

✓
Дуб
108

1057

Проф. Л. Кассо.

ЗДАНИЯ
на
ЧУЖОЙ ЗЕМЛѢ.

16977
1777



КНИЖНЫЙ МАГАЗИНЪ
ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЫ
ДАВИДА ВИССАРИОНОВИЧА
ЧИЧИНАДЗЕ.
КОММИССИОНЕРА
ГОСУДАРСТВЕННОЙ ТИПОГРАФИИ
С.-Петербургъ, Невскій 59.

ИЗДАНИЕ КНИЖНАГО МАГАЗИНА
И. К. ГОЛУБЕВА подъ фирмою „ПРАВОВѢДНІЕ“.
Москва, Никольская.

РИНАДЪ

Дозволено цензурою. Москва, 10 ноября 1904 года.

Типо-Литографія І. И. Пашнова. Москва, Милотинскій пер., д. Арбатской.
1905.

Зданія на чужой землѣ.

Mobilium possessio vilis.

(Средневѣковая пословица).

Вопросъ о правѣ собственности на зданіе не могъ вызывать у римлянъ существенныхъ затрудненій, такъ какъ принципъ „superficies solo cedit“¹⁾ одинаково применялся при застройкѣ своей земли чужимъ матеріаломъ, какъ и при возведеніи зданія на чужомъ участкѣ²⁾. Приращеніе къ землѣ всѣхъ предметовъ, неразрывно съ нею связанныхъ, издревле признавалось римскимъ правомъ, и въ классическую эпоху юристы считали противоположное явленіе прямо немислимымъ, даже съ точки зрѣнія естественнаго права³⁾. Теоретически, конечно, можно себѣ представить болѣе ранній періодъ въ исторіи юридическихъ воззрѣній Римлянъ, когда, по сакральному праву до XII таблицъ, собственность зданія не приобреталась хозяиномъ земли путемъ приращенія⁴⁾. Но обсужденіе этого вопроса при темерешней наличности источниковъ представляется празднымъ, и полез-

1) См. l. 7 § 10, D. de adq. rerum d. 41.1; l. 7 § 13 eod. tit; l. 23 § 7 D. 6. 1; l. 81 § 3. D. de leg. I; l. 2 D. 43.18; l. 32 D. 18.1; l. 60 D. 41.1 l. 50 D. 9.2; l. 2 § I Cod. 3.32; l. 5 Cod. 8.10.

2) См. Vangerow, Pandecten I § 329; Schmid, Handbuch des gem. Rechts. Besond. Theil I § 10; Gesterding, Lehre vom Eigenthume, стр. 231 сл.

3) Gaius II § 73; l. 2 D. de superf. 43.18; l. 50 D. 9.2.

4) Такъ Kuntze, Kojengemeinschaft (1888) стр. 63 и Degenkolb, Platzrecht und Miete, стр. 120; но ихъ аргументація, основанная на l. 49 D. 6.1, l. 20 § 2 D. 8.2, l. 23 pr. D. 41.3, l. 28 D. 41.1 мало убѣдительна, какъ и предположеніе Kohler'a, (zur Lehre von den Pertinenzen, Iherings Jahrbücher. T. 26 стр. 33 прим. 68) взятое изъ l. 28 D. de adq. rer. dom. 41.1.

пѣ, наоборотъ, подчеркнуть, что Римляне никогда не отказывались отъ взгляда, признающаго землю съ постройками однимъ цѣлымъ, при чемъ земля считалась главною частью, и все, что ее покрывало, раздѣляло ея участь. Это основное положеніе вещнаго права удержалось до самаго конца, и римскіе юристы всегда примѣняли къ такимъ явленіямъ одно только понятіе объ *accessio*, не допуская даже мысли о спецификаціи, хотя ученіе Прокуляціевъ, какъ будто, давало возможность предполагать, что человекъ, застраивающій чужой участокъ, превращаетъ его въ другую вещь и вслѣдствіе этого можетъ быть признанъ ея собственникомъ. Однако въ источникахъ никакихъ слѣдовъ такого образа мысли нѣтъ ⁵⁾, и тѣ немногія мѣста въ *Дигестахъ*, изъ коихъ нѣкоторые современные романисты желаютъ дѣлать выводы, противорѣчащіе принципу „*superficies solo cedit*“, имѣютъ лишь въ виду совѣтъ особое случан, когда домовладѣлецъ выставляетъ нѣсколько балокъ или строить даже цѣлую галерею надъ зданіемъ сосѣда ⁶⁾. Здѣсь могъ бы оказаться спорнымъ вопросъ, къ какому зданію отнести пристройки. Римскіе юристы рѣшаютъ его въ пользу главнаго зданія, а не въ пользу зданія служащаго поддержкой, но при этомъ они насъ предупреждаютъ ⁷⁾, что изъ такого единичнаго случая вовсе не слѣдуетъ выводить, что, если постороннее лицо вообще построитъ второй этажъ надъ чужимъ домомъ, оно приобретаетъ право собственности на возведенное зданіе. И потому

⁵⁾ См. Fitting, Die Specification, въ *Archiv für die civilistische Praxis*. Томъ XLVIII, стр. 18.

⁶⁾ L. 33 D. de serv. praed. 8.2; l. 25 pr. eod. tit.; l. 28 D. de acqu. rec. dom. 41.1; l. 47 D. 39. 2.

⁷⁾ На послѣднія слова въ l. 47 D. de damno infecto 39.2, (*nec tamen consequens est, ut superior pars aedificii, quae nulli conjuncta sit, neque aditum aliunde habeat, alterius sit, quam cuius est id cui superposita est.*) Pineles, Die communio pro diviso, (въ *Grünhut's Zeitschrift*, XXIX стр. 718) не обратилъ достаточнаго вниманія.

не удивительно, что Римляне не знали горизонтального дѣленія домовъ между нѣсколькими собственниками: чтеніе источниковъ показываетъ намъ, что, если нѣсколько лицъ живутъ, хотя бы въ отдѣльныхъ квартирахъ, но въ томъ же домѣ, нужно выяснитъ, кто изъ нихъ владѣетъ земельнымъ участкомъ, какъ таковымъ, и тогда за этимъ лицомъ признается владѣніе всѣмъ домомъ, входящимъ въ составъ участка ⁸⁾.

Въ современной германской литературѣ нѣкоторые авторы ⁹⁾ пытаются доказать, что въ Римѣ существовала поэтажная собственность, т. е. *Stockwerkseigenthum*, но ихъ аргументацію нельзя признать особенно удачной, такъ какъ единственный вѣскій доводъ для этой конструкціи найденъ въ римско-сирійскомъ сборникѣ ¹⁰⁾, составленномъ въ V вѣкѣ послѣ Р. X. для восточной части имперіи, т. е. въ такую эпоху, когда точность юридическаго выраженія обыкновенно отсутствовала въ законѣ; и кромѣ того врядъ ли можно придавать мѣстному узаконенію значеніе общепринятаго въ Римѣ правила. Въ силу принципа приращенія собственнику почвы ¹¹⁾ всегда принадлежитъ право собственности на цѣлое зданіе и отдѣльное отчужденіе одной только постройки (безъ земли) было немислимо, какъ со стороны строителя, такъ и со стороны хозяина земли. Противъ этой безусловности римской *accessio* ¹²⁾ при *inaedificatio* возстаютъ

⁸⁾ См. I. 3 § 7 D. *uti possidetis*. 43.17.

⁹⁾ Такъ напр. Pineles I. с., стр. 709 сл.

¹⁰⁾ *Syrisch-römisches Rechtsbuch* (изд. Bruns und Sachau), § 132 и стр. 273.

¹¹⁾ Земля считается главною вещью, къ которой прибавляется зданіе. См. I. 21 D. *de pign. act.* 13.7; I. 98 § 8. D. *de solut.* 46. 3; I. 44 § 1 D. *de oblig. et act.* 44. 7. Противъ нихъ не говорятъ I. 20 § 2 D. 8. 2; I. 49; D. 6. I и I. 23 D. 41.3, такъ какъ изъ сихъ послѣднихъ вовсе не вытекаетъ, что зданіе считается главной частью, какъ это полагаетъ *Bechmann, zur Lehre vom Eigenthumserwerb* (1867), стр. 57—58.

¹²⁾ Въ источникахъ насъ поражаетъ та осторожность, съ которой рим-

въ нашей юридической литературѣ Л. I. Петражицкій¹³⁾, указывая на возможность вредныхъ для народнаго хозяйства послѣдствій. Но интересы экономическіе такъ сложны и такъ разнообразны, что трудно отыскать правовое положеніе, которое при извѣстныхъ условіяхъ для кого нибудь не оказалось бы опаснымъ; и нужно напомнить прежде всего, что римскій принципъ, „*superficies solo cedit*,“ безусловно содѣйствуетъ охраненію строеній какъ таковыхъ: временный обладатель или пользователь можетъ быть склоненъ, когда онъ покидаетъ участокъ, разобрать все имъ построенное, тогда какъ, наоборотъ, хозяинъ земли будетъ дорожить приращеніемъ; земельные участки вслѣдствіе этого могутъ вздохнуть и народное хозяйство въ общей сложности не пострадаетъ¹⁴⁾.

Конечно, возможны случаи, гдѣ желательно для самого землевладѣльца привлечь строителя, а вмѣстѣ съ тѣмъ послѣднему необходимо заручиться вещной гарантіей. Подобная потребность¹⁵⁾ и вызвала въ Римѣ возникновеніе суперфициальнаго права, развитіе котораго свидѣтельствуетъ о его цѣлесообразности. Въ силу особаго договора и взаимныхъ уплаты годовыхъ взносов¹⁶⁾ суперфициарій приобрѣтаетъ на взводимыя имъ постройки своеобразное *jus in re aliena*, дающее ему владѣльчаськую защиту и право распоряженія построеннымъ зданіемъ.

Но собственникомъ зданія и здѣсь считается собствен-

ляне относятся къ праву собственности на вещи, вошедшія въ какую-либо связь съ почвою; см. l. 27 § 32 D. 9.2.

¹³⁾ Права добросовѣстнаго владѣльца (1897), стр. 134 прим. I.

¹⁴⁾ Ср. Biermann, Ihering's Jahrbücher T. 34 стр. 182; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrechte (1902) стр. 112.

¹⁵⁾ Подробнѣе объ этомъ у Dirksen, Abhandlungen der Berliner Academie. Hist. phil. klasse. 1853 г. стр. 183; Kuntze, Coursus des römischen Rechts (1869) § 539; Degenkolb, Platzrecht und Miethe, стр. 112.

¹⁶⁾ „Es gibt keine superficies ohne solarium“—пишетъ Degenkolb, Platzrecht, стр. 20 сл.

никъ земли въ силу общаго правила ¹⁷⁾; такъ что суперфициаріи получаетъ лишь владѣніе правомъ ¹⁸⁾, *juris quasi possessio*, и своими отчужденіями онъ только переноситъ право на чужую вещь; собственность же какъ право онъ перенести не можетъ. Такимъ образомъ и въ данномъ случаѣ римское право осталось себѣ вѣрнымъ: съ одной стороны оно не считаетъ возможнымъ допустить скрещеніе двухъ правъ собственности на одномъ и томъ же участкѣ, а съ другой, не находя мыслимымъ представленіе о зданіи, какъ объ отдѣльномъ объектѣ безъ соответствующаго пространства земли, оно даетъ одному лицу собственность на землю и на зданіе, но одновременно обременяетъ ее существовавшимъ и пространствомъ правомъ въ пользу втораго лица ¹⁹⁾.

I.

Въ Римѣ вопросъ о движимомъ или недвижимомъ характерѣ какой нибудь вещи юридическаго значенія, какъ извѣстно, не имѣлъ; но если бы такой вопросъ возникъ по поводу построекъ на чужой землѣ, то онъ бы по римскому праву рѣшился очень просто, такъ какъ земля съ постройками образовала бы одну недвижимость ²⁰⁾.

Нѣсколько сложнѣе постановка этого вопроса въ древнегерманскомъ правѣ, гдѣ правило о приращеніи не примѣнялось также безусловно какъ въ Римѣ, и гдѣ кромѣ того различіе между вещами движимыми и недвижимыми имѣло практически въ высшей степени существенное значеніе.

¹⁷⁾ Ср. l. 3 § 7 D. *uti possidetis* 43.17 (въ концѣ).

¹⁸⁾ См. l. 16 § 2 D. 13.7; l. 13 § 3 D. 20.1; l. 15 D. 20.4. Такого взгляда Bremer *Pfandrecht* (1867) стр. 40 сл. Wächter, *Das Superficiar oder Platzrecht* (1868) стр. 38 сл.; Windscheid, *Pandecten* 1 § 227 прим. 3; иного взгляда Dernburg, *Pfandrecht*, 1 стр. 220 прим. 5, но для этого приходится прибѣгать къ смѣлому толкованію l. 1 § 6 D. 43.18.

¹⁹⁾ Ср. Sintenis, *Gemeines Civilrecht*, 1 § 56 примѣч. 12 и Kuntze, *Kojengemeinschaft* стр. 76.

²⁰⁾ Ср. Biermann, *Hering's Jahrbücher* т. XXXIV, стр. 199.

Въ литературѣ встрѣчается мнѣніе, что у древнихъ Германцевъ всѣ постройки считались имуществомъ движимымъ ²¹⁾ и такая аномалія объясняется якобы легкостью построекъ, большею частью деревянныхъ, и вообще малочинностью употребляемыхъ матеріаловъ ²²⁾, по крайней мѣрѣ въ теченіе первой половины среднихъ вѣковъ. Но столь широкій выводъ, основанный на такой общей мотивировкѣ, представляетъ нѣкоторыя опасности. Несомнѣнно, что въ германскомъ правѣ встрѣчаются постановленія, разрѣшающія строителю перенесеніе ²³⁾ зданія съ одного мѣста на другое ²⁴⁾, но и Римляне знали въ аналогичныхъ случаяхъ *jus tollendi* ²⁵⁾, которое вовсе не стояло въ противорѣчій съ общимъ принципомъ обязательнаго приращенія. Бѣльшее вниманіе по поводу разсматриваемаго здѣсь вопроса заслуживаютъ тѣ изреченія средневѣковыхъ источниковъ обычнаго права, которыя называютъ движимостью всѣ постройки вообще или только нѣкоторыя категоріи зданій ²⁶⁾. Такое возрѣніе ²⁷⁾,

²¹⁾ Нанр. Friedlieb, Reallasten стр. 186 прим. 6.

²²⁾ „Was die Fackel verzehrt ist Fahrniss“; см. Hillebrand, Deutsche Rechtsprichwörter (1858) стр. 42.

²³⁾ Ср. Bluntschli, Rechtsgeschichte der Stadt Zürich I стр. 261.

