

ЗДАНИЯ НА ЧУЖОЙ ЗЕМЛЕ

Проф. Л. Кассо

По изданию книжного магазина И. К. Голубева под фирмой «Правоведение», Москва 1905 года

ПРЕДИСЛОВИЕ

Никонов Павел Николаевич, архитектор

Позвольте представить Вам труд, изданный в 1905 году по поводу проблемы, по-видимому сильно тогда волновавшей теоретиков отечественного права, касающейся возможностей строительства зданий на земельных участках, не принадлежащих застройщикам. То было время реформ, начатых в царствование Александра II, которые ставили своей задачей создание в России правовой системы, обеспечивающей цивилизованное и рациональное владение недвижимостью. На селе шла упорная работа по «приватизации» земли крестьянами; в городе зрели и расцветали новые формы владения жилищем; в канцелярии Его Императорского Величества; в ипотечной комиссии при министерстве юстиции, в министерстве финансов и в аудиториях юридических факультетов оттачивался проект Вотчинного Устава – системы регистрации права на недвижимое имущество, основанной на принципах центрально-европейской титульной системы регистрации прав. Активно обсуждались вопросы ипотеки, отыскания недвижимых имений из чужого владения, строительных правил, направленных на общие блага владельцев городской недвижимости и прочих горожан и прочее, прочее, прочее.

В данной книге исследован вопрос правового положения строения, возведенного на чужой земле – недвижимость ли это? С точки зрения современных проблем интересна и попытка ответа на этот вопрос, совершенно актуальный и сегодня, и сильная аргументация, в которой привлечен богатый материал мирового и исторического опыта, с глубоким анализом разнообразных примеров. Это безусловно пригодится исследователям современных проблем. Но кроме того, этот труд пригодится им как образец всестороннего и детального исследования и обоснования ответственной позиции исследователя. Прежде всего, это важно нам по той причине, что наша отечественная правовая система относится к семье континентального европейского права, имеющей другое именование – «Право Университетов». Этим подчеркивается то, что традиционно такая правовая система в целом находится под интеллектуальным контролем представителей фундаментальной правовой науки – основные законы генерируются в лабораториях этих ученых и только после них попадают на обсуждение законодателей. К сожалению, эта традиция еще не установилась, точнее – не восстановилась в нашей стране. Предлагаемый труд – один из памятников этой, утраченной нами культуры.

Не смотря на то, что автор в некоторых своих прогнозах оказался не прав – например, в критике попыток установить в Германии поквартирную собственность, им ярко раскрыто основное фундаментальное понятие института недвижимости – понятие самой недвижимости, недвижимой вещи. Правда, для демонстрации основательности трактовки этого понятия в основном использован прием исторических и современных автору мировых примеров. Возможно, этого вполне достаточно, но было бы любопытно познакомиться также с аргументацией, привлекающей анализ самой той сущности недвижимости, которая заставила человечество выделить недвижимость в самостоятельный класс вещей. Прежде всего это актуально для нашего поколения потому, что наше законодательство в сфере недвижимости пребывает пока в состоянии первобытного бульона в немалой степени по причине отсутствия однозначного толкования понятия недвижимости. Хаос и противоречия начинаются уже в отправной точке, в самом главном пункте, который призван был заложить фундамент всему интеллектуальному обеспечению этой сферы – в определении понятия недвижимости,

недвижимого имущества, данного в статье 130 Гражданского кодекса России. Возможно, это не бросается в глаза тем, для кого исследуемая тема не представляет живой интерес, но при внимательном прочтении уже первого абзаца обнаруживается возможность неоднозначного толкования сделанного в нем утверждения, что и получило уже широкую практику. По крайней мере, именно это определение дает основания представителям конкурирующих точек зрения одинаково опираться на него в спорах друг с другом – одни выступают с утверждением, что недвижимость есть земельный участок, включающий в себя и дом, и квартиру в доме, другие постановляют, что земельный участок, дом и квартира есть 3 различные самостоятельные недвижимые вещи, имеющие независимые правовые режимы и истории оборота. Основными носителями этих точек зрения выступают различные ведомства и субъекты политики, конкурирующие между собой за лидерство в области регулирования имущественных отношений или в сферах, сопряженных с этими отношениями. Они уже немало потрудились над тем, чтобы укрепить свои позиции положениями законов, инструкций и иных нормативных документов, что оборачивается расцветом противоречивости, бессистемности, фрагментарности, декларативности и малой эффективности всего правового регулирования недвижимости как на основе федерального законодательства, так и местного. Но самое удручающее состоит в том, что именно среди юристов, в том числе тех, которые осуществляют экспертизы проектов нормативных актов, наблюдается массовое равнодушие к такому положению вещей – они просто не видят никакой разницы в этих позициях. Говорят однажды одно из первых лиц министерства юстиции, отвечающее за законодательство в сфере недвижимости, выступало перед заинтересованной аудиторией с «ответами на вопросы» и на вопрос: «*что есть недвижимость*», ответило: «*это то, что юристы назовут недвижимостью*», и указав на стаканчик с карандашами, стоявший на кафедре, продолжило: «*объявим завтра этот стаканчик недвижимостью, он ею и будет*». В этом ответе заключается уже третий подход к определению понятия недвижимости, открывающий широкие возможности. Оставим это без собственного комментария, впереди интереснейший текст.

Санкт-Петербург, 2001

ОБ АВТОРЕ

Выдержка из статьи «Энциклопедического словаря Брокгауз и Ефрон. Биографии России»,

КАССО ЛЕВ АРИСТИДОВИЧ

– цивилист и государственный деятель. Родился в 1865 г. Высшее юридическое образование получил за границей. Выдержав магистерский экзамен в Дерптском (Юрьевском) университете, назначен был там в 1892 г. исполняющим должность доцента церковного права, в 1893 г. - исполняющий должность профессора местного прибалтийского права. В 1895 г. защитил магистерскую диссертацию: «Преемство наследника в обязательствах наследодателя» и назначен профессором Харьковского университета. В 1898 г. защитил докторскую диссертацию: «Понятие о залоге в современном праве» и занял кафедру гражданского права в Московском университете. Кроме упомянутых выше диссертаций, написал: «Die Haftung des Beneficialerben nach römischem und heutigem Rechte» (Берлин, 1889); «Обзор остзейского гражданского права» (Юрьев, 1896); «Общие и местные гражданские законы» (Харьков, 1896); «Ф.Г. фон Бунге и остзейское гражданское право» (Санкт-Петербург, 1897); «Запродажа и задаток» (1904); «К истории свода законов гражданских» (1904); «Здания на чужой земле» (1905); «Русское поземельное право» (1906); «Византийское право в Бессарабии» (1907); «Россия на Дунае и образование Бессарабской области» («Учебник Западного Императорского лицея в память Цесаревича Николая», выпуск VI и VII,

1912 и 1913 годов). В 1910 г. поставлен во главе министерства народного просвещения.

О ПЕРВОИСТОЧНИКЕ

Текст является полной сканированной копией книги Проф. Л. Кассо «Здания на чужой земле», издания книжного магазина И. К. Голубева под фирмой «Правоведение», Москва 1905 года.

Редакторская правка заключилась лишь в приведении текста к современной орфографии. К публикации подготовлен Никоновым П. Н.

Текст приведен с авторскими примечаниями, исключая несколько случаев, отмеченных (*Прим. Н.П.Н.*).

ЗДАНИЯ НА ЧУЖОЙ ЗЕМЛЕ

Проф. Л. Кассо

Mobilium possessio vilis.¹

(Средневековая пословица).

Вопрос о праве собственности на здание не мог вызывать у римлян существенных затруднений, так как принцип „superficies solo cedit”^{2 3} одинаково применялся при застройке своей земли чужим материалом, как и при возведении здания на чужом участке⁴. Приращение к земле всех предметов, неразрывно с ней связанных, издревле признавалось римским правом, и в классическую эпоху юристы считали противоположное явление прямо немислимым, даже с точки зрения естественного права⁵. Теоретически, конечно, можно себе представить более ранний период в истории юридических воззрений Римлян, когда, по сакральному праву до XII таблиц, собственность здания не приобреталась хозяином земли путем приращения⁶. Но обсуждение этого вопроса при теперешней наличности источников представляется праздным, и полезнее, наоборот, подчеркнуть, что Римляне никогда не отказывались от взгляда, признающего землю с постройками одним целым, причем земля считалась главною частью, и все, что ее покрывало, разделяло ее участь. Это основное положение вещного права удержалось до самого конца, и римские юристы всегда применяли к таким явлениям одно только понятие об accessio, не допуская даже мысли о спецификации, хотя учение Прокульянцев, как будто, давало возможность предполагать, что человек, застраивающий чужой участок, превращает его в другую вещь и в следствие этого может быть признан ее собственником. Однако в источниках никаких следов такого образа мысли нет⁷, и те немногие места в Дигестах, из коих некоторые современные романисты желают делать выводы, противоречащие принципу „superficies solo cedit», имеют лишь в виду совсем особые случаи, когда домовладелец выставляет несколько балок или строит даже целую галерею над зданием соседа⁸. Здесь мог бы оказаться спорным вопрос, к какому зданию отнести пристройки. Римские

¹ Движимое владение – ничтожность (дешевка). (*прим. Н.П.Н.*)

² Наземное имущество прирастает к земельному участку (Гай) (*прим. Н.П.Н.*)

³ См. I. 7 § 10, D. de adq. rerum d. 41.1; I. 7 § 12 eod. tit; I. 23 § 7 D. 6. I; I. 81 § 3. D. de leg. I; I. 2 D. 43.18; I. 32 D. 18,1; I. 60 D. 41.1 I. 50 D. 9.2; I. 2 § I Cod. 3.32; I. 5 Cod. 8.10.

⁴ См. Vangerow, Pandecten I § 329; Schmid, Hanbuch des gem. Rechts. Besond. Theil I § 10; Gesterding, Lehre vom Eigenthume, стр. 231 сл.

⁵ Gaius II § 73; I. 2 D. de superf. 43.18; I. 50 D. 9.2.

⁶ Так Kuntze, Kojengemeinschaft (1888) стр. 63 и Degenkolb, Platzrecht und Miethe, стр. 120; но их аргументация, основанная на I. 49 D. 6.1.1. 20 § 2 D. 8.2, I. 23 pr. D. 41.3, I. 28 D. 41.1 мало убедительна, как и предположение Kohler'a (zur Lehre von den Pertinenzen, Iherings Jahrbücher. T. 26 стр. 33 прим. 68), взятое из I. 28 D. de adq. rer. dom. 41.1.

⁷ См. Fitting, Die Specification, в Archiv für die civilistische Praxis. Tom XLVIII, стр. 18.

⁸ L. 33 D. de serv. praed. 8.2; I. 25 pr. eod. tit.; I. 28 D. de adq. rer. dom. 41.1; I. 47 D. 39. 2.

юристы решают его в пользу главного здания, а не в пользу здания, служащего поддержкой, но при этом они нас предупреждают⁹, что из такого единичного случая вовсе не следует выводить, что, если постороннее лицо вообще построит второй этаж под чужим домом, оно приобретает право собственности на возведенное здание. И потому не удивительно, что Римляне не знали горизонтального деления домов между несколькими собственниками¹⁰: чтение источников показывает нам, что, если несколько лиц живут, хотя бы в отдельных квартирах, но в том же доме, нужно выяснить, кто из них владеет земельным участком, как таковым, и тогда за этим лицом при знается владение всем домом, входящим в состав участка¹¹.

В современной германской литературе некоторые авторы¹² пытаются доказать, что в Риме существовала поэтажная собственность, т. н. *Stockwerkseigenthum*, но их аргументацию нельзя признать особенно удачной, так как единственный веский довод для этой конструкции найден в римско-сирийском сборнике¹³, составленном в V веке после Р. Х. для восточной части империи, т. е. в такую эпоху, когда точность юридического выражения обыкновенно отсутствовала в законе; и, кроме того, вряд ли можно придавать местному узаконению значение общепринятого в Риме правила. В силу принципа приращения собственнику почвы¹⁴ всегда принадлежит право собственности на целое здание и отдельное отчуждение одной только постройки (без земли) было немислимо, как со стороны строителя, так и со стороны хозяина земли. Против этой безусловности римской *accessio*¹⁵ при *inaedificatio* восстает в нашей юридической литературе Л. И. Петражицкий¹⁶, указывая на возможность вредных для народного хозяйства последствий. Но интересы экономические так сложны и так, разнообразны, что трудно отыскать правовое положение, которое при известных условиях для кого-нибудь не оказалось бы опасным; и нужно напомнить прежде всего, что римские принципы, „*superficies solo cedit*,» безусловно содействуют охранению строений как таковых: временный обладатель или пользователь может быть склонен, когда он покидает участок, разобрать все им построенное, тогда как, наоборот, хозяин земли будет дорожить приращением; земельные участки вследствие этого могут вздорожать и народное хозяйство в общей сложности не пострадает¹⁷.

