

М. И. Митилино.

№. - 2677



ПРАВО ЗАСТРОЙКИ.

Опытъ цивилистическаго
изслѣдованія института.



№ 36



К І Е В Ъ.

Типографія Насл. Т. Г. Мейнандера, Пушкинская № 20.
1914.

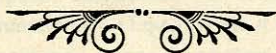
99

1-2.
М. И. Митилино.



ПРАВО ЗАСТРОЙКИ.

Опытъ цивилистическаго
изслѣдованія института.



К І Е В Ъ.

Типографія Насл. Т. Г. Мейнандера, Пушкинская № 20.
1914.



Анонимный переводъ Германскаго Гражданскаго Уложенія, данный Журналомъ Министерства Юстиціи въ качествѣ приложенія за 1898 г., по случайному недоразумѣнію ошибочно названъ переводомъ профессора Вормса.

Оглавленіе.

	СТРАНИЦА.
Предисловіе	I—II.

Очеркъ исторіи происхожденія и развитія современнаго права застройки	1—55.
---	-------

Общее понятіе.—Происхожденіе и главные пути развитія современнаго права застройки.—Римская superficies.—Erbbaurecht Германскаго Гражданскаго Уложенія 18 августа 1896 года и его прототипы.—Baurecht въ Швейцарскомъ Гражданскомъ Уложеніи 1907 года.—Застройка чужой земли по французскому праву.—Австрійскій законъ 26 апрѣля 1912 года о правѣ застройки.—Законодательство другихъ странъ континента Европа.—Русское право застройки по закону 23 іюня 1912 года.

Право застройки по закону 23 іюня 1912 года.

Г Л А В А I.	56—71.
----------------------	--------

Существо права застройки.—Отличіе его отъ сродныхъ правоотношеній.—Опредѣленіе и его элементы.—Вещный характеръ права застройки, отчуждаемость и наслѣдственность его.

Г Л А В А II.	72—140.
-----------------------	---------

Субъекты права застройки.—Кто можетъ установить право застройки и въ чью пользу?—Права и обязанности собственника земли, обремененной правомъ застройки.—Правовое положеніе застройщика.

Г Л А В А III.	141—157.
------------------------	----------

Объектъ и содержаніе права застройки.—Объектъ права застройки и предметъ содержанія послѣдняго.

Г Л А В А IV.	158—198.
-----------------------	----------

Юридическое положеніе строеній земельного участка, обремененнаго правомъ застройки.—Право собственности на суперфициарное зданіе.—Право застройки и строеніе, воздвигнутое на чужой землѣ застройщикомъ.—Правовая судьба строеній по прекращеніи права застройки.

Г Л А В А V.	199—235.
----------------------	----------

Установленіе права застройки, его предположенія и формы.—Способы установленія права застройки.—Договоръ, завѣщательное распоряженіе, давность, судебное рѣшеніе.—Срокъ и условіе.—Вознагражденіе за право застройки.—Приобрѣтеніе существующаго права застройки.—Измѣненіе содержанія его.

Г Л А В А VI.	236—268.
-----------------------	----------

Обремененія права застройки.—Допустимость и форма ихъ.—Залогъ права застройки, объемъ правъ залогодержателя права застройки по прекращеніи послѣдняго.—Защита права застройки.—Прекращеніе права застройки и его основанія.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

Проектъ закона о правѣ застройки Министра Внутреннихъ Дѣлъ	I—VI.
Проектъ закона о правѣ застройки Комиссіи о чиншевомъ правѣ Государственной Думы	VII—XIV.
Законъ о правѣ застройки 23 іюня 1912 года	XV—XXIV.
Gesetz vom 26. April 1912, betreffend das Baurecht	XXV—XXXI.
Образецъ германскаго договора о правѣ застройки	XXXII—XXXVI.
Образецъ австрійскаго договора о правѣ застройки	XXVII—XLIII.

Предисловіе.

Названіе вводимаго въ систему нашего дѣйствующаго права закономъ 23 іюня 1912 года института права застройки не даетъ никакого представленія о громадной важности затрогиваемыхъ имъ жизненныхъ отношеній, скорѣе, наоборотъ, порождаетъ мысль о чемъ то незначительномъ, о чисто технической фигурѣ гражданскаго права. Между тѣмъ, въ дѣйствительности, право застройки представляетъ собою юридическую форму, въ которой въ настоящее время хотятъ найти средство разрѣшенія одной изъ центральныхъ и, въ то же время, труднѣйшихъ социальныхъ проблемъ современнаго культурнаго человѣчества—т. наз. жилищнаго вопроса. Изученіе права застройки, вызываетъ, поэтому, въ наши дни особенно живой интересъ какъ въ смыслѣ изслѣдованія его исторіи, такъ, равнымъ образомъ, и съ точки зрѣнія его правовой индивидуальности и экономическаго значенія. Задачей настоящаго труда является изученіе лишь одной стороны новаго института—догмы права застройки, ставящаго цивилисту рядъ интереснѣйшихъ вопросовъ. Остановившись на этой сторонѣ права застройки, авторъ могъ бы, избравъ одинъ изъ основныхъ вопросовъ названнаго института, дать исчерпывающій его анализъ, но этотъ благодарный путь, при полномъ отсутствіи литературы и при скудномъ матеріалѣ изъ судебной практики по сроднымъ правоотноше-

ніямъ, казался автору въ настоящихъ условіяхъ преждевременнымъ; авторъ поставилъ себѣ цѣлью изслѣдованіе цѣлаго института, которое могло бы дать общую характеристику его правовой природы. Изучая догму нашего права застройки, автору вполне естественнымъ казалось обратиться къ обзору его законодательной нормировки въ правѣ германскомъ, гдѣ изучаемый институтъ привлекаетъ наибольшее вниманіе спеціальной и общей литературы, съ другой стороны, къ обзору новѣйшаго закона о правѣ застройки—австрійскаго, стремящагося утилизировать двѣнадцатилѣтній опытъ Германіи.

М. Митилино.

Кіевъ. Январь 1914 г.

Сокращенія.

Zeitschr. f. Rechtsg. = Zeitschrift für Rechtsgeschichte.

B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18 August 1896.

E. G. = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18 August 1896.

Vorentwurf = Vorentwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Motive = Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

P. Г. К. Д. С. = Рѣшеніе Гражданскаго Кассационнаго Департамента Сената.

Об. зап. = Объяснительная записка.

Arch. f. bür. R. = Archiv für bürgerliches Recht.

G. B. O. = Grundbuchordnung.

R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts.

У. Г. С. = Уставъ Гражданскаго Судопроизводства.

Н. Ч. = Положеніе о Нотаріальной части.

Z. P. O. = Zivilprozessordnung.

Проектъ = Проектъ Гражданскаго Уложенія.

Z. V. G. = Zwangsversteigerungsgesetz.

P. O. C. = Рѣшеніе Общаго Собранія Перваго и Кассац. Департ. Сената.

Allg. b. Gzb. f. Östr. = Allgemeines bürgerliche Gesetzbuch für Österreich.

Очеркъ исторіи происхожденія и развитія современнаго права застройки.

Общее понятіе.—Происхожденіе и главные пути развитія современнаго права застройки.—Римская Superficies.—Erbbaurecht Германскаго Гражданскаго Уложенія 18 августа 1896 года и его прототипы.—Baurecht въ Швейцарскомъ Гражданскомъ Уложеніи 1907 года.—Застройка чужой земли по французскому праву.—Австрійскій законъ 26 апрѣля 1912 года о правѣ застройки.—Законотательство другихъ странъ континента Европы.—Русское право застройки по закону 23 іюня 1912 года.

Потребность въ жилищѣ можетъ быть удовлетворена въ различныхъ юридическихъ формахъ. Среди нихъ типичными и основными являются только двѣ—*право собственности* на жилой домъ и *наемъ* чужого дома или квартиры въ немъ для болѣе или менѣе продолжительнаго пользованія. Первая форма господствуетъ и понынѣ среди сельскаго населенія, напротивъ, въ городахъ преобладаетъ наемъ. Прочія правовыя формы, въ которыя могутъ облечься отношенія контрагентовъ при пользованіи жилищемъ, каковы—аренда земли съ возведеніемъ на ней арендаторомъ дома для себя за свой счетъ, пользовладѣніе, сервитутное право, чиншное, оброчное владѣніе, право застройки и др., занимаютъ обыкновенно лишь второстепенное мѣсто какъ по своему общему значенію, такъ и по степени распространенія въ гражданскомъ оборотѣ культурныхъ народовъ.

Но при наличности извѣстныхъ условій одинъ изъ названныхъ второстепенныхъ правовыхъ институтовъ приобрь-

таетъ въ иныхъ странахъ на всемъ ихъ пространствѣ и на-
всегда, въ иныхъ же только въ извѣстныхъ мѣстностяхъ и
лишь на болѣе или менѣе продолжительное время господ-
ствующее положеніе среди правовыхъ формъ, которыми удо-
влетворяется потребность въ жилищѣ.

Всюду, гдѣ мѣсто, годное для возведенія на немъ строе-
нія, неотчуждаемо и гдѣ оно получаетъ особую социально-
экономическую цѣнность, какъ, на примѣръ, въ большихъ
торговыхъ, культурныхъ или административныхъ городскихъ
центрахъ,—всюду тамъ мы наблюдаемъ дифференціацію поль-
зованія мѣстомъ.

Пользованіе распадается на рядъ видовъ, различныхъ
и по своей экономической сущности и по юридической
формѣ.

Собственникъ такого „мѣста“ (строительнаго земельнаго
участка) пользуется имъ обыкновенно въ формѣ полученія
постоянной денежной ренты отъ *предпринимателя-строителя*,
которому онъ предоставляетъ право пользованія „мѣстомъ“
(своей землей) для возведенія на ней строения.

Такъ какъ такой строитель, по общему правилу, затра-
чиваетъ значительный капиталъ на возведеніе на чужой зе-
млѣ строения, то аренда, какъ правовое основаніе для поль-
зованія чужой землей, является недостаточно обезпечивающей
его интересы.

Аренда порождаетъ лишь краткосрочное обязательствен-
ное право и, какъ таковое, независимо отъ степени совершен-
ства того или иного положительнаго аренднаго права, даетъ
арендатору защиту, плохо гарантирующую его интересы и
противъ произвола собственника и въ отношеніи третьихъ
лицъ; съ другой стороны, аренда не даетъ строителю возмож-
ности пользоваться необходимымъ для него ипотечнымъ кре-
дитомъ подъ возведенныя имъ на арендованной землѣ
строения.

Указанные интересы, въ связи съ другими бытовыми фак-
торами, создаютъ особый видъ пользованія мѣстомъ (строи-

тельной площадью разсматриваемаго значенія) и порождаютъ,
наряду съ собственностью и арендой, *особое право на мѣсто*
(*Platzrecht*) или, по современной терминологіи, *право застройки*
—вещное, наследственное и отчуждаемое право пользо-
ванія чужою землею для застройки ¹⁾.

Застройщикъ, вещно управомоченный на пользованіе
чужимъ поземельнымъ участкомъ, осуществляетъ свое право
или путемъ отдачи выстроеннаго имъ дома *въ аренду новому*
лицу или путемъ отдачи *въ наемъ* отдѣльныхъ квартиръ
дома.

Такимъ образомъ, одно мѣсто, одинъ поземельный уча-
стокъ, какъ *строительная площадь*, становится объектомъ
ряда различныхъ правоотношеній.

¹⁾ Право застройки, или по римской терминологіи *superficies*, стоитъ въ
близкой внутренней связи съ другимъ видомъ пользованія землей—
эмфитевзисомъ—вещнымъ наследственнымъ правомъ пользованія чужой зе-
млей для *сельскохозяйственной* обработки.

Эти два правовыхъ института иногда сливаются въ одно болѣе общее
понятіе вещнаго наследственного и отчуждаемаго долгосрочнаго или без-
срочнаго пользованія (по инымъ аренды, найма) чужой землей.

Такъ поступаютъ, на примѣръ, редакторы нашего Проекта Гражданскаго
Уложения; вводя особый институтъ наследственного оброчнаго владѣнія, они
не различаютъ *superficies* и *emphyteusis* (Проектъ т. II стр. 61), ссылаясь на
мнимый недостатокъ чертъ, отличающихъ эти институты.

За ними слѣдуетъ и Мин. Вн. Дѣлъ въ своемъ законопроектѣ
о правѣ застройки отъ 16 окт. 1908 г. и Чиншева Комmissія Гос. Думы
третьяго созыва въ Справкѣ къ законопроекту о правѣ застройки отъ
1909 г. за № 69.

Такое смѣшеніе двухъ вполне достаточно различныхъ (черты различія
ихъ устанавливаются даже въ краткихъ русскихъ учебникахъ пандектнаго
права, см., на примѣръ, *Хвостовъ*, Система рим. права, Вещ. пр. 1908 стр. 91
и слѣд., *Ефимовъ*, Догма рим. права стр. 370) и по своей экономической
цѣли и по юридической конструкціи институтовъ нужно признать совершенно
нераціональнымъ какъ съ точки зрѣнія теоретической точности, такъ и со
стороны практической. Такое смѣшеніе, въ особенности, нежелательно тамъ,
гдѣ какъ въ Германіи, дѣйствующее право не знаетъ наследственного поль-
зованія землею въ смыслѣ эмфитевзиса, но знаетъ право застройки или какъ
у насъ теперь, со времени введенія въ гражданскій оборотъ (съ 23 іюня 1912 г.)
права застройки.

Въ этомъ ряду видовъ пользованія земельнымъ участкомъ, какъ мѣстомъ для возведенія строеній, наше вниманіе привлекаетъ право застройки, въ которомъ многіе видятъ средство разрѣшенія величайшей проблемы нашего времени—жилищнаго вопроса.

Право застройки—институтъ не новаго права; въ той или иной формѣ, подъ тѣмъ или другимъ названіемъ оно существовало еще въ древности ¹⁾.

На протяженіи многовѣковой исторіи ²⁾ своей оно то встрѣчало благоприятныя условія для своего развитія и достигало громаднaго распространенія, становилось излюбленной формой поземельныхъ отношеній, то, не находя для себя сочувствія ни законодателя, ни въ общихъ бытовыхъ условіяхъ эпохи, почти исчезало и превращалось въ правовую форму, лишь спорадически примѣняемую къ соответствующимъ жизненнымъ отношеніямъ.

Переживаемое нами время характеризуется стремленіемъ законодательствъ важнѣйшихъ странъ *континента Европы* привести къ единству и усовершенствовать нормы о правѣ застройки ³⁾—съ одной стороны, а съ другой—энергичнѣйшимъ стремленіемъ культурныхъ слоевъ городского населенія использовать право застройки въ качествѣ способа разрѣшенія жилищнаго вопроса ⁴⁾.

¹⁾ Garsonnet, Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée. Paris, 1879, стр. 1—58.

²⁾ Установить съ научной точностью время и мѣсто происхожденія права застройки и прослѣдить исторію его развитія до нашихъ дней, хотя бы въ важнѣйшихъ только государствахъ Европы—это задача самостоятельнаго историческаго изслѣдованія, пока еще ни въ одной литературѣ не разрѣшенная. Авторъ настоящей работы ограничивается пока болѣе скромной цѣлью—дать въ послѣдующемъ изложеніи краткое историческое введеніе къ догматическому анализу дѣйствующаго права.

³⁾ Институтъ права застройки принятъ Герм. Гражд. Улож. 18 августа 1896 г., новымъ Швейцарскимъ 1907 г. Австрійскій законъ 1912 г. вводитъ его въ Австріи и Венгріи; наконецъ, нашъ законъ 23 іюня 1912 года—въ Россіи.

⁴⁾ Объ этомъ мы скажемъ ниже (въ послѣдней главѣ).

Происхожденіе права застройки подобно многимъ другимъ правовымъ институтамъ относится къ той отдаленной эпохѣ, когда господствовалъ обычай, когда право публичное не ясно еще отдѣлялось отъ частнаго и когда, слѣдовательно, отдѣльный институтъ частнаго права могъ находиться лишь въ эмбриональной стадіи своего образованія.

Вполнѣ естественно, поэтому, что невозможно говорить съ желаемой точностью о времени и мѣстѣ возникновенія вещнаго, отчуждаемаго и наслѣдственнаго права пользованія землею для застройки, какъ особомъ институтѣ частнаго права.

Во всякомъ случаѣ, нельзя видѣть первооснову нашего института въ Моисеевомъ ¹⁾ поземельномъ правѣ, которое за 1500 лѣтъ до нашей эры, около 900 лѣтъ ранѣе Солона въ Аѣинахъ и болѣе чѣмъ за 1100 лѣтъ до Лицинія въ Римѣ, установило наслѣдственное пользованіе землею, признавъ единственнымъ собственникомъ ея Іегову ²⁾; это начало, какъ и аналогичныя воззрѣнія другихъ восточныхъ народовъ, входитъ всецѣло въ область отношеній публично-правового характера; съ другой стороны, преемственной связи между законодательствомъ Моисея и свѣтскимъ правомъ континента Европы не существуетъ.

Право застройки важнѣйшихъ государствъ Европы беретъ свое начало изъ обычно-правовыхъ отношеній германскаго происхожденія, а съ другой стороны, имѣетъ своимъ прототипомъ институтъ римскаго частнаго права—*superficies*.

Источники ³⁾ не позволяютъ съ совершенной точностью установить время происхожденія въ Римѣ суперфициарнаго

¹⁾ См. наприм. Adolf Damaschke, Die Bodenreform in der Bibel, Berlin, 1906 г. и его же—Kommunale Bodenpolitik въ Jahrbuch der Bodenreform, Bd. III, 1907. s. 160—183.

²⁾ Левитъ, XXV, 23 и слѣд.

³⁾ Суперфициарному праву посвященъ лишь небольшой титулъ Digestъ De superficibus XLIII, 18; нѣсколько другихъ мѣстъ касаются superfi-

права ¹⁾, но они дают достаточно данных для уяснения важнѣйшихъ причинъ возникновенія этого института и содержатъ въ себѣ, все же, нѣкоторыя указанія о времени его происхожденія. Когда же и какъ возникла римская superficies?

Если какой-либо римскій гражданинъ начала республики отдавалъ свою землю другому для возведенія на ней жилого дома или иного строенія съ тѣмъ, чтобы земля оставалась въ собственности отдаваемаго ее подъ застройку, а домъ принадлежалъ застройщику, то *jus civile* не могло дать правовой защиты такой волѣ контрагентовъ. По римскимъ воззрѣніямъ всякое строеніе, которое становилось въ прочную связь съ землею, составляло вмѣстѣ съ послѣдней единый объектъ права—aedes ²⁾; строеніе, воздвигнутое на землѣ и

cies лишь косвенно; сюда можно прибавить два документа классической эпохи—*litterae de aedificio post columnam Divi Marci extruendo* и декретъ декurioновъ Путеоланскихъ—см. *Girard*, *Textes de droit romain*, 1903, стр. 796.

¹⁾ См. классическую работу *Waechter'a* „Das Superficiar—oder Platzrecht“, Leipzig 1868 стр. 1—27. Затѣмъ *Degenkolb*, *Platzrecht und Miete* Berlin 1867 стр. 103—124. *Его-же*, *Dekret der Decurionen von Puteoli* въ *Zeitschr. f. Rechtsg.* 1864 т. IV стр. 474—488; *Rudorff*, *Beitrag zur Geschichte der Superficies* въ *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1842. т. XI стр. 219—239; *Schmidt*, *Das Recht der Superficies* въ *Savigny Zeitschrift* т. XI, стр. 121—132. Позднѣйшіе авторы не дали для исторіи суперфиціи ничего существенно новаго, см. напр., *Biermann*, *Superficies solo cedit* въ *Jhering's Jahrb.* т. XXXIV, № 4; *Windscheid—Kipp*, *Pandekten*, § 218, 169 а прим. 9; *P. Girard*, *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, 1906, 382 стр.; *Dernburg*, *Pandekten* т. II, § 258; *M. Wolff*, *Der Bau auf fremdem Boden*, Jena, 1900, стр. 6—9; *Pesl*, *Das Erbbaurecht*, Leipzig, 1910, стр. 7—14; *Mitteis*, *zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*, Leipzig, 1901; *Wirth*, *Die gemeinschaftliche Superficies in Vergleichung mit dem Erbbaurecht des B. G. B.* Berlin, 1903, стр. 53 и слѣд. *Reinicke*, *Von der Superficies zum Erbbaurecht*. Borna-Leipzig, 1902; *Honig*, *Superficies solo cedit im Römischen Recht und im B. G. B.* Berlin 1904.

²⁾ Почти всѣ авторы согласны въ томъ, что римляне не знали ни отдѣльной собственности застройщика на зданіе на чужой землѣ, ни позтажной собственности. Старыхъ авторовъ указываетъ *Heimbach u Weiske*, *Rechtshandb.* т. X. стр. 696. См. толкованіе интереснаго и труднаго отрывка D. XLIII, 17. 3. 7. у *Savigny*, *Das Recht des Besitzes*. стр. 290 и *Degenkolb*,

прочно съ нею соединенное, дѣлалось eo ipso составною частью поземельнаго участка и раздѣляло его юридическую судьбу ¹⁾.

Источники со всею твердостью устанавливаютъ это основное начало ²⁾: *id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, jure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.* (Gai Just. II, 73.); *cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur solo cedit* (D. XLI. 1. 7. 10.); *superficiarias aedes* ³⁾ *appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum* (D. XIII, 18. 2); *sic et in tradendo si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret* (D. XLIV, 744. 1.) ⁴⁾; *jus soli sequitur aedificium* (D. XIII. 7. 21).

у. с. 223 и слѣд. Срв., впрочемъ, отступающее мнѣніе *Du-Roi*, *Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam* въ *Archiv f. d. zivilistische Praxis*, Heidelberg. 1823 т. VI стр. 386, затѣмъ у авторовъ, на которыхъ ссылается Проф. *Л. Кассо*, *Зданія на чужой землѣ*, Москва, 1905. стр. 5.

¹⁾ D. VI. 1. 27. § 7; возникаетъ единство вещи и единство права—*Eck*, *Vorträge über das Recht des B. G. B.* Berlin 1903 стр. 129.

²⁾ Кратко выражаютъ это т. н. начало приращенія въ поговоркѣ: „*superficies solo cedit*“; неточность этой формулы отмѣчаетъ *Schmidt*, у. с. стр. 122; на него ссылается и *Biermann*, у. с. стр. 169 прим. 1. О случаяхъ, когда дѣйствіе принципа приращенія ограничивается или исключается см. *M. Wolff*, у. с. стр. 7 прим. 9.

³⁾ Слово *aedes* имѣетъ два значенія: во 1-хъ, имъ обозначается строеніе, домъ, во 2-хъ,—застроенный участокъ, усадьба, т. е. земля и строеніе на ней вмѣстѣ: „*aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie*“—D. XLI. 3. 24, отсюда *solum* опредѣляется какъ *pars aedium*—D. VI. 1. 49 пр.; это имѣетъ значеніе въ вопросѣ объ объектѣ суперфиціарнаго права. См. *Heumann—Seckel*, *Haudlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907. стр. 21, 546 (*solum*).

⁴⁾ Важнѣйшія указанія источниковъ приведены у *Waechter'a* у. с. стр. 4 и слѣд.; наиболѣе полный обзоръ ихъ даетъ *Biermann*, у. с. стр. 171—181; *Wolff*, у. с. стр. 6 прим. 4; Проф. *Кассо*, у. с. стр. 1—7.

Такимъ образомъ, вопреки волѣ сторонъ, въ указанной сдѣлкѣ собственникомъ зданія, выстроеннаго на чужой землѣ, становится не застройщикъ, а собственникъ земли¹⁾; вышеприведенное соглашеніе по *jus civile* порождаетъ только *обязательственное* правоотношеніе между контрагентами.

Поэтому, во всякое время собственникъ земли можетъ прекратить правоотношеніе, иными словами, изгнать застройщика изъ выстроеннаго имъ дома.

Новый собственникъ такого поземельнаго участка, къ которому послѣдній перешелъ по какому-либо юридическому акту въ порядкѣ сингулярнаго преемства, можетъ не признать соглашения застройщика съ прежнимъ собственникомъ земли.

Съ другой стороны, въ тѣхъ даже случаяхъ, когда собственникъ земли не нарушаетъ интересовъ застройщика, послѣдніе остаются въ значительной мѣрѣ необезпеченными въ смыслѣ полной возможности нарушенія владѣнія и пользования дѣйствіями третьихъ лицъ—въ отношеніи къ нимъ застройщикъ лишенъ всякихъ самостоятельныхъ средствъ защиты; правда, застройщикъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ могъ требовать²⁾ отъ собственника уступки исковъ противъ нихъ, но и этотъ тяжелый и громоздкій обходный путь не всегда былъ возможенъ: при отчужденіи земли отъ новаго собственника требовать такой уступки исковъ противъ нарушителей владѣнія застройщикъ уже не могъ.

Что касается до дѣйствій собственника земли, установившаго правоотношеніе, то противъ него застройщикъ могъ реагировать лишь посредствомъ личнаго иска изъ обязательственнаго правоотношенія между ними: средствами владѣльческой защиты онъ не располагалъ.

¹⁾ О правовыхъ послѣдствіяхъ застройки чужого поземельнаго участка *безъ* согласія на то собственника земли см. интересную работу *Friedmann'a*— „Welche rechtlichen Folgen hat der Bau auf fremdem Boden nach römischem Recht?“ Berlin 1910.

²⁾ D. XLIII, 1. 1.

Послѣдовательное примѣненіе принципа „*superficies solo cedit*“ приводило, такимъ образомъ, къ правовому положенію, которое, какъ видимъ, въ высокой степени не соотвѣтствовало волѣ сторонъ.

Такъ какъ основное начало *jus civile* не могло быть упразднено ни преторомъ, ни волей сторонъ, то, очевидно, нужно было для защиты указанныхъ интересовъ создать особую *вещно-правовую форму*, которая давала бы удовлетвореніе намѣреніямъ контрагентовъ и не стояла въ противорѣчій съ принципомъ приращенія.

Эта правовая форма создана была преторомъ¹⁾; прежде всего преторъ далъ застройщику *поссессорную защиту* въ формѣ особаго интердикта *de superficie (bus)*²⁾; этимъ положено было прочное *начало*³⁾ развитію особаго *суперфициарнаго права*⁴⁾, вполне сложившагося въ самостоятельный институтъ вещнаго права позднѣе, когда послѣ нѣкотораго колебанія⁵⁾ преторъ далъ суперфициарію *in rem actio de superficie*, направленную противъ всякаго третьяго лица и противъ самого собственника земли на случай отказа со сторо-

¹⁾ „Mann kann“, говоритъ *Waechter*, „das Platzrecht das Product der Vermittelung eines über eine rechtliche Möglichkeit hinausgehenden Privatwillens mit der Rechtsconsequenz nennen“. (*Waechter*, у. с. стр. 3)

²⁾ *Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quominus fruamini vim fieri veto*—D. XLIII, 18. 1. О противорѣчій между интердиктомъ и Комментаріемъ Ульпіана см. *Rudorff* въ 7 изданіи сочиненія *Savigny*, „Das Recht des Besitzes“, Wien, 1865 стр. 690; *Heimbach* въ *Rechtslexikon Weiske*, Leipzig, 1856 т. 10 стр. 575; *Degenkolb*, у. с. стр. 8 и слѣд.; *Reinicke*, у. с. стр. 17 и слѣд.

³⁾ *Windscheid*, у. с. § 223; § 218 и 169 а.

⁴⁾ Право это въ источникахъ именуется словомъ *superficies* или *superficium*; тѣмъ же терминомъ, кромѣ того, обозначается: во-первыхъ, все то, что находится на поверхности земли, надъ землею, напрм., домъ, дерево, все связанное съ поверхностью земли, въ противоположность *area, solum*, т. е. самой землѣ; во-вторыхъ, постройки на землѣ, обремененной суперфициарнымъ правомъ. См. *Heumann-Seckel*, у. с. стр. 570.

⁵⁾ *Dernburg*, у. с. т. II, § 258 прим. 4; *Schmidt*, у. с. стр. 136 и слѣд.

ны послѣдняго предоставить въ пользованіе суперфициарія суперфициарную вещь ¹⁾.

Въ силу суперфициарнаго права застройщикъ *superficiem in alieno solo habet* ²⁾; онъ владѣеть суперфициарнымъ зданіемъ ³⁾, можетъ его передавать другому лицу, отказывать предоставлять въ приданое ⁴⁾, закладывать ⁵⁾, отдавать въ пользованіе ⁶⁾, дѣлить ⁷⁾ и продавать ⁸⁾.

Наряду съ этими обширными правомочіями суперфициарій знаетъ лишь двѣ обязанности—нести повинности и подати и уплачивать собственнику земли условленное вознагражденіе—*solarium*.

Для защиты своихъ правомочій суперфициарій располагаетъ *utiliter* всѣми средствами собственника и владѣльца ⁹⁾; при приобрѣтеніи суперфиция отъ несобственника ему принадлежит *actio in rem Publiciana* ¹⁰⁾. Короче говоря, суперфициарію принадлежитъ наследственное и отчуждаемое вещное право за опредѣленное періодическое вознагражденіе (*solarium*) ¹¹⁾ имѣть на чужой землѣ жилой домъ или какое-либо иное сооруженіе.

¹⁾ D. XLIII. 18. 1. 3.

²⁾ D. XXXIX. 2. 9. § 4; D. XLIII. 18. 1. 1.

³⁾ D. II. 8. 18. 1; D. XXVI. 4. 5. 7. Спорно. См. *Dernburg*, у. с. § 259 прим. 12.

⁴⁾ D. XLIII. 18. 1. 7; I. III. 25. 3; D. I. 30. 86. 4; D. VI. 2. 12. 2.

⁵⁾ D. XIII. 7. 16. 2; D. XX. 1. 13. 3. и 31; *Windscheid-Kipp*, у. с. т. I. стр. 1024; *Dernburg*, Pfandrecht т. I. стр. 218 и слѣд., оспариваетъ это, а въ Пандектахъ т. I. ч. 2. § 259 примѣч. 13 соглашается съ *Windscheid* омъ. *Waechter*, у. с. стр. 39, полагаетъ, что не суперфициарная вещь, а суперфициарное право можетъ быть заложено застройщикомъ.

⁶⁾ D. VII. 4. 1 pr; D. XLIII. 18. 1. 6.

⁷⁾ D. X. 3. 7 pr; D. X. 2. 10; D. X. 1. 4. § 9.

⁸⁾ D. XIII. 3. 1 pr; D. XLIII. 18. 5 и 6.

⁹⁾ D. XXXIX. 2. 1 § 1, 3, 6, 15; D. VI. 2. 12. 3; D. XLIII. 18. 1 pr. и 4, 3 и 6.

¹⁰⁾ Gai. IV, § 36, § 4; I. IV. 6; D. VI. 2. 12, § 2 и 3.

¹¹⁾ Римскіе юристы относили *solarium* къ элементамъ самаго понятія *superficies*. Въ пандектной доктринѣ вопросъ споренъ; господствующее мнѣніе считаетъ оброкъ несущественнымъ для понятія суперфиция (*Dernburg*,

Когда же возникъ охарактеризованный институтъ?

Прямого и положительнаго отвѣта на этотъ вопросъ источники не даютъ. Изъ того, однако, обстоятельства, что уже Гай пишетъ о *superficies*, съ несомнѣнностью слѣдуетъ, что послѣдняя была извѣстна римскому праву еще до 178 г. нашей эры ¹⁾. Но, если Гай говоритъ объ окончательно сложившемся правовомъ институтѣ, то время образованія его должно быть отнесено къ болѣе ранней эпохѣ. Установить, однако, болѣе опредѣленно время его возникновенія не представляется возможнымъ за отсутствіемъ положительныхъ указаній источниковъ. Косвенныя же соображенія въ пользу болѣе ранняго существованія суперфициарнаго права существуютъ. Прежде всего нужно отмѣтить два факта общаго характера, весьма важныхъ въ этомъ отношеніи—неотчуждаемость значительной части городской территоріи, принадлежавшей государству и городской общинѣ и, на ряду съ этимъ, значительное развитіе городской жизни (къ концу республики населеніе Рима достигало двухъ милліоновъ жителей). Эти факторы не могли не умножить случаевъ возведенія зданій на чужой землѣ, а это послѣднее обстоятельство не могло не выдвинуть вопроса объ организаціи правовой защиты многочисленныхъ застройщиковъ.

Указываютъ ²⁾, далѣе, и на политическія цѣли, какъ на причину болѣе ранняго возникновенія суперфициарнаго пра-

у. с., стр. 261; *Waechter*, у. с. стр. 59 и слѣд.; *Windscheid*, у. с., стр. 1001; противнаго мнѣнія—*Schmidt*. у. с. стр. 153; *Brinz*, Pandekten, 1873, т. I, стр. 823; *Degenkolb*, у. с. стр. 42 и слѣд.

¹⁾ Къ этому году относится *S-tum Orphitianum*, о которомъ зналъ Гай. См. *Kipp*, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, Berlin. 1903. стр. 63, 112 и 122.

Коротенькій титулъ Дигестъ (XLIII, 18) De superficibus содержитъ въ себѣ, кромѣ одного отрывка изъ комментарія Гая къ преторскому эдикту, отрывки изъ наиболѣе цѣннаго труда (Ad edictum praetoris) Уlpian'a, убитаго преторьянцами въ 228 году.

Другіе римскіе юристы, трактовавшіе о *superficies*, относятся ко времени позднѣйшему.

²⁾ См. наприм. *Dernburg*, у. с. т. I. § 258.

ва, а именно, на необходимость необезпеченнымъ классамъ городского населенія дать въ прочной формѣ владѣніе жилыми домами. Нерѣдко утверждаютъ ¹⁾, что superficies возникла первоначально въ практикѣ римского государства, отдававшего съ давнихъ временъ свои земли частнымъ лицамъ въ пользованіе на очень продолжительное время. Но это были публично—правовыя отношенія, а superficies есть институтъ частнаго права. Едва-ли при этомъ возможно предполагать надобность въ созданіи особой защиты интересовъ застройщиковъ противъ государства: conductor loci publici имѣлъ interdictum de loco publico fruendo и для него interdictum de superficiebus былъ не нуженъ, а съ другой стороны, и не допустимъ, такъ какъ споры изъ публично-правового найма могли разрѣшаться только въ порядкѣ петиціонной защиты ²⁾. Вѣрнѣе, поэтому, думать, что болѣе раннее происхожденіе суперфициарнаго права имѣло мѣсто въ области аренды *городской земли частными* лицами подъ застройку ³⁾, гдѣ интересы контрагентовъ, дѣйствительно, требовали частно-правовой защиты. Экономическіе интересы богатыхъ римскихъ нобилей владѣвшихъ городской землей и

¹⁾ Dernburg, у. с. т. I. § 258; Girard, Manuel, стр. 382. Мысль, что только потребность улучшенія культуры на земляхъ императора и казны явилась первоначальной почвой для возникновенія superficies въ Римѣ, какъ и вездѣ—мысль вообще слабая. Потребность возведенія строеній на чужой землѣ возникла гораздо раньше, чѣмъ надобность думать объ улучшеніи землепользованія. Неотчуждаемость земель, необходимость имѣть строеніе на опредѣленномъ мѣстѣ, сосредоточенность земельныхъ богатствъ въ немногихъ рукахъ—эти обстоятельства должны были породить суперфициарныя отношенія гораздо раньше возникновенія потребности въ интенсивной эксплоатаціи земель императора и фиска.

²⁾ См. объ этомъ Degenkolb, у. с. стр. 112 пр. 1.

³⁾ См. Girard, Manuel, стр. 382. 1; Degenkolb, у. с. стр. 111. Не ясенъ взглядъ Waechter'a, у. с. стр. 24. Онъ ссылается на Puchta, Cursus der Institutionen, т. II. § 244 стр. 680—681, Leipzig 1842, который не разграничиваетъ superficies и публично-правовой наемъ. См. еще *его-же* System und Geschichte des römischen Privatrechts. Leipzig, 1875, т. II. § 244, стр. 233—237.

неохотно ее продававшихъ, должны были побудить и ихъ эксплуатировать годную подъ застройку землю посредствомъ отдачи ея въ суперфициарное пользованіе, дававшее постоянный, равномерный доходъ и освобождавшее землевладѣльца отъ общенія съ отдѣльными квартирантами. Всѣ эти соображенія даютъ, повидимому, право утверждать, что superficies возникла значительно ранѣе Гая, отъ котораго мы имѣемъ характеристику этого института.

Сохранившіяся свѣдѣнія объ *отдѣльныхъ конкретныхъ примѣрахъ* ¹⁾ суперфициарнаго права болѣе ранняго времени тоже не позволяютъ сдѣлать точнаго указанія о времени его распространенія. Прежде всего нѣкоторые ²⁾ изъ случаевъ, обыкновенно приводимыхъ въ качествѣ примѣровъ суперфициарныхъ правоотношеній, не заключаютъ въ себѣ столько опредѣленности, чтобы можно было съ несомнѣнностью признать въ нихъ именно случаи суперфициарныхъ, а не иныхъ правоотношеній. И только немногіе изъ нихъ обладаютъ такой несомнѣнностью, но эти послѣдніе относятся ко времени не столь отдаленному.

Несомнѣнный примѣръ суперфициарнаго правоотношенія всѣ согласны видѣть въ случаѣ, о которомъ рассказываетъ Rudorff ³⁾.

Въ царствованіе Коммода, на мѣстѣ теперешней piazza Colonna, въ честь Марка Аврелія была воздвигнута колонна-памятникъ съ барельефами, которые должны были обезсмертить войну съ Маркоманнами. Этотъ памятникъ искус-

¹⁾ Примѣры эти даны различными авторами; ихъ приводитъ Degenkolb, у. с. стр. 108—114; Rudorff, у. с. стр. 220 и слѣд.; тѣже примѣры мы находимъ позднѣе у Pest'a у. с. стр. 9 и слѣд. и у Reinicke у. с. стр. 9 и слѣд.

²⁾ Напр., договоръ Дидоны съ нумидійцами о землѣ, на которой стоялъ городъ сперва названный Тиромъ (Цоръ), а затѣмъ извѣстный подъ именемъ Кархедона или Кареагена; сообщенія Діонисія о lex Icilia de Aventino publicando (298 а. н. с.); сообщеніе Ливія отъ 544 г. о. о. Р. о лавкахъ на форумѣ (Liv. XXVII, 13); lex Thoria agraria (643), см. еще Degenkolb, у. с. стр. 107 и слѣд.

³⁾ Rudorff, у. с. 220 стр. и слѣд.

ства всегда охранялъ особый сторожъ, служившій въ тоже время гидомъ для публики. Въ 193 году такимъ сторожемъ былъ вольноотпущенникъ императорскаго дома Адрасть. Когда былъ законченъ постройкой форумъ Марка Аврелія, Адрасть долженъ былъ на мѣсто своей прежней сторожки воздвигнуть нѣчто болѣе подобающее мѣсту нахождения памятника искусства. Для этого Адрасту необходимы были, конечно, земля и строительный матеріалъ. Онъ обратился съ ходатайствомъ черезъ императорскихъ чиновниковъ Элія Ахилла и Флавіана Евтиха о выдачѣ ему строительнаго матеріала и отводѣ мѣста подъ постройку, такъ какъ нужная земля, составляя часть Марсова поля, куплею приобрѣтена быть не могла. Это ходатайство Адраста увѣнчалось полнымъ успѣхомъ: приказъ отъ 6 августа повелѣваетъ смотрителю новаго форума Эпафродиту выдать Адрасту потребный для крыши матеріалъ, а приказъ отъ 19 августа Аквилію Феликсу—выдать десять подводъ строевого дерева. 10 сентября просьба Адраста объ отводѣ земли была передана кураторамъ общественныхъ зданій Гаю Суперстесу и Фабію Максиму для исполнения: „...*prestaturо secundum exemplum ceterorum solarium*“. Всѣ эти приказы Адрасть велѣлъ высѣчь на камнѣ и помѣстить предъ своимъ домомъ. Эти „*litterae de aedificio, post columnam Divi Marci extruendo*“ найдены при раскопкахъ на Monte Citorio въ 1777 году.

Другой несомнѣнный примѣръ суперфиция на городской землѣ приводитъ Degenkolb ¹⁾. Это—декретъ Путеоланскихъ декуріоновъ объ исполненіи просьбы нѣкоего Лелія Атимета: „*uti solarium aedificii, quod extruit in transitorio, remittetur sibi*“.

Примѣръ изъ болѣе ранней эпохи можно вмѣстѣ съ Reinicke признать въ сообщеніи Frontinus'a ²⁾ о городскомъ

¹⁾ Degenkolb, Dekret der Decurionen... стр. 474 и слѣд. Позднѣе на него ссылается Reinicke. у. с. стр. 11. Этотъ примѣръ находимъ и у Girard, Textes, стр. 796.

²⁾ Frontinus, de aquis urbis Romae II, 118, цитировано у Reinicke, у. с. стр. 10.

водопроводѣ въ Римѣ: онъ проходилъ вдоль линіи домовъ по городской землѣ, и домовладѣльцы за пользованіе землей для водопровода платили solarium.

Этими примѣрами и ограничиваются наши свѣдѣнія объ отдѣльных случаяхъ суперфициарнаго права. И все же, несмотря на немногочисленность ихъ, нужно полагать ¹⁾, что значительно ранѣе эпохи Гая и времени, къ которому относятся приведенные примѣры, superficies имѣла въ Римѣ въ силу развитія городской жизни значительное распространеніе. Подтвержденіемъ этому служатъ слова выше приведеннаго декрета отъ 193 года „*praestaturо secundum exemplum solarium*“, указывающія, что устанавливаемое правоотношеніе является не исключительнымъ, не единичнымъ случаемъ, а однимъ изъ многихъ, настолько обычнымъ, что даже особаго опредѣленія размѣра періодическаго вознагражденія за пользованіе землею (solarium) для конкретнаго случая не требуется: онъ опредѣляется по установившемуся шаблону, а, можетъ-быть, даже по таксъ—„*secundum exemplum ceterorum*“, „*sicut ceteri*“ ²⁾. Терминъ superficies знакомъ, при этомъ, отнюдь не только юристамъ—уже во времена Нерона онъ представляется настолько вообще распространеннымъ, что философъ Сенека пользуется имъ въ своихъ цѣляхъ какъ понятіемъ, извѣстнымъ всякому ³⁾.

Такимъ образомъ, источники даютъ полное основаніе утверждать, что въ республиканскую эпоху superficies существовала въ Римѣ уже какъ совершенно развитой институтъ частнаго права.

¹⁾ Срв. Reinhardt, Das Erbbaurecht, Meissen, 1901, стр. 10.

²⁾ Degenkolb, Dekret, стр. 484.

³⁾ Seneca, Epist. XIII 3 § 28 (ср. 88). „Non est autem ars sui juris, cui precarium fundamentum est. Philosophia nil ab alio petit, totum opus a solo excitat. Mathematica, ut ita dicam, *superficiaria* est, in alieno aedificat“.

„Наслѣдственное право застройки, какъ особый правовой институтъ, происходитъ отъ римской superficies, которая была воспринята общимъ правомъ и переработана лишь въ отдѣльныхъ пунктахъ“¹⁾—такимъ утвержденьемъ начинается очень нерѣдко исторія наследственного права застройки (Erbbaurecht) дѣйствующаго Германскаго Гражданскаго Уложения.

Это утверждение представляется, однако, неправильнымъ въ двухъ отношеніяхъ: во-первыхъ, нельзя начинать исторіи нынѣ дѣйствующаго въ Германіи²⁾ наследственного права застройки только со времени рецепціи римскаго права, т. к. далеко еще до начала этой рецепціи возникъ соотвѣтственный германскій институтъ—städtische Erbleihe³⁾,—во-вторыхъ, указанное утверждение неправильно въ томъ смыслѣ, что современное германское наследственное право застройки (Erbbaurecht), въ дѣйствительности, есть результатъ соединенія и переработки двухъ, въ основѣ своей принципиально различныхъ правовыхъ институтовъ—германской Erbleihe и

¹⁾ См. напр. Gierke, Deutsches Privatrecht, т. II стр. 615 и у авторовъ, указанныхъ имъ во 2 прим. 615 стр. Того же мнѣнія Wittmaack. Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München, 1906 стр. 10, прим. 2.

²⁾ BGB. §§ 1012—1017; Eg. Art. 182, 184, 115; 62, 67, 68, 133, 196.

³⁾ Нужно, однако, строго различать двѣ формы (Rietschel, у. с. стр. 187 и слѣд.) этого найма: одна примѣнялась при основаніи новаго торговаго поселенія (Marktansiedlung) или колоніи (Koloniendorf; см. объ этомъ Rietschel, Markt und Stadt in ihrem rechtlichen Verhältniss. Leipzig. 1897)—наниматель становился членомъ новой общины, на него возлагался цѣлый рядъ публично-правовыхъ обязанностей, онъ подчинялся юрисдикціи городского или деревенскаго судьи; напротивъ, другая форма разсматриваемаго свободнаго наследственного найма представляетъ собою отношеніе чисто частно-правовое, лишь съ имущественно-правовымъ дѣйствіемъ; ея примѣненіе имѣетъ мѣсто не при основаніи новыхъ поселеній, а при отдачѣ въ пользованіе какимъ-либо крупнымъ землевладѣльцемъ (Ritter, Bürger, Stift) своей земли другому безъ всякаго ограниченія личной свободы. Первую форму Rietschel называетъ Gründerleihe, вторую—private Erbleihe. Какъ видно изъ содержанія назван-

римской superficies, а не простое заимствование этой послѣдней „съ переработкой лишь въ отдѣльныхъ пунктахъ“.

Въ самомъ дѣлѣ, начало практической рецепціи римскаго права въ Германіи относятъ приблизительно къ срединѣ XV вѣка¹⁾. Между тѣмъ, неотчуждаемость значительной части городской территоріи, принадлежащей городской общинѣ (Gemeindeland), церкви, фиску, членамъ королевской фамиліи, невозможность, затѣмъ, для городскихъ ремесленниковъ приобрѣтенія земли въ собственность и, на ряду съ этимъ, колоссальный ростъ и расцвѣтъ германскихъ городовъ въ эпоху отъ 1100 до 1500 года²⁾—все эти условія тогдашней городской жизни ясно указываютъ на неизбежность возникновенія задолго до начала рецепціи острой нужды въ правѣ застройки.

Въ такихъ условіяхъ развитіе городовъ возможно было, очевидно, только на основѣ длительного пользованія чужою землею для застройки.

Эта мысль подтверждается нынѣ вполне установленнымъ фактомъ³⁾, что уже въ XII-омъ или въ началѣ XIII-го

ныхъ формъ, только эта послѣдняя имѣетъ отношеніе къ суперфициарному праву, и именно ее и смѣнила въ послѣдствіи реципированная superficies.

Дѣлаемое нѣкоторыми старыми авторами различіе между ländliche и städtische Erbleihe, какъ выяснилъ Rietschel—у. с. стр. 191—200.—не имѣетъ подъ собою никакой почвы—юридически Erbleihe едина независимо отъ того, примѣняется ли она къ городской или сельской землѣ. Не имѣетъ также юридическаго значенія различіе между weltliche и geistliche Erbleihe—тамъ-же стр. 194 и слѣд.

¹⁾ См. Dernburg, Р. т. I § 3; Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, изд. 1907 г. стр. 807; § 66 даетъ литературу вопроса.

²⁾ Уже въ 1440 году во Франкфуртѣ было 9000 жителей, въ Констанцѣ 10,000, въ Нюрнбергѣ 20,000, см. у Damaschke Kommunale Bodenpolitik въ Jahrb. der Bodenreform, сентябрь стр. 160—183.

³⁾ Arnold, Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, Basel, 1861 положилъ начало изслѣдованію землевладѣнія въ германскихъ городахъ. За нимъ наиболѣе важны для насъ—Jaeger, Die Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes in der Stadt Strassburg, 1888; Keutgen, Untersuchungen über den Ursprung der deutschen Stadtverfassung, Leipzig, 1895 стр. 49—177, Rietschel, Die Ent-

столѣтія такой наслѣдственный наемъ (Erbleihe) былъ господствующей формой поземельныхъ отношеній въ большинствѣ германскихъ городовъ ¹⁾.

Изъ множества видовъ этого наслѣдственного найма феодальной Германіи только одинъ былъ какъ по своимъ бытовымъ цѣлямъ, такъ и по юридической конструкціи институтомъ, родственнымъ римскому суперфициарному праву. Это — т. наз. свободный ²⁾ наслѣдственный ³⁾ наемъ — *die freie Erbleihe* (въ отношеніи къ городской землѣ — *städtische Erbleihe*).

Сущность этого правоотношенія ⁴⁾ заключается въ слѣдующемъ. Управомоченный по найму (Beliehene) *владеетъ и*

stehtung der freien Erbleihe въ Zeitschr. der Savigny-St. für Rechtsg. XXII. 1901. стр. 181, 244; Beyerle, Konstanzer Häuserbuch, 1908; M. Wolff, у. с. стр. 9—22.

Насколько, однако, еще вопросъ остается не выясненнымъ, можно видѣть изъ признанія, которое дѣлаетъ авторъ новѣйшей работы Schreiber, Die Geschichte der Erbleihe in der Stadt Strassburg, Heidelberg, 1909., Введение стр. 1. Основные выводы работъ указанныхъ авторовъ мы находимъ въ изложеніи Pesl'a, у. с. стр. 14—34.

¹⁾ См. Wolff, у. с. стр. 14 и указанныхъ въ прим. 18 авторовъ, Rietschel, у. с. стр. 191, 211 и слѣд. Arnold, у. с. стр. 37 и слѣд. Исключеніе изъ этого составляли лишь старые римскіе и тѣ вновь основанные города и торговые поселенія (Märkten), при самомъ основаніи которыхъ земля была предоставлена поселенцамъ какъ свободная собственность (Allod, Zinsfreie Eigentum). Таковы—Konstanz, Dortmund, Duisburg, München, Naumburg, Hamburg—см. Schröder, Rg. стр. 648.

²⁾ Въ отличіе отъ прочихъ формъ потомственного оброчнаго владѣнія, порождающихъ личную зависимость владѣльца отъ собственника земли.

³⁾ Наслѣдственный свободный наемъ возникъ по мнѣнію Rietschel'a изъ стараго германскаго института precaria oblata (beneficium), представляющаго собою сдѣлку, въ силу коей земля переходитъ въ собственность Grundherr'a и въ то-же время обратно передается отчуждателю, какъ Leihgut, въ пользованіе; мало по мало вошло въ обычай этотъ наемъ, почти всегда пожизненный (Vitalleihe), распространять и на наслѣдниковъ управомоченнаго и т. о. Vitalleihe превратилась въ Erbleihe; см. Rietschel, у. с. стр. 208 и слѣд. Срв., впрочемъ, Schreiber, Die Geschichte der Erbleihe in der Stadt Strassburg, 1909.

⁴⁾ Arnold, у. с. стр. 309—486, Schreiber, у. с. стр. 85—174, необозримую специальную литературу для отдѣльныхъ городовъ даетъ Schröder въ своей Rechtsgeschichte, стр. 634 § 51.

пользуется полученной землей и, если не онъ самъ воздвигъ строеніе, а получилъ готовое, то и этимъ послѣднимъ; онъ можетъ пользоваться имъ по собственному усмотрѣнію; онъ можетъ свободно и распоряжаться имъ, только при отчужденіи необходимо содѣйствіе собственника, впрочемъ, оно, какъ и содѣйствіе при переуступкѣ права застройки, вскорѣ превратилось въ требованіе дать простое согласіе на сдѣлку, а въ половинѣ XIV-го вѣка исчезло всякое ограниченіе отчужденія ¹⁾.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда объектомъ Erbleihe была голая земля и получившій ее въ наслѣдственный наемъ самъ возводилъ на ней строеніе, что было общимъ правиломъ, это послѣднее всегда становилось собственностью застройщика ²⁾; строеніе повышало цѣнность земли и, какъ продуктъ дѣятельности и затратъ капитала застройщика, принадлежало этому послѣднему; это право собственности на строеніе—melioratio—является центральной характерной особенностью германской Erbleihe въ отличіе отъ римской superficies ³⁾.

Другая особенность германскаго наслѣдственного найма—возможность установленія его на всякій объектъ (дома, мельницы, рыбныя ловли, сады, виноградники, денежная рента и т. п.), которому оборотъ усваиваетъ значеніе недвижимости ⁴⁾.

Правамъ застройщика соответствуетъ обязанность платить собственнику оброкъ (Zins); обязанность эта погашается

¹⁾ Rietschel, у. с. стр. 190.

²⁾ См. Rietschel, у. с. стр. 189 и указанныхъ во 2 прим. авторовъ. Источники указываютъ Wolff, у. с. стр. 14 и прим. 19. Мнѣніе, будто это коренное различіе между римскимъ и германскимъ правомъ въ вопросѣ о принадлежности зданія, выстроеннаго на чужой землѣ, объясняется тѣмъ, что въ Римѣ издавна воздвигались солидныя каменные зданія, а въ Германіи легкія деревянныя (см. напр. Simon, Das Bauwerk des Erbbaurechts, 1910. стр. 5), опровергается уже тѣмъ фактомъ, что древнѣйшіе примѣры римскаго суперфициарнаго права касались именно деревянныхъ зданій. См. выше, стр. 14, и, кромѣ того, Проф. Kacco, у. с. стр. 8.

³⁾ Glosse zum Sachsensp. III, 79; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, т. II стр. 175.

⁴⁾ Rietschel, у. с. стр.—189 и прим. 1 и 2.

лишь наступлениѣмъ объективной невозможности пользова-
ніа нанятой земель.

Таковы основныя черты господствовавшаго въ позе-
мельныхъ отношеніяхъ Германіи уже въ XII-омъ вѣкѣ гер-
манскаго наслѣдственнаго найма, существенно, какъ видимъ,
отличнаго отъ римской superficies.

Вопросъ о происхожденіи этой правовой формы весьма
споренъ. Но вѣрна ли мысль Arnold'a, что städtische freie
Erbleihe возникла изъ старыхъ формъ *зависимаго потом-
ственнаго* владѣнія усадебной землею городскихъ ремеслен-
никовъ, платившихъ властелину (Grundherr) поголовную по-
дать (Korpfzins), вслѣдствіе того, что позднѣе они, сдѣлавшись
свободными, сохранили за собою наслѣдственное пользова-
ніе земель, перевели, такъ сказать, поголовную подать на
вещный оброкъ (*т. н. Hofrechtstheorie*) ¹⁾, или правильна
основанная на критикѣ Jaeger'a ²⁾, Keutgen'a ³⁾, Gobbbers'a ⁴⁾,
Des-Marez'a ⁵⁾ *gynomeza Rietschel'a* ⁶⁾ о происхожденіи Erbleihe
изъ древнихъ формъ *свободнаго* найма и, въ частности, отъ
precaria путемъ вошедшаго, мало по малу, въ обычай рас-
пространенія правомочій изъ найма на наслѣдниковъ управо-
моченнаго,—и въ томъ и въ другомъ случаѣ остается несо-
мнѣннымъ фактъ, что задолго до рецепціи римскаго права
задачи суперфициарнаго права въ Германіи выполнялъ инсти-
тутъ *германскаго* происхожденія, *существенно* отличный отъ
римской superficies.

Въ дальнѣйшемъ развитіи эта древне-германская
Erbleihe постепенно превратилась въ полную собственность ⁷⁾:

¹⁾ Arnold, у. с. стр. 36, 57, 145.

²⁾ Jaeger, у. с. стр. 11 и слѣд.

³⁾ Keutgen, у. с. стр. 121 и слѣд.

⁴⁾ Gobbbers, Zeitschs. F. Rg. Bd. XVII. 1883 стр. 140 и слѣд.

⁵⁾ Des-Marez, Etude sur la propriété foncière dans les villes du moyen-
âge spécialement en Flandre, 1898.

⁶⁾ Rietschel, у. с. стр. 206 и слѣд. срв., впрочемъ, Schreiber, у. с.
стр. 11 и слѣд.

⁷⁾ Pesl, у. с. стр. 31.

въ XII и XIII вв. землевладѣлецъ ясно выступаетъ какъ
собственникъ земельного участка, а застройщикъ какъ про-
изводный владѣлецъ; въ XIV вѣкѣ это рѣзкое различіе правъ
ихъ уже стирается, и они рассматриваются равно управомо-
ченными, а все правоотношеніе трактуется какъ *dominium*
divisum; землевладѣльцу принадлежитъ *dominium directum*
(Obereigentum)—голая собственность, а застройщику — *do-*
minium utile (Untereigentum)—пользованіе, почти исчерпы-
вающее все содержаніе собственности.

Въ итогѣ этой эволюціи право собственника земли
превратилось въ *невъкупаемую поземельную ренту (Zinsrecht)*,
а застройщикъ сталъ единственнымъ собственникомъ наслѣд-
ственнымъ-наемной земли—*solum superficiei cedit* ¹⁾.

Хотя этотъ процессъ исчезновенія старой германской
Erbleihe близился къ концу въ эпоху, къ которой относятъ
начало практической рецепціи римскаго права, ²⁾ тѣмъ не
менѣе рецепція застала еще германскій институтъ въ дѣй-
ствіи и, когда римская superficies ³⁾ была перенесена на

¹⁾ Heusler, Inst. II. 175; Stobbe, Deutsches Privatrecht т. II, 1897 г.
§ 99 стр. 136.

²⁾ Только къ этому времени и можно отнести утвержденіе *Du-Roi*—
Archiv f. civ. Praxis, т. VI. стр. 387,—что суперфициарныя правоотношенія рѣдко
встрѣчались въ Германіи; мнѣніе Schweppe—Römisches Privatrecht, т. II.
§ 326—что эти отношенія въ Германіи вовсе не были извѣстны, опровергается
приведенными Вехтеромъ доказательствами, см. Waechter, у. с. стр. 27 и слѣд.

Цитированное Waechter'омъ указаніе *Bluntschli*—Deutsches Privatrecht.
I. § 57—имѣетъ въ виду, повидимому, развившуюся изъ старой Erbleihe по-
этажную собственность (Stockwerkseigentum), существовавшую тогда и ны-
нѣ существующую въ Германіи; аргументація Waechter'a въ пользу отрица-
нія этого факта необудительна, см. Ackermann, Über Stockwerkseigentum,
Göttingen, 1891 стр. 17 и слѣд.; по мнѣнію послѣдняго, область примѣненія
института собственности на строеніе или его часть отдѣльно отъ собствен-
ности на землю равняется 7/8 Германіи.

³⁾ Римское названіе „superficies“ было чуждо германскому словоупо-
требленію, поэтому суперфициарныя отношенія извѣстны здѣсь подъ дру-
гими наименованіями, таковы — Erbzinsrecht, Bodenzinsrecht, Baurecht,
Kellerrecht, Platzrecht; къ нимъ практика примѣняла нормы римскаго супер-
фициарнаго права, см. Seuffert's Arch. f. Entscheidungen, т. IV №№ 16, 101,
152; т. XXVIII, № 262; т. XXI, № 990; т. XXVI, № 106; т. XLVI, № 85.

германскую почву и стала примѣняться къ отношеніямъ, подчинявшимся дотолѣ нормамъ описаннаго германскаго наслѣдственнаго найма, она не могла, конечно, остаться свободной отъ вліянія старой германской Erbleihe.

Слѣды этого вліянія явно выражены во всемъ развитіи римскаго суперфициарнаго права на германской почвѣ.

Уже въ *общемъ правѣ* римскій принципъ „superficies solo cedit“ значительно ослабляется допущеніемъ ряда случаевъ, когда зданіе, воздвигнутое на чужой землѣ, не дѣлается составной частью послѣдней—это случаи возведенія строеній лишь для *проходящихъ временныхъ надобностей* ¹⁾.

Въ *общемъ же правѣ* происходитъ и *расширеніе круга объектовъ* суперфициарнаго права путемъ распространенія его на разнообразныя строенія для цѣлей торгово-промышленныхъ и культурныхъ вообще, а не только для возведенія жилыхъ домовъ ²⁾.

Существенно измѣняется и *значеніе оброка*, платимаго застройщикомъ собственнику земли: если въ Римѣ superficies безъ solatium немислима, то напротивъ, въ *общемъ правѣ* оброкъ исключается изъ понятія суперфициарнаго права ³⁾.

Но всего значительнѣе это вліяніе германскихъ воззрѣній сказывается въ *прусскомъ земскомъ правѣ*, которое *устраняетъ* въ цѣломъ рядъ случаевъ *начало приращенія*, признаетъ *отдѣльную собственность* на зданія, воздвигнутыя на чужой землѣ ⁴⁾ и знаетъ случаи, когда solum cedit aedificio ⁵⁾.

Отдѣльная собственность на зданія, воздвигнутыя на чужой землѣ, и поэтажная собственность получили прямое признаніе еще и въ мѣстномъ законодательствѣ *южной Гер-*

¹⁾ Biermann, у. с. § 2, стр. 218 и предыд.; Reinicke, у. с. стр. 38, прим.

²⁾ Срв. Büchel, Civilrechtliche Erörterungen, стр. 283 и 341, Waechter, у. с. стр. 55, Reinicke, у. с. стр. 62.

³⁾ Windscheid-Kipp, у. с. т. I. § 223 пр. 11; Dernburg, Р. т. I. § 259 стр. 644.

⁴⁾ См. Preussisches Allgem. Landrecht (1794) Кн. I, тит. IX, §§ 98, 221, 275; кн. I тит. XX §§ 472—475; кн. I, тит. XX, §§ 199—200, 243—246.

⁵⁾ Тамъ-же кн. I, тит. IX § 332; кн. I тит. IX §§ 340—341.

маніи, гдѣ эти правовыя формы широко распространены подъ именемъ Stockwerkseigentum, Geschosseigentum, Eigentum an Gelassen, Kellerrecht, Gerbergsrecht, Schirnenrecht ¹⁾; Цюрихское Гражданское уложеніе тоже допускаетъ дальнѣйшее существованіе уже установленныхъ правоотношеній этого рода.

Принципы древне-германской Erbleihe получаютъ прямое признаніе во *французскомъ правѣ* ²⁾, откуда съ извѣстными измѣненіями переходятъ въ Гражданское уложеніе Италіи (448, 562) и Испаніи (396).

Такимъ образомъ, какъ видимъ, и *законодательствомъ* и господствующей *доктриной* (Bluntschli, Roth, Stobbe, Sintenis, Krauss, Kuntze, Ackermann, Biermann) новаго времени римскій принципъ приращенія разсматривается только какъ позитивная норма римскаго права, а не какъ неизбежное требованіе юридической логики.

Германское гражданское уложеніе 18 августа 1896 года, хотя и не пошло по слѣдамъ прусскаго Landrecht'a, но все же формулируетъ начало приращенія подъ вліяніемъ описаннаго предшествующаго развитія права не въ римскомъ безусловномъ его значеніи, а въ той смягченной формѣ ³⁾, которую оно получило въ *общемъ правѣ* и въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ законодательствахъ Германіи ⁴⁾.

¹⁾ Въ Вюртенбергѣ, Гессенѣ, Баваріи, затѣмъ, въ Саксенъ-Майнингенѣ и другихъ областяхъ Тюрингіи, въ Баденѣ, Мекленбургъ-Шверинѣ, Любекѣ, Шлезвигѣ, Нассау, Франкфуртѣ на Майнѣ. См. объ этомъ Kuntze, у. с. стр. 5, 46, 47, и слѣд. Ackermann у. с. стр. 5, 7, 17 и слѣд.; Zoepritz, Über das Stockwerkseigentum, Tübingen, 1912, Schott, Das Stockwerkseigentum nach den Bestimmungen des Württemberg. Rechts, 1907. Schröder, Über eigentümliche Formen des Miteigentums, 1905.

²⁾ Code Civil. art. 553, 664.

³⁾ См. Paul Albrecht Die rechtliche Behandlung der Sachen des § 95. B. G. B. Lückenwalde, 1902., Meyer (Herbert), Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstückes, Breslau, 1905.

⁴⁾ Срв. Waechter, у. с. 125, Koch, Kommentar zum P. A. L. R. § 243. и Deruburg Preussisches Privatrecht § 289, прим. 4, Schröder, у. с. стр. 38 Biermann, у. с. стр. 220 и слѣд.

Общее начало ¹⁾ „къ существеннымъ составнымъ частямъ земельного участка принадлежатъ вещи, прочно связанныя съ почвой, въ частности, *строения*“ въ слѣдующемъ параграфѣ отмѣняется для цѣлой категоріи случаевъ, весьма многочисленныхъ и важныхъ въ бытовомъ отношеніи ²⁾: „къ составнымъ частямъ земельного участка“, читаемъ мы здѣсь, „не принадлежатъ вещи, связанныя съ почвой *лишь для преходящихъ цѣлей; то же правило примѣняется къ строенію или другому сооруженію, которое было возведено на поземельномъ участкѣ управомоченнымъ лицомъ въ осуществленіе права на чужую недвижимость*“ ³⁾.

Покоящееся на этихъ основныхъ началахъ наследственное право застройки Германскаго Гражданскаго Уложенія имѣетъ въ основѣ своей, такимъ образомъ, два корня—старую германскую *Erbleihe* въ соединеніи съ римской *superficies* въ томъ ея видѣ, какой получила послѣдняя въ общемъ правѣ.

Это соединеніе двухъ противоположныхъ воззрѣній въ насл. правѣ застройки Германскаго Гражданскаго Уложенія находитъ свое выраженіе и въ отдѣльныхъ вопросахъ разсматриваемаго института ⁴⁾, и только неполнота законодательной нормировки его нѣсколько мѣшаетъ видѣть со всею ясностью это соединеніе указанныхъ началъ.

Неполнота же эта находитъ себѣ объясненіе въ томъ незавидномъ положеніи суперфициарнаго права, которое оно занимало въ Германіи въ эпоху созданія Германскаго Гражданскаго Уложенія.

Дѣло въ томъ, что развитію суперфициарнаго права въ новое время помѣшала успѣхъ индивидуалистическихъ тенденцій конца XVIII вѣка.

Съ точки зрѣнія идеаловъ того времени обремененіе частной земельной собственности правомъ такого обширнаго

¹⁾ § 94 B. G. B.

²⁾ Объ этомъ скажемъ ниже въ послѣдней главѣ.

³⁾ § 95 B. G. B.

⁴⁾ Объ этомъ скажемъ ниже.

содержанія, какъ *superficies*, представлялось столь же нежелательнымъ, какъ и всякое ограниченіе свободы индивида; поземельная собственность должна была быть свободной и безгранично оборотоспособной.

Цѣлый рядъ освободительныхъ законовъ половины XIX ¹⁾ вѣка уничтожилъ многообразныя обремененія поземельной собственности въ Германіи; почти враждебное отношеніе того времени ко всякимъ вѣчнымъ или длительнымъ обремененіямъ ея приводитъ къ чрезвычайному сокращенію практическаго примѣненія суперфициарнаго права. Неудивительно, поэтому, что составители ²⁾ Германскаго Гражданскаго Уложенія считаютъ *superficies* весьма рѣдко встрѣчающимся въ жизни правоотношеніемъ ³⁾; возникаетъ даже сомнѣніе въ цѣлесообразности введенія въ уложеніе права застройки, занимавшего въ тогдашней правовой жизни столь незначительное мѣсто ⁴⁾.

Стоя на точкѣ зрѣнія индивидуалистическихъ тенденцій, редакторы Германскаго Гражданскаго Уложенія почти съ

¹⁾ Хотя примѣнимость прусскаго *Ablösungsgesetzes* отъ 2 Мр. 1850 г. къ суперфициарнымъ отношеніямъ въ литературѣ и спорна (Срв. *Waechter*, у. с. стр. 126 и слѣд., *Förster*, *Theorie und Praxis des preuss. Rechts*. т. III. § 187, *Dernburg*, *Preuss. Privatr. § 290*), но практика, повидимому, безъ колебанія примѣнила указанный законъ къ *superficies* (см. рѣшенія прусскаго *Ober-Tribunal* отъ 13 дек. 1855 г. Это обстоятельство не могло, конечно, не оказать отрицательнаго вліянія на распространеніе суперфициарнаго права.

²⁾ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band III *Sachenrecht*, Berlin 1896, стр. 467. „Die *Superficies* kommt nur sporadisch vor und belastet gewöhnlich nur verhältnissmässig geringe Parzellen“. Право застройки осталось бы и въ Германскомъ Гражданскомъ Уложеніи лишь какъ юридическая древность (*Dietsch*, у. с. стр. 4), если бы современныя условія не сдѣлали его средствомъ разрѣшенія жилищнаго вопроса. См. *Vorentwurf, Begründung*. т. II. стр. 1090.

³⁾ Однако установленіе суп. права имѣло мѣсто и передъ самымъ введеніемъ B. G. B. въ дѣйствіе; примѣры—*Kroll's Etablissement*, *Soologischer Garten*, *Kaiser Wilhelm Gedächtniskirche* въ Берлинѣ.

⁴⁾ *Jhering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884, стр. 280.

извиненіем ¹⁾ оставляютъ въ немъ наслѣдственный наемъ земли для застройки, названный Johow'ымъ „правомъ наслѣдственной застройки“—Erbbaurecht и, не предугадавъ его будущаго соціального значенія, отводятъ его нормировкѣ лишь шесть абстрактныхъ параграфовъ. Справедливо, поэтому, назвали Erbbaurecht пасынкомъ ²⁾ Гражданскаго Уложенія.

Германское имперское законодательство о правѣ застройки ³⁾ страдаетъ большой неполнотой; неясность формулировки отдѣльныхъ положеній разсматриваемаго права породила спорность многихъ существенныхъ вопросовъ. Такъ, въ германскомъ правѣ мы не находимъ никакого указанія закона ни на обязанность застройщика возвести строенія, ни на обязанность поддерживать въ надлежащемъ видѣ уже возведенныя; нѣтъ въ немъ никакого прямого указанія относительно срока, на который можетъ быть установлено право застройки, что породило контрверзу даже въ этомъ элементарномъ вопросѣ; неясной представляется, далѣе, правовая судьба какъ построекъ, такъ и ипотеки и другихъ обремененій права застройки по прекращеніи его; законъ совсѣмъ не указываетъ способа, какимъ можно бы было придать вещный характеръ обязанности застройщика платить собственнику земли вознагражденіе; этотъ пробѣлъ въ осо-

¹⁾ *Motive* III, стр. 466; право застройки вводится въ уложеніе лишь благодаря тому обстоятельству, что въ дѣйствующемъ до уложенія правѣ допускались подобныя правоотношенія.

²⁾ *Dennler*, Das Erbbaurecht въ *Zeitschr. f. das Notariat und f. die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern*, 1904 стр. 5—называетъ право застройки Германскаго Гражданскаго Уложенія 20 ноября 1896 года—„Gerippe eines Rechtskörpers“,—*Klein*, Die Rechtsformen der Gebrauchleihe im Deutschen B. G. B. Wien 1902, стр. 33—„leeres Gehäuse“, „Hülse ohne Inhalt“. Приведено у *Salomon*, Die hypothekarische Belastung des Erbbaurechts, Heidelberg. 1910, стр. 8.

³⁾ B. G. B., § 1012—1017; уложеніе не отмѣняетъ соответственныхъ правовыхъ формъ мѣстнаго права отдѣльныхъ государствъ Германіи—см. E. G. Art. 55, 62, 63, 115, 131.

бенности чувствителенъ тамъ, гдѣ мѣстное право допускаетъ вотчинныя повинности (Reallasten) лишь съ ограниченіями или даже совсѣмъ ихъ не допускаетъ; наконецъ, что всего важнѣе въ дѣлѣ *практическаго* примѣненія права застройки, законъ совершенно умалчиваетъ объ отношеніи права застройки къ праву застройщика на строеніе, чѣмъ подрывается реальный кредитъ послѣдняго.

Неполнота и недостатки дѣйствующаго права породили въ широкихъ и самыхъ разнообразныхъ кругахъ нѣмецкаго общества стремленіе реформировать разсматриваемый институтъ и дать ему возможно полную и рациональную законодательную регламентацію, которая обезпечила бы практическую примѣнимость права застройки.

Самая обширная изъ существующихъ въ Германіи ассоціацій—Союзъ Земельной Реформы—энергично работаетъ въ пользу реформы права застройки, и мы, повидимому, наканунѣ опубликованія новаго закона, который, будемъ надѣяться, дастъ удовлетвореніе всѣмъ современнымъ требованіямъ, предъявляемымъ къ праву застройки его теперешними социальными задачами ¹⁾.

Въ правѣ отдѣльныхъ кантоновъ Швейцарскаго союза римскій принципъ приращенія имѣлъ неодинаковую область примѣненія и различное значеніе ²⁾; въ наиболѣе чистомъ

¹⁾ См. рѣчь графа *Посадовскаго-Вернера*, главы тогдашняго германскаго правительства, въ лицѣ котораго право застройки нашло искреннаго и вліятельнаго друга, въ засѣданіи Рейхстага 19 апр. 1907 г., *Dietsch*, у. с. стр. 2 и слѣд., *Stübben*, см. Verhandlungen des XXXI Deutschen Juristentages, стр. 98, *Tripeloury*, Ist das Erbbaurecht seiner im B. G. B. getroffenen rechtlichen Konstruktion nach geeignet, eine Lösung der Kleinwohnungsfrage herbeizuführen, Greifswald, 1912., *André*, Die rechtliche Seite des Erbbaurechts въ *Schriften der Zentralstelle für Arbeiter—Wohlfahrtseinrichtungen* № 22, 1903.

²⁾ Такъ Гражданское Уложеніе кантоновъ—*Waadt*, Art. 451, *Freiburg*, Art. 487, *Neuenburg*, Art. 515; см. *Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. III. Basel, 1889, стр. 240 и слѣд.; *Hitzig*, Das Bau-recht (droit de superficie) im Vorentwurf eines schweizerischen Civilgesetzbuchs, въ *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 44 Band, Heft 1, Basel, 1903, стр. 2—12.

видѣ онъ усвоенъ правомъ *нѣмецкой* Швейцаріи, которому чуждо право застройки въ его современной конструкціи—здѣсь superficies лишь наслѣдственное пользованіе *зданіемъ*, собственникомъ коего остается землевладѣлец¹⁾; напротивъ, во *французскихъ* кантонахъ принципъ приращенія имѣетъ значеніе диспозитивной нормы и суперфициарныя отношенія конструируются, какъ отдѣльная собственность застройщика на возведенныя имъ строенія; эти правовыя формы, какъ и поэтажная собственность, находятъ здѣсь широкое распространеніе²⁾.

Объединенное въ Общемъ Гражданскомъ Уложеніи 10 дек. 1907 г. *швейцарское право* формулируетъ принципъ приращенія въ еще болѣе смягченной формѣ³⁾, чѣмъ Герм. Гражд. Уложеніе и отмѣчаетъ его относительный характеръ *прямымъ признаніемъ за застройщикомъ права собственности*⁴⁾ на строеніе, воздвигнутое на чужой землѣ.

¹⁾ Впрочемъ, отдѣльную собственность на строеніе признаютъ по исключенію и нѣкоторые нѣмецкіе кантоны Швейцаріи, см. напр., гражд. уложеніе кантона Aargau § 477, Schaffhausen § 491, Zürich § 133.

²⁾ Наприм. каменные погреба (Felsenkeller) на берегахъ Боденскаго озера, шлюзы, плотины и т. д. См. Stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung. 1906. № 26 стр. 536; Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartaments. 1900, т. III. стр. 86 и слѣд.

³⁾ Schweizerisches Zivilgesetzbuch Art. 642 даетъ такое опредѣленіе составной части: „Bestandteil einer Sache ist alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestande gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann“, специально же о составныхъ частяхъ поземельнаго участка Art. 667 говоритъ: „das Eigentum an Grund und Boden umfasst unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen, sowie die Quellen“.

⁴⁾ „Bauwerke und andere Vorrichtungen“, гласитъ Art. 675 уложенія, „die auf fremden Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstück verbunden sind, können einen besonderen Eigentümer haben, wenn ihr Bestand als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist“. Другія исключенія изъ принципа приращенія указываютъ Art. 676, 677. См. *Wieland*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Sachenrecht, 1909 г. стр. 115. 4. с.

Новое уложеніе вводитъ въ гражданскій оборотъ Швейцаріи особый институтъ права застройки подъ именемъ „*Baurecht*“ (droit de superficie)¹⁾. Подобно прусскому земскому праву (I, 22. § 243), право застройки трактуется въ части (четвертой) Уложенія, посвященной *вещному праву*, именно, въ отдѣлѣ ея объ ограниченныхъ вещныхъ правахъ (второмъ), въ частности, во второй главѣ этого отдѣла, посвященной нормамъ о *пользовладѣніи и другихъ служебностяхяхъ*. Право застройки есть, по Уложенію, *сервитутъ*²⁾ *sui generis*: оно отличается отъ вещнаго сервитута тѣмъ, что не требуетъ наличности господствующаго участка, а отъ личнаго—наслѣдственностью и отчуждаемостью. Содержаніе права застройки законъ формулируетъ такъ: „auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu *errichten* oder *beizubehalten* (Art. 779)“. Законъ хочетъ сказать, что постройки, какъ воздвигнутыя застройщикомъ, такъ и существовавшія уже при установленіи правоотношенія, во все время дѣйствія права застройки *принадлежатъ застройщику*³⁾. Право застройки вносится въ вотчинную книгу подъ особымъ номеромъ и получаетъ въ ней особый листъ (Art. 665, 779). Приобрѣтая въ оборотѣ значеніе поземельнаго участка, оно⁴⁾, какъ поземельная собственность, можетъ быть отчуждаемо и обременяемо ипотекой, вотчиннымъ долгомъ и сервитутами (Art. 655). Застройщикъ, какъ собственникъ построекъ, можетъ ими свободно распоряжаться—снести, измѣнить, воз-

¹⁾ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dec. 1907, Art. 675, 779; Art. 655 говорятъ о поземельныхъ участкахъ (Grundstücke), какъ специальнымъ терминѣ Уложенія и къ числу ихъ относятъ самостоятельныя, длительныя занесенныя въ вотчинную книгу права, тогда какъ Art. 658 перваго проекта и Art. 649 второго прямо называли Baurecht, какъ примѣръ вещнаго права, трактуемаго Уложеніемъ въ качествѣ юридическаго fundus'a. См. Erläuterungen zum Vorentwurf, 1900. Sachenrecht, стр. 86 и слѣд.

²⁾ *Wieland*, у. с. стр. 265 и слѣд.; *Hitzig*, у. с. стр. 17 и слѣд.

³⁾ *Wieland*, у. с. стр. 266 и 267; срв. *Hitzig*, у. с. стр. 18.

⁴⁾ Однако, не самое только право застройки, какъ въ Герм. Гражд. Уложеніи 1896 г., а право собственности застройщика на строенія, см. *Hitzig*, у. с. стр. 21.

вести на ихъ мѣсто новыя; строительный матеріалъ принадлежитъ ему; право его, однако, *срочно*—по прекращеніи правоотношенія всѣ постройки переходятъ въ собственность землевладельца. Уложеніе не даетъ никакихъ указаній ни о срокѣ, ни о вознагражденіи, ни о другихъ обязанностяхъ застройщика, предоставляя всѣ эти вопросы усмотрѣнію контрагентовъ. Для возникновенія права застройки требуется: во—1-хъ, письменный договоръ, засвидѣтельствованный публичной властью, во—2-хъ, письменное заявленіе собственника земли вотчинному учрежденію о внесеніи права застройки въ вотчинную книгу и въ—3-ихъ, самое внесеніе его въ вотчинную книгу (Art. 779) по формѣ, требуемой Art. 967. Право застройки прекращается вслѣдствіе истеченія срока, на который оно установлено, вслѣдствіе гибели поземельнаго участка, но не строеній; отказъ застройщика отъ своего права погашаетъ его лишь при согласіи на это со стороны ипотечныхъ вѣрителей застройщика (Art. 964).

Подобно Германскому Гражданскому Уложенію, Швейцарское Уложеніе 1907 года не допускаетъ установленія права застройки ни на части строенія, ни т. наз. поэтажной собственности (Stockwerkseigentum)—Art. 675 ¹⁾.

Такими общими чертами характеризуется швейцарское право застройки.

Нормировка его въ новомъ Швейцарскомъ Гражд. Уложеніи, появившемся позднѣе Германскаго, еще менѣе, однако, удовлетворительна, чѣмъ въ этомъ послѣднемъ. Конструкція понятія права застройки, принятая Уложеніемъ, весьма неудачна: Baurecht по Уложенію можетъ быть *простымъ сервитутомъ*, если стороны устраняютъ договоромъ наследственность и отчуждаемость этого права,—безъ такого соглашенія оно является *самостоятельнымъ* и отличнымъ отъ сервитутовъ вещнымъ правомъ; такое соединеніе въ одномъ понятіи двухъ совершенно различныхъ видовъ вещ-

¹⁾ См. Erläuterungen, стр. 86 и слѣд. Законъ о введеніи въ дѣйствіе Уложенія, Art. 45.

наго права ведетъ къ большимъ затрудненіямъ при квалифікаціи конкретныхъ случаевъ установленія, обремененія и отчужденія права застройки ¹⁾. Нечего и говорить о томъ, что законъ, посвящающій праву застройки одинъ параграфъ, страдаетъ крайней неполнотой—въ немъ, кромѣ неудачно формулированнаго понятія, нѣтъ положительныхъ указаній ни на одинъ вопросъ разсматриваемаго типа вещнаго права; право застройки Швейц. Гражд. Уложенія нужно признать, поэтому, еще менѣе удачнымъ законодательнымъ опытомъ, чѣмъ Platzrecht прусскаго Landrecht'a, появившагося болѣе ста лѣтъ тому назадъ.

Феодальная эпоха создала во Франціи цѣлую сѣть, разнообразныхъ какъ по содержанію такъ и по формѣ, видовъ наследственнаго землепользованія ²⁾, таковы—bail à cens, bail héréditaire, droit de marché, domaine congéable и др.; встрѣчавшіеся нерѣдко на ряду съ этими послѣдними эмфитевзисъ и суперфицій постепенно настолько слились съ феодальными формами вѣчнаго найма, что позднѣе утратилась самая память объ ихъ происхожденіи и не дѣлалось между ними никакого различія ³⁾. Эти правоотношенія устанавливались, какъ и повсюду, для цѣлей сельскохозяйственнаго культивированія пустопорожнихъ мѣстъ и колонизационныхъ ⁴⁾; нерѣдко, а иногда исключительно ⁵⁾ нѣкоторыя изъ

¹⁾ Wieland, у. с. стр. 265.

²⁾ Garsonnet, у. с. стр. 387 и слѣд., 535 и слѣд., въ русской литературѣ—Карышевъ, Вѣчно-наследственный наемъ земель на континентѣ западной Европы. Спб. 1886.

³⁾ Garsonnet, у. с. стр. 544.

⁴⁾ Наиболѣе извѣстные примѣры суперфиціарнаго права—дома на улицѣ Rivoli, на Montmartre'ѣ, зданіе Парижской Opéra-Comique см. Garsonnet, у. с. стр. 550 и слѣд.

⁵⁾ Напр., droit de marché въ древности въ Пикардіи распространено было только на владѣнія горожанъ—эдиктъ 25 авг. 1724 г. см. Карышевъ, у. с. стр. 36 и слѣд.

нихъ примѣнялись для застройки городской усадебной земли и выполняли, такимъ образомъ, задачи права застройки. Но законодательство революціонной эпохи уничтожило всѣ эти виды землепользованія, какъ обломки феодальнаго строя ¹⁾.

Code Civil нигдѣ прямо не говоритъ ни объ эмфитевзисѣ, ни о суперficiи ²⁾, но римскій принципъ приращенія имѣеть въ немъ значеніе лишь нормы диспозитивной, примѣняемой *in dubio* ³⁾; вмѣстѣ съ тѣмъ кодексъ даетъ прямое признаніе отдѣльной собственности, какъ на домъ безъ земли, такъ и на часть постройки (т. н. поэтажная собственность ⁴⁾).

¹⁾ Декретъ 18—29 дек. 1790 года Art. 1 говоритъ: „Toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, de quelque espèce qu'elles soient, quelle que soit leur origine, à quelque personne qu'elles soient dues: gens de mainmorte, domaines-apaganistes, ordre de Malte, même les rentes de dons et legs pour cause pie ou de fondation, seront rachetables; les champarts de toute espèce et sous toutes les dénominations, le seront pareillement au taux ci-après fixé. Il est défendu à l'avenir, de plus créer aucune redevance foncière non remboursable, sans préjudice des baux à rente ou emphytéose, et non perpétuels qui seront exécutés pour toute leur durée et pourront être faits à l'avenir pour 99 ans et au-dessous; ainsi que les baux à vie même sur plusieurs têtes à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois“.

²⁾ Ихъ не знаетъ ни Art. 543, перечисляющій вещныя права, ни Art. 2118, указывающій недвижимости, допускающія обремененія ипотекой. Вопросъ о допустимости суперficiи во французской доктринѣ споренъ. Господствующее мнѣніе рѣшаетъ его положительно; см. *Laurent*, Principes de droit civil français. Paris. 1873. т. VIII, стр. 410; срв. *Planiol*, Traité élémentaire de Droit civil, изд. 5-е, 1908, т. I, 2524—2529; *Baudry-Lacantinerie*, т. I, 1908, стр. 976; *Labori*, Répertoire encyclopédique du Droit Français, Gazette du palais. Tome deuxième. Paris. 1890, стр. 213.

³⁾ Code Civ. Art. 553: „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“.

⁴⁾ Code Civ. Art. 664.

На основѣ этихъ общихъ положеній и неотмѣннаго закона 18—29 дек. 1790 г., допускающаго срочный эмфитевзисъ, французская юриспруденція выработала институтъ суперфициарнаго права—*superficie* ¹⁾, которая, вопреки распространенному мнѣнію, имѣетъ довольно значительную область примѣненія и постоянно охраняется практикой ²⁾.

Сущность французской *superficie* опредѣляется слѣдующими основными чертами. Застройщикъ становится *собственникомъ* возведенныхъ имъ на чужой землѣ строеній; суперфициарное право является имуществомъ недвижимымъ и можетъ быть обременяемо ипотекой и прочими вещными правами; принципиально оно вѣчно, какъ и право собственности, но въ дѣйствительности устанавливается всегда на опредѣленный срокъ; *superficie* во Франціи примѣняется не только для возведенія строеній, но и для насажденій.

Кромѣ *superficie*, отъ временъ очень давнихъ, переживъ революцію, сохранилась и встрѣчается въ наше время въ Нижней Бретани одна изъ древнихъ формъ наслѣдственнаго найма, о которой мы уже упоминали, это—т. н. *domaine congéable* ³⁾. Правоотношеніе это заключается въ слѣдующемъ. Управомоченный по найму (*domanier, convenancier, colon*)

¹⁾ Важнѣйшая литература указана въ *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. I, Paris, 1886, стр. 325, см. accession и superficie. См. еще *Sirey*, Lois annotées, т. I, стр. 115, 74. 1. 457; *La Grande Encyclopédie*, слово superficie стр. 716, тамъ-же т. IV, стр. 1175; *Dalloz*, Répertoire alphabétique т. V подъ словомъ louage.

²⁾ См. Cour de cass. 16 Dec. 1873; *Dalloz*, 74. 1. 249; *Sirey*, 74. 1. 457, Grenoble, 3 марта 1903, *Dalloz*, 1905, 2. 240; Trib. civ. de Harbonné, 8 мая 1907, *Dalloz*, 1905, 5. 37; Cass. 27 апр. 1891, *Dalloz*, 92. 1. 219; *Sirey*, 91. 1. 369; *Dalloz*, 92. 2. 409; *Dalloz*, 1893, 2. 218.

³⁾ См. объ этомъ *Henri Villeneuve*, Du domaine congéable ou bail à convenant. Etude historique et pratique, 1883, *Denisse*, De la nullité d'une clause actuellement insérée dans les baux à domaine congéable. Paris 1893, *Paul Henry*, Une vieille coutume bretonne, 1894, *Ego-же*, La loi bretonne du 23 nov. 1896, Paris 1897, *Pinchon et Gouvril*, Domaines congéables, 1897, *Lalau-Keraly*, Etude sur les domaines congéables historique et critique, Paris 1909.

получаетъ право собственности на возведенныя имъ постройки, на всѣ меліораціи и насажденія, кромѣ дико растущихъ; онъ платитъ собственнику земли (*foncier*) невысокое ежегодное вознагражденіе (*rente convenancière*); собственнику земли принадлежитъ, однако, право въ любое время отказаться продлить арендныя отношенія съ колономъ (*droit de congément*); выплативъ ему стоимость всѣхъ построекъ (*édifices et superficies*), *foncier* становится единымъ собственникомъ земли и строенія. Напротивъ, *domanier* лишень такого права требовать прекращенія аренды (*provoquer le congément*); онъ можетъ лишь покинуть арендованный участокъ и тѣмъ освободить себя отъ платежа оброка—*faire exponse* (*droit d'exponse*), но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ теряетъ и право на возмѣщеніе стоимости построекъ.

Такое юридическое положеніе *domanier* занималъ до революціи; законъ 7 іюля (6 авг.) 1791 года (Art. 11) даровалъ ему право требовать прекращенія арендныхъ отношеній съ выкупомъ строеній собственникомъ земли. Законъ 23 ноября 1896 года ставитъ *domanier* въ еще болѣе благопріятное положеніе¹⁾, предоставляя ему право на возмѣщеніе стоимости строеній и въ томъ случаѣ, когда онъ покидаетъ арендованный участокъ (*exponse*).

Въ настоящее время²⁾ въ палату депутатовъ внесено предложеніе о дополненіи указаннаго закона нормами, которыя ставили бы контрагентовъ въ совершенно равное юридическое положеніе въ вопросѣ о приобрѣтеніи полной собственности въ смыслѣ предоставленія *domanier* права выкупа земли.

Такимъ образомъ, хотя во франц. гражд. кодексѣ нѣтъ особаго института права застройки, тѣмъ не менѣ гражданскому обороту Франціи эта правовая форма извѣстна, какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ.

1) *Paul Henry*, La loi bretonne, стр. 13 и слѣд.

2) Въ іюль 1912 года.

Австрійское Гражданское Уложеніе предусматриваетъ особый видъ вещнаго права на землю въ цѣляхъ застройки—*право поземельнаго оброка* (*Bodenzinsrecht*)¹⁾. Уложеніе конструируетъ это правоотношеніе какъ раздѣльную собственность: собственнику земли принадлежитъ право на субстанцію земли, а застройщику—наслѣдственное пользованіе поверхностью ея; первый—собственникъ земли, второй—*возведеннаго на ней зданія*; застройщикъ платитъ собственнику за пользованіе ея поверхностью ежегодное вознагражденіе—*Bodenzins*, подлежащій съ 1867 года выкупу²⁾.

Но этотъ институтъ имѣетъ съ 1848 года лишь незначительное распространеніе³⁾; строенія на чужой землѣ въ большихъ городахъ Австріи возводятся нынѣ, по общему правилу, на основаніи простой аренды, приспособленной до извѣстной степени къ спеціальнымъ интересамъ контрагентовъ. Договоры объ установленіи такой аренды не создаютъ, разумѣется, вещнаго права, которое могло бы быть занесено въ поземельную книгу; возникающее изъ договора т. наз. *Superädificatrecht* не можетъ быть обременяемо ни ипотекой, ни иными вещными правами; постройки, возведенныя застройщикомъ, могутъ быть отчуждаемы лишь съ согласія собственника земли; никакого возмѣщенія за меліораціи застройщикъ не получаетъ; судьба построекъ по окончаніи аренднаго срока опредѣляется договорами различно, наиболѣе типичнымъ является соглашеніе, въ силу коего постройки остаются въ собственности застройщика и по окончаніи аренды⁴⁾, но для сноса ихъ устанавливается краткій срокъ, по истеченіи коего онѣ поступаютъ въ собственность землевладѣльца; срокъ

1) Allgem. bürgerl. Gesetzbuch, 1811 г. § 1125: „Ist ein Eigentum dergestalt geteilt, dass einem Teile die Substanz des Grundes samt der Benützung der Unterfläche, dem andern Teile aber nur die Benützung der Oberfläche erblich gehört; so heisst die jährliche von diesem letztern Besitzer zu entrichtende Abgabe, *Bodenzins*“.

2) Staatsgrundgesetz vom 7 Dec. 1867. Art. 7.

3) *Grünberg*, Bauten auf fremdem Grund, Wien 1903, стр. 9 и слѣд.

4) Такую возможность открываетъ § 297 Австр. Гр. Уложенія 1811 г.

характеризуемого найма—обыкновенно *трехлѣтній*, но стороны имѣютъ всегда въ виду возобновленіе договора на прежнихъ условіяхъ; описанное Superädifikatrecht¹⁾ является весьма распространенной правовой формой, какъ въ Австріи, такъ и въ Венгріи²⁾.

Практика³⁾ не примѣняетъ къ этимъ отношеніямъ ни римскаго начала приращенія, ни двойной собственности; отсюда проистекаетъ *неопредѣленность* правового положенія такихъ строеній и необезпеченность интересовъ застройщика.

Между тѣмъ, современное развитіе большихъ городовъ, умноживъ до небывалыхъ размѣровъ случаи возведенія домовъ на чужой землѣ, сдѣлало и для австрійскаго законодателя очередной задачей упорядоченіе права, регулирующаго городское строительство; разрѣшить эту задачу стремится законъ о правѣ застройки 26 апрѣля 1912 года⁴⁾.

¹⁾ Pessl, у. с. стр. 43 и слѣд. смѣшиваетъ Bodenzinsrecht и Superädifikatrecht.

²⁾ Такъ напр., 1/6 строеній Вѣны построена на чужой землѣ, см. Grünberg, у. с. стр. 15 и слѣд. Зданіе венгерскаго парламента въ Будапештѣ тоже—Superädificat. Superädifikatrecht примѣняется не только на земляхъ городовъ, но и на крестьянской землѣ; въ послѣднемъ случаѣ большей частью для промышленнаго садоводства.

³⁾ Grünberg, у. с. стр. 24 и слѣд. Договоръ аренды устраняетъ по мнѣнію практики дѣйствіе § 418 Австр. Гр. Уложенія, въ силу коего добросовѣстный застройщикъ чужой земли дѣлается собственникомъ послѣдней, если собственникъ земли зналъ о постройкѣ и не воспрепятствовалъ ея возведенію; см. Grünberg, у. с. стр. 15, прим. 1.

⁴⁾ Gesetz vom 26 April 1912, betreffend das Baurecht, возникъ по инициативѣ Zentralstelle für Wohnungsreform въ Вѣнѣ. Названное общество при ближайшемъ участіи извѣстнаго юриста, бывшаго министра юстиціи, Франца Клейна разработало образцовый договоръ о правѣ застройки и опубликовало для распространенія въ широкихъ кругахъ общества въ извѣстіяхъ союза (Mitteilungen der Zentralstelle für Wohnungsreform № 27); затѣмъ Fr. Klein внесъ предложеніе о выработкѣ закона о правѣ застройки въ Reichsrat, который отнесся къ предложенію сочувственно; для разработки законопроекта назначена была особая коммиссія; выработанный ею законопроектъ былъ принятъ Reichsrat'омъ въ XXI сессіи, въ 1912 г.

По новому закону право застройки (Baurecht) есть *вещное, отчуждаемое и наследственное право имѣть на чужой землѣ строеніе (Bauwerk), на поверхности ея или подъ землею.*

Стремясь избѣжать основныхъ дефектовъ¹⁾ германскаго и швейцарскаго права застройки, австрійскій законъ 26 апр. 1912 г. даетъ застройщику прочную защиту пользованія постройкой противъ произвола землевладѣльца до полной амортизаціи капитала, затраченнаго на возведеніе зданія. Для этой цѣли законъ усваиваетъ праву застройки наследственность и отчуждаемость²⁾, допуская внесеніе его въ поземельную книгу³⁾, считаетъ застройщика *собственникомъ* возведеннаго имъ *строенія*⁴⁾; ту же цѣль преслѣдуетъ опредѣленіе въ самомъ законѣ минимальнаго срока (30 лѣтъ)⁵⁾, на который можетъ устанавливаться право застройки и запрещеніе установленія его подъ отмѣнительнымъ условіемъ, за исключеніемъ условія, имѣющаго въ виду значительную просрочку въ платежѣ оброка, а именно, неплатежъ въ теченіе двухъ лѣтъ⁶⁾. По прекращеніи права застройки за постройки, отходящія къ собственнику земли, послѣдній долженъ, если иначе не постановлено въ договорѣ, возмѣстить застройщику 1/4 наличной стоимости ихъ⁷⁾. Какъ обремене-

Законъ состоитъ изъ 20 параграфовъ неодинаковаго содержанія; онъ дѣлится на *четыре отдѣла*; *первый* (§§ 1—13) содержитъ частно-правовыя нормы; *второй* (§§ 13—15) касается процессуально-правовой стороны института (Verfahren); *третій* (§§ 16—20) регулируетъ вопросъ о налогахъ и повинностяхъ (Gebührenrechtliche Bestimmungen); наконецъ, въ *четвертомъ* заключается лишь одинъ § 20 о введеніи въ дѣйствіе закона о правѣ застройки. Съ отдѣльными постановленіями закона мы познакомимся ниже.

¹⁾ Bericht des Justizausschusses über den Beschluss des Herrenhauses betreffend den Gesetzentwurf über das Baurecht, стр. 1 и слѣд.

²⁾ Gesetz 26 Apr. 1912, betr. d. Baurecht, § 1.

³⁾ Тамъ-же § 5.

⁴⁾ Тамъ-же § 6.

⁵⁾ Тамъ-же § 3.

⁶⁾ Тамъ-же § 4.

⁷⁾ Тамъ-же § 9.

ніе поземельного участка, право застройки можетъ занимать мѣсто *только впереди* всѣхъ остальныхъ; на его положеніе среди обремененій не вліяетъ и публичная продажа поземельного участка какъ по частнымъ требованіямъ, такъ и при публичныхъ взысканіяхъ ¹⁾.

Чтобы открыть застройщику возможность пользованія ипотечнымъ кредитомъ, законъ трактуетъ право застройки какъ недвижимость—*юридическій fundus*, а *строеніе какъ принадлежность права застройки* ²⁾. Для обезпеченія интересовъ ипотечнаго вѣрителя постановляется, что прекращеніе права застройки *до истеченія срока*, на который оно установлено, *не имѣетъ силы* въ отношеніи къ залогопринимателю, если послѣдній не получаетъ полного удовлетворенія по своему требованію ³⁾; до полного погашенія залогового или иного вещнаго обремененія права застройки послѣднее продолжаетъ существовать въ лицѣ собственника земли; для тѣхъ же цѣлей законъ распространяетъ отвѣтственность по залогу и на *вознагражденіе*, которое собственникъ земли уплачиваетъ застройщику по прекращеніи права застройки ⁴⁾. Оборотоспособность права застройки обезпечивается предоставленіемъ ему *особаго листа* въ поземельной книгѣ ⁵⁾.

Характернымъ для разсматриваемаго закона является запрещеніе обременять земельный участокъ правомъ застройки лицамъ *частнымъ*: по закону 26 апр. 1912 года оно можетъ быть устанавливаемо только на земляхъ *государственныхъ, провинцій, округовъ, общинъ или общественныхъ организацій* (eines öffentlichen Fonds); на земляхъ же церковныхъ, общепользныхъ учреждений и союзовъ въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда мѣстная высшая прави-

¹⁾ Gesetz 26 Apr. 1912, betr. d. Baurecht, §§ 5, 11.

²⁾ Тамъ-же § 6.

³⁾ Тамъ-же § 8.

⁴⁾ Тамъ-же §§ 9, 10.

⁵⁾ Тамъ-же § 5.

тельственная власть найдетъ это отвѣчающимъ общественнымъ интересамъ ¹⁾.

Оцѣнка этого новѣйшаго закона о правѣ застройки принадлежитъ, конечно, будущему, можно, однако, уже и теперь отмѣтить нѣкоторыя какъ положительныя, такъ и отрицательныя черты австрійской новеллы. Прежде всего, крупнымъ достоинствомъ нужно признать полноту законодательной нормировки регулируемаго новеллой правоотношенія: полнотой нормировки австрійскій законъ ²⁾ уступаетъ среди новѣйшихъ законодательствъ только русскому закону 23 іюня 1912; законъ *не обходитъ* трудностей и стремится такъ или иначе *разрѣшить* наиболѣе важные вопросы, чтобы сдѣлать право застройки *практически примѣнимымъ*; цѣнна, наконецъ, въ практическомъ отношеніи *опредѣленность* положеній закона и *конкретный характеръ* ихъ содержанія. Но на ряду съ этими положительными сторонами сами авторы ³⁾ закона отмѣтили слабые пункты его. Это—указанное сейчасъ предоставленіе мѣстной власти рѣшенія вопроса о допустимости установленія права застройки на земляхъ, не принадлежащихъ государству и общинамъ, отъ котораго едва ли возможно ожидать положительныхъ результатовъ; *неясность* положенія (§ 62) закона, которое даетъ застройщику права пользовладѣльца, „если не постановлено иного“; неудачный выборъ названія „Baurecht“, смѣшивающаго право застройки съ правомъ всякаго собственника земли возводить на ней строения и нѣкоторые другіе недостатки ⁴⁾.

¹⁾ Gesetz 26 Apr. 1912, betr. d. Baurecht, § 2.

²⁾ Въ немъ заключается 20 статей.

³⁾ Bericht des Justizausschusses über den Beschluss des Herrenhauses, betreffend den Gesetzentwurf über das Baurecht, стр. 3 и слѣд.

⁴⁾ См. докладъ Pribram'a на послѣднемъ сѣздѣ германскихъ юристовъ въ Вѣнѣ—„Sind für die Zwecke der Beleihung von Erbbaurechten durch Hypothekenbanken und andere Kreditinstitute die Bestimmungen des geltenden Rechts ausreichend oder ercheint, und in welchem Sinne—eine Er-

Въ Бельгiи ¹⁾ право застройки регулируется особымъ закономъ 10 янв. 1824 г. ²⁾, восполняющимъ пробѣлъ французскаго гражданскаго кодекса. Названный законъ формулируетъ право застройки ³⁾ какъ вещное право имѣть на чужомъ поземельномъ участкѣ постройки или насажденiя (Art. 1); право это заносится въ вотчинную книгу какъ *недвижимость* и можетъ быть обременено ипотекой (Art. 2); въ отличiе отъ римской *superficies*, бельгiйское право застройки *не можетъ быть вѣчнымъ*—законъ допускаетъ установление его на срокъ не болѣе 50 лѣтъ (Art. 4), но возобновленiе по истеченiи срока дозволяется (Art. 4). По прекращенiи правоотношенiя постройки переходятъ въ собственность землевладѣльца за извѣстный выкупъ. Какъ право вещное въ чужомъ имѣнiи оно прекращается вслѣдствiе гибели обремененнаго участка (Art. 19), конфузiи (Art. 9) и давности ⁴⁾ (Art. 9), какъ право *срочное* съ истеченiемъ срока, на который оно установлено.

Бельгiйскiй законъ 10 января 1824 года перешелъ почти безъ измѣненiй въ **Гражданское Уложенiе Голландiи** (§§ 758—766). Однако въ отличiе отъ Бельгiйскаго закона Голландское Гражд. Уложенiе допускаетъ установленiе права застройки безъ означенiя срока; но, если въ договорѣ объ установленiи срокъ не назначенъ, собственникъ земли можетъ по истеченiи 30 лѣтъ отъ времени установленiя прекратить правоотношенiе, предупредивъ объ этомъ застройщика за годъ (§ 766).

gänzung dieser Bestimmungen geboten“? Напечатано въ Verhandlungen des XXXI Deutschen Juristentages, т. II, стр. 174 и слѣд. и другихъ авторовъ, указанныхъ *Forchheimer*’омъ въ его „Das Baurecht“, Wien 1913, стр. 99.

¹⁾ *Arndtz*, Cours de Droit civil français, 1879—1888, т. I, стр. 660 и слѣд.; *Laurent*, у. с. т. VIII, стр. 49) и слѣд., т. VI, н^о 378.

²⁾ Въ связи съ Art. 45: ипотечнаго закона отъ 16 дек. 1851 г.

³⁾ „Le droit de superficie est un droit réel qui consiste à avoir des bâtimens, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui“ (Art. 1).

⁴⁾ Code Civil, Art. 526, 2228, 2262, 2265.

Если гражданскiя уложенiя **прочихъ европейскихъ государствъ** не знаютъ особаго института права застройки, то это еще не значитъ, что въ гражданскомъ правѣ этихъ странъ нѣтъ никакой иной вещно-правовой формы для защиты интересовъ, регулируемыхъ правомъ застройки. Напротивъ, въ большинствѣ случаевъ гражданское уложенiе такихъ странъ содержитъ въ себѣ прямое или косвенное указанiе на допустимость установленiя права застройки и при отсутствiи особыхъ специальныхъ нормъ о немъ въ гражданскихъ кодексахъ. Такъ, **Уложенiе Итальянское** регулируетъ эмфитевтическiй договоръ въ столь общихъ положенiяхъ, что установленiе эмфитевтезиса представляется вполне возможнымъ и для возведенiя строенiй—ст. 1566 кодекса даетъ эмфитевту право на вознагражденiе за мелiorации эмфитевтической земли; въ понятiе мелiorации входитъ, конечно, возведенiе строенiй и, потому, пользоваться эмфитевтическимъ договоромъ для установленiя права, аналогичнаго праву застройки, вполне допустимо. Тоже нужно сказать о Гражданскомъ Уложенiи **Испанiи** (ст. 1652).

Уложенiе **Португальское** прямо указываетъ на возможность установленiя эмфитевтическимъ договоромъ права воздвигнуть зданiе на чужой землѣ или пользоваться уже имѣющимся (ст. 1658).

Въ небольшихъ государствахъ Европы право застройки также имѣетъ распространенiе то какъ институтъ обычно-правовой, то какъ правоотношенiе, признанное и регулируемое закономъ. Такъ, **Саксонское** Гражд. Уложенiе знаетъ *Bau-и Kellerrecht* (§ 661); проектъ Гражд. Уложенiя **Баварiи** регулируетъ *Platzrecht* (§§ 334—340).

Въ **Румынiи** суперфициарныя отношенiя существовали съ древнихъ временъ подъ названiями—*embatic* (отъ новогреческаго „ἐμβατικόν“), *besman* (отъ турецкаго „bilmuzâmenet“= аренда), *paimela* (отъ древнеславянскаго „наимати“); въ кодексахъ *Молдави* и *Валахи* 1817 г. они также приняты (Кодексъ Калимаха §§ 1506 и слѣд. и Кодексъ Караджа, часть III, гл. V, §§ 1—5); въ опубликованномъ въ 1864 г. Гражданскомъ

Кодексъ (§ 1415) хотя и упоминается о нихъ, но установленіе ихъ на будущее время воспрещается¹⁾.

Гражд. Уложеніе Сербіи (1844 г.) устанавливаетъ принципъ приращенія какъ общее правило, допускающее исключенія: „Зданіе, выстроенное кѣмъ-либо на чужой землѣ изъ собственнаго матеріала, одинаково слѣдуетъ участи земли и достается собственнику послѣдней“... „Но если собственникъ земли оставилъ безъ вниманія или дозволилъ добросовѣстному строителю возведеніе строенія, а по окончаніи постройки станеть противиться тому, то онъ теряетъ это право, а *построившій зданіе вправѣ удержать за собою вмѣстѣ съ зданіемъ и землю*, заплативъ за послѣднюю по обыкновенной цѣнѣ“. Такова, по Уложенію, юридическая судьба зданія, построеннаго на чужой землѣ *безъ договора* о томъ съ собственникомъ земли²⁾. Что же касается возведенія зданій на чужой землѣ *на основаніи соглашенія* съ землевладѣльцемъ, то на этотъ предметъ существуетъ особое узаконеніе отъ 3 апр. 1840 г., довольно подробно регулирующее указанное отношеніе. Законъ допускаетъ предоставленіе земли подъ застройку на извѣстный срокъ или безъ указанія срока, на вѣчныя времена; законъ прямо подчеркиваетъ вѣчное дѣйствіе устанавливаемого договоромъ права пользованія чужой землей (ст. 4); возведенное на чужой землѣ зданіе—*собственность* застройщика; при отчужденіи земли или зданія каждый изъ контрагентовъ имѣетъ право преимущественной купли (ст. 5); для прекращенія правоотношенія по обоюдному соглашенію сторонъ законъ допускаетъ *выкупъ* (ст. 6). Преимущественное право на выкупъ имѣетъ тотъ, чье имущество больше стоитъ (ст. 7); при равенствѣ стоимости преимущественное право на выкупъ принадлежитъ собственнику земли (ст. 8).

¹⁾ См. Grünberg, у. с. стр. 7 прим. 5.

²⁾ Гражданское Уложеніе Княжества Сербіи, ст. 278. Изданіе Редакц. Коммисіи по составленію Проекта Гражд. Уложенія, Спб. 1897 г.

У насъ въ Россіи до закона 23 іюня 1912 г. не было не только особаго института права застройки¹⁾, но и никакихъ *общихъ* законоположеній о правѣ наслѣдственнаго оброчнаго владѣнія, которое, какъ право вотчинное, могло бы служить, до извѣстной степени, цѣлямъ названнаго института²⁾. Однако, и при отсутствіи общихъ правилъ, отдѣльные виды наслѣдственнаго оброчнаго владѣнія подъ разными наименованіями не только существовали и существуютъ, но и довольно подробно нормируются дѣйствующими законами³⁾; сюда относятся — возникшее при Петрѣ Великомъ *поссессионное владѣніе* горными заводами и фабриками⁴⁾; *безсрочное оброчное содержаніе*, устанавливаемое на земляхъ казны съ 1726 г. въ пользу частныхъ лицъ⁵⁾; постоянное *потомственное пользование* казенными землями *инородцевъ* Европейской и Азіатской Россіи и *бывшихъ государственныхъ крестьянъ* Евро-

¹⁾ Извѣстный нашимъ гражданскимъ законамъ—ст. ст. 386, 402, 1693, 1697, 1706, 1691, 1238 т. X ч. 1 Св. Зак. изд. 1900 г.—*наемъ изъ выстройки* порождаетъ только обязательственное право и, т. о., къ праву застройки, какъ особому вотчинному праву на земельный участокъ, отношенія не имѣетъ.

²⁾ Дѣйствующее (до закона 23 іюня 1912 г.) право не дѣлаетъ различія между эмфитевзисомъ и суперфициемъ. См. Проектъ, т. II, стр. 62.

³⁾ Если въ законахъ *гражданскихъ* объ оброчномъ владѣніи лишь упоминается, то въ *другихъ частяхъ Свода* ему отводится довольно много мѣста. См. т. II Общ. Учр. Губ. ст. 20 прим., прилож. ст. 32, т. VII Уст. Горн. ст. 223—254, 1233 прим. 1, т. VIII ч. 1 Уст. Лѣсн. ст. 449 прим. 1, Уст. Оброчн. ст. 2, 55—62, 69—78, т. IX Законъ о Сост. ст. 85 прим. 1, прилож. Особ. Прилож. XX, XXIII и XXV, т. X. ч. 1 ст. 472 прим., 515 прим., 569, 1396 п. 2, 1634, Полож. о Каз. Подр. и Пост. ст. 59, т. XII ч. 2 Уст. Сельск. Хоз. ст. 23 прилож.

⁴⁾ Указы 1719 и 1723 г.г. Уставъ Горный, изд. 1893 г., т. VII. Св. Зак.; см. объ этомъ Проф. Вс. Удинцевъ, Русское горноземельное право, Кіевъ 1909.

⁵⁾ Указы 22 апр. и 14 іюля 1726 г., 31 іюля 1762 г. Св. Зак. т. VIII, ч. 1 изд. 1908 г., ст. 122—124.

пейской Россіи до выдачи имъ владѣнныхъ записей ¹⁾; *владѣніе* государственныхъ поселянъ, переселенцевъ и осѣдлыхъ инородцевъ Сибири и Закавказья землями, отведенными имъ на основаніи Высочайше утвержденныхъ мнѣній Госуд. Совѣта 23 мая 1896 г., 31 мая 1899 г., 5 іюля 1900 г., 21 апр. 1903 г.; *наслѣдственное оброчное владѣніе* казенной землею для постройки загородныхъ домовъ и разведенія садовъ, устанавливаемое на казенныхъ земляхъ въ силу особыхъ законовъ и на основаніи специальныхъ правилъ ²⁾; *оброчное владѣніе, срочное и потомственное*, казенной землею для заведенія земледѣльческихъ, мануфактурныхъ и фабричныхъ ³⁾; *потомственное пользованіе городскими землями*, устанавливаемое въ пользу частныхъ лицъ для разведенія садовъ и виноградниковъ, для устройства мануфактурныхъ и фабричныхъ заведеній ⁴⁾.

Всѣ эти виды наслѣдственного оброчнаго владѣнія касаются, однако, какъ видимъ, лишь земель *казенныхъ и городскихъ*. Допускается ли нашимъ законодательствомъ обремененіе земель *частныхъ лицъ* правомъ отдѣльнаго наслѣдственного оброчнаго владѣнія?

Вопросъ этотъ опредѣленно разрѣшается въ нѣсколькихъ *отдѣльныхъ случаяхъ* особыми законоположеніями.

Такъ, *Мѣстное Положеніе о поземельномъ устройствѣ крестьянъ въ губерніяхъ Закавказскихъ* ⁵⁾ знаетъ отчуждаемое ⁶⁾ и переходящее по наслѣдству ⁷⁾ право постоянного пользованія ⁸⁾ землею частныхъ владѣльцевъ за опредѣленный оброкъ ⁹⁾; такое право пользованія можетъ имѣть

¹⁾ Св. Зак. т. IX. Особое приложеніе.

²⁾ Св. Зак. т. VIII, ч. 1, изд. 1908 г. прим. къ ст. 123.

³⁾ Св. Зак. т. XII, ч. 2, прил. къ ст. 28.

⁴⁾ Св. Зак. т. II, Общ. Учр. Губ. ст. 20, примѣч., приложение ст. 32.

⁵⁾ Св. Зак. IX т. Особ. прил. IV кн. VI Разд. Изд. 1902 г.

⁶⁾ Тамъ-же, ст. 297.

⁷⁾ Тамъ-же, ст. 296.

⁸⁾ Тамъ-же, ст. 294, 295.

⁹⁾ Тамъ-же, ст. 340, 375.

цѣлью возведеніе жилыхъ домовъ и всякихъ строеній для торгово-промышленныхъ предпріятій ¹⁾.

Тоже законоположеніе касается другого вида потомственного пользованія, т. н. *права хизанскаго владѣнія* крестьянъ-земледѣльцевъ, поселившихся (до 3 іюня 1891 г.) на земляхъ частныхъ владѣльцевъ Тифлисской и Кутаисской губерній, въ Абхазіи и Самурзакани, на началахъ *хизанскаго обычая* ²⁾. И этотъ видъ оброчнаго владѣнія можетъ устанавливаться для возведенія строеній, причемъ „дома и всякаго рода хозяйственные обзаведенія, устроенныя хизанами на владѣльческой землѣ,... составляютъ ихъ *собственность*“ ³⁾.

Особое Положеніе 24 янв. 1844 г. о взаимныхъ отношеніяхъ владѣльцевъ и жителей принадлежащихъ имъ мѣстечекъ и городовъ Бессарабской губерніи ⁴⁾ также знаетъ потомственное и отчуждаемое отдѣльное владѣніе земель для возведенія домовъ и другихъ строеній за опредѣленный оброкъ (поземельныя деньги) ⁵⁾. *Шестикнижіе Арменопуло* ⁶⁾ прямо признаетъ и регулируетъ *эмфитевзисъ* и предусматриваетъ случаи, когда правомочіе эмфитевта заключается въ правѣ на возведеніе жилыхъ и иныхъ строеній; въ этихъ случаяхъ устанавливается обязанность собственника земли, при всякомъ прекращеніи эмфитевтическаго права, возмѣстить эмфитевту стоимость строеній ⁷⁾.

Своду мѣстныхъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ извѣстны два вида наслѣдственного и отчуждаемаго владѣнія землей: 1) право поземельнаго или постоянного оброка—

¹⁾ Св. Зак. IX т. Особ. прил. IV кн. ст. 235 и слѣд., 270, 309, 310.

²⁾ Тамъ-же ст. 533.

³⁾ Тамъ-же ст. 535.

⁴⁾ Св. Зак. IX т. ст. 85 прим. 1. Прилож. II къ ст. 85.

⁵⁾ Тамъ-же, ст. 3, 9, 10.

⁶⁾ Тит. IV, стр. 280.

⁷⁾ Краткое собраніе законовъ Донича тит. XVI.

*Grund-oder Erbzinsrecht*¹⁾ и 2) право срочной наследственной аренды—*Erbpacht*²⁾; оба эти вида найма—правоотношения вещные (ст. 1324, 4133); они оборотоспособны (ст. 1326, 1327) и могут быть обременяемы вещными правами, но только съ согласія собственника земли; возведенныя же оброчнымъ содержателемъ строенія онъ можетъ обременять безъ такого согласія (ст. 1329).

Наконецъ, раздѣлъ VII (ст. 667—720) кн. IV *Особ. Пр. къ т. IX Св. Зак. изд. 1902 г.* знаетъ *чиншевое* владѣніе, въ формѣ котораго въ губерніяхъ Западныхъ и Бѣлорусскихъ весьма нерѣдко устанавливалось на земляхъ частныхъ лицъ потомственное пользование усадебной землей для возведенія жилыхъ домовъ и иныхъ строеній.

Но перечисленные виды наследственного оброчного владѣнія на земляхъ частныхъ лицъ предусматриваются или *спеціальными* законоположеніями для точно ими обозначенныхъ земель или *мѣстнымъ* правомъ; не указываютъ ли, однако, приведенныя постановленія нашего законодательства, что имъ *вообще* допускается установленіе потомственного оброчного владѣнія?

То или иное вещное правоотношеніе можетъ быть установлено соглашеніемъ сторонъ въ конкретномъ случаѣ лишь при условіи, что дѣйствующее право допускаетъ установленіе вещныхъ правоотношеній *даннаго типа*. Слѣдовательно, для того, чтобы упомянутые въ законѣ виды оброчного владѣнія могли имѣть значеніе *случайныхъ* примѣровъ *вообще допустимаго* потомственного оброчного владѣнія, необходимо

¹⁾ Сводъ мѣстн. узак. губ. Прибалтійскихъ т. III, ст. 1324—1334. Первоначально поземельный или постоянный оброкъ (*Grund-oder Erbzinsrecht*) распространенъ былъ въ *городахъ* для застройки; и въ настоящее время, наприм., Юрьевскій Университетъ отдаетъ въ этой правовой формѣ подъ застройку свои земли. См. *Bunge, Das liv-und estländisches Privatrecht*, § 77; *Невзоровъ*, Краткое изложеніе курса мѣстнаго права Прибалтійскихъ губерній. Юрьевъ, 1909, часть I, стр. 127.

²⁾ Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ т. III, ст. 4131—4154.

прямое на это указаніе Законовъ Гражданскихъ. Но наши Гражданскіе Законы упоминаютъ о *потомственномъ* оброчномъ владѣніи лишь вскользь по совершенно детальнымъ поводамъ¹⁾; впрочемъ, въ нихъ содержатся положенія и съ *общимъ характеромъ*, касающіяся *отдѣльнаго владѣнія*, какъ особаго вотчиннаго права. Такъ, ст. 432 т. X ч. 1. Св. Зак. даетъ общее указаніе на возможность отдѣленія отъ права собственности *особаго права владѣнія и пользованія*; болѣе подробно о послѣднемъ говоритъ ст. 514 т. X ч. 1: „Когда частный владѣлецъ, удержавъ за собою право собственности по укрѣпленію, *отдѣлитъ отъ него владѣніе и передастъ или уступитъ* оное другому по договору, дарственной записи или *другому какому-либо акту*, тогда *сіе отдѣльное владѣніе составляетъ само по себѣ особое право*, коего пространство, *пожизненность* или *срочность* опредѣляется тѣмъ самымъ актомъ, какимъ оно установлено“. Нѣтъ сомнѣнія, слѣдовательно, въ томъ, что отдѣльное оброчное владѣніе нашими законами допускается; въ приведенныхъ статьяхъ ничего не говорится, однако, о характерѣ этого отдѣльнаго владѣнія; быть можетъ, это молчаніе закона возможно понимать въ смыслѣ допустимости какъ *срочнаго*, такъ и *потомственного* оброчного владѣнія?

Такое заключеніе напрашивается на мысль, въ особенности въ связи со ст. 541 т. X ч. 1, которая говоритъ, что право распоряженія, въ соединеніи его съ правомъ собственности, состоитъ во власти отчуждать имущество въ предѣлахъ, закономъ означенныхъ, и отдавать оное въ пользованіе другому посредствомъ найма, ссуды и *другихъ договоровъ*. Если законъ, упомянувъ о возможности отдачи имущества въ пользованіе другому посредствомъ найма, указываетъ тутъ же на возможность отдачи имущества въ пользованіе еще посредствомъ *другихъ договоровъ*, то не должно ли думать, что онъ подъ этими другими договорами разумѣетъ,

¹⁾ Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 560, 1396, 1634.

между прочимъ, и договоръ, устанавливающій право вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія чужимъ имѣніемъ¹⁾. Но такое заключеніе опровергается яснымъ указаніемъ статьи 1011 т. X ч. 1, которая *ограничиваетъ* волю собственника въ распоряженіи своимъ имуществомъ, разрѣшая завѣщать его или въ полную собственность или же во *временное* владѣніе и пользование.

Слѣдовательно, необходимо признать, что наши гражданскіе законы *вообще не допускаютъ* установленія *потомственного* оброчнаго владѣнія²⁾.

Такимъ образомъ, въ дѣйствующемъ правѣ мы находимъ, съ одной стороны, рядъ отдѣльныхъ видовъ наследственного оброчнаго владѣнія, съ другой, отсутствіе какъ общихъ правилъ, которыми опредѣлялся бы этотъ институтъ, такъ и указанія на возможность установленія этого права за предѣлами указанныхъ самимъ закономъ специальныхъ случаевъ.

Такое положеніе законодательства создаетъ, само по себѣ³⁾, необходимость „обобщить и дополнить существующія

¹⁾ Такъ думаютъ составители Проекта Гражд. Уложения—Проектъ, т. II, стр. 39. Затѣмъ, это мнѣніе повторяетъ Объясн. Зап. къ проекту закона о правѣ застройки, составленная М—ствомъ В. Д. 16 окт. 1908 г. стр. 17 и 18 и Справка (№ 69) къ законопроекту о правѣ застройки Комиссіи о чиншевомъ правѣ 3-й Госуд. Думы.

²⁾ См. Рѣш. Гр. Касс. Д. Сената 13 нояб. 1902 г.; Юридическая газета, 1903 г. № 13, „Безсрочность права пользованія землей“. Сенатъ держится въ рѣшеніи 1904 г. № 41 этой точки зрѣнія, подчеркивая допустимость отдачи въ безсрочное содержаніе только земель казенныхъ и городскихъ. См. *Гомолицкій*, Можетъ ли быть признано правомъ собственности предоставленное по завѣщанію безсрочное право пользованія? въ Вѣстникъ Права, 1902 г., №№ 9, 10, стр. 360 и слѣд. Д. А. А—чъ въ Правѣ, 1913 г. № 4 стр. 140.

На практикѣ довольно часто устанавливается въ самыхъ разнообразныхъ формахъ и *наслѣдственное* оброчное владѣніе. См. *Проектъ*, т. II, стр. 49 и слѣд.

³⁾ Проектъ, т. II, стр. 48 и слѣд. Повторено въ Об. Зап. къ проекту Закона о правѣ застройки Министерства Внутреннихъ Дѣлъ, 16 октября, 1908 года, стр. 1—7; въ Справкѣ Комиссіи о чиншевомъ правѣ Государственной Думы третьяго созыва къ проекту закона о правѣ застройки № 69, стр. 5 и слѣд.

ющія нынѣ правила по предмету наслѣдственного оброчнаго владѣнія и, такимъ образомъ, создать цѣльный и самостоятельный юридическій институтъ, подобно существующему въ западно-европейскихъ законодательствахъ, а равно и въ нашихъ мѣстныхъ законахъ, какъ, напримѣръ, эмфитевзистъ въ Бессарабіи и наслѣдственно-оброчное содержаніе и наслѣдственная аренда въ Прибалтійскихъ губерніяхъ“.

Эту цѣль имѣетъ въ виду Проектъ Гражданскаго Уложения, обобщая отдѣльные виды оброчнаго владѣнія въ *особый институтъ наслѣдственного оброчнаго владѣнія*¹⁾.

По Проекту оброчный владѣлецъ имѣетъ „вѣчное или срочное наслѣдственное владѣніе въ имѣніи другого лица съ обязанностью уплачивать сему послѣднему ежегодный оброкъ деньгами или произведеніями земли (ст. 185). Оброчный владѣлецъ вправѣ, подобно собственнику, пользоваться состоящимъ въ его владѣніи недвижимымъ имѣніемъ и извлекать изъ него всякія выгоды (186); это пользованіе ограничивается лишь запрещеніемъ разработки нѣдръ земли. Содержаніемъ оброчнаго владѣнія можетъ быть, такимъ образомъ, и право имѣть на чужой землѣ жилые дома или инныя постройки. Это прямо предусматривается проектомъ, и собственникъ, въ случаѣ прекращенія права застройки въ предусмотрѣнныхъ ст. 191-ой условіяхъ, обязанъ уплатить вѣчному оброчному владѣльцу за возведенныя въ имѣніи постройки и сооруженія сумму по выбору оброчнаго владѣльца или въ размѣрѣ понесенныхъ имъ затратъ, или въ размѣрѣ послѣдовавшаго отъ улучшенія повышенія стоимости имѣнія (ст. 192), тоже самое—и при прекращеніи оброчнаго владѣнія вообще (196). Право наслѣдственного оброчнаго владѣнія можетъ быть устанавливаемо по Проекту на срокъ не менѣе 36 лѣтъ (ст. 185).

Какъ извѣстно, Проектъ Гражданскаго Уложения, окончательно изготовленный еще въ 1905 году (а второй

¹⁾ Проектъ, т. II, ст. 185—198.

томъ, посвященный вотчинному праву, въ 1902 г.), доселѣ не получилъ силы закона.

Между тѣмъ, за послѣднія десятилѣтія нѣкоторыя условія нашего быта въ необыкновенной мѣрѣ увеличили и обострили потребность въ особой правовой защитѣ интересовъ застройщиковъ чужой земли. Характеръ и размѣръ указанной потребности лучше всего уясняются изъ тѣхъ конкретныхъ фактовъ нашей текущей дѣйствительности, на которыхъ базируется объяснительная записка Министерства Внутреннихъ Дѣлъ къ проекту закона о правѣ застройки. Вотъ важнѣйшіе изъ этихъ фактовъ.

Въ 1858 году въ 49 губерніяхъ поселеній было 334517, а въ 1906 г. въ тѣхъ же 49 губерніяхъ ихъ числилось 505357, т. е. за 48 лѣтъ получилось *увеличение въ 51,1%*. Проведеніе Сибирской желѣзной дороги, безпримѣрной по своей длинѣ (7 тысячъ верстъ), вызвало еще большій прогрессивный ростъ поселеній въ *Сибири и Средней Азии*; въ Сибири къ 1906 году поселеній числилось 14585, а въ среднеазиатскихъ владѣніяхъ 9559.

„На ряду съ этимъ, усиленное развитіе горной и горно-заводской промышленности на югѣ Россіи вызвало къ жизни цѣлый рядъ новыхъ поселеній вблизи мѣстъ нахождения вновь открываемыхъ ископаемыхъ, и мѣстности, еще недавно пустынные, степныя, въ самый короткій срокъ превратились въ густо населенныя поселки, по своимъ размѣрамъ превышающіе многіе уѣздные города“¹⁾.

По свидѣтельству Объяснительной Записки къ законопроекту²⁾ о правѣ застройки значительнѣйшая часть строеній въ поселеніяхъ, возникшихъ послѣ 1857 года, возведена на *чужой землѣ* на основаніи *арендныхъ контрактовъ*.

Нужно не много данныхъ, чтобы составить себѣ представленіе объ отношеніяхъ собственниковъ земли къ застрой-

¹⁾ См. Докладъ по законопроекту о правѣ застройки особой Комиссіи Государственного Совѣта, стр. 5.

²⁾ Справка къ законопроекту о правѣ застройки, стр. 6.

щикамъ-арендаторамъ. Вотъ, на примѣръ, весьма типичный фактъ изъ этой области отношеній. Возлѣ станціи Тулупъ Сибирской желѣзной дороги предприниматели Щелкуновъ и Метелевъ заарендовали у крестьянскаго общества 400 кв. саж. земли съ платой по нѣсколько рублей въ годъ. По окончаніи срока первоначальнаго аренднаго контракта¹⁾ собственники земли предложили арендаторамъ, воздвигшимъ каменные дома и кладовыя, уплачивать за упомянутыя 400 саж. по 10000 руб. въ годъ.

До какой остроты въ иныхъ мѣстахъ дошли разсматриваемыя отношенія показываетъ случай, имѣвшій мѣсто въ г. Витебскѣ, гдѣ по свѣдѣніямъ 1886 года изъ 3695 домовладѣльцевъ только 765 имѣли строенія на собственной землѣ. Въ 1901 году *одна треть* этого города сгорѣла, и разслѣдованіе показало, что пожаръ этотъ былъ слѣдствіемъ ряда поджоговъ, совершенныхъ злополучными арендаторами: вновь назначенную немѣрно высокую арендную плату они не были въ состояніи вносить и рѣшили сжечь свои постройки, чтобы получить страховую премію; описанныя условія, при этомъ, являются не исключительными, а, напротивъ, совершенно обыкновенными, типичными для характеризуемыхъ отношеній.

Такъ какъ строенія, возведенныя на чужой арендованной землѣ, не принимаются въ залогъ ипотечными кредитными учрежденіями, то безправное положеніе арендаторовъ отягощается еще и финансовыми затрудненіями.

Короткій срокъ арендныхъ договоровъ ведетъ къ двумъ весьма отрицательнымъ въ бытовомъ отношеніи послѣдствіямъ: 1) арендаторъ воздерживается отъ возведенія солидныхъ и здоровыхъ домовъ и 2) назначаетъ на квартиры очень высокія цѣны, чтобы вернуть затраченный капиталъ въ короткій срокъ аренды. Высокія квартирныя цѣны и весьма слабое развитіе благоустройства поселеній—прямое отсюда слѣдствіе²⁾.

¹⁾ Согласно ст. 1692 т. X, часть 1 Св. Зак. максимальный срокъ аренды по общему правилу 12-лѣтній; законъ 15 марта 1911 года продлилъ этотъ срокъ до 36 лѣтъ.

²⁾ См. Объяснительная Записка къ Проекту М. В. Д., стр. 4.

Эти условия нашей действительности сдѣлали совершенно неотложнымъ упорядоченіе правоотношеній, возникающихъ изъ застройки чужой земли.

Разрѣшить эту задачу призванъ законъ о правѣ застройки 23 іюня 1912 г.; его внѣшняя исторія складывается изъ слѣдующихъ главныхъ моментовъ.

4 декабря 1907 года въ Государственную Думу, въ порядкѣ законодательной инициативы, поступило, за подписью 35 членовъ Государственной Думы, заявленіе „объ упраздненіи въ Бѣлоруссіи остатковъ чиншевого владѣнія и чиншевого права и выродившагося изъ него городского и мѣстечкового домоваго *аренднаго владѣнія*“.

Это законодательное предположеніе касается, какъ показываетъ его названіе, *Бѣлоруссіи*, но оно затрагиваетъ правоотношенія, встрѣчающіяся во всей Россіи и настоятельно требующія, какъ мы видѣли, новой законодательной регламентаціи. Поэтому, Государственная Дума, при обсужденіи упомянутого законодательнаго предположенія въ общемъ собраніи, выразила пожеланіе, чтобы Комmissія Государственной Думы о чиншевомъ правѣ, которой поручена была разработка соответственнаго законопроекта, имѣла въ виду общегосударственное значеніе правоотношеній, затронутыхъ этимъ законодательнымъ предположеніемъ. Навстрѣчу этому пожеланію Государственной Думы пошло Министерство Внутреннихъ Дѣлъ—Отдѣломъ Городскаго Хозяйства Главнаго Управленія по Дѣламъ Мѣстнаго Хозяйства Министерства Внутреннихъ Дѣлъ былъ разработанъ проектъ закона о правѣ застройки и внесенъ 18 октября 1908 года въ Государственную Думу.

Министерскій проектъ состоялъ изъ 27 статей и двухъ приложений къ законопроекту—объяснительной записки и справки, заключающей въ себѣ нормы дѣйствующаго права русскаго, остзейскаго, французскаго, австрійскаго, германскаго и итальянскаго, касающіяся тѣхъ или иныхъ вопросовъ права застройки ¹⁾. Постановленіемъ Государственной Думы

¹⁾ Основной матеріалъ Министерскаго законопроекта заимствованъ изъ объяснительной записки къ проекту Гражданскаго Уложенія т. II. стр. 49 и слѣд.

отъ 27 октября 1908 года Министерскій законопроектъ переданъ былъ въ особую о чиншевомъ правѣ Комmissію, въ которой онъ былъ рассмотрѣнъ къ 5 ноября 1909 года, и въ значительно переработанномъ видѣ представленъ на одобреніе Государственной Думы.

1 декабря 1910 года законопроектъ о правѣ застройки былъ принятъ Государственной Думой въ третьемъ чтеніи и внесенъ въ Государственный Совѣтъ, который постановленіемъ отъ 12 января 1911 года одобренный Государственной Думой законопроектъ нашелъ нужнымъ передать на предварительное рассмотрѣніе Особой Комmissіи изъ 15 членовъ Государственнаго Совѣта. Особая Комmissія представила Государственному Совѣту переданный на ея рассмотрѣніе думскій проектъ закона о правѣ застройки въ существенно измѣненной редакціи.

Однако, большинство членовъ общаго собранія Государственнаго Совѣта не находило возможнымъ принять цѣлый отдѣлъ законопроекта, а именно, отдѣлъ второй, заключавшій въ себѣ временныя правила для ликвидаціи тѣхъ правоотношеній по найму недвижимыхъ имуществъ для возведенія построекъ, которыя были установлены до дня обнародованія проектированнаго закона о правѣ застройки.

Въ виду сего, на основаніи 49 ст. Учрежденія Государственнаго Совѣта (Св. Зак. т. I, ч. 2, изд. 1906 г.), Государственный Совѣтъ постановилъ передать законопроектъ въ особую согласительную Комmissію изъ 6 членовъ Государственной Думы и такого же числа членовъ Государственнаго Совѣта; согласительная Комmissія внесла въ законопроектъ незначительныя измѣненія и въ новой редакціи, изъ которой, однако, не былъ исключенъ отвергнутый Государственнымъ Совѣтомъ отдѣлъ второй законопроекта, представила его на рассмотрѣніе общаго собранія Государственной Думы. Государственная Дума приняла законопроектъ въ редакціи согласительной Комmissіи, послѣ чего онъ былъ переданъ Государственному Совѣту.

Въ виду того, однако, что къ этому времени полномочія третьей Государственной Думы уже закончились, Государственный Совѣтъ въ засѣданіи 16 іюня 1912 года принялъ законопроектъ о правѣ застройки *безъ постановленія*; одобренный Государственнымъ Совѣтомъ и Государственной Думой проектъ закона о правѣ застройки *Высочайше утвержденъ 23 іюня 1912 года*.

Новый законъ о правѣ застройки состоитъ изъ четырехъ отдѣловъ; изъ нихъ, собственно, только *первый* (27 статей) заключаетъ въ себѣ законоположенія, регулируюція институтъ права застройки; *второй* отдѣлъ (7 статей) посвященъ временнымъ правиламъ о заключенныхъ до дня обнародованія настоящаго закона договоровъ найма недвижимыхъ имуществъ для возведенія построекъ; *третій* отдѣлъ (1 статья) даетъ указанія о подобныхъ договорахъ, касающихся земель удѣльныхъ, переданныхъ Крестьянскому Поземельному Банку въ силу Высочайшаго Повелѣнія 12 августа 1906 года и земель кабинетскихъ и казенныхъ единственнаго владѣнія казны и Кабинета Его Императорскаго Величества; наконецъ, *четвертый* отдѣлъ (1 ст.) опредѣляетъ границы мѣста дѣйствія новаго закона.

Таково происхожденіе новеллы 23 іюня 1912 г., которая вводитъ въ наше гражданское право институтъ права застройки.

Прежде чѣмъ перейти къ подробному анализу основныхъ вопросовъ его мы должны резюмировать тѣ общіе выводы, къ которымъ приводитъ насъ сдѣланный обзоръ права европейскихъ государствъ ¹⁾.

Выводы эти слѣдующіе: а) происхожденіе права застройки коренится въ древнемъ правѣ; б) современное

¹⁾ Ограничивая нашъ обзоръ континентомъ Европы, мы совершенно не касаемся Англій, гдѣ право застройки — lease hold — является въ городахъ самой распространенной формой землепользованія; см. Weber, Die englisch-schottische Bodenleihe въ Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. Tübingen 1904, т. XX, стр. 80 и слѣд.

право застройки западно-европейскихъ странъ представляетъ собой институтъ, возникшій изъ соединенія и переработки древне-германскихъ и римскихъ правовыхъ воззрѣній; в) право застройки — отнюдь не обломокъ феодальнаго строя, которому суждено погибнуть вмѣстѣ съ послѣднимъ, а вполне жизнеспособный институтъ; отрицательное къ нему отношеніе французскаго законодательства революціонной эпохи, а за нимъ и законодательствъ прошлаго вѣка другихъ западно-европейскихъ странъ только способствовало очищенію суперфициарнаго права отъ политическихъ публично-правовыхъ элементовъ, съ которыми оно неразрывно было связано въ феодальную эпоху; г) не будучи ни обломкомъ феодальнаго строя, ни только внѣшней, механической рецепціей римской superficies, право застройки возникаетъ и *получаетъ распространеніе* по общему правилу *всюду*, гдѣ неотчуждаемость земли, прогрессивный ростъ населенія, развитіе промышленности и путей сообщенія создаютъ изъ строительной площади особую социально-экономическую цѣнность; д) въ наше время все болѣе и болѣе распространяется убѣжденіе, что право застройки является лучшимъ средствомъ разрѣшенія жилищнаго вопроса и, благодаря этому, оно находитъ значительную область примѣненія даже и тамъ, гдѣ, какъ въ Германіи, неполнота и несовершенство законодательной регламентаціи оказываетъ лишь неблагоприятное вліяніе на его распространеніе.

Право застройки по закону 23 июня 1912 года.

ГЛАВА I.

Существо права застройки.—Отличие его от сродных правоотношений.—Определение и его элементы.—Вещный характер права застройки, отчуждаемость и наследственность его.

Право застройки, какъ показываетъ самое его названіе, есть *право застроить земельный участокъ*, право возвести на немъ жилой домъ или какое-либо иное строеніе. Но такое представленіе о правѣ застройки далеко не точно: оно недостаточно выдѣляетъ послѣднее изъ ряда другихъ правомочій, весьма близкихъ къ нему по своему содержанію.

Прежде всего, право застроить земельный участокъ принадлежитъ *всякому собственнику* послѣдняго: оно есть не болѣе какъ одно изъ правомочій собственника земельного участка¹⁾. Когда же говорятъ о правѣ застройки, имѣютъ

¹⁾ И въ нѣмецкомъ языкѣ нѣтъ термина для точнаго обозначенія разсматриваемаго института: „Baurecht“ можетъ означать и указанное правомочіе всякаго собственника земли и особое право застройки; самое названіе это не даетъ, такимъ образомъ, яснаго представленія о его содержаніи; имъ пользуются, однако, и новѣйшія кодификаціи, такъ Саксонское Гражданское Уложеніе (§ 661), Швейцарское Гражд. Уложеніе (Art. 779), Австрійская новелла 19 апрѣля 1912 года.

Во французскомъ языкѣ также нѣтъ точнаго термина для обозначенія права застройки; тамъ пользуются для этого словомъ „superficie“, или говорятъ описательно „bail avec permission de bâtir“. Германское Гражд. Уло-

въ виду отнюдь не это правомочіе всякаго собственника земли, а *особое право*, открывающее юридическую возможность застроить *чужой* поземельный участокъ. Болѣе того, собственникъ земельного участка можетъ обременить послѣдній правомъ застройки *только въ пользу другого лица*; онъ не можетъ ни установить этого права на собственной землѣ *въ свою пользу*, ни приобрести существующее уже на ней право застройки отъ другого лица, въ пользу коего оно первоначально было установлено.

Какъ всякое право на чужую вещь, право застройки представляется *ограниченнымъ* въ своемъ содержаніи и, потому, объемлется правомъ собственности, какъ принципиально полнымъ юридическимъ господствомъ лица надъ вещью. Поэтому, при совпаденіи въ одномъ лицѣ права застройки съ правомъ собственности на обремененный имъ земельный участокъ право застройки прекращается¹⁾.

Собственникъ земельного участка—говоритъ законъ²⁾—можетъ предоставить таковой подъ застройку *другому лицу*. Право застройки, такимъ образомъ, всегда должно принадлежать *опредѣленному лицу*—физическому или юридическому, но не недвижимости и не всякому собственнику таковой.

Цѣлью права застройки является возведеніе на чужомъ земельномъ участкѣ жилого дома или иного строенія, но не въ томъ смыслѣ, въ какомъ это возведеніе можетъ быть цѣлью и другихъ правоотношеній, наприм., подряда; если постройка дома, составляя обязанность подрядчика, является

женіе приняло, какъ извѣстно, новый терминъ „Erbbaurecht“, который, однако, пригоденъ лишь при допустимости установленія наследственнаго права застройки; терминъ Erbbaurecht переведенъ проф. Вормсомъ: „наслѣдственное право *стройки*“; намъ кажется, что слово „застройка“ содержитъ въ себѣ болѣе указаній на характеръ правомочія, которымъ обозначается право застройки.

¹⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 18 и 2.

²⁾ Тамъ-же, ст. 1.

актомъ, ликвидирующимъ обязательство изъ договора подряда, то, напротивъ, право застройки есть право на возведение строения на чужой землѣ *для пользованія имъ*; застройщику принадлежитъ не только правомочіе на застройку чужого земельного участка, но и право удерживать на немъ возведенное зданіе на все время дѣйствія права застройки— *право имѣть* (Habendürfen) *на чужой землѣ домъ или иное строеніе*¹⁾.

Пользованіе чужой землей для выстройки характеризуетъ, все же, право застройки не съ достаточной полнотой и ясностью, такъ какъ пользованіе чужой землей для застройки и въ указанномъ смыслѣ можетъ быть содержаніемъ другихъ правоотношеній, отличныхъ, однако же, отъ права застройки по своей юридической природѣ. Такъ, *наемъ изъ выстройки* даетъ арендатору право возвести на чужой землѣ жилой домъ или иное строеніе и пользоваться ими на время

¹⁾ Такъ формулируется сущность права застройки Германскимъ Гражданскимъ Уложеніемъ—§ 1012 („auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben“), Гражданскимъ Уложеніемъ Швейцарскимъ—§ 779 („auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten“), австрійской новеллой 26 апр. 1912 г.—§ 1 („auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu haben“) и русскимъ проектомъ закона о правѣ застройки въ редакціи Министерства Внутреннихъ Дѣлъ и Государственной Думы—„Собственникъ земельного участка можетъ установить въ пользу другого лица, путемъ договора или завѣщательнаго распоряженія, отчуждаемое и переходящее по наслѣдству *право имѣть строенія и сооруженія на принадлежащей ему землѣ (право застройки)*“, ст. 1. Коммиссія Государственного Совѣта измѣнила редакцію первой статьи законопроекта слѣдующимъ образомъ: „Собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой подъ застройку другому лицу по договору на срокъ и за вознагражденіе, обусловленные въ семъ договорѣ, согласно правиламъ, изложеннымъ въ послѣдующихъ статьяхъ“. Изъ этой неудачной формулировки понятія права застройки нельзя съ ясностью видѣть, что, собственно, является содержаніемъ его; только изъ прочихъ статей закона можно сдѣлать выводъ, что правомочіе застройщика заключается не только въ правѣ *возвести* на чужой землѣ домъ или иное строеніе, но и *пользоваться* имъ во все время дѣйствія права застройки.

аренды; между тѣмъ, при всемъ сходствѣ пользованія землею на основаніи аренды съ правомъ застройки, послѣднее существенно отличается отъ нея: аренда порождаетъ только обязательственное право, тогда какъ *право застройки есть право вещное*.

Но и принадлежность права застройки къ числу вещныхъ правъ недостаточно точно характеризуетъ его, т. к. содержаніе одного изъ прочихъ вещныхъ правъ—права сервитутнаго—можетъ быть тождественнымъ съ содержаніемъ права застройки; тѣмъ не менѣе, и при сходствѣ содержанія, между правомъ застройки и сервитутомъ существуетъ различіе. Отъ *личнаго* сервитута право застройки отличается *наслѣдственностью* и *отчуждаемостью*, отъ *вещнаго*, кромѣ того, тѣмъ, что оно всегда принадлежитъ опредѣленному лицу, а не любому собственнику данной недвижимости и не требуетъ наличности отношенія, опредѣляемаго словами „господствующій“ и „служащій“ участокъ.

Наконецъ, законъ усвоиваетъ праву застройки еще двѣ характерныхъ черты—*возмездность*¹⁾ и *срочность*²⁾.

Указанными чертами право застройки характеризуется какъ *обремененіе чужого поземельнаго участка*³⁾. Но, съ другой стороны, для cadaго права застройки открывается въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ *особый листъ, какъ на отдѣльное имѣніе*⁴⁾; право застройки выступаетъ въ оборотѣ, такимъ образомъ, какъ самостоятельное право и

¹⁾ Законъ 23 іюня 1912 г., ст. 1.

²⁾ Тамъ-же, ст. 3.

³⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 1, В. Г. В. § 1012, Швейцарское Гражд. Уложеніе § 779, Австрійскій законъ 26 апр. 1912 г. § 1.

⁴⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 26. По Германскому Вотчинному Уставу (Grundbuchordnung § 7) особый листъ отводится ему только въ случаѣ обремененія права застройки какимъ-либо вещнымъ правомъ, въ прочихъ случаяхъ лишь по ходатайству сторонъ; о фактѣ же установленія права застройки отмѣчается на листѣ недвижимости, имъ обремененной.

можетъ быть само обременяемо залогомъ ¹⁾ и сервитутами ²⁾; природа его двойственна ³⁾: съ одной стороны, это простое обременение недвижимости, съ другой, это юридическій fundus.

Сводя отмѣченные элементы понятія права застройки воедино, мы приходимъ къ слѣдующему опредѣленію: *право застройки есть обусловленное опредѣленнымъ срокомъ вещное, наследственное, отчуждаемое и обременяемое залогомъ, а съ согласія собственника земли и правами участія частного, право за опредѣленное вознагражденіе владѣть и пользоваться чужою землею какъ строительной площадью.*

1. Право застройки есть право вещное.

Обширныя правомочія суперфициарія, почти исчерпывающія все содержаніе собственности, и возможность защиты ихъ всѣми средствами собственника дали основаніе глоссаторамъ ⁴⁾ конструировать суперфициарное право какъ *dominium utile*, въ отличіе отъ права собственности на землю, обремененную этимъ правомъ, которому дали названіе *dominium directum*. Это ученіе, получившее въ средніе вѣка весьма широкое распространеніе и въ ленномъ правѣ, нынѣ совершенно оставлено ⁵⁾, какъ противорѣчащее и прямымъ указаніямъ источниковъ ⁶⁾, нигдѣ не дающихъ застройщику права собственности, и самому понятію права собственности, принципиально неограниченному и единому.

Современная пандектная доктрина ⁷⁾ учитъ, что по общему праву во всѣхъ случаяхъ, т. е. и тогда, когда домъ

¹⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 2.

²⁾ Тамъ-же, ст. 2, 26.

³⁾ Oertmann назвалъ право застройки, отмѣчая это свойство его природы, двуликимъ Янусомъ. См. Archiv f. bürgerl. R. т. XX, стр. 184.

⁴⁾ Landsberg, Glosse des Accursius, стр. 97.

⁵⁾ См. Thibaut, Zivilistische Abhandlungen, 1814. 11. Впрочемъ, уже Donellus—Commentarii juris civilis, IX. 17. §§ 3, 6, 10—училъ, что superficies есть только „quasi dominium“.

⁶⁾ D. XXXIX. 2. 19 pr. D. L. 16. 49. См. Waechter, у. с. стр. 30 и слѣд.

⁷⁾ Конструкція Sintenis'a (Das praktische gemeine Recht, § 56), которая видитъ въ суперфициарномъ правѣ dominium plurium in solidum, не

построенъ собственникомъ земли и тогда, когда онъ воздвигнуть строителемъ, застройщику принадлежитъ лишь *вещное право на чужую вещь* ¹⁾.

Право застройки новыхъ законодательствъ есть *вещное обременение земельного участка*; поэтому, во всѣхъ системахъ дѣйствующаго гражданского права современныхъ государствъ мы находимъ рассматриваемый институтъ въ отдѣлѣ вещныхъ правъ на недвижимость. Такъ, дѣйствующее *германское право* ²⁾ относитъ институтъ наследственного права застройки къ правамъ вещнымъ. Гражданское Уложеніе 1896 года помѣщаетъ его въ третьей книгѣ, посвященной вещному праву, и отводитъ ему, хотя незначительный, но, все же, особый раздѣлъ (четвертый). Германское наследственное право застройки есть, по Уложенію, вещное право на недвижимость, обременение земельного участка (§ 1012), но вмѣстѣ съ тѣмъ оно трактуется въ извѣстныхъ случаяхъ какъ недвижимость, юридическій fundus, поскольку къ праву наследственной застройки § 1017 В. Г. В. требуетъ примѣненія правилъ, постановленныхъ относительно земельныхъ участковъ ³⁾; оно является въ Германскомъ Гражданскомъ

имѣть никакой почвы въ источникахъ. О взглядахъ Бухеля, Арндтса Савиньи и другихъ авторовъ см. Waechter, у. с. стр. 30 и слѣд.

¹⁾ Waechter, у. с. стр. 32 и слѣд., Dernburg, Pand. II. § 259, Windscheid-Kipp, P. I. § 169a прим. 9.

²⁾ В. Г. В. §§ 1012—1017; Г. В. О. §§ 7 и 20.

³⁾ Отвлеченный общій характеръ § 1017 (см. Motive, III. 40)—къ наследственному праву застройки примѣняются правила, постановленные относительно поземельныхъ участковъ (§§ 873—902 В. Г. В.) породилъ вопросъ—какія именно изъ названныхъ правилъ должны имѣть примѣненіе къ праву застройки—всѣ или только тѣ, которыя находятся въ Гражд. Уложеніи, и если только послѣднія, то, опять таки, всѣ или нѣкоторыя. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1906, B. III стр. 297, 298, 354, Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, B. I (2), стр. 444 и слѣд., Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, т. III, 1908, стр. 549, Männer, Das Recht an Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, стр. 264, München 1899, Biermann, у. с. стр. 223, Kretschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, стр. 444,

Уложении¹⁾ единственнымъ вещнымъ правомъ на недвижимость, которому законъ усвоилъ правовой характеръ поземельного участка²⁾.

Швейцарское Гражданское Уложение 1907 г. помѣщаетъ право застройки (Baurecht) въ IV книгѣ, посвященной вещному праву, во второй ея части, которая трактуетъ объ ограниченныхъ вещныхъ правахъ; во второмъ раздѣлѣ послѣдней „о пользовладѣніи и прочихъ сервитутахъ“ мы и находимъ тотъ единственный § 779, которымъ регулируется право застройки въ Швейцарскомъ Уложении.

III т., Berlin 1906, *Schlesinger*, Erbbaurechtliche Fragen, Berlin-Charlottenburg 1910, стр. 35,—рѣшаютъ вопросы положительно; противоположнаго взгляда держится *Wittmaack*, у. с. стр. 13 и слѣд. Неудачная редакция названной статьи порождаетъ еще другой очень спорный въ германской литературѣ и практикѣ вопросъ—примѣнимы ли нормы о поземельныхъ участкахъ къ уже существующему праву застройки, или примѣненіе ихъ должно имѣть мѣсто и къ установленію послѣдняго. Одни—*Kammergericht* въ *Johow's Jahrbuch* Bd. XXI, Abt. A. стр. 127; *Wittmaack*, у. с. стр. 36 и слѣд.; *Männer*, у. с. стр. 265 и слѣд.; *Kretschmar*, у. с. стр. 440; *Ermann*, Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau, Münster 1907, стр. 7; *Schlesinger*, у. с. стр. 30 и слѣд.—рѣшаютъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ, полагая, что § 313 не имѣетъ примѣненія къ договору объ установленіи права застройки; послѣдній не есть „отчужденіе“. Срв. еще *Tripeloury*, у. с. стр. 15 и слѣд. Противоположный взглядъ защищаютъ—*Dernburg*, Das R. R. B. III стр. 551; *Fuchs*, Grundbuchrecht, B. I, стр. 269, Berlin 1902; *Oberneck*, Das Reichsgrundbuchrecht, стр. 613, Berlin 1909; *Predari*, Die Grundbuchordnung, стр. 79, Berlin, 1907; *Turnau-Förster*, у. с. B. I, стр. 445; *Gütke*, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, стр. 632, Berlin 1905; *вторая Коммиссія*—*Protokolle*, B. I стр. 464; R. G. отъ 8 янв. 1912 г. Bd. 50, 82 и отъ 16 мая 1905 г. B. 61, 1. Срв. еще *Salomon*, у. с. стр. 14. Интересна противоположность точекъ зрѣнія рѣшенія К. Г. Bd. XXI, 127, разсматривающаго договоръ объ установленіи права застройки какъ договоръ объ обремененіи поземельного участка, ограниченіи права собственности и рѣшеній R. G. Bd. 50, 82 и 611, которыя видятъ въ этомъ, главнымъ образомъ, актъ отчужденія, установленія самостоятельнаго права, подобнаго поземельной собственности.

¹⁾ Напротивъ, *мѣстные законодательства* знаютъ цѣлый рядъ подобныхъ вещныхъ правъ, таковы: Erbbracht, Bergwerkseigentum, Fischereigerechtigkeiten, Fährgerechtigkeiten—E. G. Art. 63, 67, 68, 69, 196.

²⁾ Motive, т. III, стр. 466 и слѣд.

Точно также старое *австрійское* Bodenzinsrecht въ Уложении 1811 г. занимаетъ мѣсто среди вещныхъ правъ (§§ 1125—1150); новый австрійскій законъ о правѣ застройки прямо называетъ послѣднее правомъ *вещнымъ*¹⁾.

Мѣстное *право губерній Прибалтійскихъ*²⁾ относитъ наслѣдственно-оброчное содержаніе (Grund-oder Erbzinsrecht) къ вещнымъ правамъ; помѣщенная въ Сводѣ въ отдѣлѣ обязательствъ наслѣдственная аренда (Erbracht)³⁾ является, все же, несомнѣнно, правоотношеніемъ, съ вещнымъ дѣйствіемъ⁴⁾.

Французская superficies трактуется *господствующимъ* мнѣніемъ какъ право вещное⁵⁾.

Baurecht *венгерскаго* Проекта Гражданскаго Уложения⁶⁾—тоже институтъ вечно-правового характера.

Нашъ новый законъ о правѣ застройки, подобно Германскому Уложению и въ противоположность австрійскому закону, въ легальное опредѣленіе не вводитъ прямого указанія на вещный характеръ права застройки, но даетъ застройщику такіа правомочія⁷⁾, совокупностью которыхъ характеризуется и въ теоріи и въ нашей практикѣ понятіе вещнаго или вотчиннаго права—правовое господство застройщика направляется непосредственно на обремененный правомъ застройки поземельный участокъ, правомочія застройщика не могутъ быть прекращены или ограничены одностороннею волею установителя права застройки; право его самостоятельно и въ формальномъ отношеніи⁸⁾; застройщикъ пользуется самостоятельной защитой противъ всѣхъ и cadaго.

¹⁾ См. Bericht des Herrenhauses, стр. 3, къ § 1 закона 26 апр. 1912.

²⁾ Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ, т. III ст. 1324—1334.

³⁾ Тамъ-же, §§ 4131—4154.

⁴⁾ Тамъ-же, § 4133 и 942. См. *Невзоровъ*, у. с. стр. 101 примѣч. и стр. 129.

⁵⁾ См. выше стр. 33.

⁶⁾ Entwurf eines allg. bürgerl. Gesetzbuches, §§ 785—798.

⁷⁾ Ст. 1, 2, 18, 21, 26 Закона 23 июня 1912 года о правѣ застройки.

⁸⁾ Тамъ-же, ст. 26.

Законъ нашъ, такимъ образомъ, вполне выражаетъ въ своемъ текстуальномъ содержаніи намѣреніе его составителей конструировать право застройки какъ институтъ именно вещнаго права ¹⁾.

2. *Право застройки отчуждаемо и наследственно.* Подобно римской superficies ²⁾ современное право застройки не связано съ лицомъ управомоченнаго: оно *отчуждаемо* ³⁾ и *наследственно по самому понятію своему* ⁴⁾.

Эти же свойства присущи и русскому праву застройки, какъ это явствуетъ изъ самаго текста закона: „право застройки *переходитъ по наследству и можетъ быть на*

¹⁾ Объясн. Записка къ проекту Мин. Вн. Дѣлъ вносить право застройки въ книгу вторую т. X ч. 1-ой Св. Зак. о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще, въ частности, во второй раздѣлѣ этой книги, трактующей о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества. См. стр. 6 и слѣд.; Справка къ законопроекту о правѣ застройки Коммисіи Государственной Думы 3-го созыва о чиншевомъ правѣ, № 69 стр. 50 и слѣд.

²⁾ D. VI. 2. 1. 12 § 3; D. XLIII. 18. 1. 1 § 7.

³⁾ Здѣсь мы говоримъ объ отчуждаемости *права застройки*; вопросъ о правѣ на *строеніе* подлежитъ разсмотрѣнію ниже, въ главѣ о юридическомъ положеніи строеній земельного участка, обремененнаго правомъ застройки (V-ой).

⁴⁾ Такъ, Герм. Гражд. Уложеніе, Entwurf, т. II стр. 1094 и Motive, III стр. 466 и 470. „Поземельный участокъ можетъ быть обремененъ такимъ образомъ, чтобы лицо, въ чью пользу установлено обремененіе, приобрѣтало *отчуждаемое и переходящее по наследству* право имѣть строеніе на этомъ участкѣ или подъ поверхностью его“. См. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. I. § 1012, München 1907, Planck, у. с. т. III, къ § 1012. Почти въ тѣхъ же выраженіяхъ формулируетъ понятіе права застройки и Австрійскій законъ 26 апр. 1912 г. „Поземельный участокъ“, говорить § 1 закона, „можетъ быть обремененъ вещнымъ, *отчуждаемымъ и наследственнымъ* правомъ имѣть строеніе надъ или подъ поверхностью земли (право застройки — Baurecht)“. Напротивъ, по Швейцарскому Уложенію, наследственность и отчуждаемость не составляютъ необходимаго свойства самаго понятія права застройки; оно наследственно и отчуждаемо, согласно Art. 779, только „*wenn es nicht anders bestimmt wird*“, т. е. если договоръ не отмѣняетъ этихъ свойствъ его.

время его дѣйствія *отчуждаемо* какъ добровольно, такъ и съ торговъ, *завыщаемо* и обременяемо долгами“ ¹⁾.

Наслѣдственностью и отчуждаемостью право застройки отличается, какъ мы видѣли, отъ сервитутнаго права. Слѣдовательно, если договорнымъ соглашеніемъ устанавливается *неотчуждаемое и не переходящее по наследству* право застроить чужой поземельный участокъ, то такой договоръ устанавливаетъ не право застройки, а право сервитутное или просто обязательственное правоотношеніе.

Право застройки отчуждаемо и наследственно по самому понятію своему, поэтому, договорное соглашеніе не можетъ отмѣнить этихъ свойствъ его *ни абсолютно, ни на известное время* ²⁾.

Но отъ неотчуждаемости и ненаслѣдственности права застройки нужно отличать *обязательство* ³⁾ *застройщика* воздерживаться отъ распоряженія своимъ правомъ *inter vivos* и *mortis causa*. Нельзя установить *пожизненнаго* права застройки, ибо этимъ отмѣнялась бы его способность переходить по наследству; нельзя установить права застройки подъ условіемъ, что, въ случаѣ отчужденія, оно прекращается, или подъ условіемъ, что дѣйствительность отчужденія зависитъ отъ согласія собственника земли ⁴⁾, т. к. всѣ эти условія отмѣняютъ отчужда-

¹⁾ Законъ 23 іюня 1912 г., ст. 2.

²⁾ Только въ силу положительнаго предписанія закона возможно признать за такимъ соглашеніемъ вещное дѣйствіе. Такое предписаніе содержится въ себѣ Прусское право: „Nicht nur durch Natur oder Gesetz, sondern auch durch rechtliche Privatverfügungen können Sachen dem Verkehre entzogen werden“, — A. Preuss. L. R. I, 4 § 15. Но и здѣсь запрещеніе отчужденія имѣетъ силу лишь противъ лица, коему извѣстно установленное сдѣлкой запрещеніе и при условіи внесенія его въ ипотечную книгу. См. Dernburg, Das bürgerl. Recht, т. I стр. 417 пр. 11.

³⁾ См. Planck, у. с. къ § 1012; Krainz-Ehrenzweig, System des österr. allgem. Privatrechtes, Wien 1913, т. I § 266, Wittmaack, у. с. стр. 38 и слѣд.

⁴⁾ Такія условія мы находимъ въ договорѣ г. Лейпцига съ Строительнымъ Союзомъ 1902 г. (§ 7), въ договорѣ Прусскаго Фиска съ Берлинскимъ Квартирнымъ Союзомъ Чиновниковъ (§ 10 пунктъ 7), въ договорѣ г. Эссена съ Соединеннымъ Сберегательнымъ и Строительнымъ Товарище-

емость права застройки, но вполне возможно и действительно *обязательство данного застройщика* не отчуждать своего права ¹⁾. Такое запрещеніе отчужденія въ формѣ обязательства не касается *самого права* застройки, а лишь *лица* застройщика; только *онъ* не можетъ отчуждать своего права и распорядиться имъ на случай смерти, но, съ переходомъ въ другія руки, наследственность и отчуждаемость тотчасъ же обнаруживаются—новый пріобрѣтатель распоряжается имъ совершенно свободно, такъ какъ стѣсненіе этой свободы не касалось права, а только лица.

Если при наличности такой обязанности застройщикъ все же отчуждаетъ свое право, отчужденіе является вполне действительнымъ, т. к. отчуждаемость права застройки отмѣнѣ договорнымъ соглашеніемъ не подлежитъ; для собственника земли возникаетъ отсюда лишь притязаніе на возмѣщеніе вреда.

Напротивъ, если рассматриваемая личная обязанность пріобрѣтателя права застройки не отчуждать послѣднее получаетъ *вещное дѣйствіе* путемъ наложенія запрещенія

ствомъ 1906 г. (§ 1), въ договорѣ г. Франкфурта на М. съ разными товариществами и частными лицами (§§ 3, 13 и 15). См. *Dietsch*, Die Praxis des Erbbaurechts, стр. 80, 94 и слѣд., Berlin 1907. Въ хозяйственномъ отношеніи возможность отмѣны отчуждаемости права застройки является весьма опасной, т. к. она способна создать зависимость квартиронанимателей отъ собственника земли: фабрикантъ, установившій для своихъ рабочихъ право застройки и давшій имъ деньги на возведеніе строеній, могъ бы вынудить ихъ къ поселенію на желаемомъ ему мѣстѣ.

Другое хозяйственное значеніе отмѣны отчуждаемости права застройки заключается во влияніи этой отмѣны на стоимость сосѣднихъ земельныхъ участковъ: неотчуждаемость права застройки можетъ затормозить естественный ростъ цѣны на сосѣдній участокъ, а безъ этого строительная дѣятельность невозможна.

¹⁾ См. рѣшенія Kammergericht въ Seuffert's Archiv 63, 196. См. *Goldmann-Lilienthal*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1907, § 55 прим. 11; *Dernburg*, Sachenrecht § 162 прим. 17; *M. Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, § 104, III. Противнаго мнѣнія—*Wittmaack*, у. с. стр. 39 и слѣд. См. еще *Zschockelt*, Das Erbbaurecht, Leipzig 1911, стр. 6 прим. 2; *Reinhardt*, у. с. стр. 22.

тогда застройщикъ не можетъ уже совершить действительно отчужденія своего права, и послѣднее становится неотчуждаемымъ. Равнымъ образомъ, обязанность изъяснить за своихъ наследниковъ согласіе на прекращеніе права застройки, въ случаѣ смерти наследодателя-застройщика, уничтожила бы наследственность права застройки, т. к. въ силу этой обязанности собственникъ земли получилъ бы право требовать согласія на прекращеніе права застройки даже и въ томъ случаѣ, когда наследодатель-застройщикъ намѣренъ былъ бы какъ-либо распорядиться своимъ правомъ.

Если наследственность и отчуждаемость права застройки суть необходимые свойства этого права, неотмѣнимыя соглашеніемъ частныхъ лицъ, то отсюда слѣдуетъ, что эти свойства сохраняются за правомъ застройки и въ тѣхъ случаяхъ, когда пріобрѣтателемъ его является *юридическое лицо*—государство, городъ, союзъ, корпораціи, учрежденія и т. п.—хотя бы мы ихъ и рассматривали какъ вѣчныя, и хотя бы уставы ихъ и запрещали отчужденіе принадлежащихъ имъ недвижимостей.

Законъ, какъ мы видѣли, говоритъ объ отчуждаемости и наследственности права застройки *безъ всякихъ оговорокъ* относительно объема дѣйствія этихъ свойствъ послѣдняго, отсюда слѣдуетъ, что недопустимо не только *абсолютное* и совершенное *исключеніе дѣйствія* этихъ свойствъ, недопустимымъ нужно признать и *частичное* исключеніе этого дѣйствія на *извѣстное время*.

Однако, если *запрещеніе* и *отмѣна* отчуждаемости права застройки договорнымъ соглашеніемъ недопустимы, то спрашивается не представляется-ли возможнымъ ихъ ограниченіе?

Многіе изъ договоровъ ¹⁾ объ установленіи права застройки содержатъ въ себѣ опредѣленіе, согласно коему

¹⁾ Такъ, напрм., § 7 Лейпцигскаго договора 1902 г. гласитъ: „Die Gesellschaft verpflichtet sich, das Erbbaurecht nicht ohne vorher erteilte Einwilli-

право застройки не может быть отчуждаемо без согласія собственника земли; какое значеніе имѣетъ такое договорное опредѣленіе?

Если подъ этимъ разумѣть ничѣмъ не ограниченное право собственника земли отклонить просьбу о согласіи на отчужденіе права застройки, то тогда осуществленіе такого правомочія повело бы къ отмѣнѣ отчуждаемости права застройки, и, потому, въ *такомъ случаѣ* указанное договорное условіе нужно считать безусловно недопустимымъ, поскольку стороны стремились къ установленію запрещенія отчужденія съ вещнымъ дѣйствіемъ. Напротивъ, если рассматриваемое условіе договора означаетъ, что собственникъ земли управомоченъ не разрѣшать отчужденія *только опредѣленному лицу или кругу лицъ, а не вообще*, тогда, если отчужденіе возможно въ отношеніи къ лицамъ внѣ этого круга, такое правомочіе собственника земли отнюдь *не отмѣняетъ, а лишь ограничиваетъ* отчуждаемость права застройки.

Не можетъ ли такое соглашеніе имѣть силу и противъ третьихъ лицъ ¹⁾?

Отчуждаемость права застройки, какъ мы видѣли, является существеннымъ свойствомъ его, оно—элементъ самаго понятія этого права; слѣдовательно, и отмѣна и ограниченіе отчуждаемости права застройки затрагиваютъ самое существо его, измѣняютъ основной признакъ его

gung des Rates und der Stadtverordneten der Stadt Leipzig auf einen Dritten zu übertragen. Wird dieser Verpflichtung zuwider gehandelt, so ist der Rat der Stadt Leipzig berechtigt, diesen Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen und sofortige Aufhebung des Erbbaurechts, sowie seine Löschung im Grundbuche zu beanspruchen; zur Sicherung dieses Anspruchs ist eine Vormerkung ins Grundbuch einzutragen“. См. *Dietsch*, у. с. стр. 93.

¹⁾ Положительно вопросъ этотъ рѣшаетъ *Wittmaack*, у. с. стр. 44 и слѣд., *Tripeloury*, у. с. стр. 23. *Dernburg* полагаетъ возможнымъ въ случаѣ опасности, угрожающей притязанію, возникающему изъ обязательства не отчуждать права, придать такому притязанію вещное дѣйствіе посредствомъ исходатайствованія судебного постановленія объ обезпеченіи его; см. *Dernburg*, Das Bürg. Recht, т. I стр. 417 и слѣд.

юридической природы, усвоенный ему закономъ какъ *особому* вотчинному праву. Такъ какъ типы вещныхъ правъ устанавливаетъ законъ, то ясно, что измѣненіе существенныхъ элементовъ даннаго типа вещнаго права волею сторонъ нужно считать безусловно недопустимымъ ¹⁾. Поэтому, сдѣлки, направленные на отмѣну и ограниченіе отчуждаемости права застройки *могутъ породить лишь обязательство* управомоченнаго не отчуждать принадлежащаго ему права—вещнаго дѣйствія такіа сдѣлки имѣть не могутъ.

Если не допустимы, такимъ образомъ, ни отмѣна, ни ограниченіе сдѣлкою правомочія на распоряженіе отчуждаемымъ по закону правомъ, то простымъ логическимъ выводомъ отсюда является недопустимость такой отмѣны или ограниченія не только посредствомъ сдѣлки, прямо и явно направленной на эту цѣль, но и во всякой другой формѣ ²⁾; въ частности, нельзя для этого воспользоваться *отмѣнительнымъ условіемъ*, въ силу коего въ случаѣ отчужденія, вопреки запрету, право застройки прекращается—такое соглашеніе не можетъ имѣть вещнаго дѣйствія, т. к. оно привело бы къ отмѣнѣ отчуждаемости права застройки.

Наслѣдственность права застройки означаетъ такое свойство его, въ силу коего оно не прекращается вслѣдствіе смерти перваго пріобрѣтателя, а переходитъ по праву наслѣдованія къ другимъ лицамъ. Нѣтъ никакихъ основаній, при

¹⁾ Германское Гражд. Уложеніе прямо это выражаетъ въ § 137: „Правомочіе на отчужденіе права, допускающаго отчужденіе, не можетъ быть *отмѣнено* или *ограничено* сдѣлкою. Этимъ правиломъ не затрагивается дѣйствительность обязательства воздерживаться отъ распоряженія такимъ правомъ“. Цитируется по переводу проф. *Вормса* въ приложеніи къ Журналу Министерства Юстиціи 1893 г.

²⁾ См. *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900, т. I, стр. 379; *R. Schott*, Veräußerungsverbot und Resolutivbedingung in der Festgaben für Felix Dahn, Breslau 1905, стр. 305; *Max Kohn*, Das Erbbaurecht nach dem B. G. B. Berlin 1905, стр. 13; *Zschockelt*, у. с. стр. 7. Противнаго мнѣнія *Staudinger*, у. с. § 137; *Dernburg*, D. B. R., B. I, стр. 418.

этомъ, переходъ права застройки по наслѣдству ограничивать какимъ-либо однимъ порядкомъ наслѣдованія. Тамъ, гдѣ какъ въ германскомъ правѣ, существуетъ три порядка наслѣдованія, каждый изъ нихъ—законный, завѣщательный и договорный—примѣнимъ къ наслѣдственному переходу права застройки; тамъ, гдѣ, какъ у насъ, положительное право не знаетъ наслѣдственного договора, основаніемъ наслѣдственного перехода права застройки является *законъ и завѣщаніе*.

И здѣсь, какъ это мы видѣли относительно отчуждаемости, недопустимо никакое соглашеніе, которое явно или косвенно вело бы къ отмѣнѣ наслѣдственности разсматриваемого права, напротивъ, установленіе лишь *личной обязанности даннаго застройщика* не дѣлать завѣщательнаго распоряженія о принадлежащемъ ему правѣ застройки, или обязательства, лишь ограничивающаго его правомочіе на распоряженіе своимъ правомъ *mortis causa* вполне возможно и допустимо, т. к. ими наслѣдственность самого права застройки совершенно не затрагивается¹⁾.

И здѣсь мыслимы два случая. Возможно соглашеніе, въ силу коего наслѣдственный переходъ права застройки допускается лишь въ отношеніи къ родственникамъ застройщика съ исключеніемъ, на примѣръ, казны, или пережившаго супруга; такое постановленіе сторонъ въ договорѣ объ установленіи права застройки не исключаетъ совершенно перехода права застройки по наслѣдству, а лишь *ограничиваетъ* правомочіе застройщика, если, впрочемъ, въ означенномъ кругу лицъ наслѣдственный переходъ возможенъ; если же указанныхъ лицъ не существуетъ, или они по какимъ-либо основаніямъ къ наслѣдованію неспособны, то такое опредѣленіе влечетъ за собою уже *полную отмѣну* наслѣдственности права застройки.

Такимъ образомъ, приведенное сейчасъ соглашеніе въ обоихъ вариантахъ ведетъ къ отмѣнѣ или къ ограниченію

¹⁾ Срв. Wittmaack, у. с. стр. 41 и слѣд.

основного свойства права застройки—его наслѣдственности и потому является недопустимымъ, поскольку имъ не устанавливается лишь личное обязательство застройщика воздерживаться отъ распоряженія своимъ правомъ на случай смерти.

Второй случай—это тотъ, когда устанавливается, что право застройки должно перейти по наслѣдству къ родственникамъ только перваго пріобрѣтателя и не должно переходить отъ правопреемниковъ перваго застройщика къ наслѣдникамъ сихъ послѣднихъ; тогда, въ случаѣ отчужденія первымъ пріобрѣтателемъ права застройки, смерть второго застройщика ведетъ къ переходу права застройки, или обратно къ отчуждателю, или къ его наслѣдникамъ; иными словами, въ разсматриваемомъ случаѣ ограниченіе наслѣдственности права застройки имѣло бы слѣдствіемъ отмѣну другого основного свойства его—отчуждаемости, т. к. въ данномъ примѣрѣ для перваго застройщика оставалась бы возможность перенести на другое лицо не самое право застройки, а только пожизненное пользованіе имъ. Въ силу этихъ послѣдствій указанное договорное опредѣленіе нужно признать безусловно недопустимымъ¹⁾, поскольку, конечно, стороны имѣли въ виду установить ограниченіе именно наслѣдственности права застройки, а не обязательство застройщика воздержаться отъ распоряженія своимъ правомъ на случай смерти.

Сдѣланное различіе двухъ видовъ договорныхъ соглашеній объ ограниченіи наслѣдственности права застройки не имѣетъ, такимъ образомъ, *практическаго* значенія въ вопросѣ о правовыхъ послѣдствіяхъ этихъ соглашеній: ни соглашеніе о полной отмѣнѣ наслѣдственности права застройки, ни соглашеніе о ея ограниченіи не могутъ имѣть силы противъ третьяго лица.

¹⁾ Противоположнаго взгляда—Wittmaack, у. с. стр. 45 и слѣд.

ГЛАВА II.

Субъекты права застройки.—Кто может установить право застройки и въ чью пользу?—Права и обязанности собственника земли, обремененной правом застройки.—Правовое положеніе застройщика.

Наиболѣе частымъ, а по русскому праву единственнымъ, основаніемъ возникновенія права застройки является *договоръ*. Этимъ договоромъ опредѣляется болѣе или менѣе подробно содержаніе и предметъ устанавливаемого права, права и обязанности сторонъ, однако, въ предѣлахъ, кои указываются юридической природой права застройки, такъ какъ законъ, а не воля сторонъ устанавливаетъ число и содержаніе вещныхъ правъ.

Изъ самаго понятія права застройки—права владѣть и пользоваться *чужой* землей какъ строительной площадью—слѣдуетъ, что сторонами въ договорѣ объ установленіи права застройки являются *собственникъ земельного участка* и *лицо, въ пользу коего устанавливается это право—застройщикъ*.

Посмотримъ теперь, прежде чѣмъ перейти къ вопросу о томъ, какія права и обязанности порождаетъ установленіе права застройки для собственника земельного участка, обременяемого этимъ правомъ, и для застройщика, кто можетъ установить право застройки и кто можетъ быть застройщикомъ.

1. Кто можетъ установить право застройки?

„Собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой подъ застройку другому лицу“—говоритъ законъ о

правѣ застройки (ст. 1) и никакихъ другихъ указаній на этотъ счетъ не даетъ.

Такимъ образомъ, по нашему праву *только собственникъ* земельного участка можетъ обременять послѣдній правомъ застройки; ни пожизненный владѣлецъ, ни отдѣльный владѣлецъ¹⁾, срочно или потомственно пользующійся землей, ни владѣлецъ на чиншевомъ правѣ не могутъ установить права застройки на владѣемой ими землѣ. Тѣмъ болѣе не могутъ, далѣе, устанавливать права застройки простые наниматели разныхъ наименованій, какъ бы продолжительны ни былъ срокъ найма²⁾.

Что указаніе статьи первой закона о правѣ застройки на собственника земельного участка какъ на лицо, которое можетъ установить право застройки, имѣетъ въ виду этимъ сказать, что всѣ другіе владѣльцы земли лишены этого права—это подтверждается косвеннымъ образомъ исторіей редакціи шестой статьи закона о правѣ застройки. Въ проектѣ Министра Внутреннихъ Дѣлъ названной статьи во все не было, и внесена она была въ законопроектъ впервые только Государственной Думой въ слѣдующей редакціи: „Право застройки на надѣльныхъ, *станичныхъ* и *войсковыхъ* земляхъ можетъ быть устанавливаемо въ пользу лицъ всѣхъ сословій“. Однако, Особая Комmissія Государственнаго Совѣта, на разсмотрѣніе коей былъ переданъ думскій законопроектъ, *исключила* изъ приведенной статьи *указаніе на земли станичныя и войсковыя*, такъ какъ представителемъ Военнаго Министерства сдѣлано было заявленіе, что войсковыя и станичныя казачьи земли, какъ составляющія *собственность* того или другого *войска*, хотя и предоставляютъ въ пользованіе лицамъ казачьяго сословія, но ни при какихъ обстоятельствахъ *не обращаются въ ихъ собственность и, потому, не могутъ въ силу статьи первой законопроекта*

1) См. выше стр. 43 прим. 3, стр. 43—46; см. еще проф. Л. А. Кассо, Русское поземельное право, М. 1906 г. стр. 229 ц. 209; 233 ц. 214,

2) Св. Зак. т. IX. Особ. Прилож. кн. VII ст. 51; т. X ч. 1 ст. 1693.

(и закона) о правѣ застройки быть предметомъ договора о правѣ застройки¹⁾.

Законъ не дѣлаетъ никакихъ оговорокъ въ отношеніи правила, въ силу коего *собственникъ* земельного участка *можетъ* предоставить таковой подѣ застройку другому лицу, слѣдовательно, нужно признать, что *всякій* собственникъ земельного участка можетъ установить на своей землѣ право застройки, будетъ ли таковымъ лицо *физическое* или *юридическое*, будетъ ли собственникъ *ограниченъ въ правѣ распоряженія* или *нѣтъ*.

Только въ отношеніи нѣкоторыхъ разрядовъ земель законъ нѣсколько стѣсняетъ свободу установленія на нихъ права застройки, требуя *соблюденія извѣстнаго порядка установленія* права застройки, а въ иныхъ случаяхъ и предварительнаго *разрѣшенія* компетентныхъ органовъ власти.

Такъ, согласно ст. 7-ой закона о правѣ застройки, послѣднее устанавливается:

1) На *надѣльныхъ* земляхъ, принадлежащихъ обществамъ сельскихъ обывателей,—по приговорамъ подлежащихъ сходо́въ, постановляемымъ въ порядкѣ статьи 66 Общаго Положенія о крестьянахъ (Св. Зак., т. IX, Особ. Прил., кн. 1, изд. 1902 г. и по Прод. 1906, 1908 и 1910 г.г.); приговоры эти подлежатъ обязательному разсмотрѣнію земскихъ начальниковъ, или замѣняющихъ ихъ лицъ крестьянскихъ установлений, а также мировыхъ посредниковъ, примѣнительно къ порядку, установленному въ статьяхъ 30 и 31 Положенія о крестьянскихъ установленіяхъ (Св. Зак., т. IX, Особ. Прил., кн. III, изд. 1902 г.);

¹⁾ Докладъ Особой Комиссіи Государственнаго Совѣта, стр. 21.

Очевидно, смыслъ сдѣланнаго Представителемъ Военнаго Министерства заявленія—тогъ, что казачьи земли не могутъ быть предметомъ договора о правѣ застройки лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда право застройки предполагается установить *лицами казачьяго сословія*, а не казачьимъ войскомъ. Срв. А. Г. Гойхбаргъ, Законъ о правѣ застройки. Спб. 1913 стр. 56 примѣчаніе.

2) на земляхъ, принадлежащихъ *городскимъ* поселениямъ,—на основаніи опредѣленій и приговоровъ, постановляемыхъ городскими общественными управленіями въ порядкѣ статьи 71, статьи 63 приложения къ примѣчанію 3 къ статьѣ 1 и статьи 3 приложения къ статьѣ 22 Городового Положенія (Св. Зак., т. II, изд. 1902 г. и по Прод. 1906 г.);

3) на земляхъ, принадлежащихъ *духовнымъ* установленіямъ разныхъ вѣроисповѣданій,—съ разрѣшенія Святѣйшаго Синода, Министра Внутреннихъ Дѣлъ или Намѣстника Его Императорскаго Величества на Кавказѣ, по принадлежности;

4) на земляхъ *казенныхъ*—съ соблюденіемъ порядка, установленнаго дѣйствующими узаконеніями для разрѣшенія отдачи таковыхъ земель въ пользованіе;

5) въ имѣніяхъ *заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ* и *маіоратныхъ*—съ разрѣшенія Правительствующаго Сената (ст. 8), и

6) въ имѣніяхъ *ленныхъ, поіезуитскихъ*, а также *приобрѣтенныхъ по правиламъ инструкции 23 іюля 1865 года* (П. С. З. 1867 г. № 42328)—съ разрѣшенія мѣстнаго управленія земледѣлія и государственныхъ имуществъ.

За исключеніемъ указанныхъ закономъ случаевъ, *всякій* можетъ установить на своей землѣ право застройки, въ частности, *малолѣтній* и *несовершеннолѣтній* собственникъ земельного участка.

„Для установленія права застройки на земляхъ, состоящихъ по какимъ бы то ни было основаніямъ въ управленіи опекуна, обязательно испрошеніе разрѣшенія тѣхъ же установлений, какъ и для продажи недвижимаго имѣнія малолѣтнихъ. При разрѣшеніи установленія права застройки принимается въ соображеніе, чтобы интересы собственника земли были охраняемы не только на время существованія опеки, но и на послѣдующее время, на которое простирается право застройки“¹⁾.

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 11.

Законъ допускаетъ, какъ видимъ, установленіе права застройки на земляхъ, состоящихъ *по какимъ бы то ни было основаніямъ* въ управленіи опекуна. Слѣдовательно, установленіе права застройки возможно не только на земляхъ малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ собственниковъ, но и на земляхъ лицъ *совершеннолѣтнихъ*, состоящихъ подъ опекой вслѣдствіе душевной болѣзни, глухонѣмоты, нѣмоты и расточительности, а по Проекту Гражданскаго Уложения ¹⁾ и вслѣдствіе привычнаго пьянства.

Съ другой стороны, тѣ же слова закона *„по какимъ бы то ни было основаніямъ“* указываютъ на допустимость установленія права застройки на земляхъ лицъ подопечныхъ, *независимо отъ характера основаній учрежденія опеки*—будетъ ли опека учреждена по закону ²⁾, или по завѣщанію ³⁾, или по назначенію ⁴⁾ опекунскихъ установленій, или по особому Высочайшему повелѣнію ⁵⁾, если въ послѣднемъ случаѣ не сдѣлано изъятія изъ общихъ правилъ объ опекѣ.

Нашъ законъ, разрѣшая всякому собственнику земли установленіе права застройки имѣетъ въ виду не только свободные отъ всякихъ обремененій и запрещеній земельные участки, но прямо допускаетъ установленіе права застройки и на *земль, обремененную* уже какими-либо вотчинными правами, заложенной и находящейся подъ запрещеніемъ ⁶⁾.

¹⁾ Проектъ Гражданскаго Уложения, ст. 653.

²⁾ Св. Зак. т. X, ч. 1 ст. 226, 229, 230; Проектъ Гражданскаго Уложения, ст. 528.

³⁾ Сводъ Зак. т. X, ч. 1, ст. 227; Проектъ Гражд. Уложения, ст. 526.

⁴⁾ Сводъ Зак. т. X, ч. 1 ст. 331; Проектъ Гражд. Уложения, ст. 528.

⁵⁾ Св. Зак. т. X ч. 1.

⁶⁾ „Право застройки, установленное на заложенной землѣ, а также на земляхъ, находящихся по какимъ-либо причинамъ подъ запрещеніемъ, безъ согласія залогодержателя или лицъ и учреждений, въ пользу коихъ наложено запрещеніе, необязательно для сихъ послѣднихъ. Нотаріальныя установленія, при совершеніи актовъ о правѣ застройки на землѣ, состоящей въ залогъ или подъ запрещеніемъ, обязаны предупреждать стороны о существѣ правила, въ сей статьѣ изложеннаго, и включать это правило въ текстъ акта“—ст. 12 закона о правѣ застройки.

Разрѣшая установленіе права застройки на землѣ заложенной, или находящейся подъ запрещеніемъ, законъ, однако, требуетъ для полной дѣйствительности акта установленія наличности *согласія залогодержателя или лицъ и учреждений, въ пользу коихъ наложено запрещеніе*; безъ такого согласія установленіе хотя и не будетъ ничтожнымъ, но можетъ быть оспорено названными лицами или, какъ законъ выражается, безъ согласія этихъ послѣднихъ оно „необязательно“ для нихъ ¹⁾, необязательно оно, однако, только для этихъ лицъ; ст. 12 закона вполне допускаетъ установленіе права застройки и безъ согласія упомянутыхъ лицъ; право застройки, установленное безъ ихъ согласія, обязательно какъ для контрагентовъ договора, такъ и для всѣхъ третьихъ лицъ.

Въ чемъ же заключаются послѣдствія необязательности установленнаго права застройки для залогодержателя и лицъ, въ пользу коихъ наложено запрещеніе на землю, обременяемую правомъ застройки?

Такъ какъ право застройки, какъ вещное обремененіе земельного участка, не имѣетъ силы въ отношеніе залогодержателя или лицъ, въ пользу коихъ на землю эту наложено запрещеніе до установленія права застройки, то при реализаціи своихъ правъ указанныя лица въ описанныхъ условіяхъ управомочены направить свое взысканіе на этотъ поземельный участокъ въ томъ его видѣ, въ какомъ онъ былъ до установленія права застройки, т. е. свободный отъ указаннаго обремененія ²⁾. Когда право застройки устанавливается

¹⁾ Такъ какъ законъ обязываетъ нотаріальныя установленія, при совершеніи актовъ о правѣ застройки на землѣ, состоящей въ залогъ или подъ запрещеніемъ, предупреждать стороны о существѣ правила, трактующаго о значеніи согласія залогодержателей и лицъ, въ пользу коихъ наложено на землю запрещеніе, то едва ли на практикѣ будутъ встрѣчаться случаи установленія права застройки безъ согласія указанныхъ лицъ.

²⁾ Ст. 12 закона о правѣ застройки, трактующая объ установленіи его на заложенной землѣ не содержалась въ проектѣ закона о правѣ застройки Министра Внутреннихъ Дѣлъ и впервые внесена въ законопроектъ

вливается на заложенной землѣ *съ согласія* залогодержателя, оно имѣетъ силу въ отношеніе всѣхъ и въ томъ числѣ залогодержателя; однако, согласіе это не можетъ вліять на положеніе права застройки какъ обремененія поземельнаго участка среди другихъ обремененій послѣдняго; поэтому, переходъ залогового права отъ залогодержателя къ лицу, которое не приняло на себя отвѣтственности по обязательствамъ залогодержателя, имѣетъ послѣдствіемъ потерю силы даннаго залогопринимателемъ согласія на установленіе права застройки въ отношеніи къ лицу его правопреемника, который можетъ реализовать свое требованіе по общимъ правиламъ объ обращеніи взысканія на недвижимое имѣніе.

Хотя законъ, не предписывая никакой особой формы для указаннаго согласія залогодержателей или лицъ, въ пользу коихъ наложено запрещеніе на землѣ, обременяемой правомъ застройки, какъ будто открываетъ тѣмъ самымъ

Государственной Думой въ слѣдующей редакціи: „Право застройки, установленное на заложенной землѣ безъ согласія залогодержателя, обязательно для сего послѣдняго и уничтожается если при взысканіи съ заложенной земли на вторыхъ торгахъ не будетъ выручена сумма, превышающая требованіе залогодержателя, о чемъ должно быть оговорено въ актѣ установленія права застройки“. Особая Комmissія Государственнаго Совѣта не нашла возможнымъ принять этой редакціи статьи и измѣнила ее, согласно мнѣнію большинства членовъ Комmissіи, въ каковомъ видѣ она и внесена въ текстъ закона. Измѣненіе думской редакціи основано на слѣдующихъ соображеніяхъ: „Указаніе на то, что право застройки, установленное на заложенной землѣ безъ согласія залогодержателя, уничтожается, если при взысканіи съ заложенной земли на вторыхъ торгахъ не будетъ выручена сумма, превышающая требованіе залогодержателя, представляется излишнимъ, ибо если право застройки установлено безъ согласія залогодержателя, то оно вообще не должно быть для него обязательнымъ, такъ какъ, отдавая свое имѣніе въ залогъ для обезпеченія онымъ платежа занятыхъ денегъ, должникъ—собственникъ имѣнія принимаетъ на себя передъ залогодержателемъ обязанность сохранять означенное имѣніе въ цѣлости, не допуская его обезпеченія. Кромѣ того, такое условіе вовсе непримѣнимо къ охранѣ правъ лица, въ пользу котораго наложено запрещеніе по иску вотчинному, а также къ огражденію интересовъ личнаго кредитора, требованіе котораго обезпечено запрещеніемъ, такъ какъ этотъ кредиторъ не имѣетъ права не под-

возможность выраженія такого согласія во всякой формѣ, тѣмъ не менѣе надобно думать, что согласіе указанныхъ лицъ, являясь однимъ изъ элементовъ акта, устанавливающаго право застройки, однимъ изъ элементовъ договора объ установленіи права застройки, совершаемаго по закону крѣпостнымъ порядкомъ, должно быть, какъ и весь договоръ, выражено *только въ письменной формѣ*.

Такимъ образомъ, по нашему праву установить право застройки можетъ только *собственникъ* земельного участка, съ другой стороны, законъ не дѣлаетъ никакихъ исключеній изъ правила, что собственникъ земельного участка можетъ обременить послѣдній правомъ застройки: какъ мы видѣли, *всякій* собственникъ можетъ установить на своей землѣ разсматриваемое право.

Возможно, что земля, на коей желаютъ установить право застройки, будетъ принадлежать, не одному, а нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности. Кто можетъ въ этомъ случаѣ установить право застройки?

Вопросъ этотъ разрѣшается двумя основными положеніями: 1) право застройки можетъ быть установлено *на поземельномъ участкѣ* ¹⁾, 2) каждый собственникъ въ общей собственности можетъ распорядиться *своей долей* по собственному усмотрѣнію; распоряженіе же, касающееся *всего* объекта

чиниться невыгодному для него результату перваго торга (ср. уст. гражд. суд., ст.ст. 1068 и 1187).

Поэтому, большинство членовъ полагало болѣе правильнымъ ограничиться лишь тѣмъ общимъ правиломъ, что установленное при такихъ условіяхъ право застройки *необязательно* ни для залогодержателя, ни для лицъ и учреждений, въ пользу коихъ наложено запрещеніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ *большинство* членовъ находило, что при совершеніи актовъ о правѣ застройки на земляхъ, состоящихъ въ залогъ или подъ запрещеніемъ, нотаріальныя установленія обязательно должны включать правила разсматриваемой статьи въ текстъ акта о правѣ застройки, а не только при отсутствіи согласія залогодержателей и другихъ лицъ, въ пользу коихъ запрещеніе наложено.

¹⁾ Законъ 23 іюня о правѣ застройки, ст. 1.

общей собственности, возможно лишь съ общаго согласія всѣхъ сособственниковъ ¹⁾.

Слѣдовательно, на землѣ, составляющій объектъ общей собственности, право застройки можетъ быть установлено только по единогласному согласію всѣхъ соучастниковъ въ общей собственности.

Въ правѣ другихъ государствъ мы не находимъ этихъ основныхъ положеній русскаго закона о правѣ застройки.

Самая редакція легальнаго опредѣленія права застройки нигдѣ не содержитъ въ себѣ указанія на собственника земельного участка, какъ на *единственное лицо*, которое можетъ установить рассматриваемое право.

Такъ § 1012 *Германскаго Гражданскаго Уложения* гласитъ: „*Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräusserliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht)*“.

Швейцарское Гражданское Уложение говоритъ о правѣ застройки почти тѣми же словами: „*Ein Grundstück kann mit der Dienstbarkeit belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten*“.

Отсюда нужно заключить, что съ точки зрѣнія названныхъ законодательствъ право застройки можетъ установить не только собственникъ земельного участка, но и всякій, кто *владеетъ имъ въ осуществленіе вещнаго права* на владѣніе и пользованіе этимъ участкомъ, какъ, напримѣръ, пожизненный владѣлецъ, арендаторъ на правѣ наследственной аренды.

¹⁾ Ст. 548, 555 т. X ч. I; Рѣшенія Гражданскаго Кассационнаго Департамента Сената, 1880 г. № 103; Проф. Л. А. Кассо, Русское поземельное право, стр. 176, № 163. То же основное начало принято и Проектомъ Гражданскаго Уложения. „Отчужденіе и обремененіе общаго имущества“, гласитъ ст. 823 Проекта, „и вообще всякаго рода распоряженіе имъ, въ цѣломъ его составѣ, или въ какой-либо части, могутъ послѣдовать не иначе, какъ съ согласія всѣхъ соучастниковъ.“

и т. д.; само собой разумѣется, названныя лица могутъ установить право застройки лишь на время, коимъ ограничивается дѣйствіе ихъ вотчиннаго права на пользованіе земельнымъ участкомъ.

Точно также и § 1 *австрійской* новеллы 26 апрѣля 1912 г. не вводитъ въ опредѣленіе права застройки указанія на собственника какъ на единственное лицо, которое можетъ установить названное право: „*Ein Grundstück kann mit dem dinglichen*“, говоритъ законъ, „*veräusserlichen und vererblichen Rechte auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu haben, belastet werden (Baurecht)*“. Но, въ противоположность вышеуказаннымъ законодательствамъ и нашему русскому закону о правѣ застройки, австрійская новелла содержитъ въ себѣ прямое разрѣшеніе вопроса о томъ, *кто именно* можетъ обременять земельный участокъ правомъ застройки. Согласно § 2-му названнаго закона, лишь немногіе изъ собственниковъ земельныхъ участковъ могутъ обременять ихъ правомъ застройки: „*Ein Baurecht kann nur an Grundstücken des Staates, eines Landes, Bezirkes, einer Gemeinde oder eines öffentlichen Fonds begründet werden. Kirchen, Pfründen, kirchliche Anstalten oder Gemeinschaften und Gemeinnützige Anstalten oder Vereinigungen können an ihren Grundstücken ein Baurecht begründen, wenn im einzelnen Falle durch Ausspruch der politischen Landesbehörde festgestellt ist, dass die Begründung dem öffentlichen Interesse entspricht*“.

Одни изъ поименованныхъ здѣсь юридическихъ лицъ могутъ устанавливать право застройки на принадлежащихъ имъ земляхъ вполне самостоятельно и независимо отъ чьего-либо согласія, таковы—государство, провинція, округа, общины и общественныя организаціи (die öffentlichen Fonds); только въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ объ установленіи совершается низшимъ органомъ названныхъ юридическихъ лицъ, возможно требованіе согласія на совершеніе такого договора со стороны высшаго, или, когда заключеніе договоровъ найма недвижимостей на долгіе сроки вообще разрѣшается только съ согласія высшихъ инстанцій. Напротивъ, *другимъ*

юридическимъ лицамъ австрійскій законъ разрѣшаетъ установленіе права застройки на принадлежащихъ имъ земляхъ *только условно*: если высшая мѣстная правительственная власть найдетъ это отвѣчающимъ общественнымъ интересамъ; такъ какъ праву застройки поставлена опредѣленная социальная задача, то единственнымъ критеріемъ здѣсь является то обстоятельство—поведеть ли въ данномъ конкретномъ случаѣ установленіе права застройки къ улучшенію жилищныхъ условій съ точки зрѣнія существующаго въ данной мѣстности положенія жилищнаго вопроса и съ точки зрѣнія предполагаемаго строительнаго плана; къ числу такихъ юридическихъ лицъ относятся—церковь и ея учрежденія, цеховыя учрежденія и общепользные ¹⁾ союзы и учрежденія.

Въ связи съ этимъ суженіемъ круга лицъ, коимъ разрѣшается установленіе права застройки, характернымъ для новѣйшаго закона, регулирующаго интересующій насъ институтъ, является полное молчаніе его о границахъ строительной дѣятельности застройщика, о наемной платѣ за пользованіе постройками и другихъ условійхъ и элементахъ содержанія права застройки. Это молчаніе закона является вполнѣ сознательнымъ (въ противоположность таковому Германскаго Гражданскаго Уложенія) и объясняется желаніемъ законодателя достигъ цѣли, которую законодательная нор-

¹⁾ Терминъ „общепользный“ (gemeinnützig), не имѣющій опредѣленнаго и точнаго содержанія, приведетъ, несомнѣнно, на практикѣ къ немалымъ затрудненіямъ и дастъ судѣ неблагодарную задачу рѣшенія вопроса—общепользно ли данное учрежденіе или союзъ, или нѣтъ, когда ему придется рѣшать вопросъ о томъ, можетъ ли данное юридическое лицо установить на своей землѣ право застройки или нѣтъ—см. *Forschheimer*, у. с., стр. 27. Съ другой стороны, опытъ всѣхъ странъ показываетъ, что такъ назыв. общепользные союзы имѣютъ въ виду не установленіе права застройки на своихъ земляхъ, а приобрѣтеніе права застройки для достиженія социальныхъ задачъ, преслѣдуемыхъ имъ, путемъ пользованія чужой землей.—См. *Vogel*, Zur Einführung des Erbbaurechtes in Oesterreich въ *Der Oesterreichische Volkswirt*, 5 Jahrg. № 10 (приведено у предыдущаго автора).

мировка упомянутыхъ сторонъ института могла бы себѣ поставить другимъ путемъ—путемъ суженія круга лицъ, коимъ законъ разрѣшаетъ установленіе права застройки на принадлежащихъ имъ земляхъ; по мысли закона, поименованные въ § 2 его земельные собственники по самой природѣ своей должны преслѣдовать тѣ социальныя задачи, ради которыхъ, вообще, институтъ права застройки вводится въ современный гражданскій оборотъ ¹⁾. Напротивъ, частный собственникъ земельного участка можетъ, по общему правилу, преслѣдовать лишь личную выгоду. Поэтому частные собственники земельныхъ участковъ, въ противоположность прочимъ законодательствамъ, по австрійскому праву не могутъ устанавливать права застройки на принадлежащей имъ землѣ.

¹⁾ „Wird von einer genauen Reglementierung der gegenseitigen Rechte und Pflichten abgesehen, so ist für die soziale Wirkung des Baurechtes geradezu entscheidend die *Persönlichkeit* des Grundeigentümers, der zu Baurecht vergibt. Liesse das Gesetz in diesem Punkte volle Freiheit walten, wie das Deutsche B. G. B., so besteht die Gefahr, dass die Skepsis der Gegner des Instituts Recht behalte, weil das Baurecht zu leicht nur zu einer neuen Form der Bodenspekulation werden kann: Ansammlung von grosser Bauarea, um sie vorerst in „Baurecht“ gegen möglichst hohen Bodenzins, wohl auch möglichst hohe Zinsen der kreditierten Baukapitals, zu geben und nach Ablauf des Baurechtes den Wertzuwachs des Bodens selbst zu realisieren. Solchen hohen Zins aber kann wieder nur ein geschäftskundiger Zwischenmann zahlen, der dann seinerseits Einzelhäuser an die wirklichen Interessenten vergibt, zu möglichst hohem Mietzins und, da er seinen hohen Bodenzins hereinbringen will, Häuser von möglichst schlechter Qualität.“

Gegen derartige Abwege kann, derzeit wenigstens, nur die *Beschränkung der Berechtigung* auf solche Grundeigentümer schützen, die ihrer Natur nach soziale Aufgaben zu erfüllen haben oder verfolgen wollen. Von ihnen kann^t erwartet werden, sowohl dass sie nicht nur die eigenen Ansprüche möglichst herabsetzen als auch dass sie die Person desjenigen, dem sie das Baurecht geben, richtig zu wählen wissen werden. In diesem Sinne kann die Berechtigung den Grundbesitzern, welche *Träger des staatlichen Gedankens* sind: Staat, Land, Bezirk, Gemeinde, gegeben werden—die Kommission fügt hinzu die öffentlichen Fonds. „Gemeinnützige“ Anstalten sollen nicht wie Privatpersonen ausgeschlossen, doch soll im einzelnen Falle die behördliche Feststellung der publica utilitas Bedingung der Begründung des Baurechtes sein. Die Kommiss-

2. Кто может приобрести право застройки?

Право застройки может быть установлено только въ пользу *определеннаго лица*. Если кто-либо имѣетъ фабрику или какое-нибудь торгово-промышленное заведеніе на своей землѣ и, не имѣя возможности приобрести сосѣдній земельный участокъ въ собственность, желаетъ приобрести на этотъ участокъ право застройки, чтобы использовать его для возведенія на немъ вспомогательныхъ помѣщеній—складовъ для храненія товаровъ, машинъ, обоза и т. п. и притомъ такъ, чтобы приобретаемое *право застройки было связано съ правомъ собственности на земельный участокъ* подъ фабрикой или торгово-промышленнымъ заведеніемъ приобретателя права застройки, т. е. чтобы послѣднее принадлежало всякому собственнику фабрики, то установленіе такого права застройки представляется невозможнымъ, такъ какъ оно противорѣчитъ требованію, чтобы право застройки принадлежало определенному лицу ¹⁾, а не собственнику недвижимости, какъ таковому ²⁾; цѣль собственника фабрики въ указан-

sion war der Meinung, dass auch kein Anlass bestehe, für Kirchen und kirchliche Anstalten in dieser Beziehung eine Ausnahme zu machen. Die Erwähnung gemeinnütziger „Vereinigungen“ schien nicht unangebracht, um alle möglichen Assoziationsformen zu umfassen“.—Bericht der Kommission für Justizgegenstände über den Antrag, betreffend die gesetzliche Regelung des Baurechtes, стр. 3.

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 1.

²⁾ Ни русскій законъ о правѣ застройки, ни австрійская новелла, ни В. Г. В. не даютъ никакого указанія на этотъ счетъ. *Strecker*, Die allgemeinen Vorschriften des V. G. B. über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898, стр. 13, а за нимъ *Reinhardt*, у. с. стр. 31 и слѣд. считаютъ возможнымъ установленное въ пользу определеннаго лица право застройки приписать къ одному изъ его недвижимыхъ имѣній какъ составную часть послѣдняго, тогда оно будетъ принадлежать всякому собственнику послѣдняго (§§ 890 и 1017 В. Г. В.); но, въ противоположность сервитутамъ или вотчиннымъ повинностямъ, такъ связанное съ недвижимостью право застройки во всякое время можетъ быть отдѣлено, можетъ сдѣлаться самостоятельнымъ, получивъ отдѣльный листъ въ поземельной книгѣ. См. *Dernburg*, V. R., V. III, стр. 552 ц. 12.

ныхъ условійхъ достигается наилучшимъ образомъ установленіемъ не права застройки, а реального сервитута.

Но, если законъ требуетъ, чтобы право застройки устанавливалось въ пользу определеннаго лица, то въ этомъ требованіи не содержится запрещенія установленія права застройки въ пользу *нѣсколькихъ определенныхъ лицъ*, поэтому установленіе права застройки въ пользу нѣсколькихъ созастроителей представляется вполне возможнымъ.

Ни одно изъ западно-европейскихъ законодательствъ не содержитъ въ себѣ какихъ-либо прямыхъ, специальныхъ ограниченій способности *каждаго* быть застройщикомъ. Слѣдовательно, застройщикомъ, съ точки зрѣнія этихъ законодательствъ, можетъ быть *всякій, кто можетъ быть собственникомъ земельного участка*, а не вообще всякій, такъ какъ ни одно положительное законодательство не оставляетъ свободу приобретенія недвижимостей безъ тѣхъ или другихъ ограниченій субъективнаго или объективнаго характера, и такъ какъ, съ другой стороны, право застройки въ оборотѣ циркулируетъ какъ поземельный участокъ.

Къ праву застройки, какъ мы знаемъ, примѣняются правила, постановленныя относительно поземельныхъ участковъ ¹⁾, и потому тѣ ограниченія, которыя законъ ставитъ свободѣ приобретенія недвижимостей, должны имѣть примѣненіе и при приобретеніи права застройки. Въ частности, къ приобретенію права застройки должны быть примѣнены, напримѣръ, *нормы мѣстнаго права* отдѣльныхъ государствъ Германіи, обусловливающія приобретеніе недвижимости *иностранцами* полученіемъ правительственнаго разрѣшенія ²⁾, равнымъ образомъ, подлежатъ примѣненію и тѣ правила мѣстнаго права отдѣльныхъ государствъ Германіи, коими приобретеніе земельныхъ участковъ *юридическими лицами* или ограничивается,

¹⁾ В. Г. В., § 1017, Швейц. Гражд. Уложеніе, Art. 779 п. 3, Art. 655 п. 2, Австрійскій законъ о правѣ з-ки, § 6.

²⁾ Е. Г. Art. 88.

или ставится въ зависимость отъ разрѣшенія правительственной власти ¹⁾).

У насъ въ самомъ законѣ о правѣ застройки имѣется прямой *отвѣтъ* на поставленный вопросъ: „право застройки“, говоритъ законъ, „можетъ быть устанавливаемо лишь въ пользу лица, имѣющаго право *пріобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ въ данной мѣстности* ²⁾“.

Не могутъ-же по нашему дѣйствующему праву, или, правильнѣе, могутъ, но съ извѣстными ограниченіями, пріобрѣтать недвижимыя имущества, а слѣдовательно, и право застройки *иностранцы, евреи и лица польскаго происхожденія*.

Согласно ст. 780 т. IX Свод. Зак. по прод. 1906 г., *иностранцы вообще* могутъ пріобрѣтать, какъ куплею, такъ и по наслѣдству, завѣщаніямъ, дарственнымъ записямъ отводамъ отъ казны и т. п. всякаго рода движимыя и недвижимыя имущества. Изъ этого общаго правила законъ ³⁾ дѣлаетъ изъятія, *во 1-хъ*, для Туркестанскаго края, областей Акмолинской, Семипалатинской, Семирѣченской, Уральской и

¹⁾ Когда стоимость пріобрѣтаемаго участка не ниже 5000 марокъ, E. G., Art. 86.

²⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 5. Устанавливаемое указанной статьей ограниченіе вводится по слѣдующимъ соображеніямъ: „Право наслѣдственной застройки весьма близко подходитъ къ праву собственности.“

Въ виду этого лица, лишенныя по дѣйствующему закону права пріобрѣтать землю въ собственность въ данной мѣстности, могли бы, въ обходъ существующаго запрещенія, пріобрѣтать тамъ право наслѣдственной застройки.

Не считая возможнымъ вскользь разрѣшать вопросъ о цѣлесообразности тѣхъ или другихъ ограниченій дѣйствующаго закона о правѣ разныхъ разрядовъ лицъ пріобрѣтать въ собственность недвижимыя имѣнія въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ, проектъ устанавливаетъ, что право наслѣдственной застройки можетъ быть устанавливаемо лишь въ пользу тѣхъ лицъ, которыя имѣютъ право пріобрѣтать въ данной мѣстности землю въ собственность“.— Проектъ М. В. Д. закона о правѣ застройки, ст. 4, стр. 26.

³⁾ Св. Зак., т. II. Положенія объ управленіи означенныхъ мѣстностей.

Тургайской, *во-2-хъ*, для областей Амурской и Приморской, гдѣ пріобрѣтеніе земель лицами, не принадлежащими къ русскому подданству, воспрещается ¹⁾ и, *въ 3-хъ*, для губерній западной полосы Россіи ²⁾—Варшавской, Калишской, Кѣлецкой, Ломжинской, Люблинской, Петроковской, Плоцкой, Радомской, Сувалкской и Сѣдлецкой, а равнымъ образомъ, и для губерній Бессарабской, Виленской, Витебской, Волынской, Гродненской, Кіевской, Ковенской, Курляндской, Лифляндской, Минской, и Подольской.

Въ означенныхъ сейчасъ мѣстностяхъ „иностранцы поданные не могутъ пріобрѣтать, какими бы то ни было способами и на какомъ бы то ни было изъ допускаемыхъ общими и мѣстными законами основаніи, *въ портовыхъ и другихъ городскихъ поселеніяхъ*, права собственности на недвижимыя имущества, а равно право владѣнія и пользованія недвижимыми имуществами, отдѣльнаго отъ права собственности вообще, въ частности же вытекающее изъ договора найма и аренды“. И только для случаевъ наслѣдованія законъ дѣлаетъ изъ этого общаго запрещенія исключеніе, въ силу коего право на пріобрѣтеніе иностранцами въ этихъ губерніяхъ недвижимости не устраняется совершенно, а лишь *ограничивается*: „Относительно правъ иностранцевъ“, говоритъ законъ ³⁾, „по наслѣдованію недвижимыми имуществами, расположенными *въ портовыхъ и другихъ городскихъ поселеніяхъ*, имѣютъ силу въ помянутыхъ въ статьѣ 1 сего приложенія мѣстностяхъ нижеслѣдующія ограниченія: 1) наслѣдованіе по закону въ прямой нисходящей линіи и между супругами въ имуществѣ, оставшемся послѣ иностраннаго подданнаго, допускается на существующемъ основаніи, если наслѣдникъ поселился въ Россіи до

¹⁾ Св. Зак. т. II. Положенія объ управленіи означенныхъ мѣстностей.

²⁾ Временныя правила о пріобрѣтеніи иностранцами въ собственность или въ срочное владѣніе и пользованіе недвижимыхъ имуществъ въ нѣкоторыхъ губерніяхъ западной полосы Россіи. Приложение къ ст. 830 прим. 2 Св. Зак. т. IX.

³⁾ Тамъ-же, ст. 3.

14 марта 1887 года; 2) во всѣхъ остальныхъ случаяхъ наслѣдованія по закону, а также въ случаѣ наслѣдованія по завѣщанію, иностранный подданный обязанъ, въ теченіе трехъ лѣтъ со времени приобрѣтенія имъ правъ на имущество, продать оное русскому подданному; 3) при несоблюденіи установленнаго въ пунктѣ 2 сей статьи правила, имущество, по распоряженію губернскаго начальства, берется въ опеку и продается съ публичнаго торга въ подлежащемъ Губернскомъ Правленіи, а вырученная отъ продажи сумма, за вычетомъ изъ оной издержекъ по опекѣ и продажѣ, выдается наслѣднику“.

Ограниченія приобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ, касающіяся *евреевъ*¹⁾, заключаются въ запрещеніи евреямъ приобрѣтать недвижимую собственность *вне черты общей ихъ осѣлости*, но и въ этихъ предѣлахъ законъ разрѣшаетъ имъ приобрѣтеніе недвижимыхъ имѣній лишь *въ городахъ и мѣстечкахъ*.

Наконецъ, свобода приобрѣтенія поземельной собственности закономъ²⁾ ограничивается въ отношеніи *лицъ польскаго происхожденія*³⁾, коимъ приобрѣтеніе недвижимыхъ иму-

¹⁾ Св. Зак. т. IX, ст. 780, прим. 1 и 2.

²⁾ Св. Зак. т. X ч. 1, ст. 693 приложение къ прим. 2, ст. 1 сего приложения по Продолж. 1906 г.

³⁾ Ст. 5 закона 23 июня 1912 г. о правѣ застройки буквально воспроизводитъ ст. 4 Проекта Министра Внутр. Дѣлъ. Большинство членовъ Особой Комиссіи Государственнаго Совѣта предполагало редактировать названную статью такъ: „Право застройки можетъ быть устанавливаемо лишь въ пользу лица, имѣющаго право приобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ въ данной мѣстности“.

Освобожденіе лицъ польскаго происхожденія отъ ограниченій въ вопросѣ о приобрѣтеніи права застройки большинство членовъ Особой Комиссіи мотивировало слѣдующими соображеніями. По мнѣнію большинства членовъ названной Комиссіи всѣ существующія ограниченія для лицъ польскаго происхожденія въ отношеніи приобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ въ девяти Западныхъ губерніяхъ *вовсе не преслѣдуютъ цѣли запрещенія этимъ лицамъ приобрѣтать вообще недвижимыя имущества* въ означенномъ краѣ, даже вне городовъ и мѣстечекъ, а *устанавливаютъ* лишь такія *мѣры, кои могутъ препятствовать сосредоточенію* въ рукахъ польскихъ

ществъ отъ лицъ русскаго происхожденія разрѣшается, по общему правилу, *въ девяти Западныхъ губерніяхъ только въ предѣлахъ городовъ и мѣстечекъ*. Согласно новому за-

уроженцевъ значительныхъ земельныхъ имуществъ и переходу къ нимъ имѣній, находящихся во владѣніи лицъ русскаго происхожденія“. Между тѣмъ, институтъ застройки имѣетъ въ виду сравнительно незначительные участки земли, расположенные или въ городахъ или близъ нихъ и желѣзнодорожныхъ станцій и поэтому не можетъ никоимъ образомъ способствовать сосредоточенію въ рукахъ польскихъ уроженцевъ значительныхъ земельныхъ имуществъ. Такъ какъ, далѣе, значительная часть земли въ окрестностяхъ нѣкоторыхъ городовъ въ означенныхъ девяти губерніяхъ находится въ арендѣ у русскихъ и поляковъ, то запрещеніе лицамъ польскаго происхожденія приобрѣтать право застройки повело бы къ лишенію возможности упорядочить эти арендные отношенія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда собственникомъ земли является русскій, а арендаторомъ полякъ, т. е. повело бы къ невозможности осуществленія цѣли, которую ставитъ себѣ законъ о правѣ застройки.

Напротивъ, меньшинство членовъ Особой Комиссіи не находило возможнымъ измѣнять первоначальной редакціи пятой статьи разсматриваемаго закона, „не считая возможнымъ, при обсужденіи проекта закона о правѣ застройки, разрѣшать, попутно, вопросъ о цѣлесообразности тѣхъ или другихъ ограниченій дѣйствующаго закона въ правѣ разныхъ категорій лицъ приобрѣтать въ собственность недвижимыя владѣнія въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ и находя невозможнымъ, при полной неразработанности возбужденнаго въ средѣ Комиссіи вопроса и отсутствіи какого-либо матеріала по указанному предмету, допустить въ данномъ случаѣ какія-либо отступленія въ отношеніи лицъ польскаго происхожденія въ 9 Западныхъ губерніяхъ отъ основнаго принципа, изложеннаго въ статьѣ 5 разсматриваемаго законопроекта“.

Помимо этихъ основаній, меньшинство членовъ Особой Комиссіи руководилось еще и практическими соображеніями. Предоставленіе лицамъ польскаго происхожденія возможности приобрѣтенія права застройки въ девяти Западныхъ губерніяхъ, гдѣ имъ запрещено приобрѣтеніе въ собственность въ пожизненное владѣніе и принятіе въ залогъ недвижимыхъ имѣній отъ лицъ русскаго происхожденія, повело бы по мнѣнію меньшинства членовъ Особой Комиссіи къ массовому приобрѣтенію лицами польскаго происхожденія права застройки въ обходъ вышеприведеннаго запрещенія. Кромѣ того, предоставленіе лицамъ польскаго происхожденія возможности приобрѣтенія права застройки поведетъ къ приобрѣтенію ими какъ собственниками строеній, возведенныхъ въ силу правъ застройки на чужой землѣ, избира-

кону 1 мая 1905 г.¹⁾, лицам польскаго происхожденія предоставляется пріобрѣтать въ предѣлахъ девяти Западныхъ губерній, съ разрѣшенія подлежащихъ Генераль-Губернаторовъ и губернаторовъ, недвижимыя имущества, *внѣ городовъ и мѣстечекъ* расположенныя, *въ видахъ уничтоженія чересполосности и для хозяйственнаго округленія границъ*, а также *обмѣнивать* ихъ на другія въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 1374 Зак. Гражданскихъ (ст. II закона 1 мая 1905 г.). Статья III-я того же закона допускаетъ, съ разрѣшенія подлежащихъ властей, пріобрѣтеніе въ девяти Западныхъ губерніяхъ *для цѣлей промышленнаго свойства* земельныхъ имуществъ, *внѣ городовъ и мѣстечекъ* расположенныхъ, въ размѣрѣ *не свыше 60 десятинъ*.

Таковы ограниченія свободы пріобрѣтенія права собственности на недвижимыя имѣнія, а слѣдовательно и пріобрѣтенія права застройки.

Указанныя ограниченія имѣютъ въ виду *лицъ физическихъ*, но положеніе статьи 5-ой закона о правѣ застройки говоритъ о лицѣ, не ограничивая содержаніе этого термина понятіемъ лица только физическаго. Поэтому, нужно признать, что въ вопросѣ о томъ, кто можетъ пріобрѣтать право застройки, должны имѣть примѣненіе не только тѣ ограниченія, которыми суживается свобода лицъ физическихъ при пріобрѣтеніи права собственности на недвижимыя имѣнія, но и тѣ, кои касаются ограниченій правоспособности *лицъ юридическихъ*.

тельныхъ правъ въ выборахъ земскихъ гласныхъ и членовъ Государственной Думы; при отпадѣ русскимъ владѣльцемъ своего недвижимаго имущества подъ застройку нѣсколькимъ лицамъ польскаго происхожденія, создается такое положеніе, при которомъ, на ряду съ однимъ русскимъ избирателемъ, окажется цѣлый рядъ такихъ же полноправныхъ избирателей польскаго происхожденія. См. Докладъ Особой Комиссіи Государственнаго Совѣта, стр. 16—21.

¹⁾ О значеніи его см. Проф. А. М. Гуляевъ, „Лица польскаго происхожденія“ въ Журналѣ Министерства Юстиціи 1905 г. № 8.

Объемъ правоспособности юридическихъ лицъ определяется ихъ уставами или учредительнымъ договоромъ, и поскольку уставъ даннаго юридическаго лица допускаетъ пріобрѣтеніе права собственности на недвижимое имѣніе, постольку это юридическое лицо можетъ пріобрѣсти и право застройки.

Поскольку, однако, уставы юридическихъ лицъ не содержатъ въ себѣ изъятій изъ общихъ законовъ, эти послѣдніе должны имѣть примѣненіе къ тѣмъ правоотношеніямъ, субъектами коихъ являются юридическія лица. Посему, общія правила ¹⁾ о томъ, какія юридическія лица могутъ пріобрѣтать права на недвижимыя имущества, должны имѣть здѣсь примѣненіе, равно какъ и изъятія изъ нихъ.

3. *Права и обязанности собственника земельного участка, обремененнаго правомъ застройки, и застройщика.*

А. *Права и обязанности собственника земельного участка, обремененнаго правомъ застройки,*

Право застройки есть *обремененіе* чужого земельного участка, слѣдовательно, вслѣдствіе установленія права застройки владѣлецъ поземельнаго участка не теряетъ своего права собственности, а лишь ограничиваетъ его.

Справедливо, что ограниченіе это весьма широкаго объема; право владѣть и пользоваться земельнымъ участкомъ какъ строительной площадью, по общему правилу, почти исчерпываетъ все содержаніе права собственности, собственнику остается лишь голое право.

1) Однако, предоставляя застройщику владѣніе и пользованіе земельнымъ участкомъ, собственникъ его, оставаясь таковымъ, *не теряетъ права распоряженія имъ*; обремененный правомъ застройки участокъ можетъ быть собственникомъ его отчужденъ, завѣщанъ, заложенъ, отданъ въ пожизненное владѣніе, обремененъ правами участія частнаго,

¹⁾ Св. Зак. т. X, ч. 1, ст. 698, Приложение къ ней (ко 2-му примѣчанію) по Прод. 1906 г. ст. 985.

поскольку, конечно, этими послѣдними не устанавливается вотчинное право такого содержанія, которое исключало бы или стѣсняло пользованіе землей какъ строительной площадью. Свобода распоряженія собственника, такимъ образомъ, послѣ установленія права застройки въ сущности нисколько не ограничивается, акты распоряженія не требуютъ участія застройщика ни въ какой мѣрѣ и ни въ какой формѣ; при отчужденіи участка собственникомъ, застройщикъ не только никакъ не можетъ ограничивать это отчужденіе, но ему не принадлежитъ даже право преимущественной купли.

2) По господствующему мнѣнію, римская superficies не мыслима безъ обязанности застройщика платить собственнику земли опредѣленное вознагражденіе (solarium); точно также и по нашему праву право застройки можетъ быть только возмезднымъ. Посему, in dubio собственнику земельного участка, обремененнаго правомъ застройки, всегда принадлежитъ *право на вознагражденіе*.

Напротивъ, для понятія права застройки по Германскому Гражданскому Уложенію, Швейцарскому или по австрійской новеллѣ вознагражденіе несущественно; оно можетъ быть установлено договоромъ, но не предполагается.

3) При всякомъ прекращеніи права застройки, собственнику земли принадлежитъ *право на консолидацію собственности*.

4) Собственнику земли, въ случаѣ прекращенія права застройки вслѣдствіе наступленія срока, принадлежитъ *право требовать сноса построекъ*, возведенныхъ застройщикомъ¹⁾.

¹⁾ Ст. 19 п. 1 закона о правѣ застройки гласитъ: „при прекращеніи права застройки вслѣдствіе наступленія срока (ст. 18 п. 1)... застройщикъ имѣетъ право снести постройки къ истеченію срока договора; застройщикъ обязанъ снести ихъ, если того потребуетъ, не позже мѣсяца послѣ срока договора, собственникъ земли“.

5) По закону *постройки*, не снесенныя застройщикомъ, по прекращеніи дѣйствія права застройки, *остаются въ пользу собственника земли*¹⁾.

6) Если собственникомъ земли было заявлено требованіе о сносѣ построекъ не позднѣе мѣсяца послѣ срока договора, то ему принадлежитъ *право на возмѣщеніе издержекъ* по сносу ихъ, произведенному въ продолженіе перваго года послѣ срока договора²⁾.

7) Собственнику земли принадлежитъ, далѣе, по закону³⁾ *право* по одностороннему требованію своему *прекратить право застройки*, когда застроенный участокъ необходимъ для разработки ископаемыхъ, указанныхъ въ статьѣ 260 Устава Горнаго⁴⁾, а также золота, платины, цѣнныхъ, драгоценныхъ и цвѣтныхъ камней, нефти, янтаря и соли, *если эти ископаемые не могутъ быть извлечены безъ поврежденія строеній*, если при этомъ застройщикъ не изъявитъ желанія возобновить пользованія участкомъ по окончаніи разработки нѣдръ, или если онъ не согласится ограничиться пользованіемъ той частью участка, которая не нужна для таковой разработки.

Возможность извлеченія указанныхъ въ законѣ ископаемыхъ безъ поврежденія строеній отнимаетъ у собственника право прекратить право застройки, а у застройщика право отказаться отъ сего послѣдняго.

¹⁾ „Постройки, не снесенныя застройщикомъ, остаются въ пользу собственника земли, который, если имъ было заявлено требованіе о сносѣ, имѣетъ право на возмѣщеніе ему застройщикомъ издержекъ по сносу построекъ, произведенному въ продолженіе перваго года послѣ срока договора“.— Ст. 19 п. 2 закона о правѣ застройки.

²⁾ См. предыдущее примѣчаніе.

³⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 21.

⁴⁾ Т. е. металловъ и металлическихъ рудъ (кромѣ розсыпей и коренныхъ мѣсторожденій золота и платины), ископаемыхъ углей, горючихъ сланцевъ и смоль (кромѣ нефти и янтаря), графита, сѣры и сѣраго колчедана, огнеупорныхъ глинъ и камней, квасцоваго камня и азбеста.

„Въ предусмотрѣнныхъ въ статьѣ 21 случаяхъ собственникъ земли обязанъ возмѣстить застройщику убытки, причиняемые досрочнымъ прекращеніемъ права застройки, или сокращеніемъ земельной площади, обремененной этимъ правомъ, или приостановленіемъ пользованія участкомъ; при сохраненіи права застройки въ отношеніи части участка собственникъ обязанъ, сверхъ того, соотвѣтственно уменьшить плату за право застройки“.

Такимъ образомъ, владѣніе и пользованіе земельнымъ участкомъ какъ строительной площадью, составляющія содержаніе права застройки, не исключаютъ совершенно и всегда пользованія тѣмъ же земельнымъ участкомъ со стороны собственника его; только *по общему правилу* пользованіе земельнымъ участкомъ для цѣлей застройки представляется исчерпывающимъ, но въ отдѣльныхъ случаяхъ и тогда, когда рѣчь идетъ о *нѣдрахъ земли*, пользованіе земельнымъ участкомъ можетъ имѣть и собственникъ земельного участка, обремененнаго правомъ застройки. Это имѣетъ мѣсто въ условіяхъ сейчасъ цитированной статьи закона (22-ой).

Весьма важно въ практическомъ отношеніи установить точное значеніе выраженія закона „для разработки ископаемыхъ“, объемлетъ ли оно, какъ того хотятъ редакторы этой статьи закона, объемлетъ ли оно собою двѣ различныхъ техническихъ операціи—1) работы по развѣдкѣ и 2) работы по извлеченію открытыхъ уже ископаемыхъ, или же рассматриваемое выраженіе имѣетъ въ виду только эти послѣднія; указанное различіе важно въ томъ смыслѣ, что если это выраженіе понимать въ смыслѣ указанія на оба вида работъ, то значитъ, законъ видитъ основаніе для досрочнаго прекращенія права застройки не только *въ фактъ открытія ископаемыхъ*, но и *въ необходимости начать развѣдочныя работы*.

Такъ какъ извлеченіе ископаемыхъ изъ мѣста ихъ нахожденія представляется невозможнымъ безъ открытія залежей той или иной породы ископаемыхъ, и такъ какъ это послѣднее, по общему правилу, является результатомъ осо-

быхъ техническихъ работъ—предварительной развѣдки, то общимъ правиломъ является положеніе, что безъ развѣдки невозможно извлеченіе, разработка и, слѣдовательно, если законъ видитъ въ необходимости „разработки ископаемыхъ“ основаніе для досрочнаго прекращенія права застройки, то это должно означать, что не только „извлеченіе“, „разработка“ въ собственномъ смыслѣ, но и „развѣдка“, безъ которой невозможна разработка, служитъ основаніемъ для досрочнаго прекращенія права застройки ¹⁾.

1) Это явствуетъ изъ исторіи статьи 21 закона о правѣ застройки. Министерскій Проектъ вовсе не предусматривалъ рассматриваемаго основанія прекращенія права застройки, только Комmissія Государственной Думы о чиншевомъ правѣ внесла впервые соотвѣтственную статью (15-ую) въ слѣдующей редакціи: „Равнымъ образомъ, право застройки прекращается, по требованію собственника земли, если въ участкѣ *открыты* ископаемые, указанные въ статьѣ 260 (по Прод. 1906 г.) Устава Горнаго (Св. Зак. т. VII), а также золото, платина, нефть и янтарь, которые не могутъ быть извлечены безъ поврежденія строеній.“

„Имѣя въ виду, что право требовать прекращенія застройки можетъ быть вызвано *не только открытіемъ* въ участкѣ ископаемыхъ, но также и для работъ по развѣдкѣ таковыхъ, *Особая Комmissія* Государственнаго Совѣта, соглашаясь въ существѣ съ предложеннымъ постановленіемъ статьи 16, одобреннымъ Государственною Думою, полагала выраженіе „если въ участкѣ открыты ископаемые“... замѣнить словами: „если застроенный участокъ ему *необходимъ для разработки ископаемыхъ*“... При этомъ *Особая Комmissія* полагала дополнить согласно постановленіямъ Устава Горнаго (свод. зак. т. VII изд. 1899 г. и по прод. 1906 г., ст. 260 и прим. и прил. и ст. 624) перечень ископаемыхъ указаніемъ на цѣнные, драгоценные и цвѣтные камни, а также на соль, изложивъ статью 16 въ нижеслѣдующей редакціи:

„По требованію собственника земли, право застройки прекращается, если застроенный участокъ ему *необходимъ для разработки ископаемыхъ*, указанныхъ въ статьѣ 260 Устава Горнаго (Свод. Зак., т. VII, по Прод. 1906 г.), а также золота, платины, цѣнныхъ, драгоценныхъ и цвѣтныхъ камней, нефти, янтаря и соли, и если эти ископаемые не могутъ быть извлечены безъ поврежденія строеній. Но право это не прекращается, если застройщикъ изъявитъ желаніе возобновить пользованіе участкомъ по окончаніи разработки нѣдръ, или согласится ограничиться пользованіемъ тою частью участка, которая не нужна для таковой разработки“— докладъ *Особой Комmissіи Госуд. Совѣта*, стр. 42.

Правильно, однако, указывают¹⁾, что при реализации этого правомочія собственника земли въ отдѣльномъ случаѣ „развѣдка“ можетъ быть обращена въ простой предлогъ для досрочнаго прекращенія права застройки.

Но возможность такихъ и подобныхъ имъ недобросовѣстныхъ дѣйствій со стороны собственника земли нисколько не колеблетъ правильности вышеприведенныхъ соображеній.

Законъ, конечно, не отдаетъ неограниченному усмотрѣнiю собственника земли вопросъ о досрочномъ прекращенiи права застройки для разработки ископаемыхъ—нужно, чтобы *объективно* существовала необходимость и рациональность развѣдки для разработки нѣдръ. Однако, никакое *общее правило* не можетъ разрѣшить вопросъ о наличности такой необходимости—онъ можетъ быть разрѣшенъ лишь на основанiи сужденiя о всей совокупности конкретныхъ обстоятельствъ и условiй отдѣльнаго случая.

8) По *самому закону* собственнику земли, обремененной правомъ застройки, не принадлежитъ *право преимущественной купли* въ случаѣ отчужденiя права застройки, но установленiе такого права договоромъ, какъ съ вещнымъ дѣйствиемъ, такъ и въ формѣ простого обязательства, не встрѣчаетъ препятствiй въ законѣ о правѣ застройки²⁾.

9) Принадлежитъ ли собственнику земли *право выселенiя застройщика* изъ застроеннаго участка, въ случаѣ неплатежа застройщикомъ оброка (*privatio*)?

Если въ отношенiи къ эмфитевзису источники³⁾ прямо указываютъ на такое право собственника эмфитевтической земли, то, напротивъ, въ нихъ нѣтъ никакихъ упоминанiй о немъ въ отношенiи къ собственнику суперфициарной земли.

Нѣтъ никакихъ основанiй признать *privatio* за собственникомъ земли по праву *общему*, гдѣ для понятiя суперфициар-

¹⁾ „Право“, 1913 г., № 7, стр. 401.

²⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 26, п. 4.

³⁾ С. IV. 66. 2.

наго права оброкъ не былъ существеннымъ моментомъ, гдѣ и приобрѣтенiе, и установленiе суперфиция возможно было путемъ купли, даренiя, отказа.

По праву *современному*, застройщикъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ самъ возводитъ строенiе на чужой землѣ, является собственникомъ послѣдняго, и ни одно законодательство не даетъ собственнику земли права выселить застройщика въ случаѣ неплатежа оброка.

Нашъ законъ о правѣ застройки содержитъ въ себѣ прямые указанiя¹⁾ на послѣдствiя неплатежа застройщикомъ вознагражденiя, но среди нихъ нѣтъ права выселить застройщика; собственникъ земли можетъ лишь обратитъ взысканiе, при наличности извѣстныхъ условiй, на право застройки и на возведенныя на участкѣ постройки.

10) Законъ о правѣ застройки покоится на основномъ началѣ „*nemini res sua servit*“; поэтому, при совпадении въ одномъ лицѣ права застройки съ правомъ собственности на обремененный симъ правомъ участокъ право застройки прекращается²⁾. Такимъ образомъ, по нашему праву, собственникъ земельного участка не только не можетъ *установить* на своей землѣ права застройки въ свою пользу но и *приобрѣсти* уже существующее, установленное первоначально въ пользу другого лица.

Напротивъ, Германское Гражданское Уложенiе провозглашаетъ новый принципъ: „право въ чужомъ поземельномъ участкѣ *не погашается* вслѣдствiе прибрѣтенiя этого права собственникомъ участка или вслѣдствiе прибрѣтенiя управомоченнымъ по такому праву лицомъ—права собственности на участокъ“.

Слѣдовательно, по германскому праву собственникъ земли можетъ прибрѣсти право застройки, обременяющее его собственную землю (*Eigentümererbbaurecht*).

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 17.

²⁾ Тамъ-же, ст. 18 п. 2.

М—но.

Въ этомъ случаѣ въ лицѣ собственника земли существуютъ два совершенно отдѣльныхъ права—право собственности на земельный участокъ и право застройки.

Если при прекращеніи права застройки, вслѣдствіе наступленія срока ¹⁾, на который оно было установлено, происходитъ консолидація собственности и прекращается отвѣтственность строеній, воздвигнутыхъ застройщикомъ, по ипотекамъ права застройки, то, напротивъ, при приобрѣтеніи права застройки собственникомъ земли соединеніе въ лицѣ послѣдняго права собственности съ правомъ застройки не прекращаетъ этого послѣдняго и, слѣдовательно, отвѣтственность строеній, перешедшихъ къ собственнику, продолжаетъ существовать.

Таковы права собственника земли, обремененной правомъ застройки—права, вытекающія изъ самого правоотношенія, устанавливаемого правомъ застройки.

Права эти могутъ быть, до извѣстной степени, расширены и измѣнены соглашеніемъ сторонъ, внесеннымъ въ договоръ объ установленіи права застройки: „Въ договоры объ установленіи права застройки могутъ быть включаемы условія о судьбѣ возведенныхъ построекъ по прекращеніи договора(?)... о предоставленіи собственнику земельного участка права преимущественной покупки въ случаѣ добровольнаго отчужденія застройщикомъ права застройки, а также другія условія, не противорѣчащія существеннымъ признакамъ права застройки“ ²⁾.

Обязанности собственника земли, обремененной правомъ застройки, сводятся къ слѣдующимъ: а) предоставленію застройщику земельного участка, обременяемого правомъ застройки, б) уплатѣ застройщику вознагражденія при прекращеніи права застройки вслѣдствіе истеченія срока ³⁾, на который оно было установлено, за отходящія въ пользу соб-

¹⁾ Или наступленія отмѣнительнаго условія.

²⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 26, п. 4.

³⁾ Тамъ-же, ст. 19, п. 3.

ственника строенія и в) возмѣщенію убытковъ, причиняемыхъ досрочнымъ прекращеніемъ права застройки въ случаѣ необходимости начать разработку ископаемыхъ на застроенномъ участкѣ ¹⁾.

Б. Права и обязанности застройщика.

Объемъ правомочій застройщика по германскому праву формулируется самымъ общимъ образомъ такъ: „имѣть строеніе на земельномъ участкѣ или подъ поверхностью его“ ²⁾; въ этихъ же границахъ опредѣляется право застройщика и Швейцарскимъ Гражданскимъ Уложеніемъ ³⁾.

Указанная формулировка содержитъ въ себѣ два элемента, весьма важныхъ для общей характеристики права застройки.

Прежде всего, по закону застройщикъ, съ точки зрѣнія указанныхъ законодательствъ, имѣетъ только права и не знаетъ никакихъ обязанностей; послѣднія могутъ быть возложены на застройщика договоромъ и даже могутъ получить вещное дѣйствіе путемъ внесенія въ вотчинную книгу предварительной о томъ отмѣтки (Vormerkung) ⁴⁾, но по закону застройщикъ имѣетъ только права и не знаетъ никакихъ обязанностей.

Далѣе, обозначая совокупность принадлежащихъ застройщику правъ общей формулой „имѣть строеніе на чужой землѣ“, указанные законодательства предполагаютъ возможность установленія права застройки какъ на незастроенномъ, такъ, равнымъ образомъ, и на застроенномъ земельномъ участкѣ.

Австрійскій законъ о правѣ застройки содержитъ въ себѣ два указанія относительно правъ застройщика; объемъ правомочій послѣдняго § 1 закона формулируетъ словами ⁵⁾, гражданского уложенія Германіи и Швейцаріи и, какъ эти послѣднія, открываетъ возможность установленія права за-

¹⁾ Тамъ-же, ст. 22.

²⁾ В. Г. В., § 1012.

³⁾ См. выше, стр. 29.

⁴⁾ В. Г. В., § 883.

⁵⁾ „Auf oder unter der Oberfläche ein Bauwerk zu haben“.

стройки не только на незастроенном земельном участке, но и на застроенном. § 6 ¹⁾ того же закона отличает право застройщика на здание от права его на обремененный земельный участок:

„Dem Bauberechtigten stehen *am Bauwerk die Rechte des Eigentümers* und *an dem Grundstück*, soweit im Baurechtsvertrag nichts anderes bestimmt ist, *die Rechte des Nutzniessers zu*“.

Таким образом, застройщик является *собственником здания*, что же касается земли, на которой здание находится, то в отношении ее застройщику принадлежит право пользования без всякого ограничения лишь с сохранением существа ее ²⁾.

Закон не ставит застройщика в правовое положение пользовладельца, а говорит лишь, что ему принадлежат *права польовладѣльца*; объ обязанностях, возлагаемых законом ³⁾ на польовладѣльца, здѣсь рѣчи нѣтъ; слѣдовательно, по закону и австрійскій застройщикъ имѣетъ только правъ и не знаетъ никакихъ обязанностей.

Напротивъ, въ понятіе *русскаго* права застройки эти характерныя черты права застройки западно-европейскихъ странъ *не входятъ*. Хотя и нашъ законъ предоставляетъ застройщику право возвести здание на чужомъ земельномъ участке и пользоваться имъ, и хотя для характеристики правового положенія нашего застройщика также существен-

¹⁾ Bericht der Kommission für Justizgegenstände über den Antrag betreffend die gesetzliche Regelung des Baurechtes такъ поясняетъ цѣлесообразность этой нормы: „Zur Ergänzung der Struktur des Baurechtes hat die Kommission gut befunden, einen Satz einzuschalten, durch den die Rechte des Bauberechtigten an dem belasteten Grunde umschrieben werden. Das schien der Deutlichkeit halber geboten, hauptsächlich mit Rücksicht auf die im § 1, Abs. 2, vorgesehene Eventualität, dass das Baurecht auf Grundstücksteile umfasst, die tatsächlich nicht verbaut werden. Die Gleichstellung mit dem Rechte des Nutzniessers dürfte hier den Umkreis der Befugnisse des Bauberechtigten am besten kennzeichnen“.

²⁾ Allgemeines bürgerl. Gesetzbuch für Österreich, § 509.

³⁾ Тамъ-же, §§ 509—520.

нымъ является моментъ принадлежности ему этого *права*, но у насъ на застройщика, вмѣстѣ съ этимъ, *въ силу самаго закона*, возлагаются и извѣстныя *обязанности* ¹⁾.

Затѣмъ, объемъ правомочій застройщика по нашему праву характеризуется еще другою особенностью, вытекающей изъ формулировки сущности права застройки нашимъ закономъ; статья 1-ая закона о правѣ застройки гласитъ: „собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой *подъ застройку* другому лицу“. Отсюда слѣдуетъ, что, такъ какъ *подъ застройку* можно предоставить только незастроенную еще площадь, то, слѣдовательно, установленіе права застройки возможно *лишь на незастроенномъ земельномъ участке*; право „имѣть“ строеніе на чужой землѣ, съ точки зрѣнія нашего закона, есть *только и исключительно* право возвести строеніе на чужой землѣ и пользоваться имъ, но не право пользоваться строеніемъ, уже возведеннымъ раньше, до установленія права застройки.

Отмѣтивъ эти общія особенности нашего права застройки, перейдемъ къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ правомочій и обязанностей застройщика.

1. Права застройщика.

1. Застройщикъ управомоченъ на возведеніе строенія на чужой землѣ и пользование имъ; осуществленіе этого правомочія представляется невозможнымъ безъ владѣнія и пользования земельнымъ участкомъ, на которомъ строеніе должно быть возведено; *владѣніе и пользование земельнымъ участкомъ* какъ строительной площадью является, такимъ образомъ, самымъ существеннымъ, центральнымъ, если можно такъ выразиться, правомочіемъ въ той совокупности правъ, коей опредѣляется правовое положеніе застройщика.

¹⁾ Такъ, законъ возлагаетъ на застройщика обязанность возвести строенія, обязанность уплачивать вознагражденіе собственнику земли, обязанность снести строенія при наступленіи срока и т. д. Подробнѣе объ этомъ см. ниже.

По римскому праву строение, въ силу начала приращенія, сливалось неразрывно съ землею въ одно цѣлое и раздѣляло юридическую судьбу послѣдней, т. е. становилось собственностью собственника земли; суперфициарій имѣлъ во всѣхъ случаяхъ лишь владѣніе суперфициарнымъ участкомъ¹⁾.

Современное западно-европейское право, какъ, на примѣръ, германское и швейцарское, отдѣляетъ право застройщика на строеніе отъ права его на земельный участокъ; въ тѣхъ случаяхъ, когда строеніе при установленіи права застройки не существовало, когда оно воздвигнуто самимъ застройщикомъ, этотъ послѣдній является собственникомъ зданія, землей же подъ нимъ онъ лишь владѣетъ и пользуется; напротивъ, когда право застройки устанавливается на застроенный уже участокъ, все право застройщика и въ отношеніи къ землѣ, и въ отношеніи къ зданію заключается въ правомочіи на владѣніе и пользованіе ими²⁾.

Названныя законодательства не даютъ никакихъ указаній относительно объема пользованія строеніемъ; ближайшее содержаніе права пользованія должно опредѣляться актомъ, устанавливающимъ право застройщика; во всякомъ случаѣ, пользованіе не можетъ переходить границъ понятія вотчиннаго права на чужую вещь.

¹⁾ Спорно. См. Waechter, у. с., стр. 30—39, 45—48; Degenkolb, у. с. стр. 92; Dernburg, Р. т. 2, § 259, прим. 12.

²⁾ Таково господствующее мнѣніе; см. рѣшеніе R. G. отъ 16 мая 1905 г., т. 61, стр. 1 и слѣд., Oertmann, Archiv f. bürgerl. Recht, XX, 184, Schlesinger, у. с. стр. 28, Gierke, у. с. стр. 617, Strohal, Sachbesitz, Jena 1897, стр. 35, Wolff, Bau auf fremdem Boden, стр. 74 и слѣд., Biermann, у. с. стр. 220, Staudinger, у. с. стр. 282, Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900, В. II, стр. 380. Противный взглядъ покоится на неправильномъ пониманіи слова „имѣть“ въ легальномъ опредѣленіи права застройки (§ 1012 В. Г. В.), которое желаютъ отождествлять съ понятіемъ „имѣть въ собственность“ (haben zu Eigentum). См. Fuchs, у. с. т. I, стр. 265, Hartmann, Das rechtliche Schicksal des Erbbauwerkes, Borna-Leipzig 1904, стр. 12 и слѣд., Ennecerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, В. II, Marburg 1901, стр. 222, Cosack, § 215, IIIa, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1912.

По австрійскому закону о правѣ застройки, при отсутствіи указаній договора, застройщикъ имѣетъ въ отношеніи земельного участка всегда права пользовладельца¹⁾.

Изъ словъ нашего закона о правѣ застройки „собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой подъ застройку другому лицу“ явствуетъ, что этому другому лицу принадлежит право на чужой поземельный участокъ; право это имѣетъ своимъ содержаніемъ пользованіе, предполагающее владѣніе²⁾ земельнымъ участкомъ. Владѣть и пользоваться чужою землею застройщикъ можетъ въ объемѣ, ограниченномъ цѣлью права застройки; онъ можетъ ею владѣть какъ строительной площадью, но не въ строго буквальномъ смыслѣ. Застройщику принадлежит „право пользоваться для возведенія и хозяйственного обслуживанія строеній находящимися на участкѣ застройщика строительными матеріалами, для чего послѣднему предоставляется производить работы по добычѣ сихъ матеріаловъ“³⁾.

2. Право застройки есть право владѣть и пользоваться чужимъ земельнымъ участкомъ какъ строительной площадью. Право застройки простирается, слѣдовательно, на земельный участокъ, но не въ топографическомъ смыслѣ этого слова, а въ значеніи юридическомъ, т. е. на тотъ земельный участокъ, который въ крѣпостномъ реестрѣ значится какъ самостоятельная недвижимость подъ особымъ номеромъ⁴⁾.

Хотя пользованіе застройщика землею ограничивается опредѣленной цѣлью—застройкой земельного участка, но это не значитъ, что застройщикъ долженъ застроить, въ буквальномъ смыслѣ этого слова, весь земельный участокъ, обремененный правомъ застройки; ни жилой домъ, ни иное строеніе не могутъ, по общему правилу, отвѣчать своему

¹⁾ Gesetz vom 26 Apr. 1912, betreffend das Baurecht, § 6, п. 2.

²⁾ Св. Зак., т. X, ч. I, ст. 514. Подробнѣе объ этомъ см. ниже, въ главѣ о защитѣ права застройки.

³⁾ Ст. 23 закона о правѣ застройки.

⁴⁾ Н. Ч., 53, 309.

назначенію безъ извѣстной части незастроенной земли возлѣ строенія, отведенной для надобностей послѣдняго, напимѣръ, домъ безъ двора, деревенская усадьба безъ сада и т. п. Поэтому каждое законодательство постановляетъ, что право застройки можетъ распространяться и на такую часть предоставленнаго подъ застройку по договору земельного участка, которая, хотя и не предназначена подъ строенія, но должна служить для надобностей самой застройки ¹⁾.

Невозможно, конечно, установить въ самомъ законѣ какой-либо точной мѣры для опредѣленія той части земельного участка, которую застройщикъ въ правѣ оставить незастроенной. Воздвигая *городской* домъ, застройщикъ можетъ, безъ сомнѣнія, оставить передъ нимъ нѣкоторое пространство земли для цвѣтника, можетъ оставить извѣстную часть земли для двора, для площадки для игръ и т. п. Застройщикъ, воздвигающій домъ въ *деревенскомъ* поселеніи, въ *дачной* мѣстности, *близъ станціи* желѣзной дороги и какого-либо фабрично-промышленнаго заведенія *вдали* отъ города можетъ оставить при жиломъ домѣ небольшое пространство земли подъ фруктовый садъ, подъ огородъ, для храненія какихъ-либо запасовъ—соломы, сѣна, машинъ, инструментовъ и т. п. Только судья, взвѣсивъ всѣ обстоятельства конкретнаго случая, можетъ рѣшить, какую часть земельного участка застройщикъ мо-

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 4. Смыслъ этой статьи ясенъ; нельзя неудачное выраженіе „для надобностей самой застройки“ толковать здѣсь въ смыслъ буквально, такъ какъ по содержанію всей статьи видно, что слово „застройки“ употреблено вмѣсто постройки. Германское Гражданское Уложеніе, § 1013 говоритъ: „Наслѣдственное право застройки можетъ простирается на часть поземельнаго участка, которая не отходитъ подъ строеніе, если она доставляетъ извѣстныя удобства при пользованіи строеніемъ“; Австрійскій законъ 26 апр. 1912 г., § 1 гласитъ: „...Das Baurecht kann sich auch auf Teile des Grundstückes erstrecken, die für das Bauwerk selbst nicht erforderlich, aber für dessen Benützung vorteilhaft sind...“ Швейцарское Гражданское Уложеніе не содержитъ въ себѣ никакихъ прямыхъ указаній на этотъ счетъ, но комментаторы его считаютъ указанное положеніе вполне примѣнимымъ и къ праву застройки Швейцарскаго Гражданскаго Уложенія; см., напим., *Wieland*, у. с. стр. 265.

жетъ оставить незастроенной. Во всякомъ случаѣ, строеніе должно быть главной вещью ¹⁾.

Это право застройщика распространить пользованіе и на незастраиваемую часть земельного участка даетъ ему возможность использовать часть земли, обремененной правомъ застройки, для разведенія сада, виноградника, парка, несмотря на запрещеніе новыхъ законодательствъ ²⁾ устанавливать право застройки съ исключительной цѣлью имѣть на чужой землѣ насажденія.

Какъ владѣлецъ вещи съ самымъ обширнымъ правомъ пользованія застройщикъ пріобрѣтаетъ право собственности на плоды, приносимые культурами, разведенными на незастроенной части участка съ момента ихъ отдѣленія ³⁾.

¹⁾ Практически всегда возможно отличить „домъ съ садомъ“ отъ „сада съ домомъ“. Первоначальная редакція статьи 4-ой (въ проектѣ Министра Внутреннихъ Дѣлъ) гласила: „Право застройки можетъ простирается на часть земельного участка, не предназначенную подъ строенія, если таковая должна служить для надобностей послѣдняго“; къ ней Госуд. Дума добавила слова: „напимѣръ: дворъ, садъ, огородъ, и т. п.“ Коммиссія Госуд. Совѣта нашла „цѣлесообразнымъ въ означенной статьѣ оговорить, что это право распространяется лишь на ту часть земельного участка, которая имѣлась въ виду при заключеніи договора о застройкѣ, и предоставлена застройщику по означенному договору, а не на всякіе иные участки, снятые застройщикомъ у того же собственника, хотя бы для другихъ цѣлей. Такимъ образомъ, по мнѣнію Особой Коммиссіи, дѣйствіе статьи 4 не должно распространяться на тѣ, не занятые постройками участки, которые, не обслуживая непосредственно самыхъ построекъ, эксплуатируются для сельскохозяйственныхъ или коммерческихъ цѣлей. Поэтому, Особая Коммиссія положила статью 4 изложить въ нижеслѣдующей редакціи: „Право застройки можетъ простирается и на такую часть предоставленнаго по договору земельного участка, которая хотя и не предназначена подъ строенія, но должна служить для цѣли самой застройки“.

Но все это измѣненіе первоначальной редакціи ст. 4-ой является совершенно излишнимъ, такъ какъ изъ текста закона вполне ясно видно, что рѣчь идетъ о земельномъ участкѣ, обременяемомъ правомъ застройки, и не о какомъ другомъ.

²⁾ Это вытекаетъ изъ самаго понятія права застройки, какъ права имѣть строеніе на чужой землѣ.

³⁾ В. Г. В. § 954; Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 533⁴.

Право застройщика на пользование незастроенной частью участка для надобностей строения въ интересахъ пользованія этимъ послѣднимъ составляетъ *элементъ* содержанія *самаго права застройки* и, слѣдовательно, раздѣляетъ юридическую судьбу послѣдняго. Если, поэтому, стороны желаютъ отмѣнить право застройщика на пользование незастроенной частью участка, то такая отмѣна можетъ произойти путемъ измѣненія содержанія права застройки, а не освобожденія участка отъ обремененія.

Совершенно, разумѣется, допустимо установленіе права пользованія незастроенной частью участка въ формѣ реального сервитута на ряду съ правомъ застройки.

3. *Господствующее мнѣніе* (Gesterding, Du-Roi, Schroeter, Schmidt, Sintenis, Windscheid, Waechter), основываясь на молчаніи источниковъ о какихъ-либо ограниченіяхъ правомочій суперфициарія, подобныхъ тѣмъ, напримѣръ, какія они дѣлаютъ въ отношеніи къ узупруктуарію, *полагаетъ, что суперфициарію принадлежитъ неограниченное право распоряженія субстанціей вещи*: онъ можетъ производить не только ухудшающія вещь измѣненія, но и совершенно разрушить суперфициарное зданіе. Это право распоряженія принадлежитъ управомоченному какъ вѣчнаго, такъ и срочнаго суперфиция ¹⁾, но оно принадлежитъ ему лишь *по общему правилу*, поскольку отсюда не дѣлаетъ исключенія актъ, устанавливающій superficies, и поскольку такое неограниченное право распоряженія вещью не стоитъ въ противорѣчій съ послѣдствіями содержанія этого акта.

Такъ, когда суперфициарій самъ за свой счетъ воздвигаетъ строенія, когда онъ покупаетъ существующее, когда зданіе ему дарятъ или отказываютъ—во всѣхъ этихъ случаяхъ его право распоряженія субстанціей суперфициарной вещи представляется безспорнымъ, но когда объектомъ суперфиция является одинъ этажъ зданія или погребъ подъ землей, на поверхности коей находится домъ или иное стро-

¹⁾ См. Waechter, у. с. стр. 39—45.

еніе, суперфициарій не можетъ распоряжаться суперфициарной вещью неограниченно.

И, далѣе, если суперфициарій самъ возводитъ на свои средства строеніе или уплачиваетъ собственнику земли стоимость находящагося уже на ней строенія, независимо отъ уплаты solarium'a, то на его право распоряженія субстанціей вещи нисколько не вліяетъ время, на которое суперфициарное право устанавливается: будетъ ли оно вѣчнымъ, или только срочнымъ, онъ можетъ въ каждый данный моментъ разрушить суперфициарное зданіе и воздвигнуть на его мѣстѣ другое.

Напротивъ, когда superficies устанавливается на застроенный участокъ, и суперфициарій обязывается платить лишь небольшой періодическій оброкъ, стороны имѣютъ въ виду, что собственникъ земли рассчитываетъ получить зданіе свое по истеченіи срока, на который устанавливается право застройки, обратно, и потому въ этомъ случаѣ срочный суперфиций не даетъ управомоченному неограниченнаго распоряженія суперфициарной вещью. Короче, неограниченное право распоряженія субстанціей суперфициарной вещи *предполагается* на сторонѣ суперфициарія, когда послѣдній воздвигъ зданія на свой счетъ, и на сторонѣ собственника земли, когда право суперфициарное установлено на застроенный участокъ, за исключеніемъ случаевъ, когда superficies пріобрѣтается куплей, путемъ дара или отказа.

Таковъ объемъ права суперфициарія на субстанцію вещи по самой природѣ правоотношенія. Разумѣется, актъ устанавливающій superficies, можетъ модифицировать указанные общія начала въ тѣхъ предѣлахъ, кои ставятся волѣ сторонъ юридической индивидуальностью суперфиция какъ особаго вещнаго права.

Современное право застройки западно-европейскихъ странъ ¹⁾ также различаетъ два типичныхъ случая: установленіе права застройки на незастроенный участокъ и на участокъ

¹⁾ Мы имѣемъ въ виду право германское и швейцарское.

съ уже возведеннымъ на немъ строеніемъ. Въ первомъ случаѣ застройщикъ является собственникомъ возведеннаго имъ строенія и какъ таковой, имѣетъ *неограниченное право распоряженія имъ*, во второмъ—ему принадлежитъ *лишь право пользованія строеніемъ*, ограниченное тѣми предѣлами, какіе кладетъ этому пользованію актъ объ установленіи права застройки; при молчаніи послѣдняго должны быть примѣнены изложенныя выше общія начала, вытекающія изъ существа права застройки.

Австрійскій законъ о правѣ застройки, опредѣляя сущность послѣдняго какъ „право имѣть на чужой землѣ строеніе“ открываетъ возможность установленія права застройки не только на незастроенномъ земельномъ участкѣ, но и на землѣ съ уже возведенными строеніями, но въ вопросѣ о правѣ застройщика на строеніе не дѣлаетъ этого различія, устанавливая общее правило: „dem Bauberechtigten stehen am Bauwerk die Rechte des Eigentümers zu“.

Слѣдовательно, и съ точки зрѣнія австрійскаго права, застройщику принадлежитъ принципиально неограниченное право распоряженія зданіемъ.

Русскій законъ о правѣ застройки уполномочиваетъ собственника земельного участка „предоставить таковой *подъ застройку*“; нашъ законъ, такимъ образомъ, предполагаетъ возможность установленія права застройки *только* на незастроенный земельный участокъ. Слѣдовательно, у насъ возможенъ лишь одинъ типъ установленія права застройки, именно, когда *застройщикъ* возводитъ зданіе и, какъ собственникъ его, имѣетъ, при отсутствіи иныхъ постановленій договора, неограниченное право распоряжаться субстанціей строенія, воздвигнутаго имъ на чужой землѣ.

4. Хотя суперфициарное право, въ отличіе отъ сервитутовъ, всегда принадлежитъ *опредѣленному лицу*, но такъ же непрочно съ нимъ связано, какъ и собственность; суперфициарій всегда можетъ распорядиться своимъ правомъ¹⁾ посредствомъ отчужденія.

¹⁾ D. XLIII. 18. 1. 7.

Мы видѣли, что *отчуждаемость* права застройки является элементомъ самаго понятія его и съ точки зрѣнія всѣхъ новыхъ законодательствъ, въ томъ числѣ и нашего закона о правѣ застройки¹⁾.

5. Подобно римскому суперфициарію²⁾, застройщикъ можетъ *заложить свое право* застройки³⁾.

6. Застройщикъ можетъ, далѣе, подобно суперфициарію, *обременить* свое право на время его дѣйствія⁴⁾ *вещными правами*⁵⁾.

7. Застройщику принадлежитъ на возведенное на чужой землѣ строеніе *право собственности*, въ отступленіе отъ общаго начала, въ силу коего строеніе, поставленное въ прочную связь съ землей, становится составной частью послѣдней и въ качествѣ таковой раздѣляетъ ея правовую судьбу⁶⁾. Застройщикъ является собственникомъ возведеннаго имъ на чужой землѣ строенія, и никакія распоряженія собственника земли относительно послѣдней не могутъ касаться этихъ строеній.

8. Если застройщикъ, воздвигшій въ силу права застройки строеніе на чужой землѣ, является собственникомъ послѣдняго, то отсюда логическимъ слѣдствіемъ является принадлежность *ему и строительныхъ матеріаловъ* приносѣ воздвигнутаго имъ строенія.

Въ силу этого же основанія право собственности на строительный матеріалъ будетъ принадлежать *собственнику земли* въ тѣхъ случаяхъ, когда право застройки устанавли-

¹⁾ См. выше стр. 64, прим. 4.

²⁾ D. XX de pignoribus et hypothecis. 1. 9. 1; D. XIII 7. 16. 2.

³⁾ На общемъ основаніи ст. 1627 т. X ч. 1.

⁴⁾ Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum.

⁵⁾ Объ этомъ см. ниже въ главѣ о вещныхъ обремененіяхъ права застройки. Законъ о правѣ застройки, ст. 2; Докладъ Особой Комиссіи Госуд. Совѣта, стр. 12 и слѣд.

⁶⁾ Ст. 386, 424 т. X ч. 1. Св. Зак. Подробнѣе объ этомъ ниже въ главѣ о правовомъ положеніи строеній.

вается на застроенный уже земельный участок и когда установлено, что строение воздвигнуто собственникомъ земли ¹⁾).

Такъ какъ, однако, вслѣдствіе гибели строенія, право застройщика имѣть на чужой землѣ строеніе не прекращается ²⁾, то онъ можетъ возобновить зданія, и нѣтъ основанія ³⁾ освободить собственника земли отъ предоставленія строительнаго матеріала разрушеннаго зданія въ пользованіе застройщику для возобновленія строеній.

Застройщикъ, выстроившій вновь, въ силу своего права, строеніе на чужой землѣ, становится собственникомъ его, но такъ какъ онъ употребилъ для постройки матеріалъ, принадлежащій собственнику земли, онъ долженъ по требованію послѣдняго уплатить денежное вознагражденіе за застроенный матеріалъ по правиламъ о возвратѣ неправомѣрнаго обогащенія, такъ какъ требовать возстановленія прежняго состоянія нельзя и такъ какъ, именно, застройщикъ является тѣмъ лицомъ, въ пользу коего измѣнились юридическія отношенія вслѣдствіе застроенія матеріала ⁴⁾.

9. Во всѣхъ случаяхъ, т. е. и тогда, когда строеніе воздвигнуто застройщикомъ и принадлежитъ ему, и тогда, когда оно существовало до установленія права застройки и принадлежитъ собственнику земельного участка какъ состав-

¹⁾ Срв. *Dernburg*, Pand. I, ч. 2, § 259, прим. 15.

²⁾ § 963 перваго Проекта Герм. Гражд. Уложенія гласитъ: „Im Falle des Untergangs des Bauwerks ist der Erbbauberechtigte zur Erneuerung desselben befugt“, То же положеніе другими словами выражено въ § 1016 B. G. B.

³⁾ Motive, III, стр. 473, § 963: „Selbstverständlich erscheint, dass bei Zerfall des dem Eigentümer des Grundstückes gehörigen Gebäudes das mobilisirte Material dem fortbestehenden dinglichen Rechte des Superfiziars nicht entzogen wird“.

⁴⁾ *Endemann*, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, B. II. Berlin 1898, стр. 381; *Biermann*, Das Sachenrecht des B. G. B. Berlin 1898, объясненія къ § 1016.

ная часть послѣдняго, застройщикъ, въ силу своего права имѣть на чужой землѣ строеніе, *можетъ на мѣсто строенія, погибшаго по какой-либо причинѣ, воздвигнуть новое*, поскольку, конечно, это его правомочіе не исключено актомъ объ установленіи права застройки. Однако, это правомочіе застройщика есть не *обязанность* его, а *право*, поэтому, собственникъ земли не можетъ требовать отъ застройщика возобновленія погибшихъ зданій, равнымъ образомъ не лежитъ такая обязанность и на собственникѣ земли: когда право застройки установлено на застроенномъ уже участкѣ, застройщикъ не можетъ требовать отъ собственника земли возобновленія погибшихъ зданій.

10. На основаніи предписанія германскаго и австрійскаго закона ¹⁾ о необходимости примѣненія къ праву застройки нормъ, регулирующихъ правоотношенія, объектомъ коихъ являются земельные участки, нѣкоторые авторы ²⁾ признаютъ за застройщикомъ *право требовать отъ собственника смежнаго участка содѣйствія при сооруженіи или возстановленіи прочныхъ межевыхъ знаковъ* ³⁾, но § 319 Германскаго Гражданскаго Уложенія имѣетъ въ виду *собственниковъ смежныхъ земельныхъ участковъ*, и такъ какъ законъ предписываетъ лишь *соотвѣтственное* примѣненіе къ праву застройки правилъ, постановленныхъ относительно поземельныхъ участковъ, нужно признать болѣе правильнымъ мнѣніе ⁴⁾, отрицающее за застройщикомъ разсматриваемое правомочіе.

¹⁾ B. G. B. § 1017: „Къ наследственному праву стройки примѣняются правила, постановленные относительно поземельныхъ участковъ.“

Постановленія о порядкѣ приобрѣтенія права собственности и постановленія относительно притязаній, вытекающихъ изъ права собственности, соотвѣтственно примѣняются къ наследственному праву стройки“.

²⁾ Напримѣръ, *Planck*, у. с., объясненія къ § 919 прим. 3.

³⁾ B. G. B. § 919.

⁴⁾ *Kretschmar* въ *Zentralstelle für freiw. Gerichtsbarkeit*, III Jahrg., стр. 444; къ нему примыкаетъ *Schubert*, Das Erbbaurecht des B. G. B., Leipzig 1906, стр. 25.

11. Может ли застройщик *отказаться от принадлежащего ему права?*

Отъ всякаго имущественнаго права, въ томъ числѣ и вотчиннаго, лицо, въ пользу коего оно установлено, можетъ отречься.

Чтобы быть основаніемъ прекращенія вотчиннаго права, отказъ долженъ, однако, имѣть своею цѣлью именно отречение отъ права, простое неосуществленіе права, поэтому, не предполагаетъ непременно отречения отъ него, а лишь отказъ отъ пользованія, не прекращающій, конечно, самаго права.

Наши законы гражданскіе не содержатъ въ себѣ, какъ извѣстно, особой нормы, которая устанавливала бы это начало въ формѣ общаго правила въ вопросѣ о способахъ прекращенія вотчинныхъ правъ¹⁾, но нужно признать, что отречение и по нашему праву можетъ быть основаніемъ прекращенія вотчиннаго права²⁾, такъ какъ и наше право покоится на вышеприведенномъ общемъ началѣ, въ силу коего распоряженіе имущественными правами принадлежитъ свободному усмотрѣнію лица управомоченнаго³⁾; съ другой стороны, отдѣльныя указанія нашихъ законовъ прямо предусматриваютъ отречение отъ вотчиннаго права какъ способъ его прекращенія, таковы, напримѣръ, указаніе ст. 516 и 585 т. VII Св. Зак. (Устава Горнаго) о возможности отречения отъ права пользованія золотыми приисками или нефтеносными казенными землями, или указаніе ст. 322, 394, 585 того же Горнаго Устава на возможность отказа отъ права на разработку нѣдръ⁴⁾.

¹⁾ Проектъ Гражд. Уложенія восполняетъ этотъ пробѣлъ, предусматривая въ числѣ способовъ прекращенія вотчинныхъ правъ и отказъ.—Ст. 923, п. 4.

²⁾ Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, Спб. 1900, т. II, стр. 502 и слѣд.

³⁾ Въ отношеніи къ правамъ обязательственнымъ начало это прямо закономъ выражается въ видѣ общаго правила.—Ст. 1547 т. X, ч. 1.

⁴⁾ Пр. Вс. Удинцевъ, у. с., стр. 201.

Слѣдовательно, и застройщикъ можетъ распорядиться своимъ правомъ посредствомъ отречения отъ него, но послѣднее, чтобы быть дѣйствительнымъ, требуетъ наличности извѣстныхъ условій.

Если прочія вотчинныя права въ чужомъ имуществѣ представляютъ собою простое обремененіе его, а отказъ отъ нихъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ освобожденіе имущества отъ обремененія, т. е. даетъ выгоду собственнику этого имущества, то, напротивъ, отречение застройщика отъ принадлежащаго ему права можетъ влечь за собою невыгодныя послѣдствія для третьихъ лицъ, права коихъ отреченіемъ могутъ быть нарушены.

Право застройки возникаетъ въ силу договора, совершаемаго крѣпостнымъ порядкомъ, съ открытіемъ для каждаго права застройки особаго листа въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, какъ на отдѣльное имѣніе; такимъ образомъ, право застройки выступаетъ въ оборотѣ какъ самостоятельное право, способное въ свою очередь быть обременяемымъ различными вотчинными правами. Поэтому односторонній отказъ застройщика отъ своего права является актомъ, нарушающимъ интересы третьихъ лицъ и не можетъ самъ по себѣ вести къ прекращенію права застройки, но, съ другой стороны, въ законѣ нѣтъ никакихъ указаній на то, чтобы отречение застройщика отъ своего права *при согласіи въприте-лей права застройки и собственника земли* не имѣло бы силы акта, прекращающаго самое право застройки¹⁾. Для дѣйствительности такого отказа необходимо, кромѣ того, *погашеніе права* въ вотчинной книгѣ, обремененной имъ

¹⁾ Австрійскій законъ о правѣ застройки, § 8 гласитъ: „Die Löschung des Baurechtes kann vor Ablauf der Zeit, für die es bestellt ist, ohne Zustimmung der darauf eingetragenen Pfandgläubiger und anderer dinglich Berechtigten nur mit der Beschränkung bewilligt werden, dass die Rechtswirkung in Ansehung der Pfand—und anderen dinglichen Rechte erst mit deren Löschung eintreten hat“.

недвижимости, до такого погашенія отказъ можетъ быть взятъ обратно ¹⁾).

Отказъ застройщика отъ принадлежащаго ему права прекращаетъ право застройки (*jus in re aliena*), но это отречение не можетъ уничтожить права собственности застройщика на возведенное имъ зданіе (*jus in re propria*); поэтому отречение застройщика создаетъ для собственника требованіе о *сносъ* строеній, но не о *предоставленіи* ихъ въ пользу послѣдняго.

Отречение застройщика не дѣлаетъ права *безхозяйнымъ*, а ведетъ лишь къ консолидаціи собственности, слѣдовательно, ни о какой дереликціи здѣсь рѣчи быть не можетъ.

При наличности такихъ перемѣнъ въ поземельномъ участкѣ, слѣдствіемъ коихъ является *объективная невозможность пользованія* имъ какъ строительной площадью, застройщикъ можетъ отказаться отъ своего права, и его односторонній отказъ *въ этихъ условіяхъ* является *основаніемъ прекращенія* права застройки; „застройщикъ можетъ“, говоритъ законъ, „отказаться отъ права застройки, при наступленіи невозможности пользоваться участкомъ, сообразно его назначенію, если невозможность эта явилась послѣд-

¹⁾ Г. В. О., § 29. При спорности вопроса о томъ, какія нормы, постановленныя относительно земельныхъ участковъ, подлежатъ примѣненію къ праву застройки (см. выше стр. 61, прим. 3), по германскому праву представляется неяснымъ, какими именно правилами долженъ регулироваться отказъ застройщика отъ своего права; *господствующее мнѣніе* (*Planck*, у. с., объясненія къ § 1017; *Fuchs*, у. с. об. къ § 1017; *Biermann*, Sachenrecht, стр. 223; *Kretschmar*, Grundbuchrecht, стр. 236; *Fischer-Hentle*, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1904, объясн. къ § 1017; иного мнѣнія *Oberneck*, у. с., § 82, *Männer*, Das Sachenrecht nach dem B. G. B. und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, München 1906, стр. 194) понимаетъ правило § 1017 B. G. B.—„постановленія о порядкѣ приобрѣтенія права собственности и постановленія относительно притязаній, вытекающихъ изъ права собственности, соотвѣтственно примѣняются къ наследственному праву застройки“—въ томъ смыслѣ, что къ праву застройки должны имѣть примѣненія общія положенія о правахъ на поземельные участки (§§ 875, 876, 878), а не нормы о потерѣ права собственности на земельные участки (§ 928 B. G. B.).

ствіемъ принудительнаго отчужденія *части* участка для государственной или общественной надобности или какихъ-либо стихійныхъ явленій, наступленіе коихъ для застройщика равносильно гибели предмета пользованія ¹⁾“.

Законъ, какъ это видно изъ указанной статьи, предвидитъ два послѣдствія экспропріаціи и указанныхъ стихійныхъ явленій; первое—полный отказъ отъ права застройки, вслѣдствіе экспропріаціи *всего* участка или вслѣдствіе такого дѣйствія стихійныхъ силъ, въ силу коего *весь* участокъ перестаетъ быть пригоднымъ для застройщика, второе—отказъ отъ права застройки, вслѣдствіе *частичной* экспропріаціи и *частичной* непригодности участка для цѣлей застройки. Въ первомъ случаѣ застройщикъ, принужденный *не по своей винѣ* потерять свое право, получаетъ, по аналогіи съ чиншевымъ правомъ, согласно разъясненію Сената ²⁾, изъ назначеннаго вознагражденія за отчуждаемое имѣніе сумму, опредѣляемую вычитаніемъ изъ всего вознагражденія капитализированнаго изъ 6% періодическаго вознагражденія, платимаго застройщикомъ собственнику земли и отходящаго въ пользу сего послѣдняго; во второмъ случаѣ, когда застройщикъ находитъ возможнымъ использовать оставшуюся незатронутой принудительнымъ отчужденіемъ часть земельного участка, за застройщикомъ нужно признать право на полученіе дохода съ суммы вознагражденія во все время дѣйствія права застройки, а самое вознагражденіе можетъ быть выдано собственнику земли по прекращеніи права застройки, ее обременяющаго ³⁾.

12. Кому принадлежитъ *кладъ*, найденный въ зданіи застройщика?

Подъ кладомъ римскіе источники разумѣютъ давно сокрытый цѣнный предметъ, собственника коего невозможно

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 20.

²⁾ Рѣшеніе по 2 Деп. отъ 15 дек. 1906 г., № 8854 по дѣлу жителей селенія Гуменца.

³⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 589.

опредѣлить ¹⁾; несущественно для понятія клада по римскому праву, гдѣ сокрытъ кладъ—въ землѣ, въ зданіи или въ движимой вещи ²⁾; кладъ, найденный въ собственной вещи, цѣликомъ принадлежитъ собственнику ея, если послѣдній самъ открылъ кладъ; если кладъ найденъ другимъ лицомъ случайно или съ дозволенія хозяина вещи, то нашедшій получаетъ половину клада, другая половина принадлежитъ *собственнику* вещи: ни добросовѣстный владѣлецъ, ни эмпитевтъ, ни суперфициарій не имѣютъ права на половину клада, найденнаго въ вещи, находящейся въ ихъ владѣніи ³⁾.

Римскія нормы о кладѣ усвоиваетъ и право ⁴⁾ германское, согласно коему, „если вещь, которая такъ долго оставалась скрытою, что невозможно обнаружить ея собственника (кладъ), будетъ открыта, и лицо, открывшее ее, вслѣдствіе этого вступить во владѣніе ею, то право собственности на эту вещь приобрѣтается въ одной половинѣ—лицомъ, открывшимъ ее, а въ другой—собственникомъ той вещи, въ которой кладъ былъ сокрытъ“. Слѣдовательно, по германскому праву застройщикъ приобрѣтаетъ право собственности на весь кладъ лишь въ одномъ случаѣ, когда онъ является собственникомъ зданія, въ которомъ кладъ найденъ имъ самимъ; ему не принадлежитъ права на половину клада, найденнаго на землѣ, обремененной правомъ застройки, если не онъ открылъ кладъ; въ послѣднемъ случаѣ онъ приобрѣтаетъ право собственности на половину, какъ и всякій находчикъ; онъ не имѣетъ также права на половину клада и въ случаѣ открытія клада въ зданіи, если зданіе принадлежитъ собственнику земли.

По *австрійскому* праву, застройщику въ отношеніи къ землѣ, обремененной правомъ застройки, принадлежатъ права

¹⁾ I. II. 1. 39; D. XLI. 1. 31. 1.

²⁾ *Dernburg*, P. I, § 206; *Baron*, Pandekten § 133 *Чиларжъ*, Учебникъ институцій римскаго права, § 47.

³⁾ *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, кн. 41, стр. 235.

⁴⁾ B. G. B., § 984; Code Civil, Art. 716.

пользовладѣльца, въ отношеніи же строенія—права собственника ¹⁾; и потому право собственности на весь кладъ ему принадлежитъ лишь въ случаѣ, когда кладъ найденъ въ строеніи самимъ застройщикомъ ²⁾; право собственности на *половину* клада въ случаѣ, когда кладъ найденъ кѣмъ-нибудь случайно въ строеніи застройщика; но ему не принадлежитъ право собственности на половину клада, открытаго въ землѣ, обремененной правомъ застройки ³⁾.

Наши законы гражданскіе регулируютъ вопросъ о правѣ на кладъ (въ ст. 430 т. X ч. 1) слѣдующимъ образомъ: „кладъ (сокрытое въ землѣ сокровище) принадлежитъ владѣльцу земли и безъ позволенія его не только частными лицами, но и мѣстнымъ начальствомъ отыскиваемъ быть не можетъ. Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской кладъ, отысканный владѣльцемъ въ своей собственной землѣ, весь и сполна принадлежитъ ему, но когда *кладъ отысканъ кѣмъ-либо случайно* на чужой землѣ, то изъ найденнаго *одна половина отдается тому, въ чьей землѣ кладъ отысканъ, а другая поступаетъ къ отыскавшему кладъ*“.

Буквальный смыслъ приведенной статьи даетъ опредѣленіе клада болѣе узкое, чѣмъ римское право, ограничивая его понятіемъ лишь такого сокровища, которое сокрыто *въ землѣ*, но господствующее мнѣніе (Мулловъ, Шершеневичъ, Васьковскій, Побѣдоносцевъ, Анненковъ) полагаетъ возможнымъ считать понятіе клада по рускому праву тождественнымъ съ римскимъ, въ виду того, что въ изданіи 1832 г. ст. 269 т. X ч. I-ой (соотвѣтствующая ст. 430-ой послѣдней редакціи тома Xго) опредѣляла кладъ какъ сокровище сокрытое въ землѣ *или строеніи*, а ст. 2273 Уложенія о наказаніяхъ предусматриваетъ нахожденіе клада въ чужой землѣ или иной *чужой собственности* и въ виду того еще, что

¹⁾ Gesetz vom 26 Apr. 1912, betreffend das Baurecht, § 6 п. 2.

²⁾ Allgem. bürgerl. Gesetzbuch f. Österreich, § 399 и § 6 Hofkanzleidekret v. 16 Juni 1846.

³⁾ Тамъ-же, §§ 511, 1147.

источникъ ст. 430-ой—Литовскій Статутъ—содержитъ опредѣленіе клада, соотвѣтствующее римскому понятію о немъ ¹⁾.

Что касается вопроса о правѣ собственности на кладъ, то въ этомъ отношеніи наше право можетъ быть противопоставлено праву римскому и германскому. Въ противоположность послѣднимъ, оно признаетъ кладъ принадлежащимъ цѣликомъ *собственнику земли* во всѣхъ случаяхъ, кѣмъ бы онъ ни былъ найденъ, и не знаетъ никакой обязанности собственника вознаградить находчика за открытіе клада. Изъ этого общаго правила законъ нашъ знаетъ лишь два исключенія: 1) въ губерніяхъ Полтавской и Черниговской находчику клада полагается половина клада при условіи, что кладъ открытъ случайно и 2) лицу, нашедшему старыя монеты или иныя древности и представившему найденное властямъ выдается вся настоящая цѣна золота, серебра или иного вещества, изъ котораго найденное сдѣлано ²⁾.

Такимъ образомъ, если держаться въ опредѣленіи клада точнаго, буквальнаго смысла ст. 430 т. X ч. 1, то за застройщикомъ нельзя признать права на кладъ, ни въ случаѣ обрѣтенія его въ землѣ, обремененной правомъ застройки, ни въ случаѣ нахождения клада въ строеніи застройщика; напротивъ, съ точки зрѣнія господствующаго пониманія правила ст. 430, застройщику какъ собственнику строенія будетъ принадлежать весь кладъ цѣликомъ, если онъ найденъ *въ его зданіи*.

Проектъ нашего будущаго Гражданскаго Уложенія опредѣляетъ понятіе клада какъ „вещи, зарытой въ землѣ и задыланной въ стѣнѣ и за давностью времени неизвѣстно кому принадлежащей“ и признаетъ право собственности на кладъ за тѣмъ, кому принадлежитъ земля или строеніе, гдѣ кладъ былъ открытъ ³⁾.

Въ отступленіе отъ дѣйствующаго права проектъ, при этомъ, постановляетъ: „кто случайно или съ дозволенія соб-

¹⁾ Анненковъ, у. с., т. II, стр. 25 и слѣд.

²⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 539¹.

³⁾ Проектъ, ст. 874.

ственника отыскалъ кладъ, пріобрѣтаетъ право собственности на одну десятую часть онаго или, если таковая не можетъ быть выдѣлена безъ поврежденія клада, право на вознагражденіе въ размѣрѣ одной десятой стоимости его“ ¹⁾.

13. Можетъ ли застройщикъ обременить свое право правомъ застройки?

Право застройки есть право имѣть на *чужой землѣ* строеніе; оно предполагаетъ наличность не фиктивнаго, а *дѣйствительнаго* земельного участка, поэтому нужно отрицательно рѣшить поставленный вопросъ ²⁾.

14. Какъ собственникъ строеній, воздвигнутыхъ на чужой землѣ, застройщикъ можетъ ихъ снести; объ этомъ правомочіи законъ прямо говоритъ, но ограничиваетъ его *срокомъ дѣйствія* права застройки; если по какимъ-либо причинамъ застройщикъ не сдѣлалъ этого до прекращенія права застройки, строенія *остаются въ пользу собственника земли безъ всякаго вознагражденія застройщика*. Болѣе того, если собственникомъ земли было заявлено требованіе о сносѣ и не было исполнено застройщикомъ, первый имѣетъ право на возмѣщеніе со стороны втораго издержекъ по сносу построекъ, произведенному въ продолженіе перваго года послѣ срока договора ³⁾.

И только въ одномъ случаѣ застройщикъ имѣетъ право на вознагражденіе за отходящія къ собственнику земли строенія—когда послѣдній *потребуется* оставленія въ его пользу построекъ; это требованіе должно быть заявлено не позже какъ за годъ до истеченія срока договора. Въ этомъ случаѣ застройщикъ получаетъ вознагражденіе, равное той выгодѣ, которой онъ лишается, утрачивая право снесенія построекъ ⁴⁾,

¹⁾ Тамъ-же, ст. 875.

²⁾ Такъ, Männer, у. с., стр. 268, Wittmaack, у. с., стр. 25, 14; напротивъ, Planck, у. с. стр. 355, 1906 г., допускаетъ установленіе права застройки на право застройки, если собственникомъ зданія является застройщикъ.

³⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 19, п. 1 и 2.

⁴⁾ Тамъ-же, ст. 19, п. 3.

т. е. застройщикъ получаетъ менѣе того, что получилъ бы какъ добросовѣстный владѣлецъ на основаніи статей 628 и 629 т. X ч. 1, такъ какъ въ силу указанныхъ въ приведенномъ случаѣ правилъ, вознагражденіе добросовѣстнаго владѣльца за сдѣланныя въ имѣніи улучшенія производится по дѣйствительной стоимости ихъ во время производства улучшеній ¹⁾).

Столь рѣшительная защита интересовъ собственника земли за счетъ таковыхъ застройщика стоитъ въ полномъ противорѣчій съ общимъ началомъ нашихъ законовъ гражданскихъ, въ силу коего никто не въ правѣ обогащаться на чужой счетъ ²⁾), противорѣчитъ она и социальнымъ задачамъ закона о правѣ застройки.

Опытъ Англіи показалъ, что законъ, въ силу коего постройки, воздвигнутыя застройщикомъ, по прекращеніи права застройки переходятъ безъ вознагражденія въ собственность собственника земли, отнимаетъ у застройщика всякій стимулъ для возведенія солидныхъ, здоровыхъ построекъ; неизбежность безвозмезднаго перехода строеній въ пользу собственника земли не даетъ также застройщику никакихъ побужденій для сохраненія ихъ въ исправномъ видѣ во все время дѣйствія права застройки и ведетъ къ самому неудовлетворительному строительству.

Хотя Германское Гражданское Уложеніе не даетъ никакого положительнаго указанія на этотъ счетъ, тѣмъ не менѣе, большинство заключенныхъ въ Германіи договоровъ устанавливають обязанность собственника земли уплатить извѣстное вознагражденіе застройщику за отходящія къ собственнику постройки ³⁾).

Новѣйшій же австрійскій законъ о правѣ застройки прямо постановляетъ, что *въ случаѣ отсутствія иныхъ со-*

¹⁾ Рѣш. Гр. К. Д. С. 1873 г., № 1438.

²⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 574. Рѣш. Гр. К. Д. С. 1872 г., №№ 76, 253; 1880 г., №№ 207, 216, 218; 1891 г., №№ 18, 81; 1896 г., № 49; 1899 г., № 80; 1907 г., №№ 42, 88 и мн. др.

³⁾ Dietzsch, у. с., стр. 47 и слѣд., находитъ экономически болѣе справедливымъ безвозмездный переходъ строеній къ собственнику земли

глашений, собственникъ земли обязанъ возмѣстить застройщику $\frac{1}{4}$ наличной стоимости построекъ, отходящихъ къ собственнику земли ¹⁾).

15. Застройщику принадлежитъ въ *нѣкоторыхъ* случаяхъ *право на вознагражденіе за постройки*, отходящія по прекращеніи права застройки въ пользу собственника.

16. Владѣніе и пользованіе земельнымъ участкомъ принадлежитъ застройщику въ границахъ, опредѣляемыхъ цѣлью права застройки: застройщикъ владѣтъ и пользуется землею, поскольку этимъ обусловливается его строительная дѣятельность, поскольку это необходимо для возведенія опредѣленныхъ договоромъ строеній; поэтому, поскольку владѣніе и пользованіе застройщика не является исчерпывающимъ, оно сохраняется за собственникомъ земельного участка. Но „право пользоваться для возведенія и хозяйственнаго обслуживания строеній находящимися на участкѣ застройщика строительными матеріалами принадлежитъ застройщику, для чего послѣднему предоставляется производить работы по добычѣ сихъ матеріаловъ.

Застройщикъ имѣетъ право пользоваться имѣющеюся на этомъ участкѣ водою, а также въ его предѣлахъ устраивать колодцы и обдѣлывать родники и источники“ (ст. 23).

II. Обязанности застройщика.

1. Существеннымъ элементомъ понятія римскаго суперфициарнаго права является *обязанность* суперфициарія *платить* періодическое *вознагражденіе (solarium) собственнику земли*, обремененной суперфициарнымъ правомъ ²⁾. При отсут-

„Der steigende Nutzungswert gehört während der Dauer des Erbbaurechts dem Erbbauberechtigten; und der Wertzuwachs des Bodens am Ende der Erbbaurechtszeit, der sich ergibt aus dem kapitalisierten Nutzungswert, gehört voll und ganz dem Grundeigentümer!“ (стр. 53). Срв. Pesi, у. с., стр. 104 и слѣд.

¹⁾ См. Bericht der Kommission für Justizgegenstände über den Antrag, betreffend die gesetzliche Regelung des Baurechtes, стр. 7.

²⁾ Подробнѣе объ этомъ см. ниже.

ствіи регистрації актів, касаючихся земельного оборота, эта обязанность платить оброкъ служила въ Римѣ единственнымъ внѣшнимъ признакомъ зависимаго характера владѣнія суперфициарія и отличала его отъ собственности, въ особенности въ случаяхъ установленія суперфициарнаго права на вѣчныя времена.

Уже въ *общемъ правѣ* господствующее мнѣніе считаетъ эту обязанность суперфициарія несущественной для понятія суперфициарнаго права ¹⁾.

Новыя законодательства—германское и австрійское ²⁾—никакихъ положительныхъ указаній на возмездность права застройки не даютъ. Слѣдовательно, оброкъ, съ точки зрѣнія указанныхъ законодательствъ для понятія права застройки не является элементомъ необходимымъ ³⁾. Застройщикъ по

¹⁾ *Dernburg*, P. I, § 259; *Waechter*, у. с., § 8; *Windscheid*, Pand. I, § 223. Срв. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Bd. VII, стр. 145.

²⁾ Напротивъ, *Bodenzinsrecht* Австрійскаго Гражданскаго Уложенія (§ 1124) обязанность застройщика уплачивать вознагражденіе собственнику земли вводитъ (какъ мы видѣли выше, стр. 35) въ самое легальное понятіе права поземельнаго оброка.

³⁾ *Motive*, B. III, стр. 468 ц. 8. Для приданія соглашенію о платежѣ оброка вещнаго дѣйствія необходимо, по господствующему взгляду, облеченіе возлагаемой на застройщика обязанности въ форму *вотчинной повинности, обременяющей самое право застройки*. *Wittmaack* (у. с. стр. 86 и слѣд.) высказалъ мнѣніе, согласно коему, уплату застройщикомъ собственнику земли вознагражденія за право застройки нужно разсматривать не какъ особую обязанность застройщика, лежащую внѣ содержанія права застройки, а какъ ограниченіе правъ мочій застройщика, суживающее содержаніе права застройки („die Zinspflicht ist als den Inhalt des Erbbaurechts mindernde Beschränkung der erbbaurechtlichen Befugnisse, nicht als Verpflichtung, die selbständig neben dem Erbbaurecht stände anzusehen“). Къ этому мнѣнію присоединился *Sohm*, *Betrachtungen über das Erbbaurecht* въ *Jahrbuch der Bodenreform*, 1908, November, стр. 243 ц. 2, примыкавшій ранѣе къ господствующему взгляду. Однако, не подлежитъ сомнѣнію, что § 1012 B. G. B. знаетъ право наслѣдственной застройки *только свободное отъ ограниченія обязанностью платить оброкъ собственнику земли*; это понятіе права застройки, какъ *опредѣленный типъ вещнаго права*, никакимъ измѣненіямъ

Германскому Гражданскому Уложенію и по австрійскому закону 19 апр. 1912 г. можетъ приобрѣсти право застройки за извѣстное вознагражденіе и *безвозмездно*.

Германское Уложеніе не ставитъ никакихъ условій для оброка, поэтому возможно, по Уложенію, установленіе права застройки за *единовременное* вознагражденіе и за извѣстный, разъ навсегда опредѣленный *периодическій оброкъ*. Но въ обоихъ случаяхъ обязанность застройщика уплачивать опредѣленное договоромъ вознагражденіе за право застройки стоитъ внѣ этого послѣдняго и, слѣдовательно, для приобрѣтенія вещнаго характера нуждается во внесеніи въ вотчинную книгу въ качествѣ особой вотчинной повинности ¹⁾, обременяющей самое право застройки.

Напротивъ, по нашему закону о правѣ застройки „собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой подъ застройку другому лицу по договору на срокъ и за *вознагражденіе*, обусловленные въ семъ договорѣ“ ²⁾. Наше право знаетъ, какъ видимъ, *только возмездное* приобрѣтеніе права застройки. Опредѣляя минимумъ содержанія договора объ установленіи права застройки, законъ нашъ вводитъ въ этотъ минимумъ и опредѣленіе размѣра и сроковъ вознагражденія собственника ³⁾.

Такимъ образомъ, у насъ обязанность застройщика платить собственнику вознагражденіе входитъ въ самое содер-

по волѣ контрагентовъ не можетъ подлежать. См. еще *Ermann*, *Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau*, стр. 13.

¹⁾ Таково господствующее мнѣніе—*Dernburg*, *Bürg. Recht des D. R.* и *Preuss.*, B. III, Halle 1908, стр. 550 ц. 5; *Oberneck*, у. с., B. I, стр. 611; *Planck*, у. с., B. III, стр. 348; *Fuchs*, у. с., объясненіе къ § 1012 прим. 9; *Staudinger*, у. с., B. III, объясненія къ § 1012; срв. *Erman*, у. с. стр. 13; Иного мнѣнія *Wittmaack*, у. с., стр. 84, *Tripeloury*, у. с. стр. 50 и 51, полагающіе, что соглашеніе о вознагражденіи входитъ въ содержаніе права застройки и для приобрѣтенія вещнаго дѣйствія не нуждается ни въ какой особой формѣ.

²⁾ Законъ о правѣ застройки 23 іюня 1912 г. ст. 1, 17.

³⁾ Тамъ-же ст. 26 п. 3.

жаніе права застройки и является однимъ изъ существенныхъ признаковъ его.

2. Обязанъ ли застройщикъ уплачивать *публичные налоги и подати*?

Источники *римскаго права* по этому поводу, какъ и вообще о ближайшемъ содержаніи суперфициарнаго права, хранятъ полное молчаніе. Доктрина ¹⁾ выводитъ названную обязанность суперфициарія изъ аналогіи съ узифруктомъ и эмфитевзисомъ ²⁾; эту обязанность несетъ суперфициарій и по общему праву ³⁾.

Въ нормахъ *Германскаго Гражданскаго Уложенія* о правѣ застройки также нѣтъ никакихъ указаній на элементы ближайшаго содержанія права застройки; послѣднее Уложеніе формулируетъ лишь самымъ общимъ образомъ какъ „право имѣть строеніе на чужомъ земельномъ участкѣ или подѣ поверхностью его“. Такимъ образомъ, по германскому праву *законной обязанности* застройщика уплачивать пу-

¹⁾ Windscheid, P. I, § 223 прим. 10, Dernburg, P. I, § 259 п. 6.

²⁾ D. VII. 7. 1. 72, 273. 32; C. IV. 66. 2.

³⁾ Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Halle 1897. B. I, § 289, полагаетъ, что по Прусскому земскому праву застройщикъ обязанъ уплачивать публичныя подати лишь въ томъ случаѣ, когда земельный участокъ служитъ *исключительно* цѣлямъ застройки, въ противномъ случаѣ ихъ несетъ собственникъ земли. Reinicke, у. с., стр. 72, предлагаетъ другой критерій; налоги, имѣющіе своимъ объектомъ *строеніе*, долженъ уплачивать *всегда застройщикъ*; напротивъ, земельныя повинности застройщикъ несетъ лишь въ случаѣ, когда онъ имѣетъ въ своемъ пользованіи *весь* земельный участокъ и не платитъ никакого вознагражденія собственнику земли (получилъ право застройки, напримѣръ, въ даръ); но если онъ платитъ собственнику земли періодическое вознагражденіе, представляющее собою полный эквивалентъ за предоставленіе пользованія земельнымъ участкомъ, тогда земельныя повинности долженъ нести собственникъ земельного участка. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда застройщикъ пользуется лишь частью земельного участка, онъ долженъ уплачивать соотвѣтственную часть, а не всѣ публичные налоги и повинности.

бличные налоги и подати, лежащія на земельномъ участкѣ, не существуетъ ¹⁾.

Но, если *законъ* не возлагаетъ на застройщика разсматриваемой обязанности, то это не означаетъ, конечно, что онъ считаетъ ее вообще невозможной ²⁾: условіями сдѣлки, устанавливающей право застройки, содержаніе послѣдняго можетъ быть детализировано и ограничено, поскольку этимъ не отмѣняется специфическая сущность правомочій застройщика—имѣть строеніе на чужой землѣ или подѣ поверхностью ея.

На этомъ общемъ основаніи представляется возможнымъ установленіе названной обязанности застройщика уплачивать публичныя налоги и подати, лежащія на земельномъ участкѣ. Но обязанность, установленная договоромъ, порождая лишь обязательственное право, не удовлетворяетъ своему назначенію, такъ какъ собственникъ земли заинтересованъ въ томъ, чтобы его требованіе объ уплатѣ публичныхъ налоговъ и податей было дѣйствительнымъ не только въ отношеніи къ данному застройщику, а ко всякому лицу, пріобрѣтшему право застройки отъ первоначальнаго застройщика.

Возможно ли, однако, придать такой обязанности застройщика вещное дѣйствіе?

Когда право застройки устанавливается на уже застроенномъ земельномъ участкѣ и, слѣдовательно, зданіе принадлежитъ собственнику земли, тогда поставленный вопросъ разрѣшается утвердительно—названной обязанности застройщика возможно придать вещный характеръ путемъ внесенія ея въ вотчинную книгу въ формѣ особой вотчинной повинности, обременяющей самое право застройки,

¹⁾ „По закону“, справедливо подчеркиваетъ Andrée, у. с. стр. 112, „застройщикъ имѣетъ лишь права и не знаетъ никакихъ обязанностей“.

²⁾ Motive, т. III, стр. 469 п. 10 и 471 п. 2, допускаетъ вполне возможность модификаціи содержанія права застройки условіями договора объ установленіи послѣдняго.

такъ какъ по Германскому Гражданскому Уложенію ¹⁾ къ наслѣдственному праву застройки примѣняются правила, постановленныя относительно земельныхъ участковъ, а „поземельный участокъ можетъ быть обремененъ такимъ образомъ, чтобы лицо, въ чью пользу установлено обремененіе, периодически получало изъ участка извѣстное удовлетвореніе,“ причемъ такое обремененіе „можетъ быть установлено въ пользу *каждаго наличнаго* собственника другого поземельнаго участка“ ²⁾.

Но въ тѣхъ случаяхъ, когда застройщикъ самъ возводитъ строеніе и самъ становится собственникомъ его, обязанность платить налоги и повинности можетъ быть выводима изъ права собственности застройщика на строеніе, но не содержать въ себѣ никакого удовлетворенія (*Leistung*) въ пользу собственника земли, и посему въ данныхъ условіяхъ отсутствуетъ основаніе для внесенія ея въ вотчинную книгу какъ вотчинной повинности, этотъ путь для приданія ей вещнаго дѣйствія, такимъ образомъ, закрытъ.

Внести же такую обязанность въ вотчинную книгу въ качествѣ элемента содержанія самаго права застройки невозможно ³⁾ въ виду отсутствія въ законѣ указаній на такую возможность и въ виду непринадлежности этой обязанности къ содержанію права застройки, какъ права имѣть зданіе на чужой землѣ безъ обязанности платить публичные налоги и повинности.

Однако, такой результатъ мы получаемъ только въ томъ случаѣ, когда строеніе, принадлежащее застройщику,

¹⁾ Германское Гражд. Уложеніе, § 1017.

²⁾ Тамъ-же, § 1105.

³⁾ Противнаго мнѣнія *Wittmaack*, у. с., стр. 89 и слѣд. Его ссылка на практическую потребность въ этомъ и на *Motive*—III, стр. 469 п. 10—гдѣ отсутствіе въ законѣ общаго правила, возлагающаго на застройщика обязанность содержанія построекъ въ надлежащемъ видѣ и несенія публичныхъ податей, объясняется лишь разнообразіемъ отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ, не убѣдительно: законъ нигдѣ не возлагаетъ никакихъ обязанностей на застройщика.

тракуемъ какъ самостоятельный объектъ особаго права собственности застройщика. Если же признать строеніе *составною частью права застройки*, то и въ случаѣ, когда застройщикъ самