшившемуся принять рассматриваемую систему, пришлось бы предвидѣть возможность этихъ уклоненій и устанавливать ихъ послѣдствія. Независимо отъ сего, система эта страдаетъ еще и тѣмъ недостаткомъ, что не можетъ быть выдержана въ примѣненіи къ опредѣленію взаимнаго соотношенія правъ, вносимыхъ въ разныя отдѣлы вотчинной книги, такъ какъ о послѣдовательности порядка, въ какомъ статьи объ этихъ правахъ занимаютъ мѣсто въ означенной книгѣ, не можетъ быть рѣчи. Поэтому-то, законодательства, придерживающіяся настоящей системы, какъ, напримѣръ, прусское, оказываются вынужденными покинуть, въ примѣненіи къ старшинству правъ разныхъ отдѣловъ вотчинной книги, принципъ мѣста и замѣняютъ его началомъ времени внесенія (ст. 36 прусскаго закона о пріобр. права собственности etc. 1872 г.).

IV. На основаніи всѣхъ этихъ соображеній, настоящій проектъ, согласно съ главными основаніями, примыкаетъ постановленіями своимъ къ третьей изъ вышеприведенныхъ системъ, по которой старшинство залоговыхъ правъ опредѣляется временемъ внесенія. Такъ какъ время исчисляется годомъ, мѣсяцемъ и днемъ, или числомъ, то статья 59 проекта и постановляетъ, что старшинство залоговыхъ правъ на одномъ и томъ же имѣніи опредѣляется *днемъ* ихъ внесенія въ вотчинную

IV. Точка зрѣнія проекта вотч. устава по вопросу о способѣ этого подчиненія.

книгу, причемъ слово «день» имѣетъ здѣсь значеніе календарнаго времени (datum, date). По этой системѣ, какъ она предполагается проектомъ, всѣ статьи о залогѣ вносятся въ вотчинную книгу непосредственно одна за другою въ той постепенности, въ которой поступили просьбы объ ихъ внесеніи или совершены акты, служащіе правооснованіемъ внесеній (ибо согласно ст. 211 проекта, въ случаѣ совершенія такого акта въ вотчинномъ установленіи, не требуется еще заявленія просьбы о внесеніи). Точное соблюденіе указаннаго порядка производства внесеній гарантируется правилами о томъ, что какъ постановленія начальника вотчиннаго установленія о внесеніи статей, такъ и самое ихъ внесеніе должно соответствовать порядку номеровъ, въ которомъ отмѣчены въ вотчинномъ реестрѣ упомянутыя просьбы и совершенные въ вотчинномъ установленіи акты (ст. 131, 219, 221), при чемъ каждая статья должна содержать въ себѣ указаніе на отвѣчающій ей номеръ вотчиннаго реестра, а также на годъ, мѣсяцъ и число ея внесенія (ст. 133). Указанія эти, получая, благодаря именно включенію ихъ въ каждую подлежащую статью вотчинной книги, значеніе составныхъ частей этой статьи, теряютъ характеръ свѣдѣній, относящихся къ внутреннему дѣлопроизводству вотчинныхъ установленій, но, напротивъ того, подчиняются, какъ и все остальное содержаніе всякой статьи, дѣйствию началъ гласности и безповоротности, и пріобрѣтаютъ, поэтому, обязательное значеніе для третьихъ лицъ. Само собою понятно, что въ отношеніи вышеупомянутаго порядка, съ которымъ должно сообразоваться внесеніе статей о залоговыхъ правахъ, имѣютъ значеніе собственно только тѣ просьбы о внесеніи, по которымъ самое внесеніе статьи дѣйствительно состоялось. Согласно одному изъ основныхъ началъ установленнаго проектомъ порядка вотчиннаго дѣлопроизводства, просьба о внесеніи статьи можетъ быть или удовлетворена начальникомъ вотчиннаго установленія или оставлена, вполнѣ или въ части, безъ послѣдствій; пріостановленіе же производства по просьбѣ не допускается (ст. 222). Если бы, поэтому, въ просьбѣ о внесеніи статьи было отказано по несоблюденію просителемъ какихъ либо требованій закона и внесеніе ея послѣдовало на основаніи новой просьбы, удовлетворяющей этимъ требованіямъ,

то старшинство упомянутой статьи должно соответствовать времени подачи и номеру отмѣтки въ вотчинномъ реестрѣ *новой* просьбы, а не первоначальной.—Понятно также, что старшинство каждой статьи, внесенной въ отдѣльныя вотчинныя книги по одному и тому же совокупному залогу, должно быть обсуждаемо вполне самостоятельно и зависеть отъ времени ея внесенія и соотношенія къ другимъ статьямъ, относящимся къ *данному* имѣнію, ибо хотя залогомъ этимъ устанавливается нераздѣльная отвѣтственность нѣсколькихъ имѣній по одному и тому же требованію, тѣмъ не менѣе формальныя условія возникновенія и прекращенія залоговой отвѣтственности каждаго изъ этихъ имѣній, взятой отдѣльно, представляются вполне независимыми отъ такихъ же условій отвѣтственности другихъ имѣній.

V. Опредѣляя старшинство залоговыхъ правъ на одномъ и томъ же имѣніи днемъ ихъ внесенія въ вотчинную книгу, разсматриваемая статья вмѣстѣ съ тѣмъ постановляетъ, что для старшинства даннаго залоговаго права совершенно безразлично, внесено ли оно въ видѣ записи или отмѣтки, обращенной впоследствии въ записъ. Другими словами, старшинство залоговаго права, внесеннаго первоначально въ видѣ отмѣтки, обращенной впоследствии въ записъ, опредѣляется днемъ внесенія не этой послѣдней, а днемъ внесенія отмѣтки. Постановление это вытекаетъ изъ существа отмѣтки, указаннаго въ ст. 11 проекта, изъ того, что отмѣтка, какъ уже неоднократно было замѣчено, представляется на самомъ дѣлѣ условною записью, имѣетъ силу *на случай окончательнаго внесенія даннаго права* и направлена къ тому, чтобы предварительнымъ оглашеніемъ его по вотчинной книгѣ предупредить ущербъ, который праву этому могъ бы быть причиненъ новыми распоряженіями и правами, установленными въ то время, когда означенное право не могло быть еще окончательно внесено. Если бы въ приведенныхъ случаяхъ внесенія залоговыхъ правъ въ видѣ отмѣтокъ, старшинство этихъ правъ опредѣлялось временемъ внесенія не отмѣтокъ, а записей, то и самый институтъ отмѣтокъ былъ бы, очевидно, лишенъ своего практическаго значенія.

V. Внесеніе отмѣтки о залогѣ, какъ моментъ, опредѣляющій его старшинство.

VI. Старшинство залоговыхъ правъ, внесенныхъ въ одинъ и тотъ же день.

VI. Засимъ, оставалось опредѣлить старшинство залоговыхъ правъ, внесенныхъ въ одинъ и тотъ же день. И въ этомъ отношеніи возможны, и дѣйствительно существуютъ, различныя системы. Такъ напримѣръ, по баварскому (ст. 60), французскому (ст. 2134 и 2147) и виртембергскому (ст. 97) законодательствамъ, залоговые права, внесенныя въ одинъ и тотъ же день, пользуются *равнымъ* старшинствомъ. Система эта принимаетъ, слѣдовательно, цѣлый день за единицу исчисления старшинства. По другой системѣ, которой придерживаются, между прочими, австрійское (ст. 81 зак. 1871 г. о вотч. книгахъ) и польское право (ст. 12) и коей слѣдуетъ настоящій проектъ, исчисленіе это подчиняется естественному теченію времени, такъ что старшинство залоговыхъ правъ, внесенныхъ въ одинъ и тотъ же день, опредѣляется *последовательностью* ихъ внесенія, развѣ бы просьбы о внесеніи поступили одновременно. О такомъ одновременномъ поступленіи упомянутыхъ просьбъ должно быть отмѣчено въ вотчинномъ реестрѣ (ст. 219 проекта), причемъ внесенныя по этимъ просьбамъ залоговые права пользуются *равнымъ* старшинствомъ. Соображенія въ пользу предпочтенія этой второй системы передъ первою заключаются въ томъ, что она болѣе отвѣчаетъ значенію внесенія, какъ такому акту, коимъ *окончательно* опредѣляется объемъ cadaго вотчиннаго права въ недвижимомъ имѣніи, а слѣдовательно и отношеніе его къ другимъ правамъ, на томъ же имѣніи установленнымъ. Если бы со внесеніемъ даннаго залоговаго права не опредѣлилось вполнѣ и то старшинство, которое должно ему принадлежать, то вотчинный кредиторъ могъ бы составить себѣ надлежащее представленіе о пріобрѣтенномъ имъ правѣ развѣ только послѣ окончанія присутствія въ вотчинномъ установленіи. И дѣйствительно, кредиторъ этотъ, какъ показываетъ опытъ странъ, гдѣ залоги, внесенные въ одинъ и тотъ же день, пользуются *равнымъ* старшинствомъ, рѣшается дать деньги по внесенному въ его пользу залогу только на слѣдующій за внесеніемъ день, когда онъ убѣдился, что не послѣдовало внесенія другаго залога, который имѣлъ бы съ его залогомъ равныя права. Вмѣстѣ съ тѣмъ, вотчинныя установленія были бы лишены возможности выдавать заинтересованнымъ лицамъ въ день совершеннаго внесенія вы-

писи, копии, выписки и справки, указанные въ ст. 269—282 проекта вотчиннаго устава, въ коихъ должно быть упомянуто и объ означенномъ внесеніи, или же документы эти лишены были бы надлежащей достовѣрности, такъ какъ въ тотъ же день могли быть совершены еще новыя внесенія, которыя, какъ пользующіяся одинаковымъ съ первымъ старшинствомъ, оказали бы существенное вліяніе на объемъ правъ, изъ внесенія этого вытекающихъ. Хотя въ Баваріи, въ видахъ охраненія силы подобныхъ документовъ, и существуетъ постановленіе о томъ, что выдача ихъ просителямъ можетъ послѣдовать только по окончаніи присутствія (ст. 23 пол. объ ипот. 1822 г.), но непрактичность подобной мѣры едва ли нуждается въ какихъ либо доказательствахъ.

Все сказанное относительно старшинства залоговыхъ правъ, внесенныхъ въ одинъ и тотъ же день, должно получить однакоже силу лишь на тотъ случай, если между заинтересованными сторонами не послѣдовало соглашенія о томъ, чтобы старшинство между данными залоговыми правами опредѣлялось иначе, или же, чтобы между этими правами не существовало никакого старшинства, т. е. другими словами, чтобы они пользовались *равнымъ старшинствомъ*. Но такъ какъ соглашеніе это вліяетъ на вещно-правовое соотношеніе этихъ правъ между собою, то оно должно быть оглашено въ вотчинной книгѣ, ибо только при этомъ условіи можетъ быть устранено въ отношеніи третьихъ лицъ законное предположеніе о старшинствѣ, основанномъ на послѣдовательности внесенія каждаго изъ нихъ. На этихъ соображеніяхъ и основаны заключительныя слова настоящей статьи: «если въ вотчинной книгѣ не оговорено, что они (залоговыя права) имѣютъ иное старшинство». Въ частности, что касается матеріальнаго значенія «равнаго старшинства», то оно очевидно состоитъ въ томъ, что пользующіяся имъ залоговыя права удовлетворяются по соразмѣрности, т. е. въ пропорціи, соотвѣтствующей суммѣ каждаго изъ нихъ (*pro rata parte*) изъ остатка, образовавшагося послѣ удовлетворенія предшествующихъ имъ, въ порядкѣ старшинства, залоговыхъ правъ ⁽¹⁾.

Возможность измѣненія этого старшинства путемъ соглашения.

⁽¹⁾ См. ст. 204 проекта полож. о порядкѣ взыск. съ недв. имѣній.

60. Одинаковымъ съ капитальною суммою старшинствомъ пользуются: 1) проценты за послѣдніе два года, если по вотчинной книгѣ вообще значатся проценты, и 2) издержки взысканія (ст. 74). Просроченные проценты за болѣе отдаленный срокъ, внесенные съ согласія собственника имѣнія или по постановленію суда особою статьею, пользуются старшинствомъ со времени внесенія этой статьи.

Ст. 79 пол. 1868 г. для Нейфорн. и остр. Рюгена.

Ст. 2010 ит. гр. улож.

На основаніи ст. 74 проекта, залоговая отвѣтственность имѣнія распространяется не только на капитальную сумму требованія, но и на то, что подходитъ подъ понятіе законной его принадлежности. Такими принадлежностями всякаго залоговаго требованія означенная статья признаетъ, по соображеніямъ, подробно подъ нею указаннымъ: во 1-хъ, проценты, если они значатся вообще по вотчинной книгѣ, наросшіе за послѣдніе два года, и во 2-хъ, понесенныя вотчиннымъ кредиторомъ при взысканіи судебныя издержки, въ размѣрѣ не свыше пяти процентовъ съ капитальной суммы требованія, развѣ бы въ вотчинной книгѣ былъ установленъ иной размѣръ издержекъ. Приведенная статья имѣетъ въ виду всякое залоговое право, *взятое само по себѣ*. Она опредѣляетъ объемъ этого права съ точки зрѣнія обезпечиваемаго имъ требованія; отвѣчаетъ на вопросъ, что именно въ каждомъ данномъ случаѣ должно почитаться обезпеченнымъ залогомъ. Сила ея проявляется совершенно безразлично, придется ли данному залоговому праву конкурировать съ другими залоговыми правами, установленными на томъ же имѣніи, или право это окажется *единственнымъ* залоговымъ обремененіемъ имѣнія, конкурирующимъ съ другими, кромѣ залога, вотчинными правами, или съ личными долгами собственника имѣнія. Въ обоихъ указанныхъ случаяхъ, т. е. примѣнительно къ той или другой конкуренціи, должно имѣть рѣшающее значеніе одно и то же начало, такъ какъ все то, за чѣмъ проектъ признаетъ залоговое значеніе, чему онъ

придаетъ вотчинный характеръ (т. е. капитальная сумма требованія, а также проценты и судебныя издержки въ указанныхъ ст. 74 условіяхъ и размѣрѣ), не можетъ не проявляться одинаково какъ по отношенію къ нижеслѣдующимъ залогамъ, такъ и другимъ правамъ, позднѣе установленнымъ на данномъ имѣніи, или личнымъ требованіямъ. Отсюда очевидно, что объемъ всякаго даннаго залоговаго права не можетъ не опредѣляться и старшинство его передъ другими залоговыми правами, или другими словами, что объемъ этотъ и то, на что должно распространяться старшинство, не могутъ не совпадать другъ съ другомъ. Въ виду однакоже существенной практической важности вопроса о старшинствѣ залоговыхъ правъ, установленныхъ на одномъ и томъ же имѣніи, и во избѣжаніе возможныхъ въ будущемъ недоразумѣній по этому вопросу, проектъ считаетъ нужнымъ помѣстить въ числѣ правилъ о старшинствѣ и правило настоящей статьи, опредѣляющее, на что именно старшинство распространяется.

Такъ какъ залоговымъ обезпеченіемъ пользуются лишь проценты, выросшіе за послѣдніе два года, то очевидно, что проценты, просроченные за время, превышающее двухлѣтній срокъ, должны получить значеніе личнаго долга собственника имѣнія и въ качествѣ такого долга подлежатъ удовлетворенію, въ случаѣ публичной продажи имѣнія, по соразмѣрности съ другими личными долгами. Предупредить такія невыгодныя послѣдствія просрочки заинтересованныя лица могутъ лишь посредствомъ самостоятельнаго отъ главнаго требованія обезпеченія залогомъ просроченныхъ процентовъ. Возможность эта вытекаетъ сама собою изъ правила ст. 50 настоящаго проекта, по которой добровольный залогъ можетъ быть установленъ въ обезпеченіе всякаго денежнаго требованія, изъ какого бы источника оно не возникало. Конечно, подобное обезпеченіе, какъ имѣющее мѣсто послѣ внесенія главнаго залоговаго требованія, возможно только въ видѣ особой отъ послѣдняго статьи. Съ матеріальной точки зрѣнія проценты эти, не смотря на указанное обезпеченіе ихъ отдѣльною статьею, не перестанутъ почитаться принадлежностью упомянутаго требованія, раздѣляющею судьбу сего послѣд-

няго въ отношеніи своей юридической силы. Поэтому, на-
примѣръ, въ случаѣ признанія этого требованія недѣйстви-
тельнымъ и погашенія его по сей причинѣ въ вотчинной
книгѣ, погашенію въ ней будетъ подлежать также, насколько
это, впрочемъ, не угрожаетъ интересамъ третьихъ при-
обрѣтателей даннаго залоговаго требованія на проценты, и
статья объ этихъ процентахъ. Статья эта должна быть раз-
сматриваема въ видѣ устанавливающей самостоятельный отъ
главнаго требованія залогъ исключительно только по отноше-
нію къ вопросу о старшинствѣ, опредѣляемому, на общемъ
основаніи, временемъ внесенія залога въ вотчинную книгу.
Въ виду изложенныхъ соображеній, ст. 60 проекта и
постановляетъ, что рассматриваемые проценты вносятся осо-
бою статьею и пользуются старшинствомъ со времени внесе-
нія этой статьи.

Нѣкоторые законодательства, какъ, напримѣръ, баварское
(п. 11 ст. 12 зак. 1822 г.) устанавливаютъ въ пользу вотчин-
ныхъ кредиторовъ спеціальнѣй законный титулъ на обез-
печеніе просроченныхъ процентовъ. Введеніе подобнаго пра-
вила у насъ было бы, однакоже, противно системѣ настоя-
щаго проекта, которая, какъ неоднократно было уже замѣ-
чено, не допускаетъ института законной ипотеки. Поэтому
то, для залоговаго обезпеченія просроченныхъ процентовъ
рассматриваемая статья предполагаетъ наличность согласія
собственника, или другими словами, договоръ, облеченный,
какъ и всякое соглашеніе сторонъ объ установленіи залога,
въ форму акта, совершеннаго въ вотчинномъ установленіи
(ст. 5 и 261 проекта), или судебного опредѣленія объ обезпече-
ніи или присужденіи этихъ процентовъ.

**61. Уступка старшинства, коимъ пользуется залого-
вое требованіе, безъ передачи послѣдняго, допускается
лишь въ пользу вновь устанавливаемого залога. Уступка
старшинства распространяется какъ на капиталъ, такъ
и на проценты и издержки взысканія. Вслѣдствіе
уступки старшинства вновь устанавливаемый залогъ
становится на мѣсто залога, старшинство котораго**

уступлено, въ предѣлахъ суммы, на которую простирается уступка.

Уступка старшинства должна быть внесена въ вотчинную книгу и отмѣчена на залоговыхъ актахъ.

Ст. 102 и 157 проекта мин. юст.

Ст. 58 польск. уст. 1818 г.

Ст. 39 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 62 бав. полож. о гъ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 84 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 20 мекленб. ипот. уст. для городск. имѣній.

Ст. 35 прусск. зак. о приобр. права собств. 1872 г.

Ст. 440 сакс. гражд. улож.

Ст. 841 проекта общегерм. гр. улож.

1. Такъ какъ старшинство того или другаго залоговаго права состоитъ въ правѣ на преимущественное удовлетвореніе его предъ другими правами, то и вопросъ о такомъ старшинствѣ имѣетъ въ дѣлѣ поземельнаго кредита весьма важное практическое значеніе. Съ мѣстомъ, занимаемымъ даннымъ залоговымъ правомъ среди остальныхъ залоговъ, установленныхъ на томъ же имѣніи, связана большая или меньшая вѣроятность его удовлетворенія. Чѣмъ выше оно стоитъ, тѣмъ менѣе оно рисковано, тѣмъ болѣе, поэтому, его оборотная цѣнность, тѣмъ легче кредитору подыскать лицо, которое согласилось бы приобрести это право путемъ переуступки.

Отсюда понятно само собою весьма распространенное въ западно-европейской ипотечной практикѣ стремленіе заинтересованныхъ лицъ придать тому или другому залоговому праву лучшее старшинство сравнительно съ тѣмъ, которое могло бы выпасть на его долю при обыкновенномъ, нормальномъ порядкѣ вещей. Такъ какъ старшинство залоговыхъ правъ, установленныхъ на одномъ и томъ же имѣніи, нормируется непосредственно правилами закона, такъ какъ оно, согласно, напримѣръ, настоящему проекту (ст. 59), должно обусловиться временемъ внесенія этихъ правъ въ вотчинную книгу, то упомянутое стремленіе сводится въ сущности къ

1. Практическія соображенія, вызывающія необходимость въ предусмотрѣніи сдѣлокъ объ уступкѣ старшинства на западѣ и

измѣненію путемъ частной воли законнаго порядка старшинства, къ установленію на основаніи сдѣлки, заключенной между заинтересованными лицами, другаго порядка, отличнаго отъ предусмотрѣннаго закономъ.

Такимъ образомъ, предметомъ сдѣлки объ уступкѣ старшинства служить извѣстное старшинство, какъ таковое, слѣдовательно, старшинство, взятое совершенно независимо отъ того залоговаго права, которому оно было первоначально присвоено. Допуская подобнаго рода сдѣлки, имѣющія своимъ предметомъ уступку старшинства, присвоеннаго одному залоговому праву въ пользу другаго, большинство западно-европейскихъ законодательствъ содержитъ въ себѣ и постановленія относительно условій, которымъ должны быть подчинены эти сдѣлки для того, чтобы сдѣлаться обязательными какъ для непосредственныхъ конкурентовъ, такъ и для третьихъ лицъ.

у насъ.

Слѣдуетъ ли допустить сдѣлки объ уступкѣ старшинства залоговыхъ правъ и у насъ, и если слѣдуетъ, то необходимо ли предусмотрѣть ихъ въ настоящемъ проектѣ? Утвердительное разрѣшеніе обоихъ этихъ вопросовъ едва ли можетъ возбудить какія либо серьезныя сомнѣнія.

Несмотря на отсутствіе у насъ ипотечной системы, уступка старшинства встрѣчается, тѣмъ не менѣе, въ нашей практикѣ и въ настоящее время, какъ о томъ свидѣлствуютъ запретительныя статьи, припечатанныя въ сенатскихъ объявленіяхъ. Важное практическое значеніе этой переуступки обнаруживается, главнымъ образомъ, въ виду того обстоятельства, что наши поземельные банки могутъ выдавать ссуды только подъ первыя закладныя, откуда и возникаетъ весьма нерѣдко необходимость для должника очистить, путемъ соглашенія со своимъ залогодержателемъ, мѣсто для банковской ссуды. Вопросъ объ условіяхъ, которымъ должно быть подчинено подобное соглашеніе, вызывалъ уже недоразумѣнія въ нашей практикѣ. Онъ обсуждался на пятомъ съѣздѣ представителей учреждений русскаго земельного кредита, встрѣтивъ серьезныя недоумѣнія, благодаря полнѣйшему

умолчанію объ этомъ вопросѣ дѣйствующаго закона ⁽¹⁾. Уже въ виду сдѣланныхъ указанныхъ соображеній разсматриваемыя сдѣлки не могутъ быть запрещены со стороны вотчиннаго устава. Но онѣ не только не могутъ быть запрещены, но не могутъ также оставаться непредусмотрѣнными въ этомъ уставѣ, а должны напротивъ того найти въ немъ опредѣлительное разрѣшеніе. Дальнѣйшее молчаніе объ нихъ положительнаго закона было бы истолковано практикою въ томъ смыслѣ, что онѣ дозволены и имѣло бы своимъ послѣдствіемъ возникновеніе въ будущемъ внѣкнижныхъ, негласныхъ сдѣлокъ объ уступкѣ старшинства, основанныхъ на общедоговорномъ правѣ, подобно тому, какъ это встрѣчается въ ипотечной практикѣ царства польскаго, ипотечный уставъ коего также не предусматриваетъ этихъ сдѣлокъ. Другими словами, умолчаніе объ нихъ со стороны вотчиннаго устава повело бы къ установленію соглашеній, лишенныхъ всякаго обязательнаго значенія для третьихъ лицъ, полагавшихся при установленіи своихъ юридическихъ отношеній по имѣнію на гласность вотчинной книги.

II. Гораздо болѣе сложнымъ представляется вопросъ о тѣхъ условіяхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ предѣлахъ, въ которыхъ разсматриваемыя сдѣлки могутъ быть допущены со стороны вотчиннаго устава.

Измѣненіе установленнаго закономъ порядка старшинства путемъ частнаго соглашенія мыслимо вообще какъ въ примѣненіи къ залоговымъ правамъ, еще только подлежащимъ внесенію, т. е. новымъ, такъ и по отношенію къ тѣмъ, которыя внесены были ранѣе. Мало того, оно мыслимо какъ по отношенію къ правамъ, непосредственно слѣдующимъ другъ за другомъ, такъ и такимъ, которыя отдѣлены другъ отъ друга однимъ или нѣсколькими залоговыми правами. Большинство западно-европейскихъ законодательствъ допускаетъ сдѣлки объ уступкѣ старшинства безразлично по отношенію ко всѣмъ

II. Вопросъ объ условіяхъ, коимъ должны быть подчинены эти сдѣлки.

(1) Сборникъ матеріаловъ и постановленій по вопросамъ, подлежавшимъ обсужденію V сѣзда представителей учрежденій русскаго поземельнаго кредита, стр. 55 и слѣд.

этимъ категоріямъ. Таковы, именно, законодательства: прусское (ст. 35 зак. о приобр. пр. собств. 1872 г.) и всѣ тѣ, для коихъ оно послужило первообразомъ, саксонское (ст. 440 сакс. гражд. улож.), баварское (ст. 62 полож. объ ипотекахъ 1822 г.), австрійское (ст. 30 зак. о вотч. кн. 1871 г.) и др. Напротивъ того, мекленбургскіе ипотечные законы (ст. 20 приложения для городскихъ имѣній) допускаютъ сдѣлки объ уступкѣ старшинства лишь по отношенію къ залоговымъ правамъ, слѣдующимъ въ порядкѣ старшинства непосредственно другъ за другомъ, и при томъ только въ томъ случаѣ, если ни одно изъ этихъ правъ не пользуется равнымъ старшинствомъ съ какимъ нибудь инымъ залоговымъ правомъ. Съ тѣмъ же условіемъ мекленбургскіе законы допускаютъ добровольное измѣненіе законнаго старшинства между частями одного и того же залоговаго требованія, устанавливая вмѣстѣ съ тѣмъ, что измѣненіе это можетъ послѣдовать только одновременно съ раздѣленіемъ этого требованія на части.

При разрѣшеніи вопроса объ условіяхъ, которыми слѣдуетъ обставить сдѣлки объ уступкѣ старшинства залоговыхъ правъ на основаніи вотчиннаго устава, необходимо принять во вниманіе слѣдующія соображенія:

Сущность сдѣлки
объ уступкѣ
старшинства.

Сущность сдѣлки объ уступкѣ старшинства, присвоеннаго данному залоговому праву, въ пользу другаго, обременяющаго вмѣстѣ съ первымъ одно и то же имѣніе, понимается всѣми законодательствами, коимъ сдѣлка эта извѣстна, въ смыслѣ соглашенія кредиторовъ—обладателей этихъ правъ, направленнаго къ извѣстному видоизмѣненію означенныхъ правъ, такому видоизмѣненію, при которомъ послѣдствія одного права (нижестоящаго) улучшаются, а другаго (вышестоящаго) ухудшаются взаимно такъ, что первое становится на мѣсто втораго, а второе на мѣсто перваго. При этомъ недостаточно, чтобы рассматриваемая сдѣлка имѣла обязательное значеніе только для контрагентовъ. Она должна быть обязательна и для третьихъ лицъ, должна носить вотчинный характеръ, ибо помимо этого условія она потеряла бы всякое практическое значеніе и не нуждалась бы въ регулированіи

ея со стороны *ипотечнаго* закона. Лишенная вотчиннаго характера, сдѣлка эта не могла бы быть противопоставляема всякому третьему пріобрѣтателю залоговаго права, старшинство коего составляло предметъ уступки, и кредиторъ, непосредственно обязавшійся по этой сдѣлкѣ, имѣлъ бы возможность путемъ передачи своего права освободиться отъ принятаго на себя обязательства.

Само собою понятно, что въ этомъ именно значеніи своемъ, съ указаннымъ характеромъ, сдѣлки объ уступкѣ старшинства могутъ быть вообще допускаемы лишь настолько, насколько ими не нарушаются законно пріобрѣтенныя вотчинныя права третьихъ лицъ. Такими лицами являются: собственникъ имѣнія и всѣ остальные вотчинные кредиторы, которыхъ сдѣлка эта непосредственно касается. Мысль о томъ, что разсматриваемаго рода сдѣлки не должны нарушать правъ третьихъ лицъ, не только не чужда прусскому, баварскому, саксонскому, австрійскому и другимъ законодательствамъ, допускающимъ широкое ихъ примѣненіе, но прямо высказывается въ этихъ законодательствахъ, хотя только въ примѣненіи къ правамъ остальныхъ вотчинныхъ кредиторовъ. Такъ, напримѣръ, прусское законодательство (ст. 35), разрѣшая уступку старшинства, прибавляетъ однако, что подобною уступкою «не измѣняется старшинство промежуточныхъ статей» (*die Vorrechte der Zwischenposten werden hiedurch nicht geändert*); австрійское (ст. 30) указываетъ на то, что означенною уступкою «не затрогиваются права и старшинство остальныхъ кредиторовъ» (*Rechte und Vorrang der übrigen Gläubiger werden dadurch nicht berührt*) и т. п. Однакоже, въ ближайшее опредѣленіе послѣдствій разсматриваемыхъ сдѣлокъ, въ разрѣшеніе вопроса о томъ, какимъ образомъ при наличности ихъ должны найти себѣ примѣненіе интересы непосредственныхъ контрагентовъ съ правами третьихъ лицъ, законодательства эти не входятъ, оставивъ этимъ самымъ какъ комментаторамъ, такъ и практикѣ широкое поле для массы недоумѣній и произвольныхъ выводовъ.

Указанныя недоумѣнія и произвольные выводы объясняются трудностью, даже болѣе, совершенной невозможностью дать разсматриваемому институту въ условіяхъ его примѣ-

ненія, извѣстныхъ большинству западно-европейскихъ ипотечныхъ системъ, надлежащую правильную конструкцію, такое построение, при которомъ сдѣлка объ уступкѣ старшинства, удовлетворяя интересамъ контрагентовъ, не наносила бы ущерба лицамъ, не принимавшимъ участія въ ея заключеніи. Вопросъ объ указанномъ именно построеніи этой сдѣлки вызвалъ на западѣ цѣлую литературу ⁽¹⁾ и остается, тѣмъ не менѣе, по настоящее время неразрѣшимою проблемою.

Правовое положеніе по отношенію къ ней собственника имѣнія и

Въ самомъ дѣлѣ, едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что состоявшаяся между двумя кредиторами уступка старшинства ихъ залоговыхъ требованій затрогиваетъ, прежде всего, интересы собственника имѣнія, которое обременено этими требованіями. Замѣчаніе это относится одинаково какъ къ тому случаю, когда упомянутыя требованія отдѣлены другъ отъ друга другими промежуточными требованіями, такъ и къ тому, когда они слѣдуютъ непосредственно другъ за другомъ. Она затрогиваетъ интересы собственника именно потому, что измѣняетъ его правовое положеніе къ имѣнію, то положеніе, въ которомъ онъ находился до таковой переуступки, такъ какъ условія, коими обставлено исполненіе по каждому данному залоговому требованію, въ особенности срокъ, въ который оно можетъ быть предъявлено ко взысканію состоятъ въ зависимости отъ старшинства, присвоеннаго этому требованію, и потому для него, собственника, далеко не безразличны. Слѣдовательно, признаніе за рассматриваемыми сдѣлками обязательнаго значенія при условіи заключенія ихъ одними непосредственно заинтересованными кредиторами, т. е. помимо воли и участія собственника, равносильно допущенію произвольнаго колебанія правоваго положенія сего послѣдняго.

промежуточныхъ кредиторовъ.

Точно также рассматриваемая сдѣлка, когда она имѣетъ предметомъ своимъ требованія, отдѣленные между собою другими промежуточными требованіями, затрогиваетъ суще-

⁽¹⁾ *Strohal*, die Prioritätsabtretung nach heutigem Grundbuchrecht (1880); *Paris*, die Lehre von der Prioritätsabtretung nach deutschem Hypothekenrecht (1883); *Conrad*, die Prioritätsabtretung in ihrer Wirkung auf Zwischenhypotheken (1883) и др.

ственно интересы тѣхъ кредиторовъ, коимъ принадлежатъ эти промежуточные требованія.

Уступка старшинства можетъ отвѣчать вполнѣ той практической цѣли, къ которой стремились контрагенты при ея заключеніи, лишь при томъ условіи, когда ей присвоено *абсолютное* значеніе въ томъ смыслѣ, что она вноситъ вполнѣ *объективное*, независимое отъ какихъ бы то ни было случайностей, измѣненіе въ первоначально установленный по вотчинной книгѣ порядокъ старшинства. Намѣреніе сторонъ при заключеніи этой сдѣлки направлено собственно къ тому, чтобы залоговое право, хотя и внесенное позже, но пріобрѣтающее на основаніи ея старшинство другого залоговаго права, разсматривалось такъ, какъ будто оно сразу, съ самаго начала, было внесено на мѣсто этого послѣдняго и сохраняло свое новое старшинство вполнѣ независимо отъ того, какая бы судьба не постигла это второе залоговое право, поступившее своимъ первоначальнымъ старшинствомъ. Отправляясь отъ этой цѣли разсматриваемой сдѣлки, нѣкоторые писатели разсматриваютъ ее то какъ такую, которая имѣетъ своимъ послѣдствіемъ мѣну *залоговыми правами*, обезпечивающими данныя требованія, то какъ сдѣлку, сводящуюся къ мѣнѣ *мѣстъ*, занимаемыхъ данными залоговыми требованіями въ вотчинной книгѣ. Но представлять себѣ отношенія, порождаемыя сдѣлкою объ уступкѣ старшинства въ такомъ видѣ, что благодаря ей нижестоящій кредиторъ пріобрѣтаетъ для своего требованія залоговое право высшаго, а послѣдній, уступая это право, довольствуется присоединеніемъ къ своему требованію залоговаго права перваго, ошибочно потому, что такое построеніе этой сдѣлки противорѣчитъ самому существу залога. Послѣдній, какъ неоднократно уже замѣчено, возможенъ не иначе, какъ въ неразрывной связи съ самымъ требованіемъ, въ обезпеченіе коего онъ установленъ, пространствомъ и условіями котораго опредѣляется объемъ и условія самаго залога. Отвлекать залогъ отъ первоначальнаго требованія и присоединять его къ другому требованію юридически немыслимо. Что же касается до мѣны мѣстъ, занимаемыхъ въ вотчинной книгѣ данными залого-

Взглядъ на нее, какъ на сдѣлку:

1) связанную съ абсолютными послѣдствіями;

выми требованіями, какъ послѣдствія разсматриваемой сдѣлки, то и это представленіе объ ней совершенно неправильно, ибо оно могло бы быть оправдано лишь съ точки зрѣнія такъ называемой абсолютной теоріи старшинства, признающей, что объектомъ cadaго залоговаго требованія, обременяющаго данное имѣніе, служить не это послѣднее, во всемъ его составѣ, какъ цѣльное и нераздѣльное, а лишь извѣстная цѣнность его, опредѣляемая мѣстомъ даннаго залоговаго права, какъ чѣмъ то постояннымъ, неподвижнымъ. О недостаткахъ этой теоріи, о томъ, что проектъ ее отвергаетъ, говорилось уже въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ ⁽¹⁾. Какъ извѣстно, проектъ исходитъ изъ того начала, что, съ прекращеніемъ вышестоящаго залога, залоги нижестоящіе подвигаются впередъ (развѣ бы собственникъ воспользовался старшинствомъ прекратившагося залога для того, чтобы присвоить это старшинство, на основаніи ст. 107 проекта, новому залогу). Такъ какъ каждый залогъ удовлетворяется изъ обременяемаго имъ имѣнія лишь настолько, насколько удовлетворенію этому не препятствуетъ вышестоящій залогъ, установленный на томъ же имѣніи, то отсюда очевидно, что какъ существованіе высшаго залога, такъ и то обстоятельство, который именно залогъ будетъ къ моменту публичной продажи имѣнія почитаться вышестоящимъ, далеко не безразличны для кредиторовъ этого имѣнія. На соображеніяхъ этихъ основано даже право нижестоящихъ кредиторовъ оспорить высшій залогъ, добиться признанія его недѣйствительнымъ, и, слѣдовательно, добиться совершеннаго его устраненія, когда къ такому спору имѣются въ наличности законныя основанія ⁽²⁾. Понятно, однако же, что если бы сдѣлка объ уступкѣ старшинства должна была получить вышеупомянутое абсолютное значеніе, если бы благодаря ей высшее старшинство, присвоенное залогу, занимавшему раньше низшее мѣсто, должно было сохраниться неизмѣннымъ, не смотря на судьбу залога, поступившагося въ пользу перваго своимъ старшинствомъ, не смотря на то, что залогъ этотъ погашенъ по случаю ли удовлетворенія обезпеченнаго имъ требованія, признанія его по суду недѣйствительнымъ и т. п.,

⁽¹⁾ Стр. 149 и слѣд.

⁽²⁾ См. выше объясненія къ ст. 59, стр. 495 и слѣд.

то это могло бы внести въ объемъ правъ промежуточныхъ вотчинныхъ кредиторовъ вполне случайный элементъ. Они то терпѣли бы ничѣмъ непредвидѣнный ущербъ, то приобрѣтали бы неожиданную выгоду, между тѣмъ какъ объемъ ихъ правъ долженъ бы на самомъ дѣлѣ оставаться вполне независимымъ отъ означенной сдѣлки. Силою послѣдней и, слѣдовательно, помимо всякаго своего въ томъ участія, упомянутые кредиторы оказались бы лишенными права подвинуться со своими претензіями впередъ въ случаѣ погашенія того залога, который, занимая прежде высшее мѣсто, сталъ теперь на низшее, въ то время какъ означенное право несомнѣнно осталось бы за ними, если бы рассматриваемая сдѣлка не была заключена. Даже успѣшно доведенный до конца споръ противъ дѣйствительности упомянутаго выше залога не могъ бы оказать кредиторамъ этимъ никакой пользы. Наоборотъ, съ погашеніемъ того залога, который, занимая прежде низшее мѣсто, сталъ теперь на высшее, промежуточные кредиторы подвинулись бы впередъ, на что они, однакоже, не имѣли никакого права рассчитывать.

Сдѣлку объ уступкѣ старшинства рассматривали такъ же какъ взаимную уступку самыхъ залоговыхъ требованій ⁽¹⁾. Очевидно, однакоже, что такой обмѣнъ упомянутыхъ требованій противорѣчитъ вполне тому намѣренію, которое преслѣдуется сторонами при этой сдѣлкѣ. Заключая ее, каждая изъ сторонъ остается попрежнему при принадлежащемъ ей залоговомъ требованіи; предметомъ соглашенія служатъ не эти послѣднія, а одно лишь старшинство.

2) устанавливающую взаимную уступку зал. требованій;

Остается за симъ третье построеніе, придаваемое настоящей сдѣлкѣ, построеніе, благодаря которому сдѣлкѣ этой присвоивается лишь *относительное* значеніе, значеніе сдѣлки, ограниченной въ своемъ дѣйствіи только тѣми двумя вотчинными кредиторами, которые принимали участіе въ ея составленіи, и ихъ законными правопреемниками ⁽²⁾. Съ такою именно конструкціею уступка старшинства не вноситъ объективнаго измѣненія въ установленный вотчинною

3) имѣющую лишь относительное значеніе.

⁽¹⁾ *Dernburg, das Pfandrecht, т. I, стр. 475 и слѣд.*

⁽²⁾ *Regelsberger, d. Bayerische Hypothekenrecht, стр. 450 и слѣд.; Exner, d. Oester. Hypothekenrecht, стр. 495 и слѣд.*

книгою порядокъ старшинства, а лишь обязываетъ кредитора, поступающагося старшинствомъ своего залога, не воспользоваться этимъ старшинствомъ противъ другаго кредитора — контрагента, предоставивъ послѣднему получить удовлетвореніе изъ той части покупной за имѣніе суммы, которая причтется на долю означеннаго залога. Понятно, что дѣйствіе разсматриваемой сдѣлки прекратится само собою въ случаѣ погашенія того либо другаго залога, которыхъ она непосредственно касается. Съ погашеніемъ залога, старшинство коего уступлено въ пользу другаго нижестоящаго залога, условленное въ пользу послѣдняго преимущество отпадаетъ; хотя послѣдній и подвигается въ этомъ случаѣ впередъ, но совмѣстно съ другими предшествующими ему промежуточными залогами, слѣдуя за ними въ порядкѣ удовлетворенія изъ вырученной за имѣніе суммы. Если же погашеннымъ окажется залогъ, въ пользу коего условлено лучшее старшинство, то установленный вотчинною книгою до заключенія разсматриваемой сдѣлки порядокъ старшинства остается неизмѣннымъ; залогъ, который долженъ былъ поступиться своимъ старшинствомъ, не очиститъ своего мѣста и не вызоветъ передвиженія впередъ промежуточныхъ залоговъ, такъ какъ старшинство его послѣднимъ уступлено не было. Съ такимъ именно значеніемъ сдѣлка объ уступкѣ старшинства не съюзитъ, конечно, въ чемъ бы то ни было объема правъ третьихъ вотчинныхъ кредиторовъ, не нарушитъ ихъ законныхъ интересовъ. Нельзя, однако же, не согласиться съ мотивами проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія, справедливо указывающими на то, что въ такомъ видѣ сдѣлка эта создаетъ въ высшей степени несовершенно право и едва ли можетъ представлять собою практическую цѣнность. Кромѣ того, говорятъ означенные мотивы, она въ высшей степени опасна, ибо способна послужить западней для мало свѣдущаго въ юридическихъ вопросахъ кредитора; послѣдній предполагаетъ пріобрѣсти незыблемое право старшинства, присвоенное вышестоящему залогу, а между тѣмъ ко времени публичной продажи имѣнія можетъ оказаться, что право это погашено безъ всякаго его въ томъ участія ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Мотивы, т. III, стр. 232.

Избѣжаніе всѣхъ указанныхъ недостатковъ разсматриваемой сдѣлки, присущихъ ей при томъ или другомъ, абсолютномъ или относительномъ, ея значеніи, согласованіе тѣхъ практическихъ цѣлей, къ которымъ она направлена, съ ненарушеніемъ интересовъ собственника имѣнія и промежуточныхъ вотчинныхъ кредиторовъ, возможно только при одномъ условіи, а именно, чтобы она была совершаема при участіи этихъ лицъ, или, другими словами, чтобы означенныя лица фигурировали въ качествѣ контрагентовъ совмѣстно съ тѣми кредиторами, коихъ она непосредственно касается. Мысль эта, сознанная уже отчасти иностранною ипотечною практикою ⁽¹⁾, получила свою санкцію въ проектѣ общегерманскаго гражданского уложенія. Послѣдній (ст. 841) совершенно отвергаетъ всякую силу за сдѣлкою объ уступкѣ старшинства въ томъ видѣ, въ какомъ она была до сихъ поръ извѣстна западнымъ законодательствамъ, т. е. въ видѣ соглашенія однихъ лишь непосредственно заинтересованныхъ кредиторовъ. Исходя изъ того соображенія, что разсматриваемая сдѣлка направлена къ измѣненію вотчинныхъ правъ и, какъ таковая, имѣетъ вотчинный характеръ, отражающійся на правовомъ положеніи собственника и промежуточныхъ кредиторовъ, названный проектъ ставитъ дѣйствительность ея въ зависимость отъ участія этихъ лицъ въ ея составленіи ⁽²⁾. Вопросъ объ этой сдѣлкѣ ставится, слѣдовательно, разсматриваемымъ проектомъ на ту почву, что подобно тому, какъ правовое положеніе, указываемое вотчинною книгою, создается при участіи собственника и прочихъ кредиторовъ, точно также и измѣненіе этого положенія (вносимое сдѣлкою объ уступкѣ старшинства) возможно не иначе, какъ при участіи тѣхъ же лицъ. Только съ согласія этихъ лицъ возможно было бы погашеніе тѣхъ статей въ вотчинной книгѣ, на которыхъ сдѣлка эта можетъ отразиться своими непосредственными или посредственными послѣдствіями и внесеніе означенныхъ статей вновь съ измѣненнымъ порядкомъ старшинства. Если проектъ не обусловливаетъ дѣйствительность сдѣлки объ уступкѣ старшинства необходимостью

Сдѣлки объ уступкѣ старшинства по проекту общегерм. гр. улож.

⁽¹⁾ *Exner*, в. п. с., стр. 394.

⁽²⁾ Мотивы, тамъ же, стр. 229 и слѣд.

новой переписки всѣхъ упомянутыхъ статей по вотчинной книгѣ, то онъ дѣлаетъ это, отнюдь не жертвуя матеріальной стороною дѣла, а по совершенно другой причинѣ, а именно съ цѣлью не вызывать совершенно напрасно дѣлопроизводственные усложненія, облегчить возможность разсматриваемой сдѣлки при помощи болѣе простой формы ея осуществленія ⁽¹⁾.

III. Точка зрѣнія
настоящаго проекта
на эти сдѣлки.

III. То обстоятельство, что добровольное измѣненіе двумя кредиторами установленнаго закономъ старшинства ихъ залоговыхъ требованій далеко не безразлично для интересовъ собственника и промежуточныхъ кредиторовъ, не могло, конечно, быть упущено изъ вниманія и при начертаніи правила, выраженаго въ ст. 61 проекта вотчиннаго устава. Слѣдовательно и настоящій проектъ стоитъ на той почвѣ, что упомянутое добровольное измѣненіе возможно только подъ условіемъ согласія на оное со стороны всѣхъ упомянутыхъ лицъ. Оставалось за симъ разрѣшить только вопросъ о томъ, въ какомъ объемѣ своего примѣненія сдѣлки разсматриваемаго рода должны быть предусмотрѣны со стороны проекта. Въ этомъ отношеніи нельзя было не признать, что потребность въ этихъ сдѣлкахъ выразилась въ нашей практикѣ только, какъ уже упомянуто выше, въ примѣненіи къ случаямъ займовъ, выдаваемыхъ подъ такъ называемую первую закладную изъ банковыхъ кредитныхъ учрежденій, т. е. при самомъ совершеніи залога въ этихъ учрежденіяхъ, и что самое предложеніе объ уступкѣ старшинства, присвоеннаго обременяющему имѣніе залогу, идетъ обыкновенно отъ самаго должника, какъ непосредственно заинтересованнаго въ томъ, чтобы уступка эта состоялась, ибо банкъ соглашается выдать ссуду лишь подъ условіемъ присвоенія ей перваго мѣста. Въ этомъ видѣ, т. е. при установленіи новаго залога и по инициативѣ самого собственника, разсматриваемая сдѣлка практикуется также обыкновенно и въ царствѣ польскомъ. Согласно съ этимъ проектъ и постановляетъ, что уступка старшинства, коимъ пользуется залоговое требованіе, *безъ передачи послѣд-*

⁽¹⁾ Ср. тамъ же, стр. 230.

няю, т. е. уступка, имѣющая своимъ предметомъ не само требованіе, а исключительно присвоенное ему старшинство, *допускается только въ пользу вновь устанавлиаемаго залога.* Приведенныя слова «и безъ передачи послѣдняго» (т. е. требованія) имѣютъ въ виду ближе охарактеризовать сущность этой сдѣлки, указать на отличіе ея отъ тѣхъ случаевъ, когда стороны мѣняются самими залоговыми требованіями, не измѣняя присвоеннаго этимъ требованіямъ старшинства, каковыя случаи подойдутъ подъ дѣйствіе не настоящей статьи, а правилъ, касающихся передачи залоговыхъ требованій (ст. 83—94 проекта) ⁽¹⁾. Совершаемая въ указанномъ объемѣ, т. е. въ пользу вновь устанавлиаемаго залога, уступка старшинства предполагаетъ необходимое участіе собственника и не нарушить, поэтому, произвольно его интересовъ. Точно также она предполагаетъ необходимо участіе вотчинныхъ кредиторовъ, правамъ которыхъ долженъ предшествовать новый залогъ, почему не въ состояніи колебать и эти права. Только въ этомъ объемѣ, слѣдовательно, возможна по проекту разсматриваемая уступка, въ той облегченной формѣ, которая имъ для нея установлена на основаніи настоящей статьи, а именно въ формѣ внесенія ея въ вотчинную книгу и учиненія отмѣтокъ на залоговыхъ актахъ. Идти далѣе, предусматривать и случаи уступки старшинства въ пользу уже ранѣе внесеннаго залога (конечно уступки, совершаемой при участіи собственника и промежуточныхъ кредиторовъ), съ распространеніемъ на нее означенной облегченной формы, не было достаточныхъ основаній, такъ какъ случаи эти вообще рѣдки и нѣтъ надлежащихъ поводовъ къ тому, чтобы при новизнѣ у насъ ипотечнаго дѣла такъ сказать наталкивать на нихъ заинтересованныхъ лицъ. Вообще, чѣмъ проще это дѣло привьется на первыхъ порахъ своего осуществленія, тѣмъ болѣе оно отъ того выиграетъ. Если бы, тѣмъ не менѣе, въ томъ или другомъ исключительномъ случаѣ явилась потребность въ присвоеніи старому залоговому требованію лучшаго правоваго положенія сравнительно съ другимъ залоговымъ требованіемъ, то потреб-

⁽¹⁾ См. выше, стр. 196 и слѣд.

ность эта можетъ найти себѣ практическое удовлетвореніе частью при помощи взаимной переуступки этихъ требованій, частью путемъ погашенія и новой переписки съ согласія собственника въ четвертомъ отдѣлѣ вотчинной книги тѣхъ статей, коихъ присвоеніе это непосредственно и посредственно касается. Что же касается до условій, при наличности которыхъ могла бы быть допущена уступка старшинства въ пользу извѣстной части того или другого залоговаго требованія, хотя бы и вновь только вносимаго, предъ остальною его частью, или другимъ какимъ либо требованіемъ, то предусматривать ихъ въ проектѣ не было оснований, такъ какъ проектъ, согласно мнѣнію большинства членовъ редакціонной комисіи ⁽¹⁾, предполагаетъ не допускать и самого дробленія залоговыхъ требованій на части.

Понятно само собою, что предусмотрѣнная рассматриваемою статьею уступка старшинства, коимъ пользуется данное залоговое требованіе, возможна безусловно лишь тогда, когда кредиторъ, коему принадлежитъ это требованіе, не ограниченъ въ правѣ распоряженія имъ, или когда оно не отдано въ чей либо закладъ, ибо лишь тотъ, кто въ правѣ передать свое требованіе или вообще произвольно поступиться имъ, въ правѣ также произвольно поступиться въ чью либо пользу присвоеннымъ этому требованію старшинствомъ. Означенная уступка въ примѣненіи къ старшинству требованія, отданнаго въ закладъ, возможна, конечно, только подъ условіемъ согласія на нее закладоприимателя.

Объемъ ихъ дѣйствія съ точки зрѣнія залог. требованій.

Всякое залоговое требованіе почитается, согласно ст. 60 и 74 проекта, обременяющимъ заложенное имѣніе какъ въ капитальной суммѣ, на которую это требованіе простирается, такъ и въ наросшихъ на нее процентахъ и понесенныхъ вотчиннымъ кредиторомъ при взысканіи судебныхъ издержкахъ, въ процентахъ и издержкахъ, впрочемъ, въ размѣрѣ, точно указанномъ въ послѣдней изъ этихъ статей. Въ такомъ именно объемѣ каждое требованіе почитается залоговымъ, *обезпеченнымъ* на

⁽¹⁾ См. общія объясненія къ настоящей главѣ проекта, стр. 266.

данномъ имѣніи и потому предшествующимъ, въ порядкѣ удовлетворенія, всякому новому залоговому обезпеченію, установленному на томъ же имѣніи, всякому новому залоговому требованію. На этотъ слѣдовательно объемъ требованія распространяется присвоенное ему по вотчинной книгѣ старшинство; проценты и издержки взысканія пользуются тѣмъ же преимуществомъ удовлетворенія, что и капитальная сумма требованія. Понятно, поэтому, что когда дѣло идетъ объ уступкѣ старшинства, присущаго извѣстному требованію, то уступка эта не можетъ не обнимать собою какъ капитальной его суммы, такъ и всего того, что составляетъ въ ипотечномъ отношеніи его принадлежность, слѣдующаго его судьбѣ, т. е. упомянутыхъ процентовъ и издержекъ взысканія. На соображеніяхъ этихъ основана средняя часть разсматриваемой статьи.

Оставалось, за симъ, опредѣлить въ самомъ законѣ послѣдствія состоявшейся уступки старшинства. Въ этомъ отношеніи ст. 61 постановляетъ, что *«вслѣдствіе уступки старшинства вновь устанавливаемый залогъ становится на мѣсто залога, старшинство котораго уступлено, въ предѣлахъ суммы на которую простирается уступка»*. Это значитъ, что уступка эта разсматривается такъ, какъ если бы произошелъ обмѣнъ мѣстъ тѣхъ залоговъ, къ коимъ она относится, что благодаря ей вновь вносимый залогъ, приобретающій лучшее старшинство, почитается какъ бы внесеннымъ на мѣсто того залога, который поступилъ своимъ старшинствомъ, а послѣдній какъ бы внесеннымъ на мѣсто новаго залога, и что послѣдствія эти имѣютъ силу не только по отношенію къ тѣмъ вотчиннымъ кредиторамъ, которымъ залоговые эти принадлежатъ, но и по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ. Мало того, послѣдствія эти безусловны, независимы отъ судьбы, которая постигнетъ тотъ или другой залогъ, будетъ ли онъ погашенъ и въ частности оспоренъ ко времени распредѣленія денегъ, вырученныхъ отъ публичной продажи заложенного имѣнія, или нѣтъ, и въ этомъ смыслѣ разъ навсегда неизмѣнны. Такъ какъ разсматриваемая уступка, какъ упомянуто выше, возможна лишь при участіи собственника и тѣхъ кредиторовъ, предъ правами коихъ новый залогъ долженъ получить первенство, то уста-

Послѣдствія.

новленіе со стороны проекта указанныхъ именно послѣдствій не въ состояніи нарушить ни чьихъ законныхъ интересовъ. Привлеченіе всѣхъ этихъ лицъ къ участию въ этой уступкѣ дѣлаетъ возможнымъ поставить вопросъ о суммѣ, на которую она простирается, въ зависимость отъ послѣдовавшаго въ каждомъ данномъ случаѣ добровольнаго соглашенія. Въ этомъ отношеніи проектъ расходится съ тѣми законодательствами, которыя допускаютъ уступку старшинства помимо участія упомянутыхъ лицъ. По этимъ законодательствамъ удовлетвореніе залоговаго требованія, приобрѣвшаго лучшее старшинство, не можетъ превышать суммы, на которую простирается залоговое требованіе, старшинство коего уступлено. Если первое изъ этихъ требованій по суммѣ больше втораго, то та часть его, которая оказывается непокрытою лучшимъ мѣстомъ, можетъ быть удовлетворена лишь послѣ удовлетворенія всѣхъ предшествующихъ ему по времени внесенія залоговыхъ требованій, т. е. изъ остатка, упдающаго на то мѣсто, которое залогъ этотъ занималъ до уступки. Въ случаѣ же, когда означенное требованіе меньше того, старшинство коего уступлено, излишекъ, остающійся отъ удовлетворенія перваго, обращается въ пользу втораго, которое если не удовлетворено вполнѣ этимъ излишкомъ, обращается, въ остальной суммѣ, на остатокъ покупной суммы, упдающей на мѣсто, которое оно занимало съ самаго начала. По проекту же, все здѣсь зависитъ отъ соглашенія, т. е. сами стороны могутъ установить, въ предѣлахъ какой именно суммы новое залоговое требованіе должно предшествовать въ порядкѣ удовлетворенія другому требованію, при чемъ совершенно безразлично, будетъ ли эта сумма превышать сумму этого втораго требованія или нѣтъ. Такъ какъ по точному смыслу разсматриваемаго постановленія уступка старшинства имѣетъ то послѣдствіе, что «вновь установленный залогъ *становится на мѣсто* залога, старшинство котораго уступлено», то при отсутствіи въ каждомъ данномъ соглашеніи указанія на то, въ предѣлахъ какой именно суммы простирается уступка, слѣдуетъ предполагать, что стороны имѣли въ виду дать старшинство новому залогу въ полной его суммѣ, хотя бы она, какъ указано выше, пре-

вышла собою сумму, на которую простирается залогъ, старшинство коего уступлено.

Что же касается вопроса о формѣ, въ которую должна быть облечена разсматриваемая уступка, то нѣкоторыя законодательства, какъ, напримѣръ, прусское и баварское, хотя и допускаютъ внесеніе ея въ вотчинную книгу, но не ставятъ дѣйствительность ея въ зависимость отъ такового внесенія. По другимъ же законодательствамъ, какъ, напримѣръ, саксонскому (ст. 440 сакс. гр. улож.), внесеніе почитается условіемъ обязательности этой уступки для третьихъ лицъ. Проектъ требуетъ, чтобы уступка старшинства была непременно внесена и ставить, слѣдовательно, это внесеніе условіемъ ея дѣйствительности, т. е. обязательности не только для третьихъ лицъ, но и для самихъ договаривающихся сторонъ. Основаніемъ сему служить то соображеніе, что подобно тому, какъ установленіе вотчинныхъ правъ совершается посредствомъ актовъ внесенія, точно также и видоизмѣненіе этихъ правъ должно быть подчинено тому же порядку; уступка же старшинства носить на себѣ несомнѣнную печать сдѣлки, устанавливающей означенное видоизмѣненіе. При такомъ взглядѣ на разсматриваемый вопросъ достигаются слѣдующія цѣли: во 1-хъ, единство по отношенію къ силѣ или значенію тѣхъ послѣдствій, которыя порождаются этою сдѣлкою. Если бы внесеніе должно было служить въ настоящемъ случаѣ условіемъ обязательности означенной сдѣлки исключительно для третьихъ лицъ, то это повлекло бы неминуемо за собою двойственность упомянутыхъ послѣдствій, смотря по тому, разсматриваются ли они съ точки зрѣнія указанныхъ лицъ, или же контрагентовъ; во 2-хъ, обезпечивается распространеніе на состоявшуюся уступку старшинства дѣйствія начала безповоротности и, наконецъ, въ 3-хъ, гарантируется принятіе ея во вниманіе ех offісіо вотчиннымъ установленіемъ при распредѣленіи между вотчинными кредиторами денегъ, вырученныхъ отъ публичной продажи заложеннаго имѣнія, такъ какъ при распредѣленіи этомъ вотчинное установленіе обязано руководствоваться прежде всего содержаніемъ вотчинной книги. Такимъ образомъ фактически

Внесеніе, какъ
условіе ихъ дѣй-
ствительности.

явится какъ бы само собою то послѣдствіе, что кредиторъ, уступившій старшинство своего залоговаго требованія въ пользу другаго кредитора, и всякій его правопреемникъ окажется не только обязаннымъ признавать эту уступку, но и не будетъ въ состояніи воспрепятствовать осуществленію ея результатовъ. Независимо отъ сего, допуская, согласно мнѣнію большинства членовъ редакціонной комисіи ⁽¹⁾, внѣкнижную передачу залоговыхъ требованій при помощи выдаваемыхъ по нимъ залоговыхъ актовъ, проектъ требуетъ еще, чтобы уступка старшинства была отмѣчена на этихъ актахъ, ибо иначе третьи лица, пріобрѣтая то или другое залоговое требованіе посредствомъ врученія залоговаго акта съ засвидѣтельствованною нотаріусомъ надписью о передачѣ (ст. 86 проекта), могли бы быть введены въ заблужденіе на счетъ присвоеннаго тому требованію старшинства во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда первоначально установленное старшинство впослѣдствіи оказалось измѣненнымъ.

**Правооснованіе
внесенія.**

Наконецъ, актъ, на основаніи коего вносится уступка старшинства, долженъ соотвѣтствовать условіямъ ст. 5 проекта, т. е. долженъ быть, подъ страхомъ недѣйствительности, совершенъ въ вотчинномъ установленіи, по мѣсту нахождения имѣнія. Требованіе это вытекаетъ само собою изъ вышеуказаннаго вотчиннаго характера этой уступки, изъ того, что ею вносится видоизмѣненіе того правоваго положенія, о которомъ свидѣтельствуетъ, въ моментъ ея совершенія, вотчинная книга и потому не нуждается въ особомъ указаніи со стороны разсматриваемой статьи. Затѣмъ очевидно, что будетъ ли соглашеніе объ уступкѣ старшинства изложено въ томъ же актѣ, что и соглашеніе объ установленіи новаго залога или въ видѣ особаго акта, будетъ ли вотчинный кредиторъ, уступающій свое старшинство, привлеченъ къ участию въ качествѣ контрагента по тому или другому акту, или выразитъ свое согласіе на эту уступку особо, въ формѣ, указанной ст. 215 проекта (т. е. въ формѣ личнаго заявленія вотчинному установленію со внесеніемъ въ протоколъ или въ

(1) См. выше, стр. 240 и слѣд.

просьбѣ поданной вотчинному установленію), все это для существа дѣла совершенно безразлично.

62. При столкновеніи залоговыхъ правъ съ правами, внесенными въ третій отдѣлъ вотчинной книги, старшинство опредѣляется временемъ внесенія въ вотчинную книгу.

63. Лицо, которому по вотчинной книгѣ принадлежитъ въ имѣніи залоговое право (*вотчинный кредиторъ*), не можетъ воспользоваться старшинствомъ на основаніи ст. 62, если оно изъявило согласіе на установленіе права въ чужомъ имѣніи. Согласіе это обязательно для лица, возмездно пріобрѣвшаго впоследствии залоговое требованіе, лишь въ томъ случаѣ, если внесено въ вотчинную книгу, или было извѣстно пріобрѣтателю.

Стр. 6 главн. основ.

Ст. 129 проекта м. ю.

Ст. 1260 свод. ост. гражд. зак.

Ст. 25 и 54 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 45 бав. полож. объ ипотекахъ 1828 г.

Ст. 36 прусск. зак. о пріобр. пр. соб. 1872 г.

Ст. 45 прусск. уст. о вотч. кн. 1872 г.

Ст. 376 сакс. гр. улож.

Ст. 9 и 29 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 32 австр. конкурснаго устава 1868 г.

Ст. 841 проекта общегерм. гр. улож.

Въ третій отдѣлъ вотчинной книги вносятся, согласно проекту, права въ чужомъ имѣніи (ограниченія права собственности), а именно право отдѣльнаго владѣнія вѣчнаго, пожизненнаго или срочнаго, право на разработку нѣдръ земли, вотчинныя повинности (сервитуты) и вотчинныя выдачи, равно какъ права по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ (ст. 22, 30 и 120 проекта вотчиннаго устава). Всѣ эти права, въ той же мѣрѣ, какъ и права по залогамъ, въ случаѣ перехода обремененнаго ими имѣнія по какому бы то ни было основанію отъ одного лица къ другому, обязательны для новаго собственника (ст. 9); всѣ они, точно также какъ и залогъ, будучи разъ установлены, не могутъ быть нарушаемы вновь устанавливаемыми въ имѣніи правами или зало-

*

гами (ст. 10); всѣ они, наконецъ, принимаются въ соображеніе при распредѣленіи денегъ, вырученныхъ отъ публичной продажи имѣнія въ порядкѣ старшинства, опредѣляемомъ временемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу (тамъ же).

Отсюда съ полною очевидностью слѣдуетъ, что руководящее начало старшинства, въ силу коего младшее право, въ случаѣ столкновенія со старшимъ, уступаетъ передъ послѣднимъ, свойственно не только однимъ залоговымъ правамъ, но простирается, на основаніи проекта, свое дѣйствіе на всякаго рода права, обременяющія данное имѣніе, и, слѣдовательно, безразлично, будутъ ли это залоги, или право отдѣльнаго владѣнія, или, наконецъ, другое право, вотчинное по своему характеру съ самаго начала своего возникновенія, или такое, которое, какъ, напримѣръ, право по договору найма и рубки лѣса (ст. 30), стало вотчиннымъ вслѣдствіе внесенія его въ вотчинную книгу. Поэтому, всякій залогъ можетъ вступить въ отношеніе старшинства не только съ залогами же, но и съ прочими изъ упомянутыхъ правъ. Это то отношеніе и опредѣляется статьею 62 проекта.

Руководящимъ началомъ при опредѣленіи этого отношенія можетъ быть, очевидно, опять таки ничто иное, какъ время внесенія. Залогъ, внесенный ранѣе права въ чужомъ имѣніи или права по договору найма или продажи лѣса на срубъ, т. е. при отсутствіи этихъ правъ, долженъ имѣть первенство передъ ними, и наоборотъ: залогъ, внесенный позже того или другаго права, долженъ уступить передъ послѣднимъ, такъ какъ обремененное этимъ залогомъ имѣніе можетъ отвѣчать по нему лишь въ томъ видѣ, въ коемъ оно было заложено, или, другими словами, въ какомъ оно находилось въ моментъ установленія залога. При этомъ совершенно безразлично, внесены ли залогъ и какое либо изъ упомянутыхъ правъ, съ нимъ конкурирующихъ, въ разные дни или въ одинъ и тотъ же день. Въ послѣднемъ случаѣ точно также рѣшающее значеніе имѣетъ время внесенія. Возможность удобнаго распознанія по вотчинной книгѣ и въ этомъ случаѣ взаимнаго отношенія разсматриваемыхъ правъ, съ точки зрѣнія старшинства, гарантирована правиломъ статьи 132 проекта о томъ, что «статья, внесенная въ тотъ же день, когда уже

ранѣе послѣдовало внесеніе другой записи или отмѣтки въ другой графѣ или въ другомъ отдѣлѣ вотчинной книги, должна содержать въ себѣ указаніе на позднѣйшее внесеніе статьи въ книгу».

Дѣйствіе конкуренціи правъ третьяго отдѣла вотчинной книги съ залогомъ, точно также какъ и однихъ только залоговъ между собою, сказывается прежде всего въ примѣненіи къ праву на доходы обремененнаго имѣнія. О томъ, какимъ образомъ разрѣшается эта конкуренція въ примѣненіи къ упомянутымъ доходамъ, указано въ ст. 48 настоящаго проекта, касающейся вопроса о правѣ собственника устанавливать залогъ на имѣніи, обремененномъ правомъ отдѣльнаго владѣнія, и въ соображеніяхъ, приведенныхъ подъ этою статьею ⁽¹⁾. Доходы эти могутъ быть признаны подчиненными дѣйствию залога или нѣтъ, смотря по тому, принадлежитъ ли старшинство этому послѣднему или праву отдѣльнаго владѣнія. Въ послѣднемъ случаѣ младшій вотчинный кредиторъ не можетъ обратитъ взысканія по своему требованію спеціально на упомянутые доходы, какъ на самостоятельный предметъ взысканія. Засимъ означенная конкуренція сказывается еще въ случаѣ взысканія, обращеннаго на самое имѣніе, и при томъ тогда, когда вырученная за имѣніе сумма можетъ оказаться недостаточною на полное покрытіе конкурирующихъ между собою правъ, когда они вступаютъ въ столкновеніе между собою въ томъ смыслѣ, что удовлетвореніе одного права дѣлается невозможнымъ безъ ущерба для другаго. И это столкновеніе разрѣшается на основаніи того принципа, что послѣдующія послѣ установленія залога обремененія имѣнія, уменьшающія цѣнность сего послѣдняго, не могутъ произвольно наносить вреда этому залогу. На этомъ принципѣ основаны правила проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, предоставляющія вотчинному кредитору, требованіе коего пользуется старшинствомъ передъ какимъ либо правомъ третьяго отдѣла, записаннымъ окончательно или охраненнымъ только по вотчинной книгѣ, просить о производствѣ втораго торга на имѣніе съ условіемъ уничтоженія этого права во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда ре-

(1) См. выше стр. 405 и слѣд.

зультатами первого торго обнаружится, что имѣніе вовсе не можетъ быть продано на условіи сохраненія означеннаго права, или что при таковомъ сохраненіи нѣтъ возможности выручить за имѣніе сумму, вполне покрывающую упомянутое требованіе ⁽¹⁾.

Какъ сказано выше, послѣдующія послѣ установленія залога обремененія имѣнія, уменьшающія цѣнность послѣдняго, не могутъ *произвольно* наносить вреда этому залогу. Такой произвольный вредъ, какъ послѣдствіе этихъ обремененій, возможенъ вообще въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣднія установлены помимо всякаго участія старшаго передъ ними, по времени записки, вотчиннаго кредитора. Другое дѣло, однакоже, если установленіе этихъ обремененій санкціонировано согласіемъ упомянутаго вотчиннаго кредитора. Случаи вос-
послѣдованія таковаго согласія со стороны вотчиннаго кредитора на установленіе права въ чужомъ имѣніи и предусмотрены статьею 63 проекта. Они окажутся нерѣдкими въ будущей ипотечной практикѣ, ибо, только заручившись упомянутымъ согласіемъ, лицо, приобретающее право въ чужомъ имѣніи, обремененномъ залогомъ, будетъ въ состояніи гарантировать это право противъ вышеуказанныхъ послѣдствій, связанныхъ со старшинствомъ передъ нимъ залога. При наличности этого согласія, означенное лицо охранитъ неприкосновеннымъ со стороны залога условленное въ свою пользу право на доходы (когда право это объемлется даннымъ правомъ въ чужомъ имѣніи), и отыметъ у кредитора возможность просить о производствѣ втораго торго на имѣніе на условіи уничтоженія права въ чужомъ имѣніи. Публичная продажа имѣнія, потребованная кредиторомъ по вышестоящему залогу, никакого ущерба нижестоящему праву въ чужомъ имѣніи причинить не въ состояніи, такъ какъ по усвоенному проектомъ положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній основному началу, выраженному въ ст. 156 этого проекта ⁽²⁾, имѣніе можетъ быть продано только за

⁽¹⁾ См. § VI общихъ объясненій къ предпослѣдней редакціи означеннаго проекта.

⁽²⁾ См. § XI тѣхъ же общихъ объясненій, стр. 49—53.

такую цѣну, которая превышаетъ сумму, пользующуюся *преимуществомъ или старшинствомъ* передъ всѣми обращенными на имѣніе взысканіями; выразивъ же согласіе на установленіе даннаго права въ чужомъ имѣніи, вотчинный кредиторъ долженъ быть признанъ отказавшимся противопоставить этому праву свое старшинство.

И такъ, отсутствіемъ или наличностью разсматриваемаго согласія обусловливается сила младшаго, по времени внесенія, права въ чужомъ имѣніи въ отношеніи старшаго залога. Это не значитъ, однако же, чтобы ст. 63 обусловливала этимъ согласіемъ самую возможность обремененія заложеннаго имѣнія упомянутымъ правомъ. Напротивъ того, право это, хотя и установленное помимо согласія вотчиннаго кредитора, исполнѣ дѣйствительно какъ по отношенію къ собственнику, такъ и ко всякому третьему лицу; только противъ этого кредитора оно можетъ оказаться безсильнымъ при публичной продажѣ и то лишь въ зависимости отъ того, насколько въ состояніи причинить ему вредъ.

Указаннымъ относительнымъ только, а не абсолютнымъ значеніемъ согласія, о коемъ идетъ рѣчь, объясняется, почему проектъ не обусловливаетъ дѣйствительности этого согласія необходимостью оглашенія его по вотчинной книгѣ. Оно должно почитаться безусловно обязательнымъ для всякаго правопреемника вотчиннаго кредитора по *безмездному* правооснованію. Положеніе это вытекаетъ изъ общаго правила, выраженнаго въ ст. 13 проекта вотчиннаго устава, по которой безповоротность вотчинныхъ правъ не примѣняется къ случаямъ безвозмезднаго пріобрѣтенія того или другаго права. Что же касается до лица, *возмездно* пріобрѣвшаго данное залоговое право, то интересы поземельнаго кредита требуютъ, чтобы согласіе, данное предшественникомъ этого лица, могло быть противопоставляемо послѣднему лишь въ томъ случаѣ, когда внесено въ вотчинную книгу или было ему извѣстно. Въ этомъ смыслѣ редактирована вторая половина ст. 63 настоящаго проекта.

ОТДѢЛЕНІЕ 5.

О сохраненіи старшинства для предстоящаго залога.

64. При установленіи добровольнаго залога собственникъ можетъ, по соглашенію съ кредиторомъ, въ пользу коего залогъ устанавливается, сохранить за собою право на обезпеченіе впослѣдствіи имѣніемъ требованій въ опредѣленной суммѣ со старшинствомъ передъ требованіемъ кредитора. Въ семъ случаѣ, одновременно со внесеніемъ залоговаго требованія въ вотчинную книгу, впереди его вносится въ четвертый отдѣлъ отмѣтка о предстоящемъ залогѣ съ указаніемъ суммы его; въ отмѣткѣ означается и размѣръ процентовъ.

Ст. 25 и 26 главн. осн.

Ст. 162 и 163 проекта мин. юст.

Ст. 150 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 143 сакс. пол. о безсп. произв. 1865 г.

Ст. 842 проекта общегерм. гр. улож.

Сходство и различіе института сохр. старш. для предстоящаго залога отъ института ипотеки собственника.

Правила, изложенныя въ настоящемъ отдѣленіи, проектированы въ развитіе соображеній, изложенныхъ въ § 2 отдѣла IV общихъ объясненій, относящихся къ залоговому праву ⁽¹⁾. Вводимый этими правилами институтъ сохраненія старшинства для предстоящаго залога предназначенъ замѣнить собою предположенный преподанными государственнымъ совѣтомъ главными основаніями (ст. 25 и 26) институтъ ипотеки собственника. Послѣ всего сказаннаго объ обоихъ названныхъ институтахъ сходство ихъ и различіе между собою можетъ быть резюмировано вкратцѣ въ слѣдующемъ видѣ.

Институтъ ипотеки собственника и институтъ сохраненія старшинства для предстоящаго залога имѣютъ то общее между собою, что даютъ собственнику возможность сохранять за собою распоряженіе лучшими мѣстами, лучшими условіями старшин-

⁽¹⁾ См. выше стр. 147 и слѣд.

ства по вотчинной книгѣ, что облегчаетъ ему вступленіе въ переговоры съ банковыми установленіями и вообще съ капиталистами на тотъ случай, когда онъ встрѣтитъ впослѣдствіи надобность въ кредитѣ. Эти практическія выгоды имѣютъ весьма важное значеніе, признанное какъ иностранными законодательствами, такъ и указанными главными основаніями. Такъ, напримѣръ, весьма часто, по независящимъ отъ собственника причинамъ, можетъ потребоваться болѣе или менѣе продолжительное время для залога имѣнія въ кредитномъ установленіи. Лишать на все это время собственника возможности установить какой либо другой залогъ было бы несправедливо. Но для того, чтобы этотъ другой залогъ не сталъ на первое мѣсто и тѣмъ самымъ не воспрепятствовалъ возможности внесения на первое мѣсто залога въ пользу кредитнаго установленія, необходимо предоставить собственнику средство сохранить за собою распоряженіе этимъ мѣстомъ, независимо отъ установленія новыхъ залоговъ съ худшимъ старшинствомъ.

Отыскивая такое средство, государственный совѣтъ остановился на ипотекаѣ собственника, ограничивъ, однако, или сѣузивъ значеніе этой ипотеки для того, чтобы избѣгнуть нежелательной мобилизаціи недвижимой собственности и нарушенія интересовъ будущихъ кредиторовъ собственника. Ограниченіе это выразилось въ правилѣ, изложенномъ въ ст. 26 главныхъ основаній, признающемъ записанное на имя собственника обезпеченіе лишеннымъ силы въ случаѣ продажи имѣнія съ публичнаго торга, если обезпеченіе это передано постороннему лицу послѣ внесенія въ книгу охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія на имѣніе. Приведенное правило не въ состояніи однакоже устранить въ большинствѣ случаевъ указанныхъ вредныхъ послѣдствій ипотеки собственника. Последняя, и при наличности этого правила, сохраняетъ характеръ какъ бы изъятой, мобилизованной собственникомъ цѣнности имѣнія, которою онъ можетъ распоряжаться также свободно, какъ другими бумажными цѣнностями, ибо во 1-хъ, она исключаетъ возможность обезпеченія на этой цѣнности личныхъ долговъ собственника путемъ установленія принудительнаго залога и во 2-хъ, она связана съ извѣстнымъ ущербомъ и для тѣхъ третьихъ лицъ, которыя пріобрѣли, въ промежутокъ

времени между внесением этой ипотеки и передачей ее в постороннія руки, какія либо права, подлежащія внесению какъ въ четвертый, такъ и въ третій отдѣлъ вотчинной книги. Другими словами, ипотека собственника даже въ томъ видѣ, въ какомъ она проектирована въ главныхъ основаніяхъ, представляется извѣстною мобилизованою цѣнностью имѣнія потому, что устраняетъ возможность установить принудительный залогъ со старшинствомъ, присвоеннымъ этой ипотека, и что она сама пользуется старшинствомъ не только по четвертому, но и по третьему отдѣлу вотчинной книги. Усвоивъ себѣ сущность мысли государственнаго совѣта, проектъ предлагаетъ средство достиженія цѣли, намѣченной главными основаніями, болѣе осторожное, болѣе гарантирующее будущихъ кредиторовъ отъ злоупотребленій со стороны собственника и потому менѣе опасное, заключающееся въ институтѣ сохраненія старшинства для предстоящаго залога. Въ отличіе отъ внесенной въ вотчинную книгу ипотеки собственника, записанная въ эту книгу отмѣтка о сохраненіи старшинства лишена значенія орудія мобилизаціи недвижимой собственности, такъ какъ сама по себѣ она представляетъ одно только пустое мѣсто, не составляетъ обремененія имѣнія, пока не будетъ восполнена соотвѣтствующимъ внесениемъ залоговаго требованія.

Условія внесенія
отмѣтки о предстоя-
щемъ залогѣ.

По силѣ настоящей статьи собственникъ вправе сохранить за собою старшинство для предстоящаго залога только при установленіи извѣстнаго залога. Право это является, слѣдовательно, по проекту, видомъ сдѣлки объ уступкѣ старшинства, предусмотрѣнной въ ст. 61 проекта. Оно имѣетъ въ основѣ своей *соглашеніе собственника съ даннымъ кредиторомъ* о томъ, чтобы принадлежащему этому кредитору залоговому требованію предшествовало другое требованіе или другія требованія, могущія быть установленными въ будущемъ въ опредѣленной суммѣ. Сохраненія старшинства независимо отъ одновременнаго съ нимъ установленія какого либо залога, сохраненія старшинства не какъ результатъ упомянутаго соглашения проектъ не допускаетъ, такъ какъ старшинство, оторванное отъ всякаго права, юридически немыслимо.