Конечно, возможны случаи, где желательно для самого землевладельца привлечь строителя, а вместе с тем последнему необходимо заручиться вещной гарантией. Подобная потребность¹⁸ и вызвала в Риме возникновение суперфициального права, развитие которого свидетельствует о его целесообразности. И силу особого договора и взамен уплаты годовых взносов¹⁹ суперфициарий приобретает на возводимые им постройки своеобразное *jus in re aliena*, дающее ему владельческую защиту и право

⁹ На последние слова в 1. 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*, (в *Grünhut's Zeitschrift*, XXIX стр. 718) не обратил достаточного внимания.

¹⁰ Тема горизонтального деления здания между собственниками возникла в Германии в середине XIX века, когда владельцы доходных домов принялись продавать дома поквартирно своим постояльцам. Так как обычно в таком доме весь этаж занимала одна квартира, то возник прецедент горизонтального деления здания между различными собственниками. Проблемы пользования, эксплуатации и развития такой недвижимости порождали такие конфликты между новыми собственниками, что эти дома остались в истории под именем «Дома ссоры». Это заставило правительство заняться разработкой правового регулирования правоотношений между ними. В итоге родились правовые принципы, известные сегодня под термином «Кондоминиум» (*прим. Н.П.Н.*).

¹¹ См. 1. 3 § 7 D. uti possidetis. 43.17.

¹² Так, напр., Pineles 1. с., стр. 709 сл.

¹³ *Syrisch-römisches Rechtsbuch* (изд. Bruns und Sachau), § 132 и стр. 273.

¹⁴ Земля считается главной вещью, к которой прибавляется здание. См. 1. 21 D. de pign. act. 13.7; 1. 98 § 8. D. de solut. 46. 3; 1. 44 § 1 D. de oblig. et act. 44. 7. Против них не говорят 1. 20 § 2 D. 8. 2; 1.49; D. 6. 1 и 1. 23 D. 41.3, так как из сих последних вовсе не вытекает, что здание считается главной частью, как это полагает Bechmann, *zur Lehre vom Eigenthumserwerb* (1867), стр. 57—58.

¹⁵ В источниках нас поражает та осторожность, с которой римляне относятся к праву собственности на вещи, вошедшие в какую-либо связь с почвою; см. 1. 27 § 32 D. 9.2.

¹⁶ *Права добросовестного владельца* (1897), стр. 134 прим. 1.

¹⁷ Ср. Biermann, *Ihering's lahrbücher* T. 34 стр. 182; Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrechte* (1902) стр. 112.

¹⁸ Подробнее об этом у Dirksen, *Abhandlungen der Berliner Academie. Hist. phil. klasse.* 1853 г. стр. 183; Kuntze, *Cursus des römischen Rechts* (1869) § 589; Degenkolb, *Platzrecht und Mieth*, стр. 112.

¹⁹ "Es gibt keine superficies ohne solarium"—пишет Degenkolb, *Platzrecht*, стр. 20 сл.

распоряжения построенным зданием.

Но собственником здания и здесь считается собственник земли в силу общего правила²⁰; так что суперфициарий получает лишь владение правом²¹, *juris quasi possessio*, и своими отчуждениями он только переносит право на чужую вещь; собственность же как право он перенести не может. Таким образом, и в данном случае римское право осталось себе верным: с одной стороны оно не считает возможным допустить скрещение двух прав собственности на одном и том же участке, а с другой, не находя мыслимым представления о здании, как отдельном объекте без соответствующего пространства земли, оно дает одному лицу собственность на землю и на здание, но одновременно обременяет ее существенным и пространственным правом в пользу второго лица²².

I.

В Риме вопрос о движимом или недвижимом характере какой-нибудь вещи юридического значения, как известно, не имел; но если бы такой вопрос возник по поводу построек на чужой земле, то он бы по римскому праву решился очень просто, так как земля с постройками образовала бы одну недвижимость²³.

Несколько сложнее постановка этого вопроса в древнегерманском праве, где правило о приращении не применялось также безусловно как в Риме, и где, кроме того, различие между вещами движимыми и недвижимыми имело практически в высшей степени существенное значение.

В литературе встречается мнение, что у древних Германцев все постройки считались имуществом движимым²⁴ и такая аномалия объясняется якобы легкостью построек, большей частью деревянных, и вообще малоценностью употребляемых материалов²⁵, по крайней мере в течение первой половины средних веков. Но столь широкий вывод, основанный на такой общей мотивировке, представляет некоторые опасности. Несомненно, что в германском праве встречаются постановления, разрешающие строителю перенесение²⁶ здания с одного места на другое²⁷, но и Римляне знали в аналогичных случаях *jus tollendi*²⁸, которое вовсе не стояло в противоречии с общим принципом обязательного приращения. Больше внимание по поводу рассматриваемого здесь вопроса заслуживают те изречения средневековых источников обычного права, которые называют движимостью все постройки вообще или только некоторые категории зданий²⁹. Такое воззрение³⁰, не смотря на то, что оно иногда формулируется без всяких оговорок³¹, имеет однако в виду очень определенные

²⁰ Ср. 1. 3 § 7 D. *uti possidetis* 43.17 (в конце).

²¹ См. 1. 16 § 2 D. 13.7; 1. 13 § 3 D. 20.1; 1. 15 D. 20.4. Такого взгляда Bremer *Pfandrecht* (1867) стр. 40 сл. Wächter, *Das Superficiar oder Platzrecht* (1868) стр. 38 сл.; Windscheid, *Pandecten* I § 227 прим. 3; иного взгляда Dernburg, *Pfandrecht*, I стр. 220 прим. 5, но для этого приходится прибегать к смелому толкованию 1. 1 § 6 D. 43.18.

²² Ср. Sintenis, *Gemeines Civilrecht*, I § 56 примеч. 12 и Kuntze, *Kojengemeinschaft* стр. 76.

²³ Ср. Biermann, *Ihering's Jahrbücher* т. XXXIV, стр. 199.

²⁴ Напр. Friedlieb, *Reallasten* стр. 186 прим. 6.

²⁵ „Was die Fackel verzehret ist Fahrniß“; см. Illibrand, *Deutsche Rechtsprichwörter* (1858) стр. 42.

²⁶ Ср. Bluntschli, *Rechtsgeschichte der Stadt Zürich* I стр. 261.

²⁷ См. *Stadtrecht von Zuozwil* (1488 г.) § 22: (у Grimm, *Weisthümer* I, 134) „Item wöller ain hus hat uf aim vogtbar guot und das darab verkoft, 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 niit“. Ср. еще *Stadtrecht zu Imbstein* (Эльзас). Grimm, *Weisthümer* I 735, и *Stadtrecht von Dornstellen* (Шварцвальд) там же, I 383.

²⁸ О подробностях этого права у Римлян см. Vangerow, *Pandecten* I § 329 и Wächter в *Weiske's Rechtslexicon* I стр. 28—29.

²⁹ *Landrecht von Wildenhaus* (XV века) § 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 fahrendis 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“.

³⁰ Встречается, однако, и противоположный взгляд, может быть под влиянием римского права. См. *Zürische Rathsverordnungen* 1410 г. (Bluntschli I. c. I стр. 415) „Daz alle hüser u. trothen... ewenklich liegend guot sin u. heissen sol. u sol man es für liegend guot erben u verstüren, ane widerred ungerfärllich.“ *Öffnung von Wetteschwill* 1468 г. (Grimm, *Weisthümer* I 42...): es sollent ouch in den genannten zwingen und gerichtent hüser für ligent gut gehept und gehalten werden und nit für varent gutt“.

³¹ Так, 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“.

и узкие цели; оно выставляется для того, чтобы допустить к наследованию в зданиях те лица, которые, по общему правилу, могли бы получить лишь одно движимое имущество³², или для того, чтобы расширить право распоряжения хозяина этих зданий и избавить его от установленной при отчуждении остальных недвижимостей необходимости заручиться согласием кровных родственников³³. Но этим вовсе еще не сказано, что здание во всех остальных случаях приравнивается к вещам движимым. Наоборот, видно из источников, что при стечении прав двух лиц на одно здание, последнее в своих внутренних отношениях рассматривается вполне естественно, как недвижимое имущество: если по местным статутам недвижимое имущество вообще не подлежит принудительной продаже, то собственник участка не может по недоимкам строителя направлять свое взыскание против самого здания³⁴. Это выражается в поговорке, что *дом по отношению к наследникам движимая, а по отношению к вотчиннику недвижимая вещь*³⁵. Для ясного понимания таких, с нашей современной точки зрения, может быть, странных, явлений не нужно забывать, что древнегерманское право при разделении имущества на движимое и недвижимое не всегда подчиняется естественным свойствам вещей, а руководствуется неоднократно стремлением распространить какое-нибудь правило на тот или другой разряд вещей. Так, напр., в Любеке пустопорожные земли, не принадлежащие к разряду родовых имуществ, приравнивались к движимым вещам лишь в том смысле, что они отчуждались без содействия наследников, но этим и ограничивалось применение к подобным землям понятия о движимом имуществе³⁶. Обращение земель было, очевидно так стеснительно в древней Германии, что приходилось для удобств жизни прибегать к таким отступлениям и натяжкам.

Все сказанное доказывает, что в германском праве средних веков здание могло иметь отдельную от земли часть³⁷: как движимое оно отходило к одним родственникам, а земля вместе с остальной вотчиной получалась другими родичами. Но еще более характерным для разбираемого здесь вопроса является в эту эпоху возможность двойного права на здание, при чем оба управомоченных лица считаются собственниками. Такому явлению содействовало в средневековой Германии прежде всего широкий круг и пестрый состав вещных прав³⁸, среди которых тогдашние теоретики различали несколько типов права собственности. Хорошо известно разделение на *dominium directum* и *dominium utile*, встречающееся в сочинениях средневековых юристов: глоссаторы начали с того, что назвали право римского эмфитевты *dominium utile*, на том основании, что источники давали ему *rei vindicatio utilis* в противоположность собственнику, имеющему *actio directa*; а последующие писатели стали уже неправильно³⁹ понимать это выражение и давать название — *dominium utile* или *Nutzungeigenthum* тому правомочию, которое представляет

³² Саксонское Зерцало. Земское право (по изд. Homeyer'a), 1. 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 uppo tinsgude; it ne si en man von ridders art, die't sime wive hadde gegebeu". Этот принцип проявляется и впоследствии при общности имуществ между супругами в северной Германии. Steman, Das Güterrecht der Ehegatten (1857) стр. 36.

³³ Prager Rechtsbuch (XIV века) 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 craft".

³⁴ Hofrodel zu Altorf (XV века) § 30 (Grimm, Woisthümer I, 14): „Wer aher 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 usern noch uf anderm plunder das zu liegendem gut gehoert".

³⁵ "Huser farend gut ist gegen den fründen und liegend gut is gegen den herrn". (Stäfner Oefnung § 10, Grimm I 45).— Ср. по этому поводу Grafund Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter стр. 64 и 66; Heusler, Institutionen des deutschen Rechts II, стр. 366 и Thudicum, Der altdeutsche Staat (1862) стр. 121.

³⁶ Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Rechte I стр. 24 сл. 60 сл.

³⁷ Здание считается имуществом строителя и может отвечать как таковое пред вотчинником. См. Appingadamer Bauerbrief 1327 г. (Richthofen. Friesische Rechtsquellen 1840 стр. 296) § 3: „Item quod si aliquis conducens 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."

³⁸ В отличие от римской жизни, см. Sohm, Deutsche Rechtentwicklung в Grünhut's Zeitschrift für das öff. u. Privatrecht I стр. 248.

³⁹ 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.

держателю все экономические выгоды владения, тогда как право верховного обладания над тем же участком было названо ими *dominium directum* (*Obereigenthum*)⁴⁰. В городах, когда властелин отдавал землю под постройку кому-нибудь из горожан, то он сохранял на землю и приобретал на здание это почти голое право, признание которого однако лежало в уплате оброка⁴¹, и строитель со своей стороны признавался по отношению к этим же объектам также собственником⁴², хотя и стоящим ниже первого⁴³. Установление права строителя совершалось в том же порядке, в каком происходило тогда отчуждение всякой вотчины, и вещное право обладателя зданием приравнялось в этом отношении к поземельной собственности⁴⁴. На такой почве стоит у нас до сих пор наше остзейское право в учении о правах оброчного содержания: здания воздвигнутые им на участке вотчинника считаются тоже собственностью строителя⁴⁵, и римский принцип об обязательном приращении здания к земле⁴⁶ несколько извращается представлением прибалтийского Свода о такой возможности двух собственников на одно и тоже здание. Но нельзя тем не менее сказать, что германское право вообще шло в разрез с принципом „*superficies solo cedit*“⁴⁷, оно только обходило его, допуская за строителем и его преемниками отдельную собственность, которая уживалась с правом собственности вотчинника.

Неудивительно, что при таких воззрениях⁴⁸ могли в Германии строиться дома, в которых право собственности распределялось горизонтально, при чем отдельные жильцы считались собственниками одного лишь этажа⁴⁹ — явление противоречащее римскому праву, как выше сказано, но тем не менее весьма распространенное в средней и южной Германии⁵⁰. Романизирующая литература с XVI века⁵¹ уже осуждала такую *communio pro diviso*, и в XIX веке школа Савиньи⁵² как то особенно строго отнеслась к этому своеобразному виду собственности⁵³, которой по-видимому суждено исчезнуть из современной Германии. До введения нового уложения, практика⁵⁴ тех территорий, где встречался т. н. *Stockwerkseigenthum*, старалась провести в соглашение эту поэтажную собственность с римским учением, предполагая, что все, жильцы имеют

⁴⁰ Ст. 942 Свода узаконений гражданских губ. прибалтийских гласит: „Когда право на сущность недвижимости соединено в одном лице с правом на пользование оною, то собственность есть полная и нераздельная. Но когда одному предоставлено только право на сущность вещи, другому же сверх того же права на ее сущность принадлежит и право исключительного ею пользования, то собственность считается разделенной и первое лицо называется в таком случае прямым собственником (*dominus directus*), а второе пользователем на правах собственности (*dominus utilis*)“.

⁴¹ Хотя иногда уплата оброка означает лишь повинность, обременяющую участок, единственным собственником которого является его обладатель. В конце средних веков консолидация собственности происходила в пользу сего последнего. См. напр. Rosenthal, *Geschichte des Eigenthums in der Stadt Wirzburg* (1898) стр. 72 сл.; Des Marez *Etude sur la propriété foncière dans les Villes du Moyen Age* (1898) стр. 103.

⁴² Ср. *Handfeste von Diessenhofen* (XIII века), напеч. у Gengler (*Deutsche Stadtrechte* стр. 79), § 1: „Item unicuique civi area contraditur in qua domum propriam aedificare poterit...“

⁴³ Эта двойственность как будто упущена из виду у Wolff, *Der Bau auf fremden Boden* (1900) стр. 14. Ср. Arnold, *zur Geschichte des Eigenthums, in den deutschen Städten*. стр. 147 сл.

⁴⁴ Ср. напр. Falck, *Handbuch des schlew holsteinischen Privatrechts* V. 1, стр. 245.

⁴⁵ Ст. 1329 Свода гласит: „Оброчному содержанию запрещается обязывать недвижимость какими-либо сервитутами, ипотеками или др. повинностями без согласия собственника. Но поставленные им на ней строения он властен подчинять как сервитутам, так и ипотекам по собственному усмотрению“.

⁴⁶ Он выражается в статье 771: „Возведенное на чьей-либо земле и плотно с нею соединенное строение признается частью этой земли“.

⁴⁷ См. Roth. *Deutsches Privatrecht* III, § 244; Stobbe, *Beiträge zu Geschichte des deutschen Rechts*. (1865), стр. 62 сл.

⁴⁸ Ср. Ackermann, *Über Stockwerkseigenthum* (1891), стр. 8 – 9.

⁴⁹ Определение дает Цюрихское Уложение 1887 г. в ст. 133. „Ausnahmsweise wird eine Theilung des Eigenthums in der Art, dass verschiedene übereinander liegende Abtheilungen eines Gebäudes oder das Gebäude einer seits und der Boden anderseits verschiedenen Eigenthümern gehören, noch anerkannt, soweit derartige Spaltungen zur Zeit bestehen“...

⁵⁰ Случаи приведены у Biermann, *Ihering's Jahrbuch* XXXIV, стр. 192 сл.; Heimbach в *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.

⁵¹ 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 fuglich und ohn Misstand nicht zu theilen were; dass sio in allewege ganz und unzerissen beysammen gelassen, und nicht (exsemplweiss) 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) geweson ist. aber offtmals grosse Unrichtigkeit verursacht hat“.

⁵² *Recht des Besitzes* (1837), стр. 302 сл.

⁵³ См. напр. Zaun, *Archiv für die civ. Praxis* XLII стр. 211 сл.

⁵⁴ Так напр. практика виртембергских судов; см. *Archiv für Würtemb. Privatrecht* XII, стр. 329 сл. и Mandry, там же, XIII стр. 193 сл.

кроме отдельной собственности на определенный этаж еще *condominium* на весь земельный участок, занятый постройкой; но тем не менее, и не взирая на горячий протест Гирке⁵⁵, гражданский кодекс объединенной Германии произнес смертный приговор над этой формой домовладения и лишил ее всякого будущего^{56 57}.

Параллельно с вышеизложенными особенностями германского права, нелишне будет указать на нечто подобное в кутюмах древней Франции, главным образом в памятниках северных провинций и Фландрии, где продолжительность влияния германских взглядов вполне понятна. Обычное право, признавая⁵⁸ на общих основаниях разделение вещей на *mobiles* и *immobiles*, выставляло в только что указанных областях еще одну категорию имущества⁵⁹, называемую „*cateux*»⁶⁰, к которой между прочим относятся постройки, не входящие в состав усадьбы⁶¹, а по некоторым кутюмам вообще все здания⁶² независимо от их стоимости или значения. Юридические последствия, вызванные созданием названной категории, аналогичны с явлениями германского права: этот особый класс вещей делится после смерти хозяина согласно правилам, принятым для движимого имущества, и без всякого преимущества в силу первородства⁶³; жена после расторжения брака имеет на эти *cateux* те права, которые принадлежат ей при *communaute de biens* на половину всей движимости⁶⁴. В некоторых городах Франции, как и в Любеке, подобное изъятие из категории недвижимостей встречается в пользу особого рода земель, называемых *gagières*⁶⁵, которые независимо от застройки и лишь в силу своеобразности своего правового положения могли быть, в отличие от других участков и подобно движимости, предметом свободного распоряжения на случай смерти⁶⁶. Но во всех таких случаях кутюмы указывают на специальное значение этой мобилизации, и из их изречений видно, что они не приравнивают вообще *câteux* к недвижимым имуществам; здания эти подлежали на обычных основаниях правилам взыскания, установленным для недвижимого имущества⁶⁷, и подвергались риску родового выкупа вместе с земельным участком⁶⁸. Это значит, что право владельца считается отдельным от земли правом, которое рассматривается, смотря по обстоятельствам, как движимое или недвижимое имущество⁶⁹; причем кутюмы не порывают всякую связь здания с землей⁷⁰ и

⁵⁵ Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, стр. 289.

⁵⁶ Ст. 961 п. 2 гражд. Уложения воспрещается установление новых позтажных прав, но Einführungsgesetz § 182 сохраняет уже возникшие.

⁵⁷ Здесь автор глубоко ошибся в своих прогнозах. Данная конструкция не только не исчезла, но дала новую мощную форму развития принципа «*superficies solo cedit*». Речь идет о Кондоминиуме, который устанавливает механизм, посредством которого собственник квартиры в многоквартирном доме является также и собственником земельного участка, относящегося к дому. Праву собственности на квартиры в многоквартирном доме посвящен отдельный закон *Wohnungseigentumsgesetz* – «О праве собственности на жильё» от 15.03.1951(прим. Н.П.Н.)

⁵⁸ Уже со времен Beaumanoir'a; см. его *Coutumes de Beauvoisis* (изд. Salmon II) глава XXIII: „Mueble a parler generalement si sont toutes choses mouvables, c'est a entendre toutes choses qui pueent être menees de lieu en autre".

⁵⁹ Об экономическом объяснении этому выделению см. Beaune, *Droit coutumier* III стр. 19—20; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit francais* (1904), стр. 1182.

⁶⁰ Bouteiller, *Somme rural*, *Annotations sur le titre septante quatrieme*: „Aucuns ont escrit que cateulx de leur nature sont immeubles et neamoin se partissent et se divisent comme meubles". — Различались „*cateux secs*" — здания от „*cateux verts*" — лесного прироста.

⁶¹ *Coutumier d'Artois* 1300 г. (изд. Tardif стр. 90-91) titre 39: „Toutes 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 fermetê. Et tout le casement qui dehors sont, soient granges, estables greniers, bergeries, porkeries, molins a vent... tout ce sont chaste! ". См. еще *Coutumes de Beauquesne* XII (Bourdot de Richebourg *Coutumier gén.* I 197) и *Coutumes d'Artois* CXLIV (Bourdot I 270).

⁶² *Coutumes du pays de Lalleux en Artois* (Bourdot. I стр. 375) XXXVII

„Par ladite coustume tous édifices... sont réputés cateux". — *Coutume locale de la parie d'Esreux* (Bourdot II 918)... „Maisons et heritages tenus de la Parie d'Esreux a nous appartenans gisans en notre ville de Lille que hors icelles sont réputez pour meublos". *Coutumes de la Ville et Eschevinage de la Bassee* (Bourdot II 919) VI „Maisons et heritages tenus du dit Echevinage sont reputez et sortissent nature de meuble".

⁶³ *Coutumes de Montreuil s. m.* XLVI (Bourdot I 196) „Granges, estables sout estimez et réputes meubles entre enfants seulement". То же самое в *Coutumes du Boulenois* LXXIII (Bourdot de Richebourg *Coutumier général* I стр.52).

⁶⁴ *Coutumes de la Chatellerie de Lille* XXIX (Bourdot II 899).

⁶⁵ Ср. Ancillon, *Traité de la difference des biens dans la Coutume de Metz* (1698), стр. 31 сл.

⁶⁶ См. *Coutume de Mez* titre V (у Bourdot, *Coutumier gén.* II стр. 400).

⁶⁷ См. Beaune, *Droit coutumier* III стр. 20; Merien, *Repertoire* слово *Cateux*. Section III, §4.

⁶⁸ *Coutumes de Lille* гл. XI § 1 (Bourdot II 905) и *Coutumes de Douai* § 1 (Bourdot II 978).

⁶⁹ Для залога *Cateux* по некоторым кутюмам требуется крепостной порядок, установленный для недвижимости под названием *main mise*. См. *Coutumes de Lille* XX (Bourdot II 909).

⁷⁰ Римское учение о приращении несомненно реципировано в средневековой Франции, см. Goury, *Origines et developpement*

постановляют иногда, что вотчинник может навязать строителю денежную сумму, равную стоимости построенного, и приобрести тогда право на все то, чем бывает застроен участок⁷¹.

Римское начало обязательного приращения встречается и в кодификациях прошлых двух веков, которые возникли на почве рецепции иноземного права. Но в Прусском Земском праве, например, здание поступало в собственность вотчинника безусловно лишь в том, случае, когда постройка возведена была без его ведома; но когда он об этом знал, и он не противился строительным работам, то происходило нечто довольно странное: земля, находящаяся под зданием могла за известное вознаграждение отойти к строителю, так что и здесь устанавливалось единое право собственности на участок и на его поверхность; но приращение происходило не в пользу хозяина земли, как у Римлян, а в пользу строителя⁷². Кроме того, по прусскому праву, ныне отмененному, могли представляться случаи, когда строитель считался собственником здания без приобретения земли, а именно когда это правоотношение вытекало из договора об отдаче земли в наем под выстройку⁷³. Ландрехт считал тогда строителя не простым держателем особого права на чужую вещь, а настоящим собственником здания⁷⁴, при чем последнее рассматривалось, как отдельная самостоятельная недвижимая вещь, для которой мог быть отведен особый лист в вотчинной книге⁷⁵, и этого было достаточно, чтобы обеспечить оборотоспособность такого своеобразного имущественного объекта. Но прусская практика решалась выставлять представление о здании, как об особой вещи, отрешенной от земли, только по отношению к сооружениям, воздвигаемым в силу вещного права, как оброчное содержание и *superficies*⁷⁶; при обыкновенной же аренде дом, хотя и считался отдельной собственностью строителя, но признавался вещью движимой⁷⁷, а из этого вытекал для арендаторов-строителей целый ряд невыгодных последствий, между прочим крайняя ограниченность кредита: закладывать свои дома, как недвижимость, им не разрешалось; а с другой стороны заем, обеспеченный залогом движимости, им также был недоступен уже по тому, что Ландрехт требовал непременно установления ручного залога с передачею владения, что в данном случае было немыслимо.

