Приватъ-доцентъ Л. С. ТАЛЬ.
Присяжный повѣренный округа СПб. Судебной Палаты.

У 162/45 ц

ИПОТЕЧНАЯ ОТМѢТКА.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типо-Литографія „Герольдъ“, Вознесенскій просп., 3.
1906.

ГЛАВА I.

Природа ипотечной отмѣтки.

Ипотечная отмѣтка — институтъ недавняго происхожденія. Она не имѣетъ корней ни въ римскомъ правѣ, ни въ средневѣковомъ правѣ германскихъ народностей. Она возникла въ практикѣ послѣднихъ вѣковъ подъ непосредственнымъ давленіемъ потребностей гражданскаго оборота, какъ необходимый коррективъ къ ипотечной системѣ, какъ средство для смягченія ея суровыхъ послѣдствій.

Ипотечною системою называется особый формальный порядокъ записи правоотношеній, касающихся недвижимаго имущества, въ назначенныя для сего публичныя книги. Тамъ, гдѣ эта система послѣдовательно проведена, ипотечная книга имѣетъ цѣлью давать въ каждый данный моментъ по возможности полную и вѣрную картину юридическаго положенія недвижимости. Это достигается во первыхъ тѣмъ, что запись въ книгу объявляется существеннымъ условіемъ возникновенія, измѣненія и погашенія правъ на недвижимость (принципъ внесенія), и

временемъ записи опредѣляется старшинство стекающихся на нидвижимости правъ, во вторыхъ тѣмъ, что въ пользу лицъ, пріобрѣтающихъ права, добросовѣстно полагаясь на ипотечную книгу, устанавливается praesumptio juris et de jure полноты и достовѣрности ея содержанія (принципъ публичной вѣры), а по нѣкоторымъ законодательствамъ запись даже признается правосозидающимъ актомъ, независимо отъ ея матеріальнаго основанія (принципъ формально законной силы записи). Тѣмъ и другимъ ипотечная система служитъ интересамъ оборота и въ частности реальнаго кредита, устанавливая формальные критеріи для выясненія юридическаго положенія недвижимости и создавая твердую почву для правильныхъ хозяйственныхъ разсчетовъ.

Указанныя начала ипотечной системы, какъ всякій формализмъ въ правѣ, на ряду съ благодѣтельными послѣдствіями кроютъ въ себѣ серьезную опасность для оборота. При разладѣ между дѣйствительнымъ положеніемъ вещей и содержаніемъ записей, предпочтеніе въ извѣстныхъ предѣлахъ отдается послѣднему, книжное право беретъ верхъ надъ матеріальнымъ, хотя оно не согласно съ дѣйствительнымъ правовымъ положеніемъ. Опасность усугубляется тѣмъ что процессъ пріобрѣтенія или погашенія правъ на недвижимость по своей природѣ есть процессъ

длящійся, послѣднее звено котораго и составляетъ внесеніе въ книгу, дающее формальную санкцію совершившемуся факту. Для внесенія правъ, вытекающихъ изъ юридическихъ сдѣлокъ, въ ипотечную книгу, кромѣ матеріальнаго субстрата требуется еще рядъ формальныхъ условій, въ томъ числѣ согласіе пассивно заинтересованнаго. Хотя согласіе послѣдняго и можетъ быть замѣнено судебнымъ рѣшеніемъ, но до окончанія процесса заинтересованныя лица совершенно беззащитны противъ его распоряженій. Когда лицо, интересы котораго нарушаются неправильною записью, добивается ея исправленія, оно, пока не добилось новой записи, безсильно противъ добросовѣстныхъ правопреемниковъ неправильно записаннаго, ибо несогласная съ истиною запись въ книгѣ до ея исправленія легитимируетъ управомоченнаго наравнѣ съ правильною записью. Противъ этихъ отрицательныхъ послѣдствій формализма ипотечной системы направлена ипотечная отмѣтка или — какъ она раньше называлась — протестація.

Терминъ „protestatio“ позаимствованъ изъ римскаго права, гдѣ подъ нею подразумѣвалось заявленіе, сдѣланное съ цѣлью предотвратить ложное истолкованіе молчанія [1]). Ипотечная протестація, кромѣ названія ничего общаго съ рим-

[1]) Windscheid Pand. I § 72 къ № 11, Prinz: Einfluss der Hypothekenverfassung auf das Sachenrecht § 14.

скою не имѣетъ. Это—охранительная запись въ ипотечной книгѣ, имѣющая цѣлью или обезпеченіе такихъ правъ на недвижимость, которыя подлежатъ внесенію, но независимо отъ воли управомоченнаго еще не могутъ быть внесены (illiquide Realansprüche), отъ нарушенія со стороны лицъ, легитимированныхъ книгою, или обезпеченіе возраженій противъ матеріально неправильныхъ записей. Первая называлась protestatio pro conservando jure et loco вторая protestatio pro conservandis exceptionibus. Обезпеченіе достигается тѣмъ, что со времени внесенія протестаціи распоряженія тѣмъ правомъ, противъ котораго она направлена, признаются недѣйствительными, насколько они противорѣчатъ охраняемому праву или возраженію. Характерная особенность обоихъ видовъ протестацій та, что ими подготовляется въ будущемъ окончательная запись о пріобрѣтеніи, измѣненіи или погашеніи какого-либо права на недвижимость; оба они имѣютъ временный подготовительный характеръ. Но между ними есть и существенная разница. Въ то время, какъ protestatio de conservandis exceptionibus непосредственно только оглашаетъ споръ противъ неправильной записи и тѣмъ самымъ разрушаетъ относительно этой записи презумпцію достовѣрности ипотечной книги, лишаетъ ее легитимаціонной силы, protestatio pro conservando

jure et loco имѣетъ еще другое весьма важное послѣдствіе. Она обезпечиваетъ охраняемому праву на случай его окончательнаго внесенія въ книгу старшинство передъ всѣми позднѣйшими распоряженіями со времени внесенія протестаціи. Ей такимъ образомъ присущъ конститутивный, правосозидательный элементъ, чуждый протестаціямъ pro conservandis exceptionibus.

Практика значительно осложняла и затемняла понятіе протестаціи тѣмъ, что называла этимъ именемъ записи, имѣющія совершенно иной характеръ и иныя цѣли. Въ ипотечную книгу записывались съ цѣлью оглашенія обстоятельства, влекущія за собою по закону ограниченіе права распоряженія недвижимостью или какимъ либо правомъ на нее, напр., объ открытіи конкурса, объ учрежденіи опеки или попечительства и т. п. Съ тою-же цѣлью въ книгѣ записывались свѣдѣнія чисто справочнаго характера, напр. о поступленіи жалобъ на опредѣленіе ипотечнаго начальника, о заявленіи какихъ-либо ходатайствъ и т. п. Такія запретительныя и справочныя отмѣтки назывались protestationes de non disponendo. Какъ тѣ, такъ и другія рѣзко отличаются отъ указанныхъ раньше протестацій. Онѣ не подготовляютъ внесенія новой или исправленія существующей записи, онѣ только предупреждаютъ невыгод-

ныя послѣдствія, которыя можетъ влечь за собою незнаніе оглашенныхъ обстоятельствъ.

Болѣе важное значеніе имѣло постепенное расширеніе практикою круга правъ, охраняемыхъ ипотечными отмѣтками [2]). Въ этомъ отношеніи въ исторіи ипотечной системы можно отмѣтить два направленія или — вѣрнѣе — два періода. Первоначально вещныя права на недвижимость пріобрѣтаются внѣ книги, внесеніемъ удостовѣряется и оглашается актъ пріобрѣтенія, измѣненія или погашенія вещнаго права, совершенный внѣ книги. Въ этомъ періодѣ отмѣтками только охраняются уже пріобрѣтенныя вещныя права—Realrechte. Однако вездѣ скоро обнаруживается стремленіе придавать внесенію въ книгу правосозидательную силу: внѣкнижный актъ создаетъ притязаніе на пріобрѣтеніе, измѣненіе или погашеніе вещнаго права, внесеніе въ книгу довершаетъ его, сообщаетъ ему вещный характеръ, такъ что безъ внесенія вещное право изъ юридической сдѣлки возникать не можетъ. Сообразно съ этимъ ипотечная отмѣтка становится средствомъ обезпеченія личныхъ притязаній на пріобрѣтеніе, измѣненіе погашеніе вещныхъ правъ—Realansprüche. Однако практика пошла еще дальше. Она посредствомъ ипотечной отмѣтки прорвала грань, проведенную ипотечною системою между обязательствами, спеціально обременяющими недвижимость, составляющими ея особый пассивъ и остальными обязательствами ея собственника, составляющими пассивъ всего его имущества. Подъ вліяніемъ роста промышленности и капиталистическаго хозяйства, ипотечная отмѣтка перестала быть только средствомъ защиты интересовъ, связанныхъ съ оборотомъ недвижимостей, сдѣлалась могущественнымъ орудіемъ борьбы личнаго кредита противъ обособленія недвижимости отъ прочаго имущества ея собственника. Таковы были роль и значеніе такъ наз. арестной отмѣтки въ обезпеченіе денежныхъ требованій.

Арестная отмѣтка какъ видъ ипотечной, составляетъ продуктъ соединенія двухъ самостоятельныхъ институтовъ: ареста на недвижимость и судебной ипотеки. Мы вкратцѣ прослѣдимъ каждое изъ нихъ въ отдѣльности.

Арестъ недвижимаго имущества[3]) какъ способъ обезпеченія денежныхъ требованій римскому праву совершенно неизвѣстенъ. Въ средніе вѣка и вплоть до 18-го столѣтія обезпеченіе

[2]) Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ называть отмѣтку въ техническомъ смыслѣ т. е. обезпечивающую оканчательное внесеніе—ипотечною, въ отличіе отъ справочной и запретительной отмѣтки.

[3]) Meibom. Der Mobiliararrest въ Arch. für civilist. Praxis Bd. 72, p. 331 сл., Berger: Arrest und Vormerkung, Dernburg: Das Preüss. Hypothekenrecht Bd. II, § 16 и 17.

денежныхъ требованій арестомъ на недвижимости должника встрѣчается чрезвычайно рѣдко. Многочисленныя законныя и договорныя ограниченія права отчужденія недвижимости съ одной стороны и публичность перехода права собственности на нее съ другой—въ значительной степени ослабляли интересъ къ недвижимому имуществу, какъ объекту взысканія и уменьшали опасность его сокрытія со стороны должника. Литература и законодательство поэтому до 17-го столѣтія не обращали почти никакого вниманія на этотъ способъ обезпеченія. Mevius въ своемъ tractatus de arrestis 1645 года прямо заявляетъ: arrestari possunt res mobiles; immobilium supervacaneum est arrestum, cum loco moveri non queant. По мѣрѣ освобожденія права собственности на недвижимое имѣніе отъ стѣсняющихъ его обращеніе пережитковъ феодальнаго строя и по мѣрѣ возрастающаго значенія личнаго кредита правосознаніе общества перестало мириться съ беззащитностью личныхъ кредиторовъ противъ распоряженій должника, владѣющаго недвижимымъ имѣніемъ. Сперва на практикѣ, а потомъ и въ законѣ стали примѣнять, какъ мѣру обезпеченія личныхъ кредиторовъ запрещеніе должнику отчужденія и обремененія принадлежащихъ ему недвижимостей. Запрещеніе влекло за собою недѣствительность распоряженій должника, насколько ими нарушалось

обезпеченное требованіе. Вопросъ объ отношеніи обезпеченнаго требованія къ требованіямъ другихъ кредиторовъ въ разныя эпохи и въ разныхъ мѣстахъ разрѣшался не одинаково. До рецепціи римскаго права и тутъ примѣнялось правило: prior tempore potior jure. Кто раньше накладывалъ арестъ на недвижимость съ цѣлью взысканія или обезпеченія, тотъ имѣлъ право на преимущественное передъ остальными кредиторами удовлетвореніе. Римское право вытѣснило начало пріоритета и замѣнило его принципомъ соразмѣрнаго удовлетворенія всѣхъ хирографарныхъ кредиторовъ. Въ случаѣ недостаточности недвижимости для полнаго удовлетворенія всѣхъ претензій открывался генеральный или спеціальный конкурсъ и аресты отдѣльныхъ кредиторовъ замѣнялись однимъ общимъ арестомъ. Но рядомъ съ этимъ положеніемъ въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ законодательствахъ и въ обычномъ правѣ все-же сохранялись преимущества въ пользу prioris arrestantis то въ видѣ залоговаго права, какъ напр., въ Саксоніи, то въ видѣ конкурсной привиллегіи, какъ въ Баваріи. Способомъ наложенія ареста первоначально служило объявленіе должнику судебнаго приказа и оглашеніе его въ судѣ. Тамъ, гдѣ велись публичныя ипотечныя книги, стали также отмѣчать запрещеніе должнику распоряжаться недвижимостью въ

книгѣ, иначе оно въ силу принципа публичности не поражало правъ добросовѣстныхъ правопреемниковъ должника. Изъ такой отмѣтки въ ипотечной книгѣ однако само собою отнюдь не вытекало какое либо преимущество отмѣченнаго требованія передъ остальными. Арестная отмѣтка первоначально была ничѣмъ инымъ, какъ запретительною статьею и имѣла единственною цѣлью сохраненіе юридическаго и фактическаго status quo, обезпеченіе кредитору удовлетворенія его требованій изъ наличныхъ средствъ должника. Если въ нѣкоторыхъ мѣстахъ требованія, обезпеченныя арестомъ и пользовались преимуществомъ, то не въ силу ихъ внесенія въ ипотечную книгу, а какъ привиллегированныя по постановленіямъ матеріальнаго права.