Сохраненіе старшинства возможно лишь при установленіи *добровольнаго* залога, т. е. залога договорнаго или завѣщательнаго, но не принудительнаго. Принудительный залогъ, пока онъ остается таковымъ, исключаетъ возможность разсматриваемыхъ соглашеній. То, что служить правооснованіемъ принудительнаго залога, порождаетъ въ пользу кредитора возможность установленія этого залога на первое свободное мѣсто въ вотчинной книгѣ *въ силу самаго закона*, почему и возможность эта не можетъ быть произвольно ограничиваема. Само собою понятно, что сохраненіе старшинства при установленіи договорнаго залога должно быть выговорено въ актѣ, служащемъ правооснованіемъ этого залога, такъ какъ актомъ этимъ опредѣляется все то, что подлежитъ внесенію въ вотчинную книгу, все то, что, состоя въ зависимости отъ соглашения сторонъ, должно вліять на объемъ даннаго залога и отношеніе его къ другимъ правамъ, обременяющимъ одно и то же имѣніе. Что же касается до завѣщательнаго залога, то первоначально предполагалось включить въ проектъ особое правило о томъ, что при установленіи этого залога завѣщатель и безъ согласія лица, коему завѣщано залоговое право, можетъ сохранить означенное въ разсматриваемой статьѣ право за наслѣдникомъ, къ которому переходитъ имѣніе. Хотя при установленіи завѣщательнаго залога немислимо соглашеніе между завѣщателемъ и лицомъ, которому завѣщано залоговое право, по предмету сохраненія старшинства передъ этимъ правомъ, тѣмъ не менѣе согласіе упомянутаго лица замѣняется въ данномъ случаѣ согласіемъ наслѣдодателя, почему наша будущая практика не встрѣтитъ, конечно, затрудненія въ томъ, чтобы вывести означенное правило путемъ толкованія настоящей статьи. По изложеннымъ основаніямъ правило это изъ проекта исключено.

Право на обезпеченіе впослѣдствіи имѣніемъ требованій сохраняется за собственникомъ въ видѣ особой отмѣтки, вносимой одновременно со внесеніемъ даннаго залоговаго права, передъ которымъ она должна пользоваться старшинствомъ и даже впереди этого права. *Одновременно* съ тою цѣлью, чтобы предотвратить недоразумѣнія, возможные въ томъ случаѣ, если бы въ промежутокъ времени между внесеніемъ залога и

отмѣтки первый перешелъ къ третьему лицу, а *впередѣ* — для сохраненія въ вотчинной книгѣ возможной наглядности старшинства отмѣтки передъ залогомъ.

Требованіе указанія въ отмѣткѣ суммы и размѣра процентовъ вызывается началомъ спеціальности всякаго рода записей и отмѣтокъ по вотчинной книгѣ и охраняемыхъ ими правъ, почему и не нуждается въ особыхъ объясненіяхъ.

65. При наличности отмѣтки о предстоящемъ залогѣ послѣдующіе добровольные залого, устанавливаемые въ предѣлахъ суммы, означенной въ отмѣткѣ, вносятся въ вотчинную книгу съ принадлежащимъ отмѣткѣ старшинствомъ по отношенію къ другимъ залоговымъ требованіямъ, развѣ при установленіи добровольнаго залога состоялось соглашеніе собственника съ кредиторомъ о сохраненіи за означенною въ отмѣткѣ суммою старшинства передъ требованіемъ сего кредитора. Такое соглашеніе означается въ записи о добровольномъ залогѣ.

66. Если по залоговому требованію проценты превышаютъ указанный въ отмѣткѣ размѣръ процентовъ, то означенному требованію присвоивается старшинство отмѣтки въ такомъ объемѣ, чтобы капитальная сумма съ процентами за два года не превышала итога капитальной суммы отмѣтки съ двухлѣтними процентами, опредѣленными въ отмѣткѣ.

67. Старшинство нѣсколькихъ, внесенныхъ по ст. 65, залоговыхъ требованій между собою опредѣляется тою послѣдовательностью, въ которой они внесены въ вотчинную книгу, если не оговорено инаго между ними отношенія.

Общая сумма залоговыхъ требованій, вносимыхъ со старшинствомъ отмѣтки, не можетъ превышать означенной въ отмѣткѣ суммы.

Условія присвоенія сохраненнаго старшинства предстоящимъ залогамъ.

Въ то время, какъ ст. 64 опредѣляла условія установленія права на *сохраненіе старшинства* для предстоящаго залога, настоящія статьи имѣютъ цѣлью указать ближайшимъ обра-

зомъ условія распоряженія этимъ правомъ, или, другими словами, условія, коимъ должно подчиняться *присвоеніе* уже сохраненнаго по вотчинной книгѣ *старшинства* будущимъ залогамъ.

Отмѣтка о предстоящемъ залогѣ, въ отличіе отъ ипотеки собственника, представляетъ собою, какъ извѣстно, одно лишь пустое мѣсто. Она даетъ собственнику только право формальнаго распоряженія даннымъ старшинствомъ, лишенное пока матеріальнаго содержанія. Только послѣ того, какъ старшинство это присвоено какому либо залоговому праву, является восполненнымъ и матеріальное содержаніе отмѣтки, только съ этого времени можетъ быть рѣчь объ обремененіи имѣнія въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Не внесеніе означенной отмѣтки, само по себѣ, но послѣдующее установленіе на ея мѣсто одного или нѣсколькихъ залоговыхъ правъ обуславливаетъ собою дѣйствительное обремененіе имѣнія.

Отсюда очевидно, что означенное послѣдующее установленіе залоговыхъ правъ, долженствующихъ пользоваться старшинствомъ отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, подчиняется тѣмъ же условіямъ, что и установленіе всякаго вообще залоговаго права. Собственникъ, присвоивающій старшинство отмѣтки тому или другому залоговому праву, долженъ быть правоспособнымъ къ установленію этого послѣдняго. Если бы онъ послѣ внесенія отмѣтки былъ ограниченъ въ своей правоспособности, то онъ и не можетъ распорядиться старшинствомъ ея въ пользу какого либо залога до тѣхъ поръ, пока существуетъ это ограниченіе. За симъ и самое распоряженіе означеннымъ старшинствомъ возможно лишь посредствомъ акта внесенія залога на общемъ основаніи. Для производства этого внесенія необходима наличность правооснованія, облеченнаго въ установленную вотчиннымъ уставомъ форму.

Такъ какъ отмѣтка о предстоящемъ залогѣ вносится, согласно ст. 64, на основаніи соглашенія собственника съ даннымъ вотчиннымъ кредиторомъ, то отсюда ясно, что она имѣетъ лишь относительное, а никакъ не абсолютное значеніе. Она дѣйствительна только противъ этого кредитора, поступившагося въ пользу предстоящаго залога тѣмъ лучшимъ старшинствомъ, которымъ онъ вправѣ былъ воспользоваться со-

гласно нормальному законному порядку установленія вотчинныхъ правъ въ недвижимомъ имуществѣ. Что же касается до третьихъ лицъ; приобретающихъ залоговыя права въ этомъ имуществѣ, то они, не будучи стѣснены какимъ либо соглашеніемъ въ данномъ отношеніи, вправѣ приобрести то старшинство по вотчинной книгѣ, которое ко времени установленія означенныхъ правъ оказывается свободнымъ, а слѣдовательно и старшинство отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, поскольку старшинство это остается еще незанятымъ. Поэтому-то ст. 65 и постановляетъ, что при наличности отмѣтки о предстоящемъ залогѣ послѣдующіе добровольные залого, въ предѣлахъ суммы, означенной въ отмѣткѣ, вносятся въ вотчинную книгу *съ принадлежащимъ отмѣткѣ старшинствомъ по отношенію къ другимъ залоговымъ требованіямъ*. Только наличность опять таки особаго соглашенія собственника съ кредиторомъ, какъ указывается далѣе въ той же статьѣ, соглашенія о сохраненіи за означенною въ отмѣткѣ суммою старшинства передъ требованіемъ сего кредитора, можетъ повести къ тому, чтобы старшинство отмѣтки оставалось незанятымъ, не смотря на послѣдующее послѣ ея внесенія установленіе залога. При наличности указаннаго соглашенія новый добровольный залогъ вносится непосредственно послѣ того залога или тѣхъ залоговъ, коимъ предшествуетъ въ порядкѣ старшинства отмѣтка о предстоящемъ залогѣ. Во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній, возможныхъ для третьихъ лицъ при опредѣленіи старшинства того или другаго залоговаго права по вотчинной книгѣ, ст. 65 требуетъ, чтобы упомянутое выше соглашеніе было означено въ записи этого новаго добровольнаго залога. Остается еще добавить, что ст. 65 упоминаетъ лишь о послѣдующихъ *добровольныхъ* залогахъ именно потому, что вопросъ о значеніи отмѣтки о предстоящемъ залогѣ при послѣдующемъ внесеніи принудительныхъ залоговъ разрѣшается особо въ ст. 71 настоящаго проекта.

Всякій кредиторъ, согласившійся, чтобы отмѣтка о предстоящемъ залогѣ сохраняла старшинство предъ его собственнымъ требованіемъ, не долженъ быть поставленъ въ худшее положеніе, сравнительно съ тѣмъ, которое имѣлось въ виду при внесеніи этой отмѣтки. Поэтому, принадлежащее отмѣткѣ

старшинство можетъ быть присвоено послѣдующимъ добровольнымъ залогамъ только въ предѣлахъ суммы, въ ней означенной. Поскольку капитальная сумма всякаго даннаго залога превышаетъ сумму отмѣтки, остававшуюся до его внесенія свободной, она пріобрѣтаетъ уже въ этой остальной своей части старшинство послѣ всѣхъ залоговъ, внесенныхъ до установленія упомянутаго залога. То же старшинство будетъ принадлежать очевидно и всякому другому залогу, внесенному послѣ того, какъ сумма отмѣтки исчерпана предъидущимъ или предъидущими залогомъ.

Сказанное о капитальной суммѣ залоговаго требованія, вносимаго со старшинствомъ, принадлежащимъ отмѣткѣ о предстоящемъ залогѣ, относится и до процентовъ. Подобно суммѣ требованія и проценты его не должны, по общему правилу, превышать означеннаго въ отмѣткѣ (ст. 64) размѣра процентовъ. Но такъ какъ весьма возможны случаи, когда условленные по залоговому требованію проценты будутъ превышать упомянутый размѣръ, то для того, чтобы обстоятельство это не могло воспрепятствовать собственнику воспользоваться старшинствомъ отмѣтки и чтобы внесеніе подобнаго залоговаго требованія съ этимъ старшинствомъ не нарушило начала спеціальности, проектъ находитъ необходимымъ предусмотрѣть особо эти случаи и постановить, что въ нихъ присвоивается залоговому требованію старшинство отмѣтки въ такомъ объемѣ, чтобы капитальная сумма требованія *съ процентами за два года* не превышала итога капитальной суммы отмѣтки *съ двухлѣтними* процентами, опредѣленными въ отмѣткѣ (ст. 66). Причина, почему къ капитальнымъ суммамъ отмѣтки и даннаго залоговаго права причисляются лишь двухлѣтніе проценты отъ той и другой суммы, заключается въ томъ, что по силѣ ст. 74 проекта вотчиннаго устава, только проценты, наросшіе за два года, могутъ пользоваться наравнѣ съ капитальной суммой залоговымъ обезпеченіемъ; наросшіе же въ большемъ размѣрѣ почитаются личнымъ долгомъ.

Оставалось за симъ разрѣшить вопросъ о старшинствѣ нѣсколькихъ, внесенныхъ на мѣсто отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, залоговыхъ требованій между собою. Старшинство

это опредѣляется, на общемъ основаніи (ст. 59), тою послѣдовательностью, въ которой они внесены въ вотчинную книгу, развѣ бы заинтересованными лицами установлено было иное между этими требованіями отношеніе. Само собою понятно, что это иное отношеніе должно быть указано въ вотчинной книгѣ и отмѣчено на подлежащихъ залоговыхъ актахъ ⁽¹⁾.

68. Присвоеніе залоговому требованію старшинства отмѣтки о предстоящемъ залогѣ не имѣетъ вліянія на взаимное отношеніе между этимъ требованіемъ и правами, внесенными или обезпеченными во второмъ и третьемъ отдѣлахъ вотчинной книги. Взаимное отношеніе такого залоговаго требованія и означенныхъ правъ опредѣляется соотвѣтственно времени внесенія въ книгу самаго залоговаго требованія, а не отмѣтки о предстоящемъ залогѣ.

Объясненіями, изложенными выше, разрѣшается самъ собою и вопросъ о взаимномъ соотношеніи между отмѣткою о предстоящемъ залогѣ и правами, внесенными или обезпеченными во второмъ или третьемъ отдѣлахъ вотчинной книги. Уже относительное значеніе этой отмѣтки, исключительная обязательность ея для лицъ, изъявившихъ согласіе на сохраненіе собственникомъ старшинства, влечетъ за собою то послѣдствіе, что она лишена всякой силы для того, кто оспариваетъ у собственника его право на имѣніе или пріобрѣтаетъ какое либо ограниченіе этого права (право отдѣльнаго владѣнія, вотчинную повинность и т. п.). Независимо отъ сего, разсматриваемая отмѣтка лишена всякой силы противъ правъ, внесенныхъ или обезпеченныхъ послѣ нея во второмъ или третьемъ отдѣлахъ вотчинной книги еще потому, что сама она никакого вотчиннаго обремененія собою не представляетъ, почему она и не можетъ умалить въ чемъ либо объема означенныхъ правъ. Внеся эту отмѣтку, собственникъ не распорядился еще извѣстною цѣнностью своего имѣнія, а лишь

⁽¹⁾ См. ст. 61 и объясненія къ ней, стр. 528.

сохранилъ за собою право сдѣлать это впослѣдствіи. Въ этомъ и заключается, какъ замѣчено выше, сущность отмѣтки о предстоящемъ залогѣ въ отличіе отъ ипотеки собственника, внесеніемъ коей собственникъ мобилизируетъ часть цѣнности своего имѣнія для того, чтобы воспользоваться ею для своихъ будущихъ кредитныхъ операцій. Только послѣ того, когда старшинство отмѣтки присвоено какому либо залоговому требованію, когда независимо отъ внесенія отмѣтки состоялось внесеніе на ея мѣсто и залоговаго требованія, старшинство это почитается выполненнымъ, а самое имѣніе обремененнымъ долгомъ съ означеннымъ старшинствомъ. Поэтому только послѣ внесенія этого залоговаго требованія лица, пріобрѣтающія или обезпечивающія свои права во второмъ или третьемъ отдѣлѣ вотчинной книги, встрѣчаются уже съ дѣйствительно занятымъ старшинствомъ отмѣтки и должны съ нимъ считаться. Только въ этомъ случаѣ упомянутыя права должны уступать предъ этимъ старшинствомъ, слѣдовать за нимъ. Напротивъ того, если бы права эти были внесены или обезпечены до внесенія отмѣтки или въ промежутокъ времени между этимъ внесеніемъ и внесеніемъ или обезпеченіемъ самаго залоговаго требованія, то они должны пользоваться старшинствомъ предъ послѣднимъ, ибо старшинство это ко времени установленія или обезпеченія упомянутыхъ правъ оказывалось свободнымъ. Какъ тотъ, кто оспаривалъ у собственника его право на имѣніе, такъ и, напримѣръ, пожизненный владѣлецъ имѣнія, заставъ означенную въ отмѣткѣ цѣнность неисчерпанною ко времени, когда огласилъ свой споръ по вотчинной книгѣ или пріобрѣлъ въ имѣніи пожизненное владѣніе, въ правѣ простираетъ свои права на эту цѣнность предпочтительно предъ залоговымъ требованіемъ, внесеннымъ послѣ отмѣтки о спорѣ или записи о пожизненномъ владѣніи. Основываясь на этихъ соображеніяхъ, проектъ постановляетъ, что взаимное соотношеніе залоговаго требованія, коему присвоено старшинство отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, и правъ, внесенныхъ или обезпеченныхъ во второмъ или третьемъ отдѣлахъ вотчинной книги, опредѣляется соответственно времени внесенія въ книгу *самаго залоговаго требованія*, а не отмѣтки о предстоящемъ залогѣ.

Нечего говорить, что и приобретатель права по третьему отдѣлу вотчинной книги можетъ, подобно всякому новому кредитору, согласиться по договору съ собственникомъ о сохраненіи за отмѣткою старшинства передъ этимъ правомъ. Такое соглашеніе должно, конечно, точно такъ же, какъ и соглашеніе, упомянутое въ ст. 65, быть означено въ соответствующей записи вотчинной книги.

69. Дѣйствіе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ не ограничивается никакимъ срокомъ и не прекращается съ перемѣною собственника имѣнія. По внесеніи въ вотчинную книгу новаго собственника, долги его обезпечиваются залогомъ по правилу, изложенному въ ст. 65.

70. Погашеніе по вотчинной книгѣ залога, внесеннаго со старшинствомъ отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, возстановляетъ указанное въ ст. 65 дѣйствіе сей отмѣтки въ суммѣ погашеннаго залога.

71. Со внесеніемъ въ вотчинную книгу статьи о принудительномъ залогѣ, передъ которою отмѣтка о предстоящемъ залогѣ имѣетъ старшинство, приостанавливается, впредъ до погашенія этой статьи, указанное въ ст. 65 дѣйствіе означенной отмѣтки въ предѣлахъ суммы, показанной въ статьѣ о принудительномъ залогѣ.

72. При производствѣ о публичной продажѣ имѣнія и о распредѣленіи между кредиторами денегъ отмѣтка о предстоящемъ залогѣ принимается въ расчетъ лишь въ той суммѣ, въ которой старшинство ея присвоено какому либо залоговому требованію.

Вліяніе на силу
отмѣтки о сохране-
ніи старш. для пред-
стоящаго залога:

Полная разработка принятаго проектомъ института о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога потребовала еще ближайшаго разрѣшенія вопросовъ о вліяніи, которое должны оказать на силу отмѣтки о сохраненіи мѣста слѣдующія обстоятельства, а именно: погашеніе по вотчинной книгѣ

залога, внесеннаго съ ея старшинствомъ, внесеніе принудительнаго залога, перемѣна въ лицѣ собственника и публичная продажа имѣнія.

1. Какъ извѣстно уже изъ общихъ объясненій, погашеніе какого либо залога по вотчинной книгѣ не обращается, согласно проекту, безусловно къ выгодѣ младшихъ кредиторовъ, а порождаетъ въ пользу собственника право воспользоваться старшинствомъ, принадлежавшимъ погашенному залoгу, въ пользу новаго залога. Младшіе кредиторы подвигаются впередъ въ разсматриваемомъ случаѣ на мѣсто погашеннаго залога лишь тогда, когда собственникъ до публичной продажи имѣнія не осуществилъ означеннаго права. Соответствующее правило по этому предмету выражено въ ст. 107 проекта вотчиннаго устава, постановляющей, что, «съ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, о чемъ означается въ самой записи о погашеніи». Очевидно, что для указанныхъ послѣдствій погашенія залога совершенно безразлично, какимъ образомъ возникло старшинство, принадлежавшее этому залoгу: установилось ли оно непосредственно съ актомъ его внесенія, или же было напередъ удержано собственникомъ до внесенія погашеннаго залога. Погашеніе залога, непосредственно внесеннаго на мѣсто, которое онъ занималъ, такъ и того, который былъ внесенъ со старшинствомъ отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, не можетъ не быть разсматриваемо совершенно одинаково, ибо въ обоихъ этихъ случаяхъ дѣло идетъ объ освобожденіи имѣнія отъ извѣстнаго обремененія, освобожденіи, которое не должно обращаться ко вреду собственника. Отождествить эти случаи необходимо тѣмъ болѣе, что, внося отмѣтку, о коей идетъ рѣчь, собственникъ сохраняетъ старшинство не для даннаго залога, а вообще для предстоящаго залога, почему внесеніе со старшинствомъ отмѣтки новаго залога на мѣсто погашеннаго, пользовавшагося тѣмъ же старшинствомъ, не можетъ нарушить ничьихъ законныхъ интересовъ. Слѣдовательно, и статья о погашеніи по вотчинной книгѣ залога, внесеннаго со старшинствомъ отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, точно такъ же, какъ и статья о погашеніи всякаго другаго залога, должна

1) погашенія по
вотч. книгѣ какого
либо залога, внесен-
наго со старш. этой
отмѣтки;

приобрѣсти значеніе этой отмѣтки. А такъ какъ въ случаяхъ погашенія залоговъ перваго рода въ вотчинной книгѣ была уже внесена отмѣтка о предстоящемъ залогѣ, то въ этихъ случаяхъ должно происходить собственно *возстановленіе* сей отмѣтки, съ предоставленіемъ собственнику вновь пользоваться ею согласно правилу, изложенному въ ст. 65 проекта, т. е. такъ, какъ будто бы она была только что внесена. Само собою разумѣется, что, желая воспользоваться статьею о погашеніи залога въ смыслѣ возстановленной отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, собственникъ долженъ, примѣняясь къ вышеприведенному правилу ст. 107 проекта, просить вотчинное установленіе о томъ, чтобы о возстановленіи отмѣтки было означено въ записи о погашеніи залога.

2) внесенія принудительнаго залога;

2. Подобно тому, какъ отмѣтка о предстоящемъ залогѣ лишена всякой силы противъ правъ, внесенныхъ или обеспеченныхъ послѣ нея во второмъ или третьемъ отдѣлахъ вотчинной книги, точно также она не можетъ имѣть силы противъ охранительныхъ отмѣтокъ четвертаго отдѣла и записей о принудительномъ залогѣ, вносимыхъ послѣ того, какъ собственникъ еще не присвоилъ старшинства, принадлежащаго отмѣткѣ о предстоящемъ залогѣ, какому либо добровольному залогу. И въ этомъ обстоятельствѣ, какъ и въ томъ, которое предусматрѣно ст. 68 проекта, заключается отличіе института сохраненія старшинства для предстоящаго залога отъ института ипотеки собственника. Такъ какъ отмѣтка о предстоящемъ залогѣ представляетъ собою не болѣе, какъ пустое мѣсто, то внеся ее, собственникъ не распорядился еще цѣнностью своего имѣнія, равносильной суммѣ отмѣтки такъ, чтобы цѣнность эта могла бы почитаться изъятою въ отношеніи обращенныхъ противъ собственника личныхъ взысканій. Предоставленіе добровольнымъ залогамъ, вносимымъ послѣ отмѣтки, хотя бы и въ предѣлахъ показанной въ ней суммы, возможности пользоваться старшинствомъ предъ охранительной отмѣткой или принудительнымъ залогомъ, внесеннымъ ранѣе означенныхъ залоговъ, явилось бы очевидною несправедливостью. Мало того, оно обратило бы институтъ сохраненія старшинства въ орудіе злоупотребленія со стороны собственника, въ такое орудіе, къ которому онъ могъ бы весьма удобно прибѣгать съ цѣлью лишить своихъ личныхъ креди-

торовъ возможности надлежащаго обезпеченія принадлежащихъ имъ взысканій.

При разсмотрѣннн вопроса, касающагося столкновенія отмѣтки о предстоящемъ залогѣ съ охранительными отмѣтками четвертаго отдѣла вотчинной книги, а также съ записями о принудительномъ залогѣ, въ редакціонной комисіи предположено было первоначально оградить преимущественно интересы лицъ, требованія которыхъ обезпечены охранительными отмѣтками, и не распространять такого же огражденія на принудительный залогъ, внесенный въ видѣ окончательной записи. Предположеніе это было основано на томъ соображеніи, что, во первыхъ, въ случаѣ окончательнаго внесенія принудительнаго залога кредиторъ можетъ самъ охранить свои интересы посредствомъ немедленнаго обращенія взысканія на имѣніе и что, во вторыхъ, повышеніе старшинства принудительнаго залога безъ участія кредитора можетъ повести къ противорѣчію между залоговымъ актомъ, выданнымъ по принудительному залогу и записями книги въ отношеніи старшинства, такъ какъ означенное повышеніе старшинства оставалось бы неотмѣченнымъ на залоговомъ актѣ. Упомянутое предположеніе встрѣтило однакоже возраженіе о томъ, что передвиженіе старшинства безъ просьбы заинтересованныхъ лицъ усложняетъ веденіе вотчинной книги, можетъ повести къ запутанности въ ней и возлагаетъ тяжелую отвѣтственность на вотчинное установленіе; что присвоеніе охранительной отмѣтки старшинства, принадлежащаго отмѣткѣ о предстоящемъ залогѣ, можетъ случайно поставить первую изъ этихъ отмѣтокъ выше другихъ записей, ранѣе ея внесенныхъ, и что нѣтъ никакого основанія проводить въ данномъ случаѣ различіе между охранительными отмѣтками и окончательными записями о принудительномъ залогѣ. Поэтому самый естественный, самый правильный способъ разрѣшенія рассматриваемаго столкновенія заключается въ томъ, чтобы охраняемые по вотчинной книгѣ или окончательно устанавливаемые принудительные залогѣ вносились на тѣ мѣста ея, которыя при нормальномъ порядкѣ производства записей оказываются свободными, или, другими словами, чтобы залогѣ эти пользовались старшинствомъ по времени своего внесенія на общемъ основаніи, съ тѣмъ однакоже, чтобы фактомъ таковаго внесенія парализи-

ровалось дѣйствіе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, т. е. чтобы во все время, пока принудительный залогъ значится по вотчинной книгѣ, принадлежащее этому залогу старшинство не могло измѣниться отъ того, что послѣ его внесенія собственникъ распорядился вышестоящею передъ нимъ отмѣткою о предстоящемъ залогѣ путемъ присвоенія ея старшинства какому либо добровольному залогу. Только при этихъ условіяхъ будетъ въ одно и то же время избѣгнуто колебаніе прочности правъ, установленныхъ ранѣе принудительнаго залога и отнята у собственника возможность распорядиться лучшимъ мѣстомъ по вотчинной книгѣ въ ущербъ обращеннымъ къ нему личнымъ взысканіямъ. Само собою разумѣется, что пріостановленіе дѣйствія отмѣтки о предстоящемъ залогѣ по случаю внесенія принудительнаго залога должно простирается только до предѣловъ суммы, въ которой установленъ этотъ залогъ, ибо только до предѣловъ этой суммы можетъ быть рѣчь о столкновеніи означеннаго залога съ добровольнымъ залогомъ, коему присвоено старшинство отмѣтки. Если бы, напримѣръ, въ промежутокъ времени между внесеніемъ отмѣтки о предстоящемъ залогѣ на сумму 10.000 р. и установленіемъ какого либо добровольнаго залога, былъ внесенъ одинъ или нѣсколько принудительныхъ залоговъ, то изъ денегъ вырученныхъ отъ продажи заложеннаго имѣнія должна быть удержана, предварительно удовлетворенія кредитора, съ согласія коего внесена отмѣтка о предстоящемъ залогѣ (ст. 64), вся ея сумма 10.000 р., каковая сумма подлежитъ преимущественному обращенію на удовлетвореніе принудительныхъ залоговъ, и только остатокъ ея можетъ быть выданъ въ погашеніе упомянутаго добровольнаго залога. Послѣдній, въ остальной, неудовлетворенной своей части, пользуется старшинствомъ по времени своего внесенія, т. е. слѣдуетъ за всѣми внесенными ранѣе его добровольными или принудительными залогами и предшествуетъ всякаго рода залогамъ, внесеннымъ послѣ него. На приведенныхъ соображеніяхъ и основано правило, изложенное въ ст. 71 настоящаго проекта.

3) добровольнаго
отчужденія имѣнія

3. Такъ какъ внесеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ не равносильно обремененію имѣнія залогомъ, то очевидно, что

собственникъ, не распорядившійся старшинствомъ этой отмѣтки въ пользу какого либо добровольнаго залога и отчудившій самое имѣніе, никакого залоговаго права въ немъ не сохраняетъ. Онъ не сохраняетъ за собою залоговаго права въ имѣніи именно потому, что нѣтъ требованія, обезпеченіемъ коего право это могло бы служить. Понятно также, что тотъ же собственникъ, отчудивъ имѣніе, не можетъ уже распорядиться отмѣткою о предстоящемъ залогѣ въ смыслѣ присвоенія ея старшинства въ пользу какого либо новаго залога. Право этого распоряженія можетъ принадлежать только собственнику, какъ таковому. Если поэтому прежній собственникъ имъ не воспользовался, то оно можетъ принадлежать только новому, конечно въ тѣхъ же условіяхъ или предѣлахъ, какъ это могъ бы сдѣлать прежній собственникъ. Согласно сему статья 69 проекта постановляетъ, что дѣйствіе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ не прекращается съ перемѣною собственника имѣнія и что по внесеніи въ вотчинную книгу новаго собственника долги его обезпечиваются залогомъ по правилу, изложенному въ ст. 65.

4. Въ случаѣ продажи имѣнія съ публичнаго торга старшинство, присвоенное отмѣткѣ о предстоящемъ залогѣ, можетъ быть принято во вниманіе лишь настолько, насколько оно присвоено въ пользу какого либо добровольнаго залога, ибо только въ случаѣ такового присвоенія имѣніе оказывается въ дѣйствительности обремененнымъ залогомъ. Не составляя сама по себѣ обремененія, рассматриваемая отмѣтка, поскольку она осталась незанятою ко времени, съ котораго собственникъ, по случаю обращеннаго на его имѣніе взысканія, лишенъ права обременять свое имѣніе долгами (ст. 10 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній), не требуетъ на свою долю отчисленія изъ суммы, которая будетъ выручена отъ публичной продажи, подобно отчисленіямъ, производимымъ на общемъ основаніи (ст. 160—184 тамъ же) въ пользу обременявшихъ имѣніе долговъ. Отчисленіе это не можетъ быть производимо ни въ пользу собственника (ибо, какъ уже сказано выше, послѣдній, переставъ быть собственникомъ, не сохраняетъ за собою залоговаго права въ силу незанятой отмѣтки), ни въ пользу обра-

4) публичной его
продажи;

зовавшейся по дѣламъ его конкурсной массы (пбо послѣдняя не можетъ имѣть болѣе правъ, чѣмъ несостоятельный должникъ), ни тѣмъ болѣе въ пользу того или другаго изъ личныхъ взыскателей. Будучи пустымъ мѣстомъ, отмѣтка о предстоящемъ залогѣ лишена всякаго значенія какъ объектъ взысканія. Слѣдовательно, въ вышеупомянутомъ случаѣ, залогов, стоящіе въ порядкѣ старшинства ниже незанятой отмѣтки, удовлетворяются такъ, какъ будто бы отмѣтки этой вовсе не существовало, или, другими словами, подвигаются впередъ, сохраняя свою постепенность, на ея мѣсто.

Безсрочность означенной отмѣтки.

Въ виду всего вышеизложеннаго пала сама собою необходимость въ ограниченіи дѣйствія отмѣтки о предстоящемъ залогѣ какимъ либо срокомъ. Такая необходимость возникла, какъ извѣстно уже ⁽¹⁾, для австрійскаго права, которому могла дѣйствительно показаться опасною безсрочная отмѣтка, устанавливающая безусловное старшинство передъ внесеніями втораго и третьяго отдѣловъ вотчинной книги и передъ внесенными послѣ нея принудительными залогами. Но необходимости этой не существуетъ для настоящаго проекта, ставящаго вопросъ о разсматриваемой отмѣткѣ на совершенно отличную отъ австрійскаго права почву.

73. Старшинство для предстоящаго залога имѣнія въ обезпеченіе договора съ казною или займа изъ кредитнаго установленія можетъ быть сохранено посредствомъ выдачи залоговаго свидѣтельства, о чемъ вносятся въ вотчинную книгу отмѣтки въ опредѣленной суммѣ. Значеніе и послѣдствія этой отмѣтки опредѣлены въ правилахъ объ обезпеченіи недвижимымъ имѣніемъ договоровъ съ казною и съ кредитными установленіями.

Ст. 27 главн. основ.

Ст. 62 пол. о казен. подр. и пост., т. X ч. I свод. зак. гр., изд. 1887 г.

Ст. 192¹ пол. о пот. части.

⁽¹⁾ См. выше, стр. 186.

При существующихъ правилахъ о производствѣ торговъ на подряды, поставки и другіе договоры, заключаемые частными лицами съ казною, сія послѣдняя нуждается въ томъ, чтобы, предварительно вступленія въ ту или другую сдѣлку, было закрѣплено за нею извѣстное старшинство въ ряду остальныхъ правъ, обременяющихъ данное имѣніе. Старшинство это должно быть установлено уже при самомъ допущеніи частнаго лица къ участию въ торгѣ и должно оставаться неизмѣннымъ во все время послѣдующей переписки съ высшимъ начальствомъ, предшествующей заключенію договора. Залоговому праву казны, подлежащему установленію по совершеніи договора, должно быть присвоено преимущество предъ правами, возникшими въ промежутокъ времени между допущеніемъ будущаго контрагента къ торгамъ и установленіемъ этого права. Очевидно, что, при дѣйствіи проектируемаго законоположенія, такое старшинство нельзя обезпечить за казною посредствомъ внесенія отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, такъ какъ этой отмѣткѣ не предполагается присвоить старшинства передъ правами, вносимыми послѣ нея, пока мѣсто ея не занято, во второй и третій отдѣлъ вотчинной книги, и передъ установленными при тѣхъ же условіяхъ принудительными залогами ⁽¹⁾. Посему и принявъ во вниманіе, что, какъ видно изъ ст. 27 главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество, государственный совѣтъ полагалъ необходимымъ, чтобы и впредь, для представленія недвижимыхъ имуществъ въ залогъ по договорамъ съ казною, выдавались ипотечными установленіями залоговыя свидѣтельства съ соблюденіемъ нынѣ существующихъ правилъ на предметъ таковой выдачи и что, слѣдовательно, государственный совѣтъ не имѣлъ въ виду колебать сущности дѣйствующаго въ настоящее время порядка въ отношеніи залога по договорамъ съ казною, редакціонная коммисія, не соглашаясь съ мнѣніемъ меньшинства своихъ членовъ, находившихъ необходимымъ поставить казну въ разсматриваемомъ отношеніи въ одинаковое съ частными

⁽¹⁾ См. выше, ст. 68 и 71 настоящаго проекта.

контрагентами положеніе, постановила удержать и на будущее время возможность закрѣпленія необходимаго для казны старшинства посредствомъ выдачи вотчинными установленіями залоговыхъ свидѣтельствъ, подлежащихъ въ теченіе опредѣленнаго срока, подъ опасеніемъ въ противномъ случаѣ ихъ недѣйствительности, представленію казенному учрежденію, со внесеніемъ о таковой выдачѣ отмѣтки въ опредѣленной суммѣ въ вотчинную книгу.

Сказанное о залогѣ по договорамъ съ казною относится въ существѣ своемъ и къ залогу, устанавливаемому въ обезпеченіе займовъ изъ кредитныхъ установленій, каковой залогъ, какъ извѣстно, подобно залогу по договорамъ съ казною, совершается также посредствомъ выдачи залоговыхъ свидѣтельствъ. Поэтому проектъ удерживаетъ выдачу этихъ свидѣтельствъ и въ примѣненіи къ залогу съ кредитными установленіями и сопровождаетъ ее внесеніемъ соотвѣтствующей отмѣтки въ вотчинную книгу, матеріально отличающейся отъ общаго института отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, опредѣленнаго правилами предъидущихъ статей настоящаго отдѣленія.

Ближайшія указанія на соображенія, коими вызывается необходимость вышеозначенныхъ уклоненій отъ института отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, равно какъ значеніе и послѣдствія каждаго изъ этихъ уклоненій въ отдѣльности, указаны въ проектированныхъ, въ видѣ особаго законоположенія, правилахъ объ обезпеченіи недвижимымъ имѣніемъ договоровъ съ казною и съ кредитными установленіями и въ объясненіяхъ къ этимъ правиламъ.

ОТДѢЛЕНІЕ 6.

Объ отвѣтственности заложеннаго имѣнія.

74. Заложенное имѣніе отвѣчаетъ за капитальную сумму требованія, за наростіе на нее за послѣдніе два года проценты, если по вотчинной книгѣ вообще значатся проценты, и за понесенныя вотчиннымъ кредиторомъ при взысканіи судебныя издержки, въ раз-

мѣръ не свыше пяти процентовъ съ капитальной суммы требованія, если въ статьѣ о залогѣ не установлено инаго размѣра издержекъ.

Ст. 145 и 146 проекта мин. юст.

Ст. 1351 ост. гр. зак.

Ст. 70 польск. уст. 1818 г.

Ст. 14—18 австр. зак. о вотч. книгахъ 1871 г.

Ст. 43 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 30 прусск. зак. о приобр. пр. соб. etc. 1872 г.

Ст. 21, 22 и 79 пол. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 416 сакс. гр. улож.

Ст. 2148 франц. гр. кодекса.

Ст. 2010 итал. гр. кодекса.

Прим. къ оглавленію 3-го отдѣла III-ей книги проекта общегерм. гр. уложенія 1888 г.

Ст. 1066 того же проекта.

Ст. 74 и 75 направлены къ восполненію пробѣловъ дѣйствующаго законодательства, указанныхъ въ § 5 отдѣла III общихъ объясненій къ настоящей главѣ проекта и касающихся вопросовъ о пространствѣ залоговаго права, его объемѣ какъ по отношенію къ *требованію*, имъ обезпечиваемому, такъ и по отношенію къ *предмету*, на которомъ право это установлено ⁽¹⁾. Первая изъ этихъ статей даетъ отвѣты на вопросы объ объемѣ залога, рассматриваемомъ съ точки зрѣнія залоговаго требованія.

Объемъ залога по отношенію къ залоговому требованію.

По римскому праву, руководствовавшемуся въ данномъ случаѣ, какъ и вездѣ, по преимуществу соображеніями чисто логическаго характера, залогъ распространялся на требованіе и на всѣ принадлежности (accessoria) сего послѣдняго, какъ-то: на проценты и издержки, понесенныя кредиторомъ съ цѣлью полученія удовлетворенія. Слѣдовательно, не только капитальная сумма требованія, но и упомянутыя принадлежности, послѣднія *ipso jure*, т. е. помимо особаго о томъ соглашенія сторонъ, пользовались одинаковымъ обезпеченіемъ, признавались подлежащими удовлетворенію изъ заложеннаго имѣнія преимущественно предъ другими залоговыми требова-

⁽¹⁾ См. выше, стр. 64.

ніями, позже возникшими, и предъ всеѣми личными долгами залогодателя. Точка зрѣнія современнаго ипотечнаго законодательства не можетъ однакоже совпадать во всемъ со взглядомъ римскаго права по рассматриваемому предмету.

**І. Капитальная
сумма требованія.**

І. Капитальная сумма требованія, на которую простирается залоговое требованіе, опредѣляется, согласно усвоенному проектомъ *началу гласности*, размѣромъ ея, показаннымъ въ вотчинной книгѣ, т. е. содержаніемъ этой книги. Означенный размѣръ почитается самымъ высшимъ, въ предѣлахъ коего заложненное имѣніе отвѣтственно по данному требованію. При этомъ все равно, находится ли это имѣніе во время удовлетворенія долга въ рукахъ личнаго должника, или въ рукахъ третьяго лица. Конечно, личный должникъ можетъ оказаться отвѣтственнымъ предъ кредиторомъ въ суммѣ, превышающей размѣръ, показанный въ вотчинной книгѣ. Но отвѣтственность эта по отношенію къ излишку долга, о коемъ идетъ рѣчь, будетъ чисто личная. Такой излишекъ не долженъ согласно проекту пользоваться залоговымъ обезпеченіемъ, а подлежить удовлетворенію по правиламъ, установленнымъ для личныхъ долговъ. За то, наоборотъ, вопреки содержанію вотчинной книги, капитальная сумма требованія можетъ оказаться меньше той, которая показана въ вотчинной книгѣ. Это можетъ имѣть мѣсто вслѣдствіе того, что сумма, показанная въ книгѣ, имѣла и въ самомъ дѣлѣ значеніе высшаго размѣра, въ предѣлахъ коего условлена сторонами отвѣтственность по требованію, еще не возникшему въ моментъ установленія залога (т. е. въ случаяхъ т. н. кредитнаго залога), или потому, что она сведена къ меньшему размѣру судомъ, вслѣдствіе спора по этому предмету, предъявленному должникомъ къ своему кредитору. Подобный споръ, какъ и споръ противъ всего залоговаго требованія въ полной его суммѣ, возникшій между первоначальными участниками даннаго юридическаго отношенія, можетъ имѣть мѣсто по самымъ разнообразнымъ основаніямъ, относящимся къ сферѣ гражданскаго права, и быть подкрѣпленъ всякаго рода доказательствами, допускаемыми правилами устава гражданскаго судопроизводства.

II. Сверхъ капитальной суммы требованія, заложенное имѣніе, по силѣ разсматриваемой статьи, отвѣтствуетъ также и за наросшіе на эту сумму *«за послѣдніе два года проценты, если по вотчинной книгѣ вообще значатся проценты»*. Отсюда слѣдуетъ прежде всего, что и проценты, текущіе по залоговымъ требованіямъ, подчинены по проекту началу гласности. Для сообщенія этимъ процентамъ вотчиннаго характера, для распространенія и на нихъ залоговаго обезпеченія, требуется проектомъ внесеніе ихъ въ вотчинную книгу, и при томъ внесеніе въ опредѣленномъ размѣрѣ. Слѣдовательно, коль скоро проценты не внесены, старшинствомъ удовлетворенія пользуется одна лишь капитальная сумма требованія; если теченіе процентовъ по тому либо другому основанію имѣетъ мѣсто, но заинтересованныя стороны не озаботились показать ихъ въ вотчинной книгѣ, то такіе проценты должны почитаться личнымъ обязательствомъ должника, т. е. подлежатъ удовлетворенію наравнѣ съ прочими личными его долгами.

II. Проценты.

Подчиненіе ихъ началу гласности.

Распространяя дѣйствіе начала гласности и на проценты, проектъ слѣдуетъ примѣру большинства западно-европейскихъ ипотечныхъ законодательствъ. Нѣкоторое уклоненіе въ данномъ отношеніи замѣчается главнѣйшимъ образомъ только во французскомъ, баварскомъ законодательствѣ и въ ипотечныхъ уставахъ городовъ Гамбурга и Любека, изданныхъ для перваго 4 декабря 1868 и для втораго 5 мая 1880 г. Впрочемъ, положеніе, занимаемое въ данномъ вопросѣ французскимъ законодательствомъ, находится въ тѣсной связи съ невыдержанностью въ немъ начала гласности въ примѣненіи къ самымъ ипотекамъ, именно, въ допущеніи тайныхъ, т. н. легальныхъ, ипотекъ малолѣтнихъ на имущество опекуна и жены на имущество мужа. Изъ подъ дѣйствія общаго правила, по которому вотчинный характеръ процентовъ обусловливается запискою ихъ въ ипотечный регистръ (ст. 1251 гражд. кодекса), изъяты именно по названному законодательству проценты, текущіе по требованіямъ, обезпеченнымъ упомянутыми ипотеками, какъ тоже освобожденными отъ записки (ст. 2136 и 2137 тамъ же) ⁽¹⁾. По баварскому ипотечному

Уклоненія отъ этого начала французскаго и баварскаго законодательствъ, а также ипот. уставъ г. Гамбурга и Любека.

⁽¹⁾ Puchelt, d. Französische Privilegien u. Hypothekenrecht, стр. 242.

уставу 1822 года (ст. 43) внесеніе процентовъ, какъ равно и внесеніе другихъ принадлежностей залоговаго требованія (издержекъ и т. п.), не обусловливаетъ признанія за ними вотчиннаго характера, когда личный должникъ состоитъ вмѣстѣ съ тѣмъ собственникомъ заложеннаго имѣнія и когда отвѣтственность по нимъ сего послѣдняго не угрожаетъ интересамъ прочихъ *вотчинныхъ* кредиторовъ ⁽¹⁾. Наконецъ, ипотечные уставы городовъ Гамбурга (ст. 32, 38) и Любека (ст. 45) представляютъ собою ту особенность, что исключаютъ совершенно проценты изъ подѣйствія начала гласности, признавая за ними вотчинный характеръ въ силу самаго закона и, слѣдовательно, помимо внесенія. Только соглашеніе сторонъ о томъ, что теченіе процентовъ по данному требованію не должно имѣть мѣста, подлежитъ, по силѣ этихъ постановленій, оглашенію въ вотчинной книгѣ. Примѣръ французскаго законодательства лишенъ въ данномъ случаѣ для насъ всякаго значенія хотя бы уже потому, что проекту совершенно чужды легальныя ипотеки этого законодательства. Затѣмъ, то послабленіе дѣйствія начала гласности, которое сдѣлано въ баварскомъ уставѣ, едва ли можетъ быть оправдываемо съ законодательной точки зрѣнія въ виду сообщаемого имъ праву на проценты двойственнаго характера, то вотчиннаго, то личнаго, смотря по тому, разсматривается ли оно по отношенію къ личнымъ или прочимъ вотчиннымъ кредиторамъ должника, такъ какъ подобная двойственность, въ виду вносимой ею путаницы и смѣшенія понятій, должна быть вообще избѣгаема. Кромѣ того, изъятія изъ начала гласности, о коемъ идетъ рѣчь, представляется очевидно мѣрою, несогласною съ послѣдовательнымъ, раціональнымъ развитіемъ этого начала въ постановленіяхъ закона о залогѣ, и не вызывается никакими практическими соображеніями. Что же касается до вышеприведенныхъ постановленій гамбургскаго и любекскаго ипотечныхъ уставовъ, то повидимому въ основаніе этихъ постановленій могла лечь лишь мысль о томъ, что въ большинствѣ случаевъ залогъ устанавливается въ обезпеченіе требо-

⁽¹⁾ *Regelsberger. d. Bayerische Hypothekenrecht*, стр. 355 и слѣд.

ваніи, соединенныхъ съ платежемъ процентовъ, и что поэтому внесеніе ихъ въ вотчинную книгу представляется по большей части излишнимъ, ведетъ къ ненужному обремененію ея записями. Но и эта мысль очевидно не можетъ быть признана достаточнымъ основаніемъ къ тому, чтобы уклониться отъ послѣдовательнаго примѣненія начала гласности, тѣмъ болѣе, что и получаемая при его посредствѣ экономія на счетъ производства записей представляется крайне незначительною.

Залоговый характеръ процентовъ, текущихъ по залоговымъ требованіямъ, поставленъ, по силѣ разсматриваемой статьи, исключительно только въ зависимость отъ акта внесенія. Что же касается до основаній, въ силу коихъ теченіе процентовъ имѣетъ мѣсто, то въ этомъ отношеніи проектъ не дѣлаетъ никакого различія. Подъ дѣйствіе статьи 74 подойдутъ, слѣдовательно, одинаково проценты какъ условленные по договору, такъ и назначенные по завѣщанію, или нарастающіе на основаніи судебного рѣшенія. Даже и *законные проценты*, т. е. тѣ, которые текутъ въ силу закона, въ случаяхъ, имъ предусмотрѣнныхъ, если обезпеченіе ихъ въ томъ или другомъ данномъ случаѣ имѣлось сторонами въ виду, не исключаются изъ дѣйствія настоящей статьи. Мало того, по смыслу ея, по одному и тому же требованію могутъ, въ предѣлахъ показаннаго въ книгѣ размѣра, почитаться подлежащими удовлетворенію, наравнѣ съ капитальною суммою, какъ условные проценты, такъ и текущіе вслѣдствіе просрочки долга (ст. 70 т. X ч. 2, свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.), лишь бы только тѣ и другіе вмѣстѣ, по соображеніямъ, которыя приведены ниже, относились къ послѣднимъ двумъ годамъ, исключая конечно тотъ случай, когда стороны, прямымъ обезпеченіемъ по вотчинной книгѣ того либо другаго вида процентовъ или вообще своимъ соглашеніемъ по предмету ихъ, оглашеннымъ въ вотчинной книгѣ, пожелали видоизмѣнить тѣ либо другія изъ указанныхъ послѣдствій, предусмотрѣнныхъ настоящей статьею. Въ этомъ отношеніи точка зрѣнія проекта отличается отъ взгляда тѣхъ законодательствъ, которыя считаютъ необходимымъ изъять изъ подъ дѣйствія начала глас-

Точка зрѣнія проекта по отношенію къ разнымъ видамъ процентовъ.

Законные проценты по австр., сакс. и нѣкотор. друг. законодательствамъ.

ности категорию *процентовъ законныхъ* (gesetzliche Zinsen) или же специально процентовъ за просрочку долга (Verzugzinsen), и сообщить этой категоріи процентовъ (впрочемъ, въ предѣлахъ извѣстнаго срока, за который они могутъ нарости) силою самаго закона вотчинный характеръ. Законные проценты вообще признаются обременяющими помимо внесенія заложенное имѣніе совмѣстно съ капитальною суммою долга австрійскимъ (ст. 1333) ⁽¹⁾ и саксонскимъ (ст. 416) гражданскими уложеніями, вышеприведенными ипотечными уставами городовъ Гамбурга (ст. 32) и Любека (ст. 45) и проектомъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1066); проценты за просрочку долга—баварскимъ ипотечнымъ уставомъ (ст. 43). Въ оправданіе своего взгляда мотивы германскаго проекта приводятъ главнымъ образомъ тѣ соображенія, что признаніе заложеннаго имѣнія отвѣтственнымъ *ipso jure* и за законные проценты и въ особенности за проценты, установленные за просрочку, согласуется съ обыкновеннымъ намѣреніемъ сторонъ и что сущность требованія, порядокъ его уплаты, а слѣдовательно и возможность возникновенія обязательства о процентахъ можетъ быть усмотрѣна изъ вотчинной книги ⁽²⁾. Однакоже противъ перваго изъ этихъ соображеній говорить то же возраженіе, что и противъ исключенія изъ подѣйствія начала гласности *условленныхъ* процентовъ, какъ тоже обыкновенно устанавливаемыхъ (см. выше). Что же касается до втораго, то едва ли оно во всѣхъ случаяхъ справедливо ⁽³⁾. Независимо отъ сего, взглядъ этотъ не можетъ быть раздѣляемъ проектомъ вотчиннаго устава и потому еще, что заключаетъ въ себѣ очевидное нарушеніе начала спеціальности, такъ какъ ведетъ къ чрезмѣрному увеличенію предположенія третьихъ лицъ на счетъ обремененности имѣній, предположенія, которое можетъ весьма перѣдко оказаться несогласнымъ съ дѣйствительностью, и слѣдовательно вредить интересамъ кредита.

⁽¹⁾ *Exner*, d. oesterreichische Hypothekenrecht, стр. 267.

⁽²⁾ Т. III, стр. 647 и слѣд.

⁽³⁾ Ср. *Werner*, в. п. с., стр. 31.

Принципъ, въ силу коего все то, что составляетъ принадлежность даннаго требованія (а слѣдовательно и проценты), раздѣляется въ отношеніи юридическаго характера, присвоеннаго сему послѣднему, его судьбу, нуждается, независимо отъ начала гласности, въ смягченіи со стороны современнаго ипотечнаго законодательства еще въ другомъ отношеніи. По римскому праву, заложенное имѣніе признавалось отвѣтственнымъ какъ въ капитальной суммѣ, такъ и въ процентахъ, *безъ опредѣленія числа лѣтъ, за которые проценты остались неуплаченными*. Таково же правило дѣйствующаго нынѣ русскаго законодательства (ст. 1649 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.), о невозможности удержанія котораго въ силѣ на будущее время указано было уже выше ⁽¹⁾. Подчиняя, съ цѣлью дать твердую опору для юридическаго оборота по каждому имѣнію, права, устанавливаемые на немъ, началамъ гласности и спеціальности, ипотечная система требуетъ точнаго опредѣленія въ законѣ отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ. Соблюсти же эту точность возможно лишь въ томъ случаѣ, если она будетъ одинаково выдержана какъ по отношенію къ капиталамъ, обременяющимъ всякое данное имѣніе, такъ и въ частности по процентамъ, текущимъ по этимъ капиталамъ. Достиженіе этой цѣли въ примѣненіи къ процентамъ возможно, въ свою очередь, лишь тогда, *когда отвѣтственность по нимъ заложеннаго имѣнія будетъ ограничена извѣстнымъ промежуткомъ времени, въ теченіи коего они могли нарости*. Безъ этого условія, т. е. помимо такого ограниченія, никто не былъ бы въ состояніи выяснитъ себѣ надлежащимъ образомъ кредитоспособность имѣнія и соразмѣрить съ нею свои будущіе юридическія отношенія по этому имѣнію. Слѣдовательно, отнесеніе удовлетворенія кредитора просроченными процентами къ имѣнію, наравнѣ съ обезпеченною имѣніемъ капитальною суммою, въ состояніи не нарушить, въ извѣстной мѣрѣ, строгой опредѣленности въ отношеніи отвѣтственности заложеннаго имѣнія только въ томъ случаѣ, когда въ законѣ будетъ указанъ мак-

Необходимость со-
общить вотчинный
характеръ лишь про-
центамъ, выросшимъ
въ извѣстный про-
межутокъ времени.

(1) Стр. 62 и слѣд.

симумъ времени, за которое проценты эти пользуются означеннымъ правомъ удовлетворенія и по истеченіи коего они становятся уже требованіемъ, которое подлежитъ удовлетворенію послѣ всѣхъ залоговыхъ требованій. Установленіе подобнаго максимума будетъ имѣть то послѣдствіе, что всякое третье лицо, согласное ссудить собственника деньгами подъ обезпеченіе его имѣнія и дѣйствующее осторожно, хотя и приметъ въ расчетъ какъ капитальныя суммы требованій, принадлежащихъ старшимъ кредиторамъ, такъ и проценты по этимъ суммамъ, но только проценты, выросшіе за извѣстный, заранѣе указанный въ законѣ, промежутокъ времени.

Недостаточность годовичнаго срока, предложеннаго проектомъ б. ипотечной комисіи.

При обсужденіи затѣмъ вопроса о томъ, какъ великъ долженъ быть этотъ промежутокъ, въ теченіи коего просроченные проценты признаются обезпеченными на имѣніи наравнѣ съ капитальною суммою долга, редакціонная комисія остановилась на слѣдующихъ соображеніяхъ. Хотя опредѣленіе въ законѣ того максимума времени, о которомъ идетъ рѣчь, представляетъ собою значительное улучшеніе сравнительно съ постановленіями дѣйствующаго законодательства, страдающаго отсутствіемъ такого опредѣленія, тѣмъ не менѣе и оно не въ состояніи устранить безусловно всѣхъ неудобствъ въ отношеніи отвѣтственности заложеннаго имѣнія по процентамъ, ибо и оно всетаки не устраняетъ извѣстнаго предположенія относительно неисправности въ платежѣ процентовъ, относящагося одинаково какъ къ неаккуратнымъ, такъ и аккуратнымъ должникамъ. Такъ какъ изъ вотчинной книги нельзя усмотрѣть, просрочены ли въ данный моментъ и за какое время проценты, текущіе по тому или другому требованію, то осторожный капиталистъ, при опредѣленіи кредитоспособности имѣнія, непременно сочтетъ просроченными и такіе проценты, которые на самомъ дѣлѣ уплачены, каковое обстоятельство должно тѣмъ тягостнѣе отразиться на интересахъ собственника заложеннаго имѣнія, нуждающагося въ новомъ кредитѣ, чѣмъ продолжительнѣе тотъ промежутокъ времени, въ теченіи коего просроченные проценты считаются по закону ипотечованнымъ долгомъ. Поэтому очевидно, что означенный промежутокъ времени долженъ быть,

по возможности, незначителенъ. Съ этой точки зрѣнія могло бы показаться возможнымъ ограничить этотъ промежутокъ годичнымъ срокомъ. Такой именно срокъ былъ предложенъ проектомъ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество, внесеннымъ министромъ юстиціи въ 1874 г. въ государственный совѣтъ (ст. 145). Срокъ этотъ находилъ бы для себя и извѣстное теоретическое оправданіе, заключающееся въ томъ, что проценты при нормальныхъ обстоятельствахъ должны покрываться доходами заложенного имѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, только такой кредитъ можетъ считаться производительнымъ и заслуживать поощренія, стоимость коего, выражаемая въ процентахъ, какъ платѣ за наемъ капитала, не превышаетъ доходовъ. Проценты, устанавливаемые по ипотечкованнымъ долгамъ, и бываютъ большею частию годичными именно потому, что погашеніе ихъ предполагается обыкновенно сторонами изъ этого именно источника. Въ пользу указанного срока могло бы быть повидимому приведено еще то соображеніе, что онъ, по незначительности своей, затрудняетъ въ извѣстной мѣрѣ недобросовѣстнымъ собственникамъ возможность фиктивного признанія права на проценты въ пользу старшихъ кредиторовъ съ цѣлью нанесенія ущерба нижестоящимъ кредиторамъ. Тѣмъ не менѣе, редакціонная коммисія не могла не признать такой срокъ ужъ черезъ чуръ незначительнымъ. Во 1-хъ, нѣтъ почти такой законодательной мѣры, которая не открывала бы пути для извѣстныхъ злоупотребленій. Къ тому же, случаи фиктивного признанія процентовъ неуплаченными въ пользу старшихъ кредиторовъ могутъ быть вообще весьма рѣдки, такъ какъ осуществленіе ихъ предполагаетъ не только недобросовѣстнаго должника, но и готоваго къ его услугамъ недобросовѣстнаго кредитора, т. е. стачку между этими лицами, учиненную во вредъ младшему кредитору. Наконецъ, противъ подобнаго рода стачекъ законодательство предлагаетъ и средства, заключающіяся въ правѣ младшаго кредитора оспаривать дѣйствительность и размѣръ требованій, принадлежащихъ старшимъ кредиторамъ. Во 2-хъ, не подлежитъ сомнѣнію, что срокъ, въ теченіи коего просроченные проценты пользуются правомъ преимущественнаго удовлетворенія изъ даннаго имѣнія, долженъ

быть въ интересахъ поземельныхъ владѣльцевъ по возможности не великъ. Но тѣ же интересы требуютъ также, чтобы срокъ этотъ не былъ черезъ-чуръ коротокъ и дѣло законодателя примирить эти два требованія. Проценты при займахъ уплачиваются обыкновенно по истеченіи года; слѣдовательно, только по истеченіи года и возможно открытіе производства объ обращеніи взысканія на заложенное имѣніе. Между тѣмъ все производство это, согласно проектированнымъ редакціонною комиссіею правиламъ о порядкѣ взысканій съ недвижимыхъ имѣній въ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ въ дѣйствіе вотчинный уставъ, будетъ продолжаться, по приблизительному расчету (если принять во вниманіе, что публикація о продажѣ должна быть произведена за четыре мѣсяца до торговъ), никакъ не менѣе семи мѣсяцевъ. Поэтому очевидно, что съ принятіемъ вышеупомянутаго годичнаго срока даже самые заботливые о своихъ интересахъ кредиторы были бы въ большинствѣ случаевъ несправедливо лишены права на одинаковое съ капитальной суммой долга удовлетвореніе въ процентахъ, выросшихъ во время производства взысканія. Въ 3-хъ, постановленія большинства ипотечныхъ законодательствъ, касающіяся вопроса объ отвѣтственности заложеннаго имѣнія по просроченнымъ процентамъ, не признаютъ возможнымъ ограничить эту отвѣтственность годичнымъ срокомъ. Такъ, по австрійскому закону о вотчинныхъ книгахъ 21 іюля 1871 г. (ст. 17) и по саксонскому гражданскому уложенію (ст. 417), — правомъ преимущественнаго удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія наравнѣ съ капитальной суммой долга пользуются проценты, выросшіе за *три года*; по французскому (ст. 2151 гр. улож.) и италіянскому праву (ст. 2010 гр. улож.) и польскому уставу (ст. 70) — за два года и за годъ текущій, по прусскому (ст. 35 закона 13 іюля 1883 г. о производствѣ взыск. съ недв. имѣній), мекленбургскому ⁽¹⁾, многимъ другимъ германскимъ законодательствамъ и по проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія (прим. къ оглавленію 3-го отдѣла III-ей книги подъ № 2) — за два года

⁽¹⁾ v. Maibom, d. mecklenemb. Hypothekenrecht, стр. 271.

и по баварскому закону 1822 г.—за одинъ годъ и за годъ текущій. Наконецъ, въ 4-хъ, нѣкоторое увеличеніе разсма- триваемаго срока не можетъ нанести въ дѣйствительности существеннаго вреда поземельному кредиту. Математиче- ская точность недостижима въ дѣлѣ опредѣленія кредитоспо- собности каждаго даннаго имѣнія; она не достижима уже вслѣдствіе колебаній, которымъ подвержена цѣнность недви- жимой собственности даже тамъ, гдѣ существуетъ кадастръ. Все, что ипотечное законодательство можетъ сдѣлать въ дан- номъ случаѣ, заключается лишь въ томъ, чтобы дать воз- можность опредѣлить эту кредитоспособность съ большею степенью вѣроятности.

Съ признаніемъ, по приведеннымъ основаніямъ, годич- наго срока, предложеннаго вышеупомянутымъ проектомъ, недостаточнымъ, въ комисіи высказано было (*Л. В. Ганто- веромъ*) мнѣніе о необходимости увеличить этотъ срокъ до трехгодичнаго. Черезъ чуръ короткій срокъ, каковъ даже двухгодичный, участилъ бы, согласно этому мнѣнію, случай обращенія взысканій на заложенные имѣнія. Кредиторы, изъ опасенія потерять право на преимущественное удовлетвореніе просроченныхъ процентовъ, прибѣгали бы къ публичной продажѣ даже тогда, когда неоплатность должника могла быть лишь преходящею, обусловленною чисто случайными обстоятельствами. Между тѣмъ извѣстно, что отъ подобныхъ случайностей не застрахованъ ни одинъ сельскій хозяинъ, каковы бы ни были его способности, знаніе дѣла, трудолю- біе и добросовѣстность, ибо ему приходится считаться съ дѣйствіемъ такихъ стихійныхъ силъ, предусмотрѣть и пре- оборотъ которыхъ онъ не въ состояніи. Установленіе въ дан- номъ случаѣ трехгодичнаго срока дало бы должнику возмож- ность оправиться отъ случайныхъ потерь и убытковъ, со- браться со средствами, не доводя себя до потери имѣнія, тѣмъ болѣе, что означенный срокъ и есть именно тотъ, въ который обыкновенно выравниваются разныя случайныя ко- лебанія въ дѣлѣ нормальнаго сельско-хозяйственнаго обо- рота. Кромѣ того, срокъ этотъ имѣетъ за себя еще то пре- имущество, что онъ соотвѣтствуетъ сроку, въ теченіи коего,

Двухгодичный
срокъ по настояще-
му проекту.

по проекту, согласно указаніямъ государственнаго совѣта, сохраняется право преимущественнаго удовлетворенія за недоимками въ лежащихъ на имѣніи податяхъ и повинностяхъ государственныхъ, земскихъ и общественныхъ (ст. 10 п 36) и что, слѣдовательно, введеніемъ этого срока будетъ устранена крайне неудобная въ законодательномъ дѣлѣ пестрота въ срокахъ, текущихъ по предметамъ, весьма близкимъ другъ къ другу.

Мнѣніе это не было однакоже принято большинствомъ членовъ редакціонной комисіи. Трехгодичный срокъ уже по одному тому, что выходитъ за предѣлы дѣйствительной необходимости, представляется слишкомъ продолжительнымъ и потому долженъ вредно отразиться на интересахъ должника и нижестоящихъ вотчинныхъ кредиторовъ. Въ настоящемъ случаѣ необходимо исходить изъ той мысли, что неполученіе вотчиннымъ кредиторомъ процентовъ за одинъ годъ послужить достаточнымъ для него основаніемъ къ тому, чтобы обратить взысканіе на имѣніе; увеличеніе же разсчитываемаго срока на промежутокъ времени большій, чѣмъ нужно для производства такового взысканія, равносильно поощренію вотчинныхъ кредиторовъ къ накопленію на заложенномъ имѣніи недоимочныхъ процентовъ. Тотъ, кто замедлитъ взыскивать своевременно причитающіеся ему проценты, долженъ приписать своей винѣ невыгодныя послѣдствія такого нерадѣнія о своихъ интересахъ. Если же должникъ въ состояніи поправить свои дѣла путемъ полученія годичной отсрочки, то онъ счумѣетъ и помимо ея отвратить принудительную продажу своего имѣнія.

Исходя изъ изложенныхъ соображеній, редакціонная комисія остановилась на необходимости распространить отвѣтственность заложеннаго имѣнія на проценты, выросшіе за *два года*. Хотя на первый взглядъ и можно было бы, слѣдуя примѣру нѣкоторыхъ ипотечныхъ законодательствъ, ограничиться прибавкою къ годичному сроку, предложенному проектомъ б. ипотечной комисіи, *текущаго года*, тѣмъ не менѣе двухгодичный срокъ, взятый полностью, представляется предпочтительнымъ потому, что онъ, во первыхъ, облегчаетъ расчеты по обременяющимъ имѣнія залоговымъ требованіямъ

какъ третьимъ лицамъ, такъ и вотчиннымъ установленіямъ при распредѣленіи послѣдними между этими требованіями денегъ, вырученныхъ отъ продажи заложенного имѣнія, и во вторыхъ, гораздо опредѣленнѣе, точнѣе. Въ тѣхъ законодательствахъ, которые упоминаютъ и о «текущемъ годѣ», какъ составной части срока, за который проценты пользуются залоговымъ обезпеченіемъ, пониманіе этого выраженія возбуждаетъ на практикѣ такія недоразумѣнія и споры, что по справедливому замѣчанію комментатора польскаго ипотечнаго устава Дуткевича этотъ текущій годъ est vera eorum interpretum ⁽¹⁾.

Засимъ, съ цѣлью избѣжанія всякихъ недоразумѣній относительно того, на проценты какихъ именно годовъ распространяется упомянутое залоговое обезпеченіе ⁽²⁾, статья 74 указываетъ на то, что оно обнимаетъ собою проценты, наросшіе за послѣдніе два года. Подъ выраженіемъ этимъ, придерживаясь буквального его смысла, слѣдовало бы очевидно понимать послѣдній двухлѣтній періодъ, предшествующій непосредственно моменту исполненія опредѣленія объ утвержденіи проданнаго съ публичнаго торга имѣнія за покупщикомъ, когда вмѣстѣ со внесеніемъ послѣдняго въ вотчинную книгу погашается въ ней и само залоговое требованіе (ст. 166, 167 и 169 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній) и когда, слѣдовательно, то обезпеченіе, которымъ требованіе это пользовалось, замѣняется правомъ на деньги, отчисленныя на его долю изъ суммы, вырученной отъ продажи заложенного имѣнія (ст. 191 и слѣд. того же проекта). Тѣмъ не менѣе при начертаніи проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній пришлось, въ виду соображеній, подробно указанныхъ въ § VII общихъ объясненій къ этому проекту (стр. 39 и 40) ⁽³⁾, конечнымъ днемъ разсматриваемаго срока считать

Значеніе выраженія: «послѣдніе два года».

⁽¹⁾ В. п. с., стр. 289.

⁽²⁾ Подобныя недоразумѣнія возникли при толкованіи подлежащихъ постановленій французскаго кодекса и польскаго ип. устава. См. *Puchelt*, в. п. с., стр. 232. *Дуткевичъ*, тамъ же, стр. 284 и слѣд.

⁽³⁾ Предпослѣдней редакціи.

день производства первого торга на имѣніе, а вмѣстѣ съ тѣмъ допустить для случаевъ, когда имѣніе не будетъ продано на первомъ торгѣ, удлиненіе этого срока на промежутокъ времени со дня первого торга до перехода права собственности на имѣніе къ покупщику. Само собою разумѣется, что если теченіе процентовъ прекратилось по какому либо основанію раньше, если, напримѣръ, производству торга на имѣніе предшествовало объявленіе должника несостоятельнымъ, то и конечнымъ днемъ срока, настоящей статьею установленнаго, долженъ почитаться день такового объявленія (ст. 601 уст. о суд. торг. т. XI ч. 2, изд. 1887 г.; ст. 70 и 120 зак. о суд. и взыск. гр., т. X ч. 2 изд. 1876 г.).—Такимъ образомъ, по мысли проекта, отвѣтственность имѣнія по залоговымъ требованіямъ, теченіе по коимъ процентовъ оглашено въ вотчинной книгѣ, распространяется, сверхъ капитальной суммы долга, на сумму двухгодичныхъ процентовъ не свыше указаннаго въ книгѣ ихъ размѣра, если только они, дѣйствительно, причитаются за послѣдніе два года въ указанномъ именно смыслѣ. Если бы, поэтому, оказалось, что вотчинный кредиторъ удовлетворенъ уже въ части этихъ процентовъ, упдающихъ на упомянутый промежутокъ времени, то конечно къ капитальной суммѣ подлежитъ отчисленію въ его пользу только остальная часть. Отнесеніе вышеуказанной отвѣтственности не на *послѣдніе* два года, а *вообще* на два года изъ числа истекшихъ лѣтъ, было бы равносильнымъ установленію извѣстной привилегіи въ пользу незначительныхъ кредиторовъ во вредъ интересамъ третьихъ заинтересованныхъ лицъ.

Указанная незначительность срока, предлагаемаго разсматриваемою статьею, уже сама по себѣ устраняетъ необходимость въ осложненіи проекта какими либо правилами, направленными къ смягченію послѣдствій, связанныхъ съ установленіемъ этого срока. Такое смягченіе могло бы быть достигнуто, напримѣръ, при помощи допущенія внесенія въ вотчинную книгу отмѣтокъ объ уплатѣ процентовъ, текущихъ по залоговымъ требованіямъ, или предоставленія собственнику права пріобщать квитанціи объ уплатѣ процентовъ къ вотчинному дѣлу, съ тѣмъ, чтобы такое пріобщеніе квитанціи имѣло тѣ же послѣдствія, которыя были бы присущи,

въ силу начала гласности, отмѣткѣ объ уплатѣ процентовъ. Но первое изъ указанныхъ средствъ увеличило бы не въ мѣру количество записей, производимыхъ въ вотчинныхъ книгахъ, и потребовало бы, въ интересахъ сохраненія удобства распознаваемости ихъ содержанія, установленія особой графы для отмѣтокъ по уплаченнымъ процентамъ, т. е. усложнило бы какъ самое вотчинное дѣлопроизводство, такъ и форму вотчинной книги. Что же касается до втораго изъ указанныхъ средствъ, то оно представляется еще болѣе нежелательнымъ, потому именно, что оно противорѣчитъ началу, по которому вотчинныя книги, и только однѣ онѣ, служатъ тѣмъ исключительнымъ источникомъ, изъ котораго третьи лица могутъ почерпать свѣдѣнія о юридическомъ положеніи имѣнія въ каждый данный моментъ. Согласно этому началу, ипотечная гласность, со всѣми послѣдствіями, изъ нея вытекающими, распространяется только на вотчинныя книги. Между тѣмъ съ принятіемъ означеннаго средства пришлось бы гласность эту распространить, въ разсматриваемомъ отношеніи, и на вотчинныя дѣла. Кромѣ путаницы въ понятіяхъ о значеніи вотчинныхъ книгъ и дѣлъ, которая могла бы отъ этого произойти, достаточно указать еще и на то, что мѣра эта представлялась бы въ высшей степени неудобною и въ практическомъ отношеніи. Послѣдствіемъ ея явилось бы учащеніе поводовъ къ обзорѣнію вотчинныхъ дѣлъ. Такъ какъ при указанныхъ условіяхъ обзорѣніе вотчиннаго дѣла сдѣлалось бы обязательнымъ для всякаго осторожнаго капиталиста, то вмѣстѣ съ вотчинными книгами находились бы въ рукахъ публики и самыя вотчинныя дѣла, а это не могло бы не отражаться весьма невыгодно на правильномъ управленіи вотчинными установленіями своихъ текущихъ обязанностей.

Само собою разумѣется, что разрѣшеніе вопроса о залоговомъ обезпеченіи процентовъ, текущихъ по залоговымъ требованіямъ, указанное въ разсматриваемой статьѣ, имѣетъ въ виду вообще тѣ случаи, когда между сторонами не заключено по предмету такового обезпеченія иного соглашенія и что, слѣдовательно, статья эта нисколько не исключаетъ возможности подобнаго соглашенія. Только послѣднее для того, что-

Возможность и условія измѣненія послѣдствій, вытекающихъ изъ настоящаго правила.

бы возымѣть свою силу, должно удовлетворять тѣмъ же условіямъ въ отношеніи гласности и спеціальности, которымъ подчинены всѣ вообще отношенія вотчиннаго характера, т. е. должно быть оглашено по вотчинной книгѣ съ точнымъ указаніемъ всего того, безъ чего опредѣленіе обнимаемаго этимъ соглашеніемъ размѣра процентовъ не могло бы быть изъ нея усмотрѣно. Такъ какъ положеніе это вытекаетъ непосредственно изъ точнаго смысла 45 и настоящей статьи проекта, то оговаривать его особо въ этой послѣдней не представилось никакой надобности. Этимъ самымъ падаетъ само собою указаніе б. министра финансовъ на счетъ недоразумѣній, которыя могли быть вызваны правиломъ проекта б. ипотечной комисіи, соотвѣтствовавшимъ настоящей статьѣ, въ томъ случаѣ, когда условленный сторонами срокъ уплаты должной суммы, обеспеченной залогомъ, и процентовъ отъ нея превышаетъ установленный въ законѣ срокъ, за который проценты должны пользоваться залоговымъ обезпеченіемъ ⁽¹⁾. Если стороны пожелаютъ, чтобы проценты, текущіе по данному залоговому требованію, пользовались залоговымъ обезпеченіемъ въ количествѣ, превышающемъ двухгодичный размѣръ ихъ, то объ этомъ должно быть точно означено въ вотчинной книгѣ, ибо только при наличности этого условія третьи лица въ состояніи будутъ высчитывать, какъ велико обремененіе имѣнія, представляемое собою такимъ требованіемъ. Соблюденіе же самой точности означенія въ книгѣ можетъ быть достигнуто путемъ указанія въ ней количества лѣтъ, за которые проценты должны пользоваться залоговымъ обезпеченіемъ, или даже высшаго размѣра, въ предѣлахъ котораго заложенное имѣніе должно отвѣтствовать за проценты. Послѣдній путь равносильнъ, очевидно, установленію въ отношеніи процентовъ кредитнаго залога.

Недоимочные проценты за время, предшествовавшее внесенію требованія въ вотчинную книгу.

При разсмотрѣніи правила настоящей статьи нельзя не обратить вниманія также и на то, что оно касается собственно будущихъ процентовъ, т. е. тѣхъ, которые могутъ нарости послѣ внесенія даннаго требованія въ вотчинную книгу и не относится, слѣдовательно, къ процентамъ, выросшимъ до

(1) Труды б. ипотечн. комисіи, т. I, стр. 594 и 595.

установленія залога. Такъ какъ проценты, текущіе по требованіямъ, составляютъ принадлежность сихъ послѣднихъ и слѣдуютъ ихъ судьбѣ, поскольку соглашеніемъ сторонъ не установлено противное, то очевидно, что статья 74 проекта не препятствуетъ нисколько тому, чтобы проценты, выросшіе по извѣстному требованію до внесенія его въ вотчинную книгу, за сколько бы лѣтъ они не причитались (исключая, конечно, тѣхъ, которые погашены давностью), почитались одинаково съ капитальною его суммой обезпеченными на данномъ имѣніи. Но, конечно, для этого необходимо, чтобы изъ вотчинной книги можно было усмотрѣть, что долгъ, слѣдующій по данному требованію, превышаетъ его капитальную сумму и насколько. Хотя одно уже показаніе въ вотчинной книгѣ срока, съ котораго теченіе процентовъ имѣло мѣсто, въ состояніи удовлетворить этой цѣли, тѣмъ не менѣе, во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній и споровъ и въ интересахъ наглядности самой книги, лучше всего причислять при внесеніи залога недоимочные проценты за время, предшествовавшее внесенію, къ капитальной суммѣ. Соображенія эти приобрѣтаютъ особенную практическую важность въ случаяхъ установленія принудительнаго залога на основаніи судебного рѣшенія о взысканіи извѣстной денежной суммы съ процентами, состоявшагося за годъ и болѣе до такового установленія. Что же касается до процентовъ, выросшихъ по требованіямъ, оглашеннымъ по вотчинной книгѣ охранительными отмѣтками (когда отмѣтки эти внесены въ исполненіе опредѣленія суда объ обезпеченіи предъявленнаго къ собственнику иска о взысканіи съ него опредѣленной суммы съ процентами), то, если по истеченіи двухъ лѣтъ со времени такового оглашенія отмѣтка не можетъ быть еще превращена въ запись о залогѣ, кредиторъ въ правѣ, въ силу того же основанія, по которому внесена была сама отмѣтка (опредѣленія суда), просить вотчинное установленіе о внесеніи особою статьею этихъ процентовъ и тѣмъ самымъ обезпечить за собою старшинство, съ одной стороны за послѣдними (конечно, опредѣляемое временемъ ихъ внесенія) и съ другой за процентами, вновь текущими по охранительной отмѣткѣ. Принявъ изложенное во вниманіе, кредиторъ сможетъ, слѣдовательно, легко

гарантировать себя противъ невыгодныхъ для него послѣдствій, связанныхъ съ установленіемъ разсматриваемою статьею двухгодичнаго срока. Идти далѣе по отношенію къ упомянутымъ охранительнымъ отмѣткамъ, установить именно въ интересахъ кредиторовъ какое либо исключеніе изъ разсматриваемаго правила для процентовъ, текущихъ по требованіямъ, обезпеченнымъ упомянутыми отмѣтками, проектъ не нашелъ возможнымъ, такъ какъ достиженіе этой цѣли невозможно безъ существеннаго нарушенія начала спеціальности.

Непримѣнимость
ст. 74 къ кредитно-
му залогу.

Засимъ, какъ это видно изъ буквального смысла разсматриваемой статьи, устанавливаемое ею ограниченіе въ отношеніи распространенія вотчиннаго характера требованія, обезпеченнаго залогомъ, лишь на двухгодичные проценты, выросшіе по этому требованію, имѣетъ собственно въ виду тѣ случаи, когда требованіе ко времени внесенія его въ книгу опредѣлено въ капитальной суммѣ и слѣдовательно уже существуетъ, хотя бы даже и условно. Но статья эта не относится къ случаямъ установленія кредитнаго залога, въ которыхъ, какъ извѣстно, въ вотчинной книгѣ означенъ лишь высшій размѣръ, въ *предѣлахъ* коего заложенное имѣніе должно отвѣтствовать по требованію, могущему возникнуть въ будущемъ. Въ этихъ *предѣлахъ*, конечно, имѣніе будетъ отвѣтствовать не только въ капитальной суммѣ, въ которой упомянутое требованіе возникнетъ, но и во всемъ томъ, что въ общегражданскомъ смыслѣ этого слова составитъ принадлежность его, а слѣдовательно и въ процентахъ, выросшихъ хотя бы за періодъ времени, превышающій установленный ст. 74 двухгодичный срокъ ⁽¹⁾.