Влияние Ландрехта и прусской практики сказалось при составлении имперского Уложения, где статья 95 (по первому проекту 785) отрицает безусловность римского приращения и гласит: „*К составным частям поземельных участков не принадлежат вещи, связанные с почвой лишь для преходящих целей. Тоже правило применяется к строению или другому сооружению, которое было возведено на поземельном участке управомоченным, лицом в осуществлении права на чужую недвижимость*». В этих словах лежит признание возможности существования здания на чужой земле без распространения собственности вотчинника на эту постройку. Когда последняя прочно и неразрывно связана с почвой, то юридическая разъединенность двух объектов мыслима только в такой обстановке, где строителю принадлежит право подходящее под категорию *jura in re aliena*, а туда Уложением относится между прочим т. н.

historique de la distinction des biens en meubles et immeubles (Bibliothèque de la Conférence Rogeville. Nancy 1897).

⁷¹ Coutumes d'Artois CXLVII (Bourdot I 270) „L'heritier peut avoir et retenir les.... biens reputes catheux en payant a l'heritier mobiliere la valeur et priserie d'icelles qui se doit estimer comme si le tout estoit demoly". Также Coutumes de Saint Pol IV (Bourdot I 353); coutumes du Boulenois LXXIII (Bourdot I стр. 52); Coutumes de Beauquesne XII (Bourdot I 197).

⁷² Preussisches Landrecht I 9 §§ 327, 329, 331, 332, а также I 20 §§ 472, 473. Однородное постановление в Уложении кантона Люцерна, ст. 281.

⁷³ Практика считала, что в таком случае строитель отнюдь уже не имел права требовать собственность на почву; см. решение Ober Tribunal' от 8-го января 1861 г. (Striethorst's Archiv für Rechtsfälle XL стр. 125) и решение Reichsgericht'a от 16 апреля 1894 г. (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen XXXIII № 57).

⁷⁴ Ср. Landrecht I 21 § 43.

⁷⁵ На основании ст. 69 закона 5 мая 1872. См. по этому поводу Dernburg Preussisches Privatrecht I (5-е изд.) стр. 714.

⁷⁶ Ср. Landrecht I 22, разд. VII.

⁷⁷ См. решение Ober-Трибунала от 27 сентября 1878 г. (Iohow und Kuntzel, lahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts I № 48) и Biermann, Ihering's Jahrbücher XXXIV стр. 230.

Erbbaurecht⁷⁸ или наследственное право стройки, которое ближе стоит к чисто германским институтам, вроде Erbleihe или Bodenzinsrecht, чем к римской superficies. Существенная черта подобного права на застраиваемый участок заключается в том, что оно, как самостоятельное имущество, подлежит всякого рода распоряжениям в течение определенного промежутка времени⁷⁹.

На этот институт некоторые германские публицисты⁸⁰ возлагают теперь большие надежды: им кажется, что отдача земель под застройку названным способом может оказаться для городов, владеющих пустопорожними местами, выгоднее, чем окончательное отчуждение земли, и что с другой стороны, поощрение строительства будет содействовать удешевлению квартир для рабочего класса. С целью сделать это право строителя оборотоспособным германское общеимперское право разрешает открыть для него особый лист в Поземельной книге с возможностью свободного всестороннего распоряжения⁸¹ этим jus in re aliena, которое по германскому Уложению приравнивается к недвижимому имуществу⁸², из чего вытекает целый ряд определенных последствий касательно использования и отчуждения⁸³. Однако один вопрос оказывается еще не совсем выясненным: к какой категории вещей должно быть отнесено не самое право строителей, а здания, построенные в силу этого права? Ясно, конечно, что дома, построенные вотчинником до установления отдельного Erbbaurecht'a, входят в состав самой недвижимости и разделяют ее участь, когда она отчуждается и обременяется. Несомненно с другой стороны, что когда строитель, получив пустопорожнее место, застроил его в силу своего права, то распоряжения вотчинника уже не могут отразиться на воздвигнутых зданиях, так как сии последние в силу ст. 95 имеют самостоятельное существование⁸⁴. Но спрашивается: к которой из двух категорий имущества относятся эти дома сами по себе? Если строитель пожелает заложить одно какое либо из этих зданий (без залога самого Erbbaurecht'a), должен ли он прибегнуть к ипотеке недвижимости или закладу движимости? Ведь ст. 95 только говорит, что названные здания не входят в состав поземельной собственности. Но можно ли считать их отдельными, хотя бы и безземельными, недвижимостями, или, наоборот, необходимо отнести их под рубрику движимого имущества? Большинство немецких юристов⁸⁵, германисты как и романисты, склонны признавать последнее, и впрочем отдают себе отчет о тех практических неудобствах, которые могут произойти от этого, когда Erbbaurecht, созданное Уложением 1900г., успеет привиться в жизни. Для предотвращения неудобств, связанных с причислением к движимости вещей, по своей природе несомненно недвижимых, коль скоро не идет речь о груде материалов, некоторые юристы⁸⁶ наоборот расположены видеть в этих домах обыкновенную недвижимость. Они рассуждают следующим образом: если дом, построенный хозяином

⁷⁸ Ст. 1012 сл.

⁷⁹ Ст. 1012 Германского Уложения гласит (в переводе А. Э. Вормса, приложение к *Журналу Министерства Юстиции* за 1898 г.): „Поземельный участок может быть обременен таким образом, чтобы лицо, в чью пользу установлено обременение, приобретало отчуждаемое и переходящее по наследству право иметь строение на этом участке или под поверхностью его". — Приблизительно также в проекте Швейцарского Уложения §§ 676, 773, 985.

⁸⁰ Ср. Eschenbach, Die Kreditquelle des Erbbaurechts в *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). Несколько осторожнее к Erbbaurecht относится Grünberg, Bauten auf fremden Grunde (1903) стр. 61 сл.—Ср. еще Hitzig в *Zeitschrift für Schweizerisches Civilrecht*. Том XLIV стр. 25.

⁸¹ Общегерманский вотчинный Устав (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 veraussert 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 Tuchs, Grundbuchrecht (1902) I стр. 270 сл. и II стр. 117.

⁸² Ст. 1017 Улож.: „К наследственному праву стройки применяются правила постановленные относительно поземельных участков". Однако против полного приравнивания возражает Wittnack, Ueber Beleihung von Erbbaurechten в *Archiv für civ. Praxis* XCIII стр. 340 сл., 315 сл.

⁸³ Ср. Boehm, Reichsgrundbuchrecht (1898) стр. 116.

⁸⁴ См. Hitzig I. с. стр. 24.

⁸⁵ Eck, Vorträge über das Recht des bürg. Gesetzbuchs I стр. 10 Endemann, Lehrbuch der bürg. Rechts I (8-е издание) § 52, прим. 28; Gierk Die Bedeutung des Fahrnisbegriffes стр. 37; Wolff, der Bau auf fremde Boden, стр. 80 сл.; см. также Andre, Rechtliche Stellung des Erbbaurecht in Schriften der Central Stelle für Arbeitswohlthatseinrichtungen № 2 стр. 115—123.

⁸⁶ Так, напр.: Tobias, в *Archiv für civ. Praxis*. Том XCIV, стр. 430.

земли, по общему правилу считается составной частью участка, то по аналогии дом, воздвигнутый держателем *Erbbaurecht'a*, будет входить в состав этого правомочия; вследствие чего он должен быть, вместе с ним, признан недвижимым имуществом. Однако такое рассуждение легко вызовет возражение, что между принадлежностями вещного права и принадлежностями самой вещи может быть разница, и если они не безусловно совпадают, то вопрос остается открытым⁸⁷. Чувствуя здесь какую-то ненормальность, некоторые юристы, как напр., *Oertmann*⁸⁸, чтоб укрепить юридическую связь между зданием и почвою, предлагают признавать за строителем нечто вроде права собственности на ту часть земли, которая находится под зданием, так что когда строитель, напр., закладывает дом, то он вместе с тем отдает в залог эту часть почвы. Но если с помощью подобной конструкции дом приближается к понятию об обыкновенной недвижимости, снабженной определенным количеством земли, и уже не перестает быть в некоторой связи с участком, то приходится констатировать другую аномальность: земля под зданием между тем не перестает принадлежать вотчиннику, и приходится таким образом обнаруживать на одном и том же участке два права собственности в пользу двух разных лиц: явление конечно допустимое с точки зрения прежней теории о *dominium directum* и *utile*, но встреча с ним в XX веке, после столь энергичного осуждения со стороны романистов XIX века, а также и составителей самого Уложения⁸⁹, может казаться неожиданной.

Рассмотренный до сих пор вопрос о правовом положении здания, построенных в силу *Erbbaurecht'a*, еще не предвещает определения характера, по германскому Уложению, тех построек, которые возводятся в силу простого арендного договора, не внесенного в поземельную книгу. Применима ли к ним статья 95, провозглашающая самостоятельность тех зданий, которые построены лицом, имеющим особое право на землю? *Дерибург*⁹⁰ вполне правильно замечает, что у арендатора связь с землею менее тесная, чем, у лиц, пользующихся поверхностью земли в силу вещного права, так что а *fogsiog* здания, построенного арендатором, не должны считаться собственностью вотчинника. И в виду того, что в Уложении нет статьи, позволяющей назвать собственность арендатора недвижимым имуществом⁹¹, приходится по неволе допускать своеобразную категорию движимых вещей, для которой трудно подыскать достаточных оснований или внутренних признаков, не говоря уже об опасности, которая может вследствие этого обнаружиться в жизни.

Очень поучительно в этом отношении зрелище, представляемое австрийским правом. Там также возможно установление вещного права в пользу строителя под названием *Dodenzinsrecht* и *Erbpacht*⁹², при чем открывается для него особый лист⁹³ в Поземельной книге, а вотчинник отмечается как лицо, в пользу которого уплачивается ежегодный взнос подлежащий выкупу теперь, после реформы 1807 г.⁹⁴. Но достойны внимания главным образом в австрийском праве те примеры застройки, когда строителями являются обыкновенные арендаторы, как это встречается чаще всего на окраинах австрийской столицы (т.н. *Praterhütten* и постройки в *Brigittenau*). Уложение австрийское, по примеру прусского, различает построения возведенные с ведома вотчинника и помимо его воли⁹⁵; и также решает, что в первом случае строитель может

⁸⁷ Окажется спорным тогда, простирается ли, при залоге права стройки, вещное обременение также и на дома, воздвигнутые строителем, согласно ст. 1120 Уложения, которая гласит: „Ипотека простирается... на составные части участка“. См. *Klein, Die Rechtsformen der Gebrauchsleihe in dem bürg. Gesetzbuche* (1902) стр. 32, прим. 29.

⁸⁸ *Archiv für bürgerliches Recht* XX стр. 184, сл. 190.

⁸⁹ См. *Motive zum Entwurfe eines bürg. Gesetzbuchs* III стр. 467.

⁹⁰ *Bürgerliches Recht* (1898) III стр. 17.

⁹¹ Ср. *Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts* I стр. 55.

⁹² См. ст. 1125, 1147—1150 австрийского Уложения.

⁹³ *Bartsch, Oesterreichisches Grundbuchgesetz* (3-е изд.) стр. 230 сл.

⁹⁴ Ср. *Randa, Eigenthumsrecht* (2-е изд.) стр. 16.

