

6810-1000 23930. Ред. сир. апелл

1956

1882

Приватъ-доцентъ Л. С. ТАЛЬ.

Присяжный повѣренный округа СПб. Судебной Палаты.

ЮРИДИЧ
КАБИНЕ
В. Ж.

ИПОТЕЧНАЯ ОТМѢТКА.

СПБГД



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типо-Литографія „Герольдъ“, Вознесенскій просп., 3.

1906.

1906

ГЛАВА I.

Природа ипотечной отмѣтки.

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

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

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

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

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

Терминъ „*protestatio*“ позаимствованъ изъ римскаго права, гдѣ подъ нею подразумѣвалось заявленіе, сдѣланное съ цѣлью предотвратить ложное истолкованіе молчанія¹⁾. Ипотечная протестація, кромѣ названія ничего общаго съ рим-

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

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

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

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

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

Болѣе важное значеніе имѣло постепенное расширеніе практикою круга правъ, охраняемыхъ ипотечными отмѣтками ²⁾). Въ этомъ отношеніи въ исторіи ипотечной системы можно отмѣтить два направленія или — вѣрнѣе — два періода. Первоначально вещныя права на недвижимость приобрѣтаются внѣ книги, внесеніемъ удостоверяется и оглашается актъ приобрѣтенія, измѣненія или погашенія вещнаго права, совершенный внѣ книги. Въ этомъ періодѣ отмѣтками только охраняются уже приобрѣтенныя вещныя права—*Realrechte*. Однако вездѣ скоро обнаруживается стремленіе придавать внесенію въ книгу правосозидательную силу: внѣкнижный актъ создаетъ притязаніе на приобрѣтеніе, измѣненіе или погашеніе вещнаго права, внесеніе въ книгу довершаетъ его, сообщаетъ ему вещный характеръ, такъ что безъ внесенія вещное право изъ юридической сдѣлки возникнуть не можетъ. Сообразно съ этимъ ипотечная отмѣтка становится средствомъ обезпеченія личныхъ притязаній на приобрѣтеніе, измѣненіе погашеніе вещныхъ правъ—*Realansprüche*. Од-

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

нако практика пошла еще дальше. Она посредством ипотечной отмѣтки прорвала грань, проведенную ипотечною системою между обязательствами, специально обременяющими недвижимость, составляющими ея особый пассивъ и остальными обязательствами ея собственника, составляющими пассивъ всего его имущества. Подъ вліяніемъ роста промышленности и капиталистическаго хозяйства, ипотечная отмѣтка перестала быть только средствомъ защиты интересовъ, связанныхъ съ оборотомъ недвижимостей, сдѣлалась могущественнымъ орудіемъ борьбы личнаго кредита противъ обособленія недвижимости отъ прочаго имущества ея собственника. Таковы были роль и значеніе такъ наз. арестной отмѣтки въ обезпеченіе денежныхъ требованій.

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

Арестъ недвижимаго имущества³⁾ какъ способъ обезпеченія денежныхъ требованій римскому праву совершенно неизвѣстенъ. Въ средніе вѣка и вплоть до 18-го столѣтія обезпеченіе

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

денежныхъ требованій арестомъ на недвижности должника встрѣчается чрезвычайно рѣдко. Многочисленные законныя и договорныя ограниченія права отчужденія недвижности съ одной стороны и публичность перехода права собственности на нее съ другой—въ значительной степени ослабляли интересъ къ недвижимому имуществу, какъ объекту взысканія и уменьшали опасность его сокрытiя со стороны должника. Литература и законодательство поэтому до 17-го столѣтiя не обращали почти никакого вниманiя на этотъ способъ обезпеченiя. Mevius въ своемъ tractatus de arrestis 1645 года прямо заявляетъ: *arrestari possunt res mobiles; immobilium supervacaneum est arrestum, cum loco moveri non queant*. По мѣрѣ освобожденiя права собственности на недвижимое имѣнiе отъ стѣсняющихъ его обращенiе пережитковъ феодальнаго строя и по мѣрѣ возрастающаго значенiя личнаго кредита правосознанiе общества перестало мириться съ беззащитностью личныхъ кредиторовъ противъ распоряженiй должника, владѣющаго недвижимымъ имѣнiемъ. Сперва на практикѣ, а потомъ и въ законѣ стали примѣнять, какъ мѣру обезпеченiя личныхъ кредиторовъ запрещенiе должнику отчужденiя и обремененiя принадлежащихъ ему недвижимостей. Запрещенiе влекло за собою недѣствительность распоряженiй должника, насколько ими нарушалось