Недоимочные проценты, выросшіе
сверхъ послѣднихъ
двухъ лѣтъ;

Наконецъ, остается еще остановиться на вопросѣ, касающемся недоимочныхъ процентовъ, выросшихъ сверхъ послѣднихъ двухъ лѣтъ, упомянутыхъ въ настоящей статьѣ, а именно на вопросѣ о томъ, слѣдуетъ ли процентамъ этимъ отказать лишь въ равномъ *старшинствѣ* съ капитальной

⁽¹⁾ См. *Regelsberger*, в. п. с., стр. 358; *Exner*, в. п. с., стр. 269 и *Puchelt*, в. п. с., стр. 243.

суммой требованія, съ тѣмъ, чтобы они подлежали удовлетворенію изъ заложеннаго имѣнія хотя и послѣ прочихъ обременяющихъ его долговъ, но преимущественно предъ личными долгами собственника, или же отнять у нихъ совершенно вотчинный характеръ и признать, слѣдовательно, за ними равное съ этими послѣдними долгами значеніе? Проектъ становится въ этомъ вопросѣ на вторую изъ указанныхъ точекъ зрѣнія. Это видно уже изъ того обстоятельства, что ст. 74 помѣщена въ отдѣленіи настоящей главы, касающемся отвѣтственности заложеннаго имѣнія вообще, а не въ томъ (4-омъ), въ которомъ рассматриваются вопросы, относящіеся исключительно къ старшинству залоговыхъ правъ. Конечно, какъ справедливо замѣчено въ мотивахъ къ проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія ⁽¹⁾, для интересовъ нижестоящихъ вотчинныхъ кредиторовъ совершенно безразлично, будутъ ли проценты, о коихъ идетъ рѣчь, лишены вполне вотчиннаго характера или нѣтъ. Но дѣло въ томъ, что не только одни эти интересы должны быть приняты во вниманіе при томъ или другомъ рѣшеніи означеннаго вопроса, но также и интересы другихъ лицъ, а именно пріобрѣтателей заложенныхъ имѣній и личныхъ кредиторовъ. Пріобрѣтеніе недвижимой собственности перестанетъ быть въ значительной мѣрѣ рискованнѣмъ предпріятіемъ лишь тогда, когда только такой долгъ почитается обременяющимъ имѣніе и потому переходитъ, въ качествѣ такового, въ силу самаго закона, на всякаго новаго пріобрѣтателя имѣнія, который значится въ вотчинной книгѣ. Между тѣмъ послѣдняя не даетъ матеріала, на основаніи коего можно было бы убѣдиться заинтересованному лицу о существованіи долга по недоимочнымъ процентамъ. Полагать, какъ это дѣлаютъ мотивы къ германскому проекту, ставшему въ рассматриваемомъ вопросѣ на противоположную точку зрѣнія, будто законодатель долженъ исходить отъ мысли, что тотъ, кто дѣйствуетъ разумно, не пріобрѣтетъ имѣніе, обремененное залогами, прежде чѣмъ узнаетъ, не накоплены ли и на какую сумму на томъ имѣніи недоимочные проценты, едва ли справедливо, такъ какъ цѣль

точка зрѣнія проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія и настоящаго проекта.

(1) Т. III, стр. 152.

вотчинной гласности заключается собственно въ томъ, чтобы сдѣлать вотчинныя книги *исключительнымъ* матеріаломъ, свѣдѣтельствующимъ о юридическомъ положеніи имѣній, и тѣмъ самымъ предупредить недоразумѣнія и ошибки, связанныя съ необходимостью прибѣгать для распознаванія этого положенія къ помощи другихъ средствъ, лежащихъ внѣ института вотчинныхъ книгъ. — Что же касается личныхъ кредиторовъ, то признаніе преимущества предъ ихъ претензіями за разсматриваемыми недоимками было бы опять-таки равносильно установленію ничѣмъ неоправдываемой привилегіи въ пользу нерачительнаго кредитора, допустившаго накопленіе этихъ недоимокъ.

III. Судебныя издержки.

Соображенія въ пользу сообщенія имъ вотчиннаго характера.

III. Рядомъ съ процентами всѣ безъ исключенія ипотечныя законодательства признають принадлежностью всякаго залоговаго требованія, на которую размѣръ его *ipso jure* увеличивается, и издержки, затраченныя вотчиннымъ кредиторомъ на полученіе причитающагося ему удовлетворенія. Юридическое основаніе для такого признанія заключается въ томъ, что самое существо права, принадлежащаго кредитору, предполагаетъ необходимость этой затраты и что послѣдняя вызывается фактомъ неисполненія должникомъ своего обязательства.

Наше дѣйствующее законодательство упоминаетъ объ однѣхъ лишь издержкахъ по производству описи и публичной продажи (ст. 1163 и 1215 уст. гр. суд.) и обходитъ совершеннымъ молчаніемъ вопросъ о судебныхъ собственно издержкахъ, т. е. тѣхъ, которыя понесены кредиторомъ для того, чтобы возможно было ему приступить къ производству описи и продажи. Этотъ пробѣлъ нашего законодательства не можетъ однако же остаться невосполненнымъ. Въ пользу такого восполненія, кромѣ указанныхъ юридическихъ соображеній, говорятъ еще весьма вѣскія соображенія чисто практическаго характера и требованія справедливости. Безъ распространенія залоговаго обезпеченія и на издержки, о коихъ идетъ рѣчь, немыслима твердая постановка поземельно-кредитнаго дѣла. Кредиторъ не выручалъ бы того, на что онъ въ правѣ разсчитывать. Ссуженіе капиталовъ подъ недвижимую

собственность представилось бы у насъ, попрежнему, убыточнымъ для добросовѣстныхъ капиталистовъ, а слѣдовательно и достиженіе одной изъ главныхъ цѣлей, къ которымъ стремится ипотечная реформа,—удешевленіе кредита, было бы въ значительной степени затруднено.

Вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли и разсматриваемыя издержки подчинить дѣйствию начала гласности, рѣшается иностранными законодательствами различно. Въ то время какъ французское (п. 4 ст. 2148 гражд. кодекса) и саксонское (ст. 418 гражд. кодекса) законодательства рѣшаютъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ, австрійскій законъ о вотчинныхъ книгахъ 25 іюня 1871 г. (ст. 16), прусскій законъ о приобрѣтеніи права собственности 5 мая 1872 г. (ст. 30) и проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (мотивы, т. III, стр. 648) признаютъ залогъ распространяющимся и на упомянутыя издержки силой самого закона и, слѣдовательно, помимо внесенія. Точка зрѣнія проекта на этотъ вопросъ примыкаетъ ко взгляду второй изъ указанныхъ группъ законодательствъ. Отвѣтственность заложеннаго имѣнія и за издержки, понесенныя кредиторомъ, представляется столь естественною, что случаи, когда стороны пожелали бы исключить эту отвѣтственность, едва ли даже будутъ вообще встрѣчаться на практикѣ. Поэтому, ставить ее въ зависимость отъ внесенія было бы равносильно совершенно напрасному увеличенію размѣра записей о залогѣ. Постановляя, что заложенное имѣніе отвѣчаетъ между прочимъ «и за понесенныя вотчиннымъ кредиторомъ при взысканіи судебныхъ издержки», ст. 74 признаетъ отвѣтственность эту со старшинствомъ, одинаковымъ съ капитальною суммою требованія, *всегда подразумеваемою*, развѣ бы стороны условились о противномъ. Гласность, присущая закону, замѣняетъ въ данномъ случаѣ гласность ипотечную. Только соглашеніе, отмѣняющее правило означенной статьи въ разсматриваемомъ отношеніи, подлежитъ внесенію въ вотчинную книгу для приобрѣтенія силы противъ третьихъ лицъ.

Отвѣтственность заложеннаго имѣнія за издержки по иностраннымъ законодательствамъ и по проекту.

Очевидно однако же, что созданное ст. 74 предположеніе въ пользу отвѣтственности заложеннаго имѣнія за рассматри-

ваемыя издержки нарушало бы въ значительной мѣрѣ начало спеціальности, если бы оно не сопровождалось другимъ предположеніемъ, установленнымъ означенною статьею, а именно предположеніемъ относительно размѣра, до котораго отвѣтственность эта простирается, на случай, если размѣръ этотъ не опредѣленъ самими сторонами при внесеніи залога въ вотчинную книгу. Сдѣлать это можно было лишь путемъ указанія въ законѣ максимума упомянутого размѣра. Такой максимумъ опредѣленъ ст. 74 въ количествѣ пяти процентовъ съ капитальной суммы требованія, выше коего, обыкновенно, судебныя издержки, причитающіяся за двѣ инстанціи, не простираются. Отсутствіе такого опредѣленія, встрѣчаемое, напримѣръ, въ австрійскомъ (ст. 16) и прусскомъ (ст. 30) ипотечномъ законѣ (къ послѣднему примыкаетъ также и проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія) ⁽¹⁾, какъ противное упомянутому началу спеціальности, справедливо признается въ литературѣ ипотечнаго права существеннымъ пробѣломъ закона ⁽²⁾. Само собою разумѣется, что всякій иной высшій размѣръ издержекъ, установленный сторонами, какъ исключаящій собою для даннаго случая тотъ максимумъ, который предполагается силою закона, долженъ быть показанъ въ вотчинной книгѣ.

Издержки, превышающія размѣръ, указанный въ ст. 52.

Сообщая залоговой характеръ лишь судебнымъ издержкамъ, простирающимся не свыше размѣра, въ разсматриваемой статьѣ указаннаго, или означеннаго въ вотчинной книгѣ, ст. 74 тѣмъ не менѣе не колеблетъ права кредитора на остальную сумму этихъ издержекъ, превышающую этотъ размѣръ, если бы таковая ему причиталась. Право это, какимъ оно является на основаніи общегражданскаго законодательства, остается въ полной своей силѣ въ томъ отношеніи, что сохраняетъ и на будущее время свой чисто личный характеръ. Упомянутая остальная сумма издержекъ, подобно и процентамъ, выросшимъ сверхъ двухгодичнаго срока, установленнаго настоящею статьею, будетъ подлежать удо-

⁽¹⁾ *Мотивы*, т. III, стр. 648 и 649.

⁽²⁾ *Exner*, в. п. с., стр. 62.

влетворенію по соразмѣрности, наравнѣ съ прочими личными долгами собственника.

Правило ст. 74, какъ это видно впрочемъ изъ буквального его смысла, касается *судебныхъ* издержекъ, т. е. издержекъ, понесенныхъ по производству дѣла о присужденіи взысканія по залоговому требованію, вознагражденія за веденіе этого дѣла и вознагражденія, которое причитается судебному приставу за его исполнительныя дѣйствія, однимъ словомъ всѣхъ издержекъ, кромѣ понесенныхъ по производству описи, оцѣнки и продажи имѣнія. Что же касается послѣднихъ, то они рядомъ съ нѣкоторыми другими привилегированными долгами, по силѣ ст. 191 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, на основаніи соображеній, приведенныхъ въ объясненіяхъ къ этому проекту, подлежатъ удовлетворенію преимущественно предъ всѣми другими долгами изъ суммы, вырученной чрезъ публичную продажу имѣнія. Изъ буквального смысла разсматриваемой статьи, а именно изъ того, что она упоминаетъ о *судебныхъ издержкахъ, понесенныхъ вотчиннымъ кредиторомъ при взысканіи*, видно также, что статья эта имѣетъ въ виду только издержки по такъ называемому ипотечарному иску (*actio hypothecaria*, см. объясненія къ ст. 95), т. е. по иску о присужденіи взысканія по залоговому требованію, предъявленному къ собственнику имѣнія. При этомъ совершенно безразлично, будетъ ли этотъ искъ въ одно и то же время и личнымъ искомъ, а именно состоитъ ли отвѣтчикъ не только собственникомъ, но и личнымъ должникомъ взыскателя по данному залоговому требованію, или нѣтъ. Точно также безразлично, перейдетъ ли имѣніе во время производства иска, о коемъ идетъ рѣчь, къ третьему лицу, которое вступитъ по оному въ права отвѣтчика, или не перейдетъ. Слѣдовательно, ст. 74 не признаетъ вотчиннаго характера за издержками по чисто личному иску, предъявленному отдѣльно отъ ипотечарнаго иска, какъ это можетъ имѣть мѣсто, напр., въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ въ ст. 102 и 104 настоящаго проекта, ибо истецъ выступаетъ въ этихъ случаяхъ не въ качествѣ *вотчиннаго* кредитора и издержки, которымъ онъ подвергся,

Издержки, подлежащія подѣлу дѣйствіе этой статьи.

понесены имъ не ради осуществленія залоговаго права, а также по искамъ, предъявленнымъ ко всякому другому лицу, кромѣ собственника заложенаго имѣнія, какъ, на примѣръ, къ другому вотчинному кредитору, когда предметомъ этого иска является споръ о старшинствѣ и т. п. ⁽¹⁾.

IV. Другія побочныя требованія.

IV. Нѣкоторые законодательства причисляютъ къ принадлежащимъ залоговыхъ требованій еще другія, кромѣ тѣхъ, которыя указаны въ настоящей статьѣ. Такъ, прусскій законъ относитъ къ нимъ также годовыя платежи (Jahreszahlungen), подъ которыми понимается подлежащій уплатѣ процентъ погашенія по займамъ въ кредитныхъ установленіяхъ ⁽²⁾; саксонское гражданское уложеніе (ст. 417)—периодическіе капитальные платежи (wiederkehrende Leistungen), мекленбургскій уставъ для сельскихъ имѣній (ст. 32)—убытки, причиненные кредитору ⁽³⁾. Очевидно однако же, что существо всѣхъ этихъ побочныхъ требованій или подходитъ подъ категоріи, перечисленныя въ ст. 74 проекта, или (послѣднее изъ упомянутыхъ выше) сводится къ установленію кредитнаго залога. Поэтому особое упоминаніе объ нихъ въ настоящей статьѣ представилось совершенно излишнимъ.

75. Залогъ простирается на все имѣніе, а именно:

1) на имѣніе въ томъ составѣ, въ какомъ оно значилось по вотчинной книгѣ во время внесенія залога, а равно на участки, впослѣдствіи присоединенныя къ имѣнію, и на приращенія, происшедшія вслѣдствіе естественныхъ событій;

2) на строенія и сооруженія, находившіяся въ имѣніи во время внесенія залога, а также возведенныя впослѣдствіи и принадлежащія собственнику;

⁽¹⁾ Ср. *Exner*, в. п. с., стр. 271 и слѣд.; *v. Maibom*, в. п. с., стр. 164; мотивы къ проекту общегерм. улож., т. III стр. 650.

⁽²⁾ *Werner*, в. п. с., т. II, стр. 57.

⁽³⁾ *v. Maibom*, в. п. с., стр. 40.

3) на растущій въ имѣніи лѣсъ, на неотдѣленные плоды и вообще на стоящія на корню произрастенія;

4) на плоды и всякія произрастенія отдѣленные, если они находятся въ имѣніи и принадлежатъ собственнику;

5) на движимыя вещи, составляющія принадлежность имѣнія, пока онѣ не отчуждены и не удалены изъ имѣнія;

6) на наемную плату и на всякаго рода платежи, причитающіеся собственнику по имѣнію;

7) на причитающееся собственнику страховое вознагражденіе за сгорѣвшія или поврежденные строенія, плоды, произрастенія, а также движимость, составляющую принадлежность имѣнія.

Ст. 16 главн. осн.

Ст. 136 проекта мин. юст.

Т. XI уст. кред., прил. къ ст. 324, ст. 420, 421, 463, 467, 468, 518, 526, 1217.

Ст. 118 польск. ип. уст. 1818 г.

Ст. 1360, 1372 остз. гр. зак.

Ст. 3 австр. зак. о вотч. кн.

Ст. 457 австр. гр. улож.

Ст. 3, 33—35 бав. зак. объ ипот.

Ст. 45 бельг. ипотечн. закона.

Ст. 1964, 1966, 2020, 2021 итал. гр. улож.

Ст. 13, 14 и 15 полож. 1868 г. для Нейфорп. п острова Рюгена.

Ст. 30 прусск. зак. о приобр. пр. собст. 1872 г.

Ст. 410—415 сакс. гр. улож.

Ст. 1067—1069 проекта общегерм. гр. улож. 1888 г.

См. также цитаты, приведенные подъ ст. 59 настоящаго проекта.

При установленіи залога имѣется въ виду обезпечить извѣстное требованіе всею суммою матеріальныхъ выгодъ, совокупность коихъ образуетъ данное имѣніе. Сумма этихъ выгодъ, разсматриваемая въ качествѣ предмета залога, представляется, какъ извѣстно уже ⁽¹⁾, юридическимъ цѣлымъ, universitas

Руководящее начало въ вопросъ объ объемѣ залога по отношенію къ предмету, на которомъ онъ установленъ.

(1) См. выше объясненія къ ст. 45 на стр. 381 и слѣд.

juris, самостоятельной вотчинной единицей. Цѣль залога и направлена къ тому, чтобы сохранить неприкосновеннымъ въ пользу кредитора это цѣлое, всѣ выгоды, въ немъ заключающіяся, до того рѣшительнаго момента, когда требованіе будетъ подлежать понудительному удовлетворенію. Для достиженія этой цѣли недостаточно однакоже считаться исключительно съ одной только юридическою стороною этого цѣлага. На такой узкой точкѣ зрѣнія стояло именно римское право. Необходимо, чтобы имѣніе, какъ предметъ залога, было подчинено дѣйствию сего послѣдняго и въ своемъ хозяйственномъ составѣ, т. е. со всѣми своими доходами и съ требованіями страхового вознагражденія за сторѣвшія или поврежденные составныя части его и принадлежности, ибо только при этомъ условіи залогъ въ состояніи доставить дѣйствительно полное обезпеченіе. Въ свою очередь интересы вотчиннаго оборота вообще и въ частности поземельныхъ собственниковъ требуютъ, какъ тоже уже было выше замѣчено ⁽¹⁾, чтобы собственнику предоставлено было, поскольку это не нарушаетъ законныхъ интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ, свободно распоряжаться имѣніемъ и всѣмъ тѣмъ, на что вмѣстѣ съ послѣднимъ распространяется дѣйствіе залога.

На приведенныхъ соображеніяхъ основана настоящая статья проекта. Руководствуясь этими соображеніями, всѣ западно-европейскія ипотечныя законодательства помѣщаютъ въ числѣ постановленій, относящихся къ залогу, болѣе или менѣе подробныя правила, направленные къ всестороннему выясненію вопроса о предметѣ залога, болѣе или менѣе, смотря по тому, насколько вопросы объ юридическомъ составѣ имѣній и ихъ принадлежностяхъ исчерпаны общими гражданскими законами данной страны. При начертаніи разсматриваемой статьи проекта и имѣлась именно въ виду между прочимъ неполнота разработки упомянутыхъ вопросовъ въ постановленіяхъ нашего свода законовъ гражданскихъ.

Предметъ залога:
«все имѣніе» и въ
частности:

Опредѣляя, что залогъ простирается *на все имѣніе*, ст. 75 проекта во всѣхъ своихъ пунктахъ развиваетъ затѣмъ подробно, какіе именно предметы обнимаются этими словами.

(1) Стр. 65 и слѣд.

Опредѣленіе это служить еще новымъ подтвержденіемъ взгляда, уже категорически выраженнаго проектомъ въ ст. 45, а именно взгляда, по которому только все имѣніе, какъ цѣлое, можетъ быть предметомъ залога, почему залогъ части имѣнія, пока эта часть не перенесена на отдѣльную вотчинную книгу и не стала, въ свою очередь, самостоятельной вотчинной единицей, не долженъ быть допущенъ. Если по силѣ послѣдней изъ приведенныхъ статей предполагается возможнымъ допускать залогъ идеальной доли имѣнія, то въ обстоятельстве этомъ не содержится никакого отступленія отъ вышеуказаннаго взгляда, ибо при подобномъ залогѣ раздробленнымъ оказывается не самое имѣніе, а только право на оное и, слѣдовательно, самое имѣніе подчинено залогу нераздѣльно ⁽¹⁾.

I а). По силѣ разсматриваемой статьи предметомъ залога является прежде всего имѣніе въ томъ объемѣ, въ какомъ его опредѣляетъ содержаніе вотчинной книги въ моментъ установленія залога. При разрѣшеніи, слѣдовательно, вопроса о томъ, какіе именно участки входятъ въ составъ заложеннаго имѣнія, должна стоять на первомъ планѣ, въ качествѣ доказательства, вотчинная книга. Поскольку эта послѣдняя содержитъ въ себѣ свѣдѣнія относительно тождества и пространства каждаго такого участка, она исключаетъ необходимость въ представленіи какихъ либо другихъ доказательствъ по этимъ предметамъ со стороны кредитора, домогающагося удовлетворенія своего залоговаго требованія изъ даннаго имѣнія. Но такъ какъ по соображеніямъ, указаннымъ при соответствующихъ статьяхъ проекта вотчиннаго устава, свѣдѣнія упомянутого рода не пользуются тою же степенью достовѣрности, которая присуща всѣмъ прочимъ записямъ вотчинной книги, то въ случаѣ возникновенія между заинтересованными сторонами спора относительно тождества извѣстнаго участка съ тѣмъ, который указанъ въ книгѣ, или относительно его пространства и границъ, какъ отвѣтчикъ, такъ и истецъ могутъ защищаться всѣми доказательствами, допускаемыми уставомъ гражданскаго судопроизводства.

I. а) имѣніе въ томъ объемѣ, въ какомъ оно значилось по вотчинной книгѣ во время внесенія залога, т. е.:

⁽¹⁾ *Unger, System*, т. I, § 57, прим. 27.

Изъ того, что залогъ простирается на имѣніе въ томъ составѣ, въ какомъ оно значилось *по вотчинной книгѣ* и при томъ *во время внесенія залога*, слѣдуютъ сами собою слѣдующіе выводы:

съ участками, присоединенными къ тому времени по книгѣ,

Во 1-хъ, только такіе участки почитаются, по мысли проекта, составными частями имѣнія, отвѣтственными вмѣстѣ съ послѣднимъ по данному залогу, которые во время его внесенія были присоединены къ имѣнію *по вотчинной книгѣ*. Слѣдовательно, одно фактическое присоединеніе отдѣльных участковъ къ имѣнію, учиненное *въ книгѣ*, хотя бы они и составляли вмѣстѣ съ нимъ одно цѣлое *въ хозяйственномъ отношеніи*, не подчиняетъ эти участки дѣйствію залога. Этотъ выводъ составляетъ неизбѣжное послѣдствіе всей вотчинной системы. Участки, о коихъ идетъ рѣчь, не присоединенные *юридически* къ данному имѣнію, не могутъ быть *юридически же* ничѣмъ другимъ, какъ *составными частями другаго имѣнія*, или когда на нихъ заведены особыя книги — *самостоятельными вотчинными единицами*. Очевидно, поэтому, что подчиненіе такихъ участковъ дѣйствію залога, установленнаго на имѣніи, къ которому они присоединены лишь фактически, могло бы угрожать интересамъ третьихъ лицъ, которыя, полагаясь на содержаніе вотчинныхъ книгъ, въ коихъ эти участки значатся, пріобрѣли по нимъ какія либо права, и привело бы къ путаницѣ, совершенно неразрѣшимой. Кромѣ того, подобное подчиненіе было бы ничѣмъ неоправдываемою несправедливостью по отношенію къ собственнику, который только присоединеніемъ даннаго участка *по книгѣ* могъ выразить намѣреніе подчинить его въ юридическомъ отношеніи судьбѣ, общей съ заложеннымъ имѣніемъ; кредитору же оно доставило бы выгоду, на которую онъ по содержанію книги, по коей пріобрѣтено имъ залоговое право, не могъ вовсе рассчитывать.

и тѣми, которые въ послѣдствіи были отдѣлены отъ имѣнія.

Во 2-хъ, такъ какъ моментомъ, являющимся исходною точкою при разрѣшеніи вопроса о составѣ заложеннаго имѣнія, служитъ *время внесенія залога*, то всѣ измѣненія, произведенныя послѣ того времени въ этомъ составѣ, какимъ онъ значился по вотчинной книгѣ, не могутъ причинить залогу никакого вреда въ смыслѣ уменьшенія объема его предмета. По

этому, съ отдѣленіемъ какого либо участка отъ имѣнія послѣ установленія залога, путемъ ли присоединенія этого участка не только фактически, но даже юридически, т. е. по вотчинной книгѣ, къ другому имѣнію, или образованія изъ него самостоятельной вотчинной единицы, залогъ не перестаетъ тяготѣть нераздѣльно на подобномъ участкѣ. Начало это вытекаетъ непосредственно изъ упомянутой выше цѣли залога — сохранить неприкосновеннымъ въ пользу кредитора обремененный долгомъ предметъ къ тому времени, когда залоговое требованіе будетъ подлежать понудительному исполненію. Вотчинный характеръ залога и выражается всего явственнѣе и осязательнѣе въ томъ, что осуществленіе какого бы то ни было права, вытекающаго изъ собственности, не можетъ ограничить юридически въ чемъ либо объема правъ вотчиннаго кредитора. Это-то начало, нуждающееся, съ цѣлью надлежащаго обезпеченія правъ всѣхъ заинтересованныхъ по имѣнію лицъ, въ подробной законодательной разработкѣ, и легло въ основаніе посвященныхъ этой послѣдней правилъ главы III раздѣла II проекта вотчиннаго устава о раздробленіи и присоединеніи имѣній по вотчинной книгѣ (ст. 195—206). Одновременно съ перенесеніемъ отдѣляемой отъ имѣнія части въ другую вотчинную книгу, въ эту послѣднюю долженъ быть внесенъ по распоряженію самого вотчиннаго установленія, т. е. даже помимо просьбы о томъ со стороны заинтересованнаго лица—вотчиннаго кредитора, и залогъ въ полной суммѣ въ видѣ совокупнаго залога (ст. 196 и 197 проекта вотч. устава). Въ случаѣ, если бы внесеніе это не было учинено, вотчинный кредиторъ могъ бы несомнѣнно лишиться, помимо своего на то согласія, служащаго ему обезпеченія на отдѣленной части имѣнія. При этомъ, такое лишеніе, въ указанномъ случаѣ, было бы послѣдствіемъ отнюдь не факта состоявшагося отдѣленія этой части отъ имѣнія, а лишь отчужденія ея въ пользу третьяго лица, дѣйствовавшаго добросовѣстно, т. е. при отсутствіи знанія о томъ, что она обременена залогомъ или, другими словами, послѣдствіемъ дѣйствія начала безповоротности. О томъ, при какихъ условіяхъ совокупная отвѣтственность имѣнія и отдѣляемой отъ него части по залогѣ, установленному до отдѣленія, можетъ быть,

замѣнена долевою отвѣтственностью, а также въ какихъ случаяхъ означенная часть можетъ, въ видѣ исключенія, оказаться совершенно свободною отъ этого залога—указано въ вышеупомянутыхъ правилахъ главы III раздѣла II проекта вотчиннаго устава.

б) Участки, впоследствии присоединенные къ имѣнію.

б) Не ограничиваясь составомъ имѣнія въ томъ видѣ, въ какомъ онъ является въ моментъ установленія залога, проектъ распространяетъ дѣйствіе сего послѣдняго и на вновь присоединяемые участки, т. е. и на послѣдующія увеличенія этого состава. Необходимость въ таковомъ распространеніи, признаваемая большинствомъ западно-европейскихъ законодательствъ (ст. 30 и 32 прусск. зак. о приобр. права собств. 1872 г.; ст. 410 и 414 сакс. гражд. улож.; ст. 33 и слѣд. бав. ипот. закона 1822 г.; ст. 1067 проекта общегерман. гражд. улож.), вытекаетъ точно также изъ существа правильно устроенной вотчинной системы. Система эта, какъ извѣстно, можетъ имѣть дѣло лишь съ цѣльными вотчинными единицами, какъ предметами вотчинныхъ правъ. По началамъ ея присоединеніе къ имѣнію новаго участка мыслимо только въ видѣ приписки его въ качествѣ составной части того имѣнія. Въ этомъ качествѣ однакоже участокъ, о коемъ идетъ рѣчь, не можетъ не подчиниться дѣйствию правъ, обременяющихъ цѣлое. О какой либо несправедливости въ данномъ случаѣ по отношенію къ собственнику не можетъ быть рѣчи, ибо присоединеніе участка по вотчинной книгѣ, или оставленіе за нимъ прежняго его юридическаго значенія, а слѣдовательно распространеніе или нераспространеніе на него указанныхъ послѣдствій, находится въ полнѣ въ его, собственника, власти. Правда, присоединеніе по вотчинной книгѣ отдѣльныхъ имѣній и участковъ другъ къ другу безъ распространенія на нихъ упомянутыхъ послѣдствій, было бы значительно облегчено. Но проистекающія отсюда выгоды далеко не окупились бы тѣми невыгодами, которыя связаны съ сохраненіемъ за присоединяемымъ имѣніемъ или участкомъ особаго значенія отъ остальнаго имѣнія и, слѣдовательно, съ растройствомъ общности и единства въ дѣйствіи правъ, обременяющихъ это цѣлое. Соединеніе нѣсколькихъ самостоятельныхъ предметовъ вотчиннаго оборота въ одной вотчинной книгѣ вредило

бы удобообозрѣваемости этой послѣдней, усложнило бы въ высшей степени вотчинное дѣлопроизводство и затруднило бы въ такой же степени производство публичной продажи. Если, поэтому, французское право ⁽¹⁾ и нѣкоторыя другія законодательства придерживаются противоположнаго взгляда на рассматриваемый вопросъ, то это объясняется именно недостатками транскрипціонной системы или вообще неполнотою разработки началъ, свойственныхъ системѣ гласныхъ вотчинныхъ книгъ (Grundbuchsystem). Замѣчательно, что къ числу послѣдней группы законодательствъ, если слѣдовать мнѣнію Дуткевича ⁽²⁾, должно быть отнесено также и законодательство польское, не смотря на то, что присоединеніе участковъ къ имѣніямъ на основаніи ипотечнаго устава 1818 г. (ст. 38) производится точно такъ же, какъ предположено настоящимъ проектомъ, т. е. не иначе, какъ по ипотечной книгѣ. Главное соображеніе, легшее въ основаніе взгляда названнаго комментатора, заключается въ томъ, что «кредиторы имѣнія, отъ коего отдѣлена пріобрѣтенная часть, по свойству ипотеки, сохраняютъ обезпеченіе на этой отдѣльной части (est tota in qualibet parte)». Соображеніе это въ настоящемъ проектѣ не можетъ имѣть, однакоже, никакого значенія въ виду правила, изложеннаго въ ст. 204 проекта вотчиннаго устава, правила, по которому присоединеніе имѣнія или участка, обремененныхъ выдачами или долгами, къ другому имѣнію, на которомъ тоже лежатъ выдачи или долги, допускается не иначе, какъ подъ условіемъ предварительной уступки старшинства въ пользу обремененій, лежащихъ на одномъ изъ этихъ имѣній, или вообще соглашенія между всѣми заинтересованными лицами о старшинствѣ, которое должно быть присвоено ихъ требованіямъ.

в) Участкамъ, въ послѣдствіи присоединеннымъ къ имѣнію, проектъ уподобляетъ приращенія, происшедшія въ имѣніи въ слѣдствіе естественныхъ событій. Приращенія этого рода составляютъ, какъ извѣстно, пріобрѣтенія, совершающіяся непосредственно въ силу самаго закона (ст. 424—429 т. X

в) Приращенія, происшедшія въ слѣдствіе естественныхъ событій.

⁽¹⁾ *Laurent, Principes*, т. 30, § 207.

⁽²⁾ В. п. с., стр. 439.

ч. I, свод. зак. гражд.) и слѣдовательно помимо внесенія въ вотчинную книгу. Поэтому распространеніе на нихъ залога, обременяющаго имѣніе, не обусловливается упомянутымъ внесеніемъ. Необходимость въ таковомъ распространеніи объясняется тѣмъ, что и рассматриваемыя приращенія, подобно вновь присоединяемымъ участкамъ, образуютъ собою ничто иное, какъ послѣдующія увеличенія состава имѣнія и потому должны слѣдовать судьбѣ сего послѣдняго. Само собою при этомъ разумѣется, что, становясь составною частью приращеннаго имѣнія и подчиняясь на этомъ основаніи нераздѣльному дѣйствію правъ, обременяющихъ это имѣніе, приращенія, о коихъ идетъ рѣчь, почитаются съ момента ихъ возникновенія совершенно свободными отъ обремененій, лежащихъ на томъ имѣніи, отъ которыхъ они силою естественныхъ событій отдѣлились.

Права, связанныя
съ собственностью.

Съ правомъ собственности на имѣніе могутъ быть связаны и извѣстныя права въ томъ смыслѣ, что субъектомъ ихъ является не опредѣленное лицо, а всякій собственникъ имѣнія, какъ таковой. Къ правамъ этого рода принадлежатъ главнѣйшимъ образомъ такъ называемыя сервитуты (вотчинныя повинности). Уже одна указанная связь упомянутыхъ правъ съ имѣніемъ, которому они служатъ, убѣждаетъ въ томъ, что они должны слѣдовать судьбѣ послѣдняго, а слѣдовательно и рассматриваться въ качествѣ составной его части (ст. 118 проекта). Поэтому все сказанное выше о составѣ имѣнія въ примѣненіе къ залогу распространяется и на рассматриваемыя права. Такъ какъ по мысли проекта права эти устанавливаются посредствомъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу господствующаго имѣнія, то съ момента такового внесенія они почитаются подчиненными дѣйствію залога, обременяющаго это имѣніе, и при томъ независимо отъ того, состоялось ли внесеніе до или послѣ установленія залога.

II. Строенія и

II. Связь имѣнія со строеніями, въ немъ находящимися, представляется столь очевидною, что на счетъ необходимости подчиненія послѣднихъ дѣйствію правъ, обременяющихъ первое, едва ли могутъ возникнуть какія либо сомнѣнія. Начать съ того, что все хозяйственное значеніе строеній, о коихъ идетъ

рѣчь, вся ихъ цѣнность обуславливается связью съ землею, къ которой они прикрѣплены. Юридическое разрушеніе таковой связи не можетъ входить въ намѣренія законодателя уже потому, что оно способствовало бы фактическому отдѣленію строеній отъ земли, т. е. такой цѣли, которая, по общему правилу, не только немыслима помимо существеннаго поврежденія или измѣненія упомянутыхъ предметовъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и обезцѣненія ихъ, но и противна экономическимъ интересамъ. Кромѣ того, соединеніе юридической судьбы земли съ строеніями, на ней воздвигнутыми, имѣетъ еще и то существенное преимущество, что всякій, кто пожелаетъ приобрѣсти по вотчинной книгѣ какое либо право на застроенную землю, можетъ ограничиться лишь провѣркою правъ своего право-дателя на эту послѣднюю, не опасаясь того, чтобы распро-страненіе этого права и на постройки было у него кѣмъ либо оспорено.

Взглядъ, по которому строеніе есть составная часть земли, т. е. образуетъ вмѣстѣ съ нею одно нераздѣльное цѣлое, былъ присущъ уже римскому праву, которое и выразило его въ извѣстномъ положеніи: *superficies solo cedit*. Какъ состав-ная часть этого цѣлаго, строеніе, по римскимъ началамъ, не только раздѣляло въ правовомъ отношеніи судьбу земли, съ которой оно связано, но и не могло быть самостоятельнымъ отъ этой послѣдней предметомъ вотчиннаго права. Вышепри-веденное положеніе римскаго права усвоено и главнѣйшими западно-европейскими законодательствами, въ томъ числѣ и французскимъ (ст. 552 и слѣд. гражд. кодекса) и другими, сродными съ нимъ, хотя послѣднія и не проводятъ его вполнѣ послѣдовательно, такъ какъ допускаютъ существованіе права собственности на строеніе независимо отъ права собственности на землю.

Съ началами римскаго права совпадаютъ и начала дѣй-ствующаго русскаго законодательства. И у насъ залогъ не-обходимо обхватываетъ собою сверхъ имѣнія, на которомъ онъ установленъ, и постройки, въ имѣніи находящіяся, какъ принадлежности сего послѣдняго (ст. 386 т. X ч. I свод. зак. гр.). Но можно, кажется, безспорно признать, что и по русскому праву строеніе не можетъ быть самостоятельнымъ

отъ земли предметомъ вотчиннаго оборота, т. е. предметомъ такого права, которое бы въ одно и то же время не обнимало собою и земли. О томъ, чтобы одно лишь строеніе, совершенно независимо отъ земли, могло *въ качествѣ недвижности* перейти въ чужія руки, не содержится въ нашемъ законодательствѣ никакого указанія; оправдать же логически эту возможность, вывести ее изъ общихъ правовыхъ началъ нельзя, такъ какъ уже одинъ абсолютный характеръ собственности дѣлаетъ такую двойственность ея по отношенію къ означеннымъ предметамъ въ лицѣ двухъ различныхъ субъектовъ несовмѣстимою. Впрочемъ, всякія сомнѣнія, возможныя по этому предмету, должны исчезнуть на будущее время въ виду того, что по силѣ разсматриваемаго постановленія настоящаго проекта строеніе могло бы быть самостоятельнымъ отъ земли предметомъ вотчиннаго оборота не иначе, какъ развѣ подъ условіемъ отдѣленія его отъ остальнаго имѣнія и возможности заведенія на это строеніе особой вотчинной книги; допустить же подобную возможность проектъ вотчиннаго устава не предполагаетъ.

сооруженія, находящіяся въ имѣніи во время установленія залога, а также возведенныя впоследствии.

Все сказанное о строеніяхъ относится и къ упоминаемымъ въ разсматриваемомъ постановленіи сооруже́ніямъ, находящимся въ имѣніи, а также къ строеніямъ и сооруже́ніямъ, воздвигнутымъ впоследствии. Другими словами, залогъ распространяется на все то, что съ момента возникновенія залога до его прекращенія стало въ неразрывную связь съ землею, составляя вмѣстѣ съ нею одно хозяйственное цѣлое, и что, въ видѣ примѣра, поименовано въ вышеприведенной 386 ст. т. X ч. I. Слѣдовательно, сюда подойдутъ также пристани, заборы, сооруже́нія для водопровода и т. п.

Исключеніе строеній и сооруже́ній, не принадлежащихъ собственнику.

Безусловное проведеніе начала, по которому постройки и сооруже́нія, находящіяся въ имѣніи или воздвигнутыя въ немъ впоследствии, подчиняются дѣйствію залога, обременяющаго это послѣднее, немыслимо однако же безъ нарушенія нерѣдко законныхъ интересовъ третьихъ лицъ. Бываютъ именно случаи, вызывающіе необходимость въ ограниченіи дѣйствія этого права, когда то либо другое строеніе или сооруже́ніе возведено въ данномъ имѣніи не собственникомъ

его, а къмъ либо постороннимъ, въ осуществленіе принадлежащаго ему права пользованія или извлеченія выгодъ въ томъ имѣніи и ради преходящей цѣли, связанной съ такимъ осуществленіемъ. Таковъ, на примѣръ, случай, предусмотрѣнный уже въ римскомъ правѣ, а именно сооруженія (fistulae, canales, castellum), возведенныя сервитутовладѣльцемъ въ обязанномъ имѣніи для осуществленія права его на проведеніе воды черезъ то имѣніе, каковыя сооруженія, хотя и соединенныя фактически съ этимъ послѣднимъ, признавались собственностью сервитутнаго владѣльца. Поэтому-то проектъ, въ согласіи съ другими западно-европейскими законодательствами (ст. 284 сакс. улож.; ст. 30 прус. зак. о приобр. пр. соб. 1872 г.; ст. 785 проекта общегерм. гражд. уложенія), и постановляетъ, что строенія и сооруженія, о коихъ идетъ рѣчь, подчиняются дѣйствію залога лишь подъ тѣмъ условіемъ, *что они принадлежатъ собственнику*. Въ такоговаго условія, фактическая связь этихъ предметовъ съ землею страдаетъ отсутствіемъ внутренняго момента—намѣренія сдѣлать ихъ принадлежностью земли, и не порождаетъ той юридической связи ихъ съ нею, только при наличности которой они и могли бы быть признаны составными ея частями въ техническомъ смыслѣ этого слова.

III. Сказанное о строеніяхъ и сооруженіяхъ относится также и къ растущему въ имѣніи лѣсу, неотдѣленнымъ плодамъ и вообще стоящимъ на корню произрастеніямъ, т. е. ко всѣмъ произведеніямъ почвы, физически связаннымъ съ нею въ моментъ осуществленія залоговаго права. Залогъ распространяется на эти произведенія потому, что и они суть не болѣе, какъ составныя части имѣнія. Обыкновенно они отвѣчаютъ своему экономическому назначенію только послѣ того, какъ, будучи отдѣлены отъ почвы, превратились въ самостоятельныя движимыя вещи; до такоговаго же отдѣленія онѣ образуютъ съ почвою одно нераздѣльное цѣлое и потому не имѣютъ независимаго отъ нея значенія. Остается еще прибавить, что взглядъ проекта на эти предметы, какъ на составныя части имѣнія, согласенъ съ воззрѣніями римскаго права и важнѣйшихъ западно-европейскихъ законодательствъ (ст. 284

III. Растущій въ имѣніи лѣсъ, неотдѣленные плоды и вообще стоящіе на корню произрастенія.

и 285 сакс. гражд. улож.; ст. 30 прусск. зак. о приобр. права собств. 1872 г.; ст. 784 проекта общегерм. гражд. улож.; ст. 520 франц. гражд. кодекса).

Однако же и правило объ отвѣтственности разсматриваемыхъ произведеній, подобно правилу предыдущаго пункта настоящей статьи, не имѣетъ безусловнаго примѣненія. Исключенія, которыя оно допускаетъ, не указаны здѣсь только потому, что они непосредственно вытекаютъ изъ другихъ постановленій проекта.

Исключеніе произ-
веденій, принадле-
жащихъ отдѣльно-
му владѣльцу и

Такъ, сюда относятся прежде всего исключенія, порождаемые дѣйствіемъ начала старшинства (ст. 47 проекта). Тѣ произведенія почвы, отъ нея не отдѣленные, которыя обнимаются дѣйствіемъ обременяющаго имѣніе права отдѣльнаго владѣнія, пользующагося, въ силу связаннаго съ нимъ старшинства, преимуществомъ предъ даннымъ залоговымъ требованіемъ, не могутъ быть обращены на удовлетвореніе сего послѣдняго, ибо иначе означенное право отдѣльнаго владѣнія подверглось бы весьма существенному нарушенію.

арендатору.

Второе исключеніе, которому подвергается дѣйствіе разсматриваемаго правила, касается *случаевъ существованія по имѣнію договоровъ найма*. Строго говоря, съ теоретической точки зрѣнія, права по этимъ договорамъ не должны были бы вызывать какихъ либо ограниченій въ дѣйствіи залога потому, что они не составляютъ обремененій имѣнія, въ техническомъ смыслѣ этого слова, не имѣютъ сами по себѣ вотчиннаго характера, а принадлежатъ напротивъ того къ категоріи правъ обязательственныхъ. Только за правами нанимателя, внесенными въ вотчинную книгу, проектъ признаетъ характеръ правъ вотчинныхъ въ виду тѣхъ вотчинныхъ послѣдствій, которыя онъ съ ними связываетъ (см. объясненія къ ст. 30 и слѣд.). Тѣмъ не менѣе, требованія какъ справедливости, такъ и практической жизни заставляютъ отступить, въ данномъ случаѣ, отъ строгихъ логическихъ началъ и не приносить интересовъ арендаторовъ въ жертву интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ. Было бы весьма жестоко по отношенію къ арендаторамъ и несогласно съ цѣлями современнаго законодательства не оказывать арендѣ имущества ту поддержку,

которую она по своему важному экономическому значенію заслуживаетъ, если бы арендаторы должны были лишиться выросшихъ въ имѣніи и причитающихся имъ по силѣ заключеннаго договора произведеній только потому, что то или другое залоговое требованіе оказывается подлежащимъ удовлетворенію. Освобожденіе этихъ произведеній изъ-подъ залоговой отвѣтственности представляется тѣмъ болѣе возможнымъ, что эквивалентомъ ихъ служить арендная плата, которая и замѣняетъ собою означенныя произведенія, вступаетъ въ качествѣ предмета залога на ихъ мѣсто (*praetium succedit in loco rei*; см. п. 6 настоящей статьи и объясненія къ нему). Слѣдовательно, упомянутое освобожденіе произведеній почвы изъ-подъ дѣйствія залога не причиняетъ въ сущности вотчиннымъ кредиторамъ никакого вреда. Поэтому-то важнѣйшія германскія и романскія законодательства (ст. 30 прусск. зак. о пріобр. пр. собств. 1872 г.; п. 1 ст. 1067 проекта общегерм. гр. улож.; ст. 684, 691 *code de proc. civil*) не признаютъ произведеній, о коихъ идетъ рѣчь, насколько они причитаются арендатору, отвѣтственными по залогу. Что же касается до проекта, то взглядъ его по настоящему предмету, тождественный со взглядомъ упомянутыхъ законодательствъ, вытекаетъ изъ правилъ, изложенныхъ въ ст. 30—32. По силѣ первой изъ этихъ статей, только право нанимателя, внесенное въ вотчинную книгу, почитается вотчиннымъ и какъ таковое подчиняющимся дѣйствію начала старшинства. Слѣдовательно, въ случаяхъ внесенія права нанимателя въ вотчинную книгу послѣдній можетъ лишиться, вслѣдствіе публичной продажи заложеннаго имѣнія, возбужденной по иску вотчиннаго кредитора, права на разсматриваемыя произведенія почвы не иначе, какъ развѣ только съ лишеніемъ и самаго аренднаго права. Что же касается арендныхъ договоровъ, не внесенныхъ въ вотчинную книгу, то, какъ видно изъ ст. 31 и 32 проекта, договоры эти не прекращаются непосредственно публичной продажей имѣнія и остаются и послѣ нея въ силѣ совершенно независимо отъ того, принялъ ли на себя пріобрѣтатель имѣнія исполненіе этихъ договоровъ по соглашенію съ прежнимъ собственникомъ или нѣтъ, ибо, если онъ даже не принялъ на себя такового исполненія, договоръ, срокъ коего простирается менѣе трехъ лѣтъ со дня внесенія въ книгу новаго

собственника, остается до конца въ своей силѣ, а тотъ договоръ, срокъ коего болѣе упомянутыхъ трехъ лѣтъ, можетъ быть прекращенъ по требованію новаго собственника съ наступленіемъ въ третьемъ году числа, соотвѣтствующаго числу, назначенному въ договорѣ для окончанія его дѣйствія. Если же, по точному смыслу приведенныхъ правилъ, публичная продажа имѣнія не должна влечь за собою для арендатора обязанности очистить имѣніе, если, напротивъ того, дѣйствіе аренднаго договора на извѣстное по крайней мѣрѣ время должно продолжаться, не смотря на упомянутую продажу, то очевидно, что съ таковымъ продолженіемъ этого дѣйствія остаются въ силѣ и всѣ права, съ договоромъ связанныя, въ томъ числѣ и право арендатора на произведенія имѣнія и потому послѣднія не могутъ быть обьяты продажей, не могутъ почитаться отвѣтственными по залогу, обременяющему имѣніе.

IV. Плоды и всякія
произрастенія отдѣ-
ленные

IV. Какъ уже выше замѣчено, плоды и всякія произрастенія фактомъ отдѣленія ихъ отъ почвы перестаютъ быть составными ея частями и превращаются въ самостоятельныя движимыя вещи. Спрашивается поэтому, должно ли упомянутому факту отдѣленія произведеній земли придать значеніе событія, влекущаго за собою освобожденіе ихъ отъ отвѣтственности по обременяющему имѣніе залогу, или же, напротивъ того, они должны быть подчинены дѣйствію сего послѣдняго, не смотря на послѣдовавшее отдѣленіе?

Вопросъ этотъ, незатронутый нашимъ дѣйствующимъ законодательствомъ, разрѣшается западно-европейскими законодательствами различно. Такъ, законодательства баварское (ст. 33 ипотечн. зак. 1822 г.), саксонское (ст. 414 гражд. улож.), австрійское ⁽¹⁾ и французское ⁽²⁾ признаютъ разсматриваемыя произведенія совершенно свободными отъ залога; только арестъ, наложенный до отдѣленія ихъ отъ почвы по случаю обращенія взысканія на имѣніе поданному залоговому праву, можетъ повлечь за собою отвѣтственность по оному

⁽¹⁾ *Exner*, в. п. с., стр. 276 и слѣд.

⁽²⁾ *Laurent*, в. п. с., XXX, стр. 200 и 201.

этихъ произведеній. Напротивъ того, законодательство прусское (ст. 30 зак. о приобр. пр. соб. 1872 г.) и проектъ общегерманскаго гражд. уложенія (ст. 1067) придерживаются совершенно противоположнаго взгляда. Къ этому послѣднему взгляду, какъ видно изъ разсматриваемой статьи, примыкаетъ и настоящій проектъ.

Превращеніемъ произведеній, о коихъ идетъ рѣчь, въ движимыя вещи и исчерпывается все значеніе вышеупомянутаго факта отдѣленія этихъ произведеній отъ почвы. Юридическія послѣдствія, изъ него вытекающія, заключаются лишь въ томъ, что, будучи отдѣлены, означенныя произведенія въ отношеніи порядка ихъ отчужденія или обремененія подчиняются правиламъ, установленнымъ для движимыхъ имуществъ. Но отсюда нисколько не слѣдуетъ, чтобы, ставъ движимостями, они силою одного лишь этого факта были освобождены отъ дѣйствія вотчиннаго права, которому они подчинены были до такового отдѣленія. Всякое вотчинное право, какъ таковое, обнимаетъ предметъ, на который оно распространяется, во всей его цѣлости. Если по общему началу гражданскаго права произведенія земли и послѣ отдѣленія отъ нея становятся принадлежностью собственника этой послѣдней, если они, въ случаѣ, когда имѣніе обременено правомъ отдѣльнаго владѣнія, признаются, не смотря на то, что они отдѣлены, собственностью отдѣльнаго владѣльца, то нѣтъ очевидно основанія освобождать ихъ отъ дѣйствія залоговаго права тогда, когда имѣніе обременено именно этимъ правомъ, ибо между послѣднимъ и упомянутыми вотчинными правами не существуетъ въ данномъ отношеніи никакого различія. Кромѣ того, предлагаемое правило имѣетъ еще предъ противоположнымъ ему и то практическое преимущество, что увеличиваетъ въ сравненіи съ послѣднимъ обезпеченность, которую долженъ доставлять всякій залогъ, такъ какъ дѣлаетъ удовлетвореніе вотчиннаго кредитора изъ произведеній имѣнія совершенно независимымъ отъ того случайнаго обстоятельства, успѣлъ ли собственникъ отдѣлить ихъ отъ имѣнія или нѣтъ.

Соображенія въ пользу подчиненія ихъ дѣйствію обременяющаго имѣніе залоговаго права.

Разсматриваемое правило, какъ видно изъ содержанія п. 4 ст. 75, ставитъ отвѣтственность отдѣленныхъ плодовъ и

Условія такового подчиненія:

а) принадлежность
этихъ произведеній
собственнику;

б) нахожденіе ихъ
въ имѣніи.

произрастеній по обременяющимъ имѣніе залогамъ въ зависимость отъ двухъ условій, а именно: а) принадлежности этихъ произведеній собственнику и б) нахожденія ихъ въ имѣніи. Если бы какое либо изъ этихъ условій отсутствовало, если бы упомянутыя произведенія находились въ имѣніи, не составляя принадлежности собственника его, или наоборотъ, принадлежа послѣднему, находились въ другомъ мѣстѣ, то и не можетъ быть рѣчи объ означенной отвѣтственности. Въ основаніи этого взгляда проекта лежали слѣдующія соображенія. Уже выше, по отношенію къ плодамъ и произрастеніямъ неотдѣленнымъ было замѣчено, что они могутъ быть объаты дѣйствіемъ какого либо обременяющаго имѣніе права отдѣльнаго владѣнія, пользующимся старшинствомъ предъ даннымъ залоговымъ требованіемъ. Сказанное о плодахъ и произрастеніяхъ не отдѣленныхъ распространяется на эти предметы и тогда, когда они отдѣлены. Точно также они, будучи не отдѣлены или отдѣлены, могутъ оказаться подчиненными дѣйствію аренднаго права. Распространять и въ этихъ случаяхъ залоговую отвѣтственность имѣнія на означенные предметы было бы очевидно равносильно подчиненію ей того, что составляетъ въ сущности собственность не должника, а чужую. — Независимо отъ сего, такъ какъ все экономическое назначеніе рассматриваемыхъ произведеній заключается собственно въ потребленіи ихъ или въ превращеніи путемъ продажи въ деньги, то очевидно, что законъ, который запретилъ бы собственнику заложеннаго имѣнія свободно распорядиться ими по своему усмотрѣнію, сталъ бы въ очевидное противорѣчіе съ самыми насущными требованіями жизни, ибо онъ сдѣлалъ бы веденіе хозяйства въ такомъ имѣніи совершенно невозможнымъ. Собственнику, слѣдовательно, не можетъ быть запрещено какъ отчужденіе упомянутыхъ произведеній, такъ и право разорвать всякую связь послѣднихъ съ имѣніемъ путемъ вывоза ихъ изъ онаго. Въ обоихъ этихъ случаяхъ обращеніе упомянутыхъ произведеній на удовлетвореніе обременяющихъ имѣніе залоговыхъ требованій не можетъ имѣть мѣста: въ первомъ случаѣ потому, что они не принадлежатъ уже собственнику, а во второмъ — въ виду того, что нераздѣльная отвѣтственность ихъ съ заложен-

нымъ имѣніемъ и мыслима только благодаря означенной связи, такъ какъ помимо ея упомянутыя произведенія, будучи движимостями, могутъ быть лишь предметами *заклада*, а не залога, и дальнѣйшее обремененіе ихъ послѣднимъ изъ упомянутыхъ правъ представляется уже невозможнымъ.

Необходимо впрочемъ замѣтить, что вотчинный кредиторъ, требованію коего наступилъ срокъ, въ состояніи предупредить разсматриваемыя распоряженія собственника, когда ими можетъ быть нанесенъ ущербъ законнымъ его, кредитора, интересамъ; для этого стоитъ лишь ему своевременно исходатайствовать предъ судомъ, въ порядкѣ обезпеченія иска, наложеніе ареста на означенныя произведенія ⁽¹⁾.

Наложеніе ареста, какъ средство предупрежденія распоряженій собственника отдѣленными произведеніями.

Само собою также разумѣется, что, находясь въ имѣніи, произведенія, о коихъ идетъ рѣчь, должны почитаться принадлежащими собственнику его до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано. Слѣдовательно, въ случаѣ спора, возникшаго по поводу обращенія этихъ произведеній на удовлетвореніе даннаго залоговаго требованія, *onus probandi* въ вопросѣ о томъ, чью собственно они составляютъ принадлежность, лежитъ не на вотчинномъ кредиторѣ, а на лицѣ, которое ослариваетъ у него отвѣтственность ихъ по данному требованію.

Onus probandi въ вопросѣ о томъ, кому они принадлежатъ.

Сказанное о плодахъ и произрастеніяхъ относится и къ другимъ составнымъ частямъ имѣнія, напримѣръ, къ строеніямъ, которыя путемъ отдѣленія, т. е. сноса превращаются въ движимыя вещи, такъ какъ между первыми и послѣдними существуетъ полнѣйшая аналогія.

Другія составныя части, становящіяся движимостями путемъ отдѣленія отъ имѣнія.

V. Отъ понятія *составной части*, т. е. того, что служитъ средствомъ образованія даннаго предмета, какъ цѣлаго, доктрина римскаго права и важнѣйшія германскія законодательства отличаютъ такъ называемыя *принадлежности* (*accessories*)

V. Движимыя вещи, составляющія принадлежность имѣнія.

(1) Ср. ниже ст. 97 проекта и объясненія къ ней.

Понятіе принадлежности;

gium, Zubehör). Подъ послѣдними понимается все то, что, не составляя части извѣстнаго предмета и будучи, напротивъ того, самостоятельно отъ послѣдняго движимою вещью, находится однако къ нему въ такомъ соотношеніи, что разсматривается съ нимъ въ экономическомъ оборотѣ какъ нѣчто единое, нѣчно такое, что составляетъ придатокъ этого предмета.

его юридическое значеніе.

Понятіе принадлежности имѣетъ чисто хозяйственную подкладку, заключающуюся въ томъ, что многіе предметы внѣшняго міра не могутъ исполнить своего назначенія иначе, какъ только при помощи другихъ предметовъ и слѣдовательно въ соединеніи съ ними. Едва ли нужно распространяться о томъ, что въ числѣ первыхъ изъ упомянутыхъ предметовъ имущества недвижимыя стоятъ на первомъ планѣ. Поэтому то упомянутыя законодательства, а также и наше содержатъ въ себѣ болѣе или менѣе подробныя правила, касающіяся какъ принадлежностей вообще, такъ и въ частности принадлежностей недвижимыхъ имуществъ. Экономическая связь, въ которой принадлежности находятся съ главнымъ предметомъ, т. е. тою вещью, которой они служатъ, получаетъ свою санкцію въ правилѣ, выраженномъ еще римскимъ правомъ, о томъ, что всякое распоряженіе, касающееся этого главнаго предмета, обхватываетъ собою eo ipso и его принадлежности. Въ созданіи, слѣдовательно, предположенія, что всякая сдѣлка, касающаяся главнаго предмета, распространяется, поскольку противное прямо въ ней не выражено, на эти послѣднія, и заключается юридическое значеніе понятія о принадлежностяхъ.

Отличіе принадлежности отъ составной части.

Нельзя впрочемъ не замѣтить, что вышеупомянутое правило имѣетъ чисто интерпретаціонный характеръ; оно входитъ собственно въ область толкованія юридическихъ сдѣлокъ, заключенныхъ между извѣстными договорившимися лицами по данному главному предмету. Очевидно, слѣдовательно, что оно можетъ имѣть примѣненіе въ одной лишь сферѣ *обязательственныхъ отношеній, касающихся этого предмета*. Что же касается, напротивъ того, *сферъ вѣчныхъ правъ*, то въ ней принадлежности вполне сохраняютъ,

въ качествѣ самостоятельныхъ движимыхъ вещей, свое независимое отъ главнаго предмета значеніе. Въ этой независимости и заключается существенное различіе принадлежности отъ составной части. Въ то время, какъ вещныя права, приобрѣтенныя на данный предметъ, распространяются *eo ipso* и на его составныя части и послѣднія, пока онѣ состоятъ такими частями, не могутъ быть самостоятельно отчуждаемыми или обременяемыми, принадлежности, напротивъ того, остаются самостоятельными объектами и почитаются, по общему правилу, подчиненными дѣйствію правъ, распространяющихся на главный предметъ, поскольку и относительно ихъ соблюдены всѣ условія приобрѣтенія или обремененія. Противоположное начало, въ силу коего и въ упомянутой вотчинной сферѣ принадлежности должны признаваться слѣдующими судьбѣ главнаго предмета, можетъ имѣть силу лишь настолько, насколько это въ примѣненіи къ каждому данному вотчинному праву прямо установлено закономъ.

О необходимости подчинить дѣйствію залога, обременяющаго недвижимое имѣніе, и принадлежности сего послѣдняго едва ли можетъ быть какое либо сомнѣніе. Противоположное правило уменьшило бы въ значительной степени ту обезпеченность, которую залогъ долженъ доставлять по своему существу и нанесло бы, слѣдовательно, одинъ лишь вредъ поземельному кредиту. Поэтому и проектъ, во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній, поименовываетъ упомянутыя принадлежности въ числѣ предметовъ, на которые распространяется залогъ.

Соображенія, въ пользу подчиненія принадлежностей дѣйствію залога.

Изъ разсматриваемаго постановленія проекта видно, что оно подчиняетъ дѣйствію залога не всѣ вообще движимыя вещи, которыя находятся въ имѣніи и не отчуждены, *а лишь тѣ, которыя составляютъ принадлежность имѣнія*. Слѣдовательно, подъ постановленіе это подойдутъ лишь такія вещи, которыя имѣютъ назначеніемъ своимъ служить *постоянно* имѣнію, ибо только эти вещи, а не какія либо другія, могутъ, согласно общепринятой доктринѣ права, почитаться принадлежностями имѣнія, въ техническомъ смыслѣ этого слова.

Движимыя вещи, какъ принадлежности въ смыслъ проекта.

Вещи, которыя, напริมѣръ, служатъ лично собственнику, предназначены удовлетворять его индивидуальнымъ потребностямъ, не составляютъ принадлежностей имѣнія и потому не должны быть признаваемы подчиненными дѣйствію залога ⁽¹⁾. Но за то, съ другой стороны, дѣйствію залога, обременяющаго данное имѣніе, проектъ подчиняетъ всѣ принадлежности онаго безъ всякаго исключенія, расходясь въ этомъ отношеніи со взглядомъ саксонскаго гражданскаго уложенія (ст. 411 и 412), освобождающаго отъ залоговой отвѣтственности инвентарь промышленныхъ заведеній и сельскихъ имѣній. Поэтому, принадлежностями фабрикъ и заводовъ должны почитаться, въ смыслѣ проекта, какъ это впрочемъ установлено и въ ст. 388 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., — посуда, инструменты, машины; принадлежностями сельскаго имѣнія — скоть, посуда, машины, снаряды и вообще все, служащее хозяйственнымъ его цѣлямъ.

Нѣкоторыя законодательства, какъ, напрімѣръ, саксонское (ст. 410 гражд. улож.), содержатъ въ себѣ еще указаніе на то, что для отвѣтственности принадлежностей по залогу, обременяющему недвижимое имѣніе, совершенно безразлично, когда онѣ собственно стали таковыми, до или послѣ установленія залога. Мысль эта вполне раздѣляется проектомъ. Съ точки зрѣнія послѣдняго точно также безразлично для упомянутой отвѣтственности, кѣмъ собственно данныя движимыя вещи поставлены къ заложенному имѣнію въ отношеніе принадлежностей его: первоначальнымъ должникомъ или кѣмъ либо изъ его преемниковъ по имѣнію. Если проектъ не упоминаетъ прямо объ этомъ обстоятельстве, то лишь потому, что оно само собою подразумѣвается, какъ послѣдствіе неоднократно уже высказаннаго начала, что все имѣніе отвѣчаетъ по залогу какъ *universitas juris* и, слѣдовательно, во всемъ своемъ объемѣ, въ какомъ оно находится въ моментъ производства взысканія по данному залоговому требованію.

⁽¹⁾ Ср. мотивы къ проекту общегерманскаго гр. уложенія, т. III, стр. 62.

Засимъ, залоговая отвѣтственность принадлежностей имѣнія поставлена въ зависимость отъ существованія тѣхъ же двухъ условій, что и отвѣтственность отдѣленныхъ плодовъ и произрастеній имѣнія, а именно, отъ того, чтобы они не были отчуждены въ пользу какого либо посторонняго лица или удалены изъ имѣнія. Запретить собственнику заложенного имѣнія свободно распоряжаться принадлежностями его, сдѣлать принадлежности эти неотчуждаемыми нельзя, хотя бы уже по той причинѣ, что послѣднія, вслѣдствіе пользованія ими, мало по малу портятся, перестаютъ отвѣчать своему назначенію и нуждаются время отъ времени въ замѣнѣ новыми. Слѣдовательно, напримѣръ, инвентарь, отчужденный арендатору, поскольку впрочемъ такое отчужденіе, какъ клонящееся во вредъ интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ, ими неоспорено (ст. 79 и 80 настоящаго проекта), или вообще инвентарь, составляющій чужую собственность, не подчиненъ дѣйствію залога. Что же касается до втораго изъ упомянутыхъ условій, то какъ это понятно само собою, подъ нимъ подразумѣвается только такое удаленіе изъ имѣнія, которое не имѣетъ временнаго характера, и слѣдовательно такое, въ которомъ въ надлежащей степени выразилось намѣреніе собственника прекратить окончательно отношеніе данныхъ движимыхъ вещей къ его имѣнію, какъ принадлежностей сего послѣдняго. Понятно затѣмъ, что все сказанное относительно разсматриваемыхъ условій въ объясненіяхъ къ предъидущему пункту настоящей статьи, имѣетъ полное примѣненіе и здѣсь.

Условія распро-
страненія на нихъ
залоговой отвѣт-
ственности.

VI. Въ 3 и 4 пп. настоящей статьи упоминаются такіе предметы, которые въ доктринѣ права и въ западно-европейскихъ законодательствахъ (ст. 73 сакс. гр. улож.; ст. 582 франц. гр. кодекса и др.) подводятся подъ терминъ *естественныхъ плодовъ* (*fructus naturales*), т. е. органическія произведенія имѣнія. Отъ послѣднихъ отличаются, какъ извѣстно, такъ называемые *гражданскіе плоды* (*fructus civiles*), именно доходы и вообще платежи, причитающіеся собственнику по имѣнію, въ силу какого либо правоотношенія (договора найма и т. п.). Подведеніе этихъ доходовъ и платежей подъ понятіе

VI. Наемная плата.

Понятіе граждан-
скихъ плодовъ (*fruc-
tus civiles*).

плодовъ имѣть чисто экономическое, хозяйственное основаніе, заключающееся въ томъ, что они *замѣняютъ собою* плоды естественные, *служатъ ихъ эквивалентомъ*, и потому должны быть и въ юридическомъ отношеніи приравнены къ нимъ. Очевидно засимъ, что гражданскіе плоды, благодаря именно указанному своему значенію эквивалента плодовъ естественныхъ, не могутъ принадлежать, одновременно съ послѣдними, одному и тому же лицу.

Необходимость подчиненія ихъ дѣйствію залога.

Послѣ всего сказаннаго о необходимости освобожденія изъ подъ дѣйствія залога, обременяющаго данное имѣніе, естественныхъ плодовъ, принадлежащихъ нанимателю по силѣ заключеннаго по имѣнію договора найма, вопросъ о подчиненіи этому дѣйствію наемной платы едва ли можетъ возбудить какія либо сомнѣнія. Такое подчиненіе является неизбѣжнымъ, логическимъ послѣдствіемъ упомянутаго освобожденія. Если бы наемная плата не замѣняла собою, въ качествѣ предмета обезпеченія, изъятыя изъ подъ дѣйствія послѣдняго естественные плоды, то этимъ былъ бы нанесенъ вотчиннымъ кредиторамъ весьма несправедливый ущербъ. Но коль скоро наемная плата *замѣняетъ названные плоды*, становится, какъ предметъ залога, на ихъ мѣсто (*succedit in loco rei*), то отсюда ясно, что по мысли проекта она должна отвѣчать по залогу точно такъ, какъ отвѣчали бы эти плоды, если бы имѣніе не было отдано въ наемъ, или другими словами, что между тою и другою отвѣтственностью должна существовать полная аналогія.

Аналогія съ отвѣтственностью по залогу плодовъ естественныхъ (*fructus naturales*).

Аналогія эта исключаетъ всякую необходимость въ поясненіи въ самомъ текстѣ проектируемаго законоположенія относительно тѣхъ предѣловъ, въ которыхъ разсматриваемая отвѣтственность наемной платы можетъ имѣть мѣсто. Предѣлы эти опредѣляются установленными въ предъидущихъ пунктахъ предѣлами залоговой отвѣтственности плодовъ и произрастеній, т. е. такъ называемыхъ естественныхъ плодовъ. Какъ извѣстно изъ предъидущаго изложенія, моментъ отдѣленія этихъ плодовъ отъ имѣнія самъ по себѣ не оказываетъ, по проекту, никакого вліянія на упомянутую отвѣт-

ственность. Нѣтъ, слѣдовательно, никакого основанія придавать въ данномъ случаѣ какое либо значеніе и тому моменту, который по нѣкоторымъ законодательствамъ (ср., напримеръ, ст. 415 сакс. гр. улож.) почитается соотвѣтствующимъ первому въ примѣненіи къ такъ называемымъ гражданскимъ плодамъ, а именно моменту наступленія срока наемнымъ платежамъ. Такимъ образомъ, всѣ наемные платежи, условленные договоромъ найма, должны почитаться, согласно проекту, обремененными залогомъ, установленнымъ на имѣніи, притомъ безразлично, наступили ли сроки ихъ, или нѣтъ. Единственное исключеніе, которое съ точки зрѣнія проекта должно быть въ настоящемъ случаѣ допущено—это именно исключеніе въ пользу срочныхъ платежей, уже полученныхъ собственникомъ или уступленныхъ имъ постороннему лицу ранѣе осуществленія залоговаго права. Только эти платежи оказываются изъятymi по проекту изъ подъ дѣйствія залога. Но и это изъятіе является непосредственнымъ послѣдствіемъ вышеупомянутой аналогіи между естественными и гражданскими плодами. Подобно тому, какъ залогъ не ограничиваетъ собственника въ употребленіи въ свою пользу плодовъ и произрастеній имѣнія, онъ не можетъ лишить собственника права получить наемную плату или переуступить ее кому либо постороннему, хотя впрочемъ и это право распоряженія собственника не представляется безусловнымъ, а какъ видно изъ ст. 77 проекта и объясненій къ ней подвергнуто въ интересахъ вотчинныхъ кредиторовъ извѣстнымъ ограниченіямъ. Само собою разумѣется, что вотчинный кредиторъ всегда можетъ предупредить невыгодное для него поступленіе арендной платы въ распоряженіе собственника или лица, пріобрѣвшаго право на оную по переуступкѣ отъ сего послѣдняго, путемъ своевременнаго наложенія ареста, подобно тому, какъ онъ въ состояніи парализовать вредныя для своихъ интересовъ распоряженія собственника отдѣленными плодами и произрастеніями имѣнія и вообще всякими движимостями, составляющими его принадлежность ⁽¹⁾.

(1) См. выше, стр. 593.

Другіе платежи,
причитающіеся собственнику.

Арендной платѣ приравниваются проектомъ въ разсчитываемомъ отношеніи и всякаго рода другіе платежи, причитающіеся собственнику по имѣнію. Сюда относятся именно повременные платежи, причитающіеся въ силу права на оныя, связаннаго съ правомъ собственности, условленная цѣна за отчужденные плоды и произрастенія (напр. за проданный лѣсъ) и вознагражденіе за части имѣнія, отчужденныя на государственную или общественную надобность (ст. 592 т. X ч. 1 свод. зак. гражд.). Основаніемъ такового приравниванія въ примѣненіи къ праву на повременныя выдачи служить то обстоятельство, что право это разсматривается какъ составная часть самаго имѣнія ⁽¹⁾, а въ отношеніи къ упомянутымъ цѣнѣ и вознагражденію, — что онѣ носятъ на себѣ характеръ такого же, какъ и арендная плата эквивалента. Поэтому то всѣ эти платежи по проекту одинаково съ наемной платою подчинеными дѣйствію залога, обременяющаго данное имѣніе. Что же касается до права собственника свободно распоряжаться ими не смотря на существованіе залога, то такое право, впрочемъ въ предѣлахъ, установленныхъ вышеуказанной 77 ст. настоящаго проекта, можетъ быть допущено только по отношенію къ платѣ за отчужденные плоды и произрастенія (ибо онъ ими тоже свободенъ распоряжаться) и отдѣльнымъ повременнымъ платежамъ, какъ одною изъ статей дохода заложеннаго имѣнія. Только упомянутые плата и повременные платежи могутъ, слѣдовательно, безпрепятственно поступить въ пользу собственника или быть имъ кому либо уступлены. Самое же право на повременныя выдачи, какъ составная часть имѣнія, и вознагражденіе за составныя части, отчужденныя на государственную или общественную надобность, какъ эквивалентъ названныхъ частей, должны быть согласно проекту почитаемы объатыми безусловно дѣйствіемъ залога, установленнаго на имѣніи. Въ частности, упомянутое вознагражденіе и не должно быть выдаваемо на руки собственнику, а подлежить согласно правиламъ главы VIII проекта положенія

(1) См. выше, стр. 584.

о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, внесенію въ вотчинное установленіе и распредѣленію между всѣми заинтересованными лицами.

VII. Въ числѣ разнаго рода платежей, причитающихся собственнику по имѣнію, вопросъ о страховомъ вознагражденіи, въ виду своего важнаго экономическаго значенія, не можетъ не обратить на себя особаго вниманія законодателя. Спрашивается, если платежи, упомянутые въ предъидущемъ пунктѣ настоящей статьи, замѣняютъ собою по отношенію къ залогу тѣ предметы, коихъ они служатъ эквивалентомъ, и потому вступаютъ на ихъ мѣсто, если въ примѣненіи къ нимъ получаетъ въ данномъ случаѣ силу правило о томъ, что *praetium succedit in loco rei*, то должно ли это правило быть распространено также и на право на упомянутое вознагражденіе или, напротивъ того, право это должно быть освобождено изъ подъ дѣйствія залога?

VII. Страховое вознагражденіе, причитающееся собственнику.

Соображенія чисто теоретическаго характера едва ли даютъ основаніе для проведенія въ данномъ случаѣ полной аналогіи. Право вотчиннаго кредитора можетъ простирается только на то имущество, которое было обременено залогомъ. Съ уничтоженіемъ этого имущества прекращается самъ собою и этотъ послѣдній. Слѣдовательно, страхъ по заложенному имуществу ложится на означенныхъ кредиторовъ точно также, какъ и на собственника и всякаго другаго обладателя какого либо *вотчиннаго* права на оное. Что же касается требованія страховаго вознагражденія, то оно составляетъ совершенно самостоятельное отъ упомянутаго имущества имущественное право собственника. Разсматриваемое вознагражденіе не можетъ быть приравнено къ платежамъ, о коихъ говорится въ предъидущемъ пунктѣ настоящей статьи, хотя бы уже по той причинѣ, что право на это вознагражденіе имѣетъ вполнѣ *обязательственный характеръ*, что въ основѣ этого права лежитъ условленный договоромъ страхованія платежъ собственникомъ страховыхъ премій. Къ тому же право страховаго вознагражденія возникаетъ лишь въ тотъ моментъ, когда обремененное залогомъ имущество, а вмѣстѣ съ тѣмъ и залоговое право

Теоретическая сторона вопроса о подчиненіи этого вознагражденія дѣйствію залога.

кредиторовъ въ этомъ имуществѣ уничтожилось. Если, тѣмъ не менѣе, причитающееся собственнику страховое вознагражденіе должно быть обращено на преимущественное удовлетвореніе вотчинныхъ его кредиторовъ, то очевидно, что для этого необходимо прямое вмѣшательство законодательства, прямое причисленіе со стороны послѣдняго этого вознагражденія къ числу предметовъ, почитающихся вмѣстѣ съ самымъ имѣніемъ подчиненными дѣйствію залога.

Иностранныя и
дѣйствующее рус-
ское законодатель-
ства по означенному
вопросу.

Нельзя сказать, чтобы вопросъ о такомъ подчиненіи страхового вознагражденія дѣйствію залога разрѣшался всѣми ипотечными законодательствами одинаково. Въ баварскомъ (ст. 76), виртембергскомъ (ст. 125) и французскомъ ⁽¹⁾ законодательствахъ вопросъ этотъ разрѣшается отрицательно. Впрочемъ, по первому изъ этихъ законодательствъ интересы вотчинныхъ кредиторовъ не остаются въ данномъ случаѣ вполне беззащитными, въ виду того, что не возстановленіе собственникомъ сгорѣвшаго имущества признается по этому законодательству равносильнымъ разоренію этого имущества, дающему кредиторамъ право требовать немедленнаго удовлетворенія (ст. 45), а также въ виду постановленій страхового права (Brandversicherungsgesetz vom 3 April 1885), гарантирующихъ употребленіе страхового вознагражденія на упомянутое возстановленіе ⁽²⁾. Австрійское гражданское уложеніе обходитъ упомянутый вопросъ совершеннымъ молчаніемъ, но практика, опираясь на постановленія закона 18 іюля 1828 г., аналогичныя по своей цѣли съ указанными постановленіями баварскаго закона, стремится къ рѣшенію разсматриваемаго вопроса въ смыслѣ, благоприятномъ интересамъ кредиторовъ ⁽³⁾. Наконецъ, къ утвердительному же рѣшенію приходятъ законодательства: бельгійское (ст. 10), саксонское ⁽⁴⁾, прусское (ст. 30) и прочія германскія ⁽⁵⁾, а также проектъ

⁽¹⁾ *Puchelt*, в. п. с., стр. 277.

⁽²⁾ *Regelsberger*, d. Bayerische Hypothekenrecht, стр. 353.

⁽³⁾ *Exner*, d. Oesterreichische Hypothekenrecht, стр. 286 и слѣд.

⁽⁴⁾ *Siegmann*, d. Königlich Sächsische Hypothekenrecht, стр. 133 и слѣд.

⁽⁵⁾ См. обзоръ ихъ у Машера, d. Deutsche Grunbuch und Hypothekenrecht, стр. 618 и слѣд.

общегерманскаго гражданскаго уложенія (п. 5 ст. 1067). Что же касается до дѣйствующаго русскаго права, то общаго руководящаго начала по разсматриваемому вопросу для всѣхъ случаевъ установленія залога въ немъ нѣтъ, а есть лишь правила, разбросанныя въ отдѣльныхъ положеніяхъ и уставахъ. — Впервые законодательство наше коснулось этого вопроса, какъ это случилось и со многими другими вопросами залоговаго права, въ правилахъ, касающихся обезпеченія залогомъ договоровъ съ казною (ст. 49, 151 и 208 пол. о каз. подр. и пост., т. X ч. 1, изд. 1887 г.) и ссудъ, выдававшихся изъ бывшаго государственнаго заемнаго банка (ст. 436 и слѣд. уст. кредит., т. XI ч. 2, изд. 1857 г.; прим. къ ст. 22 разд. VIII того же устава, изд. 1887 г.). Сюда же нужно причислить § 14 изданныхъ 2 октября 1862 года ⁽¹⁾ правилъ объ обезпеченіи разсроченнаго платежа акциза за вино (п. 22 прил. къ ст. 258 устава о питейномъ сборѣ, т. V, изд. 1876 г.). Въ правилахъ о взаимномъ земскомъ страхованіи отъ огня (прим. къ п. 79 прил. къ ст. 92 (прим. 1) уст. пожар., т. XII ч. 1, по прод. 1876 г.) предусматривается обращеніе страховаго вознагражденія въ пользу залогодержателя, когда сгорѣвшее имущество застраховано симъ послѣднимъ. Засимъ разсматриваемаго вопроса касаются также положеніе о городскихъ общественныхъ банкахъ (ст. 132 разд. XI уст. кред., изд. 1887 г.), положеніе о дворянскомъ земельномъ банкѣ (ст. 37 разд. VI, тамъ же), уставы городскихъ кредитныхъ обществъ (с.-петерб.—прим. къ ст. 5, 93—97 и другихъ), акціонерныхъ земельныхъ банковъ (ст. 16, 18, 41—45) и страховыхъ обществъ (1-го росс.—ст. 86—88 и другихъ).