Судебная ипотека[4]) также возникла и развилась въ нѣдрахъ практики. Первоначально ипотечная книга была закрыта для какихъ бы то ни было обязательственныхъ требованій. Кредитору, требованіе котораго основывалось на вошедшемъ въ законную силу судебномъ рѣшеніи, давалась иммиссія въ имущество должника и съ момента иммиссіи—pignus praetorium, соединенное съ преимущественнымъ удовлетвореніемъ въ конкурсѣ. Сперва въ французскомъ[5])

[4]) Wolf, Die Eintragung in das Grundbuch zur Vollstreckung einer Forderung, Dernburg, ук. соч. II, § 16.

[5]) Viollet, Histoire du droit civil français, p. 742 сл.

и затѣмъ подъ его вліяніемъ и въ нѣкоторыхъ другихъ законодательствахъ это преимущество приняло характеръ генеральной ипотеки. Наконецъ сложилось возрѣніе, что въ правѣ личныхъ кредиторовъ требовать судебной продажи недвижимости implicite содержится—какъ меньшее—право требовать внесенія въ обезпеченіе присужденной суммы спеціальной ипотеки, получившей названіе судебной (hypthèque judiciaire, Judikathypothek). Окончательному судебному рѣшенію было присвоено значеніе законнаго титула для пріобрѣтенія ипотеки и внесеніе таковой въ ипотечную книгу стало признаваться однимъ изъ способовъ исполненія судебнаго рѣшенія[6]).

Такимъ образомъ въ ипотечной книгѣ сошлись разными путями отмѣтка объ арестѣ на недвижимость въ обезпеченіе личнаго требованія и ипотека на основаніи такого-же требованія, присужденнаго вошедшимъ въ законную силу рѣшеніемъ. Практически конечная цѣль обоихъ институтовъ была одна и таже: обезпеченіе личному кредитору удовлетворенія изъ недвижимаго имущества должника. Но отмѣтка объ арестѣ сама по себѣ кредитору никакихъ преимуществъ передъ другими личными кредиторами не давала и не обезпечивала

[6]) Schmidt, Lehrb. des deutschen Civilprozessrechts S. 638.

его отъ внесенія вещныхъ правъ, возникавшихъ помимо воли должника или хотя при его содѣйствіи, но раньше внесенія отмѣтки объ арестѣ. Весьма понятно, что стремленія личныхъ кредиторовъ были направлены на то, чтобы перекинуть мостъ между арестною отмѣткою и судебною ипотекою, приводить ихъ въ такую связь между собою, чтобы арестную отмѣтку изъ запрещенія (protestatio de non disponendo) превратить въ охранительную отмѣтку о будущей судебной ипотеки, въ protestatio de conservando jure hypothecario. Въ теченіе всего 19-го вѣка въ практикѣ государствъ, имѣющихъ публичныя ипотечныя книги, въ этомъ направленіи происходитъ борьба личныхъ кредиторовъ съ реальными и несмотря на явную логическую несообразность обезпеченія ипотечною отмѣткою такого права, матеріальное основаніе котораго въ моментъ внесенія отмѣтки еще не существуетъ, несмотря на нарушеніе одного изъ основныхъ началъ современнаго конкурснаго права,—принципа равенства положенія личныхъ кредиторовъ, несмотря на неодобрительное отношеніе къ этому нововведенію лучшихъ знатоковъ ипотечнаго права[7]), борьба кончилась въ большинствѣ случаевъ побѣдою личныхъ кредиторовъ. Судебная практика и

[7]) См. Dernburg: ук. соч. стр. 116 и обзоръ прусской литературы у Бергера ук. соч. стр. 68 слѣд.

законодательства[8]) склонялись къ тому взгляду, что судебная ипотека въ тѣхъ случаяхъ, когда въ обезпеченіе денежнаго требованія была внесена арестная отмѣтка, замѣняетъ послѣднюю со старшинствомъ съ момента внесенія отмѣтки. Съ этой точки зрѣнія было вполнѣ послѣдовательно признавать и неокончательное судебное рѣшеніе титуломъ для ипотеки, но не для окончательнаго внесенія таковой, а лишь для внесенія соотвѣтственной обезпечительной отмѣтки.

Мы видѣли, какъ затемнялось понятіе протестаціи и какъ постепенно кругъ охраняемыхъ ею правъ расширялся далеко за предѣлы ея первоначальнаго назначенія. Неудивительно, что попытки найти юридическую конструкцію, обнимающую всѣ ея виды и объясняющуя всѣ ея послѣдствія, не увѣнчались успѣхомъ [9]). Мы на нихъ останавливаться не будемъ, а перейдемъ прямо къ конструкціи отмѣтки въ техническомъ смыслѣ т. е. отмѣтки, подготовляющей и обезпечивающей внесеніе окончательной статьи.

Вопросъ о юридической природѣ этой отмѣтки вызывалъ въ нѣмецкой юридической ли-

[8]) См. ниже, главу II, стр. 38, 42, 47, 51, 56.

[9]) Обзоръ этихъ конструкцій и вообще литературы вопроса до середины 19-го столѣтія см. у Strützki: Die Vormerkung, Beschränkungen und Vermerke der neuen Grundbuchgesetze въ Beiträge zur Erläut. d. deut. Rechts B. 17, Prinz ук. соч. § 14.

тературѣ оживленные споры уже до появленія новаго германскаго уложенія. Высказывалось главнымъ образомъ два мнѣнія. Одни полагали, что посредствомъ внесенія отмѣтки совершается пріобрѣтеніе, измѣненіе или погашеніе обезпечиваемаго права на недвижимость, но не окончательно, а условно. По мнѣнію другихъ отмѣтка имѣетъ только отрицательныя функціи, составляетъ видъ запрещеній. Особенность этого вида состоитъ въ томъ, что распоряженія недвижимостью не запрещаются абсолютно, а почитаются недѣйствительными только по отношенію къ праву; обезпеченному отмѣткою и лишь настолько, насколько ими нарушается отмѣченное право. Какъ мы увидимъ ниже, германское уложеніе оставило вопросъ о природѣ отмѣтки открытымъ и съ тѣхъ поръ онъ сдѣлался одной изъ излюбленныхъ темъ въ нѣмецкой юридической литературѣ. Фуксъ [10]) еще въ 1900 году пророчилъ, что тутъ передъ нѣмецкими юристами „открывается одинъ изъ тѣхъ вопросовъ, которые не могутъ умереть“. Онъ не ошибся [11]). Вопросу объ отмѣткѣ не только отведены обширные отдѣлы въ учебникахъ и коментаріяхъ, ему посвящено множество спеціальныхъ монографій.

[10]) Fuchs, Probleme des Sachenrechts въ Beiträge zur Erläut. des deut. Rechts Bd 45.

[11]) См. перечень обширной литературы вопроса за послѣдніе только нѣсколько лѣтъ въ монографіяхъ Othmer'a, Philipsen'a Seckel'a.

Для русскихъ юристовъ вопросъ о природѣ ипотечной отмѣтки также представляетъ не одинъ только теоретическій интересъ. Въ Царствѣ Польскомъ и въ Прибалтійскихъ губерніяхъ онъ принадлежитъ къ наиболѣе труднымъ вопросамъ ипотечнаго права; для внутреннихъ губерній онъ въ близкомъ будущемъ долженъ быть разрѣшенъ въ законодательномъ порядкѣ при обсужденіи проекта вотчиннаго устава.

Обращаясь къ обзору высказываемыхъ въ литературѣ мнѣній мы должны оговориться, что анализу и опредѣленію принадлежитъ не самая запись, именуемая отмѣткою, а отмѣченное въ ипотечной книгѣ право. Поэтому мы не входимъ въ подробную оцѣнку часто высказываемаго взгляда на ипотечную отмѣтку, какъ на формальное средство обезпеченія, имѣющее вещный характеръ [12]) или на запись въ ипотечной книгѣ, обезпечивающую вещнымъ порядкомъ притязанія на вещныя права на недвижимость [13]) Отмѣтка дѣйствительно есть формальное средство обезпеченія, но этимъ не опредѣляется ея юридическая природа, а только указывается ея цѣль. Едва-ли можно также признать юридическою конструкціею опредѣленіе, что отмѣтка

[12]) Plank: Bürg. Gesetzbuch III S. 95 къ § 383. № 2.

[13]) Biermann. Widerspruch und Vormerkung S. 184. Такое-же опредѣленіе даетъ Predari, Komentar zum BGB. S. 211.

есть „квалифицированное запрещеніе [14]). Отмѣтка имѣетъ то одинаковое съ запрещеніемъ послѣдствіе, что она ограничиваетъ право распоряженія того, противъ кого она направлена. Но указаніе на одно изъ ея послѣдствій не разрѣшаетъ вопроса объ ея юридической природѣ и еще не даетъ возможности дѣлать какіе либо выводы относительно другихъ ея послѣдствій. Кромѣ того причисленіе отмѣтки къ категоріи запрещеній неправильно также по существу. Отмѣтка имѣетъ не только отрицательныя послѣдствія, ей присущъ также въ извѣстныхъ предѣлахъ конститутивный элементъ. Она обезпечиваетъ отмѣченному праву на случай окончательнаго внесенія старшинство, создаетъ извѣстныя преимущества въ конкурсѣ и при продажѣ недвижимости и т. д. Она въ отличіе отъ запрещенія всегда имѣетъ провизорный характеръ, предназначена уступить мѣсто другой записи. Причисленіе ея къ категоріи запрещеній поэтому лишено внутренняго основанія.

Въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ вслѣдъ за германскимъ уложеніемъ дѣлается разница между отмѣткою, обезпечивающею личное притязаніе на вещное право, и отмѣткою, внесенною въ огражденіе вещныхъ правъ отъ послѣдствій

[14]) Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht des Bürg. Gesetzbuches къ § 882 S. 126 и 166. См. также Plank. въ указанномъ мѣстѣ.

неправильнаго, несогласнаго съ дѣйствительнымъ положеніемъ содержанія ипотечной книги. Первая называется Vormerkung, вторая—Widerspruch. Вниманіе юристовъ сосредоточено на конструкціи перваго вида отмѣтокъ, на объясненіи того явленія, что личное притязаніе въ силу отмѣтки обнаруживаетъ въ извѣстныхъ предѣлахъ вещныя послѣдствія.

Предложенныя конструкціи ипотечной отмѣтки могутъ быть сведены къ слѣдующимъ тремъ группамъ:

Одни утверждаютъ, что отмѣтка не оказываетъ никакого вліянія на обязательственный характеръ притязанія, а только придаетъ ему значеніе абсолютнаго требованія, снабжая его средствомъ защиты противъ третьихъ лицъ.

Другіе находятъ, что отмѣтка имѣетъ тѣже послѣдствія, какъ окончательное внесеніе т. е. что она превращаетъ притязаніе въ вещное право, но не вполнѣ, а только въ извѣстнымъ предѣлахъ.

Третьи учатъ, что посредствомъ отмѣтки пріобрѣтается особое право, отдѣльное отъ обезпечиваемаго притязанія и отличное отъ будущаго вещнаго права

Представители каждой изъ этихъ группъ существенно расходятся между собою въ пониманіи природы отмѣтки. Изъ изслѣдователей пер-

вой группы Эндеманъ [15]) видитъ въ отмѣткѣ только распространеніе формальныхъ послѣдствій внесенія на обязательственныя отношенія. „Чистота понятія объ обязательствѣ можетъ быть сохранена только при томъ взглядѣ, что отмѣтка а) распространяетъ примѣнимость формальнаго внесенія на обязательственныя права, изъ чего б) вытекаетъ достаточное для ограниченія публичной достовѣрности ипотечной книги оглашеніе; между тѣмъ какъ в) внесенное право по содержанію остается чисто обязательственнымъ“ [16]). Эндеманъ такимъ образомъ не видитъ другого исхода какъ, допуская внесеніе обязательственныхъ отношеній въ ипотечную книгу безъ измѣненія ихъ обязательственнаго характера, пожертвовать принципомъ, что въ силу внесенія права на недвижимое имущество получаютъ вещный характеръ. Его конструкція приводитъ насъ къ категоріи правъ по содержанію обязательственныхъ, а по формѣ и послѣдствіямъ—вещныхъ, лишаетъ внесеніе въ ипотечную книгу свойства критерія для различенія вещныхъ правъ, вытекающихъ изъ юридическихъ сдѣлокъ, отъ личныхъ и вноситъ неясность въ

[15]) Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I, Teil I § 65. Того-же мнѣнія придерживаются Kipp-Windscheid; Lehrb. des Pandectenrecht II S. 634, Schilde: Die Unrichtigkeit des Grundbuches nach neuem deutschen Reichsrecht; Philipsen: Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche S. 50.

[16]) Endemann: ук. соч. S 257 № 8.

систематизацію правъ, одинаково важную для науки и для законодателя.

Изъ другихъ представителей этой группы Обернекъ [17]) усматриваетъ въ отмѣченномъ притязаніи — obligatio in rem scripta, а Гирке [18]) и Леманъ подводятъ ее подъ категорію iura ad-rem. Obligatio in rem scripta, это такое обязательство, въ которомъ отвѣтчикъ опредѣляется измѣняющимися обстоятельствами. Германскій институтъ jus ad rem это — личное право на опредѣленную вещь, обязательное для каждаго пріобрѣтателя вещи, которому существованіе этого права было извѣстно. Не говоря о томъ, что причисленіе отмѣтокъ къ такимъ среднимъ категоріямъ стушевываетъ и запутываетъ границу между вещными и личными правами, оно намъ совершенно не объясняетъ непосредственныхъ послѣдствій отмѣтки. Изъ этихъ конструкцій вовсе не вытекаютъ сами собою ни недѣйствительность распоряженій недвижимостью по отношенію къ обезпеченному требованію, ни старшинство будущаго вещнаго права. Изъ нихъ могло бы быть выведено только то, что обязанность къ удовлетворенію обезпеченнаго притязанія переходитъ на всякаго пріобрѣтателя недвижимости, а между тѣмъ отмѣтка такого эф-

[17]) Obernek: Das Reichsgrundbuchgesetz S. 254.

[18]) Gierke: Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. S. 50. Его-же Deutsches Privatrecht Bd. II S. 336 ff.

факта не производитъ. Она не расширяетъ круга обязанныхъ лицъ, а только обезсиливаетъ распоряженія, нарушающія обезпеченное притязаніе и сохраняетъ мѣсто въ ипотечной книгѣ для будущаго права.

Въ основаніи этихъ попытокъ объяснить дѣйствіе отмѣтки формальнымъ расширеніемъ послѣдствій обязательственнаго права лежитъ неправильная мысль, что обязательственное право силою закона можетъ быть связано съ послѣдствіями присущими однимъ только вещнымъ правамъ. Съ такимъ положеніемъ невозможно согласиться, ибо законъ безсиленъ измѣнять основныя юридическія понятія. Если отмѣтка въ обезпеченіе личнаго притязанія влечетъ за собою послѣдствія вещнаго характера, то отсюда слѣдуетъ, что ею или самое притязаніе превращается въ вещное право или создается новое вещное право, отдѣльное отъ притязанія. Tertium non datur.

Мнѣнія представителей второй группы сходятся въ томъ, что отмѣтка отчасти антиципируетъ дѣйствіе окончательнаго внесенія, вызываетъ—какъ выражается Іерингъ [19])—его предъдѣйствіе (Vorwirkung).—По теоріи этого ученаго субъективное право оказываетъ свое воздѣйствіе на правовую сферу какъ управомоченнаго,

[19]) Ihering: Passive Wirkungen der Rehte въ его Jahrbücher für Dogmatik Bd. X.

такъ и обязаннаго. Первое составляетъ активную сторону права, второе—пассивную. Бываютъ случаи, когда пассивное дѣйствіе на сторонѣ обязаннаго существуетъ и проявляется безъ активнаго, когда извѣстное лицо или имущество признаются связанными, хотя соотвѣтствующія этой связанности активныя правомочія еще не возникли или временно прекратились. Такую предварительную пассивную связанность — по мнѣнію Ігеринга—создаетъ и ипотечная отмѣтка. Однако насколько теорія Ігеринга касается отмѣтки, она не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, ибо съ одной стороны отмѣтка не только связываетъ имущество должника, но даетъ также кредитору вполнѣ конкретныя правомочія, которыхъ онъ раньше не имѣлъ: Съ другой стороны связанность, созданная отмѣткою, вовсе не совпадаетъ съ пассивною стороною будущаго вещнаго права. Когда напр. отмѣткою обезпечивается притязаніе на сервитутъ, то собственникъ этимъ еще не поставленъ въ такое положеніе, въ которомъ онъ будетъ находиться по окончательномъ внесеніи сервитутнаго права. Связанностью, созданною отмѣткою, обезпечивается пріобрѣтеніе или погашеніе права, но не его осуществленіе.

Другіе изслѣдователи этой группы видятъ въ отмѣченномъ притязаніи условное вещное право напр. условную ипотеку, условное право

собственности и т. д. Эта конструкція ипотечной отмѣтки была раньше господствующею; она принята нашимъ проектомъ вотчиннаго устава; и въ новѣйшей литературѣ энергично защищается Фуксомъ [20]). Тѣмъ не менѣе она не можетъ быть признана правильною. Когда намъ говорятъ объ условномъ вещномъ правѣ, мы имѣемъ право спросить, въ чемъ состоитъ условіе, отъ осуществленія котораго зависитъ превращеніе отмѣченнаго права въ окончательное и безусловное. Намъ отвѣчаютъ: въ устраненіи препятствій къ учиненію окончательной записи. Такимъ препятствіемъ только можетъ быть отсутствіе какого-либо изъ элементовъ, требуемыхъ закономъ для окончательнаго внесенія, напр. согласія пассивно заинтересованнаго или формально достаточнаго титула. Но элементы юридическаго состава, требуемаго закономъ для возникновенія вещнаго права, суть conditiones juris, а не условія въ техническомъ смыслѣ. Другой недостатокъ этой конструкціи состоитъ въ томъ, что она непримѣнима безъ натяжки ко всѣмъ случаямъ отмѣтокъ. Удобно-ли говоритъ объ условномъ вещномъ правѣ, когда отмѣткою обезпечивается притязаніе на уничтоженіе какой либо записи, напр. на погашеніе оплаченной ипотеки? Въ практически наиболѣе важномъ случаѣ отмѣтки въ обезпеченіе права собственности эта конструкція встрѣчается съ содержащимся въ новѣйшихъ ипотечныхъ законахъ—въ томъ числѣ и въ нашемъ проектѣ [21])—запрещеніемъ вносить въ ипотечную книгу право собственности подъ суспенсивнымъ условіемъ или съ начальнымъ срокомъ. Между тѣмъ обезпеченіе притязанія на право собственности посредствомъ отмѣтки допускается. Если отмѣтка создаетъ условное право собственности, то между указанными двумя положеніями получается непримиримое противорѣчіе, котораго редакторы нашего уложенія, повидимому, не замѣтили. Главный защитникъ этой теоріи Фуксъ пытается обойти это затрудненіе. Онъ говоритъ, что отмѣтка, обезпечивающая притязаніе на ипотеку, на реальную повинность, сервитутъ и прочіе jura in re aliena есть (?) условная ипотека, условная повинность, условный сервитутъ и пр. Такъ какъ отмѣтки создаютъ вещную связанность (dingliche Gebundenheit), а внесенныя вещныя права на чужую вещь суть обремененія вещи (Sachhaftungen), то между природою тѣхъ и другихъ нѣтъ

[20]) Grundbuchrecht къ § 883 S. 113 слѣд., Его-же Probleme des Sachenrechts u. Gruchot: Beitr. zur Erläut. des deut. Rechts Bd. 46. Того-же взгляда придерживаются Boehm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Anm. III къ § 883. Stobbe — Lehmann: Deut. Privatrecht Bd. II, Teil II S. 230. Подробный разборъ этой теоріи съ точки зрѣнія германскаго уложенія см. у Бирмана ук. соч. стр. 167—176.

[21]) Проектъ Гражд. Ул. кн. III ст. 97 (въ сводной редакціи проекта ст. 838).

разницы (Wesensverschiedenheit). Слѣдовательно отмѣтка можетъ условно и въ извѣстныхъ предѣлахъ порождать тѣ же послѣдствія, какъ окончательное внесеніе этихъ правъ. Другое дѣло — право собственности. Оно даетъ всеобъемлющее, полное право на вещь, между тѣмъ какъ отмѣтка, обезпечивающая притязаніе на право собственности, всегда даетъ только ограниченное право на чужую вещь и слѣдовательно имѣетъ иное содержаніе и иную природу, чѣмъ самое право собственности. Отсюда Фуксъ дѣлаетъ томъ выводъ, что „отмѣтка о правѣ собственности не есть условное право собственности, а наравнѣ съ отмѣтками объ обремененіяхъ — условное обремененіе". Въ разсужденіи Фукса неправильно то, что связанность, созданная отмѣткою тождественна со связанностью вещи въ силу ипотеки, сервитута и пр. Сюда вполнѣ примѣнимо сказанное нами выше [22]) по поводу теоріи Іеринга. Право, созданное отмѣткою имѣетъ неодинаковую природу не только съ правомъ собственности, но и со всѣми jura in re aliena, пріобрѣтеніе которыхъ она обезпечиваетъ. Ниже мы подробнѣе укажемъ, въ чемъ состоитъ разница между ними. — Дальше Фукса идетъ Отмеръ [23]). По его

[22]) См. стр. 23.

[23]) Othmer: Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht.

мнѣнію отмѣтка производитъ тѣ же послѣдствія, какъ окончательное внесеніе отмѣченнаго права и притомъ безусловно. Единственная разница та, что отмѣтка не создаетъ презумпіи принадлежности права тому лицу, въ пользу котораго она сдѣлана. Однако отмѣтка не только для третьихъ лицъ, но также для самаго управомоченнаго не имѣетъ того эффекта, какъ внесеніе самаго права. Она существенно отличается отъ окончательнаго внесенія по цѣли, послѣдствіямъ и тѣмъ, что она всегда имѣетъ характеръ временной мѣры.

Намъ остается разсмотрѣть третью группу теорій, согласно которымъ посредствомъ отмѣтки пріобрѣтается особое право, отдѣльное отъ будущаго вещнаго права. Тутъ мнѣнія расходятся по вопросу о томъ, что составляетъ содержаніе этого новаго права. Нѣкоторые ученые устанавливаютъ особую категорію правъ на пріобрѣтеніе и причисляютъ къ нимъ ипотечную отмѣтку. Такъ Энекцерусъ [24]), въ приложеніи къ своему сочиненію Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, посвящаетъ особую главу праву пріобрѣтенія (Erwerbsberechtigung), признаваемому имъ за самостоятельный видъ

[24]) См. также Eneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht Bd. I S. 336, Crome: System des deut. bürgerlichen Rechts. Bd. I § 33, Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. II S. 50 ff.

правъ, не принадлежащій ни къ вещнымъ, ни къ обязательственнымъ правамъ. Отъ вещныхъ эти права пріобрѣтенія отличаются тѣмъ, что „они имѣютъ своимъ содержаніемъ не господство надъ вещью, а только возможность пріобрѣтенія права.“

Самъ Энекцерусъ указываетъ, что его теорія примѣнима только къ отмѣткамъ о пріобрѣтеніи вещныхъ правъ; природы остальныхъ видовъ отмѣтки она не объясняетъ.

По ученію Козака[25]) отмѣтка создаетъ новое вещное право, которое существуетъ наряду съ притязаніемъ также, какъ ипотека наряду съ требованіемъ. Ею связывается въ пользу обезпечиваемаго притязанія то право на недвижимость, противъ котораго она направлена, но не самая недвижимость. Отмѣтка ограничиваетъ право распоряженія собственника (предписываетъ ему не дѣлать), какъ сервитутъ ограничиваетъ право пользованія. Ученіе Козака находится въ тѣсной связи съ его своеобразнымъ взглядомъ на вещныя права вообще[26]), котораго мы здѣсь касаться не будемъ. Во всякомъ случаѣ представленіе о вещномъ правѣ, которымъ связывается не самая вещь, а другое право крайне искусственно и не-

[25]) Cosak, Lehrb. des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II Abs. I S. 54

[26]) Ук. соч. стр. 1.

соотвѣтствуетъ тому, что мы привыкли разумѣть подъ понятіемъ вещнаго права.

Другіе ученые, какъ напр. Егеръ[27]), Гельвигъ[28]), Зеклеръ[29]) видятъ содержаніе отмѣченнаго права въ связанности самой недвижимости. По ихъ мнѣнію отмѣткою создается особое акцессорное право на недвижимость, которымъ— по выраженію Зеклера—гарантируется удовлетвореніе обезпеченнаго притязанія изъ обремененной недвижимости. Это опредѣленіе, по нашему мнѣнію, наиболѣе удовлетворительно разрѣшаетъ вопросъ о природѣ ипотечной отмѣтки. Необходимо только болѣе точно формулировать его и указать категорію вещныхъ правъ, къ которой принадлежитъ отмѣтка.

Всматриваясь ближе въ послѣдствія ипотечной отмѣтки, мы видимъ, что лицо, въ пользу котораго оно внесено, несомнѣнно пріобрѣтаетъ нѣчто новое, чего оно раньше не имѣло и что это новое имѣетъ не только экономическое, но также юридическое значеніе, составляетъ по выраженію Цительмана—ein rechtliches Können, Оно состоитъ въ томъ, что со времени внесенія отмѣтки связь между притязаніемъ и недвижимостью уже не можетъ быть нарушена ни распоряженіями собственника, ни конкурсомъ.

[27]) Jaeger: Das Konkursrecht S. 188 ff.

[28]) Hellwig: Anspruch und Klagrecht S. 254 ff.

[29]) Sekler: Die Lehre von der Vormerkung § 13., III.

ни смертью, ни давностью. Такое расширеніе правомочій обезпеченнаго отмѣткою, даетъ намъ полное основаніе утверждать, что отмѣтка порождаетъ новое субъективное право.

Это право имѣетъ акцессорный характеръ; оно дѣйствительно до тѣхъ поръ и настолько, пока и насколько дѣйствительно обезпеченное имъ притязаніе. Оно не можетъ переходить отдѣльно отъ притязанія. При переходѣ права, созданнаго отмѣткою, вмѣстѣ съ обезпеченнымъ притязаніемъ правопреемникъ не можетъ ссылаться на publica fides ипотечной книги, не можетъ говорить, когда притязаніе оказывается неосновательнымъ, что онъ полагался на запись въ ипотечной книгѣ. Его publica fides не охраняетъ, ибо акцессорность ипотечной отмѣтки—ея неизмѣнное свойство, съ которымъ всякій долженъ считаться.

Наконецъ отмѣченое право есть вещное право на недвижимость. Вопросъ о юридической природѣ вещныхъ правъ и въ частности о критеріи для разграниченія ихъ отъ обязательственныхъ, вызываетъ въ литературѣ крупныя разногласія, разборъ которыхъ не входитъ въ нашу задачу. Мы называемъ вещными тѣ права, которыя непосредственно подчиняютъ намъ вещь. Подчиненіе, однако, не должно непремѣнно состоять въ реальномъ господствѣ надъ вещью въ цѣломъ или въ извѣстныхъ отношеніяхъ.

Оно можетъ состоять въ одной только связанности вещи, которая отъ связанности воли даннаго собственника вещи отличается тѣмъ, что она неразрывно укоренилась въ самой вещи и вмѣстѣ съ нею переходитъ въ правовую сферу каждаго новаго пріобрѣтателя. Категорія вещныхъ правъ, имѣющихъ своимъ содержаніемъ связанность вещи, въ нѣмецкой литературѣ обозначается удачнымъ терминомъ Sachhaftungsrechte. Въ русской литературѣ соотвѣтственный терминъ еще не созданъ. Къ этой категоріи принадлежатъ ипотека, грундшульдъ и ипотечная отмѣтка. Ихъ общее свойство — связанность вещи съ цѣлью обезпеченія обязательственнаго права, но въ то время, какъ ипотека и грундшульдъ обезпечиваютъ удовлетвореніе денежнаго требованія, отмѣтка обезпечиваетъ пріобрѣтеніе, измѣненіе или погашеніе вещнаго права на недвижимость. Другая разница между ними состоитъ въ томъ, что ипотека и грундшульдъ могутъ имѣть самостоятельное, независимое отъ обезпеченнаго ими требованія, существованіе, отмѣтка-же всегда и при всѣхъ обстоятельствахъ сохраняетъ свой строго акцессорный характеръ.

Сказанное нами о природѣ ипотечной отмѣтки приводитъ къ слѣдующему опредѣленію: *Ипотечною отмѣткою создается особое акцессорное вещное право на недвижимость, коимъ*

обезпечивается личное притязаніе на пріобрѣтеніе, измѣненіе или погашеніе другого вещнаго права. Изъ этого опредѣленія логически вытекаютъ всѣ послѣдствія ипотечной отмѣтки: старшинство обезпеченнаго права передъ позднѣйшими записями, его положеніе въ конкурсѣ и въ недостаточномъ наслѣдствѣ. Самое притязаніе сохраняетъ свойобязательственный характеръ, обязаннымъ къ его удовлетворенію остается первоначальный должникъ, но отвѣтственность лежитъ на самой недвижимости и каждый новый пріобрѣтатель таковой можетъ быть принужденъ посредствомъ вещнаго иска давать свое согласіе на внесеніе въ ипотечную книгу окончательной записи, разъ притязаніе на такое внесеніе спору не подлежитъ. Законодатель, конечно, воленъ, насколько это не противорѣчитъ юридической природѣ института, иначе нормировать послѣдствія отмѣтки; но при отсутствіи положительныхъ указаній въ законѣ эти послѣдствія могутъ и должны быть выводимы изъ указаннаго понятія.

Въ заключеніе намъ необходимо отвѣтить на слѣдующіе два вопроса: Примѣнимо-ли наше опредѣленіе къ отмѣткѣ въ смыслѣ германскаго Widerspruch, обезпечивающей вещныя права отъ послѣдствій неправильныхъ записей въ книги, и подходитъ-ли подъ это опредѣленіе отмѣтка въ обезпеченіе денежныхъ требованій (арестная отмѣтка)?

На первый вопросъ по нашему мнѣнію отвѣтъ долженъ быть данъ утвердительный. Характеръ обезпеченнаго права тутъ, правда, совершенно иной, чѣмъ при отмѣткѣ въ смыслѣ германской Vormerkung, но цѣль и сущность отмѣтки въ томъ и другомъ случаѣ одна и таже: ею обезпечивается вещнымъ образомъ то измѣненіе въ ипотечной книгѣ, котораго добивается заинтересованное лицо, причемъ обезпеченіе въ обоихъ случаяхъ достигается тѣмъ, что въ его пользу посредствомъ отмѣтки создается новое вещное право на недвижимость.

На второй вопросъ мы, напротивъ, отвѣтимъ отрицательно. Денежное требованіе не есть притязаніе на пріобрѣтеніе, измѣненіе или погашеніе вещнаго права, обезпеченіе которыхъ, составляетъ задачу ипотечной отмѣтки, Мы уже видѣли, какъ подъ давленіемъ интересовъ личнаго кредита, это затрудненіе устраняется положительнымъ постановленіемъ закона о томъ, что запись въ ипотечной книгѣ объ обезпеченіи денежнаго иска при представленіи окончательнаго рѣшенія замѣняется судебною ипотекою. Тѣмъ самымъ эта запись получаетъ свойство ипотечной отмѣтки, ибо обезпечиваетъ притязаніе на пріобрѣтеніе ипотеки. Едвали однако есть достаточныя цивильно-политическія основанія для превращенія ареста на

недвижимое имущество въ вещное право. Этимъ нарушается равенство въ положеніи личныхъ кредиторовъ и создается для нихъ лишній мотивъ спѣшить по возможности со взысканіемъ—хотя бы цѣною разоренія должника,—чтобы не быть опережаемымъ болѣе юркимъ вѣрителемъ. Въ тоже время недобросовѣстному должнику облегчается фиктивное обремененіе недвижимости. Ипотечная отмѣтка должна служить коррективомъ къ прямолинейнымъ началамъ ипотечной системы, средствомъ защиты противъ ея суровыхъ послѣдствій—и только. Превратить ее въ источникъ неравенства, значитъ грѣшить противъ прямого назначенія и основной идеи этого института.—

ГЛАВА II.

Законодательная постановка ипотечной отмѣтки.

Послѣ сказаннаго нами о значеніи ипотечной отмѣтки, какъ мѣры противъ формализма ипотечной системы вполнѣ понятно, что этотъ институтъ встрѣчается во всѣхъ ипотечныхъ законодательствахъ, построенныхъ на принципахъ публичности и внесенія.[30])

---

[30]) Англо-австралійской ипотечной системѣ или такъ наз. системѣ Торренса, хотя она покоится на совершенно иныхъ началахъ, чѣмъ германскія ипотечныя законодательства, также извѣстенъ институтъ отмѣтки подъ названіемъ caveat. Система Торренса построена 1) на мобилизаціи недвижимости посредствомъ выдачи удостовѣренія (certificate of title) объ ея юридическомъ положеніи, играющаго въ оборотѣ роль суррогата самой недвижимости, съ соотвѣтственнымъ примѣненіемъ къ нему началъ о владѣніи движимымъ имуществомъ и 2) на участіи государства въ лицѣ его органа, регистратора, въ возникновеніи, переходѣ и погашеніи правъ на недвижимости, причемъ государство принимаетъ на себя имущественную отвѣтственность за всякій ущербъ, причиняемый довѣріемъ къ содержанію ипотечнаго реестра и выданнаго удостовѣренія. Самый реестръ не публиченъ, а доступенъ только для заинтересованныхъ лицъ. Отмѣтка (caveat) при этой системѣ имѣетъ совершенно иное назначеніе. Ею ипотечное учрежденіе предупреждается о событіяхъ, касающихся цертификата и сопряженныхъ съ опасностью для его собствен-

Изъ дѣйствующихъ западноевропейскимъ законодательствомъ мы остановимся только на германскомъ и австрійскомъ, но раньше бросимъ бѣглый взглядъ на постановку вопроса объ отмѣткѣ въ прусскомъ правѣ[31]), послужившемъ образцомъ для большинства другихъ законодательствъ.