²⁴⁾ См. Stadtrecht von Zuzwil (1488 г.) § 22: (у Grimm, Weisthümer I, 134) „Item wöller ain hus hat uf ain vogtbar guot und das darab verkofft, der sol dem herren darvon den dritten pfenning geben, es si dann das er das uf ein anderguot setze, da och vogtbar wäre, den gibt er dem herren mit“. Ср. еще Stadtrecht zu Imbstein (Эльзась). Grimm, Weisthümer I 735, и Stadtrecht von Dornstellen (Шварцвальдъ) тамъ же, I 383.

²⁵⁾ О подробностяхъ этого права у Римлянъ см. Vangerow, Pandecten I § 329 и Wächter въ Weiske's Rechtslexicon I стр. 28—29.

²⁶⁾ Landrecht von Wildenhaus (XV вѣка) § 3 (Grimm, Weisthümer V 202) wo auch gmurete hüser verend die sollend in wiz und masz wie ander gelegen guot geachtet und geerbt; wasz aber holzern hüser sind die sollend für fahrends gehalten und geschätzt werden. См. также у Stammeler'a, Das Recht des Breidenbacher Grundes (Gierke's Untersuchungen XII) стр. 92 № 22... „ob die heusser vor fahrniss gerechnet und gehalten wurden berichten die Schöpffen dass im Gerichte Breidenbach alle Baue, was die fackel oder Brand hinweg nehme, vor fahrniss gehalten, und erkannt würden, massen solches alt herkommens“.

²⁷⁾ Встрѣчается однако и противоположный взглядъ, можетъ быть подѣ

не смотря на то, что оно иногда формулируется безъ всякихъ оговорокъ²⁸⁾, имѣетъ однако въ виду очень опредѣленные и узкія цѣли; оно выставляется для того, чтобы допустить къ наслѣдованію въ зданіяхъ тѣ лица, которыя, по общему праву, могли бы получить лишь одно движимое имущество²⁹⁾, или для того, чтобы расширить право распоряженія хозяина этихъ зданій и избавить его отъ установленной при отчужденіи остальныхъ недвижимостей необходимости заручиться согласіемъ кровныхъ родственниковъ³⁰⁾. Но этимъ вовсе еще не сказано, что зданіе во всѣхъ остальныхъ случаяхъ приравнивается къ вещамъ движимымъ. Наоборотъ, видно изъ источниковъ, что при стеченіи правъ двухъ лицъ на одно зданіе, последнее въ своихъ внутреннихъ отношеніяхъ разсматривается воиолгѣ естественно, какъ недвижимое имущество: если по мѣстнымъ статутамъ недвижимое имущество вообще не подлежитъ принудительной продажѣ, то собственникъ участка

влияемъ римскаго права. См. Zürische Rathsverordnungen 1410 г. (Bluntschli I. c. I стр. 415) „Daz alle hüser u. trotten... ewenklich liegend guot sin u. heissen sol, u sol man es für liegend guot erben u verstüren, sine widerred ungerlich.“ Oeffnung von Wetteschwill 1468 г. (Grimm, Weisthümer I 42...): es sollent ouch in den genannten zwingen und gerichtten hüser für ligen gut gehept und gehalten werden und nit für varent gutt“.

²⁸⁾ Такъ напр. Stadtrecht von Lagerburg 1525 г. (цит. у Reyscher, Das Württembergische Privatrecht I, стр. 423 прим. 3): „Item alle Hüser und schuren werden für fahrende Hab geachtet und geschätzt“.

²⁹⁾ Саксонское Зерцало. Земское право (по изд. Homeyer'a), I. 20 § 2: „Svar der vrowen die stat nicht n'is mit dem gebu, als ir man stirft, binnen ses weken na dem drittegesten sal se mit dem gebu rumen, so dat se de erde nicht ne wunde. II 21 § 1 Die tinsmann, sve he si, erft sin gebu uppe sinen erven uppe tinsgude; it ne si en man von ridders art, die't sime wive hadde gegeben“. Этотъ принципъ проявляется и впоследствии при общности имущества между супругами въ сѣверной Германіи. Steman, Das Güterrecht der Ehegatten (1857) стр. 36.

³⁰⁾ Prager Rechtsbuch (XIV вѣка) нап. у Rössler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen I, гл. 149 § 4: „gybt ein man seinem weib sein gebeude, dass auf eines anderen mannes hoffstat leit, stirbt derman an kint, sein nechster frunt haben an dem gut nicht, ob die frowe bezogt dass is ir gegeben sei mit recht. § 5. Ist aber dass aigen des mannes da das gebeude auf stet, so muss ers ir vorlangen vor gericht odir is hat nicht crafft“.

не можетъ по недомкамъ строителя направлять свое взысканіе противъ самого зданія^{30a)}. Это выражается въ поговоркѣ, что домъ по отношенію къ наследникамъ движимая, а по отношенію къ вотчиннику недвижимая вещь³¹⁾. Для яснаго пониманія такихъ, съ нашей современной точки зрѣнія, можетъ быть, странныхъ, явленій не нужно забывать, что древне-германское право при раздѣленіи имущества на движимое и недвижимое не всегда подчиняется естественнымъ свойствамъ вещей, а руководствуется неоднократно стремленіемъ распространить какое нибудь правило на тотъ или другой разрядъ вещей. Такъ, напр., въ Любекѣ пусто-порожнія земли, не принадлежація къ разряду родовыхъ имуществъ, приравнивались къ движимымъ вещамъ лишь въ томъ смыслѣ, что онѣ отчуждались безъ содѣйствія наследниковъ, но этимъ и ограничивалось примѣненіе къ подобнымъ землямъ понятія о движимомъ имуществѣ³²⁾. Обращеніе земель было очевидно такъ стѣснительно въ древней Германіи, что приходилось для удобствъ жизни прибѣгать къ такимъ отступленіямъ и натяжкамъ.

Все сказанное доказываетъ, что въ германскомъ правѣ среднихъ вѣковъ зданіе могло имѣть отдѣльную отъ земли часть³³⁾:

^{30 a)} Hofrodel zu Altorf (XV вѣка) § 30 (Grimm, Weisthümer I, 14): „Wer aber ob ieman sin gueter liessi für den herren zins, so sol ein herr uf denselben guetern und die dazu gehorrent, den zins suchen und nit uf husern noch uf andern plunder das zu liegendem gut gehoert“.

³¹⁾ „Huser farend gut ist gegen den fründen und liegend gut is gegen den herrn“. (Stäffner Oefnung § 10, Grimm I 45).—Ср. по этому поводу Graf- und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter стр. 64 и 66; Heusler, Institutionen des deutschen Rechts II, стр. 366 и Thudicum, Der altdeutsche Staat (1862) стр. 121.

³²⁾ Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Rechte I стр. 24 сл. 60 сл.

³³⁾ Зданіе считается имуществомъ строителя и можетъ отвѣчать какъ таковое предъ вотчинникомъ. См. Appingadamer Bauerbrief 1327 г. (Richthofen. Friesische Rechtsquellen 1840 стр. 296) § 3: „Item quod si aliquis conduens aream aliquam paupertatem incidat, in tantum quod pensionem promissam solvere nequeat, domus quae in area fundata, dum sit domino fundi pro pensione tacite obligata, sine eius consensu nemini vendi potest.“

какъ движимое оно отходило къ однимъ родственникамъ, а земли вмѣстѣ съ остальной вотчиной получалась другими родичами. Но еще болѣе характернымъ для разбираемаго здѣсь вопроса является въ эту эпоху возможность двойного права на зданіе, при чемъ оба управомоченныхъ лица считаются собственниками. Такому явленію содѣйствовало въ средневѣковой Германіи прежде всего широкій кругъ и нестрѣй составъ вещныхъ правъ³⁴⁾, среди которыхъ тогдашніе теоретики различали нѣсколько типовъ права собственности. Хорошо извѣстно раздѣленіе на *dominium directum* и *dominium utile*, встрѣчающееся въ сочиненіяхъ средневѣковыхъ юристовъ: глоссаторы начали съ того, что назвали право римскаго эмфитевты *dominium utile*, на томъ основаніи, что источникъ давали ему *rei vindicatio utilis* въ противоположность собственнику, имѣющему *actio directa*; а послѣдующіе писатели стали уже неправильно³⁵⁾ понимать это выраженіе и давать названіе—*dominium utile* или *Nutzungseigenthum* тому правомочію, которое представляетъ держателю все экономическія выгоды владѣнія, тогда какъ право верховнаго обладанія надъ тѣмъ же участкомъ было названо ими *dominium directum* (*Obergenthum*)^{35a)}. Въ городахъ когда властелинъ отдавалъ землю подъ постройку кому-нибудь изъ горожанъ, то онъ

³⁴⁾ Въ отличіе отъ римской жизни, см. Sohm, Deutsche Rechtsentwicklung въ Grünhut's Zeitschrift für das öff. u. Privatrecht I стр. 248.

³⁵⁾ Ср. Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigenthume (1859) стр. 12 сл.; Landsberg, Die Glosse des Accursius und die Lehre vom Eigenthum (1883). стр. 98 сл.

^{35 a)} Ст. 942 Свода узаконеній гражданскихъ губ. прибалтійскихъ гласитъ: „Когда право на сущность недвижимости соединено въ одномъ лицѣ съ правомъ на пользованіе оною, то собственность есть полная и нераздѣльная. Но когда одному предоставлено только право на сущность вещи, другому же сверхъ того же права на ея сущность принадлежитъ и право исключительнаго ея пользованія, то собственность считается раздѣленной и первое лицо называется въ такомъ случаѣ прямымъ собственникомъ (*dominus directus*), а второе пользователемъ на правахъ собственности (*dominus utilis*).

сохранялъ на землю и пріобрѣталъ на зданіе это почти голое право, признаваніе котораго однако лежало въ уплатѣ оброка ³⁶⁾, и строитель съ своей стороны признавался по отношенію къ этимъ же объектамъ также собственникомъ ³⁷⁾, хотя и стоящимъ ниже перваго ³⁸⁾. Установленіе права строителя совершалось въ томъ же порядкѣ, въ какомъ происходило тогда отчужденіе всякой вотчины, и вѣчное право обладателя зданіемъ приравнивалось въ этомъ отношеніи къ поземельной собственности ³⁹⁾. На такой почвѣ стоитъ у насъ до сихъ поръ наше остзейское право въ ученіи о правахъ оброчнаго содержанія: зданія воздвигнутыя имъ на участкѣ вотчинника считаются тоже собственностью строителя ⁴⁰⁾, и римскій принципъ объ обязательномъ приращеніи зданія къ землѣ ⁴¹⁾ нѣсколько извращается представленіемъ прибалтійскаго Свода о такой возможности двухъ собственниковъ на одно и тоже зданіе. Но нельзя тѣмъ не менѣе сказать, что германское право вообще шло въ разрѣзъ съ принципомъ „*superficies solo ce-*

³⁶⁾ Хотя иногда уплата оброка означаетъ лишь повинность, обременяющую участокъ, единственнымъ собственникомъ котораго является его обладатель. Въ концѣ среднихъ вѣковъ консолидація собственности происходила въ пользу сего послѣдняго. См. напр. Rosenthal, *Geschichte des Eigenthums in der Stadt Würzburg* (1893) стр. 72 сл.; Des Marex *Etude sur la propriété foncière dans les Villes du Moyen Age* (1898) стр. 103.

³⁷⁾ Ср. *Handfeste von Diessenhofen* (XIII вѣка), напеч. у Gengler (*Deutsche Stadtrechte* стр. 79), § 1.: „Item unicuique civi area contraditur in qua domum propriam aedificare poterit...“

³⁸⁾ Эта двойственность какъ будто упущена изъ виду у Wolff, *Der Bau auf fremden Boden* (1900) стр. 14. Ср. Arnold, *zur Geschichte des Eigenthums, in den deutschen Städten.* стр. 147 сл.

³⁹⁾ Ср. напр. Falck, *Handbuch des schlew. holsteinischen Privatrechts* V. 1, стр. 245.

⁴⁰⁾ Ст. 1329 Свода гласитъ: „Оброчному содержателю запрещается обязывать недвижимость какими-либо сервитутами, ипотеками или др. повинностями безъ согласія собственника. Но поставленныя имъ на ней строенія онъ властенъ подчинять какъ сервитутамъ, такъ и ипотекамъ по собственному усмотрѣнію“.

⁴¹⁾ Онъ выражается въ статьѣ 771: „Возведенное на чьей-либо землѣ и плотно съ нею соединенное строеніе признается частью этой земли“.

dit ⁴²⁾," оно только обходило его, допуская за строителем и его преемниками отдѣльную собственность, которая уживалась съ правомъ собственности вотчинника.

Неудивительно, что при такихъ воззрѣнiяхъ ⁴³⁾ могли въ Германiи строиться дома, въ которыхъ право собственности распределялось горизонтально, при чемъ отдѣльные жильцы считались собственниками одного лишь этажа ⁴⁴⁾ — явленiе противорѣчащее римскому праву, какъ выше сказано, но тѣмъ не менѣе весьма распространенное въ средней и южной Германiи ⁴⁵⁾. Романизирующая литература съ XVI вѣка ⁴⁶⁾ уже осуждала такую *communio pro diviso*, и въ XIX вѣкѣ Никола Савиньи ⁴⁷⁾ какъ то особенно строго отнеслась къ этому своеобразному виду собственности ⁴⁸⁾, которой повидимому суждено исчезнуть изъ современной Германiи. До

⁴²⁾ См. Roth. Deutsches Privatrecht III, § 244; Stobbe, Beiträge zu Geschichte des deutschen Rechts. (1865), стр. 62 сл.

⁴³⁾ Ср. Ackermann, Über Stockwerkseigenthum (1891), стр. 8—9.

⁴⁴⁾ Определение даетъ цюрихское Уложение 1837 г. въ ст. 133. „Ausnahme Weise wird eine Theilung des Eigenthums in der Art, dass verschiedene übereinander liegende Abtheilungen eines Gebäudes oder das Gebäude einerseits und der Boden andererseits verschiedenen Eigenthümern gehören, noch anerkannt, soweit derartige Spaltungen zur Zeit bestehen“...

⁴⁵⁾ Случаи приведены у Biermann, Ihering's Jahrbücher XXXIV, стр. 192, сл.; Heimbach въ Weiske's Rechtslexicon T. IX стр. 498 прим. 201; Kuntze Kojengemeinschaft und Geschosseigenthum (1888), стр. 5 сл., 53 сл. Относительно Швейцарии см. Bluntschli. Das Zürische Sachenrecht (1861), стр. 70.

⁴⁶⁾ См. Der Stadt Frankfurt Reformation wie die anno 1578 aussgangen (изд. 1611 г.) VI tit. 4 § 6: „Wir ordnen und wollen auch insonderheit, wann eine Behausung in der Erbschaft soll getheilt werden, die aber füglich und ohn Misstand nicht zu theilen were; dass sie in allewege gantz und unzerissen beysammen gelassen, und nicht (exempelweiss) einem Theil unden der Keller, dem anderen das erst, widerumb dem anderen das zweyt oder oberst Stockwerk zugetheilt soll werden; wie dann von Alters in dieser Stadt sehr brauchlich (wie noch vor Augen) gewesen ist, aber offtmals grosse Unrichtigkeit verursacht hat“.