Отступленіе на будущее время отъ того пути, на который вопросъ этотъ уже вступилъ у насъ, было бы не только нежелательно, но весьма вредно для интересовъ поземельнаго кредита. Насколько отвѣтственность страховаго вознагражденія по залогамъ, обременявшимъ сгорѣвшее имущество, прак-

Практическія соображенія въ пользу разрѣшенія его въ утвердительномъ смыслѣ.

(1) П. с. з. № 38764.

тически необходима, въ томъ убѣждаетъ лучше всего указанный выше постепенный ходъ нашего законодательства, подчинившаго этой отвѣтственности съ каждымъ новымъ шагомъ все большее и большее количество случаевъ. Надежность обезпеченія, доставляемаго залогомъ, его твердость и полнота оказывается тѣмъ больше, чѣмъ менѣе риска несетъ тотъ, въ пользу коего залогъ установленъ. Между тѣмъ оставленіе вотчинныхъ кредиторовъ безъ надлежащаго огражденія противъ случаевъ, ради которыхъ и заключается договоръ страхованія, способно лишь колебать упомянутую твердость, сдѣлать изъ залога институтъ обезпеченія, менѣе солидный и полный, чѣмъ онъ долженъ бы быть по своему назначенію. Освобожденное отъ упомянутой отвѣтственности страховое вознагражденіе являлось бы нерѣдко въ рукахъ собственника эквивалентомъ цѣнности заложеннаго имущества, которую онъ исчерпалъ уже путемъ кредита и на которую онъ, слѣдовательно, въ случаѣ пожара, и не могъ бы рассчитывать, эквивалентомъ, обогатившимъ его къ явной несправедливости по отношенію къ вотчиннымъ кредиторамъ. Мало того, оно могло бы представлять собою въ лицѣ собственника даже опасную выгоду, такую выгоду, которая значительно превышала бы интересъ его къ надлежащему охраненію застрахованнаго имущества отъ несчастныхъ случаевъ.

Страховое вознагражденіе за поврежденные плоды и произрастенія, а также движимость, составляющую принадлежность имѣнія.

Дѣйствующіе у насъ постановленія и уставы, касающіеся разсматриваемаго вопроса, упоминаютъ собственно только о случаяхъ страхованія строеній отъ пожара. Хотя, конечно, случаи эти представляются на практикѣ самыми важными, тѣмъ не менѣе въ виду того распространенія, которое страховое дѣло уже получило за послѣднее время въ Россіи и вѣроятно еще получитъ въ будущемъ, едва ли есть основаніе къ тому, чтобы ограничивать отвѣтственность страховаго вознагражденія по залогамъ, обременяющимъ данное имѣніе, только упомянутыми случаями страхованія. Страхуются не одни лишь строенія, но и другіе предметы, относящіеся къ составнымъ частямъ или принадлежностямъ имѣній, и при томъ не только отъ случаевъ пожара, но и отъ другихъ несчастныхъ случаевъ, какъ то: градобитія и т. п. и страховое воз-

награжденіе, причитающееся по этимъ предметамъ, носить на себѣ характеръ эквивалента сихъ послѣднихъ. Поэтому то проектъ и предлагаетъ установить, что залогъ простирается на причитающееся собственнику страховое вознагражденіе за сгорѣвшіе или поврежденные строенія, *плоды, произрастенія, а также движимость, составляющую принадлежность имѣнія.*

Со страховымъ вознагражденіемъ, упоминаемымъ въ настоящей статьѣ, представляется аналогичнымъ вознагражденіе, которое можетъ причитаться собственнику съ третьяго лица по случаю уничтоженія или поврежденія имущества, обремененнаго залогомъ. Право на такое вознагражденіе можетъ принадлежать собственнику на основаніи общаго начала, выраженнаго въ ст. 684 т. X ч. 1, по которому всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому либо его дѣяніемъ или упущеніемъ. Таково, на примѣръ, вознагражденіе убытковъ, которое можетъ быть присуждено собственнику съ архитектора, завѣдывавшаго постройкою зданія, обрушившагося по его винѣ, вслѣдствіе нарушенія послѣднимъ правилъ строительнаго устава, допущенныхъ при постройкѣ, и которое тѣмъ временемъ собственникъ успѣлъ заложить. Другой примѣръ, приводимый Лораномъ ⁽¹⁾ изъ практики французскаго кассационнаго суда, представляетъ собою случай вознагражденія, уплаченнаго французскимъ правительствомъ собственнику завода, обремененнаго ипотеками, вслѣдствіе послѣдовавшаго во время франко-прусской войны уничтоженія его для цѣлей національной обороны. Такъ какъ, согласно изложенному выше, даже право на страховое вознагражденіе не почитается по французскому праву подчиненнымъ дѣйствію залоговъ, обременяющихъ данное имѣніе, то кассационный судъ оказался лишеннымъ, при разрѣшеніи упомянутаго случая, всякой поддержки въ постановленіяхъ положительнаго закона для того, чтобы удовлетворить вполне справедливыя притязанія ипотечныхъ кредиторовъ объ обращеніи ихъ залоговыхъ тре-

Случай вознагражденія, аналогичный съ страховымъ вознагражденіемъ, упомянутымъ въ настоящей статьѣ.

⁽¹⁾ Principes de droit civil, т. XXXI, § 413.

бываніи на означенное вознагражденіе. Принимая однако же во вниманіе, что вознагражденіе въ разсматриваемаго рода случаяхъ носитъ на себѣ характеръ такого же эквивалента за уничтоженные или поврежденные предметы, какъ и вознагражденіе собственно страховое; что, какъ уже упомянуто, то и другое вознагражденіе представляются вполне аналогичными и что случаи перваго рода оказываются сравнительно съ послѣдними довольно рѣдкими, проектъ не считаетъ нужнымъ останавливаться особо и на означеннаго рода случаяхъ, тѣмъ болѣе, что именно въ виду указанной аналогіи, практика не встрѣтитъ никакихъ затрудненій къ подчиненію тѣхъ и другихъ случаевъ однимъ и тѣмъ же общимъ началамъ.

76. Вотчинный кредиторъ въправѣ требовать отъ собственника продолженія страхованія строеній въ заложенномъ имѣніи, которыя были застрахованы во время установленія залога, при неисполненіи же сего требованія, застраховать строенія за счетъ собственника.

П. 57 прил. къ прим. 1 къ ст. 92 уст. пожар. (XII, ч. 1) по прод. 1876 г.

Ст. 1595, прим. къ ст. 1647 т. X ч. 1 свод. зак. гр., изд. 1857 г.

См. также постановленія банковыхъ и страховыхъ уставовъ, приведенныя подъ ст. 59.

Практическая и теоретическая сторона вопроса о правѣ кредитора страховывать строенія за счетъ собственника, уклоняющагося отъ страхованія.

Подчинивъ страховое вознагражденіе, причитающееся по данному имѣнію, дѣйствію залога, обременяющаго это послѣднее, настоящій проектъ, очевидно, признаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что въ страхованіи замѣшаны интересы не одного только собственника, но и вотчинныхъ кредиторовъ. Спрашивается поэтому, могутъ ли и въ какомъ именно видѣ означенные кредиторы оградить на счетъ страхованія свои интересы въ томъ случаѣ, когда самъ собственникъ отъ производства страхованія уклоняется?

Практическое значеніе этого вопроса очевидно. Главная цѣнность городскихъ имѣній заключается въ строеніяхъ. Что же касается имѣній сельскихъ, то, не говоря даже о находя-

щихся въ нихъ нерѣдко фабрикахъ и заводахъ, необходимость возстановленія, въ случаѣ пожара, всѣхъ другихъ строеній сельскаго имѣнія требуетъ обыкновенно значительныхъ капитальныхъ затратъ и потому не можетъ не ложиться тяжело на его продажную цѣнность. Между тѣмъ случаи уклоненія собственника отъ производства страхованія весьма возможны. Уклоняется онъ или вслѣдствіе безпечности, или неимѣнія средствъ или, наконецъ, просто потому, что, исчерпавъ путемъ кредита всю цѣнность своего имѣнія, чрезмѣрно обременивъ оное долгами, оказывается, въ концѣ концовъ, весьма мало или почти вовсе въ немъ незаинтересованнымъ. Оставленіе въ этихъ случаяхъ вотчинныхъ кредиторовъ безъ надлежащихъ средствъ противъ угрожающаго имъ риска было бы явною по отношенію къ нимъ несправедливостію. Очевидно за симъ, что средства эти могутъ заключаться ни въ чемъ другомъ, какъ въ признаніи за этими кредиторами права требовать отъ собственника, чтобы онъ страховалъ заложенные строенія и въ случаѣ неисполненія имъ сего—застраховать эти строенія на его счетъ.

Не подлежитъ затѣмъ сомнѣнію, что признаніе этого права должно быть прямо выражено въ положительномъ законѣ. Оно не можетъ быть признано само собою подразумѣвающимся, логически вытекающимъ изъ залога, ибо страховать каждый можетъ лишь то, что ему принадлежитъ, почему, дѣйствуя самостоятельно, отъ своего собственнаго имени, вотчинный кредиторъ могъ бы страховать не самое имѣніе, а собственно говоря лишь свое залоговое право. Видѣть же въ кредиторѣ, страхующемъ чужое строеніе, фактическаго представителя собственника (*negotiorum gestor*) нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній. Фактическое представительство предполагаетъ, что собственникъ отсутствуетъ, или что онъ вообще не можетъ лично охранить свое право и что онъ сдѣлалъ бы тоже самое, что и представитель, если бы былъ налицо, между тѣмъ какъ здѣсь имѣются въ виду именно тѣ случаи, когда собственникъ уклоняется или другими словами отказывается отъ страхованія, когда онъ *не хочетъ страховать*.

Соображенія въ
пользу включенія въ
проектъ правила
ст. 54.

Но можетъ возникнуть сомнѣніе, не нарушаетъ ли правило ст. 76 проекта, какъ ограждающее кредитора на счетъ должника, помимо согласія сего послѣдняго, отъ могущей грозить заложенному имѣнію опасности, свободу договорнаго права? Не правильнѣ ли было бы поэтому предоставить страхование заложеннаго имѣнія обоюдному согласію договаривающихся сторонъ, тѣмъ болѣе, что на практикѣ осторожный кредиторъ всегда успѣетъ при установленіи залога заручиться обязательствомъ должника на счетъ страхования? Сомнѣнія эти были высказаны при обсужденіи настоящей статьи въ редакціонной комисіи. Они не были однако же признаны правильными. Ставить вопросъ о правѣ кредитора страховать имѣніе на исключительно договорную почву значило бы очевидно придавать и праву этому и всѣмъ послѣдствіямъ, изъ него вытекающимъ, чисто личный, обязательственный характеръ. Между тѣмъ какъ въ данномъ случаѣ важно именно то, чтобы означенное право принадлежало всякому вотчинному кредитору, *какъ таковому*, все равно, будетъ ли это кредиторъ первоначальный, т. е. непосредственно вступившій съ собственникомъ въ договорное по залогѣ соглашеніе, или кто либо изъ его правопреемниковъ, пріобрѣтшій залоговое требованіе путемъ переуступки и, слѣдовательно, помимо участія собственника, будетъ ли его залогъ добровольный, или же такой, который, по общему правилу, исключаетъ наличность соглашенія съ собственникомъ, т. е. принудительный. Важно также, чтобы страхование кредитора, хотя и производимое имъ въ своихъ собственныхъ интересахъ, носило характеръ дѣйствія, ограждающаго на самомъ дѣлѣ интересы не его одного, но и прочихъ кредиторовъ и заинтересованныхъ лицъ (ср. ст. 81). Видѣть въ правилѣ настоящей статьи нарушеніе договорнаго права нельзя уже потому, что съ полученіемъ имъ силы закона постановленіе, въ немъ содержащееся, будетъ имѣть значеніе условія, подразумеваемаго при всякомъ залогѣ, *пока стороны не установили противнаго*. Слѣдовательно, правило это нисколько не препятствуетъ сторонамъ договариваться о томъ, чтобы заложенное строеніе не было страхуемо. Установленіе подобнаго

рода условій, какъ предполагаемыхъ спутниковъ тѣхъ либо другихъ право-отношеній, всегда во власти законодателя и никакого колебанія общепризнанныхъ началъ права въ себѣ не заключаетъ.

На такую же чисто законную почву, а не обусловленную наличностью прямого соглашенія въ каждомъ конкретномъ случаѣ, поставленъ разсматриваемый вопросъ и въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ, а именно правилами о залогахъ по договорамъ съ казною (примѣч. 1 къ ст. 1647 т. X ч. I свод. зак. гражд., изд. 1857 г. [въ изданіи того же тома и части 1887 г. примѣчаніе это исключено]; ст. 49 полож. о каз. подр. и пост., того же тома и части, изд. 1887 г.), въ кредитныхъ установленіяхъ (ст. 37 полож. о госуд. дворян. зем. банкѣ; § 41 уставовъ с.-петерб.-тульск., полтавск. банка и др.) и о взаимномъ земскомъ страхованіи (примѣч. 2 къ п. 57 прилож. къ примѣч. 1 ст. 92 уст. пожар. [т. XII ч. I] по прод. 1876 г.). Ст. 76 проекта обобщаетъ лишь всѣ эти случаи, предусмотрѣнные нашимъ законодательствомъ, со всѣми другими случаями существованія залога, въ виду достиженія большаго единообразія закона, согласованія всѣхъ этихъ случаевъ между собою.

Нельзя впрочемъ не замѣтить, что предоставляемое разсматриваемою статьею вотчиннымъ кредиторамъ право требовать отъ собственника страховать строенія въ заложенномъ имѣніи и, въ случаѣ уклоненія его отъ этого, застраховать эти строенія за его счетъ, не имѣетъ безусловнаго характера. Какъ уже замѣчено выше, установленіе этого права вызывается главнымъ образомъ существеннымъ вліяніемъ цѣнности строеній на продажную цѣнность всего имѣнія. Тамъ, гдѣ вліяніе это незначительно и гдѣ, слѣдовательно, страхование является безразличнымъ для интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ, предоставленіе имъ означеннаго права было бы лишь напраснымъ стѣсненіемъ собственника. Исходя отъ этихъ соображеній, можно было бы, казалось, признать имѣющими право производить страхование за счетъ собственника лишь такихъ кредиторовъ, требованія коихъ обезпе-

Условіе, коему подчинено по проекту означенное право.

чены залогомъ на имѣніи, *главная цѣнность котораго заключается въ строеніяхъ*. Въ такомъ именно смыслѣ и была первоначально редактирована настоящая статья. При дальнѣйшемъ однако же ея разсмотрѣніи нельзя было не обратить вниманія на извѣстныя практическія неудобства, которыя представляло бы подобное правило. Вопросъ о соотношеніи цѣнности строеній къ цѣнности самаго имѣнія, будучи вопросомъ факта въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, вызвалъ бы на практикѣ цѣлый рядъ споровъ, а слѣдовательно и тяжёбныхъ дѣлъ. Не подлежитъ также сомнѣнію, что случаи, въ которыхъ строенія, стоимость коихъ вліяетъ въ болѣе или менѣе значительной степени на цѣну имѣнія (каковы, напримѣръ, дома въ городахъ, фабрики, заводы), не были собственникомъ хотя бы раньше только страхованы, могутъ представлять собою развѣ крайне рѣдкія исключенія. Принимая изложенное во вниманіе и имѣя въ виду, что нѣтъ никакого основанія улучшить на счетъ должника положеніе кредитора, который при установленіи залога удовольствовался принятіемъ въ залогъ имѣнія съ незастрахованными строеніями, разсматриваемая статья въ настоящей своей редакціи упоминаетъ (конечно, предполагая отсутствіе особаго приглашенія сторонъ по предмету страхования) о правѣ требовать отъ собственника *продолженія* страхования. Она признаетъ за кредиторомъ упомянутое право, а въ случаѣ неисполненія со стороны собственника—право застраховать строенія за счетъ послѣдняго, только въ томъ случаѣ, если строенія эти были застрахованы *во время установленія залога*.

Издержки по страхованію, понесенныя кредиторомъ.

Что же касается до понесенныхъ кредиторомъ издержекъ по страхованію строеній заложеннаго имѣнія, то по дѣйствующему законодательству издержки эти почитаются пользующимися залоговымъ обезпеченіемъ, одинаковымъ съ капитальною суммою требованія (ст. 1596 т. X ч. I свод. зак. гражд.; рѣш. гражд. кассац. деп. правит. сената 1877 г. за № 147). Проектъ сохраняетъ за издержками этими право на преимущественное удовлетвореніе и идетъ еще дальше дѣйствующаго законодательства въ томъ отношеніи, что при-

знаетъ за ними значеніе привилегіи, т. е. долга, подлежащаго удовлетворенію преимущественно предъ всѣми залоговыми требованіями. Поэтому-то означенныя издержки и не упомянуты въ числѣ тѣхъ побочныхъ требованій (процентовъ и судебныхъ издержекъ), которыя на основаніи ст. 74 должны раздѣлять въ отношеніи старшинства судьбу главнаго требованія, а объ нихъ говорится тамъ же, гдѣ и о другихъ привилегированныхъ долгахъ, а именно въ проектѣ правилъ о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній (п. 5 ст. 191 названнаго проекта). Причина такого взгляда проекта на издержки страхованія заключается въ томъ во 1-хъ, что, какъ уже упомянуто выше, страхованіе ограждаетъ интересы не только кредитора - страховщика, но и всѣхъ прочихъ кредиторовъ и, во 2-хъ, что къ страхованію должны прибѣгать по большей части нижестоящіе кредиторы, т. е. имѣющіе всего менѣе шансовъ на полученіе полного удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія, почему и уравниеніе означенныхъ издержекъ въ таковомъ удовлетвореніи съ залоговою претензіей было бы очевидно по отношенію къ упомянутымъ кредиторамъ несправедливостью.

77. Продажа собственникомъ лѣса на срубъ, сверхъ обычной годовой пропорціи, и уступка причитающейся по имѣнію наемной платы и иныхъ платежей болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, необязательны для вотчинныхъ кредиторовъ въ той мѣрѣ, въ какой эти сдѣлки клонятся къ ихъ вреду.

Полученные самимъ собственникомъ платежи болѣе, чѣмъ за годъ впередъ по договору найма необязательны для вотчиннаго кредитора въ той мѣрѣ, въ какой эти платежи клонятся къ его вреду, за исключеніемъ того случая, если производство этихъ платежей внесено въ вотчинную книгу ранѣе записи о залоговомъ требованіи.

Въ случаѣ признанія произведеннаго платежа необязательнымъ по требованію вотчиннаго кредитора, лицо, обязанное произвести вторичную плату, пользуется правомъ, предоставленнымъ ему ст. 36.

78. Вотчинный кредитор имѣетъ право требовать уничтоженія заключенныхъ по имѣнію договоровъ, не пользующихся старшинствомъ передъ требованіемъ кредитора (ст. 30), если по этимъ договорамъ условлена несоразмѣрно низкая цѣна, которая, обезцѣнивая имѣніе, лишаетъ вотчиннаго кредитора возможности получить удовлетвореніе изъ имѣнія.

Ст. 142 проекта мин. юст.

Ст. 1102 австр. гр. улож.

Ст. 45 бельг. ипот. закона.

Ст. 16 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 67 польск. ипот. закона 1818 г.

Ст. 31 прусск. зак. о приобр. пр. собств. 1872 г.

Ст. 1069 проекта общегерм. гр. улож.

Руководящее начало.

Правила, выраженные въ настоящихъ статьяхъ, равно какъ и въ слѣдующихъ за ними ст. 80—82, основаны на соображеніяхъ, изложенныхъ въ § 6 отдѣла III общихъ объясненій, предпосланныхъ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾. Они представляютъ собою развитіе того руководящаго начала, что собственникъ заложеннаго имѣнія хотя и сохраняетъ за собою право пользованія, извлеченія выгодъ изъ имѣнія и вообще распоряженія имъ, *но лишь настолько, насколько это не сопряжено съ ухудшеніемъ имѣнія, наносящимъ вредъ интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ, и, слѣдовательно, съ нарушеніемъ этихъ интересовъ*. Права, устанавливаемые означенными статьями въ пользу вотчинныхъ кредиторовъ, направлены къ охраненію дѣйствія упомянутаго начала. Они заключаютъ въ себѣ такъ сказать санкцію предъидущихъ правилъ проекта, опредѣляющихъ пространство дѣйствія залога, санкцію, внѣ которой правила эти оказались бы лишенными надлежащей защиты.

Какъ уже было замѣчено ⁽²⁾, распоряженія, которыя необходимо имѣть здѣсь въ виду, суть именно тѣ, которыя выражаются или въ договорахъ, заключаемыхъ собствен-

⁽¹⁾ Стр. 65 и слѣд.

⁽²⁾ См. тамъ же.

никомъ съ посторонними лицами по заложенному имѣнію, или въ одностороннихъ, фактическихъ дѣйствіяхъ его, собственника, по этому имѣнію. Въ свою очередь и ухудшеніе имѣнія, какъ результатъ разсматриваемыхъ распоряженій, съ которымъ вотчинные кредиторы могутъ быть поставлены въ необходимость бороться, возможно двоякое: какъ ухудшеніе *правового характера*, состоящее въ видоизмѣненіи собственникомъ, въ ущербъ существующимъ залоговымъ требованіямъ, тѣхъ правовыхъ условій, при коихъ имѣніе будетъ, въ случаѣ продажи, отвѣчать по этимъ требованіямъ (напримѣръ ухудшеніе, состоящее въ фактѣ заключенія договора найма съ несоразмѣрно низкою наемною платой, каковой договоръ, будучи обязательенъ для покупателя имѣнія, въ состояніи отбить у многихъ охоту приобрести послѣднее и потому повліять на уменьшеніе покупной его цѣны и т. п.) и ухудшеніе *фактическое*, выражающееся въ фактическомъ поврежденіи или уменьшеніи предмета залога (напримѣръ, ухудшеніе, состоящее въ отчужденіи инвентаря, сносѣ построекъ и т. п.). Ст. 77 и 78 проекта касаются преимущественно первой категоріи упомянутыхъ ухудшеній, возможныхъ очевидно только при помощи заключаемыхъ собственникомъ съ посторонними лицами договоровъ по заложенному имѣнію.

Въ числѣ договоровъ, при посредствѣ коихъ собственникъ извлекаетъ выгоды изъ своего имѣнія, стоитъ на первомъ планѣ *наемъ*. Фактъ заключенія договора найма не составляетъ, по общему правилу, обремененія имѣнія, не производитъ того, что французскіе юристы называютъ *demembrement de la propriété*. Договоромъ этимъ устанавливается не непосредственное господство нанимателя надъ вещью, а лишь право на предоставленіе ему пользованія, т. е. *право на чужое дѣйствіе*, право, порождающее, въ случаѣ неисполненія, обязанность возмѣщенія убытковъ. Владѣніе нанимателя предметомъ пользованія не есть самостоятельное, не есть владѣніе отъ своего собственнаго имени (*quasi possessio*), а зависимое (*detentio*), имѣетъ мѣсто *alieno nomine*, отъ имени собственника. Однимъ словомъ, *наемъ* не имѣетъ значенія

Наемъ.

Принадлежность
найма къ правамъ
обязательствен-
нымъ, и

стѣсненія собственности, тяжести, на ней лежащей; собствен-
ность, не смотря на отдачу имѣнія въ наемъ, остается въ
томъ же неограниченномъ видѣ, въ какомъ была до таковой
отдачи. Поэтому-то наемъ въ системѣ институтовъ граждан-
скаго права относится не къ вотчиннымъ, а къ обязатель-
ственнымъ правамъ; отношенія, порождаемыя наймомъ, имѣ-
ютъ личный характеръ. Но это не значитъ, чтобы законъ не
могъ въ удовлетвореніе тѣхъ, либо другихъ практическихъ
интересовъ, не связать съ наймомъ извѣстныхъ послѣдствій,
присущихъ въ существѣ своемъ однимъ только вотчиннымъ
правамъ (напр. признать договоръ найма обязательнымъ и
для покупателя имѣнія, дать нанимателю право реального
исполненія, право самостоятельной защиты своего владѣнія).
Подобныя послѣдствія могутъ почитаться связанными съ
наймомъ лишь настолько, насколько они непосредственно,
прямо установлены закономъ, и, слѣдовательно, *только въ
видѣ исключеній*, не колебля нисколько указаннаго значе-
нія его, какъ права обязательственнаго ⁽¹⁾.

обусловливаемая ею
безвредность его съ
точки зрѣнія инте-
ресовъ вотчинныхъ
кредиторовъ въ обы-
кновенныхъ, нор-
мальныхъ слу-
чаяхъ.

Такимъ образомъ, уже по самой основной идеѣ найма,
фактическое осуществленіе его не можетъ наносить вреда
вотчиннымъ кредиторамъ. Наниматель является въ сущности
не болѣе какъ агентъ собственника для извлеченія чистаго
дохода. Наемъ не лишаетъ собственности ея производитель-
ной силы, а, напротивъ того, улучшаетъ ее; чистый доходъ

⁽¹⁾ Въ виду соображеній, изложенныхъ въ текстѣ, *Л. В. Гантоверъ* не
можетъ раздѣлить взгляда ст. 30 проекта, признающей право нанимателя
недвижимаго имѣнія, внесенное въ вотчинную книгу, *вотчиннымъ пра-
вомъ*. Такое признаніе, во 1-хъ, противорѣчитъ ст. 1 проекта, которая не
причисляетъ право нанимателя къ категоріи вотчинныхъ правъ; во 2-хъ,
основано на сообщеніи этому праву *одного* только вотчиннаго послѣдствія, —
обязательности для третьихъ лицъ, оставляя совершенно въ сторонѣ всѣ дру-
гія условія, мѣшающія полному отождествленію его съ вотчинными пра-
вами; въ 3-хъ, ведетъ къ ничѣмъ теоретически неоправдываемой характе-
ристикѣ одного и того же права то какъ вотчиннаго, то какъ личного, смотря
по тому, внесено ли оно въ вотчинную книгу или не внесено, и, въ 4-хъ, во
всякомъ случаѣ преждевременно, такъ какъ всестороннее обсужденіе столь
сложнаго вопроса, каковъ вопросъ о существѣ и послѣдствіяхъ аренды и о
мѣстѣ, которое она должна занять въ системѣ права, всего умѣстнѣе при
составленіи проекта будущаго гражданского уложенія.

собственника, не смотря на наемъ, остается неприкосновеннымъ. Препятствовать собственнику отдавать заложенное имѣніе въ наемъ не представляется никакихъ рациональных основаній еще и потому, что сами вотчинные кредиторы заинтересованы въ томъ, чтобы имѣніе не было запускаемо, а эксплуатировалось на правильныхъ началахъ.

Все изложенное имѣетъ, конечно, въ виду лишь такіе договоры найма, которые не номинально только, а, напротивъ того, въ дѣйствительности отвѣчаютъ назначенію, присущему всякому договору найма, какъ таковому. Назначеніе это можетъ быть сформулировано какъ состоящее въ томъ, чтобы данный договоръ служилъ въ рукахъ собственника орудіемъ *пользованія*, средствомъ *извлеченія доходовъ*, такимъ орудіемъ или средствомъ, которое *не соединено съ обезцѣненіемъ имѣнія*. Поэтому-то ипотечному закону приходится имѣть собственно дѣло съ условіями, при коихъ наемъ перестаетъ быть безвреднымъ съ точки зрѣнія интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ. Исходя изъ той точки зрѣнія, что *принципіально* договоръ найма не можетъ наносить вреда упомянутымъ интересамъ и потому не можетъ быть оспариваемъ со стороны вотчинныхъ кредиторовъ, ст. 77 и 78 проекта предусматриваютъ собственно лишь условія, при наличности коихъ договоръ становится не безразличнымъ для вотчинныхъ кредиторовъ и потому вызываетъ необходимость въ средствахъ борьбы противъ порождаемыхъ имъ для этихъ кредиторовъ невыгодныхъ послѣдствій. Необходимо впрочемъ замѣтить, что въ разсматриваемыхъ статьяхъ проекта нѣтъ никакой нужды касаться того существеннаго условія вредности договора найма для интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ, когда установленное договоромъ найма пользованіе не можетъ быть почитаемо «*пользованіемъ*» въ истинномъ смыслѣ этого слова, когда оно соединено съ фактическимъ ухудшеніемъ имѣнія, *съ нарушеніемъ его субстанции*. Статьи эти, какъ уже замѣчено, имѣютъ въ виду не фактическія ухудшенія заложеннаго имѣнія, а ухудшенія въ правовомъ отношеніи. Если бы тотъ или другой договоръ найма содержалъ въ себѣ условія, выходящія

Необходимость предусмотрѣть въ ипотечномъ законѣ условія, при коихъ наемъ перестаетъ быть безвреднымъ для этихъ интересовъ.

изъ предѣловъ, заключающихся въ понятіи «пользованія», если бы, напримѣръ, силою даннаго договора найма нанимателю было предоставлено право снести цѣнный заводъ, находящійся въ имѣніи, или продано заводское обзаведеніе, сельско-хозяйственныя машины, инвентарь и т. п., то такого рода распоряженія, какъ порождающія фактическое ухудшеніе имѣнія, подойдутъ сами собою подъ дѣйствіе ст. 79 и 80 настоящаго проекта, и потому въ особыхъ правилахъ не нуждаются.

Продажа лѣса на срубъ.

Условія, при которыхъ она оказывается безусловно безвредной для вотчинныхъ кредиторовъ.

Кромѣ договора найма разсматриваемыя статьи упоминаютъ еще о *договорѣ продажи лѣса на срубъ*. Продажа лѣса составляетъ во многихъ мѣстностяхъ Россіи обыкновенный способъ извлеченія дохода изъ имѣнія. Но для того, чтобы продажа эта служила на самомъ дѣлѣ способомъ извлеченія дохода изъ заложеннаго имѣнія, необходимо, чтобы она находилась въ соотвѣтствіи съ ежегоднымъ приростомъ лѣса, чтобы изъ всего лѣснаго пространства, подчиненнаго дѣйствію залога, было продаваемо лишь то количество лѣса, которое не превышаетъ обычнаго годоваго размѣра лѣсосѣчной рубки. Продаетъ ли собственникъ лѣсъ всего въ количествѣ, составляющемъ пропорцію даннаго года, или же за нѣсколько лѣтъ впередъ, съ тѣмъ однако же, чтобы въ теченіи каждаго контрактнаго года вырубалось лѣса не свыше годовой пропорціи, — обстоятельство это представляется съ точки зрѣнія оцѣнки того или другаго договора, какъ способа извлеченія дохода, совершенно безразличнымъ. Если собственникомъ заключено нѣсколько договоровъ о продажѣ лѣса, то для того, чтобы могла быть рѣчь объ извлеченіи имъ *доходовъ* при посредствѣ этихъ договоровъ, необходимо, чтобы дѣйствіе всѣхъ ихъ, взятыхъ вмѣстѣ, не выходило изъ границъ ежегоднаго лѣснаго прироста. Продажа лѣса, производимая въ указанныхъ предѣлахъ, не можетъ очевидно наносить вреда вотчиннымъ кредиторамъ, ибо она не затрогиваетъ субстанціи заложеннаго имѣнія, не уменьшаетъ его цѣнности, а является въ сущности въ рукахъ собственника такимъ же, какъ и наемъ, орудіемъ пользованія. Слѣдовательно, подобная продажа сама по себѣ не можетъ быть

оспариваема со стороны вотчинныхъ кредиторовъ. Поэтому-то ст. 77 проекта и исключаетъ ее изъ числа сдѣлокъ, обязательность коихъ можетъ быть по иску этихъ кредиторовъ колеблена. По силѣ этой статьи только продажа собственникомъ лѣса на срубъ *сверхъ обычной годовой пропорціи* можетъ быть признана при извѣстномъ условіи—убыточности для интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ — необязательною для сихъ послѣднихъ.

Нѣкоторые законодательства, какъ напримѣръ прусское (ст. 31 закона о приобрѣтеніи права собственности 1872 г.), упоминаютъ въ разсматриваемомъ случаѣ еще объ одномъ видѣ заключаемыхъ собственникомъ сдѣлокъ по заложенному имѣнію, а именно о *продажѣ неотдѣленныхъ плодовъ*. Практическое значеніе въ данномъ отношеніи могла бы имѣть собственно продажа хлѣба на корню, посѣяннаго въ текущемъ хозяйственномъ году и еще не снятомъ, если притомъ условленная цѣна получена собственникомъ впередъ. Упомянутое объ означенныхъ продажахъ со стороны прусскаго права объясняется тѣмъ, что оно, въ отличіе отъ общаго гражданскаго права, допускаетъ возможность существованія собственности на неотдѣленные плоды независимо отъ собственности на самое имѣніе ⁽¹⁾. Проектъ отрицаетъ эту возможность. По силѣ п. 3 ст. 75, неотдѣленные плоды и вообще стоящіе на корню произрастенія, принадлежащіе собственнику, образуютъ собою *составныя части* имѣнія, т. е. такіе предметы, которые слѣдуютъ въ правовомъ отношеніи судьбѣ сего послѣдняго и потому не могутъ быть освобождены путемъ отчужденія изъ-подъ дѣйствія залога, обременяющаго данное имѣніе. Только послѣ того, какъ они отдѣлены отъ имѣнія и превратились въ самостоятельныя движимыя вещи, можетъ быть рѣчь объ отчужденіи ихъ въ третьи руки ⁽²⁾. Уже по одной этой причинѣ не представляется никакихъ основаній къ тому, чтобы оговаривать означенныя продажи въ разсматриваемыхъ статьяхъ. Точно также нѣтъ

Продажа неотдѣленныхъ плодовъ.

Точка зрѣнія проекта на эту продажу въ отличіе отъ прусскаго права.

⁽¹⁾ *Achilles*, в. п. с., стр. 223.

⁽²⁾ См. выше, объясненія къ пп. 3 и 4 ст. 75, стр. 587 и слѣд.

никакихъ основаній къ защитѣ со стороны закона силы этихъ продажъ въ случаѣ столкновенія правъ, на нихъ основанныхъ, съ правами вотчинныхъ кредиторовъ, такъ какъ сдѣлки этого рода не могутъ конечно быть отнесены къ нормальнымъ способамъ извлеченія собственникомъ дохода изъ заложенного имѣнія. Обыкновенно къ означеннымъ сдѣлкамъ прибѣгаютъ лишь тѣ собственники, кредитъ и вообще дѣла коихъ уже вполне пошатнулись. Въ виду вышеприведенныхъ постановленій проекта (пп. 3 и 4 ст. 75) рассматриваемыя продажи представляются въ существѣ своемъ ничѣмъ инымъ, какъ сдѣлками, возлагающими на собственника обязательство поставить извѣстному лицу урожай даннаго года, т. е. сдѣлками, порождающими чисто личныя отношенія. Если сдѣлка этого рода фактически не осуществилась, если плоды и произрастенія, на которыя простирается ея дѣйствіе, еще не отдѣлены и не переданы контрагенту собственника по этой сдѣлкѣ къ тому времени, когда на нихъ или вообще на имѣніе обращено взысканіе, то она не можетъ оказать никакого препятствія такому взысканію, не можетъ быть противопоставлена никакому *обладателю* вотчиннаго права по имѣнію, будь онъ покущикъ его или кредиторъ, такъ какъ упомянутыя плоды и произрастенія принадлежатъ еще должнику, или, другими словами, потому, что переходъ права собственности на нихъ къ упомянутому контрагенту еще не имѣлъ мѣста.

Обязательность договоровъ пользования для покупателя имѣнія, какъ первая причина, вызывающая необходимость огражденія интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ.

Обращаясь, засимъ, къ вопросу объ условіяхъ, при существованіи коихъ договоры, на основаніи которыхъ собственникъ извлекаетъ доходы изъ заложенного имѣнія, не нарушая субстанціи сего послѣдняго, могутъ наносить вредъ интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ, необходимо замѣтить прежде всего, что возможность такого вреда обусловливается на первомъ планѣ исключительно существованіемъ постановленій закона, дѣлающихъ договоры эти обязательными не только для собственника, первоначально участвовавшего въ ихъ составленіи, *но и для покупателя имѣнія*, и отнимающихъ такимъ образомъ у означенныхъ договоровъ въ указанномъ отношеніи ихъ чисто личный характеръ. Если бы

указанный личный характер сихъ договоровъ могъ быть вполне выдержанъ въ законѣ, если бы съ публичной продажей заложенного имѣнія дѣйствіе ихъ должно было безусловно прекратиться, то и не было бы никакой необходимости создавать въ пользу вотчинныхъ кредиторовъ какія нибудь средства защиты, ибо они на удовлетвореніе этихъ кредиторовъ не могли бы оказать никакого вліянія.

Извѣстно, что какъ по дѣйствующему законодательству, такъ и по проекту, переходъ имѣнія къ покупщику не влечетъ за собою безусловнаго прекращенія договоровъ по имѣнію, заключенныхъ до такого перехода. Начало это вызывается чисто хозяйственными, экономическими соображеніями, необходимостью оградить нанимателя отъ такой случайности, какова публичная продажа, которая отъ него не зависитъ. Безъ такого огражденія у нанимателя была бы отнята всякая охота дѣлать какія либо затраты на нанятое имущество и ему былъ бы нанесенъ нерѣдко непоправимый вредъ. Однимъ словомъ, упомянутое начало вызывается необходимостью дать институту найма ту твердую юридическую почву, въ которой невозможно правильное его развитіе. Разсматриваемые съ точки зрѣнія дѣйствія этого начала договоры, о коихъ идетъ рѣчь (если только, какъ упомянуто выше, они не направлены на эксплуатацію имѣнія, соединенную съ нарушеніемъ субстанціи послѣдняго, т. е. отвѣчаютъ, съ точки зрѣнія объема предоставляемаго ими «пользованія», своему дѣйствительному назначенію), могутъ вообще отражаться невыгодно на интересахъ вотчинныхъ кредиторовъ лишь по двумъ причинамъ, а именно: во 1-хъ, вслѣдствіе недостаточнаго подчиненія ихъ принципу гласности, вслѣдствіе признанія именно обязательности для покупателей имѣнія такихъ договоровъ, существованіе коихъ было тайно, скрыто, и, во 2-хъ, вслѣдствіе нарушенія при дѣйствіи того либо другаго договора началъ неприкосновенности по отношенію ко всякому третьему пріобрѣтателю имѣнія и дѣйствительности условленнаго эквивалента за арендное пользованіе имѣніемъ, т. е. нарушенія началъ неприкосновенности и дѣйствительности наемной платы или иныхъ платежей, причитающихся по имѣнію.

Двойственный вредъ, угрожающій этимъ интересамъ, благодаря упомянутой обязательности, вслѣдствіе нарушенія:

1) начала гласности (скрытые, тайные договоры) и

Первое обстоятельство — *недостаточное подчинение договоров по имѣнію дѣйствию начала гласности* не можетъ быть безразлично для вотчинныхъ кредиторовъ въ той же степени, въ какой оно не безразлично и для покупателей имѣнія съ публичнаго торга. Какъ бы строго тотъ или другой договоръ не отвѣчалъ своему назначенію — служить орудіемъ одного лишь *пользованія* имѣніемъ, — онъ составляетъ тѣмъ не менѣе извѣстное стѣсненіе, которое покупатель долженъ терпѣть по день истеченія установленнаго въ договорѣ срока. Покупщикъ не можетъ взяться самъ за хозяйство, ввести въ пріобрѣтенномъ имѣніи желаемыя улучшенія, даже жить въ немъ, поскольку тому мѣшаетъ данный договоръ; онъ долженъ, наконецъ, довольствоваться доходомъ, который выговоренъ въ этомъ договорѣ. Поэтому-то существованіе договоровъ по имѣнію, которые покупатель его долженъ принять къ исполненію, не можетъ обыкновенно не ложиться въ той или другой мѣрѣ на покупную цѣну имѣнія, а слѣдовательно и не вліять на шансы удовлетворенія вотчинныхъ кредиторовъ. Необходимо, слѣдовательно, чтобы послѣдніе имѣли возможность удостовѣриться заблаговременно, т. е. при самомъ установленіи залога, относительно существующихъ по имѣнію договоровъ и были обязаны безусловно считаться лишь съ тѣми изъ нихъ, которые возникли до такого установленія. Кромѣ того, такъ какъ положеніе, въ которое законодательство ставитъ покупателей имѣній, отражается неминуемо на шансахъ удовлетворенія вотчинныхъ кредиторовъ и, слѣдовательно, на положеніи послѣднихъ, то чѣмъ болѣе покупщики будутъ ограждены отъ возможныхъ неожиданностей, тѣмъ болѣе выиграетъ отъ этого дѣло поземельнаго кредита.

Тайные, скрытые договоры составляютъ у насъ несомнѣнное зло, противъ котораго не въ состояніи бороться существующія правила (ст. 1099 и 1100 уст. гр. суд.). Зло это давно уже намѣчено практикою учрежденій поземельнаго кредита и вызывало ходатайства объ его устраненіи ⁽¹⁾. Оно

⁽¹⁾ Стенографическій отчетъ общихъ собраній втораго съѣзда представителей Россійскихъ земельныхъ банковъ, стр. 67 и слѣд.

не нуждается впрочемъ здѣсь въ какой либо регламентаціи, такъ какъ предусмотрѣно другими постановленіями проекта. Сюда относятся, именно, ст. 30—32 настоящаго проекта и ст. 83 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній. Первыя изъ приведенныхъ статей устанавливаютъ различіе между договорами, внесенными и невнесенными въ вотчинную книгу даннаго имѣнія. По силѣ ст. 30 только такой договоръ найма или продажи лѣса на срубъ имѣетъ безусловную, до истеченія условленнаго въ немъ срока, силу для всякаго пріобрѣтателя имѣнія, который внесенъ въ вотчинную книгу имѣнія, при чемъ къ правамъ нанимателя или покупателя лѣса по такому договору примѣняются правила о старшинствѣ внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ въ чужомъ имѣніи. Другими словами, распоряженія собственника по имѣнію, выражающіяся въ этихъ договорахъ, точно такъ же какъ и распоряженія вотчиннаго характера, регулируются по отношенію къ правамъ вотчиннаго кредитора по данному залогу однимъ и тѣмъ же началомъ старшинства. При столкновеніи правъ по договору и по залогу, когда требованіе вотчиннаго кредитора будетъ подлежать удовлетворенію при посредствѣ публичной продажи заложеннаго имѣнія, безусловно обязательными для этого кредитора окажутся только тѣ договоры, которые записаны въ вотчинную книгу ранѣе внесенія его права. Что же касается до договоровъ, внесенныхъ позже, то вотчинному кредитору предполагается, на основаніи ст. 100 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, предоставить право требовать производства торга на заложенное имѣніе съ условіемъ уничтоженія правъ, основанныхъ на этихъ договорахъ, и тѣмъ самымъ устранить препятствія, мѣшающія удовлетворенію его требованія, когда оставленіе въ силѣ даннаго договора дѣлаетъ невыгоднымъ пріобрѣтеніе имѣнія и затрудняетъ возможность его продажи или существенно понижаетъ покупную цѣну имѣнія [см. § VI общихъ объясненій къ означенному проекту (предпослѣдней редакціи), стр. 27 и слѣд.]. Для характеристики того права, которое устанавливается вышеприведенною 100 ст. проекта положенія о порядкѣ взыск., въ пользу вотчинныхъ кредиторовъ, необходимо замѣтить, что

осуществленіе этого права не предполагаетъ предъявленія какого либо иска со стороны упомянутыхъ кредиторовъ. По точному смыслу означенной статьи, достаточно одного факта заявленія вотчиннаго кредитора о желаніи его воспользоваться правомъ, ею установленнымъ, для того, чтобы вотчинное установленіе устранило при публичной продажѣ данный договоръ, какъ внесенный послѣ залога. Наконецъ, что касается договоровъ вовсе невнесенныхъ, то дѣйствіе ихъ, превышающее по времени трехгодичный срокъ со времени внесенія въ книгу новаго собственника, можетъ быть по просьбѣ покупателя сведено приблизительно къ этому сроку (ст. 32 настоящаго проекта), вслѣдствіе чего договоры эти очевидно не могутъ оказать существеннаго вліянія на покупную цѣну имѣнія, а слѣдовательно и на интересы вотчинныхъ кредиторовъ.

2) началъ неприкосновенности и дѣйствительности условленной платы.

Случаи нарушенія таковой ея неприкосновенности и дѣйствительности, предусмотрѣнные ст. 77 и 78:

Что же касается до возможности нарушенія со стороны собственника началъ неприкосновенности и дѣйствительности наемной платы, то здѣсь мыслимы лишь слѣдующіе три случая, а именно: когда плата эта, во 1-хъ, получена собственникомъ за нѣсколько контрактныхъ сроковъ впередъ; во 2-хъ, уступлена имъ же, собственникомъ, также за нѣсколько контрактныхъ сроковъ впередъ, въ пользу посторонняго лица, или, наконецъ, въ 3-хъ, представляется несоразмѣрно низкою, т. е. лишена характера дѣйствительнаго эквивалента за тѣ выгоды, которыя предоставлены контрагенту собственника. Эти случаи и предусмотрѣны 77 и 78 статьями проекта.

Вліяніе всѣхъ этихъ случаевъ на права вотчинныхъ кредиторовъ представляется очевиднымъ. По силѣ п. 6 ст. 75 проекта залогъ простирается на наемную плату и на всякаго рода платежи, причитающіеся собственнику по имѣнію. Мало того, на основаніи ст. 46 проекта, по имѣніямъ заповѣднымъ и маіоратнымъ только доходы сихъ имѣній могутъ служить источникомъ удовлетворенія вотчинныхъ кредиторовъ. Поэтому, если бы собственникъ былъ вправѣ произвольно распоряжаться слѣдующими ему за пользованіе заложеннымъ имѣніемъ платежами, путемъ ли полученія ихъ впередъ или уступки права на нихъ постороннимъ лицамъ, или заключать договоры, по которымъ условлена несоразмѣрно низкая цѣна, обезцѣнивающая имѣніе, то этимъ дана была бы ему

возможность изъять означенные платежи изъ-подъ дѣйствія залога, или сдѣлать правило о подчиненіи ихъ таковому дѣйствию непримѣнимымъ, и тѣмъ не только нанести вредъ интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ, но даже въ случаѣ, предусмотрѣнномъ вышеприведенной 46 ст., лишить ихъ единственнаго источника удовлетворенія.

Въ частности, что касается перваго изъ упомянутыхъ случаевъ—полученія самимъ собственникомъ рассматриваемыхъ платежей впередъ,—то, конечно, съ точки зрѣнія интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ логичнѣе всего было-бы признавать нормальнымъ, правильнымъ лишь такой порядокъ, при которомъ собственникъ получалъ бы причитающіеся ему платежи не впередъ, а по истеченіи каждаго контрактнаго срока. Едва ли однакоже есть основаніе стѣснять договаривающіяся стороны въ отношеніи соглашеній по предмету упомянутыхъ платежей въ столь безусловной степени. Препятствовать собственнику условливаться о томъ, чтобы платежи эти производились впередъ, было бы верѣдко черезъ-чуръ несправедливымъ вторженіемъ въ его хозяйственныя распоряженія. Такъ смотритъ на настоящій вопросъ и наше дѣйствующее законодательство. Ст. 1703 т. X ч. 2, изд. 1887 г. прямо предусматриваетъ наемные контракты, заключаемые «съ полученіемъ, или назначеніемъ къ полученію арендныхъ денегъ впередъ болѣе, чѣмъ за годъ», требуя лишь, чтобы контракты эти были засвидѣтельствованы установленнымъ порядкомъ и чтобы на самыя имѣнія по количеству взятой впередъ суммы налагаемо было запрещеніе. То же слѣдуетъ сказать и по вопросу о томъ, слѣдуетъ ли препятствовать собственнику получать впередъ одинъ срочный платежъ въ томъ случаѣ, когда всѣ платежи назначены по договору къ полученію по истеченіи подлежащихъ сроковъ, тѣмъ болѣе, что и по условіямъ производства публичной продажи производство это требуетъ довольно значительнаго времени, которое во множествѣ случаевъ будетъ даже превышать наступленіе ближайшаго платежнаго срока. Послѣдній вопросъ не разрѣшенъ прямо въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Согласно разъясненіямъ гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената, ст. 1703 т. X

а) полученіе ея собственникомъ впередъ за нѣсколько контрактныхъ сроковъ;

ч. 1 имѣть въ виду только тѣ арендные контракты, *при самомъ заключеніи коихъ условлено полученіе арендныхъ денегъ болѣе, чѣмъ за годъ впередъ*; но она не распространяется на тѣ случаи, когда въ самомъ контрактѣ такого платежа не условлено, а впоследствии, по соглашенію сторонъ, произведена уплата болѣе чѣмъ за годъ ⁽¹⁾. На основаніи тѣхъ же разъясненій, подобный платежъ, несогласный съ условіями контракта и оставшійся неизвѣстнымъ при покупкѣ имѣнія, необязателенъ для пріобрѣтателя сего послѣдняго ⁽²⁾. Но такъ какъ вышеприведенная ст. 1703 считаетъ необходимымъ установить извѣстныя гарантіи (закрывающіяся въ требованіи засвидѣтельствованія контракта и наложеніи запрещенія) въ пользу третьихъ лицъ лишь для тѣхъ случаевъ, когда арендная плата получена болѣе чѣмъ за годъ, то отсюда можно, кажется, съ полнымъ основаніемъ сдѣлать то заключеніе, что законодательство наше не видитъ никакого нарушенія правъ третьихъ лицъ въ фактѣ полученія собственникомъ наемной платы впередъ *лишь за одинъ годъ*. Оставалось за симъ опредѣлить въ проектѣ тотъ максимальный платежный срокъ, который встрѣчается обыкновенно на практикѣ и который считался бы безусловно обязательнымъ для третьихъ лицъ, въ данномъ случаѣ вотчинныхъ кредиторовъ. Прусское законодательство (ст. 31 закона 1872 года) таковымъ срокомъ почитаетъ трехмѣсячный. По условіямъ нашей жизни и имѣя въ виду правило ст. 1703 дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, правильнѣе, кажется, сохранить и для будущаго времени годичный срокъ. Согласно сему, ст. 77 настоящаго проекта постановляетъ, что только платежи, полученные собственникомъ болѣе чѣмъ за годъ впередъ, могутъ быть признаны для вотчинныхъ кредиторовъ необязательными.

б) уступка права на нее третьему лицу;

Все изложенное относится и ко второму изъ указанныхъ случаевъ—уступкѣ собственникомъ права на полученіе наемной платы, ибо будетъ ли эта плата получена самимъ собственни-

⁽¹⁾ Рѣш. 1869 г. № 157; 1873 г., № 1579; 1875 г., № 467.

⁽²⁾ Рѣш. 1875 г., № 467; 1879 г., № 353.

комъ или право на нее имъ переуступлено—положеніе кредиторовъ отъ этого ни чуть не измѣнится. Само собою понятно, что хотя ст. 77 имѣетъ ближайшимъ образомъ въ виду *уступку* права на наемную плату, но что по существу правила, въ статьѣ этой выраженнаго, послѣднее примѣняется и къ другимъ способамъ передачи этого права, напримѣръ, когда оно передано кому либо въ уплату прежде возникшей претензіи, и т. п. Понятно также, что въ той же степени, въ какой разсматриваемая уступка не имѣетъ безусловной силы, не можетъ имѣть такой же силы закладъ права на полученіе наемной платы, совершенный собственникомъ въ чью либо пользу, ибо закладывать можно лишь то, чѣмъ можно распоряжаться по своему усмотрѣнію.

Наконецъ, что касается случаевъ установленія договорами по имѣнію несоразмѣрно низкой цѣны, то послѣдняя извращаетъ истинный характеръ подобнаго рода договоровъ. Договоры съ такою несоразмѣрно низкой цѣною являются въ сущности не орудіемъ пользованія собственникомъ заложеннымъ имѣніемъ, но прикрываютъ собою въ дѣйствительности акты распоряженія собственника, вліяющіе невыгодно на покупную цѣну имѣнія и потому обезцѣнивающіе это послѣднее, т. е. такіе акты, которые прямо вторгаются въ сферу правъ вотчинныхъ кредиторовъ.

в) назначеніе въ договоръ платы, несоразмѣрно низкой.

Договоры, обезцѣнивающіе имѣніе, составляютъ точно также, какъ и тайные договоры (см. выше) зло, къ сожалѣнію, весьма часто у насъ встрѣчающееся. Объ устраненіи его были возбуждаемы многократныя ходатайства съѣздовъ представителей русскихъ земельныхъ банковъ ⁽¹⁾. Въ борьбу съ нимъ вступила и наша кассационная практика, какъ ни недостаточны тѣ средства для этой борьбы, которыя извѣстны нынѣ дѣйствующему законодательству ⁽²⁾.

(1) Стенографическіе отчеты общихъ собраній съѣздовъ представителей русскихъ земельныхъ банковъ: перваго съѣзда, стр. 140—150; втораго — стр. 67—96 и др.; см. также уставъ акціонерныхъ земельныхъ банковъ съ разъясненіемъ вопросовъ, возникшихъ на практикѣ при его примѣненіи (II изд. 1886 г.), стр. 62 и слѣд.

(2) Рѣш. гр. кас. деп. сената: 1872 г., № 1215; 1875 г., № 542 и № 620; 1879 г. № 170 и др.

Вотъ какъ характеризуется это зло и недостаточность средствъ борьбы съ нимъ со стороны упомянутыхъ сѣздовъ (1).

«Главное условіе прочности кредита, обеспеченнаго недвижимымъ имуществомъ, заключается въ сохраненіи за залогомъ той дѣйствительной цѣнности, которая существовала и была точно опредѣлена при совершеніи залоговой сдѣлки. Законодательство всегда ограждало такой кредитъ отъ возможнаго со стороны недобросовѣстныхъ владѣльцевъ умышленнаго обезцѣненія. Къ числу такихъ дѣйствій относится обезцѣненіе имущества посредствомъ искусственнаго уменьшенія его доходности отдачею на болѣе или менѣе долгій срокъ въ аренду за цѣну, низшую противъ дѣйствительной доходности имущества. Цѣль такого дѣйствія заключается въ томъ, чтобы, получивъ въ кредитъ сумму, соотвѣтствующую болѣе или менѣе дѣйствительной стоимости имущества, уменьшить цѣнность этого имущества до такой степени, чтобы, въ случаѣ продажи, пріобрѣсти его чрезъ подставное лицо, за болѣе дешевую противъ долга цѣну и тѣмъ избавиться отъ уплаты всего или части числящагося на имущество долга.

Для огражденія залогодержателей отъ подобныхъ дѣйствій, до введенія судебныхъ уставовъ дѣйствовала ст. 2033 т. X ч. 2, на основаніи которой арендные контракты, заключенные послѣ наложенія запрещенія, были не обязательны для лицъ, купившихъ имѣніе съ публичнаго торга.

Съ введеніемъ судебныхъ уставовъ, ст. 2033 т. X ч. 2 замѣнена ст. 1909 и 1100 уст. гр. суд. Эти статьи ограждаютъ залогодержателя только со времени врученія повѣстки объ обращеніи взысканія на имущество залогодателя, но статьи эти не имѣютъ никакого значенія для тѣхъ кредитныхъ учрежденій, которыя сами обращаютъ имущество въ продажу.

Такимъ образомъ, ст. 1099 и 1100, уничтоживъ охрану, представлявшуюся для залогодержателя въ ст. 2033 т. X ч. 2, не замѣнили ее никакой новой гарантіей.

¹⁾ Уставъ etc., стр. 62 и 63.

Гражданскій кассационный департаментъ правительствующаго сената призналъ однакоже за залогодержателемъ право требовать по суду уничтоженія такихъ контрактовъ, заключенныхъ до полученія повѣстки, которые уменьшаютъ обезпеченіе залоговой сдѣлки (рѣшеніе по дѣлу Стобеуса съ Корвецкимъ, 1872 г. мая 23 и декабря 13, N^o 1215).

Такимъ образомъ, охраненіе интересовъ залогодержателей поставлено въ исключительную зависимость отъ сомнительнаго и сложнаго процесса, въ которомъ на залогодержателя должна упасть обязанность доказывать предъ судомъ невыгодность контракта для имѣнія и недобросовѣстность дѣйствій заемщика ⁽¹⁾. Возможность въ будущемъ подобныхъ процессовъ только повредить дѣлу залоговаго кредита»

Затѣмъ, въ запискѣ, представленной 18 октября 1876 г. комитетомъ съѣзда министру финансовъ съ просьбой о возбужденіи вновь въ законодательномъ порядкѣ вопроса объ обезцѣнивающихъ имѣніе договорахъ, говорится между прочимъ слѣдующее ⁽²⁾:

«Несомнѣнная возможность злоупотребленій и связанныхъ съ ними вредныя послѣдствія для кредита, обезпечиваемаго недвижимостью, имѣющаго столь важное значеніе въ экономической жизни страны, уже сама по себѣ представляетъ достаточный мотивъ для принятія со стороны законодательной власти необходимыхъ мѣръ огражденія.—Огражденіе закона необходимо именно для устраненія возможности обилія фактическихъ данныхъ, и цѣль ходатайства съѣздовъ заключалась именно въ этомъ.

Со времени перваго съѣзда прошло не болѣе двухъ лѣтъ, тѣмъ не менѣе земельные банки доставили уже въ Особенную Канцелярію по Кредитной части указаніе 49 примѣровъ заключенія договоровъ, умышленно обезцѣнивающихъ заложенные имущества. При этомъ многіе банки указали не на

⁽¹⁾ Здѣсь имѣется очевидно въ виду процессъ, основанный на 2 п. 1529 ст. т. X ч. 1, какъ единственно нынѣ у насъ возможный.

⁽²⁾ Тамъ же, стр. 64 и слѣд.

всѣ случаи заключенія подобныхъ договоровъ, а только на случаи наиболѣе выдающіеся. Почти всѣ эти случаи относятся къ самому послѣднему времени; нѣтъ сомнѣнія, что съ каждымъ годомъ будетъ обнаруживаться все болѣе подобныхъ случаевъ, и такимъ образомъ, къ сожалѣнію, явится то обиліе фактовъ, которое желали устранить представители земельныхъ банковъ.

Изъ всѣхъ доставленныхъ свѣдѣній о случаяхъ совершенія арендныхъ договоровъ только 4 уничтожены судебнымъ приговоромъ, по 6 предъявлены иски объ уничтоженіи контрактовъ, по одному возбуждено уголовное преслѣдованіе, по 7 контракты уничтожены по соглашенію покупателей съ арендаторами. Семь имуществъ остались за банкомъ и имъ понесено убытка до 70.000 рублей, исковъ объ уничтоженіи контрактовъ по этимъ имуществамъ предъявлено банкомъ не было, такъ какъ, при выигрышѣ даже процесса, банкъ не рассчитывалъ возратить понесенныхъ убытковъ вслѣдствіе несостоятельности владѣльцевъ, заключившихъ такіе контракты. О положеніи дѣла по остальнымъ контрактамъ нѣтъ положительныхъ свѣдѣній.

О вліяніи означенныхъ контрактовъ на частныхъ кредиторовъ недобросовѣстныхъ владѣльцевъ можно судить по даннымъ, доставленнымъ только нѣкоторыми банками.

1) Въ обществѣ взаимнаго поземельнаго кредита на четырехъ изъ шести имуществъ оказались частные долги, которые остались большею частью неудовлетворенными, такъ какъ имущества, вслѣдствіе оказавшихся арендныхъ договоровъ, были проданы ниже дѣйствительной ихъ стоимости, а именно:

	Частныхъ дол- говъ.	Выручено сверхъ долга обществу.	Убытокъ частныхъ лицъ.
1)	8.755 р.	3.250 в.	5.495 р.
2)	240.449 »	15.001 »	189.448 »
3)	18.972 »	4.000 »	14.972 »
4)	54.440 »	10.100 »	44.340 »
			254.255 р.

2) Въ Херсонскомъ земскомъ банкѣ изъ 8 имуществъ, по которымъ оказались недобросовѣстные арендные договоры,

по 7 имуществамъ оказались значительные частные долги по второй закладной. Всѣ эти имущества куплены залогодержателями съ незначительными надбавками противъ долга банку, что доказываетъ покупку съ убыткомъ, такъ какъ другихъ покупателей не было. Частныхъ закладныхъ значится на этихъ семи имуществахъ на сумму 132.833 руб.

3) Въ Московскомъ земельномъ банкѣ два имущества, на которыхъ значилось частныхъ долговъ на 31.165 р., были куплены залогодержателями.

4) Въ С.-Петербургско-Тульскомъ поземельномъ банкѣ по тремъ проданнымъ имуществамъ оказалось:

Вторая закладная:	Выручено сверхъ долга:
1) 80.000 р., кромѣ того владѣлецъ объявленъ несостоятельнымъ	404 р.
2) Объявленъ несостоятельнымъ	6 »
3) 8.000 р.	5.200 »

Всѣ эти доставленные банками свѣдѣнія показываютъ, что если въ большей части случаевъ банками убытка понесено не было, то за то въ то же время случаи заключенія арендныхъ договоровъ должны были всею тягостью отозваться на частныхъ кредиторахъ лицъ, прибѣгнувшихъ къ недобросовѣстнымъ контрактамъ. Увеличеніе числа фактическихъ данныхъ по всей вѣроятности не измѣнитъ этихъ выводовъ....

Существенный же вредъ, наносимый земельному кредиту недобросовѣстными арендными контрактами, долженъ проявиться чрезъ посредство измѣненія результатовъ публичныхъ торговъ вообще.

Возможность, при существующихъ законахъ, совершенія недобросовѣстныхъ арендныхъ контрактовъ, обезцѣнивающихъ имущество посредствомъ отчужденія на болѣе или менѣе долгое время всего или части дохода имущества, имѣетъ прямое вліяніе на условія правильности публичной продажи имущества. При условіяхъ возможности совершенія такихъ контрактовъ покупка имѣнія съ торговъ становится дѣломъ рискованнымъ, покупатель долженъ всегда опасаться найти въ купленномъ имѣніи обезцѣнивающіе его контракты, хотя

бы на торгахъ и въ торговомъ листѣ ничего о томъ не было упомянуто. Люди осторожные и вообще солидные покупатели будутъ избѣгать покупки имѣній съ торговъ; останутся только спекулянты, рассчитывающіе купить имѣніе за безцѣнокъ, а затѣмъ общій уровень цѣнъ, платимыхъ на торгахъ, и безъ того по многимъ причинамъ низкій, будетъ постепенно падать, что составитъ убытокъ тѣмъ владѣльцамъ, которые, по невѣдѣнію или по добросовѣстности, не заключили на свои продающіяся имѣнія подобныхъ контрактовъ, и вовлечетъ въ неисчислимыя потери всѣхъ тѣхъ, которые, полагаясь на доходность и цѣнность имущества, рискнули обезпечить свои ссуды такими имуществами. Паденіе общаго уровня цѣнъ, выручаемыхъ за имущества, продающіяся съ публичнаго торга въ кредитныхъ учрежденіяхъ, будетъ имѣть самое пагубное вліяніе на довѣріе къ нимъ частныхъ капиталистовъ, безъ котораго существованіе ихъ невозможно. Большинство публики, не зная и не допуская конечно, чтобы законодательство наше было таково, что заложенное имущество можетъ безнаказанно быть обезцѣнено, должно приписывать выручку на торгахъ, едва превосходящую размѣръ ссуды, неправильной оцѣнкѣ, должно усомниться въ правильности дѣйствій кредитныхъ учреждений, именно въ томъ, что составляетъ самое существенное основаніе поземельнаго кредита, а такое сомнѣніе подорветъ въ корнѣ этотъ кредитъ. Но еще тяжелѣе это можетъ отразиться на довѣріи къ земельному кредиту за границей, гдѣ вообще малѣйшій въ этомъ отношеніи поводъ можетъ имѣть рѣшительное вліяніе на кредитъ закладныхъ листовъ...»

Правило, предлагаемое ст. 78 настоящаго проекта, облегчая условія борьбы противъ обезцѣнивающихъ заложенное имѣніе договоровъ, сравнительно съ нынѣ существующими условіями (см. ниже), имѣетъ цѣлью дать практикѣ болѣе твердый и менѣе сложный выходъ, въ которомъ она несомнѣнно нуждается.

Иные платежи, причитающіеся по имѣнію.

Платежамъ по договору найма ст. 77 приравниваетъ и иные платежи, причитающіеся по имѣнію, въ томъ отношеніи, что и полученіе ихъ самимъ собственникомъ или

уступка имъ права на полученіе ихъ болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, могутъ быть признаны для вотчинныхъ кредиторовъ необязательными. Сюда относятся именно повременныя выдачи, чинши, платежи за установленный сервитутъ и т. п., однимъ словомъ всѣ тѣ платы, которыя причитаются всякому собственнику заложенного имѣнія, какъ таковому. Извѣстно, что право на эти платежи образуетъ собою составную часть имѣнія и потому подчинено дѣйствію залога, обременяющаго это послѣднее ⁽¹⁾. Такъ какъ и они составляютъ доходъ имѣнія, то очевидно, что между ними и платежами, разсмотрѣнными выше, должна существовать въ данномъ отношеніи полная аналогія.

Всѣ вышеупомянутыя дѣйствія, какъ то, продажа собственникомъ лѣса на срубъ сверхъ обычной годовой пропорціи, полученіе имъ же, собственникомъ, или уступка имъ платежей, въ ст. 77 означенныхъ, болѣе чѣмъ за годъ впередъ признаются, по силѣ этой статьи, *необязательными для вотчинныхъ кредиторовъ въ той мѣрѣ, въ какой дѣйствія эти клонятся къ ихъ вреду*. Правило это нуждается еще въ слѣдующихъ ближайшихъ разъясненіяхъ.

Матеріальныя условія иска, предусмотрѣннаго ст. 77 проекта.

Во 1-хъ, означенныя дѣйствія представляются сами по себѣ вполне дѣйствительными и потому обязательны для контрагентовъ. Они могутъ быть лишь признаны относительно недѣйствительными, т. е. *не обязательными для вотчинныхъ кредиторовъ въ той мѣрѣ, въ какой клонятся къ ихъ вреду*. Кромѣ того, въ частности, что касается полученія или уступки наемной платы или иныхъ платежей болѣе чѣмъ за годъ впередъ, то статья 77 *говоритъ только о такомъ полученіи или уступкѣ, считая ихъ необязательными, при извѣстныхъ условіяхъ, для вотчинныхъ кредиторовъ, а не о самихъ договорахъ*, которые, слѣдовательно, поскольку ими не нарушается правило этой статьи, останутся въ полной своей силѣ. Въ этомъ отношеніи разсматриваемое правило отличается отъ 1703 ст. т. X ч. 1, узаконяющей безу-

(1) См. выше, стр. 600.

словную *недійствительность* договоровъ, составленныхъ съ нарушеніемъ правилъ, въ ней изложенныхъ, и подходитъ напротивъ того ближе къ правилу, установленному примѣчаніемъ къ этой статьѣ (изд. 1887 г.), имѣющимъ въ виду одни только платежи.—Такимъ образомъ, дѣйствія, ст. 77 предусмотрѣнныя, будучи неоспоренными со стороны вотчинныхъ кредиторовъ, останутся во всей своей силѣ. Напротивъ того, признаніе ихъ для названныхъ кредиторовъ необязательными должно имѣть то послѣдствіе, что права этихъ кредиторовъ будутъ осуществляться, не обращая вниманія на эти дѣйствія, или другими словами, что публичная продажа обремененнаго залогомъ имѣнія будетъ произведена такъ, какъ будто бы дѣйствіи этихъ вовсе не существовало. Вслѣдствіе такой продажи, слѣдовательно, пріобрѣтенное по договору право рубки лѣса сверхъ годовой пропорціи и право на уступленные собственникомъ наемные и иные платежи болѣе чѣмъ за годъ впередъ, останутся безъ исполненія; наниматель, уплатившій собственнику наемную плату впередъ болѣе чѣмъ за означенный срокъ, не можетъ ссылаться противъ покупателя имѣнія на фактъ таковой уплаты. Поскольку послѣдняя падаетъ на время, превышающее этотъ срокъ, она можетъ быть вновь потребована съ нанимателя.

Во 2-хъ, ст. 77 упоминаетъ объ однихъ только *вотчинныхъ кредиторахъ*, изъ чего слѣдуетъ, что лишь имъ однимъ принадлежитъ право оспаривать разсматриваемыя дѣйствія при наличности условія, въ статьѣ этой указаннаго. Такъ какъ передача залоговыхъ требованій, по которымъ выдаются *залоговые акты*, можетъ быть совершаема внѣ вотчинной книги (ст. 86 проекта), то означенное право принадлежитъ какъ внесеннымъ въ эту книгу, такъ и не внесеннымъ вотчиннымъ кредиторамъ. Оно осуществляется тѣми и другими въ силу принадлежащаго имъ вотчиннаго права—залога и, слѣдовательно, совершенно независимо отъ того, будетъ ли собственникъ заложеннаго имѣнія личнымъ ихъ должникомъ, или нѣтъ. Принадлежитъ исключительно однимъ только вотчиннымъ кредиторамъ, разсматриваемое право не можетъ быть осуществляемо, напримѣръ, временнымъ управителемъ описаннаго имѣнія (ст. 70 проекта положенія

о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній) или личными кредиторами собственника. Послѣдніе вправѣ оспаривать эти дѣйствія посредствомъ actio Pauliana, т. е. предъявивъ искъ по 2 п. 1529 ст. т. X ч. 1 свод. зак. гражд.

Въ 3-хъ, дѣйствія, о коихъ идетъ рѣчь, признаются необязательными для вотчинныхъ кредиторовъ *въ той мѣрѣ, въ какой клонятся къ ихъ вреду*. Возможность такого вреда составляетъ, слѣдовательно, единственное условіе для представленія иска по ст. 77 настоящаго проекта. Такимъ образомъ для иска этого совершенно безразлично, совершено ли оспариваемое дѣйствіе собственникомъ со злымъ умысломъ отнять у кредитора возможность получить удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, или, какъ выражается дѣйствующій законъ (п. 2 ст. 1529), «клонится ли оно къ подложному переукрѣпленію имущества во избѣжаніе платежа долговъ» или же, напротивъ того, совершено вполне добросовѣстно. Обстоятельство это, какъ подробно было указано въ общихъ объясненіяхъ ⁽¹⁾, имѣетъ значеніе для иска, основаннаго на п. 2 вышеприведенной 1529 ст., а никакъ не того, который имѣется въ виду настоящей статьею. Но въ то же время и съ другой стороны недостаточно одного факта оспариванія для того, чтобы за фактомъ этимъ слѣдовало безусловно признаніе даннаго дѣйствія для вотчиннаго кредитора необязательнымъ. Необходимо, чтобы было установлено, что оно клонится ко вреду этого кредитора, что оно угрожаетъ возможности получения имъ полнаго удовлетворенія изъ суммы, вырученной отъ продажи заложеннаго имѣнія. Съ этой точки зрѣнія то, что можетъ оказаться въ одномъ случаѣ дѣйствительно клонящимся во вредъ вотчинныхъ кредиторовъ, въ состояніи имѣть въ другомъ случаѣ совершенно безвинной для интересовъ этихъ кредиторовъ характеръ. Все здѣсь, слѣдовательно, должно зависѣть отъ индивидуальныхъ условій каждаго даннаго случая. Когда, на примѣръ, имѣніе по цѣнности своей значительно превышаетъ сумму обременяющаго его долга, когда оно, совершенно независимо отъ входящаго въ составъ

⁽¹⁾ См. выше, стр. 76 и слѣд.

его лѣса, представляет собою болѣе чѣмъ достаточную для долга гарантію, удовлетвореніе требованія черезъ чуръ придирчиваго кредитора о признаніи для него необязательнымъ договора о продажѣ лѣса на срубъ сверхъ обычной годовой пропорціи было бы напраснымъ стѣсненіемъ правъ собственника и его контрагента по такому договору. Нельзя, наконецъ, не указать также и на то, что для признанія даннаго дѣйствія клонящимся ко вреду вотчинныхъ кредиторовъ безразлично не только то, совершено ли оно добросовѣстно или недобросовѣстно, но также представляется ли оно такимъ, которое свойственно вообще рачительному хозяину или нѣтъ ⁽¹⁾.

Въ 4-хъ, установленіе опасности, вредности данныхъ дѣйствій собственника для вотчинныхъ кредиторовъ можетъ составлять задачу только суда. Слѣдовательно, оно можетъ послѣдовать лишь по иску, предъявленному кѣмъ либо изъ этихъ кредиторовъ. Этимъ право, установленное ст. 77 проекта въ пользу вотчинныхъ кредиторовъ, отличается отъ права, предоставленнаго имъ по ст. 100 проекта положенія о порядкѣ взысканій съ недвижимыхъ имѣній, которое, какъ извѣстно, предъявленія иска не предполагаетъ. Такъ какъ искъ, предусмотрѣнный въ ст. 77, направленъ къ устраненію вышеупомянутой опасности, къ тому, чтобы продажа заложеннаго имѣнія была произведена такъ, какъ будто бы даннаго дѣйствія вовсе не существовало, такъ какъ онъ имѣетъ цѣлью устранить препятствія, мѣшающія осуществленію залога, то онъ является, въ сущности, *ипотекарнымъ искомъ*, *искомъ о залоги*, или, говоря еще точнѣе, *искомъ о свободѣ залога* (*actio hypothecaria negatoria*). Отсюда ясно, что рассматриваемый искъ долженъ быть предъявляемъ во 1-хъ, до продажи заложеннаго имѣнія и во 2-хъ, по мѣсту нахождения сего послѣдняго (ст. 212 и 214 уст. гр. суд.). Очевидно также, что для означеннаго иска совершенно безразлично, наступилъ ли срокъ принадлежащаго истцу залоговаго требованія или нѣтъ.

⁽¹⁾ См. выше, стр. 77.

Необходимо замѣтить, наконецъ, въ 5-хъ, что такъ какъ Onus probandi по
этому иску. разсматриваемыя дѣйствія признаются необязательными для вотчинныхъ кредиторовъ въ той мѣрѣ, въ какой клонятся къ ихъ вреду, то и на кредиторахъ этихъ лежитъ обязанность доказать, что дѣйствія эти представляются дѣйствительно таковыми.

Оставалось, засимъ, опредѣлить послѣдствія удовлетво- Послѣдствія удов-
летворенія его по
отношенію къ конт-
рагенту собствен-
ника. ренія предъявленнаго по ст. 77 иска по отношенію къ третьему лицу, контрагенту собственника. Это и сдѣлано въ третьей части означенной статьи. Последняя слѣдуетъ, впрочемъ, въ данномъ отношеніи лишь указанію дѣйствующаго законодательства (прим. къ ст. 1703 т. X ч. 1, изд. 1887 г.). Такъ какъ упомянутымъ послѣдствіемъ можетъ оказаться, какъ уже упомянуто было выше, обязанность контрагента (нанимателя или покупателя лѣса) произвести вторичную уплату условленной по данному договору цѣны, то очевидно, что ему должно быть предоставлено право на обратное взысканіе ея съ наймодавца или продавца лѣса на срубъ, согласно общему правилу о томъ, что никто безъ законнаго къ тому основанія не можетъ обогащаться на чужой счетъ.

Сказанное относительно иска, предъявленнаго по ст. 77, Матеріальныя усло-
вія иска по ст. 78. относится вполнѣ и къ иску, который имѣется въ виду статьей 78, съ тѣмъ лишь различіемъ, что этотъ послѣдній искъ направленъ къ устраненію невыгодныхъ для вотчиннаго кредитора послѣдствій, угрожающихъ ему вообще отъ дѣйствія даннаго договора по имѣнію, какъ то: договора найма, продажи лѣса на срубъ, и т. п., а не какого либо условія этого договора. Поэтому то въ послѣдней изъ означенныхъ статей говорится о правѣ упомянутаго кредитора требовать уничтоженія того или другого договора, когда по нему условлена несоразмѣрно низкая цѣна. Последняя должна представляться столь несоразмѣрной съ тѣми дѣйствительными выгодами, которыя доставляетъ установленное на основаніи даннаго договора право по заложенному имѣнію, что обезцѣниваетъ это послѣднее, т. е. способна отбить у покупателей охоту пріобрѣсти его, или повліять на уменьшеніе

покупной суммы, которая могла бы быть предложена за него при условии несуществования этого договора и потому лишает вотчинного кредитора возможности получить удовлетворение изъ имѣнія.

Вліяніе знанія о существованіи данной сдѣлки или договора, или факта оглашенія ихъ по вотчинной книгѣ на возможность предъявленія противъ нихъ иска, предусмотрѣннаго въ 77 или 78 ст.

Для предъявленія иска, основаннаго на ст. 77, а слѣдовательно и для иска по ст. 78 совершенно безразлично, когда возникло дѣйствіе или договоръ, противъ коего тотъ или другой искъ направленъ: до или послѣ установленія въ пользу истца его залоговаго требованія. Кредиторъ вправе оспаривать обязательность для себя даннаго дѣйствія или добиваться уничтоженія договора, хотя бы право его возникло и позже. Мало того, на разсматриваемый искъ и порождаемая имъ послѣдствія не можетъ оказать никакого вліянія и то обстоятельство, зналъ ли кредиторъ во время установленія своего залоговаго права о фактѣ уступки собственникомъ права на полученіе причитающихся ему платежей въ пользу посторонняго лица, или о существованіи заключеннаго по имѣнію договора найма, по которому условленная плата оказывается несоразмѣрно низкою и т. п., или не зналъ. Въ частности, знаніе вотчиннаго кредитора въ моментъ установленія залога о совершенной раньше собственникомъ переуступкѣ права на платежи или о существованіи даннаго договора не можетъ быть разсматриваемо за согласіе его, кредитора, оставить эту переуступку или договоръ неприкосновенными въ своей силѣ. Защита, доставляемая вотчиннымъ кредиторамъ разсматриваемыми статьями, составляетъ необходимую принадлежность залога, *какъ права вотчиннаго*. Она направлена къ тому, чтобы все то, съ чѣмъ не связаны извѣстныя вотчинныя послѣдствія, не могло повліять вредно на удовлетвореніе принадлежащаго кредитору залоговаго требованія. Коль скоро же тѣ либо другія отношенія собственника и третьяго лица имѣютъ личный характеръ, то они не могутъ быть безусловно обязательными для вотчиннаго кредитора, хотя бы онъ и зналъ о ихъ существованіи.