обезпеченное требованіе. Вопросъ объ отноше-
ніи обезпеченнаго требованія къ требованіямъ
другихъ кредиторовъ въ разныя эпохи и въ
разныхъ мѣстахъ разрѣшался не одинаково.
До реценціи римскаго права и тутъ примѣня-
лось правило: *prior tempore potior jure*. Кто
раньше накладывалъ арестъ на недвижимость
съ цѣлью взысканія или обезпеченія, тотъ имѣлъ
право на преимущественное передъ остальными
кредиторами удовлетвореніе. Римское право
вытѣснило начало пріоритета и замѣнило его
принципомъ соразмѣрнаго удовлетворенія всѣхъ
хирографарныхъ кредиторовъ. Въ случаѣ не-
достаточности недвижимости для полнаго удо-
влетворенія всѣхъ претензій открывался гене-
ральный или специальный конкурсъ и аресты
отдѣльныхъ кредиторовъ замѣнялись однимъ
общимъ арестомъ. Но рядомъ съ этимъ поло-
женіемъ въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ зако-
нодательствахъ и въ обычномъ правѣ все-же со-
хранялись преимущества въ пользу *prioris agres-*
tantis то въ видѣ залоговаго права, какъ напр.,
въ Саксоніи, то въ видѣ конкурсной привилегіи,
какъ въ Баваріи. Способомъ наложенія ареста
первоначально служило объявленіе должнику
судебнаго приказа и оглашеніе его въ судѣ.
Тамъ, гдѣ велись публичныя ипотечныя
книги, стали также отмѣчать запрещеніе
должнику распорядиться недвижимостью въ

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

Судебная ипотека⁴⁾ также возникла и развилась въ нѣдрахъ практики. Первоначально ипотечная книга была закрыта для какихъ бы то ни было обязательственныхъ требованій. Кредитору, требованіе котораго основывалось на вошедшемъ въ законную силу судебномъ рѣшеніи, давалась иммиссія въ имущество должника и съ момента иммиссии—*pignus praetorium*, соединенное съ преимущественнымъ удовлетвореніемъ въ конкурсѣ. Сперва въ французскомъ⁵⁾

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

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

и затѣмъ подѣ его вліяніемъ и въ нѣкоторыхъ другихъ законодательствахъ это преимущество приняло характеръ генеральной ипотеки. Наконецъ сложилось возрѣніе, что въ правѣ личныхъ кредиторовъ требовать судебной продажи недвижимости *implicite* содержится—какъ меньшее—право требовать внесенія въ обезпеченіе присужденной суммы спеціальной ипотеки, получившей названіе судебной (*hypothèque judiciaire*, *Judikathypothek*). Окончательному судебному рѣшенію было присвоено значеніе законнаго титула для приобрѣтенія ипотеки и внесеніе таковой въ ипотечную книгу стало признаваться однимъ изъ способовъ исполненія судебного рѣшенія⁶⁾.