⁴⁷⁾ Recht des Besitzes (1837), стр. 302 сл.

⁴⁸⁾ См. напр. Zaun, Archiv für die civ. Praxis XLII стр. 211 сл.

введенія поваго уложенія, практика ⁴⁹⁾ тѣхъ территорій, гдѣ встрѣчался т. н. *Stockwerkseigenthum*, старалась провести въ соглашеніе эту поэтажную собственность съ римскимъ ученіемъ, предполагая, что всѣ жилища имѣютъ кромѣ отдѣльной собственности на опредѣленный этажъ еще *condominium* на весь земельный участокъ, занятый постройкой; но тѣмъ не менѣе, и не взирая на горячій протестъ Гирке ⁵⁰⁾, гражданскій кодексъ объединенной Германіи произнесъ смертный приговоръ надъ этой формой домовладѣнія и лишилъ ее всякаго будущаго ⁵¹⁾.

Параллельно съ вышеизложенными особенностями германскаго права, не лишне будетъ указать на нѣчто подобное въ кутюмахъ древней Франціи, главнымъ образомъ въ памятникахъ сѣверныхъ провинцій и Фландріи, гдѣ продолжительность вліянія германскихъ взглядовъ вполнѣ понятна. Обычное право, признавая ⁵²⁾ на общихъ основаніяхъ раздѣленіе вещей на *mobiles* и *immobiles*, выставляло въ только что указанныхъ областяхъ еще одну категорію имущества ⁵³⁾, называемую „*cateux*“ ⁵⁴⁾, къ которой между прочимъ относятся постройки, не входящія въ составъ усадьбы ⁵⁵⁾, а по нѣкото-

⁴⁹⁾ Такъ напр. практика виртембергскихъ судовъ; см. *Archiv für Württemb. Privatrecht* XII, стр. 329 сл. и *Mandry*, тамъ же, XIII стр. 193 сл.

⁵⁰⁾ *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, стр. 289.

⁵¹⁾ Ст. 961 п. 2 гражд. Уложенія воспрещается установленіе новыхъ поэтажныхъ правъ, но *Einführungsgesetz* § 182 сохраняетъ уже возникшія.

⁵²⁾ Уже со временъ *Beaumanoir*'а; см. его *Coutumes de Beauvoisis* (изд. Salmon II) глава XXIII: „*Mueble à parler generaument si sont toutes choses mouvables, c'est à entendre toutes choses qui peuvent être menées de lieu en autre*“.

⁵³⁾ Объ экономическомъ объясненіи этому выдѣленію см. *Beaune, Droit coutumier* III стр. 19—20; *Brissaud, Manuel d'histoire du droit français* (1904) стр. 1182.

⁵⁴⁾ *Bouteiller, Somme rural, Annotations sur le titre septante quatrieme*: „*Aucuns ont escrit que cateux de leur nature sont immeubles et néanmoins se partissent et se divisent comme meubles*“.—Различались „*cateux secs*“—зданія отъ „*cateux verts*“—лѣснаго прироста.

⁵⁵⁾ *Coutumier d'Artois* 1300 г. (изд. Tardif стр. 90—91) titre 39: „*Toutes*

рымъ кутюмамъ вообще всё зданія ⁵⁶⁾ независимо отъ ихъ стоимости или значенія. Юридическія послѣдствія, вызванныя созданіемъ названной категоріи, аналогичны съ явленіями германскаго права: этотъ особый классъ вещей дѣлится послѣ смерти хозяина согласно правиламъ, принятымъ для движимаго имущества, и безъ всякаго преимущества въ силу первородства ⁵⁷⁾; жена послѣ расторженія брака имѣетъ на эти сѣтеux тѣ права, которыя принадлежатъ ей при *communauté de biens* на половину всей движимости ⁵⁸⁾. Въ нѣкоторыхъ городахъ Франціи, какъ и въ Любекѣ, подобное изъятіе изъ категоріи недвижимостей встрѣчается въ пользу особаго рода земель, называемыхъ *gagièges* ⁵⁹⁾, которыя независимо отъ застроенія и лишь въ силу своеобразности своего правового положенія могли быть, въ отличіе отъ другихъ участковъ и подобно движимости, предметомъ свободнаго распоряженія на случай смерти ⁶⁰⁾. Но во всѣхъ такихъ случаяхъ кутюмы указываютъ на специальное значеніе этой мобилизаціи, и изъ ихъ изреченій

maisons, si comme li maisons d'un chevalier ou d'un eskuier qui est tenu en fief, sont chatel, hormis les édifices qui sont en le mote, se ele i est et le fermeté. Et tout le casement qui dehors sont, soient granges, estables greniers, bergeries, porkeries, molins à vent... tout ce sont chastel". См. еще Coutumes de Beauquesne XII (Bourdot de Richebourg Coutumier gén. I 197) и Coutumes d'Artois CXLIV (Bourdot I 270).

⁵⁶⁾ Coutumes du pays de Lalleux en Artois (Bourdot. I стр. 375) XXXVII „Par ladite coutume tous édifices... sont réputés chatelux".—Coutume locale de la parie d'Esreux (Bourdot II 918)... „Maisons et héritages tenus de la Parie d'Esreux à nous appartenans gisans en notre ville de Lille que hors icelles sont réputez pour meubles". Coutumes de la Ville et Eschevinage de la Basse (Bourdot II 919) VI „Maisons et héritages tenus du dit Echevinage sont reputez et sortissent nature de meuble".

⁵⁷⁾ Coutumes de Montreuil s. m. XLVI (Bourdot I 196) „Granges, estables sont estimez et réputés meubles entre enfans seulement". То же самое въ Coutumes du Boulenois LXXIII (Bourdot de Richebourg Coutumier général I стр. 52).

⁵⁸⁾ Coutumes de la Chatellerie de Lille XXIX (Bourdot II 899).

⁵⁹⁾ Ср. Ancillon, Traité de la différence des biens dans la Coutume de Metz (1698) стр. 31 сл..

⁶⁰⁾ См. Coutume de Mez titre V (у Bourdot, Coutumier gén. II стр. 400).



видно, что они не приравнивают вообще *câteux* къ недвижимымъ имуществамъ; зданія эти подлежали на обычныхъ основаніяхъ правиламъ взысканія, установленнымъ для недвижимаго имущества ⁶¹⁾, и подвергались риску родового выкупа вмѣстѣ съ земельнымъ участкомъ ⁶²⁾. Это значитъ, что право владѣльца считается отдѣльнымъ отъ земли правомъ, которое разсматривается, смотря по обстоятельствамъ, какъ движимое или недвижимое имущество ⁶³⁾; причемъ кутюмы не порываютъ всякую связь зданія съ землею ⁶⁴⁾ и постановляютъ иногда, что вотчинникъ можетъ навязать строителю денежную сумму, равную стоимости построеннаго, и приобрести тогда право на все то, чѣмъ бываетъ застроенъ участокъ ⁶⁵⁾.

Римское начало обязательнаго приращенія встрѣчается и въ кодификаціяхъ прошлыхъ двухъ вѣковъ, которыя возникли на почвѣ рецепціи ипоземнаго права. Но въ Прусскомъ Земскомъ правѣ, напр., зданіе поступало въ собственность вотчинника безусловно лишь въ томъ случаѣ, когда постройка возведена была безъ его вѣдома; но когда онъ объ этомъ зналъ и онъ не противился строительнымъ работамъ, то происходило нѣчто довольно странное: земля, находящаяся подъ

⁶¹⁾ См. Beaune, Droit coutumier III стр. 20; Merien, Répertoire слово *Câteux*. Section III, § 4.

⁶²⁾ Coutumes de Lille гл. XI § 1 (Bourdote II 905) и Coutumes de Douai § 1 (Bourdote II 978).

⁶³⁾ Для залога *Câteux* по нѣкоторымъ кутюмамъ требуется крѣпостной порядокъ, установленный для недвижимости подъ названіемъ *main mise*. См. Coutumes de Lille XX (Bourdote II 909).

⁶⁴⁾ Римское ученіе о приращеніи несомнѣнно реципировано въ средне-вѣковой Франціи, см. Goury, Origines et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles (Bibliothèque de la Conférence Rogéville. Nancy 1897).

⁶⁵⁾ Coutumes d'Artois CXLVII (Bourdote I 270) „L'héritier peut avoir et retenir les.... biens réputés *câteux* en payant à l'héritier mobilier la valeur et priserie d'icelles qui se doit estimer comme si le tout estoit démoly“. Также Coutumes de Saint Pol IV (Bourdote I 353); coutumes du Boulenois LXXIII (Bourdote I стр. 52); Coutumes de Beauquesne XII (Bourdote I 197).

зданіемъ могла за извѣстное вознагражденіе отойти къ строителю, такъ что и здѣсь устанавливалось единое право собственности на участокъ и на его поверхность; но приращеніе происходило не въ пользу хозяина земли, какъ у Римлянъ, а въ пользу строителя ⁶⁶⁾. Кроме того по прусскому праву, нынѣ отмѣненному, могли представляться случаи, когда строитель считался собственникомъ зданія безъ приобрѣтенія земли, а именно когда это правоотношеніе вытекало изъ договора объ отдачѣ земли въ наемъ подъ выстройку ⁶⁷⁾. Ландрехтъ считалъ тогда строителя не простымъ держателемъ особаго права на чужую вещь, а настоящимъ собственникомъ зданія ⁶⁸⁾, при чемъ последнее разсматривалось, какъ отдѣльная самостоятельная недвижимость, для которой могъ быть отведенъ особый листъ въ вотчинной книгѣ ⁶⁹⁾, и этого было достаточно, чтобы обезпечить оборотоспособность такого своеобразнаго имущественнаго объекта. Но прусская практика рѣшалась выставлять представленіе о зданіи, какъ объ особой вещи, отрѣшенной отъ земли, только по отношенію къ сооружениямъ, воздвигаемымъ въ силу вещнаго права, какъ оброчное содержаніе и superficies ⁷⁰⁾; при обыкновенной же арендѣ домъ, хотя и считался отдѣльной собственностью строителя, но признавался вещью движимой ⁷¹⁾,

⁶⁶⁾ Preussisches Landrecht I 9 §§ 327, 329, 331, 332, а также I 20 §§ 472, 473. Однородное постановленіе въ Уложеніи кантона Люцерна, ст. 281.

⁶⁷⁾ Практика считала, что въ такомъ случаѣ строитель отнюдь уже не имѣлъ права требовать собственности на почву; см. рѣшеніе Ober Tribunal' отъ 8-го января 1861 г. (Striethorst's Archiv für Rechtsfälle XI стр. 125) и рѣшеніе Reichsgericht'a отъ 16 апрѣля 1894 г. (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen XXXIII № 57).

⁶⁸⁾ Ср. Landrecht I 21 § 43.

⁶⁹⁾ На основаніи ст. 69 закона 5 мая 1872. См. по этому поводу Dernburg Preussisches Privatrecht I (5-е изд.) стр. 714.

⁷⁰⁾ Ср. Landrecht I 22, разд. VII.

⁷¹⁾ См. рѣшеніе Оберъ-Трибунала отъ 27 сентября 1878 г. (Iohow und Kuntzel, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts I № 48) и Biermann, Ihering's Jahrbücher XXXIV стр. 230.

а изъ этого вытекалъ для арендаторовъ—строителей цѣлый рядъ невыгодныхъ послѣдствій, между прочимъ крайняя ограниченность кредита: закладывать свои дома, какъ недвижимость, имъ не разрѣшалось; а съ другой стороны заемъ, обеспеченный залогомъ движимости, имъ также былъ недоступенъ уже по тому, что Ландрехтъ требовалъ непременно установленія ручнаго залога съ передачею владѣнія, что въ данномъ случаѣ было немислимо.

Вліяніе Ландрехта и прусской практики сказалось при составленіи имперскаго Уложенія, гдѣ статья 95 (по первому проекту 785) отрицаетъ безусловность римскаго приращенія и гласитъ: „Къ составнымъ частямъ поземельныхъ участковъ не принадлежатъ вещи, связанныя съ почвой лишь для преходящихъ цѣлей. Тоже правило примѣняется къ строенію или другому сооруженію, которое было возведено на поземельномъ участкѣ управомоченнымъ лицомъ въ осуществленіе права на чужую недвижимость“. Въ этихъ словахъ лежитъ признаніе возможности существованія зданія на чужой землѣ безъ распространенія собственности вотчинника на эту постройку. Когда послѣдняя прочно и неразрывно связана съ почвой, то юридическая разъединенность двухъ объектовъ мыслима только въ такой обстановкѣ, гдѣ строителю принадлежитъ право подходящее подъ категорію *jura in re aliena*, а туда Уложеніемъ относится между прочимъ т. н. *Erbbaurecht*⁷²⁾ или наследственное право стройки, которое ближе стоитъ къ чисто германскимъ институтамъ, вродѣ *Ergleihe* или *Bodenzinsrecht*, чѣмъ къ римской *superficies*. Существенная черта подобнаго права на застраиваемый участокъ заключается въ томъ, что оно, какъ самостоятельное имущество, подлежитъ всякаго рода распоряженіямъ въ теченіе опредѣленнаго промежутка времени⁷³⁾.

⁷²⁾ Ст. 1012 сл.

⁷³⁾ Ст. 1012 Германскаго Уложенія гласитъ (въ переводѣ А. Э. Ворриса,

На этот институт некоторые германские публицисты ⁷⁴⁾ возлагают теперь большія надежды: имъ кажется, что отдача земель подъ выстройку названнымъ способомъ можетъ оказаться для городовъ, владѣющихъ пустопорожними мѣстами, выгоднѣе, чѣмъ окончательное отчужденіе земли, и что съ другой стороны поощреніе строительства будетъ содѣйствовать удешевленію квартиръ для рабочаго класса. Съ цѣлью сдѣлать это право строителя оборотоспособнымъ германское общенперское право разрѣшаетъ открыть для него особый листъ въ поземельной книгѣ съ возможностью свободнаго и всесторонняго распоряженія ⁷⁵⁾ этимъ *jus in re aliena*, которое по германскому Уложенію приравнивается къ недвижимому имуществу ⁷⁶⁾, изъ чего вытекаетъ цѣлый рядъ определенныхъ послѣдствій касательно пользованія и отчужденія ⁷⁷⁾.

приложеніе къ *Журналу Министерства Юстиціи* за 1898 г.); „Поземельный участокъ можетъ быть обремененъ такимъ образомъ, чтобы лицо, въ чью пользу установлено обремененіе, приобрѣтало отчуждаемое и переходящее по наслѣдству право имѣть строеніе на этомъ участкѣ или подъ поверхностью его“. — Приблизительно также въ проектѣ Швейцарскаго Уложенія §§ 676, 773, 985.