Впрочемъ, проектъ допускаетъ одно исключеніе въ данномъ случаѣ, а именно, когда договоръ по имѣнію или когда производство условленныхъ по договору найма платежей

болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, *внесены въ вотчинную книгу ранѣе статьи о залоговомъ требованіи*. Только внесенные договоры по имѣнію, равно какъ произведенные впередъ платежи по договору найма, оглашенные по книгѣ, должны оказаться, съ точки зрѣнія средствъ защиты, ст. 77 и 78 установленныхъ безусловно неуязвимыми по отношенію къ младшимъ, по времени внесенія, вотчиннымъ кредиторамъ. Основаніемъ тому служить то соображеніе, что цѣль внесенія всякаго договора по имѣнію въ вотчинную книгу и заключается собственно въ томъ, чтобы сдѣлать договоръ этотъ обязательнымъ для всякаго третьяго лица, право коего возникло позже. Положеніе младшаго кредитора по отношенію къ такому договору оказывается аналогичнымъ, какъ и по отношенію къ установленному раньше какому либо вотчинному праву. Что же касается факта оглашенія по вотчинной книгѣ произведенныхъ впередъ платежей по договору найма, то фактъ этотъ равносильнъ по существу своему ипотечному обезпеченію этихъ платежей на данномъ имѣніи почему и нѣтъ основанія дѣлать какое либо различіе между этимъ фактомъ и фактомъ обезпеченій какой либо другой претензіи путемъ установленія залога. Предоставить вотчинному кредитору домогаться устраненія послѣдствій, проистекающихъ отъ обезпеченія означенныхъ платежей, значило бы очевидно давать ему ничѣмъ неоправдываемое преимущество предъ контрагентомъ собственника, права коего, своевременно охраненныя по вотчинной книгѣ, нуждаются въ такой же защитѣ со стороны закона, какъ и права названнаго кредитора.

Изложенное относится, впрочемъ, къ оглашенному по вотчинной книгѣ производству платежей болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, или договору по имѣнію лишь тогда, когда дѣло идетъ о примѣненіи къ нимъ правила ст. 77 и 78. Но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, чтобы производство этихъ платежей или данный договоръ, хотя и оглашенные по книгѣ, не могли быть *вообще* оспариваемы со стороны нижестоящихъ вотчинныхъ кредиторовъ. Каждый изъ этихъ кредиторовъ, какъ извѣстно, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и личный кредиторъ, ибо залогъ есть не болѣе какъ придатокъ къ главному предмету права этого кредитора—требованію. Каждому вотчинному

кредитору принадлежит поэтому право оспариванія разсматриваемыхъ распоряженій собственника, какъ и всякаго рода записей, совершенныхъ въ вотчинной книгѣ, въ той же мѣрѣ, въ какой оно принадлежитъ и личному кредитору, а именно по условіямъ *actio Pauliana* (2 п. 1529 ст. т. X ч. 1). Онъ можетъ, слѣдовательно, оспаривать эти распоряженія, какъ такія, которыя произведены *со злонамѣренною цѣлью* нанести ущербъ его интересамъ.

79. Вотчинный кредиторъ вправе просить судъ о воспрещеніи собственнику разорительныхъ для заложенного имѣнія распоряженій, которыя могутъ сдѣлать невозможнымъ полученіе удовлетворенія изъ сего имѣнія.

Ст. 131 уст. общ. приз., т. XIII, по прод. 1876 г.

Ст. 61 прил. къ 1 прим. къ п. 1 ст. 1081, тамъ же.

Ст. 139 полож. о город. общ. банкахъ (разд. XI т. XI ч. 2, уст. кред., изд. 1887 г.).

Уставы город. кред. общ. с.-петерб., — § 75; моск. — § 74; одесск. — § 79.

Ст. 141 проекта мин. юст.

Ст. 45 бав. зак. объ ипот. 1822 г.

Ст. 50 прусск. зак. о пр. пр. соб., и т. д. 1872 г.

Ст. 377 сакс. гр. улож.

Ст. 1072 проекта общегер. гр. уложенія.

I. Фактическія ухудшенія, угрожающія цѣлости заложенного имѣнія.

I. Подобно случаямъ, предусмотрѣннымъ въ двухъ предыдущихъ статьяхъ, и случаи факческаго ухудшенія заложенного имѣнія должны быть подчинены тому же общему началу. Какъ тѣ, такъ и другіе угрожаютъ цѣлости установленнаго залогомъ обезпеченія. Какъ по отношенію къ первымъ, слѣдовательно, точно также и по отношенію ко вторымъ, въ силу присущаго залогоу вотчиннаго характера, кредиторы должны быть снабжены надлежащими средствами, направленными къ тому, чтобы устранить все то, что въ состояніи нарушить упомянутую цѣлость обезпеченія. Впрочемъ, вопросъ объ этихъ средствахъ въ примѣненіи къ случаямъ факческаго ухудшенія заложенного имѣнія осложняется нѣсколько тѣмъ обстоятельствомъ, что въ немъ

необходимо считаться не только съ ухудшеніями, которыя еще лишь *угрожаютъ* заложенному имѣнію и могутъ быть поэтому заблаговременно устранены, но и тѣмъ, которыя уже *наступили въ дѣйствительности*. Сообразно той или другой категоріи разсматриваемыхъ ухудшеній и самыя средства защиты вотчинныхъ кредиторовъ должны быть, очевидно, различны. Проектъ и проводитъ различіе между обѣими этими категоріями, предусматривая первую въ ст. 79 и вторую въ ст. 80.

Поступая такимъ образомъ, проектъ слѣдуетъ мысли, которая не чужда нашему дѣйствующему законодательству. Если ее напрасно было бы искать въ общихъ положеніяхъ нашего залоговаго права, обходящихъ, какъ извѣстно ⁽¹⁾, полнымъ молчаніемъ вопросъ о взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ сторонъ во время существованія залога, то за то она несомнѣнно выражена въ нѣкоторыхъ специальныхъ узаконеніяхъ, относящихся къ залогамъ, устанавливаемымъ въ разныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ. Сюда относятся именно узаконенія о залогахъ, совершаемыхъ въ приказахъ общественнаго призрѣнія (ст. 131 уст. общ. призр., т. XIII, изд. 1876 г.), въ областномъ войска донскаго приказѣ (ст. 61 прил. къ 1 прим. къ п. 1 ст. 1081 тамъ же) и въ городскихъ общественныхъ банкахъ (ст. 139 разд. XI уст. кред. т. X ч. 2, изд. 1887 года) ⁽²⁾. Узаконенія эти свидѣлствуютъ самымъ очевиднымъ образомъ о вполне сознанный уже и у насъ необходимости охраненія пріобрѣтенныхъ при посредствѣ залога правъ путемъ *предупрежденія* возможности ухудшенія его предмета. Если мѣры таковаго предупрежденія, указанныя въ приведенныхъ узаконеніяхъ, не идутъ далѣе предписанія о наблюденіи за цѣлостью заложеннаго имѣнія со стороны приказа или полиціи, если мѣры эти представляются далеко несовершенными, страдаютъ отсутствіемъ ближайшаго опредѣленія того, каковы права при-

Соображенія въ пользу необходимости предусмотрѣть ихъ въ проектѣ.

⁽¹⁾ См. общія объясненія къ настоящей главѣ проекта, отд. III, § 6 стр. 65 и слѣд.

⁽²⁾ См. тамъ же, стр. 84 и слѣд.

каза или общественнаго банка въ случаѣ замѣченной имъ опасности для цѣлости даннаго залога, тѣмъ не менѣе необходимость считаться съ опасностями этого рода намѣчена тутъ вполне. То же слѣдуетъ признать и по отношенію къ постановленіямъ уставовъ городскихъ кредитныхъ обществъ (§ 75 с.-петерб.; § 74 моск.; § 79 одесск.), предписывающимъ отбирать при выдачѣ ссудъ отъ заемщика подписку, обязывающую его не производить въ заложенномъ строеніи такихъ измѣненій, которыя уменьшали бы цѣнность послѣдняго, и дѣлать всѣ исправленія, необходимыя для поддержанія строенія, несмотря опять таки на несовершенство и этой мѣры, сводящей разсматриваемый вопросъ на почву обязательственныхъ отношеній, какъ будто здѣсь идетъ дѣло о личномъ, а не о вотчинномъ правѣ. Между тѣмъ ясно, что послѣднее, для полного своего огражденія, нуждается въ совершенно другого рода средствахъ борьбы, именно, во 1-хъ, болѣе рѣшительныхъ, способныхъ *приостановить ухудшеніе* и во 2-хъ, дѣйствительныхъ не только противъ даннаго заемщика, *но и всякаго третьяго приобретателя заложеннаго имѣнія*. Независимо отъ сего, проводя упомянутое различіе между случаями угрожающаго и дѣйствительно наступившаго ухудшенія заложеннаго имѣнія, проектъ слѣдуетъ также примѣру западно-европейскихъ законодательствъ, въ частности баварскаго (ст. 45), прусскаго (ст. 50) и австрійскаго ⁽¹⁾, а также проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1072).

Къ защитѣ вотчиннаго кредитора противъ еще только угрожающаго ухудшенія заложеннаго имѣнія вынуждаютъ, по справедливому замѣчанію мотивовъ къ вышеназванному проекту ⁽²⁾, прежде всего чисто практическія соображенія. Приведя, въ видѣ примѣра, относящіеся сюда случаи, когда собственникъ предоставилъ кому либо право вырубить лѣсъ или продалъ инвентарь, который, однако, не удаленъ еще изъ имѣнія, мотивы эти совершенно правильно указываютъ на то, что предоставленіе кредитору права требовать немед-

⁽¹⁾ *Stubenrauch*, в. п. с., т. I, стр. 589.

⁽²⁾ Т. III, стр. 669 и 670.

ленного въ этихъ случаяхъ удовлетворенія изъ имѣнія далеко не соотвѣтствовало бы дѣйствительному созданному этими случаями положенію вещей. «Прежде всего, по словамъ мотивовъ, до тѣхъ поръ, пока обезпеченіе фактически не нарушено, нельзя оправдать, съ юридической точки зрѣнія, допущеніе осуществленія залоговаго права ранѣе наступленія срока самому требованію. Предоставленіе права на таковое досрочное осуществленіе могло бы даже, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, отражаться слишкомъ сурово на собственникѣ безъ всякой пользы для кредитора, и оказаться по отношенію къ послѣднему пожалуй и нежелательнымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда, благодаря неблагоприятному положенію денежнаго рынка, новое помѣщеніе капитала сопряжено съ затрудненіями. Нельзя также упускать изъ виду и то, что при обращеніи кредитора на путь взысканія его залоговаго требованія изъ имѣнія, интересъ кредитора является недостаточно гарантированнымъ, такъ какъ имѣніе можетъ, тѣмъ временемъ, въ такой мѣрѣ ухудшиться, что удовлетвореніе при помощи взысканія станетъ вообще неосуществимымъ. Дѣйствительная и цѣлесообразная защита кредитора возможна лишь подъ условіемъ признанія за нимъ права требовать посредствомъ суда принятія надлежащихъ мѣръ, направленныхъ къ устраненію угрожающей опасности».

II. Соображенія эти раздѣляются вполне и настоящимъ проектомъ. Устанавливаемое ст. 79 право вотчиннаго кредитора обращаться къ помощи суда съ цѣлью предотвратить угрожающій ущербъ составляетъ санкцію неисполненія собственникомъ обязанности, подразумеваемой въ самомъ фактѣ существованія каждаго даннаго залога, обязанности, заключающейся въ томъ, чтобы не допускать ничего такого, что можетъ сдѣлать невозможнымъ полученіе удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія. Осуществляется это право, конечно, при посредствѣ иска. Послѣдній, вытекая изъ залога, имѣетъ такой же вещный характеръ, какъ и самый залогъ. Онъ направленъ хотя и не на полученіе удовлетворенія, но на охрану неприкосновенности залога противъ возможныхъ нарушеній, и является, слѣдовательно, подобно искамъ, предусмотрѣн-

II. Искъ, ст. 79
предусмотрѣнный.

нымъ въ ст. 77 и 78 проекта, искомъ о свободѣ залога (*actio hypothecaria negatoria*). Поэтому и все сказанное въ объясненіяхъ къ упомянутымъ статьямъ по отношенію къ этимъ искамъ имѣетъ примѣненіе и къ иску, предусмотрѣнному настоящею статью.

Матеріальныя условія его предъявленія.

Право на предъявленіе разсматриваемаго иска принадлежитъ всякому вотчинному кредитору. То обстоятельство, наступилъ ли срокъ данному залоговому требованію, или не наступилъ, не имѣетъ никакого вліянія на это право. Оно принадлежитъ даже и лицу, въ пользу коего установленъ кредитный залогъ, хотя бы требованіе, которое послѣдній имѣетъ въ виду обезпечить, еще не возникло, ибо, иначе, залогъ этотъ, въ случаѣ возникновенія требованія, могъ бы оказаться въ худшемъ положеніи сравнительно съ тѣмъ, которое имѣлось въ виду при его установленіи.

Далѣе, для права на упомянутый искъ совершенно безразлично, кто собственно оказывается непосредственнымъ виновникомъ угрожающаго заложенному имѣнію ухудшенія: самъ ли собственникъ, или кто либо изъ его агентовъ или служащихъ, контрагентъ собственника по договору, касающемуся заложенаго имѣнія (напримѣръ, наниматель), или лицо постороннее. Вотчинный характеръ залога и порождаемыхъ имъ исковъ влечетъ за собою то послѣдствіе, что предѣламъ, которыя ставятся дѣятельности собственника въ заложеномъ имѣніи, съ цѣлью охраненія неприкосновенности залога, долженъ подчиняться всякій, кто приходитъ въ соприкосновеніе съ имѣніемъ. Отвѣтчикомъ по иску, предъявленному на основаніи ст. 79, долженъ явиться, прежде всего, конечно, собственникъ, какъ лицо, на которомъ и лежитъ непосредственная обязанность ограждать интересы вотчинныхъ кредиторовъ, какъ законный представитель имѣнія во всѣхъ спорахъ, касающихся субстанции послѣдняго, и какъ тотъ, котораго судъ можетъ заставить сдѣлать зависящее по имѣнію распоряженіе, направленное къ устраненію угрожающаго ухудшенія. Въ тѣхъ случаяхъ, когда, на примѣръ, осуществленіе даннаго договора по имѣнію угрожаетъ цѣлости доставляемаго залогомъ обезпеченія, искъ, направленный про-

тивъ допущенія такового осуществленія, долженъ быть предъявленъ и къ собственнику и къ контрагенту его по этому договору. То же самое слѣдуетъ сказать и о тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о какомъ либо распоряженіи лица, владѣющаго имѣніемъ на отдѣльномъ вотчинномъ правѣ, напримѣръ, пожизненнаго владѣльца.

III. Угрожающее ухудшеніе заложеннаго имѣнія можетъ имѣть въ основаніи своемъ какое либо *положительное распоряженіе*, напримѣръ, распоряженіе о сносѣ построекъ, о вырубкѣ лѣса, продажѣ инвентаря, или такое, которое выразилось въ фактѣ перестройки заложеннаго дома, повреждающей этотъ послѣдній, или подвергающей его опасности отъ пожара (ср. ст. 528 уст. кред., изд. 1857 года), или же *бездѣйствіе, упущеніе*, какъ то: упущеніе въ производствѣ исправленій, необходимыхъ для поддержанія строенія (см. тамъ же, а также приведенныя выше постановленія уставовъ городскихъ кредитныхъ обществъ), и т. п. ⁽¹⁾. Перечислять эти распоряженія или упущенія въ самомъ законѣ нѣтъ, очевидно, никакой возможности, такъ какъ нельзя ихъ всѣхъ предвидѣть.

III. Угрожающее ухудшеніе имѣнія какъ одно изъ этихъ условій въ особен-ности.

Для того, чтобы угрожающее заложенному имѣнію ухудшеніе могло вызвать вмѣшательство вотчиннаго кредитора въ сферу распоряженій собственника, статья 79 проекта требуетъ, чтобы ухудшеніе это было *раззорительнымъ* для означеннаго имѣнія, т. е. имѣло раззорительное для послѣдняго значеніе. Значеніемъ этимъ данное ухудшеніе будетъ обладать

⁽¹⁾ Въ виду изложенныхъ въ текстѣ соображеній редакція ст. 79 проекта представляется, очевидно, черезъ чуръ узкою. Принимая во вниманіе, что дѣйствіе правила, въ ней выраженнаго, должно обнимать собою не только распоряженія собственника, но и раззорительныя для заложеннаго имѣнія дѣйствія третьихъ лицъ, и притомъ не только дѣйствія, но и упущенія, *Л. В. Гантверъ* полагалъ бы необходимымъ расширить въ этомъ смыслѣ редакцію настоящей статьи, изложивъ ее, напримѣръ, въ слѣдующемъ видѣ: *Вотчинный кредиторъ вправе просить судъ объ устраненіи такихъ раззорительныхъ для заложеннаго имѣнія дѣйствій или упущеній (или короче—вправе домогаться судомъ устраненія такихъ ухудшеній въ заложенномъ имѣніи), которыя могутъ сдѣлать невозможнымъ получение удовлетворенія изъ сего имѣнія.*

лишь тогда, когда будетъ доказано, что оно *«можетъ сдѣлать невозможнымъ полученіе удовлетворенія изъ имѣнія»*. Условіе это имѣетъ, очевидно, исполнѣ объективный, независимый отъ направленія воли собственника, характеръ. Данное распоряженіе или упущеніе можетъ быть злонамѣренно, т. е. вызвано желаніемъ нанести вредъ интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ, или, напротивъ того, исполнѣ добросовѣстно, антихозяйственно, или же согласно съ обыкновенною рачительностію, свойственною всякому хозяину, и тѣмъ не менѣе вызвать, при наличности рассматриваемаго условія, вмѣшательство вотчинныхъ кредиторовъ. Установленіе этой наличности зависитъ отъ фактическихъ особенностей каждаго даннаго случая, составляетъ вопросъ факта. Значеніе его чисто относительное. Одно и то же распоряженіе можетъ въ одномъ случаѣ сдѣлать невозможнымъ полученіе удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія, въ другомъ явиться въ этомъ отношеніи совершенно безразличнымъ. Мало того, даже въ примѣненіи къ одному и тому же заложенному имѣнію данное распоряженіе въ состояніи угрожать интересамъ нижестоящаго кредитора и въ то же время не нуждаться во вмѣшательствѣ со стороны суда, когда оно оспаривается по иску вышестоящаго кредитора, требованіе коего окажется и помимо такового вмѣшательства исполнѣ обезпеченнымъ. Все здѣсь зависитъ, слѣдовательно, отъ того отношенія, въ какомъ находится цѣнность имѣнія къ величинѣ даннаго залоговаго требованія, суммѣ, на которую оно простирается, и мѣста, которое оно занимаетъ среди другихъ залоговыхъ требованій, обременяющихъ имѣніе. Само собою разумѣется, что *onus probandi* въ означенномъ фактическомъ вопросѣ лежитъ всецѣло на кредиторѣ-истцѣ. — Возможны, впрочемъ, и такіе случаи, когда не смотря на наличность условія, о коемъ идетъ рѣчь, вмѣшательство вотчиннаго кредитора въ сферу распоряженій собственника по заложенному имѣнію не должно тѣмъ не менѣе имѣть мѣста. Таковъ именно случай, указанный практикою прусскихъ судовъ ⁽¹⁾, когда данное

⁽¹⁾ Achilles, в. п. с., стр. 281.

распоряженіе собственника покрыто согласіемъ вотчиннаго кредитора. Собственникъ, рѣшившись, на примѣръ, по какимъ либо хозяйственнымъ соображеніямъ, на сносъ строенія, имѣющаго относительно немаловажную цѣнность, или на капитальную его передѣлку, поступить осмотрительно, если въ видахъ избѣжанія необходимости отвѣчать по иску, предъявленному на основаніи настоящей статьи, заручится предварительнымъ согласіемъ на эти дѣйствія своихъ вотчинныхъ кредиторовъ. Другой случай изъ той же практики ⁽¹⁾—когда данное распоряженіе могло быть вызвано предписаніемъ подлежащей власти, на примѣръ, предписаніемъ полиціи о сносѣ ветхаго строенія. Обязанность доказать наличность такихъ обстоятельствъ, исключающихъ возможность вышеупомянутаго вмѣшательства вотчиннаго кредитора, лежитъ, конечно, на собственникѣ.

Нельзя пройти молчаніемъ также и того обстоятельства, что когда дѣло идетъ объ извѣстномъ положительномъ распоряженіи или дѣйствиіи собственника, то искъ по ст. 79 проекта предполагаетъ, что это распоряженіе или дѣйствіе выразилось чѣмъ либо во внѣ, что угрожающее интересамъ вотчинныхъ кредиторовъ ухудшеніе уже началось въ дѣйствительности или по крайней мѣрѣ проявилось въ какихъ нибудь приготовленіяхъ. Наличности однихъ только предположеній, намѣреній собственника, конечно, недостаточно для предъявленія этого иска. Но за то, съ другой стороны, искъ этотъ не долженъ имѣть мѣста и тогда, когда ухудшеніе уже фактически осуществилось и не можетъ быть восстановлено. Факты такового ухудшенія подходятъ уже подъ дѣйствіе ст. 80 настоящаго проекта. Не можетъ быть, слѣдовательно, искъ этотъ предъявленъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда право, условленное по договору, заключенному собственникомъ съ третьимъ лицомъ, уже возникло, когда, на примѣръ, условленная по договору продажа инвентаря, машинъ и т. п. уже осуществилась посредствомъ передачи ихъ контрагенту. Возвращеніе этихъ предметовъ въ имущественную массу собственника возможно

(1) Тамъ же.

только при доказанной его и контрагента его недобросовѣстности, т. е. при посредствѣ иска, основаннаго на 1529 ст. т. X ч. 1 свод. зак. гражд.

Вышеуказанное условіе, отъ наличности коего поставлена по проекту въ зависимость возможность вмѣшательства вотчинныхъ кредиторовъ въ область фактическихъ распоряженій собственника по заложенному имѣнію, состоитъ, какъ сказано уже, въ раззорительности для этого имѣнія даннаго дѣйствія или упущенія. Въ обстоятельствѣ этомъ заключается и тотъ предѣлъ, до котораго допускается упомянутое вмѣшательство. Оно исключаетъ все то, что носило бы характеръ совершенно не нужнаго вмѣшательства или шиканы со стороны вотчинныхъ кредиторовъ. Область этихъ распоряженій, пока они не приходятъ въ томъ или другомъ случаѣ въ дѣйствительное столкновеніе съ интересами вотчинныхъ кредиторовъ, столкновеніе, выражающееся въ опасности не получить полное удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, почитается, слѣдовательно, по проекту исполнѣ свободной. Въ этихъ предѣлахъ собственникъ, выражаясь словами комментатора австрійскаго ипотечнаго права, Экснера, «вправѣ измѣнять въ экономическомъ отношеніи субстанцію заложеннаго имѣнія по своему усмотрѣнію, возводить въ немъ постройки, или сносить таковыя, засѣвать поля, или оставлять ихъ неза-сѣянными, а когда предметомъ залога служатъ фабрики, рудники и т. п., то онъ не отвѣчаетъ ни передъ кѣмъ за способъ эксплоатаціи ихъ и вообще не обязанъ трудиться для вотчинныхъ кредиторовъ, или подъ ихъ контролемъ» ⁽¹⁾.

IV. Обеспечитель-
ныя мѣры противъ
разсматриваемыхъ
ухудшеній.

IV. Что же касается, наконецъ, вопроса о томъ, въ чемъ могутъ заключаться мѣры, необходимыя для обезпеченія интересовъ вотчинныхъ кредиторовъ въ разсматриваемаго рода случаяхъ, то они будутъ, очевидно, различны смотря по тому, вызванъ ли искъ, предусмотрѣнный ст. 79 проекта, какимъ либо дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ, носящимъ раззорительный характеръ. Предъявляя искъ, кредиторъ долженъ,

⁽¹⁾ В. п. с., стр. 224.

конечно, указать суду, принятія какой именно мѣры онъ домогается, дабы собственникъ могъ быть признанъ рѣшеніемъ суда обязаннымъ ей подчиниться. Къ числу мѣръ этого рода прусское и австрійское законодательства ⁽¹⁾ причисляютъ, когда дѣло идетъ, на примѣръ, о необходимости воздѣлать запущенныя собственникомъ поля, произвести какія либо постройки, и т. п., институтъ процессуальнаго права, состоящій во временной секвестраціи имѣнія. Такъ какъ институтъ этотъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ существуетъ въ Германіи (ст. 817 уст. общегерм. гражд. суд.), неизвѣстенъ нашему праву, то и о принятіи у насъ подобной мѣры не можетъ быть рѣчи. Всѣ разсматриваемыя мѣры поэтому должны быть сведены у насъ къ воспрещенію судомъ собственнику даннаго распоряженія или къ обязанію его, при посредствѣ же суда, произвести необходимое дѣйствіе (на примѣръ, сооруженіе для предупрежденія разрушенія дома, и т. п.). По отношенію къ перваго рода мѣрамъ особо важное въ практическомъ отношеніи значеніе будетъ имѣть возможность наложенія, въ порядкѣ обезпеченія иска, ареста на отчужденный, но еще не вывезенный изъ имѣнія лѣсъ, инвентарь и т. п., а по отношенію къ остальнымъ мѣрамъ—правило ст. 934 уст. гр. суд., согласно которому кредиторъ вправе просить судъ о разрѣшеніи ему произвести за счетъ собственника тѣ дѣйствія или работы, которыя не будутъ совершены симъ послѣднимъ въ назначенный судомъ срокъ.

80. Если по винѣ собственника или по другимъ причинамъ цѣнность имѣнія столь значительно уменьшилась, что оно сдѣлалось недостаточнымъ для обезпеченія лежащихъ на немъ долговъ, то судъ, по иску заинтересованнаго вотчиннаго кредитора, можетъ присудить кредитору дополнительное обезпеченіе или же взысканіе должной суммы до срока.

Ст. 527 и 528 т. XI ч. 2 уст. кред., изд. 1857 г.

Ст. 79 уст. одесск. городск. кред. общества.

⁽¹⁾ *Achilles*, в. п. с., стр. 281; *Stubenrauch*, loco cit; ср. также мотивы къ проекту общегерм. гр. улож., т. III, стр. 670.

Ст. 12 уставовъ зем. банковъ: с.-петерб.-тульск., харьк. и полт.

Ст. 50 и 51 пол. о госуд. двор. зем. банкѣ (разд. VI т. XI ч. 2 свод. зак. уст. кред., изд. 1887 г.).

Ст. 141 проекта мин. юст.

Ст. 18 и 45 бав. ипот. закона 1882 г.

Ст. 50 прусск. зак. о приобр. пр. соб. и т. д. 1872 г.

Ст. 458 австр. гр. улож.

Ст. 1188, 2131 и 2075 франц. гр. улож.

Ст. 1980 итал. гр. улож.

Ст. 79 бельг. ипот. закона.

Ст. 1073 проекта общегерм. гр. улож.

І. Фактическія
ухудшенія, уже на-
ступившія.

І. Когда событіе ухудшенія заложенного имѣнія уже наступило и когда поэтому мѣры, направленныя къ предупрежденію такового ухудшенія, оказываются болѣе неприложимыми, взаимныя отношенія сторонъ, заинтересованныхъ по залогу, представляются въ совершенно новомъ видѣ, вступаютъ въ новѣй фазисъ, отличный отъ того, въ какомъ они находились въ моментъ своего возникновенія. Измѣненіе, произведенное означеннымъ событіемъ въ фактическомъ положеніи даннаго отношенія, не можетъ не отразиться и на юридической его сторонѣ, не можетъ не вызвать потребности въ такой законодательной нормѣ, которая давала бы видоизмѣнившимся интересамъ соотвѣтственное разрѣшеніе. Разрѣшеніе это, указанное, какъ извѣстно ⁽¹⁾, еще римскимъ правомъ и воспринятое главнѣйшими изъ новыхъ западно-европейскихъ законодательствъ, какъ то: австрійскимъ ⁽²⁾, баварскимъ (ст. 1980), прусскимъ (ст. 50), французскимъ (ст. 2131) и въ проектѣ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1073), заключается въ предоставленіи вотчиннымъ кредиторамъ права требовать отъ должника дополнительнаго обезпеченія или взыскивать должную сумму до срока. Такъ какъ право на досрочное удовлетвореніе въ разсматриваемаго рода случаяхъ не вполнѣ чуждо и нѣкоторымъ спеціальнымъ постановленіямъ нашего залоговаго права (ст. 527 и 528 уст. кред., т. XI ч. 2, изд. 1857 г.; ст. 50 и 51 пол.

⁽¹⁾ См. выше, стр. 79 и слѣд.

⁽²⁾ *Stubenrauch*, в. п. с. стр. 588.

о госуд. дворян. зем. банкѣ, разд. VI того же т. и ч., изд. 1887 г.; ст. 79 устава одесск. город. кред. общества, ст. 12 уставовъ земельн. банковъ: с.-петерб.-тульск., харьк. и полт.), то при начертаніи правилъ настоящаго проекта оставалось только развить надлежащимъ образомъ эти постановленія и распространить начало, которое въ нихъ выражено въ зародышѣ, на всѣ случаи существованія залога.

Соображенія, говоряція въ пользу такого разрѣшенія разсматриваемаго вопроса, заключаются въ томъ, что установленіе залога составляетъ обыкновенно то условіе, при наличности котораго кредиторъ рѣшился вступить въ извѣстное конкретное отношеніе, условіе, благодаря которому онъ и передалъ должнику извѣстную сумму въ долгъ. Если бы онъ не полагался на обезпеченіе, доставляемое залогомъ, то и передачи этой не было бы; данное отношеніе вовсе бы не возникло. Коль скоро поэтому условіе это измѣнилось ко вреду вотчиннаго кредитора, коль скоро предметъ залога уменьшился, потерялъ свою первоначальную цѣнность, самая простая справедливость требуетъ предоставить этому кредитору право домогаться немедленнаго расторженія заключеннаго имъ договора, т. е. взыскивать должную сумму до истеченія условленнаго въ немъ срока.

II. По существу правила, изложеннаго въ настоящей статьѣ, примѣненіе его предполагаетъ существованіе слѣдующихъ условій, а именно, во 1-хъ, что срокъ залоговому требованію, принадлежащему данному кредитору, еще не наступилъ, во 2-хъ, что уменьшеніе цѣнности заложеннаго имѣнія произошло по винѣ собственника или по другимъ причинамъ и въ 3-хъ, что уменьшеніе это представляется въ такомъ видѣ, что благодаря ему заложенное имѣніе сдѣлалось недостаточнымъ для обезпеченія лежащихъ на немъ долговъ.

Первое изъ этихъ условій вытекаетъ изъ самаго существа дѣла. Если срокъ данному залоговому требованію наступилъ, то вотчинный кредиторъ не нуждается уже въ какихъ либо особыхъ средствахъ защиты своего права по случаю послѣдовавшаго уменьшенія цѣнности заложеннаго имѣнія, такъ

II. Условія примѣненія настоящаго правила:

а) ненаступленіе срока залоговому требованію;

какъ онъ, и помимо этихъ средствъ, можетъ потребовать немедленнаго удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія посредствомъ публичной его продажи (ст. 95 настоящаго проекта). Къ этому нельзя не прибавить, что въ разсматриваемаго рода случаяхъ означенному кредитору принадлежитъ также, согласно проекту положенія о взысканіи съ недвижимыхъ имуществъ (ст. 70), право требовать назначенія временнаго управителя заложеннымъ имѣніемъ, который въ качествѣ лица, обязаннаго завѣдывать этимъ имѣніемъ какъ свойственно рачительному хозяину (ст. 73 того же проекта), долженъ будетъ принять всѣ мѣры, какія окажутся еще возможными, для предотвращенія вредныхъ для результатовъ торговъ послѣдствій отъ послѣдовавшихъ ухудшеній.

б) безразличіе причины, по которой наступило ухудшеніе заложеннаго имѣнія;

Если ухудшеніе послѣдовало по винѣ собственника, то вопросъ о предоставленіи вотчинному кредитору права требовать немедленнаго удовлетворенія, не можетъ, очевидно, возбудить какихъ либо сомнѣній. Странно было бы, въ самомъ дѣлѣ, оставлять за должникомъ то, что французскіе юристы называютъ *le bénéfice du terme*, т. е. оставлять его при выгодахъ, сопряженныхъ съ существованіемъ срока по данному долговому отношенію, съ срочностью сего послѣдняго, когда онъ же, должникъ, уменьшивъ цѣнность установленнаго въ пользу кредитора обезпеченія, нарушилъ свои обязательства. Не столь безспорнымъ представляется однакоже, по крайней мѣрѣ на первый взглядъ, вышеозначенный вопросъ для тѣхъ случаевъ, когда дѣло идетъ объ ухудшеніи заложеннаго имѣнія не по винѣ собственника, а по другимъ причинамъ, напр. вслѣдствіе вины кого либо посторонняго, непреодолимыхъ силъ природы (*vis major*), и т. п. Есть ли дѣйствительно основаніе лишать должника и въ этихъ случаяхъ выгодъ, связанныхъ съ существованіемъ срока, когда онъ не можетъ быть признанъ нарушившимъ свои обязательства. Не будетъ ли таковое лишеніе мѣрою, черезъ чуръ стѣснительною, слишкомъ строгою по отношенію къ должнику? И въ самомъ дѣлѣ, нѣкоторыя законодательства, какъ, напримѣръ, австрійское (ст. 458 гр. улож.), не распространяютъ правила о предоставленіи вотчинному кредитору права требовать досрочнаго удовлетворенія на случаи

уменьшенія цѣнности имѣнія, происшедшаго не по винѣ собственника. Проектъ не раздѣляетъ вышеприведенныхъ сомнѣній. Слѣдуя примѣру французскаго (ст. 2131), бельгійскаго (ст. 79), прусскаго (ст. 50) законодательствъ и проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1073), онъ приравниваетъ между собою всѣ разсматриваемые случаи уменьшенія цѣнности заложеннаго имѣнія, одинаково распространяя на нихъ правило о досрочномъ удовлетвореніи. Основаніе для такого приравниванія заключается въ томъ, что залогъ обнимаетъ собою все имѣніе со всѣми его составными частями и принадлежностями (ст. 75 проекта) и что поэтому всякое ухудшеніе заложеннаго имѣнія, по какой бы причинѣ оно не послѣдовало, ложится и безъ того уже невыгодно на вотчинномъ кредиторѣ въ томъ отношеніи, что поражаетъ его вотчинное право, уменьшаетъ объемъ принадлежащаго ему обезпеченія и увеличиваетъ рискъ относительно полученія удовлетворенія. И такъ, невыгодныя послѣдствія наступаютъ для вотчиннаго кредитора всегда, все равно, послѣдовало ли ухудшеніе имѣнія по винѣ собственника, или помимо его вины. При такихъ обстоятельствахъ, заставлятъ вотчиннаго кредитора, хотя бы и въ случаяхъ послѣдняго рода, когда вины собственника на лицо нѣтъ, дожидаться срока залоговому праву, отымать у этого кредитора возможность отступить отъ того отношенія, въ которое онъ вступилъ при совершенно отличныхъ условіяхъ, значило бы лишь безцѣльно стѣснять его въ его измѣненномъ къ худшему, невыгодномъ положеніи. Независимо отъ сего, точка зрѣнія проекта по разсматриваемому вопросу имѣетъ еще чисто практическое преимущество, справедливо указываемое мотивами къ проекту общегерманскаго уложенія ⁽¹⁾ и состоящее въ томъ, что она устранитъ въ будущемъ неизбѣжную массу процессовъ и споровъ, обусловливаемыхъ необходимостью доказывать наличность вины собственника въ каждомъ данномъ случаѣ. Само собою разумѣется, что если бы уменьшеніе цѣнности заложеннаго имѣнія послѣдовало по винѣ

⁽¹⁾ Т. III, стр. 671.

вотчиннаго кредитора (въ тѣхъ, напримѣръ, случаяхъ, когда послѣдній владѣетъ заложеннымъ имѣніемъ на правахъ арендатора, пожизненнаго владѣльца), то о примѣненіи въ пользу его правила настоящей статьи не можетъ быть рѣчи ⁽¹⁾, ибо никто не можетъ односторонне измѣнять въ свою пользу основанія принадлежащаго ему права.

Къ числу поводовъ, порождающихъ право на досрочное удовлетвореніе залоговыхъ требованій, австрійское право (ст. 458 гражд. улож.) причисляетъ случаи, когда цѣнность заложеннаго имѣнія найдена будетъ недостаточною на покрытие лежащаго на немъ долга вслѣдствіе скрытаго недостатка, обнаружившагося въ заложенномъ имѣніи лишь впослѣдствіи (wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache). Проектъ проходитъ молчаніемъ этотъ случай, такъ какъ онъ затрогиваетъ общій вопросъ гражданскаго права о вліяніи заблужденія или обмана на дѣйствительность даннаго права, не представляетъ никакихъ особенностей сравнительно съ другими правами, въ отношеніи коихъ можетъ возникнуть упомянутый вопросъ, и потому не требуетъ спеціальнаго разрѣшенія въ постановленіяхъ закона, относящихся къ залоговому праву.

в) вызванная наступившимъ ухудшеніемъ недостаточность имѣнія на удовлетвореніе лежащихъ на немъ долговъ.

Примѣненіе правила настоящей статьи обусловливается, далѣе, какъ указано выше, наличностью столь значительнаго уменьшенія цѣнности имѣнія, что послѣднее сдѣлалось недостаточнымъ для обезпеченія лежащихъ на немъ долговъ. Послѣдними словами и опредѣляется то, что статья эта разумѣетъ подъ *значительнымъ* уменьшеніемъ заложеннаго имѣнія ⁽²⁾. Слѣдовательно, указаніе на «*значительность*» уменьшенія, какъ условіе примѣненія разсматриваемаго правила, не имѣетъ того значенія, будто бы въ принципѣ всякое дру-

⁽¹⁾ *Stubenrauch*, в. п. с., т. I, стр. 588.

⁽²⁾ Уже по одной этой, указанной въ текстѣ, причинѣ слово «значительное» представляется въ ст. 80 совершенно лишнимъ. Нельзя не согласиться также съ соображеніемъ мотивовъ къ проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія (т. III, стр. 672) о томъ, что предикатъ «значительное», поставленный предъ словомъ «уменьшеніе», даетъ поводъ думать, что, въ принципѣ, незначительныя ухудшенія заложеннаго имѣнія терпимы закономъ, не порождаютъ никакихъ юридическихъ послѣдствій.

гое уменьшеніе, уменьшеніе незначительное, должно быть терпимо, признается дозволеннымъ. Напротивъ того, по смыслу настоящей статьи, всякое уменьшеніе заложенного имѣнія, какъ бы оно не казалось малымъ, если имъ колеблется обеспеченность даннаго права, на имѣніи этомъ установленнаго, почитается уже значительнымъ и потому даетъ кредитору законное основаніе къ осуществленію права, статьею этой установленнаго. Все здѣсь, слѣдовательно, зависитъ отъ состоянія упомянутой обеспеченности, отъ вліянія, которое данное уменьшеніе цѣнности должно оказать на полученіе кредиторомъ удовлетворенія изъ заложенного имѣнія. Остается прибавить, что все сказанное въ соображеніяхъ къ предыдущей статьѣ объ относительности понятія ухудшенія и о томъ, на комъ собственно лежитъ обязанность доказывать его наличность, имѣетъ полное примѣненіе и здѣсь.

III. Для болѣе полнаго разъясненія разсматриваемаго условія допущенія иска по настоящей статьѣ необходимо еще прибавить, что послѣдняя далеко не имѣетъ въ виду всѣхъ безусловно случаи обнаруженія недостаточности заложенного имѣнія для обеспечения лежащихъ на немъ долговъ, а что, напротивъ того, здѣсь мыслимы и извѣстныя исключенія, вызываемыя, впрочемъ, самимъ существомъ дѣла.

Такъ во 1-хъ, подъ дѣйствіе этой статьи не подойдутъ тѣ случаи, когда упомянутая недостаточность заложенного имѣнія стала существующимъ фактомъ до установленія залога. На это указываетъ буквальный текстъ настоящей статьи: «въ случаѣ столь значительнаго *уменьшенія* цѣнности имѣнія, что оно *сдѣлалось* недостаточнымъ» и т. д. Если бы не-

III. Ухудшенія, не подходящія подъ дѣйствіе настоящей статьи.

Независимо отъ сего, едва ли есть основаніе опредѣлять это ухудшеніе въ настоящей статьѣ другими словами, нежели это сдѣлано въ ст. 79, ибо какъ указано въ объясненіяхъ къ ней, все различіе между нею и ст. 80 сводится къ тому, что первая имѣетъ въ виду ухудшеніе, еще только угрожающее, а вторая—уже наступившее. Поэтому *Л. В. Гантоверъ* полагалъ бы, что ст. 80 должна быть отредактирована въ слѣдующемъ видѣ: «Въ случаѣ такого ухудшенія по винѣ собственника или по другимъ причинамъ заложенного имѣнія, что удовлетвореніе обеспеченнаго на немъ долга сдѣлалось невозможнымъ, и т. д.

достаточность имѣнія, какъ предмета обезпеченія, существовала уже раньше, то вотчинный кредиторъ не можетъ ссылаться на нее, какъ на основаніе для предоставленія ему права взыскивать должную сумму до срока, такъ какъ онъ зналъ, или по крайней мѣрѣ долженъ былъ знать объ истинномъ положеніи заложеннаго имѣнія, и отъ него зависѣло довольствоваться даннымъ обезпеченіемъ или отказаться отъ вступленія въ сдѣлку съ должникомъ.

Во 2-хъ, подъ дѣйствіе разсматриваемой статьи не подойдутъ также случаи, въ которыхъ уменьшеніе цѣнности заложеннаго имѣнія могло быть заранѣе предвидѣно сторонами въ силу самой природы вещей. Таковы, напримѣръ, случаи, когда предметомъ залога являются рудники, каменоломни и т. п. ⁽¹⁾. Давъ деньги подъ залогъ такого рода имущества, вотчинный кредиторъ долженъ былъ конечно сознавать возможность предстоявшаго неизбежно уменьшенія цѣнности сихъ послѣднихъ по мѣрѣ продолжающейся эксплуатаціи ихъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ не можетъ быть очевидно рѣчи о томъ, что въ условіяхъ, при которыхъ залогъ былъ установленъ, произошла какая либо перемѣна, между тѣмъ какъ только наличностью такой перемѣны и оправдывается, какъ упомянуто выше, предоставленіе вотчинному кредитору права на досрочное удовлетвореніе.

Въ 3-хъ, по той же причинѣ, право это не можетъ быть предоставлено вотчинному кредитору и тогда, когда уменьшеніе цѣнности заложеннаго имѣнія, недостаточность послѣдняго для обезпеченія лежащихъ на немъ долговъ, является результатомъ какихъ либо общихъ политическихъ или экономическихъ обстоятельствъ, ибо и на обстоятельства этого рода нельзя ссылаться какъ на нѣчто такое, что не могло быть заранѣе предвидѣно сторонами при установленіи залога ⁽²⁾. Война, сельско-хозяйственный или промышленный кризисъ, новое направленіе торговыхъ путей и тому подобныя причины оказываютъ нерѣдко весьма существенное влія-

⁽¹⁾ Laurent, в. п. с., т. XXX § 519.

⁽²⁾ Тамъ же, § 517.

ніе на цѣнность недвижимой собственности. Очевидно, что кредиторъ не можетъ не сознать возможности наступленія какой либо изъ этихъ причинъ въ такой же мѣрѣ, въ какой ему не могутъ не быть извѣстными и обстоятельства обратнаго характера, благопріятно вліяющія на цѣнность этой собственности. Слѣдовательно, подъ дѣйствіе разсматриваемой статьи подойдутъ только такіе случаи уменьшенія цѣнности заложеннаго имѣнія, которые обусловливаются не какими либо *общими*, а лишь спеціальными причинами, касающимися *даннаго* имѣнія, а именно случаи матеріальнаго уменьшенія или, другими словами, фактическаго ухудшенія заложеннаго имѣнія, ухудшенія, отразившагося на какой либо составной части того имѣнія, или его принадлежностяхъ.

Наконецъ, въ 4-хъ, настоящая статья не распространяется и на тѣ случаи, когда уменьшеніе цѣнности заложеннаго имѣнія является результатомъ принудительнаго отчужденія какой либо составной части этого имѣнія на государственную или общественную надобность (т. е. экспроприаціи), или произошло отъ истребленія или поврежденія пожаромъ застрахованнаго строенія, подчиненнаго дѣйствію залога. По силѣ статьи 81 проекта, вознагражденіе, причитающееся собственнику въ этихъ случаяхъ, служитъ для вотчинныхъ кредиторовъ эквивалентомъ того, чего само имѣніе непосредственно лишилось, замѣняетъ собою для этихъ кредиторовъ предметъ залога въ томъ смыслѣ, что обращается къ распредѣленію на удовлетвореніе ихъ претензій, почему и объ уменьшеніи цѣнности упомянутаго предмета по отношенію къ означеннымъ кредиторамъ не можетъ быть очевидно здѣсь рѣчи.

IV. Засимъ разрѣшеніе взаимныхъ отношеній сторонъ, которое настоящая статья даетъ для предусмотрѣннаго ею случая фактическаго уменьшенія цѣнности заложеннаго имѣнія, заключается, какъ уже упомянуто выше, въ томъ, что *судъ, по иску заинтересованнаго вотчиннаго кредитора, можетъ присудить кредитору дополнительное обезпеченіе или же взысканіе должной суммы до срока.*

IV. Отношенія сторонъ въ случаѣ предусмотрѣнныхъ ст. 80 ухудшеній.

Изъ буквального смысла приведеннаго правила слѣдуетъ,

что оно предоставляет вотчинному кредитору на выборъ требовать путемъ предъявленія иска или присужденія дополнительнаго обезпеченія, или же взысканія должной суммы до срока. Въ этомъ отношеніи проектъ сходится отчасти съ проектомъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1073) и отличается отъ бельгійскаго ипотечнаго закона (ст. 79), который не даетъ кредитору такого выбора, а признаетъ за нимъ исключительно право на немедленное удовлетвореніе. Представленіе дополнительнаго обезпеченія (дополнительнаго залога, *un supplément d'hypothèque*) составляетъ по этому закону не обязанность должника, а лишь право его, которое онъ можетъ осуществить (только въ случаяхъ, когда ухудшеніе заложеннаго имѣнія послѣдовало не по его винѣ) съ цѣлью отклонить требованіе вотчиннаго кредитора о немедленномъ удовлетвореніи ⁽¹⁾. Такъ какъ настоящая статья предоставляетъ суду присудить ту или другую изъ предусмотрѣнныхъ ею мѣръ, то отсюда слѣдуетъ, что и согласно настоящему проекту должникъ не лишенъ возможности отклонить искъ кредитора о взысканіи должной суммы до срока путемъ своевременнаго представленія дополнительнаго обезпеченія. Справедливо замѣчаютъ мотивы къ проекту общегерманскаго уложенія ⁽²⁾, что «законодательства, признающія за кредиторомъ безусловно и безъ всякаго ограниченія право на немедленное удовлетвореніе, ведутъ къ тому, что право это остается за кредиторомъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда ухудшеніе вызвано существеннымъ улучшеніемъ, когда, напримѣръ, собственникъ снесъ старое строеніе для того, чтобы безъ замедленія возвести новую цѣнную постройку. Сомнѣнія, которыя здѣсь возникаютъ, основываются на правѣ собственника извлекать хозяйственныя выгоды изъ имѣнія и на трудности найти въ каждомъ данномъ случаѣ границу между дѣйствіями правомѣрными и колеблющимися обезпеченность залога. Осуществляя означенное право, собственникъ можетъ рубить лѣсъ и сносить постройки. Если кредиторъ въ правѣ требовать немедленнаго удовлетворенія,

⁽¹⁾ *Laurent*, в. п. с., т. XXX, § 523.

⁽²⁾ Т. III, стр. 672 и 673.

основываясь на моментальной опасности, угрожающей принадлежащему ему обезпеченію, благодаря тому либо другому дѣйствию собственника, то изъ такого положенія вещей возникнетъ источникъ процессовъ, исходъ коихъ будетъ зависѣть отъ сложныхъ и сопряженныхъ съ издержками мѣстныхъ разслѣдованій, и окажется чаще всего болѣе чѣмъ сомнительнымъ. Нельзя не признать также, насколько означенное право кредитора оказывалось бы суровымъ по отношенію къ собственнику во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдній успѣетъ тѣмъ временемъ восполнить согласно съ правилами раціональнаго хозяйства причиненный имѣнію ущербъ, когда новая постройка воздвигнута, вырубленный лѣсной участокъ обращенъ въ пахатное поле. Все это можетъ быть избѣгнуто путемъ признанія за собственникомъ права отклонить искъ кредитора посредствомъ приведенія предмета обезпеченія въ такой видъ, при которомъ оно оказывалось бы достаточнымъ. И при условіи признанія за собственникомъ этого права искъ кредитора сохранить, конечно, свое положительное значеніе (*seine positive Natur*). Но послѣднее, благодаря означенному праву собственника, значительно смягчается».

Что же касается, въ частности, дополнительнаго обезпеченія, которое можетъ быть присуждено кредитору, то проектъ не опредѣляетъ, что оно должно состоять непременно въ предоставленіи новаго залога и, слѣдовательно, допускаетъ всякаго рода способы обезпеченія, извѣстныя законамъ гражданскимъ. Такъ какъ цѣль присужденія дополнительнаго обезпеченія заключается исключительно въ устраненіи возникшаго для вотчиннаго кредитора вреда отъ ухудшенія заложеннаго имѣнія, то очевидно, что при опредѣленіи размѣра этого обезпеченія суду надлежитъ имѣть въ виду не столько полное возстановленіе прежней цѣнности предмета залога, сколько, напротивъ того, одно лишь устраненіе упомянутаго вреда ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Настоящая статья проекта вызываетъ, по мнѣнію, *А. В. Гантовера*, слѣдующія сомнѣнія:

Во 1-хъ, насколько важно для должника имѣть возможность, путемъ

81. Если истреблены или повреждены пожаромъ застрахованныя строенія въ такомъ имѣніи, которое обременено долгами или правомъ пожизненнаго владѣнія, или въ вотчинную книгу коего внесена отмѣтка въ обезпеченіе права собственности другого лица, то страховое вознагражденіе препровождается въ вотчин-

представленія дополнительнаго обезпеченія, отклонить искъ вотчиннаго кредитора о немедленномъ удовлетвореніи, на столько лишнее кажется предоставлять кредитору право требовать, при помощи иска, такового обезпеченія. Имѣя возможность предъявить непосредственно искъ о немедленномъ удовлетвореніи, вотчинные кредиторы едвали будутъ прибѣгать на практикѣ къ искамъ объ обязаніи собственника представить дополнительное обезпеченіе. Кромѣ того, и съ теоретической точки зрѣнія право кредитора требовать дополнительнаго обезпеченія не можетъ быть ничѣмъ оправдано, ибо то, на что онъ вправѣ рассчитывать, въ случаѣ ухудшенія заложеннаго имѣнія, можетъ заключаться единственно въ развязкѣ первоначально установленнаго съ должникомъ отношенія (и слѣдовательно, въ правѣ требовать досрочнаго удовлетворенія), а никакъ не въ правѣ на новое обезпеченіе.

Во 2-хъ, должнику слѣдовало бы предоставить право отклонить искъ кредитора о взысканіи должной суммы до срока не только путемъ представленія дополнительнаго обезпеченія, но и исправленія ухудшенія въ натурѣ въ теченіе извѣстнаго срока. Такъ поступаетъ съ полною основательностью проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1073).

Въ 3-хъ, слѣдуя примѣру этого проекта (тамъ же), бельгійскаго ипотечнаго закона (ст. 79) и другихъ законодательствъ, слѣдовало бы право должника представить дополнительное обезпеченіе ограничить предоставленіемъ ему права установить въ пользу кредитора лишь дополнительный залогъ на другомъ недвижимомъ имѣніи и не допускать, слѣдовательно, иныхъ видовъ обезпеченія, напр. при помощи заклада движимыхъ вещей и т. п., такъ какъ порождаемые этими видами отношенія существенно отличаются отъ отношеній, возникающихъ собственно изъ залога, почему и совмѣстное существованіе разнородныхъ обезпеченій по отношенію къ одному и тому же требованію не можетъ не вызвать массу недоумѣній и споровъ.

На этомъ основаніи *Л. В. Гантоверъ* полагалъ бы необходимымъ ввести въ ст. 80 проекта соотвѣтственныя измѣненія, изложивъ редакцію ея въ слѣдующемъ видѣ:

Въ случаѣ такого ухудшенія по винѣ собственника или по другимъ причинамъ заложеннаго имѣнія, что удовлетвореніе обезпеченнаго на немъ долга сдѣлалось невозможнымъ, кредиторъ въ правѣ требовать уплаты должной суммы до срока, развѣ бы должникъ представилъ дополнительное, въ видѣ новаго залога, обезпеченіе, или, обязавшись исправить ухудшеніе, исполнилъ это къ сроку, назначенному соглашеніемъ или судомъ.

ное установленіе (ст. 219—226 полож. о поряд. взыск. съ недв. им.), при чемъ ненаступленіе срока залоговому требованію не препятствуетъ выдачѣ страхового вознагражденія вотчинному кредитору.

Страховое вознагражденіе, назначенное за истребленныя или поврежденныя пожаромъ строенія въ размѣрѣ не свыше десятой части суммы застрахованія ихъ, выдается собственнику.

Ст. 49, 51 и 208 пол. о каз. подр. и пост., т. X ч. I, изд. 1887 г.

Ст. 436 и слѣд. т. XI ч. 2 уст. кред., изд. 1857 г. (прим. къ ст. 22 VIII разд. того же устава, изд. 1887 г.).

П. 22 прил. къ ст. 258 уст. пит., изд. 1876 г.

Прим. къ п. 79 прил. къ прим. 1 къ ст. 92 уст. пож. (т. XII ч. I) по прод. 1876 г.

Ст. 132 разд. XI уст. кред. т. XI ч. 2, изд. 1887 г. (полож. о городск. общ. банк.).

Ст. 37 разд. VI уст. кред., т. XI ч. 2, изд. 1887 г. (пол. о двор. зем. банкѣ).

Уставы городскихъ кредитныхъ обществъ: с.-петерб. (прим. къ ст. 5, ст. 93—97), моск. (прим. къ ст. 5, ст. 92, 97), одесскаго (прим. къ ст. 5, ст. 98 и слѣд.), варшавск. (ст. 112—114), ревельскаго (ст. 64, 68).

Ст. 61 уст. общ. взаимн. позем. кредита.

Ст. 16, 18, 41—45 уставовъ акціонер. зем. банковъ: с.-петерб.-тульского, харьковскаго, полтавскаго.

Уставы страховыхъ обществъ: 1-го росс. (ст. 86—88), 2-го росс. (ст. 34), варшавск. (ст. 81), саламандра (ст. 3 и 4).

Ст. 1419 и 4420 остз. гр. зак.

Ст. 1951 итал. гр. улож.

Ст. 10 бельг. ипот. закона.

Ст. 30 прусск. зак. о приобр. права собств.

Ст. 15 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 1070 проекта общегерм. гр. улож.

I. Установивъ въ п. 7 ст. 75 самый принципъ отвѣтственности страхового вознагражденія по обременяющимъ имѣніе залога, необходимо было, въ виду сложности затрогиваемыхъ этою отвѣтственностью интересовъ, указать въ проектируемомъ законоположеніи и тѣ условія, коимъ она должна быть подчинена.

I. Страховое вознагражденіе, предусмотрѣнное въ настоящей статьѣ.

Въ основаніи правила о распространеніи дѣйствія залога на страховое вознагражденіе лежитъ, какъ извѣстно уже изъ объясненій къ п. 7 ст. 75, значеніе этого вознагражденія какъ эквивалента предметовъ, за которые оно причитается, подчиненныхъ тому же дѣйствию до своего уничтоженія или поврежденія. Очевидно поэтому, что залоговая отвѣтственность разсматриваемаго вознагражденія должна быть регулирована тѣми же началами, что и отвѣтственность упомянутыхъ предметовъ.

По силѣ п. 7 ст. 75 проекта, залогъ распространяется на страховое вознагражденіе, причитающееся собственнику не только за сгорѣвшія или пострадавшія строенія, но и за плоды и произрастенія, а также движимость, составляющую принадлежность имѣнія. Извѣстно однакоже, что плоды, произрастенія и упомянутая движимость суть тѣ собственно предметы изъ числа подчиненныхъ дѣйствию обременяющаго имѣніе залога, которые самою природою своею предназначены частію къ потребленію, частію къ отчужденію, и по отношенію къ которымъ, поэтому, право распоряженія собственника, не смотря на существованіе залога, не можетъ быть ограничено. А разъ это такъ, то очевидно, что нѣтъ никакого основанія, въ случаѣ уничтоженія или поврежденія этихъ предметовъ вслѣдствіе того событія, отъ коего они были застрахованы, ограничивать право распоряженія собственника слѣдующимъ ему страховымъ вознагражденіемъ и въ частности отнять у него право безпрепятственнаго полученія этого вознагражденія изъ страховаго учрежденія, или переуступки права на оное въ чью либо пользу. Такое ограниченіе собственника представляется даже съ хозяйственной точки зрѣнія совершенно нежелательнымъ, ибо въ полученіи собственникомъ страховаго вознагражденія за упомянутые предметы и можетъ весьма нерѣдко заключаться единственная возможность возстановить уничтоженное или поврежденное.

Не то слѣдуетъ сказать о страховомъ вознагражденіи, причитающемся собственнику за сгорѣвшія строенія. Последнія образуютъ собою составныя части имѣнія, которыми собственникъ въ ущербъ вотчиннымъ кредиторамъ распорядиться не можетъ. Въ городахъ строенія по цѣнности своей обыкно-

венно многократно превышают цѣнность земли, на которой они возведены. Но и въ сельскихъ имѣніяхъ экономическое значеніе строеній, ихъ вліяніе на цѣнность самаго имѣнія значительно, превышаетъ вообще то вліяніе, которое могутъ имѣть плоды и принадлежности его. Признавать за собственникомъ право свободного распоряженія и страховымъ вознагражденіемъ, причитающимся за сгорѣвшія строенія, значило бы очевидно поколебать въ значительной мѣрѣ все практическое значеніе правила о подчиненіи этого вознагражденія дѣйствию залога.

Сказанное о страховомъ вознагражденіи, причитающемся за строенія, истребленныя пожаромъ, относится вполне и къ тому вознагражденію, которое можетъ слѣдовать собственнику за строенія хотя бы только *поврежденныя* отъ пожара. Какъ по отношенію къ первому, такъ и послѣднему вознагражденію, положеніе заинтересованныхъ лицъ должно быть одинаково, ибо поврежденіе строенія есть, въ сущности, ни что иное, какъ частичное его истребленіе. Дѣлать въ разсматриваемомъ отношеніи различіе между случаями истребленія и поврежденія строеній отъ пожара едва ли можетъ быть желательно хотя бы по той причинѣ, что большею частью (напримѣръ при истребленіи пожаромъ одного этажа, стѣны, и т. п.) даже трудно будетъ опредѣлить практически, послѣдовало ли истребленіе застрахованнаго строенія, или лишь поврежденіе его.

Таковы причины, почему ст. 81 и слѣдующая за нею ст. 82 проекта упоминаютъ только о случаѣ истребленія или поврежденія застрахованныхъ строеній и притомъ отъ пожара, какъ такого событія, въ виду котораго обыкновенно на практикѣ и заключается договоръ страхования. Только на этотъ случай, слѣдовательно, и должны распространяться правила, въ статьяхъ этихъ изложенныя. Въ его, т. е. во всѣхъ остальныхъ случаяхъ страхования, собственникъ не долженъ быть стѣсненъ ни въ полученіи непосредственно изъ страхового учрежденія причитающагося ему вознагражденія, ни въ распоряженіи правомъ на это послѣднее по своему усмотрѣнію. Само собою впрочемъ разумѣется, что подобно тому, какъ это имѣетъ мѣсто по отношенію къ отдѣленнымъ пло-

дамъ и движимостямъ имѣнія и причитающимся по оному платежамъ ⁽¹⁾, вотчинные кредиторы, въ силу принадлежащаго имъ на основаніи ст. 97 права, не лишены возможности, путемъ исходатайствования наложенія ареста на причитающееся страховое вознагражденіе, и во всѣхъ другихъ случаяхъ, кромѣ предусмотрѣннаго настоящею статьею, предупредить полученіе его, или вообще распоряженіе имъ со стороны собственника, и тѣмъ самымъ достигнуть обращенія его на удовлетвореніе своихъ претензій.

II. Необходимость передачи этого вознагражденія въ вотчинное установленіе и распредѣленія его между всѣми вотчинными кредиторами,

II. Для того, чтобы упоминаемое въ разсматриваемой статьѣ страховое вознагражденіе не могло ускользнуть ко вреду вотчинныхъ кредиторовъ изъ подъ распространяющагося на него залога, статья эта постановляетъ, что въ случаяхъ, когда означенное вознагражденіе причитается за истребленное или поврежденное строеніе такого имѣнія, которое обременено долгами, т. е. залоговыми требованіями, оно должно быть препровождено въ вотчинное установленіе для поступленія съ нимъ согласно ст. 219—226 проекта полож. о поряд. взыск. съ недв. им., т. е. для распредѣленія между вотчинными кредиторами. Правила дѣйствующаго законодательства (ст. 435 уст. кред.; 51 пол. о каз. подр. и пост. т. X ч. 1, изд. 1887 г.; п. 22 прил. къ ст. 258 уст. пит., изд. 1876 г.) и постановленія уставовъ различныхъ банковыхъ установленій (ст. 37 полож. о госуд. двор. зем. банкѣ; ст. 41 уставовъ с.-петер.-тульского и полтавскаго банковъ, и др.), поскольку они касаются разсматриваемаго вопроса, устанавливаютъ средство огражденія интересовъ заинтересованныхъ учрежденій въ томъ, что полисъ хранится непременно въ сихъ послѣднихъ, или даже выдается непосредственно на ихъ имя, и что самое страховое вознагражденіе препровождается непосредственно въ эти установленія. Недостаточность подобнаго рода мѣръ обезпеченія, въ виду односторонности ихъ, очевидна. Онѣ имѣютъ въ виду охранить одни только интересы того или другаго учрежденія, простирающаго свои зало-

(1) См. пп. 4, 5 и 6 ст. 75 проекта и объясненія къ нимъ, стр. 590 и слѣд.

говья права на данное имѣніе, совершенно игнорируя возможность существованія на послѣднемъ другихъ правъ, подлежащихъ удовлетворенію изъ одного и того же страхового вознагражденія. Болѣе объективною, болѣе представляющею гарантію противъ того, чтобы при распредѣленіи этого вознагражденія не было нанесено ущерба ничьимъ законнымъ интересамъ, не исключая и интересовъ самаго собственника, представляется уже мѣра, опредѣленная прим. къ п. 79 приложения къ прим. 1 къ ст. 92 уст. пожарнаго, т. XII ч. I, по прод. 1876 г., установленная для случаевъ земскаго страхованія и заключающаяся въ правилѣ о томъ, чтобы вознагражденіе за сгорѣвшее заложенное имущество, застрахованное залогодержателемъ, вносилось губернской управою въ ближайшее *кредитное установленіе* для преимущественнаго удовлетворенія залогодержателя *по требованію подлежащаго правительственнаго учрежденія или по обоюдной просьбѣ залогодержателя и залогодателя*. Со введеніемъ проектируемаго правила въ дѣйствіе всѣ приведенныя постановленія должны будутъ почитаться отмѣненными. При осуществленіи ипотечной реформы самымъ подходящимъ правительственнымъ учрежденіемъ для разрѣшенія всѣхъ вопросовъ, связанныхъ съ распредѣленіемъ страхового вознагражденія, можетъ быть очевидно только вотчинное установленіе, какъ тотъ правительственный органъ, на который предполагается возложить и распредѣленіе денегъ, вырученныхъ отъ публичной продажи (см. § 1 общихъ объясненій къ проекту положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, стр. 5 и слѣд.)⁽¹⁾, ибо между тѣмъ и другимъ распредѣленіемъ существуетъ полнѣйшая аналогія. Нѣтъ за симъ никакого основанія къ тому, чтобы упомянутое страховое вознагражденіе не было препровождаемо непосредственно въ вотчинное установленіе и оттуда уже выдаваемо въ долѣ, упдающей на каждого заинтересованнаго лица. Что же касается до самаго распредѣленія, согласно началамъ старшинства, то правила о немъ, въ виду процессуальнаго своего характера, подобно правиламъ о распредѣленіи денегъ, вырученныхъ отъ публичной продажи,

⁽¹⁾ Предпослѣдней редакціи.

помѣщены въ проектѣ положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имуществъ (ст. 219—226).

въ томъ числѣ и тѣми, сроки требованій коихъ еще не наступили.

Само собою разумѣется, что удовлетвореніе того или другаго кредитора изъ страхового вознагражденія не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ того обстоятельства, наступилъ ли уже срокъ данному залоговому требованію, или еще не наступилъ. Событіе пожара, истребившаго или повредившаго строеніе заложеннаго имѣнія, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ для всѣхъ безъ исключенія вотчинныхъ кредиторовъ полное или частичное уничтоженіе того предмета, на которомъ были непосредственно обезпечены ихъ залоговыя претензіи. Страховое вознагражденіе, какъ эквивалентъ истребленнаго или поврежденнаго, и призвано возмѣститъ ущербъ, причиненный упомянутымъ событіемъ. Поэтому очевидно, что удовлетвореніе изъ этого вознагражденія однихъ только залоговыхъ требованій, сроки коимъ уже наступили, съ исключеніемъ всѣхъ остальныхъ, было бы ничѣмъ неоправдываемою по отношенію къ послѣднимъ несправедливостью. Нѣтъ также основанія не удовлетворять немедленно изъ страхового вознагражденія кредиторовъ, сроки требованій коихъ еще не наступили, а ограничиваться лишь отчисленіемъ подлежащей суммы, упадающей на эти требованія, съ тѣмъ, чтобы она оставалась неприкосновенною впредь до истеченія означенныхъ сроковъ, ибо такое немедленное удовлетвореніе будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ соотвѣтствующее погашеніе самыхъ требованій, а слѣдовательно и пресѣченіе дальнѣйшаго теченія процентовъ по онымъ, которые, помимо такового погашенія, не переставали бы расти. Въ виду сего проектъ и устанавливаетъ, что ненаступленіе срока залоговому требованію не препятствуетъ выдачѣ страхового вознагражденія вотчинному кредитору.

Прочія, кромѣ вотч. кредиторовъ, лица, заинтересованныя въ этомъ вознагражденіи.

Залоговому праву проектъ приравниваетъ случаи обремененія имѣнія правомъ пожизненнаго владѣнія или введенія въ вотчинную книгу имѣнія отмѣтки въ обезпеченіе права собственности другаго лица, въ томъ отношеніи, что и въ послѣдняго рода случаяхъ страховое вознагражденіе, причитающееся за истребленное или поврежденное

пожаромъ строеніе, должно быть препровождено, для поступленія съ нимъ согласно правиламъ, указаннымъ въ ст. 219—226 проекта пол. о поряд. взыск. съ недв. им., въ вотчинное установленіе ⁽¹⁾. Основаніемъ такого приравненія служитъ то соображеніе, что пожизненный владѣлецъ и лицо, отыскивающее право собственности на данное имѣніе, являются столь же, какъ и вотчинные кредиторы, заинтересованными въ отчисленіи на ихъ долю соотвѣтствующихъ частей страхового вознагражденія. — За симъ, строгая юридическая логика требовала бы, чтобы въ одинаковое съ только что перечисленными случаями были поставлены въ разсчитываемомъ отношеніи и случаи обремененія имѣнія прочими вотчинными правами, а именно правами на вотчинныя выдачи. Но такое расширеніе дѣйствія правила настоящей статьи явилось бы въ сущности уже излишнимъ стѣсненіемъ собственника, въ особенности, если принять во вниманіе относительно незначительную экономическую цѣнность права на эти выдачи, затруднительность капитализированія этой цѣнности и вообще рѣдкость его установленія у насъ. Поэтому-то проектъ и оставляетъ означенное право внѣ всякаго вліянія какъ на необходимость представленія страхового вознагражденія въ вотчинное установленіе, такъ и на распредѣленіе этого вознагражденія.

III. Такъ какъ по точному смыслу разсчитываемой статьи страховое вознагражденіе, причитающееся въ случаяхъ, въ ней указанныхъ, должно быть неприкосновенно со стороны распоряженій собственника, могущихъ нанести вредъ заинтересованнымъ лицамъ (вотчиннымъ кредиторамъ, пожизненному владѣльцу или лицу, оспаривающему право собственности на данное имѣніе), то отсюда съ полною очевидностью слѣдуетъ, что помимо согласія этихъ лицъ собственникъ не можетъ ни отказаться отъ этого вознагражденія, ни переуступить право на оное въ чью либо пользу.

III. Послѣдствія
правила настоящей
статьи по отноше-
нію къ собственни-
ку и

⁽¹⁾ По мнѣнію *А. В. Гантовера* едва ли правильно съ точки зрѣнія системы проекта говорить объ этихъ случаяхъ въ статьѣ, которая, будучи помѣщена въ главѣ о залогѣ, должна очевидно касаться исключительно предметовъ, относящихся къ залогу.

Подобный отказъ или переуступка, какъ нарушающія неприкосновенность предмета, на который простираются права вышеупомянутыхъ лицъ, должны быть признаны по отношенію къ симъ послѣднимъ лишенными всякой юридической силы, или, другими словами, недѣйствительными. Только въ одномъ случаѣ уступка собственникомъ страхового вознагражденія не можетъ быть лишена для всѣхъ заинтересованныхъ лицъ обязательнаго значенія, а именно, когда она совершена въ пользу извѣстнаго лица одновременно съ отчужденіемъ *ему же* и самаго имѣнія, такъ какъ только при этомъ условіи, благодаря цѣльности, нераздробленности объекта вотчиннаго преемства, права упомянутыхъ лицъ не могутъ пострадать отъ этой переуступки. Они будутъ подлежать удовлетворенію изъ страхового вознагражденія такъ, какъ будто бы послѣднее вовсе переуступаемо не было.

страховщику.

Таковы необходимыя, логическія послѣдствія правила о необходимости представлять страховое вознагражденіе въ вотчинное установленіе, правила, налагающаго на учрежденіе или лицо, принявшее имѣніе на страхъ, обязанность относительно такового представленія, отъ исполненія которой оно, силою какихъ бы то ни было актовъ распоряженія собственника и вообще сдѣлокъ, освободиться не можетъ. Необходимо замѣтить, что все сказанное одинаково относится какъ къ случаямъ, когда имѣніе было застраховано собственникомъ, такъ и тѣмъ, въ которыхъ страхователемъ имѣнія былъ вотчинный кредиторъ, ибо, какъ уже было указано въ объясненіяхъ къ ст. 76 настоящаго проекта, хотя въ послѣдняго рода случаяхъ страхование и производится этимъ кредиторомъ ради его собственного интереса, но на самомъ дѣлѣ оно ограждаетъ интересы всѣхъ обладателей вотчинныхъ правъ по имѣнію. Слѣдовательно, разсматриваемая статья проекта въ равной мѣрѣ распространяется на тѣ и на другіе случаи; во всѣхъ этихъ случаяхъ страховое вознагражденіе подлежитъ представленію въ вотчинное установленіе для распредѣленія, согласно порядку, въ статьѣ этой указанному. Если бы сторона, обязанная по договору страхования (страховщикъ), нарушила возложенную на нее ст. 81 настоящаго проекта обязанность, если бы она, хотя бы при существованіи на имѣніи, напри-

мѣръ, одного только долга, вмѣсто представленія страхового вознагражденія по принадлежности, распорядилась онымъ иначе, то она отвѣтствовала бы имуществомъ своимъ предъ вышеупомянутыми заинтересованными лицами за вредъ и убытки, имъ причиненные.

Въ частности, что касается упомянутой отвѣтственности, то нѣтъ никакого основанія, слѣдуя, напримѣръ, проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1070), дѣлать по отношенію къ ней различіе для случаевъ, когда страховщикъ *зналъ*, *либо не зналъ* о существованіи какого либо законнаго препятствія къ выдачѣ собственнику страхового вознагражденія или вообще къ распоряженію симъ послѣднимъ со стороны собственника и въ случаяхъ незнанія освободить его, страховщика, отъ этой отвѣтственности. Подобное различіе способно было бы лишь колебать, безъ всякой видимой въ томъ нужды, ту твердость обезпеченія, которую страховое вознагражденіе должно представлять собою для заинтересованныхъ лицъ. Названный проектъ и мотивы къ нему ⁽¹⁾ дѣлаютъ ссылку въ данномъ отношеніи на извѣстное и приведенное уже въ настоящихъ объясненіяхъ правило общегражданскаго права, по которому должникъ, произведшій уплату долга своему первоначальному кредитору, не зная о переуступкѣ имъ этого долга другому лицу, освобождается отъ вторичной предъ этимъ послѣднимъ отвѣтственности. Ссылка эта однакоже едвали правильна, ибо означенное правило не можетъ быть примѣняемо къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ положительное законодательство даетъ должнику надлежащія средства для того, чтобы убѣдиться на счетъ истиннаго положенія даннаго конкретнаго отношенія. Такимъ именно средствомъ въ разсматриваемомъ случаѣ по отношенію къ страховщику является институтъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ. Въ виду правила, въ ст. 81 изложеннаго, и тѣхъ безусловныхъ послѣдствій, которыя, въ случаѣ нарушенія его, проистекаютъ для страховщика, послѣдній, при исполненіи своего обязательства изъ даннаго страховаго договора, долженъ будетъ сообразоваться предва-

(1) Т. III, стр. 667.

рительно съ содержаніемъ подлежащей вотчинной книги. Освободить его въ случаѣ означеннаго нарушенія отъ отвѣтственности въ силу незнанія такихъ обстоятельствъ, въ существованіи коихъ ему легко было убѣдиться путемъ справки съ вотчинными книгами, значило бы очевидно не воспользоваться въ надлежащей мѣрѣ всѣми тѣми выгодами, которыя институтъ вотчинныхъ книгъ способенъ доставлять дѣлу прочности правъ, установленныхъ на недвижимомъ имѣніи.

IV. Исключеніе для
страховаго вознагра-
гражденія, назначен-
наго въ незначи-
тельномъ размѣрѣ.

Впрочемъ, въ числѣ случаевъ, предусмотрѣнныхъ настоящей статьей, нельзя не признать существованіе и такихъ, въ которыхъ препровожденіе страховаго вознагражденія въ вотчинное установленіе явилось бы мѣрою, не оправдываемою дѣйствительною потребностью. Таковы именно случаи, когда причиненный пожаромъ застрахованному строенію ущербъ незначителенъ и когда незначительность этого ущерба очевидна. Безспорнымъ признакомъ такой незначительности причиненнаго ущерба нужно считать безъ сомнѣнія тотъ, когда застрахованное строеніе не истреблено, а лишь повреждено, и при томъ на столько незначительно, что назначенное за оное вознагражденіе не превышаетъ даже десятой части суммы застрахованія его. Стѣснять собственника и въ этихъ случаяхъ въ правѣ полученія страховаго вознагражденія и возбуждать и въ нихъ довольно сложную процедуру распредѣленія этого вознагражденія между заинтересованными лицами не представляется рѣшительно никакихъ основаній. Поэтому-то проектъ и предполагаетъ, что въ означеннаго рода случаяхъ рассматриваемое вознагражденіе должно быть почитаемо свободнымъ отъ обременяющихъ имѣніе споровъ и правъ и выдаваемо непосредственно собственнику ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Въ виду соображеній, изложенныхъ въ текстѣ, *Л. В. Гантоверъ* полагалъ бы необходимымъ исключить во второй половинѣ ст. 81 слова «истребленные или». Въ прежнихъ редакціяхъ этой статьи означенныхъ словъ не было. При удержаніи этихъ словъ центръ тяжести рассматриваемаго правила заключается какъ будто вовсе не въ незначительности ущерба, причиненнаго пожаромъ, а въ сравнительно большей разницѣ между первоначально условленнымъ и назначеннымъ вознагражденіемъ, разницѣ, которая можетъ обуславливаться и тѣмъ обстоятельствомъ, что собственникъ застраховалъ сгорѣвшее строеніе въ слишкомъ высокой суммѣ.

82. Препровождаемое въ вотчинное установленіе страховое вознагражденіе выдается собственнику или по соглашенію съ лицами, въ пользу коихъ оно подлежитъ распредѣленію, или по постановленію начальника вотчиннаго установленія, если онъ признаетъ: 1) что сгорѣвшее или поврежденное возстановлено, 2) что собственникъ представилъ достаточное обезпеченіе въ томъ, что вознагражденіе будетъ употреблено на возстановленіе сгорѣвшаго, или 3) что сгорѣвшія строенія представляютъ незначительную цѣнность сравнительно со всѣмъ имѣніемъ.

Ст. 1070 общегерм. гр. улож.

Въ объясненіяхъ къ предыдущей статьѣ были указаны тѣ ограниченія, коимъ должна быть подвергнута отвѣтственность причитающагося по имѣнію страховаго вознагражденія. Въ объясненіяхъ этихъ указано именно, что рассматриваемая отвѣтственность можетъ быть проведена строго лишь по отношенію къ страховому вознагражденію, слѣдующему за истребленное или поврежденное пожаромъ строеніе, и что только это вознагражденіе, да притомъ лишь въ случаяхъ, когда оно выше одной десятой суммы застрахованія, подлежитъ не выдачѣ собственнику, а распредѣленію между заинтересованными лицами. Но и отвѣтственность этого послѣдняго вознагражденія не можетъ, въ свою очередь, не нуждаться въ извѣстныхъ ограниченіяхъ.

Прежде всего очевидно, что нѣтъ никакихъ основаній препятствовать выдачѣ собственнику страховаго вознагражденія, превышающаго по суммѣ своей вышеупомянутую норму, тогда, когда всѣ заинтересованныя лица (ст. 81) на то согласны. Засимъ и при отсутствіи такового согласія есть случаи, когда поступать иначе значило бы становиться въ разрѣзъ съ самою цѣлью страхованія, или устанавливать совершенно лишнія стѣсненія правъ собственника.

1) Цѣль страхованія заключается въ возмѣщеніи ущерба, причиненнаго данною опасностью. Но о существованіи какого либо ущерба по отношенію къ вотчинному кредитору (или

какому либо другому изъ заинтересованныхъ лицъ, подразумѣваемыхъ ст. 81), не можетъ быть рѣчи, когда сторѣвшее или пострадавшее возстановлено. Возстановленное становится исполнѣ на мѣсто сторѣвшаго или пострадавшаго; оно подчиняется дѣйствию правъ, распространявшихся на это послѣднее ⁽¹⁾. Права, вновь установленныя на имѣнїи, въ томъ числѣ и залоги, не могутъ пользоваться по отношенію къ возстановленному строенію какими либо преимуществами предъ старыми. Поэтому и страховое вознагражденіе, какъ эквивалентъ ущерба, фактически устраненнаго, должно быть почитаемо свободнымъ отъ дѣйствія правъ, распространяющихся на имѣніе.