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

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

его отъ внесенія вещныхъ правъ, возникавшихъ помимо воли должника или хотя при его содѣйствіи, но раньше внесенія отмѣтки объ арестѣ. Весьма понятно, что стремленія личныхъ кредиторовъ были направлены на то, чтобы перекинуть мостъ между арестною отмѣткою и судебною ипотекою, приводить ихъ въ такую связь между собою, чтобы арестную отмѣтку изъ запрещенія (*protestatio de non disponendo*) превратить въ охранительную отмѣтку о будущей судебной ипотеки, въ *protestatio de conservando jure hypothecario*. Въ теченіе всего 19-го вѣка въ практикѣ государствъ, имѣющихъ публичныя ипотечныя книги, въ этомъ направленіи происходитъ борьба личныхъ кредиторовъ съ реальными и несмотря на явную логическую несообразность обезпеченія ипотечною отмѣткою такого права, матеріальное основаніе котораго въ моментъ внесенія отмѣтки еще не существуетъ, несмотря на нарушеніе одного изъ основныхъ началъ современнаго конкурснаго права,—принципа равенства положенія личныхъ кредиторовъ, несмотря на неодобрительное отношеніе къ этому нововведенію лучшихъ знатоковъ ипотечнаго права⁷⁾, борьба кончилась въ большинствѣ случаевъ побѣдою личныхъ кредиторовъ. Судебная практика и

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

законодательства⁸⁾ склонялись къ тому взгляду, что судебная ипотека въ тѣхъ случаяхъ, когда въ обезпеченіе денежнаго требованія была внесена арестная отмѣтка, замѣняетъ послѣднюю со старшинствомъ съ момента внесенія отмѣтки. Съ этой точки зрѣнія было вполне послѣдовательно признавать и неокончательное судебное рѣшеніе титуломъ для ипотеки, но не для окончательнаго внесенія таковой, а лишь для внесенія соотвѣтственной обезпечительной отмѣтки.

Мы видѣли, какъ затемнялось понятіе протестаціи и какъ постепенно кругъ охраняемыхъ ею правъ расширялся далеко за предѣлы ея первоначальнаго назначенія. Неудивительно, что попытки найти юридическую конструкцію, обнимающую всѣ ея виды и объясняющая всѣ ея послѣдствія, не увѣнчались успѣхомъ⁹⁾. Мы на нихъ останавливаться не будемъ, а перейдемъ прямо къ конструкціи отмѣтки въ техническомъ смыслѣ т. е. отмѣтки, подготовляющей и обезпечивающей внесеніе окончательной статьи.

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

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

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

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

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

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

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

Обращаясь къ обзору высказываемыхъ въ литературѣ мнѣній мы должны оговориться, что анализу и опредѣленію принадлежитъ не самая запись, именуемая отмѣткою, а отмѣченное въ ипотечной книгѣ право. Поэтому мы не входимъ въ подробную оцѣнку часто высказываемаго взгляда на ипотечную отмѣтку, какъ на формальное средство обезпеченія, имѣющее вещный характеръ¹²⁾ или на запись въ ипотечной книгѣ, обезпечивающую вещнымъ порядкомъ притязанія на вещныя права на недвижимость¹³⁾ Отмѣтка дѣйствительно есть формальное средство обезпеченія, но этимъ не опредѣляется ея юридическая природа, а только указывается ея цѣль. Едва-ли можно также признать юридическою конструкціею опредѣленіе, что отмѣтка

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁾ Endemann: ук. соч. S 257 № 8.

систематизацію правъ, однаково важную для науки и для законодателя.

Изъ другихъ представителей этой группы Обернекъ¹⁷⁾ усматриваетъ въ отмѣченномъ притязаніи — *obligatio in rem scripta*, а Гирке¹⁸⁾ и Леманъ подводятъ ее подъ категорию *iura ad rem*. *Obligatio in rem scripta*, это такое обязательство, въ которомъ отвѣтчикъ опредѣляется измѣняющимися обстоятельствами. Германскій институтъ *jus ad rem* это — личное право на опредѣленную вещь, обязательное для каждаго пріобрѣтателя вещи, которому существованіе этого права было извѣстно. Не говоря о томъ, что причисленіе отмѣтокъ къ такимъ среднимъ категоріямъ ступсывааетъ и запутываетъ границу между вещными и личными правами, оно намъ совершенно не объясняетъ непосредственныхъ послѣдствій отмѣтки. Изъ этихъ конструкцій вовсе не вытекаютъ сами собою ни недѣйствительность распоряженій недвижимостью по отношенію къ обезпеченному требованію, ни старшинство будущаго вещнаго права. Изъ нихъ могло бы быть выведено только то, что обязанность къ удовлетворенію обезпеченнаго притязанія переходитъ на всякаго пріобрѣтателя недвижимости, а между тѣмъ отмѣтка такого эф-

17) Obernek: Das Reichsgrundbuchgesetz S. 254.