Первое упоминаніе о „протестаціи“ мы встрѣчаемъ въ ипотечномъ уставѣ для „суверенаго герцогства Силезіи“ отъ 4-го августа 1750 года[32]). Болѣе подробныя указанія содержатъ Ипотеч-

ника напр. объ его утратѣ, о передачѣ его 3-му лицу безъ перенесенія на него правъ и т. под. Вслѣдствіе caveat ипотечное учрежденіе обязано или пріостанавливать дальнѣйшія записи касающіяся недвижимости или извѣщать лицо, заявившее caveat и выжидать въ теченіе опредѣленнаго срока предъявленія имъ иска. Подробности см. у Brickdale Registration of title to land, Jvanowitsch: Des Systèmes hypthécaires basés sur de livres fonciers, Zeerleder: Englisches Grundbuchrecht.

31) Förster: Preussiches Grundbuchrecht § 5, Dernburg und Hinrichs ук. соч. Bd. I стр. 345 слѣд., Biermann ук. соч. § 1 и 2.

32) § 32 этого устава гласитъ: „Wenn sich begiebet, dass eine Forderung noch nicht eingetragen werden kann, weil sie in quali und quanto nicht ausgemacht oder deshalb in lite befangen ist; so liget demjeningen, der dergleichen Praetensiones hat ob, solches dem Gericht anzuzeigen und zu bitten, dass, ehe und bevor dieselbe ausgemacht, nichts zn ihrem Praejudiz in das Grund- und Hypothequen-Buch eingetragen werde, welche Protestation dann das Gericht dem Grund- und Hypothequen-Buch und denen daraus ertheilenden Scheinen inseriren muss, allermassen dadurch das Recht desjenigen, welcher die Protestation einleget, ungekränket bleibet, mithin auch wenn jemand derselben nachher seine Forderung in das Hypothequen-Buch eintragen lässet, dennoch keinen Vorzug haben, sondern vielmehr nachstehen muss“.

ный Уставъ 1783 года и общее Прусское земское право. Отмѣтки допускаются въ обезпеченіе вещныхъ правъ, которыя почему-либо—независимо отъ воли управополномоченнаго—еще не могутъ быть внесены въ ипотечную книгу, а также въ обезпеченіе возраженій противъ неправильныхъ записей, но не допускаются въ обезпеченіе личныхъ требованій. На ряду съ ипотечною отмѣткой существуютъ еще запретительныя (protestationes de non disponendo) и справочныя, имѣющія совершенно иной характеръ. Дѣйствіе ипотечной ипотеки состоитъ въ сохраненіи status quo въ пользу обезпеченнаго, такъ что дальнѣйшія распоряженія собственника на обезпеченное право никакого вліянія не оказываютъ. Вносится отмѣтка только на основаніи судебнаго опредѣленія. Прусскій законъ 5 мая 1872 года о пріобрѣтеніи права собственности прибавилъ отмѣтку въ обезпеченіе личнаго притязанія на вещное право (въ законѣ упоминается только о притязаніи на право собственности, ипотеку и грундшульдъ) и допустилъ внесеніе отмѣтки по соглашенію съ пассивно заинтересованнымъ. Въ прусской литературѣ и практикѣ преобладало воззрѣніе что, отмѣтка условно производитъ тѣже послѣдствія какъ окончательное внесеніе. Нѣкоторыя юристы съ этою конструкціею не соглашались, указывая на то, что право, созданное отмѣткою,

во многихъ отношеніяхъ вовсе не совпадаетъ съ вещнымъ правомъ, внесеніе котораго ею обезпечивается, что превращеніе отмѣтки въ окончательную запись не происходитъ ipso jure, какъ при условіи и т. д. Они видятъ въ отмѣткѣ судебное или договорное квалифицированное запрещеніе. Вопросъ объ арестной отмѣткѣ возбуждалъ нескончаемыя разногласія, сущность которыхъ намъ уже извѣстна, пока законъ 1883 года не положилъ конецъ этому спору категорическимъ постановленіемъ, что арестная отмѣтка можетъ быть замѣнена ипотекою на основаніи судебнаго рѣшенія со старшинствомъ со времени внесенія отмѣтки. Въ итогѣ столѣтняго развитія прусское законодательство выработало два вида ипотечныхъ отмѣтокъ (хотя въ самомъ законѣ между ними не производится строгое различіе): 1) въ обезпеченіе внесеннаго или невнесеннаго вещнаго права отъ послѣдствій неправильныхъ записей 2) въ обезпеченіе личнаго притязанія на внесеніе или погашеніе вещнаго права. Вмѣстѣ съ тѣмъ оно узаконило превращеніе ареста на недвижимость въ отмѣтку объ обезпеченіи будущей судебной ипотеки.

Начала прусскаго права пока составляютъ послѣднее слово въ вопросѣ объ отмѣткѣ. Новѣйшія законодательства и законодательные проекты, кромѣ нѣкоторыхъ техническихъ

усовершенствованій, къ нимъ ничего не прибавили.

Составители перваго проекта германскаго гражданскаго Уложенія предполагали даже вернуться къ началамъ Устава 1783 года. Они принципіально отвергли отмѣтку въ обезпеченіе личныхъ притязаній, какъ аномалію, нарушающую необходимую грань между вещными и личными правами. „Въ дѣйствительности — говорится въ мотивахъ [33]) къ первому проекту — непосредственная причина опасности лежитъ не въ принципѣ внесенія, а въ томъ общемъ положеніи, что дѣйствіе обязательственныхъ правъ простирается только на обязаннаго. Принципъ внесенія тутъ—наравнѣ съ принципомъ традиціи относительно движимаго имущества—имѣетъ лишь то значеніе, что обязанный, распорядившись принадлежащимъ ему по книгѣ правомъ въ пользу третьяго лица, лишенъ возможности удовлетворить притязаніе своего кредитора заключеніемъ съ нимъ вещнаго договора. Въ области правъ на движимое имущество тотъ, кто не обезпечилъ себѣ договорнымъ путемъ осуществленіе своего права, пользуется только тѣми мѣрами защиты, которыя предоставляетъ ему гражданскій процесъ въ

[33]) Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Bd III S. 241.

видѣ ареста и предварительнаго исполненія. Въ области правъ на недвижимое имѣніе институтъ отмѣтки могъ-бы служить особымъ способомъ защиты, но не потому что тутъ опасность правонарушенія болѣе велика, а исключительно потому, что ипотечная книга фактически открываетъ возможность такой записи. Признать же потребность въ такой усиленной защитѣ нѣтъ основанія. Напротивъ и въ области правъ на недвижимое имущество забота объ обезпеченіи осуществленія своего права договорнымъ путемъ или инымъ способомъ лежитъ прежде всего на самомъ кредиторѣ. Случаи, въ которыхъ онъ лишенъ этой возможности, чрезвычайно рѣдки и въ этихъ случаяхъ законъ вполнѣ удовлетворяетъ требованіямъ справедливости, допуская внесеніе запрещенія и ареста въ порядкѣ обезпеченія иска".

По этимъ соображеніямъ проектъ признаетъ только отмѣтку въ обезпеченіе уже существующихъ вещныхъ правъ противъ возможныхъ послѣдствій неправильныхъ записей въ ипотечной книгѣ. Предложенія проекта встрѣтили дружный отпоръ со стороны критики и почти единогласно отвергнуты второю коммиссіею. Послѣдняя высказалась за допущеніе отмѣтокъ въ обезпеченіе личныхъ притязаній, назвавъ ихъ Vormerkungen, но въ тоже время сохранила и другой видъ отмѣтокъ въ обезпеченіе споровъ

противъ неправильныхъ записей подъ названіемъ Widerspruch, который трактуется въ законѣ какъ самостоятельный институтъ. Ясное разграниченіе этихъ двухъ видовъ отмѣтокъ въ терминологическомъ отношеніи составляетъ шагъ впередъ, но новаго оно ничего не внесло, такъ какъ эта разница уже раньше проводилась вполнѣ сознательно. Отмѣтка, какъ и въ прусскомъ правѣ, вносится на основаніи или судебнаго опредѣленія или соглашенія. Вопросъ о юридической конструкціи, несмотря на множество бывшихъ въ виду второй коммиссіи предложеній, остался открытымъ. Составители уложенія порѣшили перечислить въ законѣ отдѣльныя послѣдствія отмѣтки, руководствуясь одними только практическими соображеніями. Послѣдствія отмѣтки троякаго рода:

1) всѣ позднѣйшія распоряженія, насколько они противорѣчатъ обезпеченному притязанію, недѣйствительны,

2) будущему вещному праву обезпечивается старшинство съ момента внесенія отмѣтки,

3) отмѣченное притязаніе въ конкурсѣ и при недостаточности наслѣдственной массы подлежитъ отдѣльному удовлетворенію наравнѣ съ вещными правами.

Удовлетворенія обезпеченнаго притязанія управомоченный долженъ искать отъ непо-

Всесоюзная БИБЛИОТЕКА

средственнаго должника; отъ новаго-же пріобрѣтателя недвижимости онъ можетъ только требовать изъявленія согласія, насколько таковое необходимо для внесенія. Теченіе давности—погасительной и пріобрѣтательной—пріостанавливается отмѣткою въ смыслѣ Widerspruch, отмѣтка-же, обезпечивающая личныя притязанія, не охраняетъ этихъ притязаній отъ дѣйствія давности. По вопросу о природѣ арестной отмѣтки германское право осталось на почвѣ прусскаго закона 1883 года. Ст. 932 Уст. Гражд. процесса постановляетъ, что арестъ на недвижимость совершается посредствомъ внесенія кредитной ипотеки, т. е. ипотеки обезпечивающей будущее требованіе въ суммѣ не выше той, въ которой наложенъ арестъ. Размѣръ требованія опредѣляется по представленіи окончательнаго судебнаго рѣшенія.

Какъ обыкновенно бываетъ при казуистичности закона перечень въ германскомъ уложеніи оказался далеко не исчерпывающимъ и отсутствіе опредѣленной конструкціи ипотечной отмѣтки порождаетъ безконечныя разногласія, продолжающіяся до сихъ поръ, не смотря на обиліе коментаріевъ и монографій, посвященнымъ ихъ разрѣшенію. Мы коснемся только одного изъ споровъ, имѣющаго принципіальное значеніе, а именно вопроса о примѣненіи къ отмѣткѣ publica fides ипотечной

книги [34]). Онъ собственно распадается на два вопроса; 1) дѣлаетъ-ли отмѣтка существованіе обезпеченнаго притязанія достовѣрнымъ и 2) оказываетъ-ли на отмѣтку какое-либо вліяніе неправильность содержанія книги во время ея внесенія? Когда напр. вмѣсто ипотеки въ 3000 руб. ошибочно внесена ипотека въ 300 руб., а послѣ нея отмѣтка въ обезпеченіе притязанія на другую ипотеку, возможно-ли исправленіе ошибки со старшинствомъ передъ отмѣткою? По первому вопросу разногласія нѣтъ. Всѣ признаютъ, что въ виду акцессорнаго характера отмѣтки ея существованіе зависитъ отъ дѣйствительности обезпеченнаго притязанія, но не наоборотъ; она не оказываетъ никакого вліянія на силу притязанія. Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто видитъ въ отмѣткѣ условное внесеніе вещнаго права, такое рѣшеніе вопроса не послѣдовательно. Если отмѣтка превращаетъ притязаніе въ вещное право, оно должно было-бы пользоваться всѣми выгодами публичной вѣры ипотечной книги. Фуксъ [35]), повидимому, и склоняется къ такому рѣшенію, но онъ высказывается такъ неопредѣленно и неясно, что трудно сказать, какого онъ придерживается мнѣнія.

---

[34]) Strohal: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuches zu statten? и указанную у него въ первомъ примѣчаніи литературу вопроса.

[35]) Grundbuchrecht стр. 152 § 3-aa.