2) Сказанное о возстановленіи сторѣвшаго или пострадавшаго строенія относится къ тѣмъ случаямъ, когда собственникъ успѣлъ достигнуть такового возстановленія помимо причитающагося ему страхового вознагражденія. Весьма нерѣдки, однакоже, случаи, когда вознагражденіе это представляетъ собою тѣ единственныя наличныя средства, съ помощью коихъ собственникъ въ состоянїи отстроить уничтоженное или поврежденное пожаромъ строеніе. Цѣль страхованія и заключается именно въ прїобрѣтеніи собственникомъ на случай несчастія упомянутыхъ средствъ для указанной именно цѣли. Независимо отъ сего собственникъ можетъ оказаться вынужденнымъ къ обращенію страхового вознагражденія на уничтоженное или поврежденное имущество самими условіями страхованія. Таковы именно условія весьма распространеннаго на западѣ *обязательнаго страхованія*. Послѣднее существуетъ уже и у насъ, хотя пока только въ видѣ обязательнаго земскаго страхованія сельскихъ построекъ, находящихся въ чертѣ крестьянской усадебной осѣдности. Согласно правиламъ, къ страхованію этому относящимся (ст. 35 прил. къ ст. 92 (прим. 1) уст. пожарн., т. XII ч. 1, по прод. 1876 г.), слѣдующая владѣльцу строенія, въ вознагражденіе по обязательному страхованію, сумма выдается *безъ всякихъ вычетовъ, хотя бы на немъ лежали казенныя или частныя взысканія,*

⁽¹⁾ См. пп. 1 и 2 ст. 75 и объясненія къ нимъ на стр. 579 и слѣд.

но съ тѣмъ, чтобы выданная сумма была употребляема собственно на возобновленіе сгорѣвшихъ строеній; за исполненіемъ сего наблюдаетъ сельское начальство.—Ипотечный законъ сталъ бы въ очевидное противорѣчіе съ самыми существенными экономическими интересами, если бы воспрепятствовалъ собственнику заложенного имѣнія возстановить при помощи страхового вознагражденія пострадавшія строенія, когда онъ пожелаетъ это сдѣлать. Точно также законъ этотъ не можетъ не считаться и съ интересами, преслѣдуемыми обязательнымъ страхованіемъ. Но онъ въ то же время не можетъ игнорировать и интересы вотчинныхъ кредиторовъ и вообще лицъ, которыхъ имѣетъ въ виду ст. 81 проекта. Единственнымъ, вполне надежнымъ средствомъ примирить всѣ эти интересы является, очевидно, ни что другое, какъ допущеніе выдачи собственнику страхового вознагражденія *подъ условіемъ представленія имъ же, собственникомъ, достаточнаго обезпеченія въ томъ, что вознагражденіе это будетъ употреблено на возстановленіе сгорѣвшаго*. Представленіе подобнаго обезпеченія предусмотрѣно впрочемъ и со стороны дѣйствующихъ уставовъ нашихъ кредитныхъ учреждений (ст. 18 уставовъ с.-петерб.-тульск., полт., харьков.; ср. также ст. 37 полож. о госуд. двор. зем. банкѣ). Остается, слѣдовательно, дать санкцію общаго закона лишь тому, что создано уже приведенными спеціальными узаконеніями въ виду практической необходимости.

Наконецъ 3) нельзя игнорировать и случаи, когда сгорѣвшее строеніе представляетъ незначительную цѣнность сравнительно со всѣмъ имѣніемъ и когда, слѣдовательно, выдача собственнику причитающагося за это строеніе страхового вознагражденія не можетъ нанести существеннаго ущерба правамъ, обезпеченнымъ на томъ имѣніи. Настаивать и въ этихъ случаяхъ на строгомъ примѣненіи правила ст. 81 значило бы очевидно ограничивать права собственника безъ надлежащаго къ тому основанія.

Таковы соображенія, на коихъ основаны указанныя въ ст. 82 настоящаго проекта исключенія изъ упомянутаго правила. Само собою понятно, что рѣшеніе вопроса о томъ, есть ли въ наличности какое либо изъ трехъ основаній, въ статьѣ

этой указанныхъ, къ выдачѣ собственнику страхового вознагражденія, а именно вопроса, можетъ ли сгорѣвшее или пострадавшее почитаться возстановленнымъ, слѣдуетъ ли считать представленное собственникомъ обезпеченіе достаточнымъ и представляютъ ли сгорѣвшія строенія незначительную цѣнность сравнительно со всѣмъ имѣніемъ, не можетъ быть предоставлено сторонѣ, которая заинтересована въ томъ, чтобы собственнику было отказано въ упомянутой выдачѣ. Между тѣмъ въ такомъ именно видѣ ставится это дѣло вышеприведенными уставами по отношенію ко второму изъ перечисленныхъ основаній; вопросъ о достаточности представленнаго собственникомъ обезпеченія рѣшается самимъ залогодержателемъ—банкомъ. На основаніи приведенныхъ соображеній проектъ относитъ разрѣшеніе всѣхъ этихъ вопросовъ къ компетенціи подлежащаго, по мѣсту нахождения недвижимаго имѣнія, вотчиннаго установленія, какъ учрежденія, на обязанность котораго возложено и самое распредѣленіе страхового вознагражденія. Требовать судебного разбирательства по этимъ вопросамъ нѣтъ никакой необходимости тѣмъ болѣе, что разбирательство это подчинено такимъ формамъ и обрядамъ, соблюденіе коихъ въ данномъ случаѣ представлялось бы, по самому существу дѣла, совершенно излишнимъ.

ОТДѢЛЕНІЕ 7.

О передачѣ и закладѣ залоговаго требованія.

83. Вотчинный кредиторъ можетъ передать залоговое требованіе или отдать его въ закладъ, если только не обязался передъ должникомъ не передавать требованія въ другія руки. Объ ограниченіи кредитора въ правѣ распоряженія залоговымъ требованіемъ должно быть оговорено въ вотчинной книгѣ и въ залоговомъ актѣ.

Передача или закладъ залоговаго требованія въ части не допускается ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ По мнѣнію Л. В. Гантовера, редація настоящей статьи можетъ подать поводъ къ предположенію, будто проектъ допускаетъ возможность

Ст. 21 главн. осн.

Ст. 155 и 156 проекта мин. юст.

Ст. 1653 т. X ч. 1 свод. зак. гр., изд. 1887 г.

Ст. 1591 свод. остзейск. гр. зак.

Ст. 8 польск. ип. уст. 1818 г.

Ст. 52 прусск. зак. о приобр. пр. соб. 1872 г.

Ст. 87 прусск. уст. о вотч. кн. 1872 г.

Ст. 384 сакс. гр. улож.

Ст. 454 австр. гр. улож.

Ст. 13 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 53 бав. пол. объ ипот. 1822 г.

Ст. 1086 проекта общегерм. гр. улож.

84. Передача или закладъ залоговаго требованія совершается въ вотчинномъ установленіи посредствомъ внесенія въ вотчинную книгу записи о передачѣ или закладѣ на основаніи просьбы о томъ вотчиннаго кредитора съ представленіемъ залоговаго акта и съ указаніемъ, кому именно требованіе передается или закладывается.

85. Для совершенія въ вотчинномъ установленіи передачи или заклада залоговаго требованія на основаніи просьбы о томъ не самаго вотчиннаго кредитора, а его наслѣдника, не переписавшаго залоговое требованіе по вотчинной книгѣ на свое имя, должны быть представлены залоговой актъ и постановленіе суда объ утвержденіи наслѣдника въ правахъ наслѣдства, или

передачи *всякихъ* требованій, обеспеченныхъ залогомъ, тогда какъ это вопросъ общегражданскаго права. Въ руководящемъ правилѣ проекта относительно передачи должны быть высказаны, сверхъ принятаго большинствомъ членовъ редакціонной коммисіи положенія на счетъ запрещенія передачи залоговаго требованія въ части, слѣдующія начала: 1) залогъ не препятствуетъ передачѣ обезпечиваемаго имъ требованія; 2) передача залога помимо требованія не допускается и 3) съ передачей требованія переходитъ самъ собою на новаго кредитора и залогъ. Говорить въ вотчинномъ уставѣ о томъ, что должникъ въправѣ обязать кредитора не передавать требованіе излишне, такъ какъ это тоже вопросъ общегражданскаго права. Что же касается указанія на то, что подобное ограниченіе кредитора должно быть оговорено въ вотчинной книгѣ и въ залоговомъ актѣ, то указаніе это можетъ быть сдѣлано въ подлежащихъ правилахъ вотчиннаго дѣлопроизводства (а именно въ ст. 182 и 278).

утвержденное къ исполненію завѣщаніе, либо засвидѣтельствованная копія съ опредѣленія суда объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію, по которому залоговое требованіе досталось наслѣднику.

86. Передача или закладъ залоговаго требованія могутъ быть совершены также и внѣ вотчиннаго установленія посредствомъ врученія залоговаго акта съ засвидѣтельствованною нотаріусомъ подписью о передачѣ или закладѣ.

87. Надпись о передачѣ залоговаго требованія (ст. 86) должна заключать въ себѣ: годъ, мѣсяцъ и число передачи, званіе, имя, отчество и фамилію или прозвище лица, коему требованіе передается, и подпись кредитора, передающаго требованіе.

Передача залоговыхъ требованій по бланковымъ надписямъ не допускается.

Ст. 22 главн. осп.

Ст. 100, 101 и 158 проекта мин. юст.

Ст. 1591 свод. остзейск. гр. зак.

Ст. 8, 54 и 55 польск. ин. уст. 1818 г.

Ст. и 22 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 445 австр. гр. улож.

Ст. 438 сакс. гр. улож.

Ст. 53—55 прусск. зак. о приобр. пр. соб. 1872 г.

Ст. 80 и 83 прусск. уст. о вотч. кн. 1872 г.

Ст. 1087, 1112 проекта общегерм. гр. улож.

88. Надпись о закладѣ залоговаго требованія (ст. 86) должна заключать въ себѣ: годъ, мѣсяцъ и число заклада, званіе, имя, отчество и фамилію или прозвище закладопринимателя, означеніе требованія, въ обезпеченіе коего закладъ совершается, съ указаніемъ суммы требованія, и подпись закладодателя.

О полученіи залоговаго акта закладоприниматель выдаетъ закладодателю засвидѣтельствованную нотаріусомъ росписку.

Ст. 156 проекта мин. юст.

Ст. 8, 54 и 55 польск. ин. уст. 1818 г.

Ст. 454 австр. гр. улож.

Ст. 52 и 155 бав. пол. объ ипотекахъ 1822.

Ст. 53 и 54 прусск. зак. о приобр. пр. соб. 1872 г.

Ст. 84 прусск. уст. о вотч. книгахъ 1872 г.

Ст. 502 сакс. гр. улож.

89. Наслѣдникъ вотчиннаго кредитора, не перепи-савшій залоговое требованіе по вотчинной книгѣ на свое имя, долженъ, при засвидѣтельствovanіи надписи о передачѣ или закладѣ залоговаго требованія, пред-ставить залоговой актъ и указанныя въ ст. 85 доказа-тельства перехода залоговаго требованія по наслѣдству.

О представленныхъ документахъ нотаріусъ оговари-ваетъ въ засвидѣтельствovanіи надписи о передачѣ или закладѣ залоговаго требованія.

Ст. 22 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 437 сакс. гр. улож.

Ст. 1057 проекта общегерм. гр. улож.

90. Нотаріусъ, засвидѣтельствовавшій надпись о пе-редачѣ или закладѣ залоговаго требованія, немедленно сообщаетъ о семъ подлежащему вотчинному установ-ленію и должнику, съ указаніемъ мѣста жительства лица, коему передано или заложено требованіе.

Сообщеніе нотаріуса приобщается къ вотчинному дѣлу имѣнія.

91. Если должникъ до полученія увѣдомленія о вне-сеніи въ вотчинную книгу записи о передачѣ залого-ваго требованія (ст. 84), или до полученія увѣдомленія нотаріуса о засвидѣтельствovanіи надписи о передачѣ залоговаго требованія (ст. 90) уплатитъ проценты кре-дитору, передавшему залоговое требованіе, то таковой платежъ имѣетъ силу и по отношенію къ новому кре-дитору.

Ст. 159 проекта мин. юст.

Ст. 1465 и 1468 свод. остзейск. гр. зак.

Ст. 455 австр. гр. улож.

Ст. 157 бав. пол. объ ипот. 1822 г.

Ст. 1690 и 1691 франц. гр. улож.

Ст. 2082 итал. гр. улож.

Ст. 838 и 1089 проекта общегерм. гр. улож.

92. Для внесенія въ вотчинную книгу записи о передачѣ или закладѣ залоговаго требованія, совершенныхъ не въ вотчинномъ установленіи, лицо, пріобрѣтшее залоговое требованіе, или принявшее его въ закладъ, должно представить залоговой актъ съ засвидѣтельствованною надписью о передачѣ или закладѣ.

93. При внесеніи въ вотчинную книгу передачи или заклада залоговаго требованія, вотчинное установленіе удостоверяется въ правильности всѣхъ предшествовавшихъ, не внесенныхъ въ вотчинную книгу, передачъ или переходовъ по наслѣдству, по которымъ залоговое требованіе дошло до настоящаго кредитора.

Предшествовавшіе передачи и переходы по наслѣдству въ вотчинную книгу не вносятся.

Ст. 79—84 и 129 прусск. уст. о вотч. кн. 1872 г.

Ст. 22 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.

Ст. 167 бав. пол. объ ипотек. 1822 г.

Ст. 1994 итал. гр. улож.

Ст. 1115 проекта общегерм. гр. улож.

94. Правила настоящаго отдѣленія о передачѣ или закладѣ залоговаго требованія не примѣняются къ кредитному залогу и къ залогу въ пользу кредитныхъ установленій, правительственныхъ установленій, земскихъ, городскихъ и общественныхъ учрежденій.

Ст. 1125 и 1127 проекта общегерм. гр. улож.

Въ § 1 отдѣла третьяго общихъ объясненій къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾ изложены соображенія, по которымъ необходимо допустить передачу залоговыхъ требованій, а въ § 3

⁽¹⁾ Стр. 40 и слѣд.

отдѣла четвертаго тѣхъ же объясненій ⁽¹⁾ указаны основанія, принятыя въ руководство при разработкѣ правилъ проекта, касающихся этой передачи. Соображенія эти необходимо дополнить еще нижеслѣдующими.

I. Какъ видно изъ буквального текста 83—94 статей, проектъ допускаетъ лишь двоякаго рода основанія перехода залоговаго требованія отъ одного лица къ другому, а именно *договоръ* и *наслѣдованіе* (законное или по завѣщанію) и такимъ образомъ отвергаетъ третій, извѣстный западно-европейскимъ законодательствамъ способъ перехода этихъ требованій, а именно *понудительное отчужденіе* вмѣсто платежа, вслѣдствіе взысканія, обращеннаго на данное требованіе (ср. напримѣръ, ст. 1088 и 1113 проекта общегерм. гражд. улож. и др.).

I. Договоръ и наслѣдованіе, какъ единственныя основанія перехода правъ по залоговымъ требованіямъ, согласно пр. вотч. устава.

Возможность существованія указаннаго третьяго основанія на западѣ объясняется дѣйствующими тамъ началами гражданского процесса, признающими требованія, принадлежащія должникамъ противъ третьихъ лицъ, объектами взысканій и потому дающими кредиторамъ должниковъ право обратиться за своимъ удовлетвореніемъ къ этимъ требованіямъ и добиться понудительнаго присужденія таковыхъ въ свою пользу вмѣсто платежа съ тѣми же послѣдствіями, которыя влечетъ за собою добровольная уступка (ср. ст. 314—319 австр. уст. гражд. судопр. ст. 736 и 737 общегерм. устава гражд. суд. и др.). Проектъ вотчиннаго устава находитъ, что едва ли есть настоятельная потребность во введеніи этого основанія приобрѣтенія залоговыхъ требованій у насъ, такъ какъ оно оказалось бы несогласованнымъ съ общими правилами дѣйствующаго устава гражданского судопроизводства, которому указанный порядокъ взысканій неизвѣстенъ. Исходя изъ существующаго въ Россіи порядка гражданского процесса слѣдуетъ, по крайней мѣрѣ въ настоящее время, ограничить защиту интересовъ третьихъ кредиторовъ возможностью наложенія ареста на капиталъ и проценты, причитающіеся ихъ должникамъ по залоговымъ

(1) Стр. 196 и слѣд.

требованіямъ, въ порядкѣ, установленномъ ст. 1078 уст. гр. суд. ⁽¹⁾.

Въ частности:

а) договоръ;

Что же касается до каждаго изъ предусматриваемыхъ проектомъ основаній передачи въ отдѣльности, то самымъ важнымъ изъ нихъ въ практическомъ отношеніи представляется, конечно, *договоръ*. Послѣдній долженъ быть понимаемъ въ смыслѣ соглашенія, направленнаго къ тому, чтобы *непосредственно* перенести данное залоговое требование съ одного лица на другое, чтобы отчудить это требование. Только такіе договоры и могутъ быть принимаемы вотчинными установленіями во вниманіе при совершеніи передачи по вотчинной книгѣ (84) и свидѣтельствуемы нотариусами въ видѣ установленныхъ ст. 86 и 87 надписей на залоговомъ актѣ при внѣкнижной передачѣ. Слѣдовательно, договоры эти должны быть отличаемы отъ договоровъ, содержащихъ въ себѣ обязательство будущей передачи (*pactum de pacto contrahendo*). Впрочемъ, въ виду того, что совершеніе передачи обусловлено по проекту представленіемъ надлежащаго залоговаго акта и врученія его пріобрѣтателю, означенное различіе между тѣми и другими договорами не будетъ порождать у насъ на практикѣ, при истолкованіи воли сторонъ, тѣхъ

⁽¹⁾ По мнѣнію *Л. В. Гантовера* понудительная передача требованій должна быть допущена, такъ какъ этого требуютъ самыя насущныя практическія потребности. Иначе, долгосрочныя залоговыя требованія станутъ недоступнымъ источникомъ удовлетворенія. Нагляднѣйшимъ тому примѣромъ служило бы положеніе конкурсной ликвидаціи дѣлъ должника, когда значительная часть актива его состоитъ изъ принадлежащихъ ему залоговыхъ требованій. Приведенныя въ текстѣ соображенія противъ допущенія принудительной передачи залоговыхъ требованій не убѣдительны, такъ какъ институтъ принудительной передачи требованія, какъ въ томъ убѣждаетъ точный смыслъ ст. 1083 уст. гр. суд., нисколько не чуждъ нашему гражданскому процессу. Правда, въ статьѣ этой предусматривается только передача, посредствомъ передаточной надписи суда, билетовъ *кредитныхъ установленій* на принадлежащіе должнику капиталы. Тѣмъ не менѣе, переходъ отъ этой передачи къ понудительной передачѣ залоговыхъ требованій представляется совершенно логичнымъ и простымъ и могъ бы быть совершенъ путемъ законодательнаго измѣненія означенной статьи.

затрудненій, которыя встрѣчаются нерѣдко въ другихъ странахъ, такъ какъ соблюденіе въ каждомъ данномъ случаѣ условія представленія залоговаго акта и врученія его цессіонарію дастъ несомнѣнное право предполагать, что воля сторонъ направлена на непосредственную передачу.

Договоръ о передачѣ залоговаго требованія, какъ и добровольная уступка личныхъ требованій, порождаетъ между сторонами обязательственныя отношенія. Вопросы объ отвѣтственности цедента предъ цессіонаріемъ за дѣйствительность (*veritas*) переданнаго требованія, за неполученіе удовлетворенія по нему, за платежи, полученные отъ должника впередъ или послѣ совершенія уступки и. т. п., рѣшаются по общимъ началамъ гражданскаго права, поскольку, впрочемъ, возможность возбужденія этихъ вопросовъ не устраняется дѣйствіемъ начала безповоротности. Въ свою очередь и дѣйствіе этого начала, какъ о томъ объяснено въ соображеніяхъ, приведенныхъ подъ ст. 106 проекта, проявляется различно, смотря по тому, будетъ ли договоръ, лежащій въ основаніи передачи, безмездный или возмездный.

Наслѣдованіе по завѣщанію устанавливаетъ по проекту вотчиннаго устава непосредственный переходъ на наслѣдника залоговаго требованія. Этимъ проектъ расходится съ тѣми западно-европейскими законодательствами, которыя видятъ въ отказѣ подобнаго требованія по завѣщанію *легать*, въ отличіе отъ наслѣдованія въ собственномъ смыслѣ, и признаютъ въ этомъ отказѣ возложенное на наслѣдника завѣщателя *обязательство* уступить требованіе ⁽¹⁾. Лицо, коему отказано залоговое требованіе по завѣщанію, можетъ, по проекту, совершить въ чью либо пользу передачу по вотчинной книгѣ (ст. 85) или внѣ вотчинной книги (ст. 89), или другими словами, распорядиться этимъ требованіемъ помимо чьего либо на то согласія. Такое же значеніе событія, устанавлиющаго непосредственный переходъ требованія, имѣетъ и *наслѣдованіе по закону* (см. тамъ же).

б) наслѣдованіе.

⁽¹⁾ Ср. *Exner*, в. п. с., стр. 394.

II. Закладъ залоговыхъ требованій.

II. Рядомъ съ передачей проектъ, слѣдующаго примѣру проекта б. ипотечной коммисіи (ст. 156), допускаетъ и закладъ залоговыхъ требованій.

Положеніе института заклада требованій въ дѣйствующемъ русскомъ законодательствѣ.

Институтъ заклада требованій былъ совершенно неизвѣстенъ нашему древнему праву. Право это не было развито до того, чтобы причислять къ имуществамъ требованія и считать послѣднія объектами заклада. Оно признавало имуществами одни только тѣлесныя вещи и даже въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣлось на лицо право въ чужой вещи, смѣшивало это право съ самою вещью ⁽¹⁾.

Дѣйствующее русское законодательство причисляетъ уже требованія къ движимымъ имуществамъ. По силѣ ст. 402 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г., къ имуществамъ движимымъ принадлежатъ, между прочимъ, «заемныя письма, векселя, закладныя и обязательства всякаго рода». Хотя въ нашихъ законахъ и нѣтъ общихъ положеній, касающихся заклада правъ (*pignus nominis*), подобно тому, какъ мы это видимъ въ другихъ кодексахъ (ст. 1357, 1465—1468 и 1490 свод. остзейск. гр. зак.; ст. 499—502 сакс. гражд. улож.; ст. 210—228 швейцарск. союзн. закона объ обязательствахъ 1881 г.; ст. 305, 309 и др. общегерм. торг. уложенія; ст. 1206—1226 проекта общегерм. гражд. улож.), тѣмъ не менѣе нельзя сказать, чтобы институтъ этотъ былъ совершенно чуждъ нашему законодательству. Если, однако, онъ и допускается, то съ весьма существенными ограниченіями.

Такъ, во 1-хъ, въ противоположность главѣ 3 разд. II книги IV т. X ч. 1 свод. зак. гражд., говорящей о залогѣ недвижимыхъ имуществъ, глава 4 того же раздѣла и книги касается заклада «движимыхъ имуществъ». Отсюда можно бы заключить, что постановленія этой послѣдней главы должны распространяться и въ отношеніи всякаго рода денежныхъ требованій, какъ объектовъ заклада, составляющихъ видовое понятіе движимыхъ имуществъ. Но дѣло въ томъ, что упомя-

⁽¹⁾ *Meiеръ*, Древне-русское право залога, въ его же Юридическомъ Сборникѣ.

нудое распространіе мыслимо лишь настолько, насколько оно согласуется съ постановленіями нашихъ гражданскихъ законовъ о закладѣ. Постановленія эти прежде всего стремятся сдѣлать фактъ заклада замѣтнымъ не только для контрагентовъ, но и для третьихъ лицъ, почему и связываютъ закладъ съ *передачею* предмета, на которомъ онъ установленъ (ст. 1670 и 1671 того же т. и ч.). Эта передача признается у насъ существенною принадлежностью сдѣлки о закладѣ, такою принадлежностью, помимо которой сдѣлка эта недѣйствительна ⁽¹⁾. Слѣдовательно, разсматриваемый закладъ возможенъ лишь по отношенію къ такимъ требованіямъ, которыя могутъ быть названы документальными, т. е. соединенными съ извѣстнымъ актомъ, какъ ихъ внѣшнимъ носителемъ, и потому болѣе подходящими по своей юридической природѣ къ типу видимыхъ объектовъ заклада, объектовъ, которые по самому существу своему допускаютъ передачу. Таковы именно всѣ цѣнные бумаги. И дѣйствительно, только закладъ упомянутаго рода бумагъ предусматриваютъ наши гражданскими законами (ст. 2168 того же т. и ч.). Это различіе между означенными документальными требованіями и всѣми остальными въ примѣненіи къ закладу проводится весьма рѣзко западно-европейскими законодательствами, подчиняющими закладъ первыхъ постановленіямъ объ *ручномъ закладѣ* (Faustpfand), которому и соответствуетъ нашъ закладъ, устанавливаемый на основаніи правилъ т. X ч. 1 свод. зак. гражд. ⁽²⁾. Допускать по общимъ началамъ дѣйствующаго права установленіе заклада и иного рода правъ, несвязанныхъ съ извѣстною бумагою какъ ихъ внѣшней носительницею, нельзя еще и потому, что подобно залогу

(1) Рѣш. гражд. касс. деп. прав. сената 1872 г. за № 891 и 975; 1875 г. за № 321 и 905; 1876 г. за № 18 и 462 и 1878 г. за № 117.

(2) Значенію нашего заклада, какъ ручнаго заклада (Faustpfand), и обусловливаемымъ этимъ значеніемъ границамъ, въ предѣлахъ коихъ возможенъ закладъ требованій по русскому законодательству, не отведено никакого вниманія въ вышедшемъ недавно спеціальному излѣдованіи В. Струкова, О закладѣ долговыхъ требованій (De pignore nominum) (С.-Петербургъ, 1890 г.), стр. 182 и слѣд.

и закладъ направленъ въ конечной своей цѣли къ реализаціи заложеннаго предмета, между тѣмъ какъ единственный способъ такой реализаціи у насъ—принудительное отчужденіе на случай неисправности должника—предусмотрѣнъ, независимо отъ движимыхъ вещей, только въ отношеніи къ процентнымъ бумагамъ (ст. 1071 уст. гражд. суд.) и, какъ уже упомянуто выше, къ билетамъ кредитныхъ установленій на принадлежащіе должнику капиталы (ст. 1083 тамъ же).

Во 2-хъ, въ законахъ нашихъ содержатся особыя, *спеціальныя* положенія относительно отдѣльныхъ видовъ документальныхъ требованій. Сюда относятся именно правила т. X ч. 1 о закладѣ извѣстнаго рода цѣнныхъ бумагъ въ обезпеченіе казенныхъ подрядовъ и поставокъ (ст. 77 полож. о каз. подр. и пост. того же т. и ч. изд. 1887 г.), правила о выдачѣ ссудъ подъ обезпеченіе процентныхъ и другихъ бумагъ государственнымъ банкомъ и его отдѣленіями (ст. 72 и слѣд. разд. 4 Т. XI ч. 2 уст. кред. изд. 1887 г.), о закладѣ билетовъ различныхъ кредитныхъ установленій въ приказахъ общественнаго призрѣнія (ст. 230 и слѣд. уст. обществ. призр., Т. XIII) и въ областномъ войска Донскаго приказѣ (тамъ же, ст. 1081) и др. Такъ какъ приложение принциповъ вещнаго права, какимъ является закладъ, къ такъ называемымъ *бумагамъ на предъявителя*, въ виду юридической природы этихъ бумагъ, не представляетъ какихъ либо затрудненій, то очевидно, что болѣе всего характерными въ разсуждаемомъ отношеніи должны оказываться тѣ постановленія указанныхъ спеціальныхъ положеній, а также ст. 2168 т. X ч. 1, которыя касаются собственно заклада *именныхъ бумагъ*. Казалось бы, что закладъ упомянутыхъ бумагъ, представляя собою отличную отъ уступки ихъ сдѣлку, долженъ не смѣшиваться съ этой послѣдней и устанавливаться въ совершенно самостоятельной отъ нея формѣ. Такою формою могло бы служить (независимо отъ увѣдомленія о закладѣ того учрежденія, которое обязано производить по данной бумагѣ уплату капитала и процентовъ или дивиденда, т. е. которое является должникомъ), передача этой бумаги, сопровождаемая особымъ договоромъ или подписью на ней о закладѣ съ выдачею должнику квитанціи объ ея полученіи. Между тѣмъ почти всѣ эти

постановленія, въ томъ числѣ п. 3 ст. 2168 т. X ч. 1, считаютъ существеннымъ условіемъ формы заклада именныхъ бумагъ (помимо прочихъ условій), врученіе этихъ бумагъ тому учрежденію или лицу, у коего они закладываются не съ надписью о закладѣ, а съ *передаточною или бланковою надписью или передаточнымъ объявленіемъ, по правиламъ, которыя соблюдаются при передачѣ названныхъ бумагъ отъ одного лица другому*, т. е. прибѣгаютъ къ той же фикціи отчужденія, которою наше древнее право пользовалось и по отношенію къ залогу.

Что же касается спеціально заклада залоговыхъ требованій, то и онъ не предусмотрѣнъ нашими общими гражданскими законами. Это, впрочемъ, и неудивительно, ибо, какъ замѣчено уже, закладъ можетъ повести за собою отчужденіе заложенного предмета, между тѣмъ какъ законъ нашъ, по общему правилу, видитъ въ залогѣ личное отношеніе между двумя лицами, недопускающее частнаго преемства ни на сторонѣ должника, ни на сторонѣ кредитора. Замѣчательно, однакоже, что въ одномъ изъ спеціальныхъ постановленій, а именно въ уставѣ с.-петербургскаго общества взаимнаго кредита ⁽¹⁾, предусматриваются ссуды, выдаваемые обществомъ своимъ членамъ не только подъ процентныя бумаги и даже векселя, но также и подъ закладныя на недвижимое имущество, отданныя обществу въ закладъ, хотя вопросъ объ осуществленіи такого закладнаго права, о реализаціи его, если бы дошелъ до суда, не могъ бы не вызвать весьма серьезныхъ недоумѣній по отсутствію въ законѣ какихъ либо данныхъ къ его правильному разрѣшенію.

Со введеніемъ у насъ ипотечной реформы, съ признаніемъ того начала, что залогъ не долженъ служить припятствіемъ обороту капиталовъ, обезпеченныхъ на недвижимыхъ имѣніяхъ, нѣтъ основанія не допускать возможности сдѣлать требованія объ этихъ капиталахъ также предметомъ обезпеченія. Это можетъ оказать лишнюю выгоду тѣмъ, кто согласится помѣщать свои сбереженія подъ залогъ недвижи-

Необходимость допущенія заклада залоговыхъ требованій со стороны проекта вотч. устава.

⁽¹⁾ Собр. узак. 1863 г. № 302.

мости, а слѣдовательно и способствовать развитію поземельнаго кредита. Но этого мало. Необходимо не только допустить закладъ залоговыхъ требованій, но прямо предусмотрѣть и регламентировать его въ вотчинномъ уставѣ, дабы дать будущей практикѣ опору при разрѣшеніи вопросовъ, касающихся этого заклада.

Самый разсматриваемый институтъ носить въ проектѣ названіе *заклада*, а не залога залоговыхъ требованій потому, что требованія эти (по терминологіи дѣйствующаго закона—*закладныя*) отнесены, какъ уже указано выше, нашимъ законодательствомъ къ имуществамъ движимымъ, терминъ же залогъ примѣняется какъ этимъ законодательствомъ, такъ и про ктомъ исключительно къ недвижимымъ имуществамъ.

Юридическая природа этого института.

Вопросъ о природѣ заклада требованій, въ томъ числѣ и такихъ, которыя обезпечены залогомъ, принадлежитъ въ доктринѣ и въ законодательствахъ къ числу самыхъ спорныхъ. Вопросъ этотъ имѣетъ весьма обширную литературу. Одни ученые [Пухта ⁽¹⁾, Келлеръ ⁽²⁾ и др.] видятъ въ этомъ закладѣ *условную уступку требованія* (*die Theorie der bedingten Cession*), т. е. сдѣлку, порождающую право эвентуальной передачи требованія на случай неисправности залогодателя. Другіе [Дернбургъ ⁽³⁾, Экснеръ ⁽⁴⁾, Кунце ⁽⁵⁾], сводятъ эту сдѣлку къ значенію *ограниченной передачи* (*die Theorie der beschränkten Cession*), т. е. передачи, ограничивающей права цессіонарія (закладопринимателя) настолько, насколько это требуется для достиженія цѣлей закладнаго права. Наконецъ, третьи, въ противоположность первымъ двумъ и другимъ, примыкающимъ къ нимъ теоріямъ (*die Cessionstheorien*), [имѣющимъ между собою ту общую черту, что онѣ отрицаютъ за разсматриваемымъ закладомъ

⁽¹⁾ *Vorlesungen* (Leipzig, 1884), стр. 390.

⁽²⁾ *Pandekten* (Leipzig, 1807), § 202.

⁽³⁾ *d. Pfandrecht*, т. I, стр. 461 и слѣд.

⁽⁴⁾ *Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht* (Leipzig, 1873), стр. 117 и слѣд.

⁽⁵⁾ *Cursus d. römischen Rechts* (Leipzig, 1879), стр. 380 и слѣд.

значение вещнаго права, не признають возможности установленія вещнаго права непосредственно на обязательственномъ правѣ], допускають эту возможность и видятъ въ закладѣ требованій такое же по природѣ своей закладное право, такъ и то, которое установлено на тѣлесной вещи [Бремеръ ⁽¹⁾, Зомъ ⁽²⁾, Бринцъ ⁽³⁾]. Не входя въ подробное разсмотрѣніе всѣхъ этихъ теорій ⁽⁴⁾ необходимо указать, что различіе ихъ проявляется и въ самыхъ законодательствахъ. Такъ, въ то время какъ саксонское гражданское уложеніе (ст. 503) смотритъ на закладъ требованій какъ на условную сдѣлку, проектъ общегерманскаго уложенія придерживается послѣдней изъ упомянутыхъ теорій. Проектъ вотчиннаго устава видитъ точно также въ закладѣ залоговыхъ требованій настоящій закладъ, т. е. право вотчиннаго характера. Кредиторъ по данному залоговому требованію, закладывая оное, не совершаетъ передачи, хотя бы только условной или ограниченной. Онъ остается по прежнему вотчиннымъ кредиторомъ. Все, къ чему сводится по проекту вотчиннаго устава закладъ залоговыхъ требованій, заключается въ ограниченіи права распоряженія вотчиннаго кредитора. Вотчинный характеръ разсматриваемаго заклада выражается въ томъ, что онъ обязателенъ для всѣхъ личныхъ кредиторовъ закладодателя, порождая въ пользу закладоприимателя право на преимущественное удовлетвореніе предъ требованіями этихъ кредиторовъ и тяготѣетъ на данномъ залоговомъ требованіи, въ чьи бы руки послѣднее ни перешло. Ограниченіе же права распоряженія вотчиннаго кредитора заключается въ предоставленіи закладоприимателю т. н. *jus exigendi*, т. е. права взыскивать по залоговому требованію непосредственно съ должника, каковое право осуществляется имъ, закладоприимателемъ, не отъ имени

⁽¹⁾ d. Pfandrecht und die Pfandobjecte (Leipzig, 1867), стр. 207 и слѣд.

⁽²⁾ *Sohm*, die Lehre vom Subpignus (Rostok, 1861), стр. 12 и слѣд., 42 и слѣд.

⁽³⁾ *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten (Erlangen, 1882), т. II, стр. 318 и слѣд.

⁽⁴⁾ Обзоръ ихъ см. у Экспера, в. п. с. и Струкова, в. п. с.

закладодателя и не въ качествѣ частнаго преемника сего послѣдняго, а *самостоятельно*, въ силу принадлежащаго *закладопринимателю* права заклада (1).

Его предметъ,

Само собою разумѣется, что предметомъ разсматриваемаго института можетъ быть лишь такое залоговое требованіе, которымъ вотчинный кредиторъ вправѣ распорядиться путемъ передачи. Иначе закладъ залоговаго требованія могъ бы служить средствомъ обхода установленнаго ограниченія этого права распоряженія. Поэтому то ст. 83 проекта и постановляетъ, что вотчинный кредиторъ можетъ отдать залоговое требованіе въ закладъ, «если только не обязался передъ должникомъ не передавать требованія въ другія руки».

основаніе и

По теоріи права закладъ требованій устанавливается всѣми тѣми способами, что и залогъ, а именно на основаніи *договору, права наследованія, судебного рѣшенія и закона*. Настоящій проектъ допускаетъ лишь установленіе заклада залоговыхъ требованій по договору. Установленная имъ форма заклада имѣетъ въ виду исключительно одинъ лишь договорный закладъ, какъ такой, который представляется практически болѣе важнымъ и потому и заслуживаетъ преимущественнаго вниманія законодателя. Къ тому же, признаніе, въ частности, судебного рѣшенія основаніемъ заклада было бы равносильно введенію у насъ *принудительнаго заклада*, аналогическаго по своимъ послѣдствіямъ принудительному залогу. Оно измѣнило бы значеніе *ареста* по дѣйствующему праву, какъ вида обезпеченія, непорождающаго права на преимущественное удовлетвореніе, и повело бы, ради выдержанія надлежащей послѣдовательности въ законодательствѣ, къ необходимости пересмотрѣть всѣ наши постановленія объ арестѣ, каковой пересмотръ составилъ бы, однакоже, задачу, несомнѣнно выходящую изъ границъ настоящей реформы.

форма установленія.

Форма установленія заклада залоговаго требованія по проекту аналогична съ формою передачи этого требованія. По тѣмъ же соображеніямъ, что и передача, закладъ этотъ можетъ быть совершенъ, съ цѣлью сообщенія ему выгодъ,

(1) См. ниже, ст. 103 проекта и объясненія къ ней.

связанныхъ вообще со внесеніемъ, по вотчинной книгѣ (ст. 84), или же ради облегченія сторонъ—въ вотчиннаго установленія посредствомъ засвидѣтельствованной нотаріусомъ надписи о закладѣ (ст. 86). Но и закладъ по вотчинной книгѣ требуетъ представленія залоговаго акта и отмѣтки на немъ совершеннаго внесенія. Тотъ и другой способъ установленія заклада требуетъ врученія залоговаго акта закладоприимателю. Въ записи о внесеніи, совершаемой въ вотчинной книгѣ, и въ свидѣтельствуемой нотаріусомъ надписи на залоговомъ актѣ должно быть, кромѣ времени совершенія той или другой и указанія личности закладоприимателя, означено и требованіе, въ обезпеченіе коего закладъ совершается, съ приведеніемъ суммы требованія ⁽¹⁾. Указанная надпись должна содержать въ себѣ также подпись закладодателя (ст. 88). Закладъ, совершенный въ вотчиннаго установленія, можетъ быть, подобно въѣздной передачѣ и на тѣхъ же, что послѣдняя, условіяхъ, оглашенъ въ послѣдствіи въ вотчинной книгѣ (ст. 92).

Такъ какъ форма совершенія заклада залоговаго требованія соединена съ *врученіемъ* залоговаго акта закладоприимателю, то она исключаетъ возможность заклада *части* залоговаго требованія. Это и оговорено въ ст. 83 проекта. Закладъ части залоговаго требованія повелъ бы къ дробленію залоговаго акта, т. е. къ тому, чего проектъ не желалъ допустить, устраняя возможность и самой передачи части залоговаго требованія ⁽²⁾.

Какъ при передачѣ залоговаго требованія, точно также и при закладѣ долженъ быть увѣдомленъ должникъ по этому требованію. При совершеніи заклада по вотчинной книгѣ увѣдомленіе производится *ex officio* вотчиннымъ установленіемъ въ силу общаго правила, выраженнаго въ ст. 227 проекта. Поэтому въ настоящихъ статьяхъ проекта упоми-

Увѣдомленіе должника по заложенному требованію.

⁽¹⁾ Кромѣ суммы требованія, въ обезпеченіе коего закладъ совершается (ст. 88), въ надписи о закладѣ должны быть указаны также срокъ этого требованія и размѣръ процентовъ.

⁽²⁾ См. общія объясненія къ настоящему проекту, § 3 отдѣла IV, стр. 263 и слѣд.

нается лишь объ увѣдомленіи должника о закладѣ, совершенномъ внѣ вотчиннаго установленія, при чемъ обязанность эта возложена на нотаріуса, засвидѣтельствовавшаго надпись о закладѣ (ст. 90). Точно такъ же, какъ и при передачѣ, увѣдомленіе должно послѣдовать *немедленно* по засвидѣствованіи надписи и должно сопровождаться указаніемъ мѣста жительства закладоприноимателя.

Матеріальное значеніе упомянутого увѣдомленія не нуждается въ особомъ опредѣленіи закона, такъ какъ оно объясняется аналогически со значеніемъ увѣдомленія, посылаемаго по случаю передачи залоговыхъ требованій (ст. 91), вызываясь охраною правъ закладодержателя. Если бы должникъ по залоговому требованію не получилъ увѣдомленія о совершенномъ закладѣ этого требованія, то въ случаѣ производства имъ уплаты закладодателю право закладоприноимателя могло бы совершенно исчезнуть. Увѣдомленіе это и предупреждаетъ должника противъ послѣдствій такой уплаты, могущей нанести вредъ правамъ закладоприноимателя. Только платежи, учиненные закладодателю до полученія увѣдомленія, имѣютъ силу и по отношенію къ закладоприноимателю; совершенные же послѣ не освобождаютъ должника отъ производства закладоприноимателю вторичной уплаты. Само собою понятно, что если бы до наступленія срока требованія, обеспеченному закладомъ залоговаго требованія, наступилъ срокъ сего послѣдняго и должникъ пожелалъ погасить залоговое требованіе платежемъ, то онъ можетъ это сдѣлать лишь посредствомъ внесенія причитающихся по этому требованію наличныхъ денегъ въ мѣстное казначейство, примѣняясь къ правилу ст. 192 проекта. Въ подобномъ случаѣ первоначальный предметъ заклада замѣняется означенными наличными деньгами.

Послѣдствія.

Какъ уже выше сказано, закладъ ограничиваетъ закладодателя только въ отношеніи права распоряженія залоговымъ требованіемъ, служащимъ предметомъ заклада. Установивъ послѣдній, закладодатель не лишается права на полученіе текущихъ процентовъ по этому требованію. Онъ только не вправе получить уплату въ погашеніе капитальной суммы требованія

и будущихъ процентовъ, не вправѣ отказаться отъ требованія или прекратить послѣднее въ цѣломъ или въ части по соглашенію съ должникомъ, во вредъ закладоприимателю. Въ свою очередь и собственникъ имѣнія не можетъ добиться погашенія залога, обремененнаго залогомъ, безъ согласія закладоприимателя, или безъ внесенія суммы, причитающейся по этому залогоу (съ цѣлью сохранности правъ закладоприимателя) въ видѣ депозита вотчиннаго установленія (ст. 192 проекта). Наконецъ, закладоприиматель становится въ такое же правовое положеніе къ заложенному имѣнію, въ какомъ находился закладодатель до совершенія заклада, въ томъ отношеніи, что ему принадлежатъ тѣ же, что и послѣднему, средства защиты своихъ интересовъ. Такъ, напримѣръ, закладоприиматель вправѣ принимать участіе, принадлежащее вотчинному кредитору, при экспропріаціи, распредѣленіи страхового вознагражденія (ст. 82), при отдѣленіи отъ имѣнія какого либо участка (ст. 199), вправѣ вчинать, въ случаяхъ угрожающаго или наступившаго ухудшенія заложеннаго имѣнія, иски, предусмотрѣнные въ ст. 77 и слѣд., и т. п. Все это составляетъ логическое послѣдствіе заклада и подразумѣвается проектомъ, хотя прямо въ немъ и не выражено.

Что же касается до вопроса о реализаціи заклада залоговаго требованія, то вопросъ этотъ предусмотрѣнъ въ ст. 103 настоящаго проекта.

Въ силу аналогіи, существующей между залогомъ и залогомъ, само собою понятно, что способы матеріальнаго прекращенія заклада, установленнаго на залоговомъ требованіи, тѣ же, что и способы прекращенія залога.

Установленіе нѣсколькихъ закладовъ на одномъ и томъ же залоговомъ требованіи и закладъ заклада (т. н. *subpignus*) проектомъ не допускается. Воспрещеніе того и другаго вытекаетъ изъ отсутствія въ проектѣ особыхъ формъ для установленія втораго и слѣдующихъ закладовъ или подзаклада и объясняется стремленіемъ избѣжать совершенно лишнихъ у насъ усложненій.

ОТДѢЛЕНІЕ 8.

Объ искахъ и возраженіяхъ по залоговому праву.

95. Вотчинный кредиторъ, по наступленіи срока платежа капитальной суммы или процентовъ, можетъ требовать удовлетворенія изъ заложенного имѣнія посредствомъ публичной продажи онаго, хотя бы имѣніе и перешло въ другія руки.

Въ случаѣ залога доходовъ заповѣднаго имѣнія, взысканіе можетъ быть обращено только на эти доходы.

Ст. 1441, 1442 и 1595 свод. остзейск. гр. зак.

Ст. 37, 43 прусск. зак. о приобр. пр. собств. 1872 г.

Ст. 49, 54 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 378, 424, 425 и 430 сакс. гр. улож.

Ст. 461 австр. гр. улож.

Ст. 2166 и слѣд. франц. гр. улож.

Ст. 1075 и 1080 проекта общегерм. гр. улож.

І. І. Искъ по залогу.

І. 1. Сущность залога, какъ она опредѣлена въ настоящемъ проектѣ (ст. 43), заключается въ предоставленіи вотчинному кредитору права требовать удовлетворенія изъ заложенного имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ послѣднее ни находилось. Право это составляетъ весь центръ тяжести залога, ту цѣль, къ которой онъ собственно стремится. Оно образуетъ собою содержаніе того иска, который непосредственно порождается залогомъ, того ходатайства, къ которому долженъ сводиться такъ называемый *искъ по залогу* (*actio hypothecaria*, *Hypothekenanspruch*, *l'action hypothécaire*). Всѣ другія послѣдствія, вытекающія изъ залога, которыя предусмотрѣны въ ст. 76 и слѣдующихъ отдѣленія 6 настоящей главы проекта, суть не болѣе какъ средства, направленные къ тому, чтобы обезпечить возможность осуществленія въ надлежащей полнотѣ означеннаго иска. Ст. 95 и слѣдующія опредѣляютъ ближайшимъ образомъ его значеніе, условія, предметъ и тѣ возраженія или, другими словами, ту защиту, которая противъ него возможна.

И такъ, рассматриваемая статья касается собственно *иска по залогу*, того *вещнаго иска*, который порождается залогомъ,

въ противоположность *личному иску*, вытекающему изъ другаго элемента всякой поземельно-кредитной сдѣлки, а именно требованія.

Одна изъ особенностей иска по залогу по римскому праву сравнительно съ большинствомъ нынѣ дѣйствующихъ законодательствъ, въ томъ числѣ и русскимъ, заключается, какъ извѣстно, въ томъ, что продажа заложенного имѣнія производилась самимъ кредиторомъ, почему и *actio hypothecaria* имѣла значеніе виндикаціоннаго иска, иска, направленного на передачу кредитору заложенного предмета ради его продажи. Современные законодательства устраняютъ въ интересахъ правового порядка возможность такой продажи, какъ способа осуществленія залоговаго права. Они допускаютъ лишь публичную продажу заложенного имѣнія подѣ наблюдениемъ органа судебной власти, ибо только при этомъ условіи создается надлежащая гарантія въ отношеніи соблюденія при продажѣ правъ *всѣхъ* заинтересованныхъ по имѣнію лицъ. Поэтому все различіе между римскимъ правомъ и современными законодательствами заключается лишь въ томъ, что согласно послѣднимъ искъ по залогу направленъ не на передачу вотчинному кредитору заложенного имѣнія, а на полученіе удовлетворенія изъ имѣнія *посредствомъ публичной продажи онаго*. Въ этомъ отличіи точка зрѣнія римскаго права и современныхъ законодательствъ вполне тождественна и заключается въ томъ, что искъ по залогу имѣетъ предметомъ своимъ не требованіе платежа, а требованіе удовлетворенія изъ заложенного имѣнія. Конечно, обращаясь къ заложенному имѣнію, кредиторъ домогается погашенія своего долга платежемъ, почему и искъ его долженъ пасть самъ собою, когда платежъ этотъ будетъ произведенъ должникомъ или третьимъ лицомъ. Платежъ можетъ быть произведенъ и третьимъ пріобрѣтателемъ имѣнія. Но это составляетъ, какъ уже замѣчено было въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾, вовсе не его обязанность, а *право*, которое осуществляется имъ для того, чтобы *предотвратить публичную продажу имѣнія*.

(1) Стр. 280 и слѣд.

Поэтому-то и настоящая статья проекта постановляетъ, что вотчинный кредиторъ «можетъ требовать удовлетворенія *изъ заложеннаго имѣнія посредствомъ публичной продажи онаго, хотя бы имѣніе и перешло въ другія руки*». Кредиторъ долженъ, слѣдовательно, держаться заложеннаго имѣнія, искать удовлетворенія съ него, а не съ лица собственника, все равно будетъ ли послѣдній въ то же время и личнымъ должникомъ или нѣтъ. Если кредиторъ и обращается съ рассматриваемымъ искомъ къ третьему приобрѣтателю заложеннаго имѣнія, то исключительно потому, что третій приобрѣтатель состоитъ въ данное время собственникомъ и не какъ къ своему должнику, а какъ къ собственнику. Только личный искъ можетъ быть обращенъ къ *лицу* собственника—должника.

Слѣдовательно и по проекту искъ по залогу имѣетъ, во 1-хъ, вотчинный характеръ и, во 2-хъ, направленъ непосредственно не къ полученію платежа, а къ принудительной реализаціи предмета залога. Возможность непосредственного присужденія платежа по этому иску предполагала бы наличность на сторонѣ собственника заложеннаго имѣнія *обязательства* платить и была бы равносильною превращенію залога въ обязательственное отношеніе или же могла бы быть выводима изъ взгляда на залогъ, какъ на реальное обязательство или грундшюльдъ. Та и другая точка зрѣнія на залогъ совершенно чужда настоящему проекту. Точно также проектъ вотчиннаго устава расходится и со взглядами тѣхъ, которые находятъ въ данномъ случаѣ существованіе альтернативнаго обязательства собственника (обязательства, заключающагося въ обязанности произвести платежъ или допустить публичную продажу), или обязательства, сопутствующаго личное долговое отношеніе и ограничивающаго отвѣтственность по этому отношенію однимъ лишь заложеннымъ имѣніемъ ⁽¹⁾. Изъ всѣхъ дѣйствующихъ западно-европейскихъ законодательствъ только законодательства мекленбургское ⁽²⁾ и городовъ Гамбурга (ст. 33) и Любека

⁽¹⁾ *Regelsberger*, d. bayerische Hypothekenrecht, стр. 378.

⁽²⁾ *v. Maibom*, d. mecklenburgische Hypothekenrecht, стр. 166.

(ст. 1) ⁽¹⁾ смотреть на искъ по залогу какъ на требованіе платежа, но это объясняется въ первомъ изъ этихъ законодательствъ усвоенною имъ теоріей грундшульда, а въ послѣднихъ—близостью предусматриваемаго ими залога къ институту поземельной ренты ⁽²⁾. Въ качествѣ иска о платежѣ признается искъ по закладной и по нашему дѣйствующему праву (ст. 1649 и слѣд. т. X ч. 1 свод. зак. гр., изд. 1887 г.), что, въ свою очередь, обусловливается указаннымъ уже выше ⁽³⁾ отсутствіемъ у насъ различія между личнымъ и вещнымъ исками по закладной, и тѣмъ между прочимъ обстоятельствомъ, что, благодаря невозможности отчужденія имѣнія изъ-подъ залога, предъявленіе закладной ко взысканію мыслимо исключительно противъ должника.

И такъ, въ противоположность личному должнику, третій пріобрѣтатель заложеннаго имѣнія вовсе не обязанъ, а только *вправѣ* произвести удовлетвореніе кредитору и тѣмъ предотвратить публичную продажу этого имѣнія. Нѣкоторые законодательства, какъ то: баварское (ст. 54 полож. объ ипотечкахъ 1822 г.), саксонское (ст. 430 гр. улож.) и проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 1080) прямо оговариваютъ это право третьяго пріобрѣтателя. Настоящій проектъ полагаетъ, что нѣтъ никакой необходимости въ такой оговоркѣ, такъ какъ означенное право отчасти вытекаетъ само собою изъ настоящей статьи, отчасти же признается косвенно правиломъ ст. 192 проекта, предоставляющимъ собственнику имѣнія въ случаяхъ, въ статьѣ этой указанныхъ, право представить деньги, причитающіяся по требованіямъ, обременяющимъ это имѣніе, по наступленіи срока по нимъ, въ мѣстное казначейство въ видѣ депозита вотчиннаго установленія. Само собою разумѣется, что удовлетвореніе можетъ быть произведено всѣми способами, извѣстными граж-

⁽¹⁾ Мнѣніе Регельсбергера (в. п. с., стр. 377), по которому къ законодательствамъ этимъ должно быть причислено баварское, совершенно правильно опровергается Ротомъ (v. Roth, System d. deutsch. Privatrecht) т. III, стр. 639 и слѣд.

⁽²⁾ v. Roth. в. п. с., стр. 641, прим. 14.

⁽³⁾ Стр. 283.

данскимъ законамъ; слѣдовательно, не только посредствомъ платежа наличныхъ денегъ, но и посредствомъ зачета требованія, принадлежащаго собственнику противъ кредитора.

Такъ какъ искъ по залогу направленъ *на полученіе удовлетворенія* изъ заложеннаго имѣнія посредствомъ публичной продажи онаго, то отсюда само собою слѣдуетъ, что содержаніе этого иска заключается въ требованіи, во 1-хъ, открытія производства этой продажи и, во 2-хъ, погашенія долга изъ суммы, которая будетъ выручена отъ нея, сообразно старшинству, долгу этому присвоенному.

2. Вопросъ о формулировкѣ этого иска.

2. Съ вопросомъ о значеніи иска по залогу связанъ и вопросъ о томъ, какъ должно быть сформулировано ходатайство, предъявленное по этому иску. Послѣдній вопросъ былъ также предметомъ спора въ литературѣ ипотечнаго права ⁽¹⁾. Самою правильною формулировкою представится конечно та, которая будетъ заключаться въ просьбѣ предоставить кредитору получить удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія посредствомъ публичной его продажи, такъ какъ она подходитъ ближе къ понятію разсматриваемаго иска, опредѣляемому въ настоящей статьѣ. Проектъ, впрочемъ, никакой обязательной для этого иска формулы не устанавливаетъ. Какими бы словами искъ по залогу ни былъ сформулированъ, существенно важно лишь то, чтобы изъ исковаго прошенія можно было усмотрѣть, что дѣло идетъ именно объ этомъ искѣ и чтобы послѣдовавшая по нему резолютивная часть рѣшенія суда не расходилась съ существомъ этого иска, не присуждала третьяго пріобрѣтателя *къ платежу*, такъ какъ онъ по закону къ тому вовсе не обязанъ и не дѣлала его поэтому *лично ответственнымъ* по залоговому требованію ⁽²⁾.

3. Вопросъ о произвольномъ измѣненіи права на этотъ искъ.

3. Право требовать удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія посредствомъ публичной продажи, хотя бы имѣніе и перешло въ другія руки, составляетъ законное содержаніе всякаго залога, какъ такового. Въ этого права залогъ не мыслимъ.

⁽¹⁾ *Exner*, d. oester. Hypothekenrecht., стр. 236 и слѣд.

⁽²⁾ *Exner*, тамъ же.

Этимъ опредѣляется уже сама собою точка зрѣнія проекта вотчиннаго устава относительно вопроса о дѣйствительности отказа со стороны кредитора отъ этого права, а равно о допустимости тѣхъ, извѣстныхъ западно-европейской ипотечной практикѣ, договоровъ, коими произвольно измѣняется это законное содержаніе залога. Къ договорамъ этимъ относится именно т. н. *lex commissoria*, т. е. сопутствующее установленію залога соглашеніе сторонъ о томъ, чтобы въ случаѣ неисправности должника къ уплатѣ долга заложенное имѣніе поступило взамѣнъ этого долга въ собственность кредитора ⁽¹⁾, а также договоръ, предоставляющій кредитору, въ уклоненіе отъ установленнаго закономъ порядка реализаціи заложеннаго имѣнія, право продать послѣднее по вольной цѣнѣ. Нѣкоторые законодательства считаютъ необходимымъ предусматрѣть прямо эти вопросы. Такъ о недѣйствительности означеннаго выше отказа кредитора отъ права требовать продажи заложеннаго имѣнія упоминаетъ прусское право (ст. 45 зак. о приобр. право собств. 1872 г.), а объ ничтожности перваго изъ названныхъ договоровъ—саксонское (ст. 383), австрійское (ст. 1371), французское (ст. 2078), втораго договора (допускаемаго, впрочемъ, прусскимъ ландрехтомъ ⁽²⁾ и мекленбургскимъ правомъ) ⁽³⁾—саксонское (тамъ же) и обоихъ договоровъ вмѣстѣ—проектъ общегерманскаго гражд. уложенія (ст. 1077). Въ этомъ же смыслѣ вопросы эти разрѣшаются и литературою ипотечнаго права по отношенію къ законодательствамъ, въ коихъ всѣ они или тотъ или другой изъ нихъ прямо не предусматрѣны ⁽⁴⁾. Само собою понятно, что здѣсь дѣло идетъ о такомъ отказѣ кредитора отъ права требовать удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія посредствомъ публичной продажи сего послѣдняго и о такихъ договорахъ, видоизмѣняющихъ содержаніе залога, которые состоялись до наступленія срока

⁽¹⁾ См. выше, стр. 16.

⁽²⁾ Кн. I, т. 20, ст. 29.

⁽³⁾ г. *Maibom*, в. п. с., стр. 203.

⁽⁴⁾ *Regelsberger*, в. п. с., стр. 389, 390; *Exner*, в. п. с., стр. 179, прим. 7; *Förster-Eccius*, в. п. с., т. III, стр. 455 и 456; *Puchelt*, в. п. с., стр. 152 и 153.

залоговому требованію, такъ какъ, послѣдовавъ по наступленіи срока, они видоизмѣняютъ уже не самый залогъ, а только *осуществленіе* вытекающаго изъ послѣдняго права требовать принудительнаго отчужденія заложеннаго имѣнія, имѣютъ характеръ обновленія этого права, что, конечно, запрещено быть не можетъ.

Предусматривать всѣ эти вопросы въ настоящемъ проектѣ не было никакихъ основаній, такъ какъ отрицательное разрѣшеніе ихъ со стороны будущей нашей практики едва ли можетъ возбудить какое либо сомнѣніе. Залогъ, какъ и всякое вотчинное право, мыслимъ исключительно только въ томъ построеніи, которое дается ему закономъ. Въ этомъ смыслѣ онъ составляетъ право, которое, какъ уже замѣчено было, *privatorum pactis mutari non potest*. Та свобода договорныхъ соглашеній, которая господствуетъ въ сферѣ обязательственнаго права, совершенно непримѣнима къ правамъ вотчиннымъ. Уклоненія отъ прямыхъ послѣдствій, связанныхъ закономъ съ тѣмъ или другимъ вотчиннымъ правомъ, возможны лишь настолько, насколько законъ прямо оговариваетъ ихъ допускаемость. Также поступаетъ по отношенію къ залогу и настоящій проектъ, указывая въ своихъ постановленіяхъ, въ какихъ именно случаяхъ воля сторонъ можетъ стать на мѣсто закона (ср. ст. 59, 61, 64, 67, 74, 83, 98, 99 и 100). Допускать внѣ этихъ случаевъ измѣненіе послѣдствій залога, разрѣшать произвольное измѣненіе его содержания было бы равносильно дозволенію произвольно установить такія формы обремененій, которыя идутъ въ разрѣзъ съ соображеніями, заставившими законодателя остановиться именно на данной формѣ, какъ болѣе всего соотвѣтствующей требованіямъ общаго порядка и экономическимъ потребностямъ.

II. Условія, коимъ
подчинено предъ-
явленіе иска о за-
логѣ.

II. Предусмотрѣнное настоящею статьею право требовать удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія подчинено слѣдующимъ условіямъ:

1. Оно возникаетъ «по наступленіи срока платежа капитальной суммы или процентовъ». Условіе это вытекаетъ изъ дополнительнаго характера залога, изъ его служебной роли, изъ того, что сила его можетъ проявиться лишь тогда, когда

и само требованіе подлежитъ удовлетворенію. Само собою разумѣется, что сказанное въ ст. 95 о наступленіи срока платежа капитальной суммы относится и къ наступленію срока платежа какой либо части этой суммы и что предъявленіе иска по залогу по случаю неплатежа въ срокъ процентовъ возможно лишь тогда, когда проценты пользуются залоговымъ обезпеченіемъ ⁽¹⁾. Только въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ проектъ допускаетъ отступленія отъ этого условія. Таковы именно указанные въ ст. 80 и 81 случаи досрочнаго удовлетворенія: когда имѣніе, вслѣдствіе уменьшенія его цѣнности, сдѣлалось недостаточнымъ для обезпеченія лежащихъ на немъ долговъ, или когда долги эти удовлетворяются изъ страховаго вознагражденія.

2. Оно принадлежитъ *«вотчинному кредитору»*, т. е. тому, въ чью пользу залоговое право внесено въ вотчинную книгу, или правопреемнику этого лица, легитимирующему свое качество, какъ кредитора, представленіемъ залоговаго акта, правильно дошедшаго къ нему на основаніи установленныхъ надписей, или же, когда дѣло идетъ о залоговомъ правѣ, по которому не выдано залоговаго акта (ст. 94), — записью въ вотчинной книгѣ о переходѣ къ нему этого права. Такъ какъ *вотчиннымъ кредиторомъ* можетъ почитаться лишь тотъ, чье залоговое право окончательно установлено, то очевидно, что только *запись о залоге* подлежитъ реализаціи посредствомъ разсматриваемаго иска и что поэтому отмѣтка о залогѣ, пока она не превращена въ запись, не даетъ права на этотъ искъ.

3. Оно направлено непосредственно противъ *заложеннаго имѣнія*, хотя бы послѣднее перешло въ другія руки. Слѣдовательно, искъ по залогу направленъ противъ того лица, юридическаго положенія коего въ отношеніи заложеннаго имѣнія искъ этотъ касается. Такимъ лицомъ является, конечно, *собственникъ* заложеннаго имѣнія, совершенно независимо отъ того, находится ли послѣднее въ его фактическомъ владѣніи или нѣтъ. Такимъ образомъ, отвѣтчикомъ по

⁽¹⁾ См. ст. 74 и объясненія къ ней.

разсматриваемому иску можетъ быть лишь тотъ, кто показанъ въ вотчинной книгѣ собственникомъ, а если онъ умеръ— то утвержденные въ его правахъ наслѣдники, за отсутствіемъ же и этихъ послѣднихъ—назначенный надъ заложеннымъ имѣніемъ опекунъ (ст. 961 гр. судопр.).

Какъ уже замѣчено выше, къ *должнику* искъ по залогу можетъ быть предъявленъ лишь въ томъ случаѣ, когда онъ во время предъявленія этого иска значится по вотчинной книгѣ собственникомъ заложенного имѣнія. Послѣдовавшая послѣ предъявленія разсматриваемаго иска переменѣна въ лицѣ собственника, по какому бы то ни было правооснованію, лишена всякаго вліянія въ томъ отношеніи, что начатое по этому иску производство продолжается, не смотря на означенную переменѣну, будучи обязательно по отношенію ко всякому новому собственнику. Слѣдовательно, не только въ случаѣ перехода права собственности по добровольному отчужденію, но и въ случаѣ спора, предъявленнаго и обезпеченнаго противъ этого права, или окончательнаго отсужденія имѣнія въ пользу другаго лица, производство по иску о залогѣ не пріостанавливается. Этимъ проектъ вотчиннаго устава отличается отъ нѣкоторыхъ законодательствъ, напримѣръ, австрійскаго (ст. 59 и 60 зак. о вотч. кн. 1871 года), допускающаго возможность продолженія иска и противъ новаго собственника только подъ условіемъ, если фактъ предъявленія иска по залогу былъ оглашенъ по вотчинной книгѣ посредствомъ отмѣтки (*Anmerkung der Hypothekarklage*). Соображенія, коими проектъ руководствуется въ данномъ случаѣ, заключаются въ томъ, что коль скоро залоговыя права, записанныя въ вотчинную книгу до внесенія новаго собственника, обязательны для сего послѣдняго, то для него должны почитаться обязательными и иски, возбужденные до такового внесенія ради осуществленія этихъ правъ. Кому бы заложенное имѣніе ни принадлежало, останется ли оно за тѣмъ, кому принадлежитъ въ моментъ предъявленія иска о залогѣ, или перейдетъ къ новому собственнику, оно все же будетъ подлежать отвѣтственности по обременяющимъ его залогамъ. Имѣя въ виду эту отвѣтственность, новый собственникъ долженъ былъ принять во вниманіе и возможность существованія исковъ по этимъ залогамъ и если

онъ приобрѣлъ имѣніе, не освѣдомившись объ этихъ искахъ или если онъ, претендуя на имѣніе, не открылъ раньше спора о немъ, то долженъ самъ нести послѣдствія своихъ дѣйствій или упущеній. Установленіе обязательнаго оглашенія факта предъявленія иска о залогѣ представляется тѣмъ болѣе излишнимъ, что оно затрудняло бы кредиторовъ-взыскателей необходимостью обращаться, для такового оглашенія, въ подлежащее вотчинное установленіе и загроздило бы вотчинныя книги лишнимъ видомъ статей, сверхъ тѣхъ, которые уже установлены проектомъ. Только въ одномъ случаѣ продолженіе производства по залоговому иску можетъ оказаться, согласно настоящему проекту, совершенно безцѣльнымъ при перемѣнѣ, происшедшей въ лицѣ собственника заложенного имѣнія, а именно, когда въ основѣ этого иска лежитъ принудительный залогъ и когда послѣ предъявленія его имѣніе окончательно отсуждено по иску о правѣ собственности, предъявленному дѣйствительнымъ, хотя и незаписаннымъ въ вотчинную книгу, собственникомъ, въ пользу сего послѣдняго. Производство это безцѣльно и потому должно подлежать прекращенію именно потому, что согласно ст. 58 залогъ этотъ для упомянутаго собственника не обязательенъ. Само собою разумѣется, что наличность въ вотчинной книгѣ отмѣтки о спорѣ, направленномъ противъ даннаго залога, не препятствуетъ предъявленію иска объ этомъ залогѣ.

Рядомъ съ собственникомъ имѣнія отвѣтчиками по залоговому иску совмѣстно съ первымъ могутъ быть также и лица, въ пользу коихъ установлены на этомъ имѣніи какія либо права. Они будутъ привлекаться въ качествѣ отвѣтчиковъ по означенному иску во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда съ послѣднимъ окажется связаннымъ и споръ о *старшинствѣ даннаго залога*, споръ, затрагивающій интересы тѣхъ, правовое положеніе коихъ могло бы пострадать въ случаѣ признанія этого иска подлежащимъ удовлетворенію. Впрочемъ, споръ о старшинствѣ можетъ или вовсе не возникать или составлять предметъ особаго иска, предъявляемаго впослѣдствіи, по окончаніи иска объ удовлетвореніи изъ заложенного имѣнія и послѣ возбужденія производства по публичной продажѣ этого имѣнія, а именно при распредѣленіи денегъ, вырученныхъ озна-

ченною продажею. Такой споръ, предъявленный самостоятельно отъ главнаго иска по залoгу (т. н. *Prioritätsklage*), составляетъ собственно часть этого послѣдняго иска, имѣетъ такой же, какъ и этотъ искъ, вотчинный характеръ.

4. Нѣкоторыя западно-европейскія законодательства, а именно баварское (ст. 26 пол. объ ипотекахъ 1822 г.) и французское (ст. 2168 и слѣд. гр. улож.), признаютъ за третьимъ пріобрѣтателемъ имѣнія, не принявшимъ на себя личной отвѣтственности за уплату требованія, обезпеченнаго на томъ имѣніи въ случаѣ предъявленія къ нему ипотекарнаго иска, право передать имѣніе кредиторамъ и тѣмъ самымъ освободить себя отъ всякой предъ ними отвѣтственности. Значеніе этого права по баварскому законодательству спорно. Въ то время, какъ одни изъ комментаторовъ его [Геннеръ ⁽¹⁾ и Регельсбергеръ ⁽²⁾] смотрятъ на эту передачу имѣнія какъ на *datio in solutum*, какъ на передачу, направленную къ уступкѣ кредиторамъ заложеннаго имѣнія взаимѣнъ причитающагося имъ удовлетворенія, другіе (Ротъ) ⁽³⁾ находятъ цѣль этой передачи лишь въ томъ, чтобы публичная продажа имѣнія производилась по инициативѣ однихъ только кредиторовъ, помимо всякаго участія означеннаго третьяго пріобрѣтателя. Такова же цѣль разсматриваемаго права и по французскому законодательству ⁽⁴⁾. Постановленія эти не находятъ себѣ почвы въ дѣйствующемъ русскомъ матеріальномъ правѣ и процессѣ и совершенно чужды настоящему проекту. Тотъ, кто пріобрѣлъ обремененное залогами имѣніе, долженъ былъ предвидѣть и необходимость принимать участіе, въ качествѣ отвѣтчика, въ искахъ объ этихъ залогахъ и не вправѣ, слѣдовательно, произвольно освободить себя отъ обязанности, которую добровольно самъ на себя принялъ.

5. Существенныя обстоятельства, лежащія въ основаніи всякаго иска по залoгу, а именно: наличность залога и требованія, сумма, на которую послѣднее простирается, старшин-

⁽¹⁾ В. п. с., т. I, стр. 450 и слѣд.

⁽²⁾ В. п. с., стр. 392 и слѣд.

⁽³⁾ В. п. с., стр. 643 и слѣд.

⁽⁴⁾ *Puchelt*, в. п. с., стр. 265 и слѣд.

ство, присвоенное этому требованію, и наступленіе срока платежа, удостовѣряются содержаніемъ вотчинной книги. Такъ какъ, по основнымъ началамъ гласности и безповоротности, содержаніе это почитается правильнымъ до тѣхъ поръ, пока оно не опровергнуто силою возраженій, допускаемыхъ противъ даннаго правообладателя ⁽¹⁾, то и кредитору, предъявляющему означенный искъ, нѣтъ обыкновенно никакой необходимости представлять какія либо другія доказательства въ подтвержденіе упомянутыхъ обстоятельствъ, сверхъ залоговаго акта, въ коемъ, согласно ст. 276, указываются правооснованія требованія и залога, а равно прописывается извлеченіе изъ вотчинной книги, а когда искъ предъявленъ по залогу, по которому залоговые акты не выдаются (ст. 275),—сверхъ выписи акта, по которому внесена въ вотчинную книгу статья объ этомъ залогѣ (ст. 273), и копій или выписки изъ вотчинной книги (ст. 281). Только поскольку всѣ упомянутыя обстоятельства не могутъ быть усмотрѣны изъ вотчинной книги, они должны быть дополнительно удостовѣрены истцомъ представленіемъ надлежащихъ доказательствъ. Необходимость въ таковомъ представленіи возникаетъ въ особенности при кредитномъ залогѣ, ибо, какъ извѣстно, по отношенію къ этому залогу вотчинная книга указываетъ лишь основаніе требованія, имъ обезпечиваемаго, и высшій размѣръ, до котораго требованіе это можетъ простираться, и не даетъ, слѣдовательно, отвѣта на вопросы о томъ, возникло ли это требованіе въ дѣйствительности, каковъ его не максимальный только, а настоящій размѣръ и наконецъ даже (въ особенности при сдѣлкахъ по открытому кредиту) когда требованіе это, согласно условію сторонъ, должно подлежать удовлетворенію.

6. Наконецъ, такъ какъ искъ по залогу имѣетъ характеръ вотчиннаго иска, то очевидно, что онъ въ отношеніи подсудности подчиняется правиламъ устава гражданскаго судопроизводства, опредѣляющимъ подсудность исковъ о правѣ на недвижимое имущество (ст. 212 того устава).

⁽¹⁾ См. ниже, ст. 106 и объясненія къ ней.

III. Искъ по залoгу
доходовъ заповѣд-
наго имѣнія.

III. Ст. 46 настоящаго проекта предполагается дозволить закладывать доходы съ заповѣдныхъ имѣній въ случаяхъ, указанныхъ въ нынѣ дѣйствующихъ законахъ, причемъ къ залoгу доходовъ заповѣднаго имѣнія должны быть примѣняемы общія правила о залoгѣ недвижимыхъ имѣній. Понятно, что и искъ по залoгу доходовъ можетъ имѣть предметомъ своимъ требованіе удовлетворенія изъ доходовъ заповѣднаго имѣнія. Обстоятельство это, во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній, оговорено во второй половинѣ разсматриваемой статьи. Нечего распространяться о томъ, что природа этого иска и сопутствующія ему условія тѣ же, что и существо и условія иска, вытекающаго изъ залoга, обременяющаго недвижимое имѣніе. Правила, коимъ подчинено производство взысканія съ доходовъ недвижимаго имѣнія, изложены въ ст. 227—235 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, находящихся въ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ въ дѣйствіе вотчинный уставъ.

96. Если срокъ платежа капитальной суммы, обезпеченной добровольнымъ залoгомъ, назначенъ по востребованію, то платежъ долженъ быть произведенъ въ трехмѣсячный срокъ со дня заявленія кредиторомъ должнику ⁽¹⁾ требованія о платежѣ.

Ст. 2041 т. X ч. 1 свод. зак. гр., изд. 1887 г.

Ст. 77 полож. 1868 г. для Нейфорп. и остр. Рюгена.

Ст. 106 прусск. уст. о вотч. книгахъ 1872 г.

Ст. 1070 проекта общегерм. гр. улож.

Обязательства
срочныя и

Согласно предъидущей статьѣ, отвѣтственность по залoгу возникаетъ съ момента наступленія срока требованію, обезпеченному залoгомъ. Вопросъ же о срокѣ, о томъ, когда

⁽¹⁾ Слово «должнику» употреблено въ настоящей статьѣ очевидно по ошибкѣ вмѣсто слова «собственнику», почему и должно быть замѣнено послѣднимъ, такъ какъ статья эта, по самому существу своему, можетъ имѣть въ виду только собственника, въ противоположность должнику (см. соображенія, приведенныя въ объясненіе этой статьи въ текстѣ).

лицо, обязанное платежемъ, впадаетъ въ просрочку (мога solvendi), есть собственно вопросъ обязательственного права. Онъ долженъ бы лежать всецѣло внѣ задачъ вотчиннаго устава. Такъ и было бы на самомъ дѣлѣ, если бы нѣкоторыя стороны этого вопроса, какъ въ виду положенія своего по нынѣ дѣйствующему русскому законодательству, такъ и по влиянію своему на отношенія, порождаемыя залогомъ, не отражались на интересахъ поземельнаго кредита и не вызывали поэтому необходимости регламентировать ихъ въ спеціальномъ ипотечномъ законѣ.

Собственно вопросъ о наступленіи отвѣтственности по срочнымъ требованіямъ не вызываетъ какихъ либо особыхъ сомнѣній. Она возникаетъ по нашему законодательству непосредственно по наступленіи срока. Никакого предварительнаго заявленія требованія или напоминанія о платежѣ должнику для того, чтобы считать послѣдняго впавшимъ въ просрочку, законодательство наше не устанавливаетъ. Расходясь въ этомъ отношеніи съ французскимъ правомъ (1139 гражд. кодекса) и будучи согласно съ большинствомъ иностранныхъ законодательствъ (ст. 1374 австр. гр. улож.; ст. 736 сакс. гражд. улож.; ст. 117 швейц. союзн. зак. объ обязат.; ст. 245 проекта общегерм. гражд. улож.), законодательство наше придерживается извѣстнаго принципа »dies adjectus interpellat pro homine». Установленіе срока исключаетъ необходимость въ особомъ напоминаніи должнику его обязанности на счетъ платежа; напоминаніе это заключается само собою въ этомъ срокѣ.

Что же касается требованій *безсрочныхъ*, то общепринятымъ въ отношеніи къ нимъ въ западно-европейскихъ законодательствахъ можетъ быть признано то положеніе, что кредиторъ вправѣ немедленно требовать удовлетворенія и что, слѣдовательно, это право возникаетъ одновременно съ ихъ установленіемъ. На этомъ положеніи основано и правило, по которому теченіе давности по означеннаго рода требованіямъ начинается съ того момента, съ какого искъ могъ быть предъявленъ, т. е. съ момента возникновенія требованія (toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris; ср. ст. 1016 сакс. гр.

безсрочныя.

Институтъ на-
поминанія (Mahnung) и

улож.; ст. 158 проекта общегерм. гражд. улож.). Точно также признается общепринятымъ, что должникъ считается *впавшимъ въ просрочку* лишь со времени полученія отъ кредитора *напоминанія о платежѣ* (interpellatio, Mahnung), (ст. 733 сакс. гражд. улож.; ст. 1374 австр. гражд. улож., ст. 231 и 245 проекта общегерм. гражд. улож. и др. ⁽¹⁾). Напоминаніе это не подчинено какой либо особой формѣ, причемъ предъявленіе иска считается равносильнымъ указанному напоминанію (см. вышеприведенныя узаконенія).

заявленія требова-
нія о платежѣ (Kün-
digung).

Если бы отождествленіе предъявленія иска съ напоминаніемъ о платежѣ, въ связи съ вышеприведеннымъ правиломъ о томъ, что право на удовлетвореніе по безсрочному требованію возникаетъ одновременно съ симъ послѣднимъ, получило безусловное примѣненіе по отношенію ко всѣмъ безъ исключенія безсрочнымъ требованіямъ, то это поставило бы нерѣдко должника въ весьма тяжелое положеніе. Поэтому, важнѣйшія западно-европейскія законодательства допускаютъ существенное отступленіе въ разсматриваемомъ отношеніи въ примѣненіи къ безсрочнымъ требованіямъ, вытекающимъ изъ *договора займа*, какъ наиболѣе важнымъ въ практической жизни. Исключеніе это заключается въ томъ, что по требованіямъ этого рода обязанность удовлетворенія, а слѣдовательно и право требовать онаго посредствомъ иска, возникаетъ не одновременно съ возникновеніемъ требованія, а лишь по предварительномъ *заявленіи кредиторомъ должнику требованія о платежѣ* (Kündigung). Такимъ образомъ указанное заявленіе должно въ означенныхъ случаяхъ *непремѣнно предшествовать этому иску* и получаетъ, въ противоположность напоминанію (Mahnung), о которомъ упомянуто выше, дѣйствительное, реальное значеніе условія, отъ наступленія коего поставлено въ *зависимость* и наступленіе срока платежа, а вмѣстѣ съ тѣмъ и просрочки. Вмѣстѣ съ тѣмъ, чтобы усилить практическое значеніе разсматриваемаго заявленія и дать должнику возможность приготовить наличныя средства, законодательства эти устанавливаютъ извѣст-

Льготный срокъ
(Kündigungsfrist).

(¹) Windscheid, в. п. с.; т. II, § 278 и слѣд.

ный льготный срокъ (т. н. *modicum tempus*, *Kündigungsfrist*), до истечения коего должникъ въправѣ отложить удовлетвореніе, не впадая въ просрочку. Таковы постановленія: прусскаго права (кн. I, титт. 11, ст. 761 и слѣд. прусск. ландрехта), устанавлиющія въ пользу должника трехмѣсячный, а также швейцарскаго (ст. 336 союзнаго закона объ обязательствахъ) и проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія (ст. 457)—шестинедѣльный срокъ. Хотя саксонское гражданское уложеніе и признаетъ по требованіямъ безсрочнымъ или установленнымъ по востребованію право требовать немедленнаго возврата занятой суммы, тѣмъ не менѣе оно предоставляетъ должнику право потребовать себѣ льготнаго срока, соразмѣряемаго съ обстоятельствами (ст. 1077). Правило это объясняется комментаторами саксонскаго уложенія въ томъ смыслѣ, что установленіе указаннаго льготнаго срока предоставлено усмотрѣнію суда ⁽¹⁾. Точно также и по французскому законодательству судъ въправѣ въ случаяхъ, когда срокъ не опредѣленъ, дать должнику тотъ или другой льготный срокъ, сообразно обстоятельствамъ (ст. 1900 и 1901 гражд. кодекса). Само собою разумѣется, что льготный срокъ, установленный закономъ или даваемый судомъ, примѣняется лишь къ тѣмъ случаямъ, когда сами стороны не установили другаго срока ⁽²⁾.

Засимъ, заявленіе требованія о платежѣ имѣетъ повсюду значеніе односторонняго акта объявленія воли кредитора обязанному лицу о производствѣ платежа. Заявленіе это нуждается не въ томъ, чтобы было принято со стороны означеннаго лица, а лишь въ томъ, чтобы стало послѣднему извѣстнымъ. Слѣдовательно, и отвергнуть заявленное ему требованіе лицо, обязанное платежемъ, не въправѣ. Само собою понятно, что юридически дѣйствительнымъ, съ точки зрѣнія порождаемыхъ имъ послѣдствій, почитается лишь такое заявленіе требованія о платежѣ, которое во 1-хъ, учи-

⁽¹⁾ *Siebenhaar*, в. п. с., т. II, стр. 226.

⁽²⁾ *Förster*, въ изданіи *Энциклопедіи*, в. п. с., т. II, стр. 250 и слѣд.; ст. 1900 франц. гр. код.

нено законнымъ обладателемъ требованія и во 2-хъ дошло до того, кто на самомъ дѣлѣ обязанъ платежемъ или до его законнаго представителя.

Безсрочныя обязательства дѣйствующаго русскаго права.

Что же касается нашихъ общегражданскихъ законовъ, то и они упоминаютъ объ обязательствахъ *безсрочныхъ* и выданныхъ *срокомъ до востребованія* (прим. къ ст. 1259, ст. 1549, 2041 т. X ч. I свод. зак. гражд., изд. 1887 г.). Различіе между тѣми и другими собственно номинальное, а не дѣйствительное. Подобно иностраннымъ законодательствамъ, наше право сравниваетъ тѣ и другія обязательства по ихъ значенію и послѣдствіямъ. Исходный моментъ теченія давности по нимъ установленъ въ прим. къ ст. 1259 и въ ст. 1549 одинъ и тотъ же безразлично какъ для безсрочныхъ обязательствъ, такъ и выданныхъ срокомъ до востребованія.—Что же касается до ст. 2041, то хотя она упоминаетъ лишь о послѣдняго рода обязательствахъ (выданныхъ срокомъ до востребованія), но выраженное въ ней правило относится безъ всякаго сомнѣнія и къ первымъ. Согласно разъясненію гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената (рѣш. 1873 за № 299) срокъ по тѣмъ и другимъ считается наступившимъ одинаково, «когда выразилась воля кредитора получить обратно отъ должника должную имъ сумму». Никакой особой формы, въ которой должна быть выражена эта воля, наши общегражданскіе законы не устанавливаютъ (рѣш. 1874 г. за № 621). Безъ всякаго сомнѣнія, оно можетъ быть выражено непосредственно предъявленіемъ того или другаго обязательства ко взысканію (ср. ст. 1549), каковымъ предъявленіемъ кредиторъ, согласно разъясненію того же департамента сената, «выразивъ въ установленномъ порядкѣ желаніе получить удовлетвореніе по обязательству, *тѣмъ самымъ превращаетъ послѣднее изъ безсрочнаго въ срочное*» (рѣш. 1886 г. за № 92). Слѣдовательно, превращеніе это не предполагаетъ предварительнаго заявленія должнику требованія о платежѣ. Право на искъ не обусловлено такимъ заявленіемъ и можетъ быть осуществлено непосредственно, т. е. помимо послѣдняго, немедленно съ момента установленія обязательства.—Ни-

какого льготнаго времени въ пользу обязаннаго лица для производства платежа, за исключеніемъ, впрочемъ, однихъ векселей (ст. 66 устава о векселяхъ, т. XI ч. 2 свод. зак., изд. 1887 г.) законъ нашъ не устанавливаетъ.

Западно-европейская ипотечная практика представляетъ собою очень частые примѣры обезпеченія, при посредствѣ залога, безсрочныхъ требованій, т. е. такихъ, платежъ коихъ обусловленъ предварительнымъ его востребованіемъ (Kündigung). Поэтому и за вопросомъ, касающимся вліянія этого условія на отношенія, порождаемыя залогомъ, признается въ законодательствахъ и литературѣ весьма важное значеніе ⁽¹⁾. Такъ какъ съ развитіемъ у насъ ипотечнаго дѣла случаи залоговаго обезпеченія требованій срокомъ до востребованія или безсрочныхъ весьма возможны, то и является необходимость предусмотрѣть эти случаи въ законѣ.

Необходимость предусмотрѣть ихъ въ настоящемъ проектѣ и введенія по нимъ

Примѣненіе вышеизложенныхъ началъ нашего дѣйствующаго права, касающихся упомянутыхъ требованій, не можетъ, конечно, встрѣтить какихъ либо сомнѣній въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ имѣнія, на которомъ обезпечено залогомъ требованіе этого рода, и должникъ одно и то же лицо. Въ этихъ случаяхъ означенныя начала должны, впредь до пересмотра нашихъ гражданскихъ законовъ, сохранить безусловно свою силу, ибо фактъ присоединенія къ данному требованію залога не можетъ самъ по себѣ видоизмѣнить въ чемъ либо въ разсматриваемомъ отношеніи положеніе должника.

Не то, однакоже, слѣдуетъ сказать о случаяхъ, когда имѣніе, обремененное требованіемъ, срокъ платежа по коему назначенъ по востребованію, или, другими словами, требованіемъ безсрочнымъ, перешло отъ лица, лично обязаннаго по этому требованію, къ третьему пріобрѣтателю. Спрашивается, можно ли и въ этихъ случаяхъ обойтись безъ предварительнаго заявленія со стороны кредитора требованія о пла-

предварительнаго заявленія собственнику требованія о платежѣ и

⁽¹⁾ *Regelsberger*, в. п. с., стр. 383; *Exner*, в. п. с., стр. 247. Мотивы къ проекту общегерм. гр. улож., т. II, стр. 313, т. III, стр. 688.

тежѣ, какъ условія возникновенія у него, кредитора, права обратиться къ суду съ искомъ по залогу, и безъ установленія извѣстнаго льготнаго срока или такъ называемыхъ дней обожданія, и къ кому собственно должно быть направлено упомянутое заявленіе о платежѣ?

Необходимость отрицательнаго разрѣшенія перваго изъ этихъ вопросовъ едва ли можетъ подлежать какому либо сомнѣнію. Не требовать по безсрочнымъ залоговымъ требованіямъ предьявленія требованія о платежѣ, значило бы поставить собственниковъ, обязанныхъ отвѣчать по залоговымъ искамъ, въ высшей степени затруднительное положеніе, такъ какъ они не знали бы, когда имъ слѣдуетъ приготовить наличныя деньги для того, чтобы спасти имѣніе отъ публичной продажи.

Этимъ разрѣшается самъ собою и второй вопросъ. Повидимому казалось бы, что платежъ, несмотря на перемѣну въ лицѣ собственника имѣнія, послѣдовавшую послѣ установленія залога, можетъ быть востребованъ только отъ личнаго должника. Въ пользу этого мнѣнія говоритъ именно дополнительный характеръ залога, то обстоятельство, что условіе, касающееся срока платежа, какъ составная часть *личнаго соглашенія сторонъ*, можетъ имѣть обязательную силу только для этихъ послѣднихъ. Однако же такое разрѣшеніе разсматриваемаго вопроса имѣетъ противъ себя то соображеніе, что, предьявляя требованіе о платежѣ личному должнику, кредиторъ не обнаружилъ тѣмъ самымъ своей воли получить удовлетвореніе *изъ заложеннаго имѣнія*. Неправильно также рѣшать этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, будто бы платежъ долженъ быть востребованъ какъ отъ личнаго должника, такъ и отъ собственника имѣнія, ибо, обращаясь за удовлетвореніемъ къ заложенному имѣнію, вотчинный кредиторъ имѣетъ дѣло исключительно съ собственникомъ этого имѣнія. «Если бы, справедливо замѣчаютъ мотивы проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія ⁽¹⁾, обязывать вотчиннаго кредитора заявлять требованіе о платежѣ и личному должнику,

(1) Т. III, тамъ же.

то обязанность эта въ большинствѣ случаевъ сводилась бы лишь къ безцѣльной формальности, а въ тѣхъ случаяхъ, когда нельзя отыскать личнаго должника, влекла бы за собою издержки и затрудненія, отъ которыхъ законъ долженъ по возможности защитить кредитора въ интересахъ поземельнаго кредита. Противъ этого, правда, возражаютъ, что освобожденіе отъ обязанности заявить требованіе о платежѣ личному должнику составляетъ несправедливость какъ по отношенію къ сему послѣднему, такъ и собственнику. Возраженіе это не имѣетъ однакоже рѣшающаго значенія уже и по тому, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ будетъ имѣть къ должнику право обратнаго требованія и окажется состоятельнымъ въ имущественномъ отношеніи, первый безъ всякаго сомнѣнія не оставитъ должника безъ увѣдомленія о фактѣ послѣдовавшаго востребованія». Поэтому проектъ вотчиннаго устава, согласно съ современною литературою ипотекаго права, иностранною судебною практикою ⁽¹⁾ и проектомъ общегерманскаго гражданскаго уложенія, полагаетъ, что вполне достаточно, если платежъ будетъ востребованъ отъ *собственника заложеннаго имѣнія*. Само собою разумѣется, что когда собственникъ умеръ и нѣтъ налицо его наслѣдниковъ, то заявленіе требованія о платежѣ должно быть сдѣлано назначенному надъ имѣніемъ опекуну ⁽²⁾.

По австрійскому законодательству фактъ востребованія платежа получаетъ обязательное значеніе для всякаго новаго собственника лишь тогда, если фактъ этотъ оглашенъ въ книгѣ посредствомъ соотвѣтствующей отмѣтки (*Anmerkung der Aufkündigung*; ст. 59 и 60 зак. о вотч. кн. 1871 г.). Проектъ не требуетъ подобнаго оглашенія и признаетъ, слѣдовательно, послѣдствія упомянутаго факта дѣйствительными для всякаго новаго пріобрѣтателя заложеннаго имѣнія. Такъ какъ условія относительно срока всякаго даннаго требованія должны быть видимы изъ вотчинной книги, то этимъ самымъ

⁽¹⁾ *Regelsberger*, в. п. с., тамъ же; *Exner*, в. п. с., стр. 249; *Maibom*, в. п. с., стр. 159; *Achilles*, в. п. с., стр. 233 № 4; *Dernburg*, *Lehrbuch d. preussischen Priyatrechts*, т. II (изд. 2, 1879 г.). стр. 802.

⁽²⁾ См. объясненія къ предъидущей статьѣ.

всякій новый пріобрѣтатель заложеннаго имѣнія какъ будто косвенно обязывается собрать надлежащія свѣдѣнія о томъ, заявлено ли къ платежу его предшественнику данное безсрочное требованіе, или еще не заявлено.

Проектъ не связываетъ заявленія требованія о платежѣ съ какою либо особенною формою. Заявленіе это можетъ быть, слѣдовательно, сдѣлано собственнику не только письменно или чрезъ нотариуса, но и на словахъ, съ тѣмъ, конечно, что въ случаѣ спора со стороны собственника обязанность доказать заявленіе требованія о платежѣ лежитъ на вотчинномъ кредиторѣ.

льготнаго платеж-
наго срока.

Засимъ настоящій проектъ, какъ видно изъ ст. 96, устанавливаетъ въ пользу собственника льготный трехмѣсячный срокъ, со дня заявленія ему требованія о платежѣ. Само собою разумѣется, что срокъ этотъ долженъ примѣняться лишь къ тѣмъ случаямъ, когда сами стороны не установили своимъ соглашеніемъ иного срока.

Разныя мнѣнія въ
редакціонной ком-
мисіи.

Впрочемъ, относительно необходимости включенія въ проектъ вотчиннаго устава разсматриваемаго правила послѣдовали въ средѣ редакціонной комисіи разныя мнѣнія.

Членъ комисіи *И. Я. Голубевъ* не находитъ основанія вводить въ вотчинный уставъ для залоговыхъ требованій такое правило о льготномъ срокѣ, которое не установлено въ дѣйствующемъ законодательствѣ въ видѣ общаго начала для всѣхъ обязательствъ, выданныхъ до востребованія. Прежде всего нельзя не замѣтить, что весьма сомнительно, чтобы встрѣчались часто обезпеченныя залогомъ сдѣлки, совершенныя съ условіемъ платежа по востребованію, а потому едва ли есть поводъ къ установленію особаго правила о востребованіи платежа именно для залоговыхъ требованій. Если же такія сдѣлки будутъ существовать, то интересы должника, обязавшагося къ платежу по востребованію суммы, обезпеченной залогомъ, достаточно ограждаются существующимъ нынѣ и сохраняемымъ на будущее время постановленіемъ, по которому при взысканіи дается особый срокъ на добровольную уплату долга (уст. гражд. суд., ст. 943 п. 3), и этотъ

срокъ при обращеніи взысканія на недвижимое имѣніе простирается до двухъ мѣсяцевъ со дня врученія повѣстки объ исполненіи (уст. гражд. суд., ст. 1095; проектъ полож. о порядкѣ взысканія съ недвиж. имѣній, ст. 10). Такой срокъ, если даже не считать времени, потребнаго на судебное производство по иску о взысканіи, даетъ должнику, не желающему довести имѣніе до публичной продажи, возможность пріискать средства къ удовлетворенію кредитора ранѣе приступа къ описи имѣнія. Этому же препятствуютъ ограниченія, наступающія одновременно съ врученіемъ повѣстки объ исполненіи (уст. гражд. суд., ст. 1097; проектъ о взыск. съ недвиж. имѣній, ст. 12, 15 и др.). По обращеніи взысканія на имѣніе отчужденіе его, залогъ или обремененіе какими либо вотчинными правами воспрещаются только условно: они не могутъ быть совершены безъ удовлетворенія взыскателя. Если должникъ, не желая допустить публичной продажи, предпочитаетъ продать имѣніе по вольной цѣнѣ или нашелъ возможность расчитаться съ взыскателемъ посредствомъ отчужденія части имѣнія, либо новаго залога или инаго обремененія имѣнія, то нѣтъ препятствій къ осуществленію этихъ распоряженій, лишь бы только была внесена взыскиваемая сумма, что можетъ послѣдовать одновременно съ установленіемъ вотчинныхъ правъ, дающимъ должнику средства для расплаты съ взыскателемъ. Въ виду сего, для должника нѣтъ надобности устанавливать еще особый льготный срокъ, предшествующій самому обращенію кредитора къ принудительному исполненію. Существованіе такого особаго срока, сверхъ полагаемаго при взысканіи, было бы весьма обременительно для кредитора, отсрочивая на продолжительное время возможность полученія удовлетворенія, и это обстоятельство вѣроятно послужило бы къ невыгодѣ должниковъ, отражаясь неблагопріятнымъ для нихъ образомъ на самыхъ условіяхъ сдѣлки. Независимо отъ обременительности для кредитора продолжительной отсрочки, слѣдуетъ еще замѣтить, что обязательное до обращенія къ суду заявленіе кредиторомъ требованія о платежѣ поставитъ иногда кредитора въ весьма затруднительное положеніе. Для предьявле-

нія ко взысканію кредиторъ долженъ будетъ имѣть доказательства дѣйствительнаго заявленія должнику, а также времени этого заявленія. Имѣть эти доказательства не всегда легко. Если допускается словесное заявленіе, то кредитору придется совершать его при свидѣтеляхъ и при томъ такихъ, которые не могутъ быть отведены отъ свидѣтельства другою стороною; во всякомъ случаѣ словесное заявленіе непримѣнимо, когда кредиторъ и должникъ живутъ въ разныхъ мѣстностяхъ, а также если должникъ уклоняется принять кредитора. Заявленіе посредствомъ письма не дастъ кредитору доказательствъ, которыя онъ могъ бы впослѣдствіи представить. Заявленіе чрезъ нотаріуса не возможно во многихъ мѣстахъ, такъ какъ нотаріальныя конторы имѣются далеко не всюду. Если мѣсто нахождения должника неизвѣстно кредитору, то вовсе нельзя сдѣлать заявленіе, а слѣдовательно нельзя и предъявить залоговаго акта ко взысканію. Въ такое положеніе не слѣдуетъ ставить кредитора. Если можно заявить должнику требованіе о платежѣ, то несомнѣнно каждый кредиторъ, предварительнаго предъявленія ко взысканію, обратится самъ къ должнику, чтобы не нести напрасныхъ хлопотъ. Къ суду и понудительному взысканію кредиторы прибѣгаютъ только при отсутствіи надежды получить добровольную уплату. Для такихъ случаевъ нѣтъ основанія отсрочивать самую возможность предъявленія ко взысканію, когда по врученіи повѣстки объ исполненіи должникъ еще будетъ имѣть достаточно времени для изысканія средствъ къ освобожденію имѣнія отъ описи и публичной продажи. По всѣмъ этимъ соображеніямъ членъ комисіи П. Я. Голубевъ полагаетъ не вводить въ вотчинный уставъ правило, проектированное въ ст. 96.

Большинство же членовъ комисіи (*Н. И. Стояновскій, А. А. Книримъ, С. И. Лукьяновъ, В. И. Голевинскій, Г. П. Карницкій, А. К. Рихтеръ и Л. В. Гантоверъ*) признаетъ нужнымъ включить въ проектъ разсматриваемое правило, руководствуясь въ отношеніи необходимости предварительнаго заявленія должнику требованія о платежѣ по безсрочнымъ требованіямъ соображеніями, приведенными выше

подъ настоящею статьею, а въ отношеніи необходимости установленія въ пользу собственника трехмѣсячнаго льготнаго срока—тѣмъ соображеніемъ, что отсутствіе подобной льготы будетъ отражаться весьма тяжело на интересахъ собственника. Послѣдній можетъ весьма часто оказаться не въ состояніи произвести немедленный платежъ по заявленіи кредиторомъ требованія о платежѣ, чѣмъ подастъ поводъ къ открытію взысканія и оглашенію послѣдняго въ вотчинной книгѣ заложеннаго имѣнія (ст. 12 проекта положенія о произв. взыск. съ недв. им.), оглашенію, приостанавливающему вотчинный оборотъ по имѣнію (ст. 15 того же проекта), а слѣдовательно лишающему его возможности добыть необходимыя наличныя средства для удовлетворенія взыскателя путемъ установленія новаго залога на этомъ имѣніи. Срокъ платежа по востребованію несравненно тяжелѣе для собственника заложеннаго имѣнія, нежели срокъ, опредѣленный календарнымъ временемъ, почему и льгота, установленная ст. 10 проекта положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, представляется далеко не одинаковою для этого собственника, будетъ ли рѣчь идти о требованіяхъ срочныхъ или такихъ, удовлетвореніе коихъ должно послѣдовать по востребованію. Только введеніе разсматриваемаго правила можетъ до извѣстной степени уравновѣситъ означенную льготу по отношенію къ тѣмъ и другимъ требованіямъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны найдутъ эту льготу несоотвѣтствующею ихъ намѣреніямъ, они не замедлятъ установить другой срокъ по взаимному между собою соглашенію. Практическая важность настоящаго правила выражается, по мнѣнію большинства, между прочимъ и въ томъ, что оно подастъ поводъ самимъ сторонамъ условливаться на счетъ какъ самыхъ заявленій о платежѣ, такъ и срока, по наступленіи коего платежъ этотъ долженъ быть произведенъ, и тѣмъ окажетъ косвенно содѣйствіе ко внесенію большей опредѣленности въ отношенія, порождаемыя безсрочными требованіями (1).

(1) Ср. мотивы къ проекту общегерм. гр. улож., т. II, стр. 314.

Изъятіе принудительнаго залога изъ подѣйствія ст. 96.

Въ заключеніе остается прибавить, что настоящая статья предусматриваетъ одни только безсрочныя требованія, обезпеченныя *добровольнымъ залогомъ*. Хотя требованія, обезпеченныя принудительнымъ залогомъ, представляются тоже безсрочными, ибо удовлетвореніе по нимъ можетъ быть потребовано во всякое время, тѣмъ не менѣе дѣйствіе ст. 96 не распространяется на эти послѣднія требованія. Установленіе по нимъ предварительнаго заявленія требованія о платежѣ, связаннаго съ извѣстнымъ льготнымъ срокомъ, было бы противно значенію и силѣ лежащаго въ основѣ принудительнаго залога судебного рѣшенія, опредѣленнымъ правилами устава гражданскаго судопроизводства.

97. Вотчинный кредиторъ можетъ, не требуя публичной продажи имѣнія, обратить взысканіе на находящіяся въ имѣніи и принадлежащія собственнику отдѣленные плоды, на наемную плату и всякаго рода платежи, причитающіяся собственнику по заложенному имѣнію; но это право вотчиннаго кредитора не лишаетъ личныхъ кредиторовъ права обратиться на указанные предметы взысканіе по своимъ требованіямъ. При недостаточности суммы на полное удовлетвореніе всѣхъ взысканій, она распредѣляется по соразмѣрности между вотчинными и личными кредиторами.

По силѣ 95 ст. проекта вотчиннаго устава залоговое право осуществляется посредствомъ иска, направленнаго на полученіе удовлетворенія изъ *заложеннаго имѣнія* посредствомъ публичной продажи сего послѣдняго; вопросъ же о томъ, что понимается подъ выраженіемъ «заложенное имѣніе», на что собственно, съ точки зрѣнія своего предмета, залогъ простирается, разрѣшается ст. 75 сего проекта.

Изъ послѣдней статьи и объясненій къ ней ⁽¹⁾ однакоже видно, что залогъ простирается не на одно только недвижи-

⁽¹⁾ См. выше, стр. 590 и слѣд.

мое имѣніе, но и на произрастенія и плоды его, принадлеж-ности, наемную плату и всякаго рода платежи, причитаю-щіеся собственнику по имѣнію, и на страховое вознагражде-ніе, или, другими словами, *и на движимости*. Хотя произ-растенія и плоды, фактомъ отдѣленія ихъ отъ почвы, пере-стаютъ быть составными частями заложеннаго имѣнія и превращаются въ самостоятельныя движимыя вещи, тѣмъ не менѣе они, силою одного лишь этого факта, не освобож-даются отъ дѣйствія залога, которому были подчинены до отдѣленія, развѣ бы они не принадлежали собственнику имѣнія или были вывезены изъ послѣдняго. Тѣмъ же усло-віямъ подчинена, какъ извѣстно, отвѣтственность по залoгу и принадлежностей заложеннаго имѣнія. Дѣйствіе залога обнимаетъ собою и причитающіеся по имѣнію платежи, безразлично, наступили ли ихъ сроки или нѣтъ, кромѣ развѣ тѣхъ платежей, которые получены уже собствен-никомъ или уступлены имъ постороннему лицу. Наконецъ, оно обнимаетъ собою и страховое вознагражденіе всякаго рода, несмотря на то, что только вознагражденіе за истреб-ленныя или поврежденныя пожаромъ строенія подлежить, согласно проекту, обязательному препровожденію въ вот-чинное установленіе для распредѣленія между вотчинными кредиторами (ст. 81). Спрашивается поэтому, можно ли допустить, рядомъ съ публичной продажей заложеннаго имѣ-нія, другой порядокъ удовлетворенія вотчинныхъ кредито-ровъ, заключающійся въ обращеніи взысканія на то или другое изъ означенныхъ движимыхъ имуществъ, подлежа-щихъ дѣйствію залога, и если можно, то съ какимъ именно значеніемъ? Должно ли взысканіе, обращенное помимо залoженнаго имущества на упомянутую движимость, составлять вполне самостоятельный порядокъ удовлетворенія залога, предпринимаемый вотчинными кредиторами *исключительно въ ихъ собственномъ интересѣ*, или же, напротивъ того, общій, т. е. такой, который исключаетъ по отношенію къ означенной движимости подобное заложенному имѣнію поня-тіе о специальной массѣ, предназначенной служить источни-комъ преимущественнаго удовлетворенія залоговыхъ требо-

ваній? Вопросъ этотъ разрѣшается настоящею статьею въ послѣднемъ смыслѣ на основаніи слѣдующихъ соображеній.

Существованіе по залогамъ одного подлѣ другаго двухъ самостоятельныхъ порядковъ удовлетворенія т. н. *Immobiliarexecution* и *Mobiliarexecution*, не можетъ быть допущено именно потому, что оно разорвало бы ту экономическую и юридическую связь, которою означенныя движимыя имущества соединены съ имѣніемъ. Оно повело бы къ разрушенію хозяйственнаго состава имѣнія и къ нарушенію правъ, пользующихся старшинствомъ предъ правомъ кредитора-взыскателя, такъ какъ движимыя имущества, о коихъ идетъ рѣчь, служа нераздѣльнымъ съ имѣніемъ обезпеченіемъ *всѣхъ* правъ, на послѣднемъ установленныхъ, должны служить и источникомъ удовлетворенія *всѣхъ* этихъ правъ. Независимо отъ сего, допущеніе самостоятельной реализаціи залоговъ въ отношеніи недвижимостей и упомянутыхъ движимостей повело бы къ образованію двухъ отдѣльныхъ массъ, къ тому, что съ публичной продажей одной только недвижимости тотъ или другой залогъ не почитался бы еще прекратившимся, а продолжалъ бы простираться еще и на *движимость* ея, т. е. къ положенію вещей, совершенно невозможному.

Все сказанное не значитъ, однакоже, чтобы вотчинный кредиторъ обязанъ былъ ограничиваться во что бы то ни стало требованіемъ публичной продажи заложеннаго имѣнія, или другими словами, чтобы кредитору этому слѣдовало совершенно запретить обратить взысканіе исключительно на рассматриваемое движимое имущество. Какъ извѣстно уже изъ объясненій къ ст. 75, настоящій проектъ не имѣетъ въ виду безусловно воспретить собственнику заложеннаго имѣнія распоряжаться означеннымъ движимымъ имуществомъ путемъ его отчужденія, въ частности, продавать отдѣленные плоды и произрастенія и принадлежности, обращать въ свою пользу наемныя и иные платежи и страховое вознагражденіе (сверхъ указаннаго въ ст. 81), ибо такое воспрещеніе сдѣлало бы совершенно невозможнымъ веденіе хозяйства въ заложенномъ имѣніи. Въ той же мѣрѣ, въ какой собственникъ

вправѣ распорядиться означеннымъ имуществомъ въ свою пользу, не причиняя этимъ вреда вотчиннымъ кредиторамъ, имущество это не можетъ, конечно, не быть объектомъ самостоятельнаго взысканія со стороны какого либо вотчиннаго кредитора, ибо странно было бы не дѣлать предметомъ такого взысканія то, что можетъ быть самымъ собственникомъ обращено въ его пользу. Имѣя это право, всякій вотчинный кредиторъ, по наступленіи срока платежа его требованію, вправѣ даже предупредить распоряженіе со стороны собственника означеннымъ имуществомъ путемъ наложенія ареста, въ порядкѣ, установленномъ уставомъ гражданского судопроизводства ⁽¹⁾. По той же самой однако причинѣ движимое имущество, о коемъ идетъ рѣчь, не можетъ быть также изъято изъ числа предметовъ, на которые вправѣ обратить взысканіе и *личные* кредиторы собственника. Понятно, что какъ объектъ самостоятельный, независимый отъ имѣнія, обремененнаго залогами, имущество это, подобно всякому другому имуществу собственника, состоящему въ его свободномъ распоряженіи, можетъ служить лишь источникомъ *соразмѣрнаго* удовлетворенія между всѣми взысканіями. Поэтому и вотчинный кредиторъ, обратившій взысканіе на это имущество, получитъ, согласно настоящей статьѣ проекта, удовлетвореніе изъ него по соразмѣрности съ другими вотчинными кредиторами, обратившими на оное взысканіе, и личными взыскателями. Онъ прибѣгнетъ, слѣдовательно, къ разсматриваемому взысканію въ тѣхъ преимущественно случаяхъ, когда сумма взысканія незначительна, и когда другихъ долговъ, которые подлежали бы удовлетворенію изъ того же движимаго имущества, или вовсе нѣтъ, или ихъ не много, почему и сложное производство публичной продажи самаго имѣнія можетъ быть избѣгнуто. Само собою разумѣется, что съ открытіемъ производства о публичной продажѣ заложеннаго имѣнія, возможность съ чьей бы то ни было стороны

⁽¹⁾ См. выше, стр. 593.

обращенія взысканія на разсматриваемое движимое имущество самостоятельно отъ означенной продажи пресѣкается сама собою, такъ какъ продажа эта простирается необходимо и на это имущество, какъ подчиненное, согласно ст. 75 проекта, нераздѣльно съ имѣніемъ дѣйствию залоговъ, обременяющихъ это послѣднее.

98. Вотчинный кредиторъ, не получившій полного удовлетворенія изъ заложенного имѣнія, можетъ обратиться взысканіе на другое имущество первоначальнаго должника или его наслѣдника, если при установленіи залога не было условлено, что должникъ отвѣчаетъ только заложеннымъ имѣніемъ. О такомъ ограниченіи права кредитора должно быть означено въ вотчинной книгѣ и въ залоговомъ актѣ.

Означенная отвѣтственность первоначальнаго должника и его наслѣдника продолжается, несмотря на переходъ имѣнія въ другія руки, если кредиторъ въ теченіи трехъ лѣтъ по наступленіи срока залоговому требованію обратилъ взысканіе на заложенное имѣніе.

99. Приобрѣвшій обремененное залогомъ имѣніе отвѣчаетъ по этому залогу только заложеннымъ имѣніемъ, развѣ принялъ на себя и личную отвѣтственность за уплату залоговаго требованія.

100. Продавецъ обремененнаго залогомъ имѣнія, въ случаѣ послѣдующаго освобожденія имѣнія отъ всего или части оставленнаго на немъ при продажѣ долга, вслѣдствіе признанія залоговаго требованія или залога недѣйствительными, либо вслѣдствіе уплаты требованія не покупщикомъ, а продавцемъ или за его счетъ другимъ лицомъ, имѣетъ право на полученіе съ покупателя той суммы, въ которой имѣніе освобождено отъ отвѣтственности. Это правило не примѣняется, когда состоялось иное соглашеніе продавца съ покупщикомъ.

Ст. 20 главныхъ основаній.

Ст. 150—154 проекта мин. юст.

Ст. 68 польск. ип. уст. 1818 г.

- Ст. 1456 свод. остзейск. гр. зак.
Ст. 49 и 56 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.
Ст. 464, 466 австр. гр. улож.
Ст. 426— 428, 430 сакс. гр. улож.
Ст. 41 прусск. зак. о приобр. права собств. на недв. им. 1872 г.
Ст. 2166, 2178, 2209 франц. гр. улож.
Ст. 2013 и слѣд., 2080 итал. гр. улож.

101. Вотчинный кредиторъ, въ пользу коего установленъ совокупный залогъ, имѣетъ право обратить взысканіе въ полной суммѣ на каждое изъ заложенныхъ имѣній, по своему выбору, или на нѣсколько имѣній, или даже на всѣ заложенные имѣнія. При одновременномъ обращеніи взысканія на нѣсколько имѣній, должникъ имѣетъ право требовать назначенія публичной продажи такимъ образомъ, чтобы въ случаѣ полученія кредиторомъ удовлетворенія изъ одного имѣнія остальные имѣнія освобождались отъ продажи.

- Ст. 1152 и 1153 уст. гр. судопр.
Ст. 15 австр. зак. о вотч. кн. 1871 г.
Ст. 379 и 380 сакс. гр. улож.
Ст. 42 прусск. зак. о приобр. права собств. на недв. им. 1872 г.
Ст. 147 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.
Ст. 2114 франц. гр. улож.
Ст. 1078 проекта общегерм. гр. улож.

102. Лицо, въ пользу коего установленъ кредитный залогъ, можетъ, по своему усмотрѣнію, обратить взысканіе на заложенное имѣніе, или на другое имущество должника.

- Ст. 220 и 221 пол. о каз. подр. и пост. т. X ч. 1 свод. зак., изд. 1887 г.

103. По залогу въ обезпеченіе займа изъ кредитныхъ установленій должникъ отвѣчаетъ лишь заложеннымъ имѣніемъ. Правило это не примѣняется къ кредитному залогу.

104. Если залогомъ обезпеченъ чужой долгъ, то вотчинный кредиторъ можетъ, не отыскивая удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія, обратить взысканіе непосредственно на личнаго должника. Это не лишаетъ однако вотчиннаго кредитора права взыскивать недополученную имъ сумму съ заложеннаго имѣнія.

Ст. 1445 свод. остзейск. гр. законовъ.

Ст. 426 сакс. гр. улож.

**I. Неограниченная
отвѣтственность
должника и**

I. Устанавливаемое настоящими статьями, въ видѣ общаго правила, начало отвѣтственности должника по залоговымъ требованіямъ, какъ не ограниченной предѣлами одного только заложеннаго имѣнія, но распространяющей на все имущество должника, основано на соображеніяхъ, подробно указанныхъ въ § 5 отдѣла IV общихъ объясненій къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾. Тамъ же приведены соображенія, заставившія редакціонную комиссію предоставить договаривающимся сторонамъ право условливаться при установленіи залога о томъ, чтобы должникъ отвѣчалъ только заложеннымъ имѣніемъ, а также ввести такую же ограниченную отвѣтственность должника по залому въ обезпеченіе займа изъ кредитныхъ установленій.

Ограниченная заложеннымъ имѣніемъ отвѣтственность должника по залому, устанавливаемому въ пользу кредитныхъ установленій, составляетъ *единственное исключеніе* изъ вышеозначеннаго общаго правила, которое по мысли проекта должно быть допущено силою самаго закона. Исключеніе это, какъ видно изъ ст. 103, касается лишь залоговъ, устанавливаемыхъ въ пользу этихъ установленій *въ обезпеченіе займа* и не примѣняется къ кредитному залому. Последнее обусловливается самымъ существомъ кредитнаго залога, тѣмъ обстоятельствомъ, что нигдѣ значеніе обезпечиваемаго требованія, какъ главнаго права, не столь явственно, какъ при этомъ залогѣ, и соответствуетъ нынѣ дѣйствующему нашему законодательству (п. 10 прилож. къ ст.

⁽¹⁾ См. выше, стр. 278 и слѣд.

27 раздѣла IV уст. кредитн. т. XI, ч. 2, свод. зак., изд. 1887 года).

По всѣмъ же, слѣдовательно, другимъ залоговымъ требованіямъ (кромѣ тѣхъ, которыя, вытекаая изъ займа, принадлежатъ кредитнымъ установленіямъ) должникъ отвѣчаетъ неограниченно, развѣ бы самыми договорившимися сторонами въ томъ или другомъ случаѣ была условлена ограниченная отвѣтственность должника. Такое соглашеніе сторонъ, какъ устанавливающее добровольное *уклоненіе* отъ преподанныхъ закономъ общихъ правилъ, не можетъ подразумѣваться, а должно быть прямо выражено въ актѣ, устанавлиющемъ взаимныя отношенія по поводу даннаго залоговаго требованія и означено въ вотчинной книгѣ и въ подлежащемъ залоговомъ актѣ. Означеніе это необходимо въ интересахъ третьихъ пріобрѣтателей залоговаго требованія. На соображеніяхъ этихъ основана редакція первой половины ст. 98 проекта.

Какъ извѣстно, проектъ подчиняетъ отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ какъ заложеннымъ имѣніемъ, такъ и всякимъ другимъ имуществомъ, одного лишь должника, какъ лица, непосредственно участвующаго въ обязательственномъ отношеніи и установившаго залогъ съ цѣлью обезпеченія требованія, вытекающаго изъ этого отношенія. Съ переходомъ заложеннаго имѣнія въ другія руки такая же неограниченная отвѣтственность возможна лишь въ томъ случаѣ, если новый собственникъ состоитъ наслѣдникомъ первоначальнаго должника, т. е. въ силу правилъ универсальнаго преемства (ст. 1259 т. X, ч. 1, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.), или хотя и частнымъ преемникомъ должника, но принявшимъ на себя и личную отвѣтственность по долгамъ послѣдняго, обезпеченнымъ залогами на пріобрѣтенномъ имѣніи. Объ условіяхъ и послѣдствіяхъ такого принятія на себя личной отвѣтственности со стороны третьяго пріобрѣтателя имѣнія сказано ниже ⁽¹⁾. Въ же случаевъ, когда третій пріобрѣтатель имѣнія принялъ на себя долги первоначальнаго должника, онъ остается чуждъ отношеніямъ

ограниченная отвѣтственность третьяго пріобрѣтателя, какъ общія правила.

⁽¹⁾ Стр. 737 и слѣд.

по этимъ долгамъ и отвѣтствуетъ только по однимъ *залогамъ*, установленнымъ на имѣніи, обязательнымъ для него силою присущаго имъ вотчиннаго характера (ст. 9 проекта) и, слѣдовательно, помимо всякаго особаго о томъ соглашенія, — или, другими словами, онъ отвѣтствуетъ однимъ только заложенымъ имѣніемъ. Въ виду практической важности этого начала проектъ считаетъ необходимымъ выразить его въ особой статьѣ (ст. 99).

II. Соотношеніе залоговой и личной отвѣтственности по иностраннымъ законодательствамъ и по проекту вотч. устава.

II. Конкуренція личной и вотчинной отвѣтственности по одному и тому же залоговому требованію, личной (обусловливаемой требованіемъ) и вотчинной (обусловливаемой залогомъ), и порождаемыхъ каждою изъ нихъ исковъ, обязательственнаго или личнаго и залоговаго или вотчиннаго, то совпадающихъ въ одномъ лицѣ (когда имѣніе находится въ рукахъ первоначальнаго должника, его наслѣдника, или частнаго преемника, принявшаго на себя личную отвѣтственность за уплату этого требованія), то раздѣляющихся между первоначальнымъ должникомъ и третьимъ пріобрѣтателемъ (въ остальныхъ случаяхъ перехода заложеннаго имѣнія отъ первоначальнаго должника) ведетъ къ необходимости регулировать взаимное соотношеніе этихъ исковъ и тѣхъ важнѣйшихъ послѣдствій, которыя вытекаютъ изъ каждаго изъ нихъ.

Во всѣхъ германскихъ ипотечныхъ законодательствахъ (ст. 49 бав. ипот. закона; 426 сакс. гражд. улож.; ст. 426 австр. гражд. улож.) предоставлена кредитору полная свобода выбора того или другаго пути преслѣдованія цѣли удовлетворенія. Наличность залога не препятствуетъ кредитору въ осуществленіи личнаго требованія посредствомъ личнаго иска, точно также какъ и требованіе это, въ свою очередь, не препятствуетъ предъявленію непосредственно иска о залогѣ. Должникъ не вправе заставить кредитора обратиться прежде всего къ заложенному имѣнію; онъ не имѣетъ такъ называемаго *exceptio excussionis realis* ⁽¹⁾. Такой

⁽¹⁾ *Exner*, в. п. с., стр. 256 и слѣд.; *Förster* (въ изданіи Экциуса), т. III, § 194, прим. 129.

свободный выборъ того или другаго иска принадлежитъ кредитору совершенно независимо отъ того, находится ли заложенное имѣніе въ рукахъ первоначальнаго должника или третьяго пріобрѣтателя. На другой точкѣ зрѣнія стоитъ французское (ст. 2209) и итальянское законодательства (ст. 2000), предоставляющія кредитору право обратить взысканіе на другое недвижимое имущество, не обремененное въ его пользу залогомъ, лишь въ случаѣ недостаточности суммы, вырученной изъ заложеннаго имѣнія. Примѣру французскаго права слѣдуетъ, по мнѣнію Дуткевича ⁽¹⁾, и польскій ипотечный уставъ. Такъ какъ приведенное правило французскаго права имѣетъ въ виду случай нахождения имѣнія въ рукахъ третьяго пріобрѣтателя его (*tiers détenteur*), то отсюда комментаторы этого права выводятъ, что собственникъ заложеннаго имѣнія, состоящій вмѣстѣ съ тѣмъ и личнымъ должникомъ, не имѣетъ вышеупомянутаго *exceptio excussionis realis*, что, другими словами, противъ него допускается непосредственное предъявленіе личнаго иска, прямое обращеніе взысканія на другое имущество его, не обремененное залогомъ ⁽²⁾. Независимо отъ сего, опираясь на редакцію означеннаго правила, предусматривающаго постепенность, въ которой должны отвѣчать по залоговому требованію *недвижимыя имѣнія*, комментаторы объявляютъ также, что вотчинному кредитору не запрещено, въ случаѣ перехода заложеннаго имѣнія къ третьему пріобрѣтателю, обратить взысканіе непосредственно, т. е. минуя это имѣніе, на движимое имущество должника и капиталы, находящіеся у третьихъ лицъ ⁽³⁾. Остается еще прибавить, что когда собственникъ заложеннаго имѣнія состоитъ должникомъ по данному залоговому требованію, то оба иска по западнымъ законодательствамъ, вотчинный и личный, могутъ быть соединяемы вмѣстѣ такимъ образомъ, что вотчинный кредиторъ вправѣ въ одномъ и томъ же искомъ прошеніи заявить ходатайство о признаніи требованія подлежа-

⁽¹⁾ В. п. с., стр. 279 и 280.

⁽²⁾ *Ruchelt*, в. п. с., стр. 260.

⁽³⁾ *Дуткевичъ*, тамъ же.

щимъ удовлетворенію изъ заложенного имѣнія, а за недостаткомъ послѣдняго, изъ остальнаго имущества должника (¹).

Что касается проекта вотчиннаго устава, то, какъ видно изъ ст. 98, онъ, точно также какъ и французское и польское право, даетъ вотчинному кредитору право обратиться на другое имущество первоначальнаго должника или его наслѣдника лишь послѣ того, какъ кредиторъ этотъ не получилъ удовлетворенія изъ заложенного имѣнія. Проектъ полагаетъ, что, поступая такимъ образомъ, онъ во 1-хъ, становится ближе къ постановленіямъ дѣйствующаго залоговаго права, придающаго тоже, какъ извѣстно, отвѣтственности заложенного имѣнія по залоговымъ требованіямъ преимущественное значеніе (хотя и доводящимъ это преимущество до совершеннаго исключенія личной отвѣтственности по этимъ требованіямъ) и во 2-хъ, отдаетъ лишь должное уваженіе намѣренію сторонъ, которое въ громадномъ большинствѣ случаевъ направлено, главнымъ образомъ, при установленіи залога къ тому, чтобы заложенное имѣніе служило *на первомъ планѣ* источникомъ удовлетворенія. Слѣдовательно, и по проекту искъ по залогу долженъ предшествовать личному иску, вытекающему изъ требованія, залогомъ обеспеченнаго. Хотя ст. 98 упоминаетъ только о «первоначальномъ должникѣ или его наслѣдникѣ», но рассматриваемое правило ея на счетъ упомянутой постепенности предъявленія исковъ, о коихъ идетъ рѣчь, относится очевидно и къ предусмотрѣнному ст. 99 случаю, когда третій пріобрѣтатель принялъ на себя личную отвѣтственность за уплату залоговаго требованія, ибо пріобрѣтатель этотъ въ этомъ случаѣ является тоже *должникомъ*, въ техническомъ смыслѣ этого слова. Во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній необходимо замѣтить, что выраженіе «*первоначальный должникъ*» употреблено въ ст. 98 съ цѣлью противопоставленія лица, *непосредственно* вступившаго въ долговое отношеніе,

(¹) *Exner*, в. п. с., стр. 229 и слѣд.; *Regelsberger*, в. п. с., стр. 384 и слѣд.

его наслѣднику, являющемуся тоже должникомъ по универсальному преемству, или частному преемнику въ отношеніи обязанности лично отвѣтствовать (ст. 99), а никакъ не въ томъ смыслѣ, который давалъ бы поводъ предполагать, что третій приобрѣтатель, не принявшій на себя личной отвѣтственности по залоговымъ требованіямъ, установленнымъ его предшественникомъ по имѣнію, есть тоже должникъ, хотя и не первоначальный. Должникомъ можетъ быть, по мысли проекта, одно лицо, именно то, которое является участвующею стороною въ данномъ обязательственномъ отношеніи, изъ коего требованіе возникаетъ; третій же приобрѣтатель не есть должникъ. Если онъ можетъ быть привлекаемъ въ качествѣ отвѣтчика, то только по залоговому иску и то только потому, что въ его рукахъ находится заложенное имѣніе.

Засимъ редація разсматриваемой 98 ст. не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что установленный ею порядокъ предъявленія означенныхъ исковъ долженъ быть соблюдается безусловно, все равно, будетъ ли заложенное имѣніе принадлежать должнику, или третьему приобрѣтателю. Такимъ образомъ, собственникъ-должникъ вправѣ не допустить обращенія по данному залоговому требованію взысканія на другое имущество его, сверхъ заложеннаго. Онъ вправѣ это сдѣлать, не будучи вовсе обязанъ предварительно доказать, что заложеннаго имѣнія достаточно для удовлетворенія этого требованія ⁽¹⁾. Въ свою очередь и третій приобрѣтатель не вправѣ обратитъ взыскателя первоначально къ должнику, а долженъ отвѣчать по предъявленному къ нему непосредственно иску о залогѣ. Различія въ томъ, будетъ ли другое, неподчиненное дѣйствію залога, имущество должника недвижимымъ или движимымъ, проектъ тоже не дѣлаетъ, такъ какъ для того, чтобы проводить подобное различіе не существуетъ никакихъ разумныхъ основаній. Само собою разумѣется, что проектъ не препятствуетъ со-

⁽¹⁾ Ср. вышеприведенную ст. 2209 франц. ср. улож. и ст. 2080 итал. гр. улож.

единенію вотчиннаго и личнаго исковъ противъ собственника-должника въ одномъ искѣ, или, другими словами, предъявленію обоихъ этихъ исковъ одновременно. Недопущеніе такого соединенія не находило бы для себя опоры въ буквальномъ текстѣ ст. 98 и носило бы характеръ ничѣмъ не оправдываемаго формализма. Все, чего статья эта требуетъ, заключается лишь въ томъ, чтобы на первомъ планѣ отвѣчало по залоговымъ требованіямъ заложенное имѣніе и только за недостаткомъ его другое имущество должника. Требованію этому какъ вотчинный кредиторъ, такъ и судъ удовлетворятъ вполне, если, въ случаѣ совпаденія собственника заложеннаго имѣнія и должника въ одномъ лицѣ, кредиторъ будетъ просить въ одно и тоже время о присужденіи удовлетворенія изъ этого имѣнія и только *вспомогательно, на случай недостаточности послѣдняго*, — изъ другого имущества должника и если судъ удовлетворитъ его, кредитора, ходатайство въ этомъ именно видѣ. Такое совмѣстное предъявленіе разсматриваемыхъ исковъ въ одномъ представляетъ собою несомнѣнныя выгоды для кредитора, хотя бы и съ точки зрѣнія выигрыша во времени и въ расходахъ.

Впрочемъ, приведенное соотношеніе иска по залогу и иска личнаго между собою, имѣетъ по проекту опять таки лишь значеніе общаго правила, допускающаго извѣстныя исключенія. Таковы именно исключенія, устанавливаемые ст. 102 и 104 въ пользу залоговъ *кредитнаго и обезпечивающаго чужой долгъ*.

По отношенію къ первому изъ этихъ залоговъ проектъ предоставляетъ полному усмотрѣнію кредитора, на что обратиться сперва взысканіе, на заложенное ли имѣніе, или на другое имущество должника. Соображенія въ пользу такого именно разрѣшенія разсматриваемаго вопроса о соотношеніи вышеупомянутыхъ исковъ при кредитномъ залогѣ вытекаютъ изъ неоднократно указаннаго уже существа этого залога, его вполне второстепенной роли въ томъ юридическомъ отношеніи, по поводу коего онъ установленъ. Они, кромѣ того, находятъ себѣ подтвержденіе въ постановленіяхъ дѣйствующаго законодательства (п. 10 прил. къ ст. 27

разр. IV уст. кред., т. XI ч. 2, свод. зак., изд. 1887 г.). Странно было бы въ самомъ дѣлѣ стѣснять кредитора по договору подряда, поставки, товарищества и т. п. въ возможности, основываясь непосредственно на этомъ договорѣ, привлечь своего должника къ личной имущественной отвѣтственности помимо имѣнія, на которомъ установленъ кредитный залогъ, когда, напримѣръ, залогъ этотъ представляетъ сомнительную цѣнность сравнительно съ цѣнностью другаго его, должника, имущества.

Что же касается залога, *обезпечивающаго чужой долгъ*, то по отношенію къ нему проектъ устанавливаетъ правило, какъ разъ обратное тому, которое изложено въ ст. 98, а именно, кредиторъ обязанъ обратиться свое взысканіе сперва непосредственно на личнаго должника и только послѣ того, какъ не добился этимъ путемъ удовлетворенія, вправе обратиться къ заложенному имѣнію (ст. 104).⁽¹⁾ И это правило основано на дѣйствующемъ законѣ (ст. 220 пол. о каз. подр. и пост. т. X ч. 1, свод. зак., изд. 1887 г.), разъясненномъ рѣшеніями гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената (рѣш. 1879 г. за № 109 и 1884 г. за № 124). И въ самомъ дѣлѣ, залогъ, установленный въ обезпеченіе чужаго долга, какъ уже указано было въ объясненіяхъ къ ст. 53⁽²⁾, имѣетъ характеръ вотчиннаго поручительства, носитъ въ литературѣ ипотечнаго права названіе *поручительнаго залога* (Bürgschaftshypothek). Какъ въ обыкновенномъ, простомъ поручительствѣ, точно также и при этомъ залогѣ третье лицо ручается за исправность должника. Вся разница лишь въ томъ, что въ первомъ случаѣ оно ручается всѣмъ вообще своимъ имуществомъ, а въ послѣднемъ только тѣмъ, на которомъ установленъ залогъ, но за то со старшинствомъ, залогъ этому присвоеннымъ, а слѣдовательно и съ преимуществомъ предъ другими залогами,

⁽¹⁾ Редакція ст. 104 проекта не совсѣмъ точно передаетъ эту мысль, которая, кажется, имѣлась несомнѣнно въ виду, ибо въ ней говорится, что «кредиторъ *можетъ*... и т. д., почему и нуждается въ исправленіи.

⁽²⁾ Стр. 460.

установленными позже на заложенномъ имуществѣ, и предъ всѣми личными долгами поручителя. Если въ простомъ поручительствѣ поручитель, согласно ст. 1558 т. X, ч. 1, свод. зак. гражд., изд. 1887 г., отвѣтствуетъ за долгъ только тогда, «когда все имущество признаннаго несостоятельнымъ должника будетъ подвергнуто продажѣ, вырученныя за оное деньги распределены между займодавцами по установленному въ законѣ порядку, и затѣмъ окажется, что суммы сихъ денегъ недовольно для удовлетворенія того долга, по коему дано поручительство», то нѣтъ, очевидно, никакихъ основаній къ тому, чтобы отказывать собственнику имѣнія, обремененнаго залогомъ по чужому долгу, въ правѣ защищаться возраженіемъ о преждевременности обращенія взысканія на это имѣніе, когда взысканію этому не предшествовало обращеніе взысканія на неисправнаго контрагента и когда у послѣдняго можетъ оказаться собственное его имущество, способное служить источникомъ удовлетворенія. Само собою понятно, что до тѣхъ поръ, пока кредиторъ не получилъ полного удовлетворенія, не можетъ быть рѣчи объ освобожденіи собственника отъ разсматриваемаго залога или, другими словами, о погашеніи сего послѣдняго. Залогъ этотъ долженъ, слѣдовательно, оставаться неприкосновеннымъ до тѣхъ поръ, пока будетъ производиться взысканіе съ должника, дабы служить источникомъ удовлетворенія на случай неблагонадежности этого взысканія. Въ этомъ смыслѣ ст. 104 проекта, во избѣжаніе всякихъ въ этомъ отношеніи недоразумѣній, постановляетъ, что обращеніе взысканія по чужому долгу, обеспеченному залогомъ, непосредственно на личнаго должника не лишаетъ однако вотчиннаго кредитора права взыскивать недополученную имъ сумму съ заложеннаго имѣнія. Предупредить продажу послѣдняго собственникъ можетъ, какъ и при всякомъ другомъ залогѣ, уплативъ добровольно сумму, въ которой данный залогъ установленъ.

Понятно также, что правило 104 ст. проекта относится собственно къ случаямъ обыкновеннаго залога, обеспечивающаго чужой долгъ, а не такого залога, который установленъ на срокъ (ст. 53 проекта). Это вытекаетъ само собою изъ вышеприведенной аналогіи между разсматриваемымъ залогомъ

гомъ и поручительствомъ. Подобно тому, какъ срочное поручительство (ст. 1560 т. X ч. 1), въ противоположность простому, даетъ кредитору право обратиться възысканіе на срочнаго поручителя, въ случаѣ *неисправности* должника (рѣш. гражд. касс. деп. прав. сената 1870 г. за № 576, 1871 г. за № 861 и 1878 г. за № 272), точно также слѣдуетъ признать за кредиторомъ право обратиться со възысканіемъ непосредственно къ заложенному имѣнію, въ случаѣ *неисправности* должника по требованію, обеспеченному срочнымъ залогомъ. Это относится, конечно, къ тѣмъ случаямъ, когда срочнымъ залогомъ, установленномъ на чужомъ имѣніи, обеспечивается существующее уже долговое требованіе. Другое дѣло, когда упомянутый залогъ имѣетъ характеръ кредитнаго залога, когда именно, что обыкновенно и бываетъ на практикѣ, имъ обеспечивается какое либо будущее требованіе, вытекающее изъ двухсторонняго договора, напримѣръ, подряда. Тогда обращеніе възысканія на заложенное имѣніе можетъ быть, въ виду спорности вопроса о возникновеніи самаго требованія, обусловлено присужденіемъ съ должника этого требованія. Ближайшія послѣдствія срочнаго залога, установленнаго на чужомъ имѣніи въ примѣненіи къ вопросу о прекращеніи его указаны въ ст. 108 проекта и въ приведенныхъ въ объясненіе ея соображеніяхъ ⁽¹⁾.

III. Конкуренція вотчиннаго и личнаго исковъ по залоговымъ требованіямъ нуждается въ извѣстной регламентаціи еще съ другой точки зрѣнія. Съ переходомъ заложеннаго имѣнія къ третьему пріобрѣтателю, послѣдній, какъ уже неоднократно замѣчено, не состоитъ къ обладателямъ залоговыхъ требованій, установленныхъ его предшественникомъ по имѣнію, въ обязательственныхъ отношеніяхъ, которыя могли бы порождать личную его, третьяго пріобрѣтателя, отвѣтственность предъ этими обладателями. Если онъ отвѣчаетъ передъ ними, то не какъ *должникъ* въ техническомъ смыслѣ этого слова, а какъ *собственникъ*, обязанный

III. Правило объ ограниченіи личной отвѣтственности должника послѣ перехода заложеннаго имѣнія въ другія руки извѣстнымъ срокомъ (вторая половина ст. 98).

⁽¹⁾ См. ниже стр. 766 и слѣд.

терпѣть или, другими словами, допустить осуществленіе вотчинныхъ правъ, установленныхъ на пріобрѣтенномъ имъ имѣніи. Упомянутый переходъ имѣнія въ третьи руки не производитъ никакого измѣненія въ тѣхъ обязательственныхъ отношеніяхъ, въ которыя вступилъ прежній собственникъ. Послѣдній, не смотря на то, что не обладаетъ уже имѣніемъ, остается, по прежнему, лично отвѣтственнымъ по своимъ долгамъ, хотя и обезпеченнымъ залогами первоначально на его а теперь уже на чужомъ имѣніи. При той, однакоже, склонности ипотекованныхъ долговъ къ превращенію фактически въ безсрочные долги, склонности, которой содѣйствуетъ въ особенности свобода передачи этихъ долговъ, какъ средства легкой и быстрой реализаціи ихъ для кредиторовъ, нуждающихся въ данный моментъ въ деньгахъ, обязанность должника, передавшаго обремененное имъ имѣніе въ третьи руки, лично отвѣтствовать по вышеупомянутымъ долгамъ могла бы продолжаться довольно долго. Поэтому при обсужденіи разсматриваемыхъ постановленій проекта не могъ не возникнуть вопросъ о томъ, не нуждаются ли интересы должника въ данномъ отношеніи въ извѣстномъ со стороны ипотечнаго закона огражденіи, и если нуждаются, то въ чемъ должно состоять это послѣднее?

Съ перваго взгляда казалось бы, что едва ли есть какое либо основаніе въ настоящемъ случаѣ для какого либо вторженія проекта въ область обязательственныхъ правъ. Права эти подчинены дѣйствію общей исковой давности (прил. къ ст. 694 т. X, ч. 1, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.) Примѣненіе послѣдней имѣло бы то послѣдствіе, что бывшій собственникъ освобождался бы отъ отвѣтственности по долгу, обезпеченному на принадлежавшемъ ему имѣніи лишь тогда, когда онъ не былъ привлеченъ къ ней въ теченіи десяти лѣтъ со дня *погашенія залога по вотчинной книгѣ*, ибо до тѣхъ поръ, пока залогъ не погашенъ, залоговое требованіе не подлежитъ дѣйствію давности (ст. 49 проекта). Однакоже именно потому, что начальнымъ моментомъ теченія давности въ отношеніи къ личной отвѣтственности должника по залоговому требованію является время погашенія этого требованія по вотчинной книгѣ, такой порядокъ вещей

оказался бы для него, должника, черезъ-чуръ отяготительнымъ. Должникъ находился бы въ неопредѣленномъ имущественномъ положеніи, продолженіе коего зависѣло бы вполне отъ произвола кредитора, который путемъ отсрочекъ имѣлъ бы возможность отдалять по своему усмотрѣнію моментъ, съ котораго долженъ исчисляться срокъ теченія давности, а слѣдовательно, и произвольно увеличивать время этого неопредѣленнаго положенія должника. Особенно тягостнымъ могло бы оказаться это положеніе тогда, когда кредиторъ предъявить вотчинный искъ о залогѣ спустя долгое время по наступленіи срока данному залоговому требованію, въ теченіи каковаго времени заложенное имѣніе могло значительно упасть въ цѣнѣ, и затѣмъ уже обратиться съ личнымъ къ нему, должнику, искомъ. Поэтому нельзя не признать желательнымъ установленіе извѣстнаго срока, въ теченіе коего вотчинный кредиторъ былъ бы обязанъ обратить взысканіе на заложенное имѣніе, перешедшее отъ должника въ третьи руки, съ тѣмъ, чтобы въ случаѣ пропуска этого срока должникъ освобождался отъ личной отвѣтственности. Установленіе подобнаго срока не составитъ какого либо принципіальнаго нарушенія общегражданскихъ началъ, такъ какъ послѣднимъ извѣстны особыя преклюзивныя сроки такого же приблизительно характера, напримѣръ, при поручительствѣ (ст. 1560 т. X, ч. 1, свод. зак. гражд., изд. 1887 г.).

На приведенныхъ соображеніяхъ основана вторая половина ст. 98 проекта, постановляющая, что личная «отвѣтственность первоначальнаго должника и его наслѣдника продолжается, не смотря на переходъ имѣнія въ другія руки, если кредиторъ въ теченіи *трехъ лѣтъ* по наступленіи срока залоговому требованію обратилъ взысканіе на заложенное имѣніе». Слѣдовательно, если кредиторъ въ теченіи указаннаго срока этого не исполнилъ, то признается, что онъ добровольно освободилъ должника отъ его личной по долгу отвѣтственности.

Само собою разумѣется, что приведенное правило распространяется только на личную отвѣтственность должника по тѣмъ залоговымъ требованіямъ, по которымъ обращенію личнаго взысканія на должника должно предшествовать

обращеніе взысканія на заложенное имѣніе (первая половина ст. 98). Такимъ образомъ, правило это не касается личной отвѣтственности должника по требованіямъ, обеспеченнымъ кредитнымъ залогомъ, ни тѣмъ болѣе по требованіямъ, обеспеченнымъ залогомъ, предусмотрѣннымъ ст. 104, каковая отвѣтственность остается подчиненною дѣйствію общей десятилѣтней давности такъ, какъ будто бы этого правила вовсе не существовало. И въ самомъ дѣлѣ, роль залога въ этихъ послѣднихъ случаяхъ играетъ слишкомъ второстепенное значеніе для того, чтобы присоединеніе его къ данному отношенію могло вызывать необходимость ограниченія въ чемъ либо вытекающаго изъ этого отношенія права на искъ противъ должника.

Понятно также, что разсматриваемое правило примѣняется лишь къ тѣмъ случаямъ, когда имѣніе, обремененное даннымъ залоговымъ требованіемъ, перешло отъ должника къ третьему приобрѣтателю. Пока имѣніе находится въ рукахъ должника, отсрочка по этому требованію не можетъ почитаться по отношенію къ нему, должнику, произвольной, ибо отъ воли его зависѣло уплатить долгъ по наступленіи срока его даже помимо требованія о томъ кредитора и тѣмъ избавится отъ всякой по этому долгу отвѣтственности. Если онъ пользовался отсрочкою и затѣмъ уже передалъ заложенное имѣніе въ третьи руки, тогда установленный второю половиною ст. 98 проекта срокъ долженъ исчисляться только съ момента перехода имѣнія отъ должника, такъ какъ опять таки съ этого только момента можетъ быть рѣчь о произвольной по отношенію къ должнику отсрочкѣ. Разъясненіе настоящаго правила въ приведенномъ смыслѣ вытекаетъ изъ общепризнаннаго начала, по которому никто не можетъ односторонне создавать основанія правъ, направленныхъ противъ третьихъ лицъ, почему и не возбудить какихъ либо сомнѣній въ будущей судебной практикѣ.

Само собою разумѣется, что независимо возраженій о давности прежній собственникъ можетъ защищаться противъ предъявленнаго къ нему личнаго иска по залоговому требованію еще цѣлымъ рядомъ другихъ возраженій, какъ-то

возраженіемъ о томъ, что самъ кредиторъ виноватъ въ томъ, что онъ не потребовалъ своевременно удовлетворенія изъ имѣнія, когда стоимость послѣдняго еще не понизилась въ цѣнѣ, или что покупатель виноватъ въ упадкѣ стоимости имѣнія и т. п.

IV. Въ высшей степени важнымъ въ практическомъ отношеніи представляется вопросъ о взаимныхъ отношеніяхъ между должникомъ и третьимъ пріобрѣтателемъ въ случаяхъ, когда вслѣдствіе неуплаты непосредственно самимъ должникомъ обязательства его, обеспеченнаго залогомъ и обращенія вотчиннымъ кредиторомъ взысканія по этому обязательству на заложенное имѣніе, третій пріобрѣтатель лишился сего имѣнія, или когда онъ, третій пріобрѣтатель, съ цѣлью предотвращенія публичной продажи, внесъ самъ кредитору деньги, причитающіяся по упомянутому обязательству. Такъ какъ дѣйствующее русское законодательство не знаетъ личной отвѣтственности должника по закладнымъ и не допускаетъ добровольнаго отчужденія имѣнія изъ подъ залога (ст. 1630 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г.), то и возникать у насъ этого вопроса не могло, ибо качество должника и собственника заложеннаго имѣнія всегда совпадаетъ въ одномъ и томъ же лицѣ. Не то, конечно, представится послѣ преобразования дѣйствующаго залоговаго права на началахъ, принятыхъ проектомъ вотчиннаго устава.

Вышеозначенный вопросъ относится собственно къ области обязательственного права. Лишь немногія законодательства, какъ, напримѣръ, французское (ст. 2178), ограничиваются въ своихъ постановленіяхъ по залоговому праву указаніемъ на то, что третій пріобрѣтатель, уплатившій ипотечный долгъ, или передавшій заложенное имѣніе кредиторамъ ⁽¹⁾, или лишившійся его вслѣдствіе публичной продажи, имѣетъ право обратнаго требованія къ должнику на

IV. Взаимныя отношенія должника и третьяго пріобрѣтателя по поводу обременяющихъ имѣніе долговъ (ст. 100 проекта).

(1) См. выше, стр. 700.

общемъ основаніи (le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble, a le recours en garantie, tel que de droit, contre le débiteur principal). Большинство же ипотечныхъ законодательствъ считаетъ положеніе это столь безспорнымъ, что не дѣлаетъ даже и подобнаго указанія. При разрѣшеніи означеннаго вопроса все зависитъ исключительно отъ существа того правооснованія, въ силу коего заложенное имѣніе досталось третьему пріобрѣтателю. Такъ, напримѣръ, если правоснованіемъ этимъ былъ договоръ купли-продажи, то третій пріобрѣтатель заложеннаго имѣнія вправѣ въ разсматриваемыхъ случаяхъ обратиться къ продавцу съ искомъ объ убыткахъ въ силу вытекающаго изъ этого договора *обязательства очистки*, обязательства, подразумѣваемаго во всякой куплѣ — продажѣ независимо отъ соглашенія сторонъ, развѣ бы данный договоръ прямо освободилъ продавца отъ этого обязательства⁽¹⁾. Третій пріобрѣтатель имѣетъ означенное право противъ должника въ случаѣ отчужденія имѣнія вслѣдствіе публичной продажи потому, что должникъ не исполнилъ своего обязательства на счетъ перевода на него, пріобрѣтателя, права на это имѣніе, а въ случаѣ произведенной третьимъ пріобрѣтателемъ уплаты — потому, что послѣдній сохранилъ свое право на имѣніе благодаря не исключительно куплѣ — продажѣ, но факту упомянутой уплаты. Противъ подобнаго иска должникъ не вправѣ защищаться тѣмъ, что залоги, обременяющіе данное имѣніе, какъ внесенные въ вотчинную книгу, были извѣстны покупщику, такъ какъ ипотечная гласность вліяетъ на права третьихъ лицъ, а никакъ не на отношенія договаривающихся сторонъ между собою. Залоги эти не устраняютъ, по общему правилу, непосредственной обязанности должника произвести уплату долговъ, ими обезпеченныхъ, и тѣмъ очистить покупщика отъ вступщиковъ (кредиторовъ), а слѣдовательно и отвѣтственности его, должника, передъ покупщикомъ, на случай неисполненія этой

⁽¹⁾ Рѣш. гр. касс. деп. прав. сената 1869 г. за № 735, 1871 г. за № 1121, 1874 г. за № 848, 1879 г. за № 32, 1880 г. за № 134.

обязанности. Другое дѣло, если бы покупатель безъ вѣдома и согласія должника добровольно уплатилъ долгъ, несмотря на то, что послѣдній былъ оспоренъ должникомъ со внесениемъ въ вотчинную книгу отмѣтки объ этомъ спорѣ. Точно также должникъ отвѣтствуетъ передъ третьимъ пріобрѣтателемъ, когда основаніемъ правъ послѣдняго на заложенное имѣніе служить судебное рѣшеніе. Наоборотъ, онъ не отвѣтствуетъ предъ третьимъ пріобрѣтателемъ, когда подарилъ ему заложенное имѣніе, ибо, какъ извѣстно, договоръ о дареніи обязательства очистки не порождаетъ.

Всѣ эти послѣдствія предполагаются и по проекту вотчиннаго устава и должны обсуждаться на основаніи дѣйствующихъ у насъ гражданскихъ законовъ.

Нѣкоторыя законодательства, которымъ извѣстенъ институтъ суброгации, или вступленія посторонняго лица въ права кредитора, какъ напримѣръ, французское (ст. 1251 гражд. кодекса), баварское (ст. 58 пол. объ ипотекахъ 1822 г.) и др., предоставляютъ третьему пріобрѣтателю, въ случаѣ производства имъ уплаты по данному залоговому требованію, независимо отъ вышеупомянутаго права обратнаго требованія, еще другое средство защиты своихъ интересовъ, заключающееся въ томъ, что пріобрѣтатель этотъ, силою упомянутаго факта платежа, становится на мѣсто прежняго кредитора, пріобрѣтаетъ принадлежавшее послѣднему требованіе, которое и вправѣ осуществить противъ должника на общемъ основаніи. Институтъ этотъ принадлежитъ тоже къ области не ипотечнаго только, но общегражданскаго права. Проектъ вотчиннаго устава не можетъ не обойти его молчаніемъ тѣмъ болѣе, что подобное вступленіе плательщика по закону въ права кредитора совершенно незнакомо дѣйствующему русскому праву.

Все это относится къ тѣмъ случаямъ, когда взаимныя отношенія должника и третьяго пріобрѣтателя должны быть разрѣшаемы на основаніи закона, или, другими словами, когда отношенія эти не опредѣлены особымъ соглашеніемъ, состоявшимся между этими лицами. При наличности такого соглашения послѣднее получаетъ, конечно, руководящее значеніе. Поэтому, если третій пріобрѣтатель *принялъ* на себя и личную отвѣтственность за уплату залоговаго требо-

ванія, то онъ, произведя эту уплату, не имѣетъ къ должнику права обратнаго требованія. На принятіе на себя пріобрѣтателемъ личной отвѣтственности ст. 99 проекта смотритъ какъ на исключеніе. Общее правило, въ статьѣ этой изложенное, то, что пріобрѣтатель имѣнія не отвѣчаетъ по долгамъ своего предшественника, обеспеченнымъ залогами. Поэтому, принятіе на себя третьимъ пріобрѣтателемъ и личной отвѣтственности не можетъ быть подразумѣваемо и должно почитаться послѣдовавшимъ, въ томъ или другомъ случаѣ, лишь тогда, когда оно прямо выражено въ подлежащемъ договорѣ пріобрѣтателя съ прежнимъ собственникомъ ⁽¹⁾.

Принятіе покупщикомъ на себя личной отвѣтственности за уплату залоговаго требованія имѣетъ особенно важное практическое значеніе при куплѣ-продажѣ, такъ какъ при ней оно весьма часто встрѣчается. Очень обыкновенны случаи соглашеній, въ силу коихъ покупатель имѣнія не уплачиваетъ продавцу всей покупной за оное цѣны, а зачитываетъ въ счетъ ея тѣ или другія или же всѣ лежащія на имѣніи залоговыя требованія. Подобный зачетъ, очевидно, равносильнъ принятію покупщикомъ на себя личной отвѣтственности по этимъ требованіямъ. Въмѣсто того, чтобы уплатить ту или другую сумму непосредственно продавцу въ видѣ покупной цѣны, покупатель обязуется въ случаяхъ подобнаго зачета произвести уплату ея кредиторамъ и тѣмъ освободить продавца отъ лежащихъ на немъ передъ этими кредиторами обязательствъ. Но покупатель можетъ нарушить эту добровольно принятую на себя обязанность. Тотъ или другой изъ оставленныхъ на немъ при продажѣ долговъ можетъ быть, тѣмъ не менѣе, уплаченъ продавцемъ или за счетъ послѣдняго другимъ лицомъ. Имѣніе можетъ быть впослѣдствіи освобождено отъ всего или части оставленнаго на покупщикѣ залоговаго требованія вслѣдствіе признанія послѣдняго или залога недѣйствительными. Въ этихъ случаяхъ, конечно, покупатель обязанъ возратить продавцу ту сумму, которую онъ обязался уплатить въ удовлетвореніе принятаго на себя долга. Онъ

⁽¹⁾ *Exner*, в. п. с., стр. 229, прим. 8.

обязанъ это сдѣлать именно потому, что сумма эта входила въ составъ покупной цѣны, что иначе онъ обогатился бы на счетъ продавца безъ законнаго къ тому основанія. Только иное соглашеніе продавца съ покупщикомъ, видоизмѣняющее приведенныя послѣдствія разсматриваемаго зачета, вытекающія изъ общихъ началъ обязательственнаго права, могутъ освободить покупателя отъ означенной обязанности. Въ виду указанной практической важности разсматриваемаго рода случаевъ, проектъ вотчиннаго устава считаетъ необходимымъ имѣть ихъ въ виду и разрѣшить въ указанномъ именно смыслѣ. Соотвѣтствующее правило по этому предмету изложено въ ст. 100.

V. Таковы начала, опредѣляющія взаимныя отношенія должника къ третьему пріобрѣтателю, возникающія по поводу удовлетворенія требованій, лежащихъ на заложенномъ имѣніи. Остается еще разсмотрѣть также въ высшей степени важный въ практическомъ отношеніи вопросъ о юридическомъ положеніи обоихъ этихъ лицъ по отношенію къ вотчинному кредитору и притомъ въ случаѣ, когда покупательъ принялъ на себя и личную отвѣтственность по залоговому требованію, ибо когда онъ не принялъ на себя этой отвѣтственности, то вопросъ этотъ разрѣшается согласно общимъ правиламъ ст. 98 и 99, разъясненнымъ уже выше.

V. Отношенія должника и кредитора къ третьему пріобрѣтателю, принявшему на себя личную отвѣтственность.

И этотъ вопросъ, подобно предъидущему, принадлежитъ всецѣло къ области обязательственнаго права. Но такъ какъ нѣкоторыя законодательства, какъ то саксонское (ст. 432 гражд. улож.), прусское (ст. 41 зак. о пріобр. права собств. 1872 г.) и баварское (ст. 56 пол. объ ипотек. 1822 г.) почитаютъ необходимымъ дать ему извѣстное разрѣшеніе въ спеціальныхъ ипотечныхъ постановленіяхъ, то и точка зрѣнія проекта вотчиннаго устава на этотъ вопросъ не можетъ быть здѣсь обойдена молчаніемъ.

По общимъ началамъ обязательственнаго права односторонній, т. е. состоявшійся помимо участія или согласія кредитора, переводъ обязанности, вытекающей изъ обязательства, на другое лицо для кредитора необязателенъ. Онъ необязателенъ именно потому, что подобное одно-

стороннее преемство на сторонѣ должника, влекущее за собою выбытіе первоначальнаго должника изъ обязательственнаго отношенія и замѣну его новымъ, является весьма существеннымъ вторженіемъ въ сферу имущественныхъ интересовъ кредитора. Договоръ, въ силу коего должникъ условился съ третьимъ лицомъ, чтобы послѣднее лично отвѣчало за данный долгъ, приняло послѣдній на себя, обязателенъ, подобно всякому другому договору, исключительно только для контрагентовъ. Что же касается до кредитора, то онъ является по отношенію къ этому договору постороннимъ лицомъ. Поэтому договоръ, о коемъ идетъ рѣчь, только тогда устанавливаетъ перемѣну въ лицѣ должника, когда кредиторъ или участвовалъ въ этомъ договорѣ въ качествѣ контрагента или изъявилъ впослѣдствіи на оный свое согласіе.

Примѣненіе этихъ началъ къ случаямъ, когда при добровольномъ отчужденіи заложеннаго имѣнія пріобрѣтатель по соглашенію съ прежнимъ собственникомъ принялъ на себя личную отвѣтственность по долгамъ сего послѣдняго, обеспеченнымъ на имѣніи (что, какъ упомянуто выше, и бываетъ всегда, когда долги эти зачтены въ счетъ покупной суммы), приводитъ къ тому положенію, что означенное соглашеніе ни въ чемъ не измѣняетъ правъ кредиторовъ по этимъ долгамъ. Не смотря на принятіе на себя долга со стороны пріобрѣтателя имѣнія, прежній собственникъ все же остается должникомъ для кредитора. Только къ нему, а никакъ не къ пріобрѣтателю, кредиторъ вправѣ обратиться съ личнымъ искомъ. Разсматриваемое соглашеніе сводится въ сущности ни къ чему другому, какъ къ *обязательству пріобрѣтателя не доводить прежняго собственника до личной отвѣтственности* и, въ случаѣ нарушенія этого обязательства, къ *обязанности вознагражденія прежняго собственника за убытки*.—Когда же въ соглашеніи этомъ участвовалъ и кредиторъ, или когда оно имъ одобрено, тогда взаимныя отношенія обсуживаются или согласно постановленіямъ римскаго, французскаго (ст. 1271, 1274, 1275—1277, 1279 гражд. кодекса), швейцарскаго (ст. 142 союзнаго закона объ обязательствахъ), саксонскаго права

(ст. 1003, 1005) по началамъ объ обновленіи или новаціи обязательствъ, т. е. такъ, что обязательство прежняго должника *замѣнено* новымъ обязательствомъ пріобрѣтателя имѣнія, или, слѣдуя примѣру баварскаго (ст. 159 и слѣд.) и общегерманскаго (ст. 314 и слѣд.) проектовъ гражданскаго уложенія, въ видѣ особаго института *перевода долга* (Schuldübernahme), а именно въ томъ видѣ, что обязательство прежняго должника *остается* въ существенныхъ своихъ чертахъ *тѣмъ же* и въ лицѣ новаго должника. Подъ такой то институтъ принятія долга послѣдній изъ упомянутыхъ проектовъ подводитъ и специальный случай принятія покупщикомъ на себя обязательства продавца въ зачетъ покупной цѣны (ст. 318).

Здѣсь не мѣсто входить въ болѣе подробное разсмотрѣніе различія того и другаго взгляда на этотъ предметъ и въ частности вопроса о томъ, какъ слѣдуетъ смотрѣть на него съ точки зрѣнія постановленій дѣйствующаго русскаго права тѣмъ болѣе, что этотъ вопросъ общій, касающійся преемства, долга не только при продажѣ заложенныхъ имѣній, но и по поводу всякаго рода случаевъ. Разрѣшеніе его, впредь до пересмотра нашихъ гражданскихъ законовъ, должно быть предоставлено судебной практикѣ.

Указанныя настр. 735 постановленія саксонскаго, прусскаго и баварскаго законодательствъ направлены къ тому, чтобы измѣнить нѣкоторые изъ приведенныхъ послѣдствій, возникающихъ изъ юридической природы факта принятія на себя пріобрѣтателемъ заложеннаго имѣнія личной отвѣтственности по заложеннымъ требованіямъ, установленнымъ на этомъ имѣніи прежнимъ собственникомъ.

Такъ, саксонское гражданское уложеніе стремится къ защитѣ интересовъ покупателя, принявшаго на себя долги продавца, къ устраненію тѣхъ вредныхъ для покупателя послѣдствій, которыя могутъ возникнуть вслѣдствіе привлеченія его къ отвѣтственности послѣ долгаго промежутка времени, когда имѣніе можетъ быть уже давно перешло въ чужія руки ⁽¹⁾. Исходя изъ этого соображенія, саксонское

⁽¹⁾ Siebenhaar, в. п. с., т. I, ст. 386.

уложеніе постановляетъ (ст. 432), что «если собственникъ недвижимаго имѣнія при приобрѣтеніи его принялъ на себя долгъ продавца, обезпеченный залогомъ, съ вычетомъ его изъ покупной цѣны, или вообще обязался уплатить этотъ долгъ, то онъ считается лично обязаннымъ предъ вотчиннымъ кредиторомъ, *если послѣдній присоединится къ такому соглашенію*; но это личное обязательство отпадаетъ, *если имѣніе будетъ имъ отчуждено*, за исключеніемъ лишь того случая, когда кредиторъ до отчужденія предъявитъ къ нему личный искъ и не оставитъ тяжбы безъ движенія болѣе трехъ мѣсяцевъ. Личное обязательство собственника уплатить проценты, наросшіе за время, пока онъ былъ собственникомъ, по принятому имъ на себя при указанныхъ предположеніяхъ личному обязательству, продолжается и по отчужденіи имѣнія». И такъ, цѣль этого правила сводится къ ограниченію личной отвѣтственности покупателя временно, пока имѣніе находится въ его рукахъ. Но все же отвѣтственность эта по отношенію къ кредитору обусловлена тѣмъ, чтобы послѣдній присоединился къ соглашенію продавца съ покупщикомъ. Если онъ этого не сдѣлалъ, то продавецъ, не смотря на означенное соглашеніе съ покупщикомъ, не выступаетъ изъ своего обязательственнаго къ кредитору отношенія.

Въ совершенно другую сторону, въ сторону защиты интересовъ *продавца*, направлены стремленія постановленій баварскаго и прусскаго законодательства. Стремленія эти задаются цѣлью освободить продавца отъ личнаго долговаго отношенія, лежащаго въ основѣ залоговаго требованія, причемъ ищутъ средство достиженія этой цѣли въ признаніи за кредиторомъ права на личный искъ противъ покупателя. Признаніе это, въ свою очередь, строится на почвѣ ученія о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ (*Verträge zu Gunsten Dritter*) ⁽¹⁾. Подъ подобнаго рода договоръ и подводится

⁽¹⁾ См. между прочимъ: *Gareis*, *Verträge zu Gunsten Dritter* (Würzburg, 1873 г.), *Windscheid*, в. п. с., т. II, § 316; *Förster*, въ изданіи Экциуса, в. п. с., т. I, § 75.

упомянутыми законодательствами соглашеніе продавца съ покупщикомъ о принятіи послѣднимъ на себя долговъ перваго, обременяющихъ проданное имѣніе.

Такъ, по баварскому законодательству (ст. 56) «когда третій добросовѣстный пріобрѣтатель имѣнія принялъ непосредственно на себя долги продавца, обезпеченные на томъ имѣніи залогомъ, то онъ въ этомъ случаѣ долженъ отвѣтствовать по означеннымъ долгамъ въ качествѣ должника по нимъ и остальнымъ своимъ имуществомъ *и можетъ быть привлекаемъ кредиторами къ отвѣту посредствомъ личнаго иска*». По мнѣнію комментатора баварскаго законодательства Регельсбергера ⁽¹⁾, приведенное правило не устанавливаетъ *полной* замѣны прежняго должника новымъ, такъ какъ для такой замѣны необходимо было бы согласіе кредитора. Разсматриваемое соглашеніе продавца съ покупщикомъ порождаетъ *дополнительную отвѣтственность* покупателя рядомъ съ отвѣтственностью прежняго должника (Komulative oder accessorische Schuldübernahme). Въ силу этого соглашения кредиторъ, хотя и не принимавшій въ немъ участія, пріобрѣтаетъ непосредственно, по началамъ теоріи о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, право обратиться съ личнымъ требованіемъ къ покупщику, т. е. пріобрѣтаетъ новаго должника, не теряя въ тоже время прежняго, и можетъ, такимъ образомъ, привлечь къ отвѣтственности того и другаго по своему усмотрѣнію.

Нѣсколько далѣе еще идетъ прусское законодательство, признающее, что соглашеніе продавца съ покупщикомъ о зачетѣ ипотеки въ счетъ покупной за имѣніе суммы, хотя бы и состоявшееся безъ участія кредитора, не только даетъ послѣднему непосредственно личный искъ противъ покупателя, но и освобождаетъ продавца отъ его личнаго предъ кредиторомъ обязательства, если кредиторъ, въ теченіи года послѣ извѣщенія его продавцомъ о переводѣ долга, не потребуетъ отъ собственника платежа и затѣмъ не предъявитъ иска по залогу въ теченіи шести мѣсяцевъ со дня просрочки (ст. 41).

⁽¹⁾ В. п. с., стр. 455.

Въ объясненіе этого постановленія прусскіе офиціальныя мотивы указываютъ на положеніе, которое завоевало себѣ въ германскомъ правѣ вышеупомянутое ученіе о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, а также приводятъ то соображеніе, что когда покупатель (что обыкновенно и бываетъ), принимая на себя залоги, обязывается лично предъ продавцомъ освободить его отъ личной предъ кредиторомъ отвѣтственности, то намѣреніе его направлено очевидно къ тому, чтобы стать не только ипотечнымъ, но и личнымъ должникомъ кредитора. Законъ поступить поэтому вполне правильно, если признаетъ непосредственнымъ послѣдствіемъ обязательства покупателя предъ продавцомъ то, что составляетъ несомнѣнное его, покупателя, желаніе. Спрашивается лишь, соответствуетъ ли это интересамъ кредитора. Въ предоставленіи кредитору возможности обратиться къ покупщику съ личнымъ искомъ и соединить послѣдній съ вещнымъ заключается, конечно, выгода для него, кредитора. Выгода эта могла бы оказаться сомнительною развѣ тогда только, еслибы съ приобрѣтеніемъ личного иска противъ покупщика связана была, въ видѣ послѣдствія такового приобрѣтенія, потеря личного иска противъ первоначальнаго должника. Очевидно, говорятъ упомянутыя мотивы, что кредиторъ помимо воли своей не можетъ быть поставленъ въ такое невыгодное положеніе, связанное съ потерей личного иска противъ первоначальнаго должника. Но отсюда слѣдуетъ лишь, что за кредиторомъ остается право привлечь къ отвѣтственности, на случай недостаточности заложеннаго имѣнія, первоначальнаго или новаго должника, смотря потому, который изъ нихъ состоятельнѣе въ имущественномъ отношеніи, или, другими словами, за нимъ остается право обратиться съ личнымъ искомъ къ тому или другому должнику, но никакъ не то, чтобы послѣ того какъ выборъ его палъ на новаго должника, ему, кредитору, предоставлено было право привлечь къ отвѣтственности и должника первоначальнаго. Упомянутое право выбора достаточно защищаетъ интересы кредитора, давая ему полную возможность взвѣсить, съ кого ему лучше отыскивать удовлетвореніе. Поэтому послѣдующее обращеніе его, кредитора, къ прежнему должнику заключало

бы въ себѣ явную противъ послѣдняго несправедливость, тѣмъ болѣе суровую, когда имѣніе тѣмъ временемъ нѣсколько разъ переходило въ разныя руки или когда прежній должникъ умеръ и наслѣдники его едва ли даже знаютъ о томъ, что ихъ наслѣдодатель владѣлъ когда то имѣніемъ, на коемъ установилъ ипотеку, за которую имъ пришлось бы теперь отвѣчать. Такъ какъ намѣреніе обѣихъ сторонъ, кредитора и должника, направлено по преимуществу къ тому, чтобы залоговое требованіе было удовлетворено изъ имѣнія, то вполне правильно предоставить кредитору, даже безъ участія его въ соглашеніи должника съ покупщикомъ, право обратиться съ личнымъ искомъ къ покупщику и освободить первоначальнаго должника отъ личной отвѣтственности, когда послѣдній не былъ привлеченъ къ ней въ теченіи извѣстнаго времени, не смотря на увѣдомленіе кредитора объ означенномъ соглашеніи, и когда самымъ фактомъ привлеченія къ личной отвѣтственности покупщика кредиторъ даетъ понять, что ничего противъ перевода долга не имѣетъ ⁽¹⁾.

Всматриваясь ближе во всѣ эти постановленія и соображенія, коими они вызваны, нельзя не признать, прежде всего, что для проекта вотчиннаго устава не предстояло никакой надобности въ установленіи какого либо спеціальнаго ограниченія на счетъ времени личной отвѣтственности *приобрѣтателя* заложеннаго имѣнія, принявшаго на себя эту отвѣтственность по соглашенію съ продавцомъ, подобно тому, какъ это сдѣлано вышеприведенною ст. 432 сакс. гражд. улож. По силѣ ст. 98 проекта личная отвѣтственность должника продолжается лишь въ теченіи трехъ лѣтъ со времени перехода имѣнія въ другія руки. Хотя статья эта говоритъ о первоначальномъ должникѣ или его наслѣдникѣ, но правило, въ ней изложенное, относится очевидно и къ *приобрѣтателю*, принявшему на себя личную отвѣтственность по залоговому требованію, ибо фактомъ такового принятія *приобрѣтатель* этотъ разсматривается не какъ третье лицо по отношенію къ данному долгу, а какъ лицо, ставшее на

⁽¹⁾ Werner, в. п. с., т. II, стр. 26 и слѣд.

мѣсто первоначальнаго должника, или, другими словами, разсматривается точно также, какъ первоначальный должникъ.

Что же касается до попытокъ защиты интересовъ продавца, въ родѣ вышеприведенныхъ баварскаго и прусскаго законодательствъ, то они во 1-хъ вовсе не достигаютъ той практической цѣли, которая ими преслѣдуется, и во 2-хъ съ юридической точки зрѣнія совершенно неправильны.

Непрактичность правила баварскаго законодательства видна изъ того, что оно вводитъ собственно улучшение положенія кредитора (ибо послѣдній пріобрѣтаетъ двухъ отвѣтчиковъ), но никакъ не продавца, такъ какъ послѣдній фактомъ соглашенія съ покупщикомъ не освобождается отъ отвѣтственности даже тогда, когда кредиторъ обратился съ личнымъ искомъ къ покупщику и не добился удовлетворенія. Немногимъ практичнѣе и вышеприведенное правило прусскаго законодательства, ибо при дѣйствіи его кредиторъ едва ли рѣшится обратиться съ личнымъ искомъ къ покупщику и тѣмъ самымъ освободить своего первоначальнаго должника отъ личной отвѣтственности во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдній состоятельнѣе перваго ⁽¹⁾.

Съ юридической точки зрѣнія постановленія эти неправильны потому, что существенно нарушаютъ ту самую теорію о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, на которой они построены. Какъ, въ самомъ дѣлѣ, примирить съ этой теоріей постановленіе баварскаго законодательства о томъ, что покупщикъ, принявшій на себя долгъ продавца, отвѣтствуетъ по этому долгу, въ качествѣ должника, т. е. отвѣтствуетъ *по тому же самому обязательству*, что и продавецъ, когда всякій договоръ въ пользу третьяго лица устанавливаетъ въ дѣйствительности совершенно *новое* право? Между тѣмъ вопросъ о томъ, по какому собственно обязательству покупщикъ отвѣтствуетъ предъ кредиторомъ, по тому ли, по которому отвѣтствовалъ продавецъ, или по новому, вытекающему непосредственно изъ соглашенія этихъ

⁽¹⁾ *Achilles*, в. п. с., стр. 257, подъ цифрою 4.

лицъ между собою, имѣетъ несомнѣнно весьма важное значеніе, хотя бы съ точки зрѣнія вопроса о возможности предъявленія съ его, покупателя, стороны тѣхъ либо другихъ возраженій. Какъ, далѣе, согласовать съ теоріей о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ такой договоръ, который, согласно постановленію прусскаго законодательства, обуславливаетъ возникновеніе права третьяго лица (кредитора) противъ покупателя содѣйствіемъ этого же кредитора (предъявленіемъ иска къ покупщику) и потерей права, которое принадлежало ему противъ продавца? Не ясно ли, что мы здѣсь имѣемъ дѣло не съ договоромъ въ пользу третьяго лица, а съ косвеннымъ понужденіемъ этого лица отказаться отъ прежняго права и замѣнить оное новымъ? Наконецъ, видѣть въ разсматриваемомъ соглашеніи продавца съ покупщикомъ договоръ въ пользу кредитора нельзя, по справедливому замѣчанію мотивовъ проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія ⁽¹⁾, еще и потому, что «цѣль подобнаго соглашенія направлена обыкновенно къ исключительной выгодѣ однихъ только договаривающихся сторонъ. Продавецъ хочетъ освободиться отъ долга, а покупатель беретъ этотъ долгъ на себя ради того, чтобы не платить наличными деньгами соотвѣтствующей части покупной цѣны. Въ соглашеніи этомъ, слѣдовательно, не имѣется въ виду покровительство интересамъ кредитора. Воля договаривающихся сторонъ стремится, обыкновенно, какъ въ отношеніи къ нимъ самимъ, такъ и къ кредитору, къ тому, чтобы пріобрѣтатель сталъ личнымъ должникомъ кредитора, если послѣдній освободитъ продавца отъ обязательственнаго отношенія; она направлена, слѣдовательно, къ заключенію договора о переводѣ долга на покупателя (*Schuldübernahmevertrag*), каковой договоръ можетъ и долженъ стать обязательнымъ для кредитора, если послѣдній, получивъ увѣдомленіе о немъ, одобритъ этотъ переводъ долга. При этомъ за кредиторомъ можетъ быть признано, согласно началамъ о договорахъ въ

(1) Т. II, стр. 150.

пользу третьихъ лицъ, право обратиться на основаніи договора къ покупщику, какъ личному должнику, безъ освобожденія продавца отъ обязательства, только въ томъ случаѣ, когда желаніе установить подобное особое покровительство интересамъ кредитора можетъ быть усмотрѣно *in concreto* изъ содержанія даннаго договора».

Исходя изъ изложенныхъ соображеній проектъ вотчиннаго устава считаетъ совершенно ненужнымъ какое либо вмѣшательство съ его стороны въ разрѣшеніе отношеній, порождаемыхъ рассматриваемыми соглашениями между кредиторомъ, съ одной стороны, и продавцомъ или покупщикомъ, съ другой. Принялъ ли покупщикъ на себя залоговыя требованія съ личною по нимъ отвѣтственностью или безъ таковой отвѣтственности, должно ли соглашеніе сторонъ, какъ устанавливающее извѣстныя права въ пользу кредитора, рассматриваться въ качествѣ извѣстнаго и нашему праву договора въ пользу третьяго лица ⁽¹⁾ или же какъ договоръ, обязательный исключительно для нихъ однихъ и, слѣдовательно, не измѣняющій ни въ чемъ юридическаго положенія кредитора, существовавшаго до заключенія этого договора, всѣ эти вопросы должны зависѣть отъ индивидуальныхъ особенностей каждаго даннаго случая на основаніи содержанія той или иной сдѣлки и разрѣшаться согласно общимъ началамъ дѣйствующихъ постановленій свода законовъ гражданскихъ, относящихся къ области обязательственнаго права.

VI. Искъ по совокупному залогу.

VI. Остается еще сказать нѣсколько словъ о правилѣ ст. 101 проекта, касающемся совокупнаго залога.

Сущность этого залога, какъ извѣстно уже изъ объясненій къ ст. 52 проекта вотчиннаго устава, заключается въ томъ, что онъ предполагаетъ собою съ одной стороны *единое требованіе* и съ другой по крайней мѣрѣ два самостоятельныя, въ юридическомъ смыслѣ, имѣнія, долженствующія служить *нераздельнымъ* обезпеченіемъ этого требованія.

⁽¹⁾ Рѣш. гр. касс. деп. прав. сената: 1869 г. № 181, 1873 г. № 1623, 1878 г. № 372 и 1882 г. № 4.

Каждое изъ имѣній, обремененныхъ совокупнымъ залогомъ, имѣетъ своимъ назначеніемъ служить источникомъ *полнаго* удовлетворенія кредитора, такъ что послѣдній можетъ недополучить всего, ему причитающагося по данному требованію, обезпеченному совокупнымъ залогомъ, только въ томъ случаѣ, когда вырученная изъ продажи *всѣхъ* имѣній сумма не достаточна на его покрытіе. Но за то съ полученіемъ полнаго удовлетворенія хотя бы изъ одного изъ имѣній, подлежащихъ дѣйствію совокупнаго залога, всѣ прочія имѣнія освобождаются отъ отвѣтственности.

Необходимо прибавить еще, что такъ какъ требованіе, обезпеченное совокупнымъ залогомъ, едино, то оно можетъ принадлежать всегда только одному кредитору. Что же касается до имѣній, обремененныхъ этимъ залогомъ, то каждое изъ нихъ какъ при самомъ установленіи залога, такъ и впослѣдствіи (вслѣдствіе наслѣдованія, продажи и т. п.) можетъ составлять принадлежность одного и того же лица или разныхъ собственниковъ.

Приведенное существо совокупнаго залога, та цѣль, ради коей онъ устанавливается, ведетъ къ необходимости признанія за кредиторомъ полной свободы при осуществленіи своего права, полной возможности при этомъ осуществленіи руководствоваться исключительно однимъ собственнымъ своимъ интересомъ. Если бы законъ пожелалъ стѣснить кредитора въ отношеніи этой свободы, если бы кредиторъ обязанъ былъ силою закона обращать взысканіе на каждое имѣніе, подчиненное совокупному залогу, отдѣльно, на второе и третье только по безуспѣшности перваго или втораго взысканія, или преимущественно на то, а не на другое имѣніе (напримѣръ, преимущественно на имѣніе, на которомъ послѣ совокупнаго залога нѣтъ нижестоящихъ залоговъ), то кредиторъ этотъ оказался бы вынужденнымъ принимать участіе въ нѣсколькихъ процессахъ и производствахъ по публичной продажѣ и былъ бы поставленъ нерѣдко въ условія, худшія сравнительно съ тѣми, въ какихъ онъ находился бы, если бы довольствовался обезпеченіемъ своей претензіи на одномъ только имѣніи.

Исходя изъ этихъ соображеній, проектъ постановляетъ,

что «вотчинный кредиторъ, въ пользу коего установленъ совокупный залогъ, имѣетъ право обратить взысканіе въ полной суммѣ на каждое изъ заложенныхъ имѣній, по своему выбору, или на нѣсколько имѣній, или даже на всѣ заложенные имѣнія». Вотчинный кредиторъ можетъ, слѣдовательно, предъявить одинъ или разновременно нѣсколько исковъ по совокупному залогу, привлекая къ отвѣту, въ лицѣ подлежащихъ собственниковъ, то всѣ имѣнія, обремененныя этимъ залогомъ, то одно, или нѣсколько изъ нихъ по своему усмотрѣнію и не обращая вниманія на другихъ лицъ, имѣющихъ какія либо права на этихъ имѣніяхъ. Онъ не обязанъ обращать вниманіе на права этихъ лицъ именно потому во 1-хъ, что не состоитъ къ нимъ ни въ какихъ обязательныхъ отношеніяхъ, которыя бы его къ тому вынуждали и во 2-хъ, что упомянутыя лица, пріобрѣтая свои права, не могли не знать о существованіи совокупнаго залога, а слѣдовательно и тѣхъ послѣдствій, которыя можетъ за собою повлечь его осуществленіе, почему и были готовы примириться съ этими послѣдствіями.

Въ самомъ дѣлѣ, безспорно, что тотъ или другой способъ осуществленія совокупнаго залога, примѣненный кредиторомъ къ данному случаю, можетъ оказаться далеко не безразличнымъ какъ для младшихъ вотчинныхъ кредиторовъ, обладающихъ залогами, установленными послѣ него на томъ или другомъ имѣніи, такъ и для должника и cadaго собственника этихъ имѣній, когда послѣднія принадлежатъ разнымъ лицамъ. Онъ не безразличенъ, далѣе, и для личныхъ кредиторовъ собственника. Изъ числа имѣній, обремененныхъ совокупнымъ залогомъ, одно можетъ быть обременено еще младшими залогами, въ то время какъ другое свободно отъ нихъ. Между тѣмъ стоитъ кредитору по совокупному залогу обратиться взысканіе на первое изъ этихъ имѣній, а не на второе, могущее можетъ быть служить полнымъ источникомъ удовлетворенія, и тогда младшимъ залогамъ грозитъ опасность остаться безъ удовлетворенія. Кредиторъ можетъ обращаться постепенно къ менѣ цѣннымъ имѣніямъ должника, въ то время какъ, обратившись сразу къ болѣе цѣнному, онъ могъ бы добиться полного удовлетворенія и

пощадить остальные. Онъ можетъ произвольно или лишить третьяго пріобрѣтателя его имѣнія чрезъ публичную продажу, или заставить его, съ цѣлью избѣжанія продажи, внести полную сумму, въ то время какъ у должника осталось другое имѣніе изъ числа обремененныхъ совокупнымъ залогомъ, достаточное для его удовлетворенія. Кредиторъ можетъ, наконецъ, ухудшить положеніе конкурсной массы должника, присоединивъ своими дѣйствіями къ числу кредиторовъ ея, подлежащихъ удовлетворенію по соразмѣрности, и обладателей требованій, которыя были обезпечены вышеупомянутыми младшими залогами, оставшимися безъ удовлетворенія. Съ цѣлью согласованія всѣхъ этихъ противоположныхъ интересовъ были дѣлаемы какъ въ литературѣ ипотечнаго права, такъ и въ законодательствахъ разнообразныя попытки, клонившіяся къ ограниченію права свободнаго выбора кредитора по совокупному залогу того или другаго способа удовлетворенія, то исключительно на случай признанія должника несостоятельнымъ, то даже и помимо такового признанія. Таковы, напримѣръ, постановленія виртембергскаго (ст. 98) и баварскаго ипотечнаго права (ст. 19 устава о старшинствѣ), обязывающія кредитора обращаться къ тому имѣнію изъ числа всѣхъ, подчиненныхъ дѣйствию совокупнаго залога, продажа коего, представляя собою достаточный источникъ удовлетворенія, въ то же время менѣе всего затрагиваетъ интересы другихъ лицъ и должника; постановленіе послѣдняго изъ упомянутыхъ правъ (тамъ же) на счетъ порядка распредѣленія суммъ, вырученныхъ изъ продажи нѣсколькихъ имѣній, и т. п. Всѣ эти попытки остались совершенно безуспѣшными. По свидѣтельству лучшихъ писателей ⁽¹⁾ и комментаторовъ ипотечнаго права ⁽²⁾, а также мотивовъ къ проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія ⁽³⁾, онѣ не практичны,

⁽¹⁾ См. въ особенности *Dürschmid*, Zur Lehre von den Verbandhypotheken der deutschen Rechte mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gesetzgebung (Augsburg, 1856 г.), стр. 13—20 и др.

⁽²⁾ *Regelsberger*, в. п. с., стр. 270 и слѣд.; *Exner*, в. п. с., 308 и слѣд.

⁽³⁾ Т. III, стр. 686.

произвольны, возбуждаютъ лишь массу сомнѣній и споровъ и ведутъ по самому существу своему къ далеко несправедливымъ результатамъ. Такъ, напримѣръ, какъ ни справедливымъ кажется на первый взглядъ вышеприведенное постановленіе виртембергскаго и баварскаго ипотечнаго права по отношенію къ младшимъ кредиторамъ, оно представляется совершенно несправедливымъ въ примѣненіи къ третьему пріобрѣтателю одного изъ имѣній, обремененныхъ совокупнымъ залогомъ, долженствующаго преимущественно подвергнуться продажѣ только потому, что пріобрѣтатель этотъ не установилъ на немъ младшаго залога ⁽¹⁾, и можетъ быть всегда обойдено посредствомъ фиктивного установленія такого залога. Австрійское законодательство не устанавливаетъ никакихъ ограниченій въ правѣ кредитора по совокупному залогу и практика не ощущаетъ отъ этого какихъ либо затрудненій ⁽²⁾. Также поступаетъ и проектъ общегерманскаго гражданского уложенія (ст. 1078).

Проектъ вотчиннаго устава не считаетъ необходимымъ ограничивать права кредитора по рассматриваемому виду залога въ томъ или другомъ изъ указанныхъ направленій тѣмъ болѣе, что смягчать послѣдствія этого залога значило бы оказывать ему особое покровительство и тѣмъ способствовать запутанности отношеній ⁽³⁾. Чѣмъ строже будутъ означенныя послѣдствія, тѣмъ больше вѣроятности, что совокупный залогъ не будетъ устанавливаться внѣ случаевъ дѣйствительной въ немъ необходимости. Проектъ вотчиннаго устава ограничиваетъ права вотчиннаго кредитора только въ одномъ отношеніи, а именно въ томъ, что предоставляетъ должнику, при одновременномъ обращеніи взысканія на нѣсколько имѣній, право «требовать публичной продажи такимъ образомъ, чтобы, въ случаѣ по-

⁽¹⁾ Французское право (ст. 2170 гр. кодекса) даетъ даже третьему пріобрѣтателю право воспротивиться обращенію на его имѣніе взысканія по совокупному залогу, пока въ обладаніи первоначальнаго должника находятся другія имѣнія, обремененныя тѣмъ же залогомъ.

⁽²⁾ *Exner*, тамъ же, стр. 310.

⁽³⁾ Мотивы къ германскому проекту, т. III, стр. 686 и 687.

лученія кредиторомъ удовлетворенія изъ одного имѣнія, остальные имѣнія освобождались отъ продажи» (вторая половина ст. 101). Правило это освящаетъ лишь право, признанное за всякимъ должникомъ при продажѣ нѣсколькихъ принадлежащихъ ему имѣній дѣйствующимъ законодательствомъ (ст. 1152 и 1153 уст. гражд. судопр.). Введенное въ число правилъ матеріальнаго права, одно даетъ должнику возможность защищать указаннымъ въ этомъ правилѣ образомъ свои интересы во время судебного разсмотрѣнія предъявленнаго противъ него залоговаго требованія и добиться признанія этихъ интересовъ въ самомъ судебномъ рѣшеніи.

105. Закладоприниматель залоговаго требованія можетъ, по наступленіи срока какъ требованію его къ залогодателя, такъ и принятому въ закладъ залоговому требованію, взыскивать по оному непосредственно съ имѣнія, обремененнаго даннымъ въ закладъ залоговымъ требованіемъ.

Давъ въ проектѣ вотчиннаго устава мѣсто институту заклада залоговыхъ требованій, необходимо было разрѣшить вопросъ о реализаціи этого заклада.

Первоначально составителями проекта предполагалось предоставить закладопринимателю какъ т. н. *jus vendendi*, т. е. право отчужденія залоговаго требованія, хотя только въ формѣ понудительной передачи его при посредствѣ суда въ его, закладопринимателя, пользу, такъ и *jus exigendi*, а именно право предъявленія ко взысканію непосредственно самого залоговаго требованія. Соотвѣтственно сему въ проектъ вотчиннаго устава и были включены слѣдующія правила:

«Въ случаѣ неполученія въ срокъ платежа по требованію, обезпеченному закладомъ, закладоприниматель вправе требовать отъ залогодателя передачи ему залоговаго акта по передаточной надписи. Если залогодатель не сдѣлаетъ добровольно передаточной надписи, то закладоприниматель можетъ предъявить къ залогодателя искъ о присужденіи ему залоговаго требованія, которое и переводится на его имя

по надписи суда, на основаніи вошедшаго въ законную силу рѣшенія».

«По наступленіи срока какъ требованію залогопринимателя къ залогододателю, такъ и принятому въ закладъ залоговому требованію, залогоприниматель можетъ взыскивать по оному непосредственно съ должника. Остатокъ отъ взысканной суммы, могущій оказаться за удовлетвореніемъ залогопринимателя, этотъ послѣдній долженъ передать залогододателю».

При подробномъ, однакоже, разсмотрѣніи проекта въ редакціонной комисіи нельзя было не обратить вниманія на то, что первая половина приведеннаго правила предполагаетъ возможность, по началамъ даннаго законодательства, принудительнаго отчужденія требованій вообще и въ частности залоговыхъ требованій. Такъ какъ наше дѣйствующее право допускаетъ подобное принудительное отчужденіе исключительно въ примѣненіи къ процентнымъ бумагамъ (ст. 1071 и слѣд. уст. гражд. судопр.) и билетамъ кредитныхъ установленій на принадлежащіе должнику капиталы (ст. 1083 тамъ же), каковое обстоятельство заставило проектъ отказаться отъ института принудительной передачи залоговыхъ требованій⁽¹⁾, то и оставалось признать за залогопринимателемъ одно только *jus exigendi*, т. е. право предъявленія заложеннаго требованія ко взысканію непосредственно противъ должника и обусловить это право наступленіемъ срока не только по требованію, обеспеченному залогомъ (ибо до наступленія этого срока у залогопринимателя не можетъ еще возникнуть право иска), но и по требованію, служащему предметомъ залога (такъ какъ, пока этотъ послѣдній срокъ не наступилъ, обеспечивающее требованіе не можетъ быть предъявлено ко взысканію). Это-то право и выражено въ настоящей статьѣ проекта⁽²⁾.

⁽¹⁾ См. выше, стр. 678.

⁽²⁾ По мнѣнію *Л. В. Гантовера* за залогопринимателемъ должно быть признано и право на понудительную въ его пользу передачу залоговаго требованія въ суммѣ, соотвѣтствующей суммѣ обеспеченнаго требованія. Отрицаніе этого права противорѣчитъ: во 1-хъ, самой природѣ залога, какъ права, направленнаго въ конечной своей цѣли на удовлетвореніе, путемъ

Само собою понятно, что залогоприниматель, въ случаѣ неполученія полного удовлетворенія изъ заложенного ему залоговаго требованія, вправѣ обратиться ко всякому другому имуществу своего должника. Положеніе это вытекаетъ изъ аналогіи, существующей между залогомъ и залогомъ, и изъ дѣйствующихъ нынѣ постановленій о закладѣ (ст. 2168 т. X ч. 1 изд. 1887 г. и ст. 45 т. X ч. 2 свод. зак. о суд. и взыск. гражд., изд. 1876 г.).

106. При взысканіи по залоговому требованію должникъ можетъ предъявлять противъ первоначальнаго кредитора или его наслѣдника, либо лица, пріобрѣтшаго отъ нихъ требованіе дарственнымъ способомъ, всякаго рода возраженія. Противъ третьихъ лицъ, возмездно и добросовѣстно пріобрѣтшихъ залоговое требованіе, за исключеніемъ случая, указаннаго въ ст. 16, должникъ, независимо отъ возраженій, вытекающихъ изъ личныхъ его ко взыскателю отношеній, можетъ предъявлять только такія возраженія, которыя вытекаютъ изъ вотчинной книги либо залоговаго акта, или же которыя были извѣстны третьему лицу при пріобрѣтеніи залоговаго требованія. Должникъ всегда имѣетъ право ссылаться на уплату процентовъ по залоговому требованію, коимъ срокъ наступилъ, хотя бы на залоговомъ актѣ объ этой уплатѣ и не было сдѣлано надписи.

Ст. 58, 60 и 65 польск. уст. 1818 г.

Ст. 26 (п. 4), 28 и 46 бав. пол. объ ипотечкахъ 1822 г.

отчужденія заложенного имущества; во 2-хъ, стремленію содѣйствовать долгосрочности поземельнаго кредита, ибо обязываетъ залогопринимателя во что бы то ни стало искать удовлетворенія путемъ взысканія, обращеннаго на заложенное имѣніе; въ 3-хъ, возможности для залогопринимателя осуществить свое право, хотя срокъ его требованія уже наступилъ, пока не наступилъ срокъ заложенному требованію; въ 4-хъ, общепринятой доктринѣ, въ лицѣ большинства писателей по вопросу о закладѣ долговыхъ требованій (см. *Струкловъ*, в. п. с., стр. 172) и, въ 5-хъ, постановленіямъ важнѣйшихъ дѣйствующихъ законодательствъ (ст. 1466 свод. остзейск. гр. зак.; ст. 504 сакс. гр. улож.; ст. 310 общегерм. торг. уложенія; ст. 1215 и 1218 проекта общегерм. гр. улож.; см. также мотивы къ обѣимъ этимъ статьямъ, т. III, стр. 858 и слѣд. и стр. 861 и слѣд.—Ср. также выше, примѣчаніе на стр. 678.

Ст. 38 прусск. зак. о приобр. пр. собств. на недв. им.
1872 г.

Ст. 464 сакс. гр. улож.

Ст. 1083 и 1084 проекта общегерм. гр. улож.

До сихъ поръ говорилось объ искахъ по залоговому праву. Настоящая статья касается вопроса о допускаемыхъ противъ этого иска возраженіяхъ, понимая подъ послѣдними всякаго рода заявленія и споры, какіе могутъ быть противопоставляемы истцу со стороны отвѣтчика для того, чтобы поколебать правильность предъявленныхъ противъ него притязаній. Она представляетъ собою развитіе общихъ положеній проекта (ст. 1, 6, 7, 11, 13—16), опредѣляющихъ дѣйствіе началъ гласности и безповоротности въ примѣненіи къ залоговымъ требованіямъ.

Благодаря двойственному характеру всякаго залоговаго требованія и возраженія, о коихъ идетъ рѣчь, могутъ касаться непосредственно или вотчиннаго элемента даннаго залоговаго требованія (залога), будучи направлены исключительно къ опроверженію силы этого только элемента, или же и противъ личнаго требованія, обезпеченнаго залогомъ, а слѣдовательно и противъ послѣдняго, хотя и посредственно только. О томъ, что дѣйствіе началъ гласности и безповоротности не можетъ ограничиться однимъ только залогомъ, а должно распространяться и на требованіе, говорилось уже въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾.

Вопросъ о возраженіяхъ, которыя могутъ быть предъявляемы противъ иска по залогу долженъ быть разрѣшенъ различно, смотря потому, будетъ ли этотъ искъ предъявленъ первоначальнымъ кредиторомъ или его цессіонаріемъ. Онъ долженъ также разрѣшаться различно смотря потому, будетъ ли привлеченъ къ отвѣтственности должникъ, или же третій приобрѣтатель имѣнія. Другими словами, при разрѣшеніи означеннаго вопроса необходимо различать, идетъ ли споръ по данной поземельно-кредитной сдѣлкѣ между обоими первоначальными участниками ея, или между ихъ пра-

⁽¹⁾ Стр. 206, 246 и 247.

вопреемниками и въ послѣднемъ случаѣ принять во вниманіе, къ кому собственно, къ третьему ли пріобрѣтателю заложенного имѣнія или къ должнику и со стороны кого, со стороны ли первоначальнаго вотчиннаго кредитора или цессіонарія, предъявленъ искъ по залогу.

1. Какъ извѣстно, защита, доставляемая началами гласности и безповоротности, относится исключительно къ третьимъ лицамъ, а не къ первоначальнымъ участникамъ всякой сдѣлки объ установленіи, обремененіи или передачѣ какого либо вотчиннаго права. Обязательственная сторона юридическихъ отношеній этихъ первоначальныхъ участниковъ остается дѣйствіемъ упомянутыхъ началъ не затронутою и регулируется всецѣло общегражданскими началами. Актъ внесенія даннаго права въ вотчинную книгу не покрываетъ собою, по отношенію къ означеннымъ участникамъ, его матеріальныхъ недостатковъ, почему и не лишаетъ этихъ участниковъ возможности спора на законномъ основаніи (ст. 7 проекта). Поэтому то настоящая статья и постановляетъ, что при взысканіи по залоговому праву *должникъ* можетъ предъявлять противъ *первоначальнаго кредитора* всякаго рода возраженія, понимая подъ послѣдними тѣ возраженія, которыя касаются обязательственной основы даннаго права, которыя вытекаютъ изъ обязательственныхъ между лицами этими отношеній. Должникъ можетъ оспаривать, напримѣръ, возникновеніе даннаго требованія, полученіе валюты, доказывать его фиктивность и вообще недѣйствительность, его прекращеніе за послѣдовавшимъ уже удовлетвореніемъ или вслѣдствіе новаго соглашенія, замѣнившаго собою первое, и т. п. Изъ сопоставленія, однакоже, настоящей статьи со ст. 13 проекта само собою слѣдуетъ, что должникъ не вправе предъявлять хотя бы и противъ первоначальнаго кредитора возраженій, относящихся къ вотчинной, въ противоположность обязательственной, основѣ права сего послѣдняго. Онъ не можетъ оспаривать иска вотчиннаго кредитора на томъ основаніи, что заложенное имѣніе не принадлежитъ ему, должнику, хотя и показано за нимъ по вотчинной книгѣ, что данное залоговое требованіе было внесено не смотря на установленное по договору или завѣщанію, но не

оглашенное по вотчинной книгѣ, ограниченіе его, должника, въ правѣ распоряженія имѣніемъ (ст. 47 проекта), что не всѣ показанныя по книгѣ составныя части заложеннаго имѣнія составляютъ на самомъ дѣлѣ принадлежность сего послѣдняго, такъ какъ противъ всѣхъ подобнаго рода возраженій, если бы они и были матеріально справедливы, вотчинный кредиторъ защищается публичной вѣрою вотчинной книги.

Понятно, что сказанное о должникѣ, относится и къ универсальному преемнику его по заложенному имѣнію и такому частному преемнику, который по договору съ должникомъ и съ согласія кредитора принялъ на себя обязательство должника. Въ свою очередь, и юридическому положенію первоначальнаго кредитора приравнивается настоящею статьею положеніе его наслѣдника, а равно цессіонарія, пріобрѣвшаго отъ нихъ требованіе дарственнымъ способомъ, въ томъ отношеніи, что и противъ упомянутаго наслѣдника или цессіонарія должникъ вправе предъявлять всякаго рода возраженія, вытекающія изъ первоначальныхъ обязательственныхъ отношеній по поводу даннаго залоговаго требованія. Распространеніе означеннаго права должника и по отношенію къ наслѣднику первоначальнаго кредитора вытекаетъ изъ точнаго смысла ст. 1259 т. X ч. 1 свод. зак. гражд., изд. 1887 г., а по отношенію къ лицу, пріобрѣвшему залоговое требованіе отъ первоначальнаго кредитора или его наслѣдника дарственнымъ способомъ—основано на правилѣ, изложенномъ въ ст. 15 проекта, по которой безпоротность вотчинныхъ правъ не примѣняется къ случаямъ безмезднаго ихъ пріобрѣтенія.

2. Существенно отличнымъ отъ положенія должника представляется по иску о взысканіи по залоговому требованію положеніе третьяго пріобрѣтателя заложеннаго имѣнія.

Будучи чуждымъ обязательственнымъ отношеніямъ истца къ должнику, отвѣтствуя по этому иску не лично передъ истцомъ, а лишь въ силу залоговаго преемства (ст. 9 проекта), третій пріобрѣтатель не можетъ черпать матеріалъ для своихъ возраженій изъ означенныхъ обязательственныхъ отношеній. Каждое подобное возраженіе было бы направлено, въ сущности, на защиту правъ должника, явилось бы ничѣмъ

другимъ, какъ *exsertio ex jure tertii*. Слѣдовательно, положеніе третьяго пріобрѣтателя въ разсматриваемомъ отношеніи такое же, какъ и положеніе собственника касательно обезпеченнаго на его имѣніи залогомъ чужаго долга. Вся защита третьяго пріобрѣтателя должна, такимъ образомъ, ограничиваться матеріаломъ, который доставляетъ ему содержаніе вотчинной книги и залоговаго акта, развѣ бы между нимъ, третьимъ пріобрѣтателемъ, и истцомъ существовали какія либо обязательственныя отношенія по поводу даннаго залоговаго требованія, установленныя независимо отъ первоначальныхъ обязательственныхъ отношеній истца къ должнику. Такъ, если бы между третьимъ пріобрѣтателемъ и истцомъ существовало соглашеніе, видоизмѣняющее въ чемъ либо первоначальныя права истца, то, конечно, послѣднему могутъ быть противопоставляемы возраженія, вытекающія изъ такого соглашенія. Противопоставленіе же истцу возраженій изъ первоначальнаго обязательственнаго отношенія мыслимо лишь при условіи привлеченія третьимъ пріобрѣтателемъ къ дѣлу должника въ качествѣ третьяго лица (ст. 653 уст. гражд. судопр.), привлеченія, въ основѣ коего лежитъ указанное въ объясненіяхъ къ предъидущимъ статьямъ право обратнаго требованія этого пріобрѣтателя къ должнику, обусловленное обязанностью послѣдняго отвѣчать по данному залоговому требованію, не смотря на отчужденіе заложеннаго имѣнія, и очистить пріобрѣтателя отъ вступщика-истца.

3. Когда же истцомъ состоитъ третій пріобрѣтатель залоговаго требованія, то дѣйствіе началъ гласности и безповоротности исключаетъ возможность предьявленія противъ него возраженій, вытекающихъ изъ личныхъ отношеній первоначальныхъ участниковъ, отношеній, лежащихъ въ основаніи этого требованія. Таковы, напримѣръ, возраженія, направленные къ тому, чтобы оспорить дѣйствительность даннаго залоговаго требованія съ самаго момента его установленія. Распространеніе тѣхъ же началъ на передачу залоговыхъ требованій, обусловливаемое указанными уже выше соображеніями ⁽¹⁾, исключаетъ также возможность предьявленія

(1) Стр. 204 и слѣд.

противъ упомянутого истца возраженій, вытекающихъ изъ личныхъ отношеній отвѣтчика къ кому либо изъ предшествовавшихъ обладателей даннаго залоговаго требованія (за исключеніемъ, конечно, случая, когда предшествовавшій обладатель залоговаго требованія былъ наслѣдодателемъ истца), слѣдовательно, возраженій, вытекающихъ изъ соглашеній отвѣтчика съ кѣмъ либо изъ упомянутыхъ обладателей по поводу уменьшенія даннаго требованія, отсрочки, замѣны его другимъ по мировому соглашенію, и т. п. Всѣ эти возраженія не допускаются, развѣ бы они, согласно общимъ правиламъ проекта (ст. 11, 15 и 16), были оглашены въ вотчинной книгѣ въ видѣ охранительныхъ отмѣтокъ или извѣстны третьему пріобрѣтателю залоговаго требованія, развѣ бы послѣднее въ лицѣ какого либо изъ его обладателей было установлено путемъ подлога или иного преступленія или, наконецъ, развѣ бы требованіе это перешло къ истцу на основаніи безмездной сдѣлки. Впрочемъ, подобно упомянутымъ выше отношеніямъ между первоначальнымъ кредиторомъ и третьимъ пріобрѣтателемъ залоговаго имѣнія, точно также и между третьимъ пріобрѣтателемъ залоговаго требованія и отвѣтчикомъ по предъявленному этимъ пріобрѣтателемъ иску могутъ существовать какія либо непосредственныя, личныя отношенія по поводу означеннаго требованія, основывающіяся на договорахъ, судебныхъ рѣшеніяхъ, фактахъ послѣдовавшаго платежа и т. п. Въ этихъ случаяхъ, конечно, отвѣтчикъ вправѣ защищаться возраженіями, вытекающими изъ этихъ отношеній. Въ виду всего изложеннаго, а также соображеній, указанныхъ уже въ настоящихъ объясненіяхъ, ст. 106 проекта постановляетъ, что «противъ третьихъ лицъ, возмездно и добросовѣстно пріобрѣвшихъ залоговое требованіе, за исключеніемъ случая, указаннаго въ ст. 16, должникъ, независимо отъ личныхъ его ко взыскателю отношеній, можетъ предъявлять только такія возраженія, которыя вытекаютъ изъ вотчинной книги либо залоговаго акта, или же которыя были извѣстны третьему лицу при пріобрѣтеніи залоговаго требованія».

О взаимномъ соотношеніи залоговаго акта и вотчинной

книги говорилось уже въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾.

Хотя проектъ и связываетъ установленіе залога съ выдачей залоговаго акта, но онъ не придаетъ послѣднему значенія исключительнаго источника, изъ коего почерпались бы свѣдѣнія на счетъ просроченныхъ процентовъ. Уплата процентовъ въ каждомъ данномъ случаѣ не должна быть непременно отмѣчена на означенномъ актѣ, а можетъ быть удостовѣрена всякаго рода письменными доказательствами. На соображеніяхъ этихъ основана послѣдняя часть ст. 106, постановляющая, что «должникъ всегда имѣетъ право ссылаться на уплату процентовъ по залоговому требованію, коимъ срокъ наступилъ, хотя бы на залоговомъ актѣ объ этой уплатѣ и не было сдѣлано надписи».

ОТДѢЛЕНІЕ 9.

107. По прекращеніи залоговаго права статья о залогѣ погашается по вотчинной книгѣ по просьбѣ собственника.

Съ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, о чемъ означается въ самой записи о погашеніи.

Ст. 2 и 23 главн. осн.

Ст. 113, 114, 126 и 161 проекта мин. юст.

Ст. 1650 т. X ч. 1 свод. зак. гр. 1887 г.

Ст. 9 польск. ип. уст. 1818 г.

Ст. 1598 свод. остзейск. гр. зак.

Ст. 57, 58, 62—64 прусск. зак. о пріобр. пр. собств. на недв. им. 1872 г.

Ст. 92 прусск. уст. о вотч. кн. 1872 г.

Ст. 442, 453 и 459 сакс. гр. улож.

Ст. 469 авст. гр. улож.

Ст. 84 бав. полож. объ ипот. 1822 г.

Ст. 2038 итал. гр. улож.

Ст. 1091 проекта общегерм. гр. улож.

⁽¹⁾ Стр. 247 и слѣд.

108. Запись о залоговомъ правѣ, установленномъ въ обезпеченіе чужаго обязательства подѣ тѣмъ условіемъ, что заложенное имѣніе отвѣчаетъ лишь въ теченіи опредѣленнаго срока, погашается по вотчинной книгѣ только по истеченіи двухъ мѣсяцевъ послѣ наступленія срока залога, если притомъ въ продолженіи всего этого времени въ вотчинную книгу не была внесена статья по иску кредитора къ собственнику и должнику, или статья по объявленію должника несостоятельнымъ.

Ст. 72 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 451 сакс. гр. улож.

Ст. 468 австр. гр. улож.

Ст. 2029 итал. гр. улож.

109. Прекращеніе залоговаго права вслѣдствіе отказа отъ залога безъ полученія платежа по требованію не лишаетъ кредитора права отыскивать на общемъ основаніи удовлетворенія изъ имущества должника.

Ст. 71 и 79 бав. пол. объ ипот. 1822 г.

І. Прекращеніе и погашеніе залоговыхъ правъ.

І. Институтъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ только тогда въ состояніи отвѣчать вполне своему назначенію—служить дѣйствительнымъ основаніемъ вотчиннаго оборота, когда не одно лишь *установленіе* залоговыхъ правъ, но и *прекращеніе* ихъ соединено съ производствомъ по книгѣ подлежащей записи, какъ такого видимаго внѣшняго акта, который позволялъ бы третьимъ лицамъ убѣдиться во всякое время въ томъ, продолжаетъ ли данное залоговое право свое существованіе, или же, напротивъ того, оно должно почитаться прекратившимся. Тайное, скрытое прекращеніе залоговыхъ правъ, при условіи дѣйствительности таковаго прекращенія и по отношенію къ третьимъ лицамъ, очевидно подрывало бы содержаніе вотчинныхъ книгъ, становилось бы въ противорѣчіе съ этимъ содержаніемъ, и отняло бы у

последняго всю ту силу достовѣрности, на которую можно было бы безопасно полагаться.

Такимъ внѣшнимъ актомъ, какъ средствомъ оглашенія прекращенія залоговаго акта, аналогичнымъ съ актомъ установленія его, является *актъ погашенія* этого права по вотчинной книгѣ.

Подобно тому, какъ установленіе залоговаго права предполагаетъ наличность извѣстнаго правопроеизводящаго событія, наличность извѣстнаго матеріальнаго условія его возникновенія, точно также и погашеніе этого права возможно лишь тогда, когда имѣется налицо матеріальное условіе погашенія, такое событіе, за которымъ законъ признаетъ правоуничтожающее значеніе.

Поэтому насколько *внесеніе* залоговаго права должно быть противопоставляемо *правооснованію внесенія*, настолько же правильно устроенная вотчинная система не можетъ не отличать *погашенія* права отъ *правооснованія погашенія*.

Есть, впрочемъ, и одна существенная особенность, отличающая значеніе условій внесенія залоговаго права отъ условій его погашенія, какъ правооснованій того и другаго акта. Извѣстно, что *внесеніе* играетъ роль существеннаго элемента установленія залоговаго права, такого элемента, безъ котораго установленіе это немыслимо. Пока залогъ не внесенъ, онъ почитается не возникшимъ по отношенію не только третьихъ лицъ, но и первоначальныхъ участниковъ отношенія, порождающаго право на его установленіе. Внесеніе, слѣдовательно, порождаетъ на первомъ планѣ, при наличности извѣстныхъ матеріальныхъ и формальныхъ условій, самое возникновеніе залоговаго права, и затѣмъ уже служитъ источникомъ извѣстной защиты этого права, выражающейся въ началѣ безповоротности. Напротивъ того, *погашеніе* не составляетъ необходимаго элемента прекращенія залоговаго права. Право это почитается непосредственно прекращеннымъ при наступленіи извѣстнаго матеріальнаго условія, имѣющаго правопрекращающее дѣйствіе, хотя бы оно не было погашено по вотчинной книгѣ. Оно почитается прекращеннымъ при отсутствіи акта погашенія для первоначальныхъ сторонъ всегда, а для третьихъ лицъ, когда имъ было

известно о прекращеніи. Актъ погашенія лишаетъ только данный залогъ защиты, доставляемой ему дѣйствіемъ начала безповоротности, и порождаетъ въ пользу собственника право распорядиться старшинствомъ, присвоеннымъ погашенному залогу, въ пользу будущаго залога (вторая половина ст. 107).

Исходя изъ изложенныхъ соображеній, проектъ вотчиннаго устава проводить въ статьяхъ 107—111 строгое различіе между *прекращеніемъ* залоговаго права и его *погашеніемъ*. Подъ первымъ изъ этихъ терминовъ понимается матеріальное, а подъ вторымъ формальное уничтоженіе залоговаго права по вотчинной книгѣ. Погашеніе есть такъ сказать *contrarius actus* внесенія. Оно есть актъ по книгѣ, оглашающій послѣдовавшее матеріальное прекращеніе даннаго права. Поэтому-то статья 107 проекта и постановляетъ, что статья о залогѣ *погашается* по вотчинной книгѣ *по прекращеніи* залоговаго права.

Указанное отличіе между прекращеніемъ залоговаго права и его погашеніемъ имѣетъ весьма важное значеніе, заключающееся въ томъ, что то или другое залоговое право могло матеріально прекратиться и оставаться тѣмъ не менѣе непогашеннымъ по вотчинной книгѣ. И наоборотъ, подобно тому, какъ и внесеніе залоговаго права можетъ быть совершенно неправильно и оспорено въ виду недостатковъ какого либо изъ матеріальныхъ условій его возникновенія, точно также можетъ быть произведено неправильно и оспорено на законномъ основаніи и погашеніе. Въ послѣдняго рода случаяхъ можно говорить о погашеніи погашенія (*Löschung der Löschung*) или о возстановленіи неправильно погашенной записи о внесеніи даннаго права.

Согласно ст. 107 проекта статья о залогѣ погашается по вотчинной книгѣ *по просьбѣ собственника*. Погашеніе это не должно имѣть мѣста по просьбѣ вотчиннаго кредитора, такъ какъ оно производится не въ его интересахъ, а въ интересахъ собственника (ибо освобождаетъ имѣніе отъ обремененія) и имѣетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ. Само собою разумѣется, что, заявляя вотчинному установленію просьбу о погашеніи статьи о залогѣ, собственникъ обязанъ удосто-

вѣрить передъ этимъ установленіемъ наличность правооснованія погашенія, или, другими словами, наличность одного изъ видовъ прекращенія залоговаго права. Но и этого мало. Удостовереніе это должно быть сдѣлано посредствомъ представленія безспорнаго документа, ибо иначе вотчинному установленію пришлось бы выйти изъ той строго охранительной роли, которая присвоена его дѣятельности, обсуждать спорные вопросы, касающіеся прекращенія залоговыхъ правъ, и вторгаться, слѣдовательно, въ функціи чисто судебного характера. На этомъ основаніи проектъ вотчиннаго устава опредѣляетъ въ правилахъ своихъ, относящихся къ вотчинному дѣлопроизводству (ст. 190 и 191), что для погашенія залога по вотчинной книгѣ должны быть представлены или засвидѣтельствованныя въ вотчинномъ установленіи или у нотаріуса платежная росписка либо согласіе кредитора на погашеніе залога, а за неимѣніемъ таковыхъ—судебное рѣшеніе о погашеніи залога или о признаніи недѣйствительнымъ требованія, въ обезпеченіе коего залогъ былъ установленъ. О томъ, что погашеніе залога не можетъ имѣть мѣста безъ представленія въ вотчинное установленіе подлежащаго залоговаго акта, съ цѣлью изъятія послѣдняго изъ обращенія, говорилось уже въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾.

II. Переходя къ разсмотрѣнію способовъ матеріальнаго прекращенія залога, необходимо замѣтить, что способы эти могутъ обуславливаться событіями, касающимися *требованія*, обезпеченнаго залогомъ, и имѣющими по закону значеніе фактовъ, дѣлающихъ требованіе это недѣйствительнымъ съ самаго начала или уничтожающихъ дальнѣйшее его существованіе, или же касающимися непосредственно *залога* и уничтожающими этотъ послѣдній, не затрогивая, однакоже, самаго существованія требованія.

II. Способы прекращенія залоговаго права.

⁽¹⁾ Стр. 245 и слѣд.

1. Прекращеніе
требованія.

Первая категорія способовъ прекращенія залоговаго права, прекращенія посредственнаго, обусловленнаго прекращеніемъ требованія, вытекаетъ *сама собою* изъ дополнительнаго характера залога, изъ того, что залогъ существуетъ ради требованія и потому съ прекращеніемъ послѣдняго долженъ самъ собою прекратиться. Она подразумѣвается, слѣдовательно, изъ самаго опредѣленія, даннаго залогу ст. 43 проекта вотчиннаго устава, опредѣленія, категорически признающаго за залогомъ указанный именно характеръ, почему и не было никакой необходимости упоминать объ ней въ разсматриваемыхъ статьяхъ проекта. Къ категоріи этой кромѣ всѣхъ основаній, коими обусловливается недѣйствительность личныхъ требованій съ самаго момента ихъ возникновенія, относятся именно: платежъ, совпаденіе въ одномъ лицѣ кредитора и должника, зачетъ, отказъ отъ требованія, обновленіе послѣдняго и т. п., однимъ словомъ всѣ способы прекращенія требованій, извѣстные общимъ началамъ обязательственнаго права, за исключеніемъ, впрочемъ, давности, такъ какъ послѣдняя, по силѣ ст. 49 проекта, не распространяется на требованія, обеспеченныя залогомъ. Всѣ эти способы должны обсуждаться по упомянутымъ началамъ обязательственнаго права, т. е. имѣть примѣненіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ точно также, какъ если бы дѣло шло о прекращеніи требованія, не обеспеченнаго залогомъ.

2. Прекращеніе не-
посредственно зало-
га, вслѣдствіе:

Что же касается до способовъ непосредственнаго прекращенія залога, то таковыми могутъ быть: уничтоженіе имѣнія, на которомъ залогъ установленъ, совпаденіе права на залогъ и права собственности въ одномъ лицѣ, публичная продажа имѣнія, отказъ отъ залога и, наконецъ, наступленіе срока, на который залогъ установленъ.

а) уничтоженія
предмета его;

Первый изъ упомянутыхъ способовъ,—уничтоженіе предмета залога—уже въ виду крайней исключительности своей лишенъ такого практическаго значенія, чтобы была необходимость предусматривать его въ настоящемъ проектѣ. Дѣйствительно, только полное уничтоженіе заложеннаго имѣнія можетъ влечь за собою его прекращеніе, а оно почти невоз-

можно. При частичномъ же уничтоженіи заложеннаго имѣнія (напримѣръ, при уничтоженіи строеній или части берега отъ размыва его) залогъ продолжаетъ существовать на уцѣлѣвшей части имѣнія. Экономическое измѣненіе заложеннаго имѣнія (напримѣръ, превращеніе заложеннаго лѣснаго участка въ пахатный) оставляетъ залогъ въ его неприкосновенномъ видѣ. Умолчаніе закона объ этомъ способѣ прекращенія залога имѣетъ, по справедливому указанію мотивовъ къ проекту общегерманскаго гражданскаго уложенія ⁽¹⁾, то преимущество, что не требуетъ регулированія случаевъ, когда исчезнувшій участокъ возобновленъ вновь.

Случаи совпаденія въ одномъ лицѣ права на залогъ и права на заложенное имѣніе не могутъ точно также подать поводъ къ какимъ либо недоразумѣніямъ, тѣмъ болѣе, что они вполне аналогичны съ случаями совпаденія въ одномъ лицѣ права собственности съ какимъ либо другимъ правомъ въ чужомъ имѣніи. Въ случаяхъ такого совпаденія право собственности, какъ большее по своему объему, поглощаетъ, въ силу необходимой логики вещей, меньшее право. То обстоятельство, что означенные случаи должны быть, согласно мысли проекта вотчиннаго устава, причислены къ способамъ прекращенія залога, дающимъ собственнику право требовать соотвѣтствующаго погашенія по вотчинной книгѣ, вытекаетъ изъ того, что случаи эти не служатъ по проекту, въ противоположность нѣкоторымъ германскимъ ипотечнымъ законодательствамъ, основаніемъ къ установленію такъ называемой ипотеки собственника ⁽²⁾.

Наконецъ, что касается публичной продажи, какъ способа прекращенія залога, то этотъ способъ регулируется правилами проекта о производствѣ взысканій съ недвижимыхъ имѣній. ^{в) публичной продажи;}

Остается за симъ отказъ отъ залога и наступленіе срока, въ теченіи коего заложенное имѣніе должно отвѣчать по

⁽¹⁾ Т. III, стр. 716.

⁽²⁾ См. выше, стр. 193 и слѣд.

чужому долгу. Эти способы прекращенія залога и предусмотрѣны въ ст. 108 и 109 проекта.

г) отказа отъ залога (ст. 109 проекта);

Отказъ отъ залога, не сопровождаемый отказомъ отъ требованія или полученіемъ удовлетворенія, не влечетъ за собою прекращенія самаго требованія. Такой отказъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ превращеніе залоговаго требованія въ личное. Поэтому ст. 109 постановляетъ, что «прекращеніе залоговаго права вслѣдствіе отказа отъ залога, безъ полученія платежа по требованію, не лишаетъ кредитора права отыскивать на общемъ основаніи удовлетворенія изъ имущества должника».

д) прекращеніе срочнаго залога (ст. 108 проекта).

Болѣе сложнымъ представляется вопросъ о прекращеніи срочнаго залога, установленнаго въ обезпеченіе чужаго долга. Не всѣ законодательства рѣшаютъ этотъ вопросъ одинаково. Такъ, въ то время какъ баварское (ст. 72 пол. обь ипотекахъ 1822 г.) и австрійское (ст. 468) права признаютъ упомянутый залогъ прекращающимся непосредственно въ моментъ истеченія его срока, законодательство саксонское (ст. 451 гражд. улож.) постановляетъ, что наступленіе срока залога имѣетъ указанное значеніе лишь тогда, если до таковаго наступленія не былъ открытъ конкурсъ надъ имуществомъ собственника имѣнія или не было предъявлено иска по залогу и если открытіе конкурса или предъявленіе иска не было оглашено по вотчинной книгѣ. Проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія уклоняется отъ разрѣшенія означеннаго вопроса въ виду какъ возникающихъ по поводу его затрудненій, такъ и крайней рѣдкости этого вида залога въ германской ипотечной практикѣ⁽¹⁾. Однакоже трудность опредѣленія юридическихъ послѣдствій, вытекающихъ изъ срочнаго залога, не есть причина, по которой можно было бы оставить ихъ не нормированными. Разсматриваемый вопросъ не можетъ быть обойденъ въ проектѣ вотчиннаго устава молчаніемъ тѣмъ болѣе, что указаніе германскаго проекта на крайнюю рѣдкость упомянутого залога не примѣнимо къ нашей практикѣ.

⁽¹⁾ Мотивы, т. III, стр. 717 и слѣд.

По силѣ ст. 104 проекта обращеніе взысканія по иску о залогѣ, обезпечивающемъ чужой долгъ, на заложенное имѣніе обусловлено предварительнымъ предъявленіемъ личнаго иска къ должнику. Когда залогъ установленъ на срокъ, то согласно неоднократно указанной уже аналогіи между залогомъ, обезпечивающимъ чужой долгъ, и поручительствомъ, заложенное имѣніе отвѣтствуетъ на случай неисправности должника. Очевидно однакоже, что рассматриваемый залогъ былъ бы лишенъ всякаго практическаго значенія, если бы въ вопросѣ о его прекращеніи дано было рѣшительное значеніе исключительно моменту наступленія срока его, совершенно независимо отъ того, былъ ли въ теченіи этого срока предъявленъ искъ кредитора къ собственнику и должнику или нѣтъ, ибо тогда всякій подобный залогъ предполагалъ бы необходимость и осуществленія его до наступленія срока и ставилъ бы возможность такового осуществленія отъ случайной продолжительности производства по упомянутому иску кредитора. Такъ какъ производство это, проходя черезъ нѣсколько судебныхъ инстанцій, можетъ тянуться довольно долго, то срочный залогъ отвѣчалъ бы своей цѣли развѣ только въ томъ случаѣ, когда между моментомъ возникновенія права на искъ и моментомъ истеченія срока залогу существовалъ бы довольно продолжительный промежутокъ времени. Въ виду сего и имѣя въ виду, что цѣль рассматриваемаго залога направлена, какъ указано выше, собственно къ тому, чтобы заложенное имѣніе отвѣчало *на случай неисправности должника и предполагаетъ, слѣдовательно, эту неисправность, наступившую до истеченія срока залога*, проектъ вотчиннаго устава полагаетъ, что рѣшительное значеніе въ рассматриваемомъ вопросѣ должно быть придано именно моменту наступленія упомянутой неисправности или несостоятельности должника въ теченіи означеннаго срока и потому постановляетъ, что если та или другая дѣйствительно наступила, то и послѣдовавшее послѣ нея истеченіе срока залога не прекращаетъ залога. Необходимо прибавить, что подобно тому, какъ, согласно разъясненію гражданского кассационнаго департамента правительствующаго се-

ната рѣш. 1878 г. за № 272), срочный поручитель можетъ быть привлеченъ кредиторомъ къ отвѣтственности одновременно и совмѣстно съ должникомъ, точно также и личный искъ вотчиннаго кредитора къ должнику можетъ быть предъявленъ одновременно и совмѣстно съ вотчиннымъ искомъ того же кредитора къ собственнику имѣнія, отвѣчающаго за чужой долгъ. Само собою понятно, что для признанія за фактами предъявленія иска или объявленія должника несостоятельнымъ указаннаго въ данномъ случаѣ значенія, необходимо обусловить это послѣднее, въ интересахъ гласности вотчинныхъ книгъ, оглашеніемъ этихъ фактовъ въ подлежащей книгѣ, ибо иначе третьи лица оставались бы въ невѣдѣніи на счетъ того, считать ли тотъ или другой срочный залогъ прекращеннымъ или нѣтъ.

Разныя мнѣнія въ редак. комисіи по вопр. о прекр. срочнаго залога.

При дальнѣйшемъ затѣмъ обсужденіи вопроса о прекращеніи срочнаго залога нельзя было не обратить вниманія на то, что при залогѣ этомъ весьма возможны случаи совпаденія срока истечения залога со срокомъ возникновенія права на искъ по чужому обязательству и на вызываемую этими случаями необходимость установленія какого либо короткаго (напримѣръ двухмѣсячнаго) льготнаго срока со времени наступленія срока залога, въ теченіи каковаго льготнаго срока кредитору предоставлено было бы право на предъявленіе иска къ должнику и собственнику, пріостанавливающаго прекращеніе залога. По этому вопросу мнѣнія въ редакціонной комисіи раздѣлились.

Мнѣніе меньшинства;

Два члена (*С. И. Лукьяновъ* и *А. К. Рихтеръ*) находятъ, что установленіе льготнаго срока для предъявленія иска послѣ наступленія срока залога является какъ бы излишнею опекою со стороны закона надъ дѣйствіями контрагентовъ. Гораздо лучше предоставить самимъ сторонамъ взвѣсить, насколько въ данномъ случаѣ установленіе срочнаго залога гарантируетъ ихъ интересы, если окончаніе срока залога совпадаетъ съ наступленіемъ срока обязательства, которое имъ обезпечено. Осторожный кредиторъ озаботится о томъ, чтобы срокъ залога былъ продолжительнѣе срока обязательства, ибо иначе онъ не будетъ считать себя вполне обезпечен-

нымъ. Установленіе срока, о коемъ идетъ рѣчь, представляется излишнимъ, тѣмъ болѣе, что ст. 108 проекта имѣетъ въ виду, главнымъ образомъ и почти исключительно, срочное обезпеченіе залогомъ *длящихся обязательствъ* какъ, на примѣръ, договоровъ подряда и поставки, пмущественнаго и личнаго найма и т. п. При такого рода обязательствахъ нарушеніе ихъ можетъ послѣдовать во всякое время до наступленія окончательнаго срока и возникшее одновременно съ нарушеніемъ право иска можетъ быть осуществлено, хотя бы окончательный срокъ обязательства еще не наступилъ, такъ что въ этихъ случаяхъ совпаденіе сроковъ залога и договора не лишаетъ кредитора возможности предъявить искъ къ залогодателю до наступленія срока залога. Впрочемъ, даже въ случаяхъ совпаденія срока возникновенія права иска по срочному обязательству съ наступленіемъ срока залога, нѣтъ никакой необходимости въ льготномъ срокѣ, ибо тогда кредиторъ не лишенъ возможности предъявить искъ въ самый день наступленія срока.

Большинство (*Н. И. Стояновскій, А. А. Книримъ, П. Я. Голубевъ, І. И. Карницкій и Л. В. Гантоверъ*), мнѣніе большинства. напротивъ того, признаетъ, что введеніе указаннаго въ ст. 108 двухмѣсячнаго срока оправдывается соображеніями справедливости, черезчуръ большой суровостью предоставлять кредитору, въ случаѣ совпаденія срока залога и срока обязательства, обезпеченнаго этимъ залогомъ, всего только одинъ день на предъявленіе иска, съ тѣмъ, чтобы въ случаѣ пропуска этого дня залогъ почитался прекращеннымъ, а также и тѣмъ, что упомянутый срокъ, по своей краткости, не можетъ нарушить ничьихъ законныхъ интересовъ.

Въ заключеніе необходимо прибавить, что проектъ вотчиннаго устава не проводитъ никакого различія между способами прекращенія залога въ томъ отношеніи, что ставитъ обязательную силу этого прекращенія для третьихъ добросовѣстныхъ и возмездныхъ пріобрѣтателей какихъ либо правъ, во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ, въ зависимость отъ акта погашенія залога по вотчинной книгѣ. Поэтому и срочный заемъ почитается, согласно ст. 108 проекта, прекратившимся

Значеніе способовъ прекращенія залога, какъ основаній погашенія его.

по отношенію къ упомянутымъ пріобрѣтателямъ не со времени наступленія срока (какъ это имѣетъ мѣсто по ст. 451 саксонскаго гражданскаго уложенія), а съ момента его погашенія по книгѣ.

III. Послѣдствія
погашенія залога
(вторая половина ст.
107).

III. О предусмотрѣнныхъ во второй половинѣ ст. 107 проекта вотчиннаго устава послѣдствіяхъ погашенія залога по вотчинной книгѣ по отношенію къ собственнику и нижестоящимъ кредиторамъ говорилось уже въ § 2 отдѣла IV общихъ объясненій къ настоящей главѣ проекта.

Въ дополненіе къ изложенному необходимо добавить, что такъ какъ по силѣ ст. 107 проекта статья погашеннаго залога пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, то и къ праву собственника установить новый залогъ со старшинствомъ погашеннаго залога примѣняются всѣ постановленія проекта (ст. 64—73) о сохраненіи мѣста для предстоящаго залога.

Нельзя не указать также и на то, что рассматриваемое правило проекта не проводитъ никакого различія въ томъ, по какому именно основанію данное залоговое право погашено по книгѣ. Слѣдовательно, оно распространяется одинаково на случаи прекращенія залога и погашенія его вслѣдствіе платежа, совпаденія права на залогъ и на имѣніе въ одномъ лицѣ и т. п. Во избѣжаніе, однакоже, всякихъ недоразумѣній ст. 107 проекта требуетъ, чтобы о сохраненіи за данной статьею значенія отмѣтки о предстоящемъ залогѣ было означено въ самой записи о погашеніи.

110. Собственникъ имѣнія, который въ силу платежа или инаго основанія имѣлъ право требовать погашенія залога въ вотчинной книгѣ, но не принялъ необходимыхъ къ тому мѣръ, не можетъ предъявлять возраженія о погашеніи залога противъ третьяго лица, добросовѣстно и возмездно пріобрѣвшаго залоговое требованіе, если въ вотчинную книгу до передачи залоговаго требованія не была внесена отмѣтка о погашеніи залога.

Ст. 120 польск. ип. устава 1818 г.

Ст. 1598 свод. остзейск. гр. зак.

П. 5 ст. 26 бав. пол. объ ипотекахъ 1822 г.

Ст. 463 сакс. гр. улож.

III. Если послѣ внесенія въ вотчинную книгу записи о погашеніи залога будетъ признано по судебному рѣшенію, что залогъ не подлежалъ погашенію, то третьи лица, которыя между тѣмъ добросовѣстно и возмездно приобрѣли по вотчинной книгѣ права, не теряютъ приобрѣтеннаго ими старшинства.

Ст. 121 и 122 польск. ип. устава 1818 г.

Ст. 118 прусск. уст. о вотч. кн. 1872 г.

Ст. 465 сакс. гр. улож.

Ст. 2032 итал. гр. улож.

Такъ какъ понятія прекращенія и погашенія залоговыхъ правъ не совпадаютъ другъ съ другомъ, такъ какъ и по отношенію къ вопросу о томъ, продолжаетъ ли существовать или уничтожилось то или другое изъ внесенныхъ въ вотчинную книгу залоговыхъ правъ, дѣйствительное положеніе дѣла можетъ расходиться съ содержаніемъ вотчинной книги, то очевидно, что и тутъ, подобно тому какъ и при установленіи залоговыхъ правъ, необходимовмѣшательство закона, гарантирующее достовѣрность содержанія вотчинныхъ книгъ третьимъ добросовѣстнымъ возмезднымъ приобрѣтателямъ залоговыхъ правъ. Приобрѣтатели эти могутъ полагаться вполне на вотчинныя книги только при томъ условіи, когда внесенное залоговое право будетъ почитаться по отношенію къ нимъ, приобрѣтателямъ, существующимъ (хотя бы оно матеріально прекратилось), пока не погашено по книгѣ и когда, наоборотъ, залоговое право, погашенное по книгѣ, будетъ почитаться прекратившимъ свое существованіе, хотя бы оно матеріально не прекратилось.

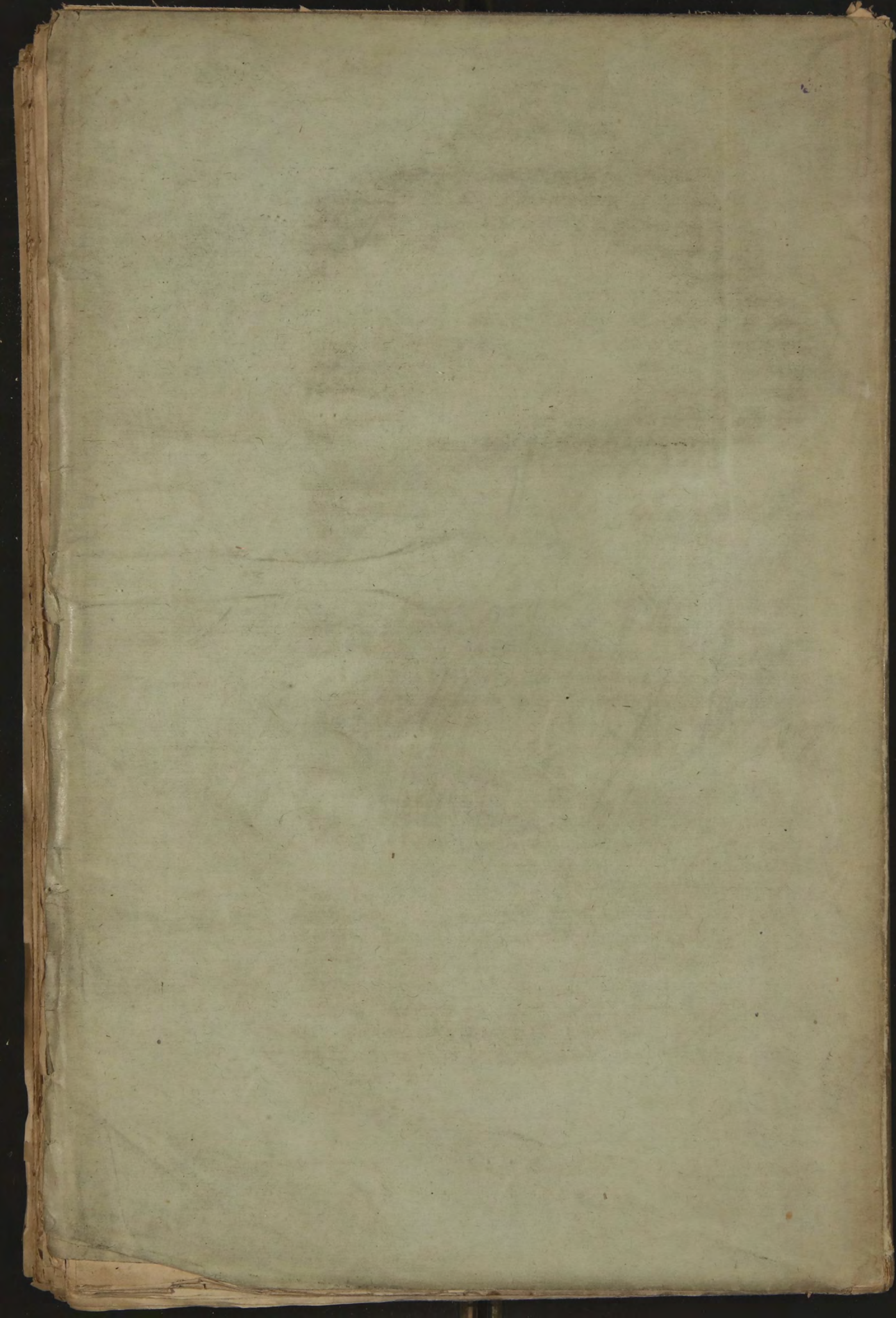
На изложенныхъ соображеніяхъ основаны ст. 110 и 111 проекта вотчиннаго устава. По силѣ первой изъ этихъ статей собственникъ имѣнія, имѣющій въ силу платежа или иного основанія право требовать погашенія залога въ вотчинной

книгѣ, долженъ, съ цѣлью охраненія своего права противопоставить всякому новому пріобрѣтателю этого залога возраженія о погашеніи его (когда пріобрѣтеніе было добросовѣстное и возмездное), огласить это возраженіе посредствомъ отмѣтки о погашеніи. Онъ долженъ, слѣдовательно, поспѣшить предъявленіемъ иска о погашеніи залога противъ того лица, изъ отношеній къ коему и вытекаетъ данное основаніе погашенія, и добиться опредѣленія объ обезпеченіи этого иска и оглашенія такового обезпеченія посредствомъ внесенія упомянутой отмѣтки, пока означенное лицо успѣетъ передать залоговое требованіе въ другія руки. Съ переходомъ же правъ на залогъ къ новому добросовѣстному и возмездному пріобрѣтателю, послѣднему могутъ быть противопоставляемы (кромѣ, конечно, возраженій, основанныхъ на вотчинной книгѣ или на залоговомъ актѣ) лишь такія возраженія, которыя вытекаютъ изъ отношеній собственника имѣнія къ нему, пріобрѣтателю, а не къ его предмѣстнику. О томъ, почему проектъ вотчиннаго устава считаетъ въ данномъ случаѣ интересы собственника достаточно огражденными при наличности отмѣтки о погашеніи въ вотчинной книгѣ, не обуславливая внесенія этой отмѣтки представленіемъ залоговаго акта и пропискою ея на этомъ послѣднемъ, говорилось уже въ общихъ объясненіяхъ къ настоящей главѣ проекта ⁽¹⁾.

Что касается правила ст. 111, предусматривающаго неправильное погашеніе залога, т. е. формальное уничтоженіе его по вотчинной книгѣ, при отсутствіи матеріальнаго къ тому основанія, то такое погашеніе, будучи оспорено судебнымъ порядкомъ, должно повести къ возстановленію погашенной записи о залогѣ. Но такъ какъ послѣ совершеннаго погашенія даннаго залога могло быть пріобрѣтено кѣмъ либо добросовѣстно и возмездно какое либо право по вотчинной книгѣ, почему безусловное возстановленіе неправильно погашенной записи въ ея прежнемъ значеніи нарушило бы старшинство означеннаго вновь пріобрѣтеннаго права, то статья 111 и постановляетъ, что возстановленіе это не должно влечь за

⁽¹⁾ Стр. 247 и слѣд.

собою потерю со стороны упомянутого приобретателя присвоенного его праву старшинства, или, другими словами, что возстановляемая статья уступаетъ въ старшинствѣ правамъ, приобретеннымъ въ промежутокъ времени между ея возстановленіемъ и неправильнымъ погашеніемъ. Избѣгнуть этихъ невыгодныхъ для себя послѣдствій кредиторъ, залоговое право коего неправильно погашено, можетъ тѣмъ же способомъ, который указанъ выше по отношенію къ случаямъ, предусмотрѣннымъ статьею 110 проекта. Онъ долженъ именно поспѣшить оспорить неправильно произведенное погашеніе и огласить свой споръ посредствомъ соотвѣтствующей отмѣтки о погашеніи означеннаго погашенія и тѣмъ самымъ предупредить третьихъ лицъ, которыя добросовѣстно и возмездно приобрѣли бы тѣмъ временемъ какія либо права по вотчинной книгѣ, что, въ случаѣ возстановленія неправильно погашеннаго залога, послѣдній будетъ пользоваться старшинствомъ предъ этими правами.



9251