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

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

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

Мнѣнія представителей второй группы сходятся въ томъ, что отмѣтка отчасти антиципируетъ дѣйствіе окончательнаго внесенія, вызываетъ—какъ выражается Iерингъ¹⁴⁾—его преддѣйствіе (*Vorwirkung*).—По теоріи этого ученаго субъективное право оказываетъ свое воздѣйствіе на правовую сферу какъ управомоченнаго,

¹⁴⁾ Ihering: *Passive Wirkungen der Rechte* въ его *Jahrbücher für Dogmatik* Bd. X.

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

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

собственности и т. д. Эта конструкция ипотечной отмытки была раньше господствующею; она принята нашимъ проектомъ вотчиннаго устава; и въ новѣйшей литературѣ энергично защищается Фуксомъ²⁰⁾. Тѣмъ не менѣе она не можетъ быть признана правильною. Когда намъ говорятъ объ условномъ вещномъ правѣ, мы имѣемъ право спросить, въ чемъ состоитъ условіе, отъ осуществленія котораго зависитъ превращеніе отмыченнаго права въ окончательное и безусловное. Намъ отвѣчаютъ: въ устраненіи препятствій къ учиненію окончательной записи. Такимъ препятствіемъ только можетъ быть отсутствіе какого-либо изъ элементовъ, требуемыхъ закономъ для окончательнаго внесенія, напр. согласія пассивно заинтересованнаго или формально достаточнаго титула. Но элементы юридическаго состава, требуемаго закономъ для возникновенія вещнаго права, суть *conditiones iuris*, а не условія въ техническомъ смыслѣ. Другой недостатокъ этой конструкціи состоитъ въ томъ, что она непримѣнима безъ натяжки ко всеѣмъ случаямъ отмытокъ. Удобно-ли го-

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

ворить объ условномъ вещномъ правѣ, когда отмѣткою обезпечивается притязаніе на уничтоженіе какой либо записи, напр. на погашеніе оплаченной ипотеки? Въ практически наиболѣе важномъ случаѣ отмѣтки въ обезпеченіе права собственности эта конструкція встрѣчается съ содержащимся въ новѣйшихъ ипотечныхъ законахъ—въ томъ числѣ и въ нашемъ проектѣ ²¹⁾—запрещеніемъ вносить въ ипотечную книгу право собственности подъ суспенсивнымъ условіемъ или съ начальнымъ срокомъ. Между тѣмъ обезпеченіе притязанія на право собственности посредствомъ отмѣтки допускается. Если отмѣтка создаетъ условное право собственности, то между указанными двумя положеніями получается непримиримое противорѣчіе, котораго редакторы нашего уложенія, повидимому, не замѣтили. Главный защитникъ этой теоріи Фуксъ пытается обойти это затрудненіе. Онъ говоритъ, что отмѣтка, обезпечивающая притязаніе на ипотеку, на реальную повинность, сервитуть и прочіе *jura in re aliena* есть (?) условная ипотека, условная повинность, условный сервитуть и пр. Такъ какъ отмѣтки создаютъ вещную связанность (*dingliche Gebundenheit*), а внесенныя вещныя права на чужую вещь суть обремененія вещи (*Sachhaftungen*), то между природою тѣхъ и другихъ нѣтъ

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

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

²²⁾ См. стр. 23.