По второму вопросу мнѣнія расходятся. Одни утверждаютъ, что начало публичной вѣры на отмѣченное право не распространяется, другіе, напротивъ, не признаютъ въ этомъ отношеніи разницы между отмѣткою и окончательнымъ внесеніемъ, третьи, наконецъ, различаютъ отмѣтки, внесенныя по соглашенію съ пассивно заинтересованнымъ и по судебному опредѣленію распространяя публичную вѣру ипотечной книги только на первую. По нашему мнѣнію отмѣткою создается новое вещное право, новое обремененіе недвижимости, которое при отсутствіи положительнаго указанія въ законѣ должно въ такой-же степени пользоваться выгодами публичной вѣры, какъ остальныя закономѣрно внесенныя въ ипотечную книгу вещныя права. Ниже мы увидимъ, что такое рѣшеніе вопроса однако несправедливо и нецѣлесообразно, и потому должно быть отвергнуто положительнымъ закономъ.

Австрійское [36]) ипотечное законодательство развилось сравнительно рано и въ началѣ 19-го столѣтія принадлежало къ наиболѣе передовымъ въ Европѣ. Оно уже тогда отличалось строгимъ проведеніемъ принципа, что вещныя права съ обязательною силою для третьихъ лицъ пріобрѣтаются только посредствомъ внесенія, и

[36]) Exner: Das oestreichische Hypothekenrecht § 25 и §§ 28—32. Burckhard: System des oestr. Privatrechts Teil III §§ 189 и 190, Pitreich: Das allgemeine Grundbuchgesetz (Commentar) § 35 стр.

широкимъ примѣненіемъ начала публичной вѣры ипотечной книги. Неудивительно, что на практикѣ весьма рано ощущалась потребность въ мѣрахъ противъ опасностей, съ которыми сопряжены эти начала, и что такимъ именно палліативомъ и тутъ явился институтъ ипотечной отмѣтки [37]). Австрійскій законъ различаетъ отмѣтку въ техническомъ смыслѣ (Praenotation, Vormerkung) отъ такъ называемой замѣтки (Anmerkung), задача которой состоитъ въ оглашеніи черезъ посредство ипотечной книги всякого рода свѣдѣній, затрогивающихъ юридическое положеніе недвижимости. Предметъ замѣтокъ составляютъ записи, касающіяся правоспособности собственника недвижимости, ограниченія его права распоряженія, судебныхъ споровъ относительно существованія или старшинства вещныхъ правъ на недвижимость (Streitanmerkungen). Отмѣткою обезпечиваются только притязанія на пріобрѣтеніе, измѣненіе или погашеніе вещныхъ правъ. Въ особенно широкихъ размѣрахъ въ Австріи практиковалась отмѣтка объ ипотекѣ (Pfandrechtspraenotation). До ипотечнаго закона 1871 года, существенно, преобразовавшаго ипотечные порядки въ Австріи, каждый личный кредиторъ имѣлъ право

[37]) По вопросу объ исторіи отмѣтки въ Австріи см. Johanny Geschichte und Reform der oestr. Pfandrechtspränotation, Exner: Das Institut der Pfandrechtspraenotation in Oestreich.

на основаніи документа, обладавшаго по тогдашнимъ процессуальнымъ законамъ силою половины доказательства, требовать внесенія въ ипотечную книгу отмѣтки объ ипотекѣ, другими словами, каждый личный кредиторъ, на основаніи простого долгового обязательства могъ себѣ создавать ипотеку. Законъ 1871 года положилъ этому конецъ. Согл. § 36 „отмѣтка въ обезпеченіе ипотеки допускается только въ томъ случаѣ, когда достаточно удостовѣрены какъ требованіе, такъ и титулъ для ипотеки". Теперь слѣдовательно предметомъ ипотечной отмѣтки могутъ быть только такія требованія, въ пользу которыхъ договоромъ или закономъ установлена ипотека.

Природа ипотечной отмѣтки точно опредѣлена законодателемъ. „Всякая отмѣтка—говорится въ § 40 Ипотечнаго закона—устанавливаетъ пріобрѣтеніе, перенесеніе, ограниченіе или отмѣну вещнаго права, лишь подъ условіемъ ихъ оправданія (Rechtfertigung) и въ томъ размѣрѣ, въ которомъ послѣдуетъ оправданіе". Эта и рядъ другихъ статей [38]) не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что отмѣтка разсматривается какъ условное внесеніе, какъ первая стадія процедуры внесенія, довершеніемъ которой является

[38]) См. напр. Австр. Общ. Гражд. Улож. §§ 438, 438, 453, и Ипотечный Законъ 1871 г. §§ 49—51.

оправданіе, т. е. представленіе доказательствъ наличности формальныхъ условій для окончательной записи. Отмѣтка подлежитъ тѣмъ-же правиламъ, какъ и окончательная запись, съ тою только разницею, что нѣкоторыя формальныя условія для внесенія вещнаго права отсутствуютъ. Она вносится или на основаніи судебнаго опредѣленія или по соглашенію съ должникомъ, но по общему правилу только при наличности спеціальнаго титула для внесенія вещнаго права. Отъ этого правила законъ отступается въ одномъ только отношеніи, допуская отмѣтку условной ипотеки на основаніи неокончательнаго судебнаго рѣшенія или платежнаго приказа, коими присуждено денежное требованіе, не соединенное съ договорною ипотекою. Титуломъ въ этомъ случаѣ служитъ само судебное опредѣленіе. Отмѣтка замѣняется окончательною записью по представленіи вошедшаго въ законную силу рѣшенія, которое по австрійскимъ законамъ даетъ кредитору право на судебную ипотеку. Наложеніе запрещеній или ареста, на недвижимое имущество должника въ порядкѣ обезпеченія денежныхъ исковъ (einstweilige Verfügung) австрійскимъ уставомъ не допускается и даже прямо запрещается [39]).

[39]) См. Австр. Законъ 27 мая 1896 г. о порядкѣ взысканія и обезпеченія §§ 374, 379, Schuster u. Bonnot: Oesterreichisches Civilprozessrecht § 82. 84 III, 96.

Лицо, въ пользу котораго отмѣтка внесена, имѣетъ вещное право подъ отлагательнымъ условіемъ. Дальнѣйшія распоряженія должника насколько онѣ коллидируютъ съ отмѣченнымъ правомъ, совершаются подъ отмѣнительнымъ условіемъ. Оправданіе и слѣдующее за нимъ окончательное внесеніе дѣйствуютъ ex tunc, и имѣютъ обратную силу съ момента внесенія отмѣтки. Поэтому всѣ состоявшіяся раньше распоряженія управомоченнаго, касающіяся отмѣченнаго права, какъ напр. его отчужденіе, залогъ и пр., получаютъ безусловную силу, а всѣ распоряженія должника, касающіяся недвижимости, насколько они противорѣчать отмѣченному праву, ipso jure теряютъ свою силу. Сознавая ненормальность такого состоянія длительной условности всѣхъ распоряженій, законъ устанавливаетъ двухнедѣльный срокъ для возбужденія иска о признаніи обезпеченнаго права.

Въ предѣлахъ нашего отечества ипотечныя учрежденія пока существуютъ въ Царствѣ Польскомъ и въ Остзейскихъ губ. Польскій уставъ 1818 года [40]), дѣйствующій съ незначительными измѣненіями до настоящаго времени, составленъ подъ замѣтнымъ вліяніемъ Прусскаго устава 1783 года. Въ немъ институтъ отмѣтки встрѣ-

[40]) Дуткевичъ: Польское ипотечное право, Юзефовичъ: Законы о ипотекахъ, дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ.

чается въ двухъ видахъ, какъ предварительная (zastrzeżenie) и какъ охранительная (ostrzeżenie). Предварительная отмѣтка вносится при каждомъ ипотечномъ дѣйствіи въ первую графу подлежащаго отдѣла ипотечной книги и имѣетъ то значеніе, что съ этого момента предстоящее внесеніе признается оглашеннымъ и ему обезпечено старшинство [41]). Въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ, подлежащій укрѣпленію въ ипотечной книгѣ, совершенъ въ канцеляріи подлежащаго ипотечнаго учрежденія, предварительная отмѣтка дѣлается немедленно по подписаніи договора, такъ что стороны вполнѣ обезпечены отъ того, что до укрѣпленія заключеннаго ими договора не послѣдуютъ какія либо записи въ ипотечной книгѣ, не вошедшіе въ ихъ разсчеты. Охранительная отмѣтка имѣетъ иной характеръ. Она служитъ: 1) для оглашенія свѣдѣній необходимыхъ для предупрежденія третьихъ лицъ отъ заключенія сдѣлокъ, могущихъ вслѣдствіе оглашенныхъ обстоятельствъ оказаться недѣйствительными, напр. объ ограниченіи правоспособности собственника недвижимости или другого лица, лигитимированнаго книгою, объ его

[41]) Другое мнѣніе высказалъ Прав. Сенатъ въ рѣшеніи 1881 г, № 71; см. по этому поводу см. статью Езоріанскаго: Польское ипотечное право и рѣшенія гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената въ Жур. гражд. и угол. права за 1888годъ №№ 5 и 6.

смерти[42]), или объ открытіи конкурса надъ его имуществомъ и 2) для обезпеченія притязаній на пріобрѣтеніе, измѣненіе и погашеніе вещныхъ правъ. Охранительныя отмѣтки вносятся также въ обезпеченіе возраженій противъ ипотекованныхъ требованій. Такія возраженія впрочемъ могутъ быть предъявлены и при отсутствіи отмѣтки противъ первоначальнаго кредитора въ теченіе давностнаго срока, а противъ его правопреемниковъ въ теченіи шести недѣль со времени внесенія ипотеки. По вопросу объ обезпеченіи денежныхъ требованій въ польской литературѣ и практикѣ повторяется тотъ-же споръ съ которымъ мы встрѣтились въ Пруссіи. По мнѣнію однихъ внесеніе отмѣтки въ обезпеченіе денежнаго требованія допускается только при наличности спеціальнаго титула договорнаго или законнаго. Такимъ титуломъ впрочемъ признается согласно 138 ст. Ипот. устав. и неокончательное судебное рѣшеніе, на основаніи котораго можетъ быть внесена отмѣтка въ обезпеченіе судебной ипотеки. По другому мнѣнію, горячо отстаи-

[42]) Согл. ст. 125 и 134 Ипот. уст. отмѣтка о смерти собственника посредствомъ внесенія въ ипотечный указатель словъ „производится дѣло о наслѣдствѣ“ закрываетъ его для дальнѣйшихъ записей впредь до окончанія производства о наслѣдствѣ. Этими статьями ипотечнаго устава относительно недвижимаго имущества отмѣняется принятое французскимъ кодексомъ положеніе le mort saisit le vif, въ силу котораго имущество наслѣдодателя съ момента смерти переходитъ къ наслѣднику.

ваемому Дуткевичемъ [43]), отмѣтка, внесенная въ обезпеченіе личнаго долговаго требованія, не нуждается въ спеціальномъ титулѣ для ипотеки. Всякое требованіе, признанное судомъ достовѣрнымъ, согл. 137 ст. Ипот. уст., даетъ кредитору право на внесеніе отмѣтки, которою обезпечивается старшинство будущей судебной ипотеки на случай удовлетворенія его требованія судомъ.

Въ Прибалтійскія губерніи [44]) ипотечная система проникла очень рано и сложилась тѣмъ-же путемъ, какъ въ остальныхъ германскихъ зако-

[43]) Ук. соч. стр. 89—94.

[44]) Спеціальныхъ трудовъ, посвященныхъ ипотечной системѣ нѣтъ ни въ нѣмецкой, ни въ русской литературѣ мѣстнаго права Остзейскихъ губерній, кромѣ сочиненія Башмакова: „Основныя начала ипотечнаго права“. Пособіями для изученія дореформенной ипотечной системы могутъ служить, кромѣ соотвѣтственныхъ главъ въ сочиненіяхъ Bunge: liv- und estländisches Privatrecht и Curländisches Privatrecht, не появившіяся въ продажѣ книги: „Описаніе ипотечныхъ порядковъ въ Прибалтійскихъ губерніяхъ, изданное коммиссіею для устройства земскихъ банковъ и Instruction für den innern Geschäftsgang des Rates bei Verhandlungen von Grundbuchsachen (Инструкція для дѣлопроизводства по поземельно-ипотечнымъ дѣламъ въ ратѣ гор. Риги). Экземпляръ первой книжки находится въ библіотекѣ Государственнаго Совѣта въ Петербургѣ, экземпляръ второй — въ рижской городской библіотекѣ. Съ практикою рижскихъ судовъ можно познакомиться по сборнику Цвингмана: Civilrechtliche Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte, съ законодательными мотивами временныхъ правилъ о порядкѣ производства крѣпостныхъ дѣлъ по официальному изданію положенія о преобразованіи судебной части, составленному Гасманомъ и Нолькеномъ.