⁹⁵ Ст. 297 австрийского Уложения (в переводе Вербловского, издание Редакционной комиссии, 1884 г.): „Точно также принадлежит к недвижимым вещам то, что возведено на земле с тем намерением, чтобы оно оставалось на ней всегда, далее принадлежит к

требовать присуждения ему земли, а во втором собственность на здание признается за вотчинником⁹⁶. Но австрийское уложение ничего не говорит о постройках, возникших на основании арендных отношений, и практика давно уже признала, что ни постановление о приращении, ни правило о приобретении земли строителем не применимы к этому особому случаю⁹⁷. Приходится таким образом признавать, что строитель-арендатор делается собственником одной только постройки без всякого вещного отношения к самой почве. Но важным, и иногда даже жгучим, является вопрос о характере этой самостоятельной и отрешенной от земли собственности. В прежнее время австрийская практика допускала для таких обособленных сооружений, в виде надстроек⁹⁸ или подвалов⁹⁹, особую запись в крепостную книгу, и таким образом эти здания получали с формальной точки зрения характер отдельного недвижимого имущества¹⁰⁰. Но теперь, после преобразования поземельной регистрации в Австрии¹⁰¹, вотчинной единицей, призванной занимать особое место в вотчинной книге, считается кадастральный участок, включающий в себя обязательно известную меру земли, так что внесение в книгу одного подземного или надземного имущества прямо немыслимо¹⁰². Кроме того закон 1879 г. также возбраняет¹⁰³ общую собственность в виде *communio pro diviso* на один и тот же дом; *Stockwerkseigenthum* перестало и здесь быть жизнеспособным институтом¹⁰⁴. При таких условиях, и в виду невозможности книжной записи, строения арендатора были причислены к движимости, несмотря на то, что судебная практика испытывает большие неудобства от такого взгляда. Арендный договор между собственником и арендатором гарантирует последнему спокойное обладание лишь на время существования между ними договорных отношений; но распоряжения со стороны вотчинника могут нанести ему чувствительный удар, так как приобретатель участка, будучи *in bona fide* и не подозревая права строителя, о котором умалчивает вотчинная книга, предъявить неограниченное право на поверхность участка и между прочим на эти здания, называемые австрийской практикой *Superaedificate*¹⁰⁵. С другой стороны положение самого строителя, когда он желает распорядиться своим правом, может оказаться мало завидным, особенно, когда он, нуждаясь в кредите, стремится заложить постройку — не в виде материала на снос. Ипотека недвижимого имущества¹⁰⁶ ему недоступна по только что указанной формальной причине, а именно невозможности записи; если же должник вздумал заложить свой дом в вид движимого имущества, то он встретился бы с неисполнимым предписанием закона¹⁰⁷, требующим

недвижимостям не только все что прикреплено к земле..." Ст. 418: „Если постройка сделана кем-либо из собственных материалов на чужой земле без ведома и согласия ее собственника, то строение достается собственнику земли. Если собственник земли знал о возведении строения и не запретил добросовестному строителю тотчас же, то может требовать только обыкновенной цены за землю".

⁹⁶ Переход собственности должен произойти крепостным порядком. См. Strohal, Zur Lehre vom Eigenthume an Immobilien, стр. 158—160.

⁹⁷ В таком смысле решения верховного суда (Oberster Gerichtshof) 23 ноября 1876 г. и 21 декабря 1882 г. (в сборнике Unger-Glaser №№ 6296, 9234).

⁹⁸ См. Fuchs, Grundbücherliche Curiositäten des neuen Wiener Grundbuchs. Juristische Blätter 1878, № 46.

⁹⁹ См. решения верховного суда у Unger-Glaser, Sammlung der Civilrechtlichen Entscheidungen №№ 6704, 9409, 11940, 12508.—Ср. еще Randa Eigenthumsrecht, стр. 244 сл. и Pfersche, Oesterreichisches Sachenrecht § 3.

¹⁰⁰ Ср. Rostocil, Das Erbbaurecht в Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Oesterreich 1894, №№ 28—30.

¹⁰¹ Das allgemeine Grundbuchgesetz 25 июля 1871 вводилось в отдельных провинциях посредством особых законов, напечатанных вместе с вотчинным уставом в издании Manz'a (Taschen Ausgabe des Oesterreichischen Gesetze) под № 18.

¹⁰² См. между прочим правила 5 декабря 1874 для богемского королевства (Manz 1893, стр. 269) § 7: „Das Gutsbestandblatt hat alle Bestandtheile eines Grundbuhkörpers und diejenigen dinglichen Rechte anzugeben, welche mit dem Eigenthume des Grundbuhkörpers oder eines Theiles desselben verbunden sind. Die Bezeichnung der Bestandtheile eines Grundbuhkörpers hat mit den Bezeichnungen des Katasters und der Katastralmappe übereinzustimmen". Ср. Offenhuber, Die Uebereinstimmung des Grundbuchs mit dem Kataster в Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Oesterreich 1894, № 26 и № 27.

¹⁰³ Запрещение это лежит уже в § 10 вотчинного устава 1871 г.

¹⁰⁴ Закон 30 марта 1879 г. в § 1 гласит: An materiellen Theilen eines 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 в силе (§ 2). Ср. у Manz'a стр. 268, 316, 352, 369, 372.

¹⁰⁵ Ср. Grünberg, Bauten auf fremdem Grunde (1903) стр. 31; Gass, Aus meiner Landpraxis, в Zeitschrift für Notariat 1895 г., № 39 сл.

¹⁰⁶ Фискальные учреждения в Австрии относятся к этим *Superaedificate* как к движимости и взимают соответствующий налог. См. решение верховного суда от 22 января 1872 г. (Unger-Glaser № 4457), но судебная практика не решается следовать этому примеру.

¹⁰⁷ Австрийское уложение §§ 447, 451.

непрерывно ручного заклада. Заинтересованные лица стараются, как видно, обходить эти неудобства, допуская в силу фиктивно просроченного долга направление mobiliарного взыскания¹⁰⁸ на эти строения, и создают таким образом вещную гарантию, в виде судебного закладного права, допустимого по австрийскому законодательству. Но к сожалению в Австрии для такого взыскания существует годовая погасительная давность¹⁰⁹, так что и эта довольно сложная сделка долгосрочного кредита строителю не доставит. При этом не нужно упускать из виду, что если дело дойдет до публичной продажи по такому закладу, приобретатель постройки, не приобретая никаких прав на землю, вовсе не гарантирован, что вотчинник не потребует от него сноса здания; и нужно признаться, что подобная перспектива, мало заманчивая для покупателей, значительно повлияет на размер предлагаемой покупной цены, а вследствие этого с самого начала пострадает кредит хозяина постройки¹¹⁰.

Австрийскому праву можно по данному вопросу противопоставить французское, которое в настоящее время считает возможным признавать за домами характер недвижимого имущества и в тех случаях, когда право собственности на них принадлежит постороннему лицу, а не хозяину земли. Ст. 553 Кодекса позволяет сузить действие принципа „*superficiis solo cedit*», когда будет доказано существование отдельного права на вещь¹¹¹, и этой оговорки достаточно для того, чтобы эмпитевт во Франции¹¹², бельгийский суперфициарий¹¹³, или наконец *domanier* в Бретании¹¹⁴ могли иметь на воздвигнутую им постройку не *ius in re aliena*, как в Риме, а настоящее право собственности, отнесенное к категории недвижимого имущества. Однако эти виды пользования в тех территориях, где применяется кодекс Наполеона, скорее редкие, а гораздо чаще встречаются там обыкновенные арендные договоры с правом для арендатора построить какое либо здание.

Спрашивается, в этих случаях кому принадлежит здание, и если считать его собственностью строителя, то будет ли оно *res mobilis* или *immobilis*? Французская доктрина¹¹⁵ отрицала право собственности арендатора, не допуская последнего к самостоятельному положению держателя вещных прав. Но здесь лишней раз обнаруживается раскол, так часто разделяющий во Франции науку и судебную практику: кассационный суд не только считает арендатора собственником в течении договорного срока, но уже начиная с середины прошлого века¹¹⁶ он, в противоположность некоторым низшим судам¹¹⁷, проводит взгляд, по которому дом,

¹⁰⁸ Нужно заметить, что австрийское право знает особый вид взыскания по отношению к тем недвижимостям, которые не записаны в поземельный 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 применении этого порядка к *Superädificate* существует спор в австрийской литературе. См., с одной стороны, *Pfersche, Sachenrecht* § 3, а с другой, *Rosenfeld, в Gerichtshalle* 1899, № 2 и *Nemethy, Juristische Blätter* 1899, № № 1, 2.

¹⁰⁹ *Oesterreichische Executionsordnung* § 256.

¹¹⁰ *Ср. Gass I. c. № 39.*

¹¹¹ „*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*“ Последние слова имеют в виду поэтажную собственность, разрешенную французским кодексом. См. ст. 664.

¹¹² См. решение кассационного Суда от 16 декабря 1873, у *Dalloz'a Recueil périodique* 1874, часть I, стр. 249 и от 22 июля 1885 г. (*Sirey Recueil* 1888, ч. I, стр. 130), а также апелляционной палаты в *Douai* от 8 февраля 1878 г. (*Sirey* 1881, ч. 2, ст. 260).

¹¹³ По поводу бельгийского закона 10 января 1824 *ср. Laurent, Principes de droit civil V № 414 и VII № 409.*

¹¹⁴ По поводу ст. 9 закона 6 августа 1791 по поводу *domaine congéable*, см. *Henry, Une vieille coutume bretonne* (1894) стр. 43.

¹¹⁵ См. *Demolombe, Cours de Code Napoléon IX № 166 сл.*; *Marcade, Explication théorique du Code civil* (8-е изд.) II, № 421 сл.; *Guillouard, Contrat de louage I, стр. 345*; *Laurent, Principes de droit civil*, решается допустить собственность строителя, но считает ее в этом случае движимостью. Не совсем ясно у *Planiol, Manuel de droit civil I, (1900) стр. 447*, который говорит о „*superficie temporaire*“.

¹¹⁶ В первой половине XIX в. встречаются решения апелляционных палат, стоящие за движимый характер этих построек, так напр. *Cour de Besançon* 2 мая 1845 (*Sirey* 1847, 2 стр. 275).

¹¹⁷ Сюда можно отнести главным образом *Tribunal de la Seine*. См. по этому поводу кроме кассационного решения 1 июля 1845 (*Dalloz* 1845, I, стр. 518) два более поздних решения 1868 и 1871 г., приведенные у *Dalloz* 1871, III, стр. 33.

построенный арендатором, признается именно его недвижимой собственностью, если в договоре хозяин земли, хотя бы, и безмолвно, отказался от приращения¹¹⁸.

Подобные решения, в которых верховный суд и апелляционные палаты весьма основательно подчеркивают, что дом не может не считаться недвижимостью¹¹⁹ потому, что он не утрачивает своих существенных свойств, даже тогда, когда он стоит на чужой земле, попадаются в избытке вплоть до конца 80-х годов, и свидетельствуют об окончательно установившейся практике¹²⁰. В этих решениях, конечно, предполагается временная собственность¹²¹, обусловленная содержанием договора; по истечении установленного срока здание превращается в движимую вещь, подлежащую сносу, если нет оговорки в пользу хозяина земли. Но до этого момента, на основании только что приведенной практики, строитель пользуется всеми выгодами недвижимого имущества и между прочим может заложить свой дом, как любой земельный участок¹²²; французская система именной записи по фамилиям владельцев устраняет всякие формальные затруднения для обременения этих зданий обыкновенной ипотекой. Одно только остается не совсем выясненным на практике, а именно значение, которое следует придавать тем или другим договорным пунктам для решения вопроса: отказался ли собственник земли в конкретном случае от надстроенных зданий в пользу нанимателя, или нет? Встречаются решения, в которых право арендатора снести построенный им дом по истечении арендного срока служит признаком, что он в течение договорного срока должен был считаться собственником этого здания¹²³; но встречаются и другие, более ранние, судебные разъяснения, где, наоборот, такое право строителя на снос вовсе еще не равносильно отказу от собственности на здание со стороны вотчинника¹²⁴. Кроме того, французская практика расположена считать, что упоминание в договоре, об обязанности вотчинника, по прекращении договора, уплатить строителю стоимость дома, означает, что до этого момента строение принадлежит строителю¹²⁵. К сожалению, такая презумпция не всегда оказывается основательной: бывали случаи, когда суды ее отвергали¹²⁶. Вот почему сторонам полезно вносить в договор аренды под выстройку особую оговорку, где будет решен вопрос о том, кого из контрагентов в течение договорного срока следует считать собственником здания; но последнее, на основании выше приведенной практики, будет, в том или другом случае всегда недвижимым объектом.

II.

После краткого обзора тех разноречивых ответов, которые получает в западноевропейском праве вопрос о юридическом положении зданий, стоящих на чужой земле, приходится теперь обратиться к русской правовой жизни, где также встречается подобное дробление права собственности между землевладельцем и строителем.