⁷⁴⁾ Ср. Eschenbach, Die Kreditquelle des Erbbaurechts въ *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* III F. XX стр. 645; Mertens, Das Erbbaurecht als Mittel zur Bekämpfung der Wohnungsnoth (1901). Sohm, Sociale Bedeutung des Erbbaurechts (Soziale Streitfragen № 31). Нѣсколько осторожнѣе къ Erbbaurecht относится Grünberg, Bauten auf fremden Grunde (1903) стр. 61 сл. — Ср. еще Hitzig въ *Zeitschrift für Schweizerisches Civilrecht*. Томъ XLIV стр. 25.

⁷⁵⁾ Общегерманскій вотчинный Уставъ (Grundbuchordnung) § 7: „Ist auf dem Blatte eines Grundstücks ein Erbbaurecht eingetragen, so ist auf Antrag für dieses Recht ein besonderes Grundstücksblatt anzulegen. Die Anlegung erfolgt von Amtswegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll. Die Anlegung wird auf dem Blatte des Grundstücks vermerkt“. Ср. по этому поводу Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht (1903) II стр. 61; Fuchs, Grundbuchrecht (1902) I стр. 270 сл. и II стр. 117.

⁷⁶⁾ Ст. 1017 Улож.: „Къ наслѣдственному праву стройки примѣняются правила постановленныя относительно поземельныхъ участковъ“. Однако противъ полнаго приравненія возражаетъ Wittuack, Ueber Beleihung von Erbbaurechten въ *Archiv für civ. Praxis* XCIII стр. 340 сл., 315 сл.

⁷⁷⁾ Ср. Boehm, Reichsgrundbuchrecht (1898) стр. 116.

Однако одинъ вопросъ оказывается еще не совсѣмъ выясненнымъ: къ какой категоріи вещей должно быть отнесено не самое право строителей, а зданія, построенныя въ силу этого права? Ясно, конечно, что дома, построенные вотчинникомъ до установленія отдѣльнаго Erbbaurecht'a, входятъ въ составъ самой недвижимости и раздѣляются на часть, когда она отчуждается и обременяется. Несомнѣнно съ другой стороны, что когда строитель, получивъ пустопорожнее мѣсто, застроилъ его въ силу своего права, то распоряженія вотчинника уже не могутъ отразиться на воздвигнутыхъ зданіяхъ, такъ какъ сіи послѣднія въ силу ст. 95 имѣютъ самостоятельное существованіе ⁷⁸⁾. Но спрашивается: къ которой изъ двухъ категорій имущества относятся эти дома сами по себѣ? Если строитель пожелаетъ заложить одно какое либо изъ этихъ зданій (безъ залога самого Erbbaurecht'a), долженъ ли онъ прибѣгнуть къ ипотецѣ недвижимости или залладу движимости? Въ ст. 95 только говоритъ, что названныя зданія не входятъ въ составъ поземельной собственности. Но можно ли считать ихъ отдѣльными, хотя бы и безземельными, недвижимостями, или, наоборотъ, необходимо отнести ихъ подъ рубрику движимаго имущества? Большинство нѣмецкихъ юристовъ ⁷⁹⁾, германсты какъ и романисты, склонны признавать послѣднее, но впрочемъ отдають себѣ отчетъ о тѣхъ практическихъ неудобствахъ, которыя могутъ произойти отъ этого, когда Erbbaurecht, созданное Уложеніемъ 1900 г., успѣетъ привиться въ жизни. Для предотвращенія неудобствъ, связанныхъ съ

⁷⁸⁾ См. Hitzig l. c. стр. 24.

⁷⁹⁾ Eck, Vorträge über das Recht des bürg. Gesetzbuchs I стр. 106; Endemann, Lehrbuch der bürg. Rechts I (8-е изданіе) § 52, прим. 28; Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbegriffes стр. 37; Wolff, der Bau auf fremden Boden, стр. 80 сл.; см. также André, Rechtliche Stellung des Erbbaurechts, въ Schriften der Central Stelle für Arbeitswohlfahrtseinrichtungen № 22, стр. 115—123.

причисленіемъ къ движимости вещей, по своей природѣ несомнѣнно недвижимыхъ, коль скоро не идетъ рѣчь о грудахъ матеріаловъ, нѣкоторые юристы ⁸⁰⁾ наоборотъ расположены видѣть въ этихъ домахъ обыкновенную недвижимость. Они разсуждаютъ слѣдующимъ образомъ: если домъ, построенный хозяиномъ земли, по общему правилу считается составной частью участка, то по аналогіи домъ, воздвигнутый держателемъ *Erbbaurecht*'а, будетъ входить въ составъ этого правомочія; вслѣдствіе чего онъ долженъ быть, вмѣстѣ съ нимъ, признанъ недвижимымъ имуществомъ. Однако такое разсужденіе легко вызоветъ возраженіе, что между принадлежностями вещнаго права и принадлежностями самой вещи можетъ быть разица, и если онѣ не безусловно совпадаютъ, то вопросъ остается открытымъ ⁸¹⁾. Чувствуя здѣсь какую-то ненормальность, нѣкоторые юристы, какъ напр., *Oertmann* ⁸²⁾, чтобъ укрѣпить юридическую связь между зданіемъ и почвою, предлагаютъ признавать за строителемъ нѣчто вродѣ права собственности на ту часть земли, которая находится подъ зданіемъ, такъ что когда строитель, напр., закладываетъ домъ, то онъ вмѣстѣ съ тѣмъ отдаетъ въ залогъ эту часть почвы. Но если съ помощью подобной конструкціи домъ приближается къ понятію объ обыкновенной недвижимости, снабженной определеннымъ количествомъ земли, и уже не перестаетъ быть въ нѣкоторой связи съ участкомъ, то приходится констатировать другую аномальность: земля подъ зданіемъ между тѣмъ не перестаетъ принадлежать вотчиннику, и приходится такимъ образомъ обнаруживать на одномъ и томъ же

⁸⁰⁾ Такъ напр.: *Tobias*, въ *Archiv für civ. Praxis*. Томъ XCIV, стр. 430.

⁸¹⁾ Окажется спорнымъ тогда, простирается ли, при залогѣ права стройки, вещное обремененіе также и на дома, воздвигнутые строителемъ, согласно ст. 1120 Уложенія, которая гласитъ: „Ипотека простирается... на составныя части участка“. См. *Klein*, *Die Rechtsformen der Gebrauchslleihe in dem bürger. Gesetzbuche* (1902) стр. 32, прим. 29.

⁸²⁾ *Archiv für bürgerliches Recht* XX стр. 184, сл. 190.

участкѣ два права собственности въ пользу двухъ разныхъ лицъ: явленіе конечно допустимое съ точки зрѣнія прежней теоріи о *dominium directum* и *utile*, но встрѣча съ нимъ въ XX вѣкѣ, послѣ столь энергичнаго осужденія со стороны романистовъ XIX вѣка, а также и составителей самаго Уложенія ^{82a)}, можетъ казаться неожиданнымъ.

Разсмотрѣнный до сихъ поръ вопросъ о правовомъ положеніи зданій, построенныхъ въ силу *Erbbaurecht*'а, еще не предрѣшаетъ опредѣленія характера, по германскому Уложению, тѣхъ построекъ, которыя возводятся въ силу простого аренднаго договора, не внесеннаго въ поземельную книгу. Примѣнима ли къ нимъ статья 95, провозглашающая самостоятельность тѣхъ зданій, которыя построены лицомъ, имѣющимъ особое право на землю? Дернбургъ ⁸³⁾ вполне правильно замѣчаетъ, что у арендатора связь съ землею менѣе тѣсная, чѣмъ у лицъ, пользующихся поверхностью земли въ силу вещнаго права, такъ что а *forciōsi* зданія, построенныя арендаторомъ, не должны считаться собственностью вотчинника. И въ виду того, что въ Уложеніи нѣтъ статьи, позволяющей назвать собственностью арендатора недвижимымъ имуществомъ ⁸⁴⁾, приходится по неволѣ допускать своеобразную категорію движимыхъ вещей, для которой трудно подыскать достаточныхъ основаній или внутреннихъ признаковъ, не говоря уже объ опасности, которая можетъ вслѣдствіе этого обнаружиться въ жизни.

Очень поучительно въ этомъ отношеніи зрѣлице, представляемое австрійскимъ правомъ. Тамъ также возможно установленіе вещнаго права въ пользу строителя подъ названіемъ *Bodenzinsrecht* и *Erbpacht* ^{84a)}, при чемъ откры-

⁸²⁾ См. *Motive zum Entwurfe eines bürg. Gesetzbuchs* III стр. 467.

⁸³⁾ *Bürgerliches Recht* (1898) III стр. 17.

⁸⁴⁾ Ср. Neumann, *Jahrbuch des deutschen Rechts* I стр. 55.

^{84a)} См. ст. 1125, 1147—1150 австрійскаго Уложенія.

вается для него особый листъ ⁸⁵⁾ въ поземельной книгѣ, а вотчинникъ отмѣчается какъ лицо, въ пользу котораго уплачивается ежегодный взносъ, подлежащій выкупу теперь, послѣ реформы 1867 г. ⁸⁶⁾ По достойны вниманія главнымъ образомъ въ австрійскомъ правѣ тѣ примѣры застройки, когда строителями являются обыкновенные арендаторы, какъ это встрѣчается чаще всего на окраинахъ австрійской столицы (т. н. Praterhütten и постройки въ Brigittenau). Уложение австрійское, по примѣру прусскаго, различаетъ постройки возведенныя съ вѣдома вотчинника и помимо его воли ⁸⁷⁾; и также рѣшаетъ, что въ первомъ случаѣ строитель можетъ требовать присужденія ему земли, а во второмъ собственность на зданіе признается за вотчинникомъ ⁸⁸⁾. По австрійское уложение ничего не говоритъ о постройкахъ, возникшихъ на основаніи арендныхъ отношеній, и практика давно уже признала, что ни постановленіе о приращеніи, ни правило о приобрѣтеніи земли строителемъ не примѣнимы къ этому особому случаю ⁸⁹⁾. Приходится такимъ образомъ признавать, что строитель-арендаторъ дѣлается собственникомъ одной только постройки безъ всякаго вещнаго отношенія къ самой почвѣ.

⁸⁵⁾ Bartsch, Oesterreichisches Grundbuchgesetz (3-е изд.) стр. 230 сл.

⁸⁶⁾ Ср. Randa, Eigenthumsrecht (2-е изд.) стр. 16.

⁸⁷⁾ Ст. 297 австрійскаго Уложения (въ переводѣ Вербловскаго, изданіе Редакціонной комиссіи, 1884 г.): „Точно также принадлежитъ къ недвижимымъ вещамъ то, что возведено на землѣ съ тѣмъ намѣреніемъ, чтобы оно оставалось на ней всегда.. далѣе принадлежитъ къ недвижимостямъ не только все что прикрѣплено къ землѣ...“ Ст. 418: „Если постройка сдѣлана кѣмъ либо изъ собственныхъ матеріаловъ на чужой землѣ безъ вѣдома и согласія ея собственника, то строеніе достается собственнику земли. Если собственникъ земли зналъ о возведеніи строенія и не запретилъ добросовѣстному строителю тотчасъ же, то можетъ требовать только обыкновенной цѣны за землю“.

⁸⁸⁾ Переходъ собственности долженъ произойти крѣпостнымъ порядкомъ. См. Strohal, Zur Lehre vom Eigenthume an Immobilien, стр. 158—160.

⁸⁹⁾ Въ такомъ смыслѣ рѣшенія верховнаго суда (Oberster Gerichtshof) 23 ноября 1876 г. и 21 декабря 1882 г. (въ сборникѣ Unger-Glaser №№ 6296, 9234).

Но важнымъ, и иногда даже жгучимъ, является вопросъ о характерѣ этой самостоятельной и отрѣшенной отъ земли собственности. Въ прежнее время австрійская практика допускала для такихъ обособленныхъ сооружений, въ видѣ надстроекъ ⁹⁰⁾ или подваловъ ⁹¹⁾, особую запись въ крѣпостную книгу, и такимъ образомъ эти зданія получали съ формальной точки зрѣнія характеръ отдѣльнаго недвижимаго имущества ⁹²⁾. Но теперь, послѣ преобразования поземельной регистраціи въ Австріи ⁹³⁾, вотчинной единицей, призванной занимать особое мѣсто въ вотчинной книгѣ, считается кадастральный участокъ, включающій въ себя обязательно известную мѣру земли, такъ что внесеніе въ книгу одного подземнаго или надземнаго имущества прямо немислимо ⁹⁴⁾. Кромѣ того законъ 1879 г. также возбраняетъ ⁹⁵⁾ общую собственность въ видѣ *communio pro diviso* на одинъ и тотъ же домъ; *Stockwerkseigenthum* перестало и здѣсь быть жизнеспособнымъ институтомъ ⁹⁶⁾. При такихъ условіяхъ, и въ

⁹⁰⁾ См. Fuchs, Grundbücherliche Curiositäten des neuen Wiener Grundbuchs. Juristische Blätter 1878, № 46.

⁹¹⁾ См. рѣшенія верховнаго суда у Unger-Glaser, Sammlung der Civilrechtlichen Entscheidungen №№ 6704, 9409, 11940, 12508.—Ср. еще Randa Eigenthumsrecht, стр. 244 сл. и Pfersche, Oesterreichisches Sachenrecht § 3.

⁹²⁾ Ср. Rostocil, Das Erbbaurecht въ Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Oesterreich 1894, №№ 28—30.

⁹³⁾ Das allgemeine Grundbuchgesetz 25 іюля 1871 вводилось въ отдѣльныхъ провинціяхъ посредствомъ особыхъ законовъ, напечатанныхъ вмѣстѣ съ вотчиннымъ уставомъ въ изданіи Manz'a (Taschen Ausgabe des Oesterreichischen Gesetze) подъ № 18.

⁹⁴⁾ См. между прочимъ правила 5 декабря 1874 для богемскаго королевства (Manz 1893, стр. 269) § 7: „Das Gutsbestandblatt hat alle Bestandtheile eines Grundbuchkörpers und diejenigen dinglichen Rechte anzugeben, welche mit dem Eigenthume des Grundbuchkörpers oder eines Theiles desselben verbunden sind. Die Bezeichnung der Bestandtheile eines Grundbuchkörpers hat mit den Bezeichnungen des Katasters und der Katastralmappe übereinzustimmen“. Ср. Offenhuber, Die Uebereinstimmung des Grundbuchs mit dem Kataster въ Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Oesterreich 1894, № 26 и № 27.

⁹⁵⁾ Запрещеніе это лежитъ уже въ § 10 вотчиннаго устава 1871 г.

⁹⁶⁾ Законъ 30 марта 1879 г. въ § 1 гласитъ: An materiellen Theilen eines

виду невозможности книжной записи, строения арендатора были причислены къ движимости, не смотря на то, что судебная практика испытываетъ большія неудобства отъ такого взгляда. Арендный договоръ между собственникомъ и арендаторомъ гарантируетъ послѣднему спокойное обладаніе лишь на время существованія между ними договорныхъ отношеній; но распоряженія со стороны вотчинника могутъ нанести ему чувствительный ударъ, такъ какъ пріобрѣтатель участка, будучи *in bona fide* и не подозрѣвая права строителя, о которомъ умалчиваетъ вотчинная книга, предъявить неограниченное право на поверхность участка и между прочимъ на эти зданія, называемыя австрійской практикой *Superädificate* ⁹⁷⁾. Съ другой стороны положеніе самого строителя, когда онъ желаетъ распорядиться своимъ правомъ, можетъ оказаться мало завиднымъ, особенно, когда онъ, нуждаясь въ кредитѣ, стремится заложить постройку—не въ видѣ матеріала на сносъ. Ипотека недвижимаго имущества ⁹⁸⁾ ему недоступна не только что указанной формальной причинѣ, а именно невозможности записи; если же должникъ вздумалъ заложить свой домъ въ видѣ движимаго имущества, то онъ встрѣтился бы съ неисполнимымъ предписаніемъ закона ⁹⁹⁾, требующимъ непременно ручного заклада. Заинтересованныя лица стараются, какъ видно, обходить эти неудобства, до-

Gebäudes, welche nicht so beschaffen sind, dass sie als selbständige körperliche Sachen angesehen werden können, wie z. B. an einzelnen Stockwerken oder Räumen desselben Gebäudes, kann ein selbständiges Eigenthumsrecht nicht erwerben und zu diesem Ende eine Eintragung in das Grundbuch, nicht erwirkt werden“. — Возникшая до 1879 г. поэтажная собственность остается въ силѣ (§ 2). Ср. у Manz'a стр. 268, 316, 352, 369, 372.

⁹⁷⁾ Ср. Grünberg, Bauten auf fremdem Grunde (1903) стр. 31; Gass, Aus meiner Landpraxis, въ Zeitschrift für Notariat 1895 г., № 39 сл.

⁹⁸⁾ Фискальныя учрежденія въ Австріи относятся къ этимъ *Superädificate* какъ къ недвижимости и взимаютъ соответствующій налогъ. См. рѣшеніе верховнаго суда отъ 22 января 1872 г. (Unger-Glaser № 4457), но судебная практика не рѣшается слѣдовать этому примѣру.

⁹⁹⁾ Австрійское уложеніе §§ 447, 451.

пуская въ силу фиктивно просроченнаго долга направленіе мобиллярнаго взысканія ¹⁰⁰⁾ на эти строенія, и создаютъ такимъ образомъ вещную гарантію, въ видѣ судебного закладнаго права, допустимаго по австрійскому законодательству. Но къ сожалѣнію въ Австріи для такого взысканія существуетъ годовая погасительная давность ¹⁰¹⁾, такъ что и эта довольно сложная сдѣлка долгосрочнаго кредита строителю не доставитъ. При этомъ не нужно упускать изъ виду, что если дѣло дойдетъ до публичной продажи по такому закладу, пріобрѣтатель постройки, не пріобрѣтая никакихъ правъ на землю, вовсе не гарантированъ, что вотчинникъ не потребуетъ отъ него сноса зданія; и нужно признаться, что подобная перспектива, мало заманивая для покупателей, значительно повліяетъ на размѣръ предлагаемой покупной цѣны, а вслѣдствіе этого съ самаго начала пострадаетъ кредитъ хозяина постройки ¹⁰²⁾.

Австрійскому праву можно по данному вопросу противопоставить французское, которое въ настоящее время считаетъ возможнымъ признавать за домами характеръ недвижимаго имущества и въ тѣхъ случаяхъ, когда право собственности на нихъ принадлежитъ постороннему лицу, а не хозяину земли. Ст. 553 Кодекса позволяетъ сузить дѣйствіе при-

¹⁰⁰⁾ Нужно замѣтить, что австрійское право знаетъ особый видъ взысканія по отношенію къ тѣмъ недвижимостямъ, которыя не записаны въ поземельныя книги. *Oesterreichische Executionsordnung* 27 мая 1896 г., § 90: „Wenn die Liegenschaft, an der oder an deren Antheil, für die vollstreckbare Forderung ein Pfandrecht begründet werden soll, in ein öffentliches Buch nicht aufgenommen ist, so ist zum Erwerbe des Pfandrechts die vom Executionsgerichte auf Grund der Executionsbewilligung vorzunehmende pfandweise Beschreibung der zu pfändenden Liegenschaft erforderlich.“ — О примѣненіи этого порядка къ *Superädificate* существуетъ споръ въ австрійской литературѣ. См. съ одной стороны *Pfersche, Sachenrecht* § 3, а съ другой *Rosenfeld, вь Gerichtshalle* 1899, № 2 и *Nemethy, Juristische Blätter* 1899, №№ 1, 2.

¹⁰¹⁾ *Oesterreichische Executionsordnung* § 256.

¹⁰²⁾ *Ср. Gass l. c.* № 39.

цпа, „superficies solo cedit“, когда будетъ доказано существованіе отдѣльнаго права на вещь ¹⁰³⁾, и этой оговорки достаточно для того, чтобы эмфитевтъ во Франціи ¹⁰⁴⁾, бельгійскій суперфиціарій ¹⁰⁵⁾, или наконецъ *domainier* въ Бретани ¹⁰⁶⁾ могли имѣть на воздвигнутую имъ постройку не *jus in re aliena*, какъ въ Римѣ, а настоящее право собственности, отнесенное къ категоріи недвижимаго имущества. Однако эти виды пользованія въ тѣхъ территоріяхъ, гдѣ примѣняется кодексъ Наполеона, скорѣе рѣдкіе, а гораздо чаще встрѣчаются тамъ обыкновенные арендные договоры съ правомъ для арендатора построить какое либо зданіе.

Спрашивается, въ этихъ случаяхъ кому принадлежитъ зданіе, и если считать его собственностью строителя, то будетъ ли оно *res mobilis* или *immobilis*? Французская доктрина ^{106a)} отрицала право собственности арендатора, не допуская послѣдняго къ самостоятельному положенію держателя вещныхъ правъ. Но здѣсь лишній разъ обнаруживается

¹⁰³⁾ „Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment“
Послѣднія слова имѣютъ въ виду поэтажную собственность, разрѣшенную французскимъ кодексомъ. См. ст. 664.

¹⁰⁴⁾ См. рѣшеніе кассационнаго Суда отъ 16 декабря 1873, у Dalloz'a Recueil périodique 1874, часть I, стр. 249 и отъ 22 июля 1885 г. (Sirey Recueil 1888, ч. I, стр. 130), а также апелляціонной палаты въ Douai отъ 8 февраля 1878 г. (Sirey 1881, ч. 2, ст. 260).

¹⁰⁵⁾ По поводу бельгійскаго закона 10 января 1824 ср. Laurent, Principes de droit civil V № 414 и VII № 409.

¹⁰⁶⁾ По поводу ст. 9 закона 6 августа 1791 по поводу *domaine congéable*, см. Henry, Une vieille coutume bretonne (1894) стр. 43.

^{106 a)} См. Demolombe, Cours de Code Napoléon IX № 166 сл.; Marcadé, Explication théorique du Code civil (8-е изд.) II, № 421 сл.; Guillouard, Contrat de louage I, стр. 345; Laurent, Principes de droit civil, рѣшается допустить собственность строителя, но считаетъ ее въ этомъ случаѣ движимостью. Не совсѣмъ ясно у Planiol, Manuel de droit civil I, (1900) стр. 447, который говоритъ о „*superficie temporaire*“.

расколъ, такъ часто раздѣляющій во Франціи науку и судебную практику: кассационный судъ не только считаетъ арендатора собственникомъ въ теченіе договорнаго срока, но уже начиная со средины прошлаго вѣка ¹⁰⁷⁾ онъ, въ противоположность нѣкоторымъ низшимъ судамъ ¹⁰⁸⁾, приводитъ взглядъ, по которому домъ, построенный арендаторомъ, признается именно его недвижимой собственностью, если въ договорѣ хозяинъ земли, хотя бы и безмолвно, отказался отъ приращенія ¹⁰⁹⁾.

Подобныя рѣшенія, въ которыхъ верховный судъ и апелляціонныя палаты весьма основательно подчеркиваютъ, что домъ не можетъ не считаться недвижимостью ¹¹⁰⁾ потому, что онъ не утрачиваетъ своихъ существенныхъ свойствъ, даже тогда, когда онъ стоитъ на чужой землѣ, попадаютъ въ избытокъ вплоть до конца 80-хъ годовъ, и свидѣтельствуютъ объ окончательно установившейся практикѣ ¹¹¹⁾. Въ этихъ рѣшеніяхъ, конечно, предполагается *временная* собственность ¹¹²⁾, обусловленная содержаніемъ

¹⁰⁷⁾ Въ первой половинѣ XIX в. встрѣчаются рѣшенія апелляціонныхъ палатъ, стоящія за движимый характеръ этихъ построекъ, такъ напр. Cour de Besançon 22 мая 1845 (Sirey 1847, 2 стр. 275).

¹⁰⁸⁾ Сюда можно отнести главнымъ образомъ Tribunal de la Seine. См. по этому поводу кромѣ кассационнаго рѣшенія 1 июля 1845 (Daloz 1845, I, стр. 513) два болѣе позднихъ рѣшенія 1868 и 1871 г., приведенныя у Daloz 1871, III, стр. 33.

¹⁰⁹⁾ См. рѣш. Кас. Суда отъ 15 апрѣля 1846 (Daloz 1846, I, 171), 14 февраля 1849 (Daloz 1849, I, 168) и 7 апрѣля 1862 (Sirey 1862, I, 459); парижской палаты 30 мая 1864 (Daloz 1866, 2, 175) и 15 декабря 1869 (Sirey 1866, 2, 83); палаты въ Бордо 22 декабря 1868 (Daloz 1871, 2, 191).

¹¹⁰⁾ См. напр. рѣшеніе Лионской палаты 15 февраля 1871 г. (Sirey 1871, 2, 82)... „attendu en droit qu' un batiment dés qu'il est construit devient immeuble dans le sens le plus absolu, quelqu'en ait été le constructeur“.

¹¹¹⁾ См. еще кас. рѣшенія 3 февраля 1872 (Daloz 1872, I, 256) и 11 августа 1884 (Sirey 1885, 1, 230).

¹¹²⁾ „Le caractère temporaire et résoluble du droit qui appartient au locataire constructeur ne saurait empêcher d'y reconnaître un droit de propriété“. (Cour de Paris 23 февраля 1872, Daloz 1874, 2, 22). Въ томъ же рѣшеніи палата называетъ право строителя „domaine utile“. Странно, что Кассационный

договора; по истеченіи установленнаго срока зданіе превращается въ движимую вещь, подлежащую сносу, если нѣтъ оговорки въ пользу хозяина земли. Но до этого момента, на основаніи только что приведенной практики, строитель пользуется всѣми выгодами недвижимаго имущества и между прочимъ можетъ заложить свой домъ, какъ любой земельный участокъ ¹¹³⁾; французская система именной записи по фамиліямъ владѣльцевъ устраняетъ всякія формальныя затрудненія для обремененія этихъ зданій обыкновенной ипотекой. Одно только остается не совсѣмъ выясненнымъ на практикѣ, а именно значеніе, которое слѣдуетъ придавать тѣмъ или другимъ договорнымъ пунктамъ для рѣшенія вопроса: отказался ли собственникъ земли въ конкретномъ случаѣ отъ надстроенныхъ зданій въ пользу нанимателя, или нѣтъ? Встрѣчаются рѣшенія, въ которыхъ право арендатора снести построенный имъ домъ по истеченіи аренднаго срока служитъ признакомъ, что онъ въ теченіе договорнаго срока долженъ былъ считаться собственникомъ этого зданія ^{113а)}; но встрѣчаются и другія, болѣе раннія, судебныя разъясненія, гдѣ, наоборотъ, такое право строителя на сносъ вовсе еще не равносильно отказу отъ собственности на зданіе со стороны вотчинника ^{113а)}. Кроме того французская практика расположена считать, что упоминаніе въ договорѣ объ обязанности вотчинника, по прекращеніи договора, уплатить строителю стоимость дома, означаётъ, что до этого момента строеніе принадлежит строителю ¹¹⁴⁾. Къ сожалѣнію такая

Судъ тѣмъ не менѣе не даетъ строителю владѣльческой защиты. См. рѣшеніе 2 августа 1870 г. (Daloz 1871, 1, 173).

¹¹³⁾ См. кроме выше приведенныхъ рѣшеній орлеанской палаты отъ 19 апрѣля 1866 г. (Daloz 1866, 2, 94).

^{113 а)} Такъ напр. въ выше приведен. рѣшеніи 7 апрѣля 1862 г. (Sirey 1862, 1, 459); Lyon 18 февраля 1871 г. (Sirey 1871, 2, 82).

^{113 б)} См. рѣш. кассационнаго суда 8 іюля 1851 (Sirey 1851, 1, 184).

¹¹⁴⁾ Это вытекаетъ между прочимъ изъ рѣшенія парижской апелляціонной палаты 30 мая 1864 г. (Daloz 1866, 2, 175).

презумпція не всегда оказывается основательной; бывали случаи, когда суды ее отвергали ¹¹⁵). Вотъ почему сторонамъ полезно вносить въ договоръ аренды подъ выстройку особую оговорку, гдѣ будетъ рѣшенъ вопросъ о томъ, кого изъ контрагентовъ въ теченіе договорнаго срока слѣдуетъ считать собственникомъ зданія; но послѣднее, на основаніи выше приведенной практики, будетъ въ томъ или другомъ случаѣ всегда недвижимымъ объектомъ.

II.

Послѣ краткаго обзора тѣхъ разнорѣчивыхъ отвѣтовъ, которые получаетъ въ западно-европейскомъ правѣ вопросъ о юридическомъ положеніи зданій, стоящихъ на чужой землѣ, приходится теперь обратиться къ русской правовой жизни, гдѣ также встрѣчается подобное дробленіе права собственности между землевладельцемъ и строителемъ.

Въ законодательствѣ Московскаго государства мы находимъ постановленія, врядъ ли заимствованныя изъ западно-русскаго права ¹¹⁶), въ которыхъ обнаруживается стремленіе охранять постройки, возведенныя на землѣ, переходящей потомъ къ новому хозяину; послѣдній по Уложенію 1649 г. ¹¹⁷) обязанъ при выкупѣ уплатить строителю полную стоимость постройки, и такое же правило встрѣчается познѣе, по поводу возвращенія участка изъ незаконнаго владѣнія ¹¹⁸). Эти постановленія свидѣтельствуютъ о желаніи законодателя удержать владѣльца отъ бесполезнаго разрушенія построеннаго и вмѣстѣ съ тѣмъ провозглашаютъ право вотчинника на поверхность

¹¹⁵) Въ этомъ смыслѣ рѣшеніе палаты въ Besançon 22 мая 1845 г. (Dalloz 1849, I, 166).

¹¹⁶) Въ литовскомъ статутѣ 1858 г. Разд. III, арт. 30, § 4 приводится случай, гдѣ, наоборотъ, строитель поставленъ въ худшее положеніе.

¹¹⁷) Гл. XVII ст. 27.

¹¹⁸) Ук. 9 апрѣля 1684 г. (П. С. З. 1087).

земли. Въ началѣ XVIII вѣка дома сливаются со всѣми остальными категориями поземельныхъ правъ подъ общее названіе *недвижимаго* имущества; и отмѣна Указа о единонаслѣдіи уже не въ состояніи была поколебать¹²⁰⁾ результатъ, давно подготовленный предшествующимъ развитіемъ. Въ исторіи нашей собственности XVIII вѣкъ означаетъ примѣненіе романстическихъ взглядовъ къ явленіямъ поземельнаго права, а въ сферѣ специально здѣсь разсматриваемаго вопроса это стремленіе обнаруживается въ попыткахъ законодателя устранить ограниченія собственности, которыя вытекаютъ изъ стеченія правъ двухъ лицъ на одинъ застроенный участокъ. Межевая инструкция Екатерины II отъ 25 Мая 1766 г., столь способствовавшая упорядоченію и укрѣпленію нашихъ поземельныхъ отношеній, изобилуетъ постановленіями, имѣющими цѣлью положить конецъ раздвоенію права собственности между зданіемъ и землею; но консолидація происходитъ здѣсь не въ пользу хозяина участка, а въ пользу строителя или его преемника. Государство предписываетъ сему послѣднему уплатить первому то, что стоитъ земля подъ зданіемъ, и такимъ образомъ получается одинъ собственникъ почвы и ея поверхности¹²¹⁾. Здѣсь законодатель опять таки руководствуется цѣлностью построекъ и сравнительной дешевизной, а также изобиліемъ земли, въ большинствѣ названныхъ случаевъ, казенной. Но эти мѣропріятія Межевой Инструкции носятъ временный и чрезвычайный характеръ: на будущіе годы застроеніе чужой земли вовсе возбраняется¹²²⁾, а это значитъ, что если тѣмъ не

¹²⁰⁾ См. однако слѣды нѣкоторыхъ сомнѣній присутственныхъ мѣстъ относительно принадлежанія дворовъ къ категоріи недвижимаго имущества въ ук. 11 апрѣля и 29 ноября 1762 г. (П. С. З. 11511 и 11715).

¹²¹⁾ Межевая инструкция 25 мая 1766 г. (12659) глава VIII, § 11; глава XXIII § 9; XXV §§ 15, 16, 18, 20; гл. XXVII, §§ 3, 4.—Инструкция землеустроителю 13 февраля 1766 г. (12570); указъ 27 марта 1769 г. (13275).

¹²²⁾ Тамъ, гдѣ государство поощряетъ строительное дѣло, оно отводитъ

менше обнаружится случай возведенія постройки на чужой землѣ безъ разрѣшенія хозяина участка, строитель долженъ подчиняться праву сего послѣдняго и допустить примѣненіе правила „*superficies solo cedit*“¹²³). Принципъ этотъ выражается весьма ясно въ нашемъ Сводѣ законовъ 1832 г. и можно только жалѣть, что ст. 364¹²⁴) не была уже воспроизведена въ I ч. X тома послѣ 1842 г., хотя нынѣшняя ст. 384 не дозволяетъ сомнѣваться, что по общему правилу въ русскомъ правѣ собственникъ земли является собственникомъ надстроенныхъ¹²⁵) зданій, причемъ незаконному владѣльцу дается теперь, въ отличіе отъ свода 1832 г., *jus tollendi*¹²⁶).

Но, не взирая на стремленіе законодателя устранить возможность конфликтовъ, и въ XIX вѣкѣ встрѣчаются многочисленные случаи стеченія двухъ правъ на застроенный участокъ. Такъ напр., до 1861 г. дома, построенные государственными крестьянами на казенныхъ земляхъ, считались недвижимостями¹²⁷), когда они продавались не на сносъ¹²⁸), а изъ этого нельзя было вывести, что земля подъ домами переставала принадлежать государству, такъ что здѣсь полу-

застроенный участокъ въ собственность строителю и отнимаетъ его только тогда, когда обѣщанное зданіе не будетъ воздвигнуто. См. ук. 24 июня 1803 (20816) III 6 п. I; 29 июня 1803 (23173) п. 1—4.

¹²³) См. Межевая Инструкція 25 мая 1766 г. (12659) гл. VIII, § 16. Исключеніе сдѣлано для кирпичныхъ заводовъ въ § 15.

¹²⁴) (По изданію 1842 г., ст. 529). „Кто безъ всякаго правильнаго укрѣпленія завладѣлъ чужою землею и оную застроилъ, тотъ лишается вмѣстѣ съ землею и заведеннаго имъ строенія въ пользу законнаго владѣльца безъ всякаго вознагражденія“. О засѣвѣ говоритъ ст. 370 (536 по изд. 1842).

¹²⁵) См. еще ст. 611, I ч., X т. (по изд. 1900 г.).

¹²⁶) Ст. 622, 623, I ч., X т., по изд. 1900 г. До какой степени у насъ принципъ „*Superficies solo cedit*“ препятствуетъ установленію поэтажной собственности, трудно сказать. Нашъ X томъ въ ст. 394 не приводитъ домовъ въ числѣ нераздѣльныхъ имуществъ, и Сенатъ разрѣшалъ установленіе отдѣльной собственности на подвалъ подъ лавкой. См. рѣш. 1869 г., № 10.

¹²⁷) Это вытекаетъ изъ ст. 319 Устава о благоустройствѣ въ казенныхъ селеніяхъ т. XII, ч. 2; см. по этому поводу Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права (2-е изд.) I стр. 32 и Сенатъ, рѣшеніе гражд. деп. 1870 г. № 669.

¹²⁸) На этотъ счетъ см. ст. 2184, 2 ч., X тома (по изд. 1857 г.).

чалась двойственность правъ; но съ другой стороны, когда эти же участки отдавались подъ выстройку лицамъ другихъ сословій безъ надлежащаго разрѣшенія правительства, суды отказывались признавать эти зданія собственностью строителей, и тогда принципъ приращенія, выраженный въ выше (стр. 32) приведенной ст. 386, а также и въ ст. 424, считающихъ зданія принадлежностями земли, одерживалъ верхъ ¹²⁹⁾.

При прекращеніи крѣпостной зависимости пришлось унорядочить давно уже сложившіяся отношенія и устранять то, что шло въ разрѣзъ съ новыми начертаніями: крестьянскія постройки или мельницы, построенныя на помѣщичьей землѣ и оказавшіяся внѣ мірской земли послѣ отведенія надѣла, не должны были оставаться въ такомъ неопредѣленномъ положеніи, и законъ предложилъ крестьянамъ выкупить землю; въ противномъ случаѣ помѣщикъ по истеченіи извѣстнаго времени имѣлъ право снести постройку ¹³⁰⁾. Теперь послѣ обязательнаго перехода на выкупные платежи возможность этихъ коллизій на почвѣ крѣпостного права исчезла и крестьянскія постройки считаются составной частью двора ¹³¹⁾. Вопросъ о правѣ собственности на нихъ связанъ съ рѣшеніемъ другого: кто собственникъ двора? Если субъектомъ будетъ признана семья, то и зданіе раздѣлитъ участь земли. Если же дворъ долженъ быть признанъ собственностью общества, то семья будетъ имѣть на землю и на зданія лишь право потомственнаго пользованія ¹³²⁾. Такъ по крайней мѣрѣ рѣшаютъ вопросъ по отношенію къ крестьянамъ, живущимъ въ общинномъ землевладѣніи, составители новаго „Проекта по

¹²⁹⁾ См. Пестржецкій, о строеніяхъ воздвигнутыхъ на общественныхъ земляхъ, Журн. Гражд. и Угол. права 1872, кн. 5, стр. 561.

¹³⁰⁾ Положеніе о Великорус. крестьянахъ (по прод. 1863 г.) ст. 91, мѣстное Малороссійское положеніе ст. 55.

¹³¹⁾ Особое приложеніе къ IX т. изд. 1902 г. IV ст. 12, 13, 74, 75, 99, 146, 198. Ср. рѣшеніе гражд. кас. Деп. 1896 г., № 102.

¹³²⁾ Проектъ положенія о надѣльныхъ земляхъ (1904) ст. 5, 155.

пересмотру крестьянскаго законодательства“. Вообще нужно замѣтить, что у насъ, какъ ни старались иногда обойтись безъ *jura in re aliena*, на практикѣ приходится неизбежно считаться съ этими видами пользовладѣнія. Убѣдительнымъ подтвержденіемъ этой мысли служить чиншевое право, которое продолжаетъ жить и развиваться въ Россіи, не смотря на все стремленія искоренить или, по крайней мѣрѣ, локализовать его ¹³³). При городскихъ чиншевыхъ отношеніяхъ чиншевикъ строить домъ, или владѣть имъ, конечно на чужой землѣ; и если считать, что онъ по нашимъ современнымъ правовымъ воззрѣніямъ, въ отличіе отъ римскаго эмпитевта, можетъ быть названъ именно *собственникомъ* зданія ¹³⁴), то этимъ самымъ однако еще не рѣшается вопросъ о характерѣ такой собственности: разъ юридическая связь съ землею порвана, зданіе можетъ быть произвольно признано движимостью или недвижимостью.

Значеніе названнаго вопроса обостряется при переходѣ чиншеваго права отъ одного чиншевика къ другому. Когда въ Западномъ краѣ дѣйствовалъ Литовскій Статутъ, то эти переходы могли совершаться и домашнимъ порядкомъ ¹³⁵). Послѣ введенія тамъ I ч. X тома, статья 594 (по изд. 1842 г., а по изд. 1887 г. въ прил. къ ст. 708 § 18), въ которой перечисляются акты совершаемые крѣпостнымъ порядкомъ, могла бы означать необходимость крѣпостнаго обряда для такихъ сдѣлокъ, уже потому, что оброчные содержатели, имѣющіе потомственное право пользованія на городскихъ ¹³⁶) и казенныхъ зем-

¹³³) Характерно въ этомъ отношеніи рѣшеніе Сената отъ 3 марта 1904 (Журн. Мин. юстиціи 1904, № 4, стр. 149 сл.).

¹³⁴) Въ циркулярѣ Министра Юстиціи отъ 12 ноября 1898 г. [за № 30317 права чиншевика на строеніе названо „собственностью“.

¹³⁵) Ср. Положеніе о земельномъ устройствѣ чиншевиковъ 1886 г. (Особое прил. къ IX тому XXV) ст. 8.

¹³⁶) Уставъ о городскомъ и сельскомъ хозяйствѣ. (Сводъ 1857 г. т. XII ч. 2) ст. 43 п. 3 и ст. 108 п. 31.

ляхъ¹³⁷⁾, подлежатъ взиманію крѣпостныхъ пошлинъ при отчужденіи своего права. Но для чиншевиговъ во владѣльческихъ городахъ и мѣстечкахъ съ 1828 г.¹³⁸⁾ была введена особая льгота, избавившая ихъ отъ сборовъ, связанныхъ съ крѣпостнымъ порядкомъ. Это узаконеніе, образовавшее нынѣшнее примѣчаніе 1 къ статьѣ 243 Устава о пошлинахъ, такъ редактировано¹³⁹⁾, что изъ нея можно вывести освобожденіе не только отъ пошлинъ, но и отъ всѣхъ формальностей, образующихъ крѣпостной порядокъ и установленныхъ для перенесенія правъ на недвижимость. Однако тамъ не сказано, что названная форма недоступна вообще сторонамъ, если онѣ пожелаютъ облечь свое соглашеніе въ крѣпостной актъ¹⁴⁰⁾, и присутственныя мѣста стараго типа¹⁴¹⁾ допускали, какъ намъ извѣстно, совершеніе купчихъ *крѣпостей*, содержащихъ перенесеніе чиншеваго права. Однако съ введеніемъ судебной реформы въ Западномъ краѣ произошла и въ этомъ отношеніи перемена¹⁴²⁾: суды и нота-

¹³⁷⁾ Уставъ о пошлинахъ (Т. V Свода по изд. 1903 г.) ст. 237.

¹³⁸⁾ Зак. 31 мая 1828 (2071) п. 16 и 17.

¹³⁹⁾ „Въ западныхъ губерніяхъ во владѣльческихъ городахъ и мѣстечкахъ съ владѣльцевъ домовъ и другихъ строеній, если съ симъ владѣніемъ не соединено или не переуступается право собственности на землю, на которой находится строеніе, не потребуется кромѣ условій помѣщикомъ утвержденныхъ другихъ какихъ либо крѣпостныхъ актовъ, и при продажѣ означенныхъ домовъ и строеній или переходѣ инымъ образомъ къ другому лицу не взыскивается пошлинъ“. По мнѣнію Змирлова (Журналъ Гражд. и Уг. Права 1881 г. кн. 3. Замѣтки стр. 84), здѣсь продавецъ освобождается отъ представленія купчихъ въ доказательство своего права, но не сказано, что самый актъ продажи можетъ заключаться домашнимъ порядкомъ. См. однако Побѣдоносцевъ, Курсъ (изд. 4-е) 1 стр. 34.

¹⁴⁰⁾ См. Маттель. Журналъ Гражд. и Угол. Права 1886 г. № 4, замѣтки стр. 8.

¹⁴¹⁾ См. рѣшеніе общаго собранія Сената 19 іюня 1857 г. (Сборникъ рѣшеній Правительствующаго Сената I № 570).

¹⁴²⁾ Ср. Маттель, тамъ же; впрочемъ встрѣчаются и исключенія, среди которыхъ нужно упомянуть о циркулярномъ распоряженіи Луцкаго суда нота-ріусамъ (Суд. Газета 1884 г. № 39 стр. 10), гдѣ предписывается крѣпостная форма, но безъ пошлинъ крѣпостныхъ.

ріусы стали толковать вышеприведенную статью въ смыслѣ безусловнаго запрещенія отчужденія чиншевыхъ построекъ крѣпостнымъ порядкомъ, а изъ этого уже неизбежно вытекало, что такія постройки приравнивались къ имуществу движимому, отчуждаемому домашнимъ порядкомъ или нотаріальнымъ, но безъ утверженія старшимъ нотаріусомъ. Однако подобное воззрѣніе шло въ разрѣзъ съ общимъ духомъ нашего обновленнаго законодательства, въ которомъ Уставъ гражданскаго судопроизводства опредѣляетъ для спора о чиншевомъ правѣ подсудность недвижимаго имущества ¹⁴³⁾; и неудивительно потому, что Сенатъ, проводя этотъ послѣдній принципъ, старался одновременно противоудѣлывать практикѣ, допускающей отнесеніе чиншевыхъ построекъ къ категоріи движимаго имущества ¹⁴⁴⁾. Но Сенату не удалось удержаться на этой вполнѣ правильной и цѣлесообразной точкѣ зрѣнія ¹⁴⁵⁾: въ послѣднихъ его двухъ рѣшеніяхъ обнаруживается, что вышеуказанное направленіе практики восторжествовало и въ верховномъ судѣ.

Въ одномъ изъ этихъ рѣшеній Сенатъ, по отношенію къ чиншевицамъ Привислинскаго края ¹⁴⁶⁾, признаетъ только безплатность перехода, не касаясь самаго порядка отчужденія, который, по законамъ, дѣйствующимъ въ округѣ Варшавской Судебной Палаты, долженъ быть признанъ тождественнымъ съ формой, тамъ установленной для отчужденія недвижимаго имущества ¹⁴⁷⁾. Но въ губерніяхъ, гдѣ примѣняется наше общегражданское право, вышеприведенная

¹⁴³⁾ Прил. къ ст. 1400 У. Г. С. II п. 2.

¹⁴⁴⁾ См., напр., рѣшеніе 1877 г. № 112.

¹⁴⁵⁾ Ср. послѣднее рѣшеніе въ этомъ смыслѣ въ 1892 г. № 111.

¹⁴⁶⁾ 1901 г. № 12; см. по этому поводу замѣтку Сар. въ Журн. Мин. Юстиціи 1903 г. № 1 и толкованіе, которое дается статьѣ 203 Устава о пошлинахъ.

¹⁴⁷⁾ См. Ипотечный уставъ 1818 г. ст. 43—45 и 52; ср. по этому поводу Дуткевичъ, Польское ипотечное право, стр. 256.

практика, къ которой присоединился и Сенат¹⁴⁸⁾ въ послѣднее время, сводится къ тому, что строенія городскихъ чиншевниковъ, не тронутыя закономъ 1886 г., продолжаютъ обращаться, какъ вещи движимыя: передача этого имущества совершается въ формѣ домашняго письменнаго акта, являемаго только къ владѣльцу города или мѣстечка; а для того, чтобы пріобрѣтатель чиншевого права считался одновременно собственникомъ зданія, пишется иногда купля—продажа на домъ, какъ на матеріаль, отдаваемый на сносъ; такимъ же образомъ совершается закладъ, нерѣдко облекаемый въ форму условной купли¹⁴⁹⁾. Понятно, что при этой обстановкѣ названные чиншевики лишены настоящаго реального кредита, и неудивительно, что государство нашло нужнымъ прійти къ нимъ на помощь, дозволяя земельнымъ банкамъ выдавать ссуды подъ обезпеченіе чиншевыхъ построекъ¹⁵⁰⁾, если заемщикомъ будетъ представлено залоговое свидѣтельство, составленное старшимъ нотаріусомъ, на общихъ основаніяхъ¹⁵¹⁾,

¹⁴⁸⁾ 1899 г. № 26.

¹⁴⁹⁾ Ср. Рабиновичъ, Судебная Газета 1884 г. № 36 стр. 12, и Нейманъ, тамъ же 1884 № 39 стр. 9; относительно жителей владѣльческихъ городовъ и мѣстечекъ Бессарабіи существуютъ особыя правила, именно въ смыслѣ приравненія построекъ къ движимому имуществу, IX томъ Свода. Прил. къ ст. 322 (прим. II ст. 11). См. Равичъ, Юридическая Газета 1874 № 42. стр. 2.

¹⁵⁰⁾ Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта 26 мая 1897 г. (П. С. З. 14153). „Министру Финансовъ предоставляется измѣнить уставы учреждений долгосрочнаго кредита по ходатайствамъ сихъ учреждений, въ смыслѣ разрѣшенія имъ выдавать ссуды въ городахъ подъ залогъ участковъ съ строеніями, находящимися у заемщиковъ во владѣніи на правѣ потомственнаго безсрочнаго пользованія и распоряженія за определенную и не подлежащую измѣненію плату или чиншь...“ Соответственно сему былъ измѣненъ, напр., уставъ Кіевского земельного Банка распоряженіемъ Министра Финансовъ отъ 13 ноября 1898 г. (С. У. Р. 1899 ст. 123).

¹⁵¹⁾ См. цирк. Мин. Юстиціи отъ 12 ноября 1898 г. за № 30317: „п. 4 о выдачѣ залогового свидѣтельства старшій нотаріусъ дѣлаетъ отмѣтку въ крѣпостномъ реестрѣ и сборникѣ запрещеній“. Реестръ въ виду отсутствія особаго листа для чиншевика большихъ услугъ оказывать не можетъ. Наоборотъ, алфавитный указатель къ сборнику запретительныхъ статей.

хотя и съ нѣкоторыми особенностями. Но Государственный (Совѣтъ счелъ цѣлесообразнымъ разрѣшить эту выдачу только тѣмъ чиншевикамъ, которые приобрѣли свое право путемъ крѣпостей ¹⁵²): это весьма понятное предписаніе имѣть цѣлью охранить банкъ отъ принятія въ залогъ строеній, не принадлежащихъ чиншевикамъ-заемщикамъ ¹⁵³). Но такъ какъ громадное большинство чиншевиковъ владѣть безъ всякихъ крѣпостей, оказанное благодѣяніе рискуетъ остаться мертвой буквой; и такое крупное практическое неудобство, подрывающее значеніе этого поземельнаго правоотношенія, вытекаетъ въ сущности только изъ неправильнаго возрѣнія на чиншевую постройку, какъ на движимое имущество.

Кромѣ чиншеваго права встрѣчаются въ нашемъ законодательствѣ права отдѣльнаго владѣнія на казенныхъ участкахъ, отдаваемыхъ подъ выстройку частнымъ лицамъ. Это право отчуждаемо, и казна между прочимъ имѣетъ возможность направить на него свое взысканіе въ случаѣ неплаты оброка. Тутъ мыслимъ былъ бы споръ о томъ, имѣетъ ли владѣлецъ казеннаго участка на это зданіе собственность или только правомочіе въ видѣ *jus in re aliena*? Къ счастью, въ данномъ случаѣ, споръ рѣшается текстомъ закона ¹⁵⁴) въ пользу послѣдней конструкціи: земля и зданія

(Прил. къ ст. 154 п. 5 Пол. о Нот. части §§ 7—9) могъ бы играть существенную роль.

¹⁵²) Уставъ Кіевскаго Земельнаго Банка § 10 (новая редакція). „Ссуды подъ залогъ имущества послѣдняго рода... (чиншевиковъ) выдаются съ соблюденіемъ при томъ слѣдующихъ условій: а) въ залогъ не принимаются имущества, которыя по свойству права владѣнія и по мѣсту нахождения самыхъ имуществъ могутъ быть отчуждаемы безъ совершенія крѣпостныхъ актовъ“.

¹⁵³) См. мотивы Государственнаго Совѣта въ выше приведенномъ циркулярѣ Министра Юстиціи.

¹⁵⁴) Прил. къ ст. 28 Устава Сельскаго хозяйства (Т. XII Свода Законовъ по изд. 1903 г.) ст. 28: „непремѣнными принадлежностями участка считаются 1) всѣ строенія въ участкѣ находящіяся... Ст. 26. Продажа

принадлежать казнь въ собственность, а право оброчнаго содержателя относится къ недвижимости¹⁵⁵),—что вполне соответствуетъ классификаціи имущества по I ч. X т.¹⁵⁶).

Менѣе удовлетворительной и гораздо болѣе сложной является постановка того-же вопроса по поводу обыкновенной срочной аренды подъ выстройку, когда зданіе воздвигнуто съ разрѣшенія собственника и когда контрагенты устранили добровольно послѣдствія приращенія. Хорошо извѣстна ст. 1706 I ч. X тома, говорящая въ этомъ случаѣ о „временной собственности“ нанимателя: слова¹⁵⁷) эти вѣроятно навѣяны изъ австрійскаго уложенія¹⁵⁸), и въ нихъ слышится отдаленный отзвукъ ученія о *Nutzungsseigenthum*, столь распространеннаго еще въ Германіи XIX вѣка. Наша статья не различаетъ общаго права арендатора, вытекающаго изъ договора найма, отъ отдѣльнаго его права на зданіе. По отношенію къ первому примѣненіе термина „собственность“ безусловно неправильно, что же касается права на зданіе, то здѣсь замѣтно (въ отличіе отъ римскаго права) расположеніе закона считать собственникомъ зданія строителя, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ приращеніе въ пользу вотчинника, которое должно было наступить вслѣдствіе ст. 386, исключено или договоромъ аренды, или отдѣльнымъ соглашеніемъ вообще. Вотчинникъ отказывается отъ права на поверхность, принадлежащаго ему по ст. 424, и если признать,

участковъ производится... съ соблюденіями слѣдующихъ условій: 1) участокъ со всѣми принадлежностями продается не въ полную собственность, но съ тѣмъ только правомъ, которое имѣлъ неисправный содержатель...”

155) Уставъ о пошлинахъ 237: „крѣпостныя пошлины взимаются и при отчужденіи дозволенными способами участковъ казенныхъ земель, отданныхъ въ частное оброчное содержаніе подъ разныя заведенія; изъ сего правила не изъемлется и продажа ихъ съ публичнаго торга въ случаѣ неисправности содержателей“.

156) Ср. ст. 383. 402. 416.

157) Противъ расширительнаго ихъ толкованія см. Сенатъ 1869 г. № 583.

158) Ст. 1126 сл.

что другое лицо, строитель или его преемникъ, имѣеть, по крайней мѣрѣ въ теченіе аренднаго срока, право собственности на возведенное зданіе, то будетъ ли это зданіе въ его имуществѣ движимой или недвижимой вещью?

Отъ разрѣшенія такого вопроса ¹⁵⁹⁾ въ ту или другую сторону зависитъ не только форма распоряженій предпринимаемыхъ строителемъ, но и размѣръ наследственныхъ женскихъ долей въ этомъ его имуществѣ. Интересно конечно было бы прежде всего выяснитъ взглядъ нашей дореформенной практики на юридическое положеніе такихъ строеній, возведенныхъ арендаторомъ. Къ сожалѣнію, у насъ можетъ быть лишь очень ограниченный кругозоръ: ужь очень скромный по своимъ размѣрамъ напечатанный до пылъ матеріаль. Кромѣ поль-дожжны томовъ съ рѣшеніями Общихъ Собраній Сената за сравнительно краткій промежутокъ времени, все остальное похоронено, должно быть навсегда, подъ вѣковой пылью нашихъ архивовъ. Однако есть основанія утверждать, что практика старыхъ нашихъ судовъ признавала названныя зданія отдѣльными недвижимостями, несмотря на то, что земля подъ ними продолжала оставаться собственностью нанмодателя ¹⁶⁰⁾. Такъ, напр., видно, что отчужденіе зданія арендаторомъ-строителемъ и отдача въ залогъ совершались крѣпостнымъ порядкомъ, и Сенатъ даже допускалъ родовой выкупъ такихъ зданій послѣ ихъ продажи чужеродцу ¹⁶¹⁾. Подобное приравненіе къ недвижимо-

¹⁵⁹⁾ Онъ уже раздѣлялъ Московское юридическое общество въ началѣ 70-хъ годовъ. См. Юридическій Вѣстникъ 1871 г. Т. III, № 1 стр. 14; ср. еще по поводу этого спора Думашевскій, Журн. Мин. Юстиціи 1868 г. т. I стр. 168 сл.; Змирловъ, Журн. Гр. и Угол. Права 1881 кн. 3 Замѣтки. стр. 90 сл.

¹⁶⁰⁾ См. указанія у Павловича относительно бѣлорусскихъ губерній. Судебная Газета, 1884, № 46.

¹⁶¹⁾ См. рѣшеніе VII Департамента Сената, приведенное въ Журналѣ Мин. Юстиціи Т. XVI стр. 496 сл.

стямъ облегчалось формально еще тѣмъ, что въ то время вотчинная наша регистрація не знала индивидуализаціи участковъ, и одновременное утвержденіе разныхъ сдѣлокъ на землю и на зданіе не могло вызвать коллизіи при книжной записи ¹⁶²⁾.

Какъ бы то ни было, но послѣ введенія судебной реформы практика вскорѣ измѣнилась ¹⁶³⁾: мировыя судебныя учрежденія, исходя изъ желанія облегчить арендаторамъ распоряженія надстроенными на чужой землѣ зданіями, стали допускать у себя разсмотрѣніе споровъ, возникающихъ по поводу этихъ сдѣлокъ, что конечно достигалось только путемъ признанія этихъ зданій вещами движимыми. Кассационный Департаментъ долго относился враждебно къ этому направленію, и такимъ образомъ завязалась между высшей и низшей инстанціею интересная борьба ^{163a)}, описанная уже Обнинскимъ ¹⁶⁴⁾ до 1876 г. и продолжавшаяся впоследствии ¹⁶⁵⁾.

Сенатъ конечно не отрицалъ, что домъ, продаваемый на сносъ, долженъ быть приравненъ къ вещи движимой, точно такъ же, какъ и лѣсъ на срубъ ¹⁶⁶⁾. Но когда на арендуемомъ участкѣ съ разрѣшенія вмѣстника возводилось арендаторомъ строеніе, то право его на сіе послѣднее въ теченіе договорнаго срока не должно быть рассматри-

¹⁶²⁾ Сдѣлка о недвижимомъ имуществѣ тогда могла быть заключена гдѣ угодно (ср. ст. 761, I ч. X т. 1857 г.) и запрещеніе заносилось въ общіе списки безъ приурочиванія его къ опредѣленной мѣстности, ср. Штрахъ, Юрид. Газета 1898 г. № 75.

¹⁶³⁾ Ср. ст. Ил. Ө-й въ Юрид. Вѣстникѣ 1867—1868 г. кн. 9 стр. 62 сл.; споръ о характерѣ этихъ строеній могъ имѣть послѣдствія и въ уголовномъ правѣ, когда возбуждались преслѣдованія за самовольную продажу по ст. 174 Устава о наказаніяхъ п. 5. См. Рѣш. Угол. Кассац. Департамента 1867 № 468.

^{163 a)} 1869 г. № 537; 1871 № 558; 1872 № 251; 1873 № 733; 1874 № 159

¹⁶⁴⁾ Юридическій Вѣстникъ 1878 кн. 3, стр. 366 сл.

¹⁶⁵⁾ 1877 № 149; 1879 г. № 219; 1881 г. № 13.

¹⁶⁶⁾ Относительно рѣшеній 1870 № 459 и 1874 № 515. См. возраженія. Маттея (Журн. Гражд. и Угол. Права 1884 кн. 4 Зам.) противъ вывода Змирлова (Тамъ же 1881 кн. 3 стр. 90 сл.).