нодательствахъ т. е. изъ сліянія судебныхъ протоколовъ и поземельныхъ записей. Сдѣлки, устанавливающія право на недвижимости, совершались гласно передъ судомъ и записывались въ особыя судебныя книги. Если въ теченіе извѣстнаго срока никто не протестовалъ, не заявлялъ спора, то установленныя сдѣлкою вещныя права утверждались судомъ и уже больше не могли быть оспариваемы третьими лицами. Когда при судебныхъ мѣстахъ стали вестись особы книги, въ которыхъ сосредоточивались свѣдѣнія, относящіяся до недвижимаго имущества, то туда вносились также протесты, заявленные въ судѣ въ установленный срокъ. Эти протесты и составляютъ первоначальную форму и ядро ипотечной отмѣтки. Дальнѣйшее развитіе ипотечныхъ порядковъ совершались больше путемъ практики, обычнаго права и инструкцій мѣстныхъ учрежденій въ предѣлахъ предоставленной имъ автономіи, чѣмъ законодательнымъ путемъ, и отличались чрезвычайнымъ партикуляризмомъ. Постепенно устанавливалась обязанность внесенія въ крѣпостныя книги [45]) вещныхъ правъ на

[45]) Терминъ „Крѣпостная книга“, позаимствованный изъ положенія о нотаріальной части, встрѣчается уже до реформы 1889 года, какъ названіе для опредѣленной части ипотечной книги. Положеніе 1889 года присвоило это названіе всей совокупности книгъ, черезъ которыя проходитъ укрѣпленіе и въ этомъ смыслѣ терминъ крѣпостная книга употребляется въ ч. III Свода мѣст. узак. изд. 1890 года (примѣч. къ ст. 408). Въ ст. 3

недвижимое имущество, возникающихъ изъ юридическихъ сдѣлокъ. Это развитіе завершилось общимъ для всѣхъ трехъ губерній положеніемъ ст. 3004 ч. III Св. мѣст. узак.: „Укрѣпленіе непремѣнно нужно во всѣхъ случаяхъ, когда сдѣлкою пріобрѣтаются вещныя права на недвижимость“. Укрѣпленіе, однако по Своду мѣст. узак. не устраняетъ внутреннихъ недостатковъ сдѣлки и неспособно создавать права, не вытекающія изъ матеріальнаго содержанія сдѣлки [46]). Укрѣпленію до реформы подлежалъ самый актъ, а послѣдствія укрѣпленія состояли въ сообщеніи вещнаго характера вытекающимъ изъ сдѣлки правамъ и въ старшинствѣ внесеннаго въ книгу акта передъ позднѣйшими внесеніями. Объ отмѣткѣ въ матеріальныхъ законахъ не упоминается. Предъявленіе притязанія на право собственности или другія права на недвижимость до реформы имѣло послѣдствіемъ судебное запрещеніе собственнику дальнѣйшихъ

Положенія, согласно которой „крѣпостныя книги состоятъ изъ подлинныхъ актовъ и документовъ на основаніи которыхъ послѣдовало укрѣпленіе“, этотъ терминъ употребляется въ иномъ, болѣе тѣсномъ смыслѣ, что на практикѣ даетъ поводъ къ недоразумѣніямъ.

[46]) По земскому праву эстляндскому и лифляндскому, права третьихъ лицъ, основанныя на содержаніи крѣпостной книги, становятся неоспоримыми по истеченіи срока публикаціи, если таковая имѣла мѣсто а по эстляндскому городскому праву — по истеченіи срочнаго года, если никакіе споры и возраженія не заявлены и не оглашены въ крѣпостной книгѣ.

распоряженій, о чемъ дѣлалась соотвѣтственная запись въ книгѣ. Кромѣ того въ видѣ отмѣтокъ по прежнему оглашались возраженія противъ внесенныхъ въ ипотечную книгу правъ.

Реформа 1889 года установила общій для всѣхъ трехъ губерній порядокъ веденія книгъ, принявъ за образецъ существовавшіе въ городѣ Ригѣ порядки, и сосредоточила въ цѣляхъ наглядности всѣ относящіяся до недвижимости правоотношенія въ крѣпостномъ реестрѣ, содержаніе котораго подлежитъ неограниченной гласности. Вмѣстѣ съ тѣмъ законъ 1889 года задался цѣлью болѣе послѣдовательно и строго проводить начала внесенія, публичности, спеціальности и старшинства въ мѣстную ипотечную систему, оставаясь по возможности на почвѣ дѣйствующаго матеріальнаго права. Согласованіе положенія 1889 г. со сводомъ мѣстныхъ узаконеній всецѣло предоставлено практикѣ и причиняетъ ей но мало затрудненій. На постановкѣ вопроса объ ипотечной отмѣткѣ явно отразились указанныя историческія наслоенія мѣстной ипотечной системы.

Согласно ст. 316 и 317 пол. о нот. ч. допускаются отмѣтки: 1) о несостоятельности собственника недвижимости, 2) объ обращеніи взысканія, 3) объ обезпеченіи исковъ, 4) о безспорныхъ административныхъ взысканіяхъ, 5)

о жалобахъ на опредѣленіе начальника крѣпостнаго отдѣленія, 6) съ согласія собственника — обо всемъ, что могло-бы быть внесено въ видѣ статьи, если окончателное внесеніе пока невозможно. Первая отмѣтка влечетъ за собою закрытіе книги для какихъ-бы то ни было записей, вторая, а также отмѣтка о правѣ собственности закрываетъ ее для записи правъ, добровольно установленныхъ собственникомъ. Остальныя отмѣтки не препятствуютъ дальнѣйшимъ внесеніямъ, но обезпечиваютъ отмѣченному праву старшинство передъ ними. Какъ видно изъ этого перечня законъ подводитъ подъ понятіе отмѣтки, записи справочнаго, запретительнаго и охранительнаго свойства. Отмѣтки объ обращеніи взысканія и объ обезпеченіи притязанія на право собственности имѣютъ свойство запретительныхъ статей, что въ мотивахъ [47]) объясняется ссылкою на мѣстныя гражданскія законы, по которымъ судебное запрещеніе препятствуетъ отчужденію недвижимости. Составители положенія упустили изъ виду, что послѣ упорядоченія крѣпостной книги и созданія достовѣрнаго и гласнаго реестра, въ которое „со дня открытія новыхъ судебныхъ установленій записывается всякое укрѣпленіе правъ на недвижи-

[47]) Гасманъ и Нолькенъ: Объясненія къ ст. 16 Полож. о преобразов.

мое имущество“ [48]), такое стѣсненіе оборота уже не имѣетъ разумнаго основанія. Отмѣтки, охраняющія старшинство обезпеченнаго права, но не препятствующія дальнѣйшимъ распоряженіямъ, не задолго до реформы стали примѣняться въ практикѣ рижскаго рата; для всего остального края они являются нововведеніемъ. Охранительными отмѣтками обезпечиваются не только притязанія на вещныя права, но и долговыя требованія, которыя до 1889 года также обезпечивались судебнымъ запрещеніемъ. Вопросъ о послѣдствіяхъ и юридической природѣ запретительной отмѣтки, внесенной въ обезпеченіе такихъ требованій, въ дореформенной практикѣ возбуждалъ разногласія и рѣшался въ разное время неодинаково, даже однимъ и тѣмъ-же судомъ [49]). Въ настоящее время вопросъ о послѣдствіяхъ и природѣ отмѣтки въ обезпеченіе денежныхъ требованій—едва-ли можетъ еще возбудить сомнѣнія. Ст. 317 Полож. о нот. части признаетъ „за обезпеченнымъ правомъ старшинство по времени отмѣтки“. Обезпеченное право въ данномъ случаѣ не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ право на пріобрѣтеніе, на основаніи ст. 1412 ч. III Мѣст. узак., судебной

[48]) Правила о приведеніи въ дѣйствіе законоположенія о судебной части, ст. 107.

[49]) См. сборникъ Цвингмана, т. I № 47; т. V № 719, 740, 741; т. VIII № 1521.

ипотеки. Такъ какъ однако отмѣтка объ открытіи конкурса прекращаетъ возможность дальнѣйшихъ внесеній—добровольныхъ и судебныхъ—и при продажѣ недвижимости съ публичнаго торга согл. п. 5 ст. 1890 Уст. Гр. Суд. преимущественнымъ удовлетвореніемъ пользуются только „требованія на публичныхъ ипотекахъ основанныя“, то кредиторы, требованія которыхъ обезпечены отмѣтками, приравниваются къ ипотечнымъ лишь въ томъ случаѣ, если они успѣли замѣнить отмѣтку судебною ипотекою до открытія конкурса и до публичной продажи недвижимости. Въ противномъ случаѣ для конкурснаго управленія и для лица, пріобрѣвшаго недвижимость съ торговъ, такая отмѣтка необязательна и никакихъ преимуществъ передъ другими личными кредиторамм она не даетъ. Напротивъ, когда отмѣткою обезпечено притязаніе на вещное права и это притязаніе признано судомъ основательнымъ, конкурсное управленіе или новый собственникъ недвижимости обязаны дать свое согласіе на замѣну отмѣтки окончательнымъ внесеніемъ. Юридическая природа различныхъ видовъ отмѣтки, такимъ образомъ, по мѣстному праву неодинакова: отмѣтка, охраняющая притязаніе на пріобрѣтеніе или погашеніе вещныхъ правъ, за исключеніемъ права собственности, создаетъ вещное обремененіе недвижимости, обезпечивающее будущему вещ-

ному праву старшинство передъ позднѣйшими обремененіями. Арестныя отмѣтки въ обезпеченіе долгового требованія подготовляютъ мѣсто для будущей судебной ипотеки съ преимуществомъ передъ дальнѣйшими распоряженіями собственника, но онѣ обезсиливаются въ случаѣ конкурса или продажи недвижимости. Всѣ остальныя отмѣтки имѣютъ характеръ запрещеній и влекутъ за собою закрытіе крѣпостной книги для дальнѣйшихъ распоряженій собственника.

Намъ остается сказать нѣсколько словъ о постановкѣ ипотечной отмѣтки въ проектѣ вотчиннаго устава, опубликованномъ въ 1893 г. редакціонною коммиссіею по составленію гражданскаго уложенія. Проектъ различаетъ записи и отмѣтки. Предметъ первыхъ составляютъ внесеніе и погашеніе правъ на недвижимое имущество, предметъ вторыхъ „обезпеченіе правъ или охраненіе возраженій противъ внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ“. Отмѣтка, обезпечивающая притязаніе на вещныя права, не препятствуетъ дальнѣйшимъ распоряженіямъ должника, но таковыя по превращеніи отмѣтки въ запись не могутъ ограничивать силы обезпеченнаго права. Таковъ смыслъ статьи 12-го проекта, редактированной крайне неудачно. По этой статьѣ обезпеченное отмѣткою право собственности „уничтожаетъ всѣ внесенныя послѣ

отмѣтки вотчинныя права“, а отмѣтка объ обезпеченіи права въ чужомъ имѣніи и права залога сохраняетъ за этими правами старшинство со времени отмѣтки и придаетъ имъ обязательную силу въ отношеніи пріобрѣтателей имѣнія, права коихъ внесены позже отмѣтки. Право на чужую вещь весьма часто исключаетъ возможность одновременнаго съ нимъ существованія другого однороднаго вещнаго права, какъ напр. узуфруктъ, оброчное владѣніе, нѣкоторые поземельные сервитуты. Въ этихъ случаяхъ превращеніе отмѣтки въ запись также повлечетъ за собою уничтоженіе вещныхъ правъ внесенныхъ позже отмѣтки, а не только старшинство передъ ними. Было бы правильнѣе по примѣру другихъ законодательствъ установить въ законѣ общее правило о томъ, что распоряженіе недвижимостью или правомъ на нее, послѣдовавшее послѣ внесенія отмѣтки, недѣйствительно настолько, насколько оно нарушаетъ или ограниваетъ обезпеченное право. Послѣдствія отмѣтки, охраняющей возраженія противъ внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ, въ проектѣ не указаны. По мнѣнію редакторовъ (стр. 112 введенія), значеніе этой отмѣтки „чисто отрицательное, заключаясь въ томъ, что всѣ распоряженія внесенныя вопреки охраняемому отмѣткою возраженію, почитаются въ случаѣ обращенія отмѣтки въ окончательную статью, недѣйствительными“.

Какъ мы видѣли, отмѣтка въ обезпеченіе притязаній на вещныя права имѣетъ тѣ же самыя послѣдствія. Характерная особенность отмѣтки въ обезпеченіе возраженій состоитъ вовсе не въ этомъ, а въ лишеніи ипотечной книги легитимаціонной силы относительно того права, противъ котораго возраженіе направлено. Третьи лица со времени внесенія такой отмѣтки должны считаться съ тѣмъ, что достовѣрность книги на оспоренную запись не простирается.

Отмѣтка въ обезпеченіе денежныхъ требованій вносится или на основаніи неокончательнаго судебнаго рѣшенія или въ порядкѣ обезпеченія иска. Въ первомъ случаѣ, согл. 54 ст. проекта, отмѣткою обезпечивается право на судебную ипотеку или—по терминологіи проекта—на принудительный залогъ. Повидимому такой-же характеръ обезпеченія старшинства для эвентуальнаго принудительго назалога по мнѣнію редакторовъ проекта должна имѣть отмѣтка въ обезпеченіе денежнаго иска. Это явствуетъ изъ подстатейныхъ объясненій [50]), но нигдѣ въ законѣ ясно не выражено. Опытъ западно-европейскихъ ипотечныхъ законодательствъ указываетъ на необходимость яснаго и недвусмысленнаго рѣшенія въ самомъ законѣ важнаго въ практическомъ отношеніи

[50]) См. введеніе къ проекту, стр. 114, и объясненія къ статьямъ 44, 54 и 58.

вопроса, даетъ-ли арестная отмѣтка преимущество передъ другими кредиторами, обезпечивается-ли ею старшинство будущей судебной ипотеки. Почему редакторы проекта склоняются къ положительному отвѣту на этотъ вопросъ, чѣмъ они руководствуются, нарушая справедливое и разумное начало соразмѣрнаго удовлетворенія личныхъ кредиторовъ и назначая премію за поспѣшность—изъ объяснительной записки не видно. Между тѣмъ противъ превращенія долговыхъ требованій въ ипотеки посредствомъ обезпечительныхъ отмѣтокъ и принудительнаго залога у насъ высказался съѣздъ представителей учрежденій русскаго земельнаго кредита [51]) и извѣстный знатокъ ипотечнаго права, покойный начальникъ Рижско-Вольмарскаго крѣпостнаго отдѣленія В. М. Цвингманъ [52]). На приведенные ими доводы редакторы Уложенія отвѣтили указаніемъ на примѣръ западной Европы [53]), гдѣ „во всѣхъ крупныхъ государствахъ существуетъ принудительный залогъ“—и только. Это мало убѣдительно и ничего не поясняетъ относительно арестной отмѣтки, которая въ большинствѣ западно-европейскихъ законодательствъ

[51]) См. стенографическій отчетъ засѣданій совѣщанія, стр. 156 и слѣд.

[52]) Цвингманъ: „Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія“ въ „Журн. Мин. Юст.“ за 1900 г., № 4.

[53]) См. Проектъ Гражд. Улож., объясненіе къ стр. 289.

и въ Прибалтійскихъ губерніяхъ несоздаетъ никакихъ преимуществъ передъ другими кредиторами.

Взглядъ редакторовъ на арестную отмѣтку логически вытекаетъ изъ принятой имъ юридической конструкціи этого института. Они опредѣляютъ отмѣтку какъ „условную временную статью, вносимую на случай окончательнаго признанія законной силы обезпечиваемыхъ ими правъ и возраженій.“ Съ этой точки зрѣнія отмѣтка должна условно влечь за собою тѣ-же послѣдствія, какъ соотвѣтственная окончательная запись, а отмѣтка объ обезпеченіи иска— тѣже послѣдствія, какъ судебная ипотека, которою она можетъ быть замѣнена по присужденіи обезпеченнаго требованія. Послѣднее заключеніе, однако, логически не безукоризненно. Въ данномъ случаѣ управомоченный посредствомъ отмѣтки еще не можетъ пріобрѣсти вещнаго права подъ условіемъ устраненія препятствій къ его окончательному внесенію въ книгу, потому что въ моментъ внесенія отмѣтки въ обезпеченіе денежнаго иска еще нѣтъ самого основанія для принудительнаго залога, нѣтъ судебнаго рѣшенія. Тутъ отмѣткою обезпечивается не условно возникшее, а будущее эвентуальное право. Иначе пришлось-бы признать, что всякое долговое требованіе содержитъ скрытый титулъ для ипотеки, который обнаруживается судебнымъ рѣшеніемъ. Выше

мы приводили тѣ соображенія, по которымъ мы считаемъ конструкцію ипотечной отмѣтки, какъ условнаго вещнаго права неправильною. Постановленія нашего проекта объ условіяхъ также не могутъ быть безъ натяжки примѣнены къ отмѣткѣ. Условіе опредѣляется какъ событіе, могущее въ будущемъ наступить или не наступить, отъ котораго „по волѣ лицъ“ поставлены въ зависимость послѣдствія сдѣлки. Пополненіе формальныхъ дефектовъ, требуемое закономъ для превращенія отмѣтки въ запись, подъ это опредѣленіе не подходитъ. Права и обязанности контрагентовъ во время нерѣшительности и послѣдствія наступленія условія какъ для нихъ, такъ и для третьихъ лицъ также другія, чѣмъ при отмѣткѣ. Практически взглядъ на отмѣтку, какъ на условную запись будущаго вещнаго права скорѣе затемняетъ, чѣмъ выясняетъ ея истинный характеръ и значеніе, какъ паліативной мѣры противъ формализма ипотечной системы и лишаетъ ея способности при обезпеченіи различныхъ правъ и возраженій приноравливаться къ фактической потребности въ защитѣ.

Какъ условное вещное право, отмѣченное притязаніе изъято отъ дѣйствія давности и на него должны распространяться publica fides вотчинной книги и право отдѣльнаго удовлетворенія въ конкурсѣ. Послѣднихъ выводовъ нашъ проектъ не дѣлаетъ. Порядокъ удовлетворенія

отмѣченнаго права въ конкурсѣ имъ не опредѣляется. По вопросу о значеніи достовѣрности вотчинной книги для отмѣтки т. е. о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя наступаютъ, если окажется, что во время внесенія отмѣтки содержаніе книги было неправильно, проектъ также не содержитъ особаго постановленія. Ст. 58 проекта лишаетъ только принудительный залогъ выгодъ, вытекающихъ изъ начала безповоротности. Отсюда можно заключить, что на остальныя отмѣтки, кромѣ отмѣтокъ обезпечивающихъ старшинство принудительнаго залога, распространяется общее правило ст. 15. Если напр. внесена отмѣтка въ обезпеченіе сервитута или оброчнаго владѣнія и потомъ оказывается, что недвижимость принадлежала другому лицу, то управомоченный тѣмъ не менѣе можетъ добиться записи обезпеченнаго права. Такое рѣшеніе вопроса едва-ли можетъ быть признано справедливымъ и цѣлесообразнымъ. Начало безповоротности установлено ради незыблемости правъ пріобрѣтенныхъ въ доброй вѣрѣ, во избѣжаніе хозяйственныхъ потрясеній, сопряженныхъ съ неожиданнымъ лишеніемъ вещныхъ правъ. Тутъ-же, напротивъ, право на недвижимость, ошибочно не внесенное въ книгу, должно уступить передъ простымъ, еще не осуществившимся притязаніемъ на пріобрѣтеніе вещнаго права.

Въ проектѣ кромѣ общихъ правилъ объ отмѣткѣ указывается нѣсколько частныхъ случаевъ примѣненія этого института. Такъ напр. наслѣдникъ, ходатайствующій объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства, „можетъ просить объ обезпеченіи его наслѣдственныхъ правъ посредствомъ отмѣтки.“ При укрѣпленіи права на недвижимость на основаніи завѣщанія, въ которомъ установлены права въ пользу третьихъ лицъ вотчинное установленіе ex officio вноситъ отмѣтку въ обезпеченіе этихъ правъ, но такія отмѣтки могутъ быть погашены по просьбѣ собственника недвижимости, если заинтересованныя лица въ теченіе одного года со дня внесенія отмѣтки не просили объ учиненіи соотвѣтственныхъ записей (ст. 143—145). Редакторы, очевидно, исходятъ изъ того положенія, что легатаріи, неявившіеся въ теченіе года, могутъ быть признаны отказавшимися отъ своихъ правъ. Такое предположеніе едва-ли основательно. Если законодатель считаетъ нужнымъ охранять интересы легатаріевъ безъ ихъ о томъ ходатайства, то нѣтъ основанія лишить ихъ этой защиты до истеченія срока давности.

Ипотечная отмѣтка по проекту гражданскаго уложенія (ст. 311 и 352 кн. III, а по сводной редакціи ст. 1064 и 1105) служитъ также средствомъ для того, чтобы парализовать jus succedendi ипотечныхъ кредиторовъ. Собст-

венникъ можетъ по соглашенію съ кредиторомъ при установленіи ипотеки сохранять старшинство передъ нею въ опредѣленной суммѣ для будущихъ ипотекъ, а при погашеніи статьи о залогѣ требовать внесенія такой же отмѣтки на мѣсто погашенной статьи. Правомъ, предоставленнымъ этими отмѣтками собственникъ можетъ пользоваться до тѣхъ поръ, пока въ вотчинную книгу не внесена статья о принудительномъ залогѣ или недвижимость не назначена въ публичную продажу[54]). Въ этихъ случаяхъ также какъ при обезпеченіи денежныхъ исковъ отмѣткою обезпечивается не столько условное, сколько эвентуальное право. Конструкція отмѣтки, принятая нашимъ проектомъ, съ нею плохо вяжется.

Этимъ мы заканчиваемъ далеко не исчерпывающій обзоръ постановленій проектовъ вотчиннаго устава и гражданскаго уложенія объ отмѣткѣ. Правильная законодательная постановка этого института—задача отнюдь не легкая не только съ юридической, но и съ хозяйственно-политической точки зрѣнія. Онъ предназначенъ для защиты лицъ, имѣющихъ права на недвижимое имущество, противъ формализма

54) Вопросъ о томъ, насколько система обезпеченія старшинства посредствомъ отмѣтокъ заслуживаетъ предпочтенія передъ ипотекою въ пользу собственника (Eigentümerhypothek) германскаго уложенія, лежитъ внѣ рамокъ нашей статьи.

ипотечной системы. Но обязанный собственникъ или другія лица, легитимированныя книгою, въ свою очередь должны быть оберегаемы отъ лишнихъ стѣсненій. Наконецъ интересы третьихъ лицъ, строющихъ свои хозяйственные разсчеты на содержаніи ипотечной книги требуютъ, чтобы все что вносится въ книгу, было достовѣрно и ясно. Кромѣ того въ вопросѣ объ отмѣткѣ, какъ показываетъ опытъ, рѣзко сталкиваются интересы реальнаго и личнаго кредита, изъ коихъ первый стремится къ прочному и надежному помѣщенію капиталовъ, второй къ быстрой мобилизаціи недвижимостей. Нельзя не пожелать, чтобы при разсмотрѣніи проектовъ въ законодательныхъ учрежденіяхъ огромное практическое значеніе ипотечной отмѣтки было оцѣнено по достоинству и чтобы ей было удѣлено должное вниманіе.—