В законодательстве Московского государства мы находим постановления, вряд ли

¹¹⁸ См. реш. Кас. Суда от 15 апреля 1846 (Daloz 1846, I, 171), 14 февраля 1849 (Daloz 1849, I, 168) и 7 апреля 1862 (Sirey 1862, I, 459); парижской палаты 30 мая 1864 (Daloz 1866, 2, 175) и 15 декабря 1869 (Sirey 1866, 2, 83); палаты в Бордо 22 декабря 1868 (Daloz, 1871, 2, 191).

¹¹⁹ См. напр. решение Лионской палаты 15 февраля 1871 г. (Sirey 1871, 2, 82), "attendu en droit qu' un batiment des qu'il est construit devient immeuble dans le sens le plus absolu, quelqu'en ait ete le constructeur".

¹²⁰ См. еще кас. решения 3 февраля 1872 (Daloz 1872, 1, 256) и 11 августа 1884 (Sirey 1885, 1, 230).

¹²¹ „Le caractère temporaire et résoluible 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). В том же решении палата называет право строителя "domaine utile". Странно, что Кассационный Суд, тем не менее, не дает строителю владельческой защиты. См. решение 2 августа 1870 г. (Daloz 1871, 1, 173).

¹²² См. кроме выше приведенных решений Орлеанской палаты от 19 апреля 1866 г. (Daloz 1866, 2, 94).

¹²³ Так напр. в выше приведен. решении 7 апреля 1862 г. (Sirey 1862, I, 459); Lyon 18 февраля 1871 г. (Sirey 1871, 2, 82).

¹²⁴ См. реш. кассационного суда 8 июля 1851 (Sirey 1881, 1, 184).

¹²⁵ Это вытекает, между прочим, из решения парижской апелляционной палаты 30 мая 1864 г. (Daloz 1866, 2, 175).

¹²⁶ В этом смысле решение палаты в Besançon 22 мая 1845 г. (Daloz 1849, 1, 166).

заимствованные из западнорусского права¹²⁷, в которых обнаруживается стремление охранять постройки, возведенные на земле, переходящей потом к новому хозяину; последний по Уложению 1049 г.¹²⁸ обязан при выкупе уплатить строителю полную стоимость постройки, и такое же правило встречается позднее, по поводу возвращения участка из незаконного владения¹²⁹. Эти постановления свидетельствуют о желании законодателя удержать владельца от бесполезного разрушения построенного и вместе с тем провозглашают право вотчинника на поверхность земли. В начале XVIII века дома сливаются со всеми остальными категориями поземельных прав под общее название *недвижимого* имущества; и отмена Указа о единонаследии уже не в состоянии была поколебать¹³⁰ результат, давно подготовленный предшествующим развитием. В истории нашей собственности XVIII веке означает применение романистических взглядов к явлениям поземельного права, а в сфере специально здесь рассматриваемого вопроса это стремление обнаруживается в попытках законодателя устранить ограничения собственности, которые вытекают из стечения прав двух лиц на один застроенный участок. Межевая инструкция Екатерины II от 25 Мая 1766 г., столь способствовавшая упорядочению и укреплению наших поземельных отношений, изобилует постановлениями, имеющими целью положить конец раздвоению права собственности между зданием и землею; но консолидация происходит здесь не в пользу хозяина участка, а в пользу строителя или его преемника. Государство предписывает сему последнему уплатить первому то, что стоит земля под зданием, и таким образом получается один собственник почвы и ее поверхности¹³¹. Здесь законодатель опять-таки руководствуется ценностью построек и сравнительной дешевизной, а также избытком земли, в большинстве названных случаев, казенной. Но эти мероприятия Межевой Инструкции носят временный и чрезвычайный характер: на будущие годы застройки чужой земли вовсе возбраняется¹³², а это значит, что если тем не менее обнаружится случай возведения постройки на чужой земле без разрешения хозяина участка, строитель должен подчиняться праву сего последнего и допустить применение правила „*superficies solo cedit*“¹³³. Принцип этот выражается весьма ясно в нашем Своде законов 1832 г. и можно только жалеть, что ст. 364¹³⁴ не была уже воспроизведена в I ч. X тома после 1842 г., хотя нынешняя ст. 386 не позволяет сомневаться, что по общему правилу в русском праве собственник земли является собственником надстроенных¹³⁵ зданий, причем незаконному владельцу дается теперь, в отличие от Свода 1832 г., *jus tollendi*¹³⁶.

Но, невзирая на стремление законодателя устранить возможность конфликтов, и в XIX веке встречаются многочисленные случаи стечения двух прав на застроенный участок. Так напр., до 1861 г. дома, построенные государственными крестьянами на казенных землях, считались недвижимостями¹³⁷, когда они продавались не на снос¹³⁸, а

¹²⁷ В литовском статуте 1858 г. Разд. III, арт. 30, § 4 приводится случай, где, наоборот, строитель поставлен в худшее положение.

¹²⁸ Гл. XVII ст. 27.

¹²⁹ Ук. 9 апреля 1684 г. (П. С. 3. 1087).

¹³⁰ См. однако следы некоторых сомнений присутственных мест относительно принадлежности дворов к категории недвижимого имущества в ук. 11 апреля и 29 ноября 1762 г. (П. С. 3. 11511 и 11715).

¹³¹ Межевая инструкция 25 мая 1766 г. (12659) глава VIII, § 11; глава XXIII § 9; XXV §§ 15, 16, 18, 20; гл. XXVII, §§ 3, 4.— Инструкция землемерам 13 февраля 1766 г. (12570); указ 27 марта 1769 г. (13275).

¹³² Там, где государство поощряет строительное дело, оно отводит застроенный участок в собственность строителю и отнимает его только тогда, когда обещанное здание не будет воздвигнуто. См. ук. 24 июня 1803 (20816) III 6 п. I; 29 июня 1808 (23173) п. 1—4.

¹³³ См. Межевая Инструкция 25 мая 1766 г. (12659) гл. VIII, § 16. Исключение сделано для кирпичных заводов в § 15.

¹³⁴ (По изданию 1842 г., ст. 529). „Кто без всякого правильного укрепления завладел чужою землею и оную застроил, тот лишается ВМЕСТЕ с землею и заведенного им строения в пользу законного владельца без всякого вознаграждения“. О засеве говорит ст. 370 (536 по изд. 1842).

¹³⁵ См. еще ст. 611, 1 ч., X т. (по изд. 1900 г.).

¹³⁶ Ст. 622, 628, 1 ч., X т., по изд. 1900 г. До какой степени у нас принцип „*Superficies solo cedit*“ препятствует установлению поэтажной собственности, трудно сказать. Наш X том в ст. 394 не приводит домов в числе нераздельных имуществ, и Сенат разрешал установление отдельной собственности на подвал под лавкой. См. реш. 1869 г., № 10.

¹³⁷ Это вытекает из ст. 319 Устава о благоустройстве в казенных селениях т. XII, ч. 2; см. по этому поводу Победоносцев, Курс гражд. права (2-е изд.) I стр. 32 и Сенат, решение гражд. Деп. 1870 г. № 669.

¹³⁸ На этот счет см. ст. 2184, 2 ч., X тома (по изд. 1857 г.).

из этого нельзя было вывести, что земля под домами переставала принадлежать государству, так что здесь получалась двойственность прав; но с другой стороны, когда эти же участки отдавались под выстройку лицам других сословий без надлежащего разрешения правительства, суды отказывались признавать эти здания собственностью строителей, и тогда принцип приращения, выраженный в выше (стр. 32) приведенной ст. 386, а также и в ст. 424, считающих здания принадлежностями земли, одерживал верх¹³⁹.

При прекращении крепостной зависимости пришлось упорядочить давно уже сложившиеся отношения и устранять то, что шло в разрез с новыми начертаниями: крестьянские постройки или мельницы, построенные на помещичьей земле и оказавшиеся вне мирской земли после отведения надела, не должны были оставаться в таком неопределенном положении, и закон предложил крестьянам выкупить землю; в противном случае помещик по истечении известного времени имел право снести постройку¹⁴⁰. Теперь после обязательного перехода на выкупные платежи возможность этих коллизий на почве крепостного права исчезла и крестьянские постройки считаются составной частью двора¹⁴¹. Вопрос о праве собственности на них связан с решением другого: кто собственник двора? Если субъектом будет признана семья, то и здание разделит участь земли. Если же двор должен быть признан собственностью общества, то семья будет иметь на землю и на здания лишь право потомственного пользования¹⁴². Так, по крайней мере, решают вопрос по отношению к крестьянам, живущим в общинном землевладении, составители нового „Проекта по пересмотру крестьянского законодательства“. Вообще нужно заметить, что у нас, как ни старались иногда обойтись без *jura in re aliena*, на практике приходится неизбежно считаться с этими видами пользования. Убедительным подтверждением этой мысли служит чиншевое право, которое продолжает жить и развиваться в России, несмотря на все стремления искоренить или, по крайней мере, локализовать его¹⁴³. При городских чиншевых отношениях чиншевик строит дом, или владеет им, конечно на чужой земле; и если считать, что он по нашим современным правовым воззрениям, в отличие от римского эмпитевта, может быть назван именно *собственником* здания¹⁴⁴, то этим самым однако еще не решается вопрос о характере такой собственности: раз юридическая связь с землею порвана, здание может быть произвольно признано движимостью или недвижимостью.

Значение названного вопроса обостряется при переходе чиншевого права от одного чиншевика к другому. Когда в Западном крае действовал Литовский Статут, то эти переходы могли совершаться и домашним порядком¹⁴⁵. После введения там I ч. X тома, статья 594 (по изд. 1842 г., а по изд. 1887 г. в прил. к ст. 708 § 18), в которой перечисляются акты совершаемые крепостным порядком, могла бы означать необходимость крепостного обряда для таких сделок, уже потому, что оброчные содержатели, имеющие потомственное право пользования на городских¹⁴⁶ и казенных землях¹⁴⁷ подлежат взиманию крепостных пошлин при отчуждении своего права. Но для чиншевиков во владельческих городах и местечках с 1828 г.¹⁴⁸ была введена особая льгота, избавившая их от сборов, связанных с крепостным порядком. Это узаконение, образовавшее нынешнее примечание 1 к статье 243 Устава о пошлинах, так

¹³⁹ См. Пестржецкий, о строениях воздвигнутых на общественных землях, Журн. Гражд. и Угол. права 1872. кн. 5, стр. §61.

¹⁴⁰ Положение о Великорус. крестьянах (по прод. 1863 г.) ст. 91, местное Малороссийское положение ст. 85.

¹⁴¹ Особое приложение к IX т. изд. 1902 г. IV ст. 12, 13, 74. 75, 99. 146, 198. Ср. решение гражд. кас. Деп. 1896 г., № 102.

¹⁴² Проект положения о надельных землях (1904) ст. 5, 155.

¹⁴³ Характерно в этом отношении решение Сената от 3 марта 1904 (Журн. Мин. юстиции 1904, № 4, стр. 149 сл.).

¹⁴⁴ В циркуляре Министра Юстиции от 12 ноября 1898 г. за № 30317 права чиншевика на строение названо "собственностью".

¹⁴⁵ Ср. Положение о земельном устройстве чиншевиков 1886 г. (Особое прил. к IX тому XXV) ст. 8.

¹⁴⁶ Устав о городском и сельском хозяйстве. (Свод 1857 г. т. XII ч. 2) ст. 43 п. 3 и ст. 108 п. 31.

¹⁴⁷ Устав о пошлинах (Т. V Свода по изд. 1903 г.) ст. 237.

¹⁴⁸ Зак. 31 мая 1828 (2071) п. 16 и 17.

редактировано¹⁴⁹, что из него можно вывести освобождение не только от пошлин, но и от всех формальностей, образующих крепостной порядок и установленных для перенесения прав на недвижимость. Однако там не сказано, что названная форма недоступна вообще сторонам, если они пожелают облечь свое соглашение в крепостной акт¹⁵⁰, и присутственные места старого типа¹⁵¹ допускали, как нам известно, совершение купчих крепостей, содержащих перенесение чиншевого права. Однако с введением судебной реформы в Западном крае произошла и в этом отношении перемена¹⁵²: суды и нотариусы стали толковать вышеприведенную статью в смысле безусловного запрещения отчуждения чиншевых построек крепостным порядком, а из этого уже неизбежно вытекало, что такие постройки приравнивались к имуществу движимому, отчуждаемому домашним порядком или нотариальным, но без утверждения старшим нотариусом. Однако подобное воззрение шло в разрез с общим духом нашего обновленного законодательства, в котором Устав гражданского судопроизводства определяет для спора о чиншевом праве подсудность недвижимого имущества¹⁵³; и неудивительно потому, что Сенат, проводя этот последний принцип, старался одновременно противодействовать практике, допускающей отнесение чиншевых построек к категории движимого имущества¹⁵⁴. Но Сенату не удалось удержаться на этой вполне правильной и целесообразной точке зрения¹⁵⁵: в последних его двух решениях обнаруживается, что вышеуказанное направление практики восторжествовало и в Верховном суде.

В одном из этих решений Сенат, по отношению к чиншевикам Привислинского края¹⁵⁶, признает только беспошлинность перехода, не касаясь самого порядка отчуждения, который по законам, действующим в округе Варшавской Судебной Палаты, должен быть признан тождественным с формой, там установленной для отчуждения недвижимого имущества¹⁵⁷. Но в губерниях, где применяется наше общегражданское право, вышеприведенная практика, к которой присоединился и Сенат¹⁵⁸ в последнее время, сводится к тому, что строения городских чиншевиков, не тронутые законом 1886 г., продолжают обращаться, как вещи движимые: передача этого имущества совершается в форме домашнего письменного акта, являемого только к владельцу города или местечка; а для того, чтобы приобретатель чиншевого права считался одновременно собственником здания, пишется иногда купля-продажа на дом, как на материал, отдаваемый на снос; таким же образом совершается заклад, нередко облакаемый в форму условной купли¹⁵⁹. Понятно, что при этой обстановке названные чиншевики лишены настоящего реального кредита, и неудивительно, что государство нашло нужным прийти к ним на помощь, дозволяя земельным банкам выдавать ссуды под обеспечение чиншевых построек¹⁶⁰, если заемщиком будет представлено залоговое

¹⁴⁹ „В западных губерниях во владельческих городах и местечках с владельцев домов и других строений, если с сим владением не соединено или не переуступается право собственности на землю, на которой находится строение, не потребуются кроме условий помещиком утвержденных других каких либо крепостных актов, и при продаже означенных домов и строений или переходе иным образом к другому лицу не взыскивается пошлин". По мнению Змирлова (Журнал Гражд. и Уг. Права 1881 г. кн 3. Заметки стр. 84), здесь продавец освобождается от представления купчих в доказательство своего права, но не сказано, что сам акт продажи может заключаться домашним порядком. См. однако Победоносцев, Курс (изд. 4-е) I стр. 34.

¹⁵⁰ См. Маттель. Журнал Гражд. и Угол. Права 1886 г. № 4, заметки стр. 8.

¹⁵¹ См. решение общего собрания Сената 19 июня 1857 г. (Сборник решений Правительствующего Сената I № 570).

¹⁵² Ср. Маттель, там же; впрочем встречаются и исключения, среди которых нужно упомянуть о циркулярном распоряжении Луцкого суда нотариусам (Суд. Газета 1884 г. № 39 стр. 10), где предписывается крепостная форма, но без пошлин крепостных.

¹⁵³ Прил. к ст. 1400 У. Г. С. II п. 2.

¹⁵⁴ См., напр., решение 1877 г. № 112.

¹⁵⁵ Ср. последнее решение в этом смысле в 1892 г. № 111.

¹⁵⁶ 1901 г. № 12; см. по этому поводу заметку Сар. в Журн. Мин. Юстиции 1903 г. № 1 и толкование, которое дается статье 203 Устава о пошлинах.

¹⁵⁷ См. Ипотечный устав 1818 г. ст. 43—45 и 52; ср. по этому поводу Дуткевич. Польское ипотечное право, стр. 256.

¹⁵⁸ 1899 г. № 26.

¹⁵⁹ Ср. Рабинович, Судебная Газета 1884 г. № 36 стр. 12, и Нейман, там же 1881 № 39 стр. 9; относительно жителей владельческих городов и местечек Бессарабии существуют особые правила, именно в смысле приравнивания построек к движимому имуществу, IX том Свода, Прил. к ст. 322 (прим. II ст. 11). См. Раввич, Юридическая Газета 1874 № 42, стр. 2.

¹⁶⁰ Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета 26 мая 1897 г. (II. С. 3. 14153). „Министру Финансов представляется изменить уставы учреждений долгосрочного кредита по ходатайствам сих учреждений, в смысле разрешения им

свидетельство, составленное старшим нотариусом, на общих основаниях¹⁶¹, хотя и с некоторыми особенностями. Но Государственный Совет счел целесообразным разрешить эту выдачу только тем чиншевикам, которые приобрели свое право путем крепостей¹⁶²: это весьма понятное предписание имеет целью охранить банк от принятия в залог строений, не принадлежащих чиншевикам-заемщикам¹⁶³. Но так как громадное большинство чиншевиков владеет без всяких крепостей, оказанное благодушие рискует остаться мертвой буквой; и такое крупное практическое неудобство, подрывающее значение этого поземельного правоотношения, вытекает в сущности только из неправильного воззрения на чиншевую постройку, как на движимое имущество.

Кроме чиншевого права встречаются в нашем законодательстве права отдельного владения на казенных участках, отдаваемых под выстройку частным лицам. Это право отчуждаемо, и казна между прочим имеет возможность направить на него свое взыскание в случае неуплаты оброка. Тут мыслим был бы спор о том, имеет ли владелец казенного участка на это здание собственность или только правомочие в виде *jus in re aliena*? К счастью, в данном случае, спор решается текстом закона¹⁶⁴ в пользу последней конструкции: земля и здания принадлежат казне в собственность, а право оброчного содержателя относится к недвижимости¹⁶⁵, — что вполне соответствует классификации имущества по I ч. X т.¹⁶⁶.

Менее удовлетворительной и гораздо более сложной является постановка того же вопроса по поводу обыкновенной срочной аренды под выстройку, когда здание воздвигнуто с разрешения собственника и когда контрагенты устранили добровольно последствия приращения. Хорошо известна ст. 1706 I ч. X тома, говорящая в этом случае о „временной собственности” нанимателя: слова¹⁶⁷ эти вероятно навеяны из Австрийского уложения¹⁶⁸, и в них слышится отдаленный отзвук учения о *Kutzungseigenthum*, столь распространенного еще в Германии XIX века. Наша статья не различает общего права арендатора, вытекающего из договора найма, от отдельного его права на здание. По отношению к первому применение термина „собственность” безусловно неправильно, что же касается права на здание, то здесь заметно (в отличие от римского права) расположение закона считать собственником здания строителя, во всех тех случаях, где приращение в пользу вотчинника, которое должно было наступить вследствие ст. 386, исключено или договором аренды, или отдельным соглашением вообще. Вотчинник отказывается от права на поверхность, принадлежащего ему по ст. 424, и если признать, что другое лицо, строитель или его преемник, имеет, по крайней мере в течение арендного срока, право собственности на возведенное здание, то будет ли это здание в его имуществе движимой или

выдавать ссуды в городах под залог участков с строениями, находящимися у заемщиков во владении на праве потомственного бессрочного пользования и распоряжения за определенную и не подлежащую изменению плату или чинш...". Соответственно сему был изменен, напр., устав Киевского земельного Банка распоряжением Министра Финансов от 13 ноября 1898 г. (С. У. Р. 1899 ст. 123).

¹⁶¹ См. цирк. Мин. Юстиции от 12 ноября 1898 г. за № 30317: „п. 4 о выдаче залогового свидетельства старший нотариус делает отметку в крепостном реестре и сборнике запрещений". Реестр в виду отсутствия особого листа для чиншевика больших услуг оказывать не может. Наоборот, алфавитный указатель к сборнику запретительных статей. (Прил. к ст. 154 п. 5 Пол. о Нот. части §§7—9) мог бы играть существенную роль.

¹⁶² Устав Киевского земельного Банка § 10 (новая редакция). „Ссуды под залог имущества последнего рода... (чиншевиков) выдаются с соблюдением при том следующих условий: а) в залог не принимаются имущества, которые по свойству права владения и по месту нахождения самих имуществ могут быть отчуждаемы без совершения крепостных актов".

¹⁶³ См. мотивы Государственного Совета в выше приведенном циркуляре Министра Юстиции.

¹⁶⁴ Прил. к ст. 28 Устава Сельского хозяйства (Т. XII Свода Законов по изд. 1903 г.) ст. 28: „непременными принадлежностями участка считаются 1) все строения в участке находящиеся... Ст. 26. Продажа участков производится... с соблюдением следующих условий: 1) участок со всеми принадлежностями продается не в полную собственность, но с тем только правом, которое имел неисправный содержатель..."

¹⁶⁵ Устав о пошлинах 237: „крепостные пошлыны взимаются и при отчуждении дозволенными способами участков казенных земель, отданных в частное оброчное содержание под разные заведения; из сего правила не изымается и продажа их с публичного торга в случае неисправности содержателей".

¹⁶⁶ Ср. ст. 383, 402, 410.

¹⁶⁷ Против расширительного их толкования см. Сенат 1869 г. .V: 583.

¹⁶⁸ Ст. 1126 сл.

недвижимой вещью?

От разрешения такого вопроса¹⁶⁹ в ту или другую сторону зависит не только форма распоряжений предпринимаемых строителем, но и размер наследственных женских долей в этом его имуществе. Интересно конечно было бы прежде всего выяснить взгляд нашей дореформенной практики на юридическое положение таких строений, возведенных арендатором. К сожалению, у нас может быть лишь очень ограниченный кругозор: уж очень скромны по своим размерам напечатанный до ныне материал. Кроме полдюжины томов с решениями Общих Собраний Сената за сравнительно краткий промежуток времени, все остальное похоронено, должно быть навсегда, под вековой пылью наших архивов. Однако есть основания утверждать, что практика старых наших судов признавала названия здания отдельными недвижимостями, несмотря на то, что земля под ними продолжала оставаться собственностью наймодателя¹⁷⁰. Так, напр., видно, что отчуждение здания арендатором-строителем и отдача в залог совершались крепостным порядком, и Сенат даже допускал родовой выкуп таких зданий после их продажи чужеродцу¹⁷¹. Подобное приравнение к недвижимостям облегчалось формально еще тем, что в то время вотчинная наша регистрация не знала индивидуализации участков, и одновременное утверждение разных сделок на землю и на здание не могло вызвать коллизии при книжной записи¹⁷².

Как бы то ни было, но после введения судебной реформы практика вскоре изменилась¹⁷³: мировые судебные учреждения, исходя из желания облегчить арендаторам распоряжения надстроенными на чужой земле зданиями, стали допускать у себя рассмотрение споров, возникающих по поводу этих сделок, что конечно достигалось только путем признания этих зданий вещами движимыми. Кассационный Департамент долго относился враждебно к этому направлению, и таким образом завязалась между высшей и низшей инстанцией интересная борьба¹⁷⁴, описанная уже Обнинским¹⁷⁵ до 1876 г. и продолжавшаяся впоследствии¹⁷⁶.

Сенат конечно не отрицал, что дом, продаваемый на снос, должен быть приравнен к вещи движимой, точно так же, как и лес на сруб¹⁷⁷. Но иногда на арендуемом участке с разрешения вместилика возводилось арендатором строение, то право его на сие последнее в течение договорного срока не должно быть рассматриваемо как право собственности на движимое имущество. По истечении срока и при отсутствии для строителя права снести здание, оно становится собственностью вотчинника в силу ст. 628 I ч. X тома, так как в глазах Сената¹⁷⁸ по общему правилу, выраженному в ст. 386, признающей здания составными частями земли, у нас вотчинник имеет право на застроенную поверхность¹⁷⁹; но строитель может себе всегда оговорить право на постройки, и такие здания, не подлежащие праву приращения в пользу вотчинника, полагает Сенат, не должны считаться движимыми вещами, уже потому, что X том

¹⁶⁹ Он уже разделял Московское юридическое общество в начале 70-х годов. См. Юридический Вестник 1871 г. Т. III, № 1 стр. 14; ср. еще по поводу этого спора Думашевский, Журн. Мин. Юстиции 1868 г. т. I стр. 168 сл.; Змирлов, Журн. Гр. и Угол. Права 1881 кн. 3 Заметки. стр. 90 сл.

¹⁷⁰ См. указания у Павловича относительно белорусских губерний. Судебная Газета, 1884, № 46.

¹⁷¹ См. решение VII Департамента Сената, приведенное в Журнале Мин. Юстиции Т. XVI стр. 496 сл.

¹⁷² Сделка о недвижимом имуществе тогда могла быть заключена где угодно (ср. ст. 761, I ч. X т. 1857 г.) и запрещение заносилось в общие списки без приурочивания его к определенной местности, ср. Штраниях, Юрид. Газета 1898 г. № 75.

¹⁷³ Ср. ст. Ил. Ф-ий в Юрид. Вестнике 1867—1868 г. кн. 9 стр. 62 сл.;

спор о характере этих строений мог иметь последствия и в уголовном праве, когда возбуждались преследования за самовольную продажу по ст. 174 Устава о наказаниях п. 5. См. Реш. Угол. Кассац. Департамента 1867 № 468.

¹⁷⁴ 1869 г. № 537; 1871 № 558; 1872 № 251; 1873 № 733; 1874 № 159

¹⁷⁵ Юридический Вестник 1878 кн. 3, стр. 366 сл.

¹⁷⁶ 1877 № 149; 1879 г. № 219; 1881 г. № 13.

¹⁷⁷ Относительно решений 1870 № 459 и 1874 № 515. См. возражения. Маттеля (Журн. Гражд. и Угол. Права 1884 кн. 4 Зам.) против вывода Змирлова (Там же 1881 кн. 3 стр. 90 сл.).

¹⁷⁸ Ср. еще реш. 1870 № 692; 1874 № 136 и 515; 875 № 1019.

¹⁷⁹ См. реш. 1878 г. № 26; 1880 № 192, 1884 № 3; 1890 г. № 44.

приводит дома в числе недвижимостей, а с другой стороны умалчивает о них в той статье, где он перечисляет вещи движимые¹⁸⁰. Противоположная практика, с которой боролся Сенат и которая мало-помалу проникла, хотя и не сразу¹⁸¹, в общие суды, считала¹⁸², что дома могут быть признаны недвижимостью лишь тогда, когда они являются составными частями земли, а в случае недопущения юридической связи, установленной ст. 386 между зданием и почвой, следует непременно отнести их к категории движимых вещей. Сенат в свою очередь старался по прежнему проводить безусловность недвижимого характера таких зданий и настаивал, когда возникал спор о форме передачи права строителя, на необходимости крепостного порядка¹⁸³. Но вопрос о крепостных пошлинах здесь, как и в учении о чиншевом праве, должен был иметь роковые последствия: конфликт с фискальной властью дошел до рассмотрения Общего Собрания Сената¹⁸⁴, которое нашло, что передача прав на здание, построенное на казенной земле в силу договора срочной аренды, не требует уплаты крепостных пошлин. Нельзя сомневаться в том, что это решение вызвало постепенный поворот в сенатской практике; несколько лет спустя¹⁸⁵ только что приведенный взгляд выставляется уже по отношению к аренде на крестьянской земле, и так как крепостные пошлины всегда сопутствуют крепостному акту, их отсутствие как бы означает допущение домашнего акта, из чего следует, что отчуждаемое имущество уже никак не может быть признано недвижимостью. Подобная мысль еще яснее проглядывает в кассационном решении 1896 г.¹⁸⁶, отрицающим возможность родового выкупа, направленного на проданный дом, только потому, что этот дом, построенный на чужой земле, не есть недвижимое имущество. Наконец последний шаг в этом направлении сделан Сенатом в 1901 г.¹⁸⁷, когда было разрешено хозяевам таких домов закладывать их только в виде движимого имущества, что равняется конечно для них отрицанию возможности правильного реального кредита.

Вот настоящее положение данного вопроса, и весьма понятно, что после вышеизложенных колебаний в жизни замечаются сомнения¹⁸⁸ и спор, когда нужно определить форму перенесения собственности на эти постройки, число которых постоянно растет у нас. Нужна ли при продаже купчая крепость или домашняя сделка? Требуется ли при торгах данная или простая передача после аукциона?¹⁸⁹

Проект будущего гражданского уложения¹⁹⁰ приближается к сенатской практике в ее последнем фазисе: под явным влиянием Германского уложения здания там признаются недвижимостями, когда они принадлежат собственнику или лицу имеющему на участок вещное право; во всех же случаях, когда они принадлежат другому субъекту, напр., арендатору, они считаются имуществом движимым. Нельзя конечно отрицать, что безупречное теоретическое рассуждение очень затруднительно. Ясно и бесспорно, что дом по своей природе не есть движимая вещь, когда он носит постоянный характер и прочно связан с землею. Но и с другой стороны приходится признавать, что дом без земли, дом, лишенный так сказать реального субстрата, до

¹⁸⁰ Ср. ст. 384 и 401 I ч. X тома.

¹⁸¹ См. решения в пользу недвижимого характера: Псковского Окружного Суда 28 апр. 1867 г. (Суд. Вестник 1867 № 141); Одесской Палаты 1872 г. (Сенат. 1873 № 1180) и Московской (у Вербловского, Юрид. Газета 1895 № 90 стр. 2).

¹⁸² См. решения судебных Палат, считающие здания движимостью и приведенные в сенатских решениях 1871 № 272; 1872 № 1258; 1876 № 127.

¹⁸³ См. выше приведенные решения.

¹⁸⁴ 1881 г. № 47.

¹⁸⁵ Реш. Кас. Деп. 1894 г. № 76.

¹⁸⁶ № 28.

¹⁸⁷ Реш. № 6.

¹⁸⁸ См. интересный обмен мыслей между нотариусами Главацким и Чага в Юридической газете 1898 №№ 67, 71, 75. Большинство писателей однако высказывается за движимый характер домов, воздвигнутых на чужой земле. Так, Анненков, Система гр. права I стр. 259 сл., Рукавишников, Юрид. газета 1893 № 94 стр. 2; Флексор, Судебная Газета 1892 №№ 45 -46. Другого мнения однако Победоносцев, Курс I стр. 34.

¹⁸⁹ Ср. по этому поводу Асосков, Разрешитель вопросов по нотариальному праву (1898) стр. 88.

¹⁹⁰ Общие положения, ст. 35. „Постоянные строения и сооружения признаются недвижимым имуществом, если они принадлежат собственнику имения или отдельному владельцу в силу вотчинного права на имение“. См. Объяснительную Записку стр. 161.

некоторой степени расходится с тем, что мы обыкновенно называем недвижимостью. Кроме того выходит таким образом, что один и тот же арендный договор создает для того же лица: сначала *право пользования*, относимое, как всякое личное требование, к разряду движимого имущества, а впоследствии кроме того и *право собственности* на выстроенный дом, признаваемый недвижимым имуществом: такая двойственность и разнородность в правах арендатора может смутить поклонников правильных и выдержанных юридических конструкций. Однако в сущности основание такого явления лежит в неудовлетворительности, которую представляет в данном случае разделение имущества на движимость и недвижимость, что нас тем не менее не освобождает от необходимости поместить дома на чужой земле под первую или вторую рубрику. Но важнее в сто крат те практические последствия, которые связаны с той или другой категорией, так как первое место должны несомненно занимать соображения практической пользы и целесообразности. Для недвижимого имущества создан в современном праве особый вид защиты, известный под названием Поземельной регистрации, без которой дом или здание вообще не может в имуществе арендатора-строителя удовлетворить своему назначению. Представим себе, что постройка, возведенная на чужой земле, будет заложена в виде движимого имущества. Обеспечение для кредитора означает, что он приобретает право продажи на снос¹⁹¹, так как вотчинник, не состоящий в обязательственных отношениях с залогодержателем, будет в состоянии требовать удаления постройки как груды материала; и вряд ли нужно добавлять, что при такой обстановке размер кредита строителя по отношению к третьим лицам будет более чем скромный. С другой стороны вотчинник своими отчуждениями может значительно стеснять строителя: при утверждении купчей или накладной на землю старший нотариус, не подозревая существования договора аренды под выстройку, не в состоянии будет охранить строителя, который легко может страдать от вступления нового вотчинника в право собственности на землю. Кроме того при рассмотрении этих построек, как вещей движимых, сильно может пострадать то третье лицо, с которым будет иметь дело арендатор, когда он распоряжается своим правом: последний легко может продать или заложить ту же постройку сначала одному контрагенту, потом второму, третьему и т. д., причем последующие не будут знать о предшествовавших сделках, которые не оставили никаких следов во внешнем мире¹⁹². Вот почему у нас некоторые нотариусы¹⁹³ чувствовали потребность приурочить каким-либо образом эти сделки к крепостной книге, без которой для этих, нередко крупных и ценных имущественных объектов, не может быть правильного оборота: названия сделки представлялись на утверждение старшего нотариуса, который заносил их на лист, отведенный застроенному участку. Но эта практика Московского округа¹⁹⁴ не может рассчитывать на успех после того, как Сенат так категорически высказывается в пользу движимого характера таких построек. В конце 60-х и начале 70-х годов Сенат обнаружил попытку истолковать для разбираемого здесь вопроса, выставленное в нашем Своде гражданских Законов¹⁹⁵, понятие о неполной собственности: вотчинник, отдавая свой участок под выстройку, как бы ограничивает свое право пользования и владения, а строитель получает тем самым эти правомочия из чужой собственности¹⁹⁶. Здесь лежало бы основание плодотворной мысли, если бы это право строителя было приравнено к вещному праву на недвижимость. Теперь же, в связи с новейшей

¹⁹¹ Так решил Сенат в 1901 г. № 6

¹⁹² Имеется в виду регистрация ипотеки в системе Поземельной регистрации, как это имело место быть обязательным для залога недвижимых имуществ. В результате этой регистрации все уже имеющие место акты залога этого имущества были известны новому кредитору, и тот мог оценить риск выдачи денег в залог него. (Прим. Н.П.Н)

¹⁹³ О практике московских нотариусов именно в смысле закрепощения права на постройку см. статью И. Л. Из нотариальной практики, Суд. Газета 1892 № 35.

¹⁹⁴ Ср. кроме выше приведенной заметки заключение Екатеринбургского Юрид. Об-ва от 27 марта 1899 г. в Журнале Мин. Юстиции 1899 № 5 стр. 274 сл.

¹⁹⁵ Ст. 432 сл.

¹⁹⁶ См. 1869 г. № 583 и 1878 № 276.

практикой Сената, это право строителя считается движимым имуществом¹⁹⁷. Однако не нужно терять надежду, что и при нынешнем состоянии нашего гражданского права, до осуществления готовящейся кодификации, может произойти перемена к лучшему. Самое право из договора найма подлежало бы внесению в реестр по аналогии с случаем, нормированным в ст. 1703 1ч. X тома¹⁹⁸. Этим прежде всего была бы достигнута гласность ограничения, созданного по отношению к вотчиннику. Но для оборотоспособности самого объекта обладания одной отметки еще мало: нужно открыть в реестре особый лист¹⁹⁹, отводимый, этому зданию. А к такому новшеству можно было приступить на основании ныне действующего нотариального порядка, и не дожидаясь перекройки нашей вотчинной регистрации. Статья 53 Положения о нотариальной части говорит, что для каждой недвижимости открывается особый лист, а если прежняя сенатская точка зрения должна в будущем опять быть признана правильной, то можно было бы сказать, что для дома на чужой земле, как для недвижимого имущества, полагается открытие отдельного листа, по мере надобности. В первой части листа²⁰⁰, посвященного самому участку, была бы отметка со ссылкой на новый лист²⁰¹, и уже на сем последнем отмечались бы в обычном порядке все сделки, касающиеся данного строения, но разумеется только на время арендных правоотношений.

Принципиальный, скорее отвлеченный, вопрос о собственности на здание этим конечно еще не разрешается окончательно, и можно все-таки спорить о том, кому принадлежит постройка. Имеем ли мы здесь дело с собственностью вотчинника, хотя бы и значительно ограниченной? Или, наоборот, приходится считать собственником строителя, пока действует арендный договор?

Но как, бы ни решился этот спор по существу, самое главное было бы достигнуто, и практике была бы оказана существенная услуга, если бы формальная запись приравнивала эти здания к остальным недвижимостям. Встречающиеся в нашей жизни затруднения, которые вытекают из стечения двух прав на ту же вещь, были бы надолго устранены.

¹⁹⁷ Так, решение Сената (по делу Чинизелли) 1902 № 62.

¹⁹⁸ В третьем отделе листа; см. Правила о составлении и реестра крепостных дел от 31 мая 1891 г. § 14.

¹⁹⁹ Составители проекта нового Уложения обещают нам отдельный лист для некоторых *jura in re aliena*. См. проект Вотчинного Устава 1892 г. ст. 412, и проект Вотчинного Права 1902 г. Объяснительная записка II стр. 62 сл. 78.

²⁰⁰ Согласно Правилам 31 мая 1891 г. § 10.

²⁰¹ Ст. 64 Пол. о Нот. части.