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

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

Намъ остается разсмотрѣть третью группу теорій, согласно которымъ посредствомъ отмѣтки приобрѣтается особое право, отдѣльное отъ будущаго вещнаго права. Тутъ мнѣнія расходятся по вопросу о томъ, что составляетъ содержаніе этого новаго права. Нѣкоторые ученые устанавливають особую категорію правъ на приобрѣтеніе и причисляютъ къ нимъ ипотечную отмѣтку. Такъ Энекцерусъ²⁴⁾, въ приложеніи къ своему сочиненію *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, посвящаетъ особую главу праву приобрѣтенія (*Erwerbsberechtigung*), признаваемому имъ за самостоятельный видъ

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

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

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

По ученію Козака²⁵⁾ отмѣтка создаетъ новое вещное право, которое существуетъ на ряду съ притязаніемъ также, какъ ипотека на ряду съ требованіемъ. Ею связывается въ пользу обезпечиваемаго притязанія то право на недвижность, противъ котораго она направлена, но не самая недвижность. Отмѣтка ограничиваетъ право распоряженія собственника (предписываетъ ему не дѣлать), какъ сервитутъ ограничиваетъ право пользованія. Ученіе Козака находится въ тѣсной связи съ его своеобразнымъ взглядомъ на вещныя права вообще²⁶⁾, котораго мы здѣсь касаться не будемъ. Во всякомъ случаѣ представленіе о вещномъ правѣ, которымъ связывается не самая вещь, а другое право крайне искусственно и не-

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

²⁶⁾ Ук. соч. стр. 1.

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

Другіе ученые, какъ напр. Егеръ²⁷⁾, Гельвигъ²⁸⁾, Зеклеръ²⁹⁾ видятъ содержаніе отмѣченнаго права въ связанности самой недвижимости. По ихъ мнѣнію отмѣткою создается особое акцессорное право на недвижимость, которымъ— по выраженію Зеклера—гарантируется удовлетвореніе обеспеченнаго притязанія изъ обремененной недвижимости. Это опредѣленіе, по нашему мнѣнію, наиболѣе удовлетворительно разрѣшаетъ вопросъ о природѣ ипотечной отмѣтки. Необходимо только болѣе точно формулировать его и указать категорію вещныхъ правъ, къ которой принадлежитъ отмѣтка.

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

27) Jaeger: Das Konkursrecht S. 188 ff.

28) Hellwig: Auspruch und Klagrecht S. 254 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ГЛАВА II.

Законодательная постановка ипотечной отмѣтки.

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

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

Изъ дѣйствующихъ западноевропейскимъ законодательствомъ мы остановимся только на германскомъ и австрійскомъ, но раньше бросимъ бѣглый взглядъ на постановку вопроса объ отмѣткѣ въ прусскомъ правѣ³¹⁾, послужившемъ образцомъ для большинства другихъ законодательствъ.

Первое упоминаніе о „протестаціи“ мы встречаемъ въ ипотечномъ уставѣ для „сувереннаго герцогства Силезіи“ отъ 4-го августа 1750 года³²⁾. Болѣе подробныя указанія содержатъ Ипотеч-

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

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

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

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

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

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

усовершенствованій, къ нимъ ничего не прибавили.

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

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

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

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

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

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

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

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

Удовлетворенія обеспеченнаго притязанія управомоченный долженъ искать отъ непо-

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

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

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

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

³⁵⁾ Grundbuchrecht стр. 152 § 3-aa.

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

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

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

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

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

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

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

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

оправданіе, т. е. представленіе доказательствъ наличности формальныхъ условій для окончательной записи. Отмѣтка подлежитъ тѣмъ-же правиламъ, какъ и окончательная запись, съ тою только разницею, что нѣкоторыя формальныя условія для внесенія вещнаго права отсутствуютъ. Она вносится или на основаніи судебного опредѣленія или по соглашенію съ должникомъ, но по общему правилу только при наличности спеціальнаго титула для внесенія вещнаго права. Отъ этого правила законъ отступается въ одномъ только отношеніи, допуская отмѣтку условной ипотеки на основаніи неокончательнаго судебного рѣшенія или платежнаго приказа, коими присуждено денежное требованіе, не соединенное съ договорною ипотекою. Титуломъ въ этомъ случаѣ служитъ само судебное опредѣленіе. Отмѣтка замѣняется окончательною записью по представленіи вошедшаго въ законную силу рѣшенія, которое по австрійскимъ законамъ даетъ кредитору право на судебную ипотеку. Наложеніе запрещеній или ареста, на недвижимое имущество должника въ порядкѣ обезпеченія денежныхъ исковъ (*einstweilige Verfügung*) австрійскимъ уставомъ не допускается и даже прямо запрещается³⁹⁾.