ваемо какъ право собственности на движимое имущество. По истеченіи срока и при отсутствіи для строителя права снести зданіе, оно становится собственностью вотчинника въ силу ст. 628 I ч. X тома, такъ какъ въ глазахъ Сената ^{166a)} по общему правилу, выраженному въ ст. 386, признающей зданія составными частями земли, у насъ вотчинникъ имѣетъ право на застроенную поверхность ¹⁶⁷⁾; по строитель можетъ себѣ всегда оговорить право на постройки, и такія зданія, не подлежащая праву приращенія въ пользу вотчинника, полагаетъ Сенатъ, не должны считаться движимыми вещами, уже потому, что X томъ приводитъ дома въ числѣ недвижимостей, а съ другой стороны умалчиваетъ о нихъ въ той статьѣ, гдѣ онъ перечисляетъ вещи движимыя ¹⁶⁸⁾. Противоположная практика, съ которой боролся Сенатъ и которая мало-по-малу проникла, хотя и не сразу ¹⁶⁹⁾, въ общіе суды, считала ¹⁷⁰⁾, что дома могутъ быть признаны недвижимостью лишь тогда, когда они являются составными частями земли, а въ случаѣ недопущенія юридической связи, установленной ст. 386 между зданіемъ и почвой, слѣдуетъ непременно отнести ихъ къ категоріи движимыхъ вещей. Сенатъ въ свою очередь старался по прежнему проводить безусловность недвижимаго характера такихъ зданій и настаивалъ, когда возникалъ споръ о формѣ передачи права строителя, на необходимости крѣпостного порядка ¹⁷¹⁾. По вопросу

^{166 a)} Ср. еще рѣш. 1870 № 692; 1874 № 136 и 515; 1875 № 1019.

¹⁶⁷⁾ См. рѣш. 1878 г. № 26; 1880 № 192, 1884 № 3; 1890 г. № 44.

¹⁶⁸⁾ Ср. ст. 384 и 401 I ч. X тома.

¹⁶⁹⁾ См. рѣшенія въ пользу недвижимаго характера: Псковскаго Окружнаго Суда 28 апр. 1867 г. (Суд. Вѣстникъ 1867 № 141); Одесской Палаты 1872 г. (Сенат. 1873 № 1180) и Московской (у Вербловскаго, Юрид. Газета 1895 № 90 стр. 2).

¹⁷⁰⁾ См. рѣшенія судебныхъ Палатъ, считающія зданія движимостію и приведенныя въ сенатскихъ рѣшеніяхъ 1871 № 272; 1872 № 1258; 1876 № 127.

¹⁷¹⁾ См. выше приведенныя рѣшенія.

о крѣпостныхъ пошлинахъ здѣсь, какъ и въ ученіи о чиншевомъ правѣ, долженъ былъ имѣть роковыя послѣдствія: конфликтъ съ фискальною властью дошелъ до разсмотрѣнія Общаго Собранія Сената ¹⁷²⁾, которое нашло, что передача правъ на зданіе, построенное на казенной землѣ въ силу договора срочной аренды, не требуетъ уплаты крѣпостныхъ пошлинъ. Нельзя сомнѣваться въ томъ, что это рѣшеніе вызвало постепенный поворотъ въ сенатской практикѣ; нѣсколько лѣтъ спустя ¹⁷³⁾ только что приведенный взглядъ выставляется уже по отношенію къ арендѣ на крестьянской землѣ, и такъ какъ крѣпостныя пошлины всегда сопутствуютъ крѣпостному акту, ихъ отсутствіе какъ бы означаетъ допущеніе домашняго акта, изъ чего слѣдуетъ, что отчуждаемое имущество уже никакъ не можетъ быть признано недвижимостью. Подобная мысль еще яснѣе проглядываетъ въ кассационномъ рѣшеніи 1896 г. ¹⁷⁴⁾, отрицающемъ возможность родового выкупа, направленного на проданный домъ, только потому, что этотъ домъ, построенный на чужой землѣ, не есть недвижимое имущество. Наконецъ послѣдній шагъ въ этомъ направленіи сдѣланъ Сенатомъ въ 1901 г. ¹⁷⁵⁾, когда было разрѣшено хозяевамъ такихъ домовъ закладывать ихъ только въ видѣ движимаго имущества, что равняется конечно для нихъ отрицанію возможности правильнаго реального кредита.

Вотъ настоящее положеніе даннаго вопроса, и весьма понятно, что послѣ вышеизложенныхъ колебаній въ жизни замѣчаются сомнѣнія ¹⁷⁶⁾ и споръ, когда нужно опредѣлить

¹⁷²⁾ 1881 г. № 47.

¹⁷³⁾ Рѣш. Кас. Деп. 1894 г. № 76.

¹⁷⁴⁾ № 28.

¹⁷⁵⁾ Рѣш. № 6.

¹⁷⁶⁾ См. интересный обмѣнъ мыслей между нотариусами Главацкимъ и Чага въ Юридической газетѣ 1898 №№ 67, 71, 75. Большинство писателей однако высказывается за движимый характеръ домовъ, воздвигнутыхъ на

форму перенесенія собственности на эти постройки, число которых постоянно растетъ у насъ. Нужна ли при продажѣ купчая крѣпость или домашняя сдѣлка? Требуется ли при торгахъ данная или простая передача послѣ аукціона? ¹⁷⁷⁾.

Проектъ будущаго гражданскаго уложенія ¹⁷⁸⁾ приближается къ сенатской практикѣ въ ея послѣднемъ фазисѣ: подъ явнымъ влияніемъ германскаго уложенія зданія тамъ признаются недвижимостями, когда они принадлежатъ собственнику или лицу имѣющему на участокъ вещное право; во всѣхъ же случаяхъ, когда они принадлежатъ другому субъекту, напр., арендатору, они считаются имуществомъ движимымъ. Нельзя конечно отрицать, что безупречное теоретическое разсужденіе очень затруднительно. Ясно и безспорно, что домъ по своей природѣ не есть движимая вещь, когда онъ носитъ постоянный характеръ и прочно связанъ съ землею. Но и съ другой стороны приходится признавать, что домъ безъ земли, домъ, лишенный такъ сказать реального субстрата, до нѣкоторой степени расходится съ тѣмъ, что мы обыкновенно называемъ недвижимостію. Кромѣ того выходитъ такимъ образомъ, что одинъ и тотъ же арендный договоръ создаетъ для того же лица: сначала *право пользованія*, относимое, какъ всякое личное требованіе, къ разряду движимаго имущества, а (впослѣдствіи кромѣ того и *право собственности* на выстроенный домъ, признаваемый недвижимымъ имуществомъ: такая двойственность и разно-

чужой землѣ. Такъ, Анненковъ, Система гр. права I стр. 259 сл., Рукавишниковъ, Юрид. газета 1893 № 94 стр. 2; Флексоръ, Судебная Газета 1892 №№ 45—46. Другаго мнѣнія однако Побѣдоносцевъ, Курсъ I стр. 34.

¹⁷⁷⁾ Ср. по этому поводу Асосковъ, Разрѣшитель вопросовъ по нотариальному праву (1898) стр. 88.

¹⁷⁸⁾ Общія положенія, ст. 35. „Постоянныя строенія и сооруженія признаются недвижимымъ имуществомъ, если они принадлежатъ собственнику имѣнія или отдѣльному владѣльцу въ силу вотчиннаго права на имѣніе“. См. Объяснительную Записку стр. 161.

родность въ правахъ арендатора можетъ смутить поклонниковъ правильныхъ и выдержанныхъ юридическихъ конструкций. Однако въ сущности основаніе такого явленія лежитъ въ неудовлетворительности, которую представляетъ въ данномъ случаѣ раздѣленіе имущества на движимость и недвижимость, что насъ тѣмъ не менѣе не освобождаетъ отъ необходимости помѣстить дома на чужой землѣ подъ первую или вторую рубрику. Но важнѣе въ сто кратъ тѣ практическія послѣдствія, которыя связаны съ той или другою категоріей, такъ какъ первое мѣсто должны несомнѣнно занимать соображенія практической пользы и целесообразности. Для недвижимаго имущества созданъ въ современномъ правѣ особый видъ защиты, извѣстный подъ названіемъ поземельной регистраціи, безъ которой домъ или зданіе вообще не можетъ въ имуществѣ арендатора-строителя удовлетворить своему назначенію. Представимъ себѣ, что постройка, возведенная на чужой землѣ, будетъ заложена въ видѣ движимаго имущества. Обезпеченіе для кредитора означаетъ, что онъ пріобрѣтетъ право продажи на сносъ ¹⁷⁹⁾, такъ какъ вотчинникъ, не состоящій въ обязательственныхъ отношеніяхъ съ залогодержателемъ, будетъ въ состояніи требовать удаленія постройки какъ груды матеріала; и врядъ ли нужно добавитъ, что при такой обстановкѣ размѣръ кредита строителя по отношенію къ третьимъ лицамъ будетъ болѣе чѣмъ скромный. Съ другой стороны вотчинникъ своими отчужденіями можетъ значительно стѣснять строителя: при утвержденіи купчей или закладной на землю старшій нотаріусъ, не подозрѣвая существованія договора аренды подъ выстройку, не въ состояніи будетъ охранить строителя, который легко можетъ страдать отъ вступленія новаго вотчинника въ право собственности на землю. Кромѣ того при

¹⁷⁹⁾ Такъ рѣшилъ Сенатъ въ 1901 г. № 6.

разсмотрѣннн этихъ построекъ, какъ вещей движимыхъ, сильно можетъ пострадать то третье лицо, съ которымъ будетъ имѣть дѣло арендаторъ, когда онъ распоряжается своимъ правомъ: послѣдннй легко можетъ продать или заложить ту же постройку сначала одному контрагенту, потомъ второму, третьему и т. д., причемъ послѣдующнйе не будутъ знать о предшествовавшихъ сдѣлкахъ, которыя не оставили никакихъ слѣдовъ во внѣшнемъ мнрѣ. Вотъ почему у насъ нѣкоторые нотаріусы ¹⁸⁰⁾ чувствовали потребность приурочить какимъ либо образомъ эти сдѣлки къ крѣпостной книгѣ, безъ которой для этихъ, нерѣдко крупныхъ и цѣнныхъ имущественныхъ объектовъ, не можетъ быть правильнаго оборота: названныя сдѣлки представлялись на утверждение старшаго нотаріуса, который заносилъ ихъ на листъ, отведенный застроенному участку. Но эта практика московскаго округа ¹⁸¹⁾ не можетъ разсчитывать на успѣхъ послѣ того, какъ Сенатъ такъ категорически высказывается въ пользу движимаго характера такихъ построекъ. Въ концѣ 60-хъ и началѣ 70-хъ годовъ Сенатъ обнаружилъ попытку истолковать для разбираемаго здѣсь вопроса, выставленное въ нашемъ Сводѣ гражданскихъ Законовъ ¹⁸²⁾, понятіе о неполной собственности: вотчинникъ, отдавая свой участокъ подъ выстройку, какъ бы ограничиваетъ свое право пользования и владѣнія, а строитель получаетъ тѣмъ самымъ эти правомочія изъ чужой собственности ¹⁸³⁾. Здѣсь лежало бы основаніе

¹⁸⁰⁾ О практикѣ московскихъ нотаріусовъ именно въ смыслѣ закрѣпощенія права на постройку, см. статью И. Л. Изъ нотаріальной практики, Суд. Газета 1892 № 35.

¹⁸¹⁾ Ср. кромѣ выше приведенной замѣтки заключеніе Екатеринбургскаго Юрид. Об-ва отъ 27 марта 1899 г. въ Журналѣ Мин. Юстиціи 1899 № 5 стр. 274 сл.

¹⁸²⁾ Ст. 432 сл.

¹⁸³⁾ См. 1869 г. № 583 и 1878 № 276.

плодотворной мысли. если бы это право строителя было приравнено къ вещному праву на недвижимость. Теперь же, въ связи съ новѣйшей практикой (Сената, это право строителя считается движимымъ имуществомъ ¹⁸⁴). Однако не нужно терять надежду, что и при нынѣшнемъ состояніи нашего гражданскаго права, до осуществленія готовящейся кодификаціи, можетъ произойти перемена къ лучшему. Самое право изъ договора найма подлежало бы внесенію въ реестръ по аналогіи съ случаемъ, нормированнымъ въ ст. 1703 I ч. X тома ¹⁸⁵). Этимъ прежде всего была бы достигнута гласность ограниченія, созданнаго по отношенію къ вотчиннику. Но для оборотоспособности самаго объекта обладанія одной отмѣтки еще мало: нужно открыть въ реестръ особый листъ ¹⁸⁶), отводимый этому зданію. А къ такому новшеству можно было приступить на основаніи нынѣ дѣйствующаго нотаріальнаго порядка, и не дожидаясь перекройки нашей вотчинной регистраціи. Статья 53 Положенія о нотаріальной части говоритъ, что для каждой недвижимости открывається особый листъ; а если прежняя сенатская точка зрѣнія должна въ будущемъ опять быть признана правильной, то можно было бы сказать, что для дома на чужой землѣ, какъ для недвижимаго имущества, полагается открытіе отдѣльнаго листа, по мѣрѣ надобности. Въ первой части листа ¹⁸⁷), посвященнаго самому участку, была бы отмѣтка со ссылкой на новый листъ ¹⁸⁸), и уже на немъ послѣднемъ отмѣчались бы въ

¹⁸⁴) Такъ, рѣшеніе Сената (по дѣлу Чинизелли) 1902 № 62.

¹⁸⁵) Въ третьемъ отдѣлѣ листа; см. Правила о составленіи и веденіи реестра крѣпостныхъ дѣлъ отъ 31 мая 1891 г. § 14.¹

¹⁸⁶) Составители проекта новаго Уложенія общають намъ отдѣльный листъ для нѣкоторыхъ *jura in re aliena*. См. проектъ Вотчиннаго Устава 1892 г. ст. 412, и проектъ Вотчиннаго Правъ 1902 г. Объяснительная записка II стр. 62 сл. 78.

¹⁸⁷) Согласно Правиламъ 31 мая 1891 г. § 10.

¹⁸⁸) Ст. 54 Пол. о Нот. части.

обычномъ порядкѣ всѣ сдѣлки, касающіяся даннаго строенія, но разумѣется только на время арендныхъ правоотношеній.

Принципіальный, скорѣе отвлеченный, вопросъ о собственности на зданіе этимъ конечно еще не разрѣшается окончательно, и можно все-таки спорить о томъ, кому принадлежитъ постройка. Имѣемъ ли мы здѣсь дѣло съ собственностью вотчинника, хотя бы и значительно ограниченной? Или, наоборотъ, приходится считать собственникомъ строителя, пока дѣйствуетъ арендный договоръ?

Но какъ бы ни рѣшился этотъ споръ по существу, самое главное было бы достигнуто, и практикѣ была бы оказана существенная услуга, если бы формальная запись приравняла эти зданія къ остальнымъ недвижимостямъ. Встрѣчающіяся въ нашей жизни затрудненія, которыя вытекаютъ изъ стеченія двухъ правъ на ту же вещь, были бы надолго устранены.