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

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

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

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

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

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

смерти⁴²⁾), или объ открытіи конкурса надъ его имуществомъ и 2) для обезпеченія притязаній на пріобрѣтеніе, измѣненіе и погашеніе вещныхъ правъ. Охранительныя отмѣтки вносятся также въ обезпеченіе возраженій противъ ипотекowanychъ требованій. Такія возраженія впрочемъ могутъ быть предъявлены и при отсутствіи отмѣтки противъ первоначальнаго кредитора въ теченіе давностнаго срока, а противъ его правопреемниковъ въ теченіи шести недѣль со времени внесенія ипотеки. По вопросу объ обезпеченіи денежныхъ требованій въ польской литературѣ и практикѣ повторяется тотъ-же споръ съ которымъ мы встрѣтились въ Пруссіи. По мнѣнію однихъ внесеніе отмѣтки въ обезпеченіе денежнаго требованія допускается только при наличности спеціальнаго титула договорнаго или законнаго. Такимъ титуломъ впрочемъ признается согласно 138 ст. Ипот. устав. и неокончателное судебное рѣшеніе, на основаніи котораго можетъ быть внесена отмѣтка въ обезпеченіе судебной ипотеки. По другому мнѣнію, горячо отстаи-

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

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

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

⁴³⁾ Ук. соч. стр. 89—94.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

мое имущество“⁴⁸⁾, такое стѣсненіе оборота уже не имѣетъ разумнаго основанія. Отмѣтки, охраняющія старшинство обеспеченнаго права, но не препятствующія дальнѣйшимъ распоряженіямъ, не задолго до реформы стали примѣняться въ практикѣ рижскаго рата; для всего остального края они являются нововведеніемъ. Охранительными отмѣтками обеспечиваются не только притязанія на вещныя права, но и долговья требованія, которыя до 1889 года также обеспечивались судебнымъ запрещеніемъ. Вопросъ о послѣдствіяхъ и юридической природѣ запретительной отмѣтки, внесенной въ обеспечение такихъ требованій, въ дореформенной практикѣ возбуждалъ разногласія и рѣшался въ разное время неодинаково, даже однимъ и тѣмъ-же судомъ⁴⁹⁾. Въ настоящее время вопросъ о послѣдствіяхъ и природѣ отмѣтки въ обеспечение денежныхъ требованій—едва-ли можетъ еще возбудить сомнѣнія. Ст. 317 Полож. о нот. части признаетъ „за обеспеченнымъ правомъ старшинство по времени отмѣтки“. Обеспеченное право въ данномъ случаѣ не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ право на приобрѣтеніе, на основаніи ст. 1412 ч. III Мѣст. узак., судебной

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

и въ Прибалтійскихъ губерніяхъ не создаетъ никакихъ преимуществъ передъ другими кредиторами.

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

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

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

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

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

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

венникъ можетъ по соглашенію съ кредиторомъ при установленіи ипотеки сохранять старшинство передъ нею въ опредѣленной суммѣ для будущихъ ипотекъ, а при погашеніи статьи о залогѣ требовать внесенія такой же отмѣтки на мѣсто погашенной статьи. Правомъ, предоставленнымъ этими отмѣтками собственникъ можетъ пользоваться до тѣхъ поръ, пока въ вотчинную книгу не внесена статья о принудительномъ залогѣ или недвижимостъ не назначена въ публичную продажу⁵⁴⁾. Въ этихъ случаяхъ также какъ при обезпеченіи денежныхъ исковъ отмѣткою обезпечивается не столько условное, сколько эвентуальное право. Конструкція отмѣтки, принятая нашимъ проектомъ, съ нею плохо вяжется.

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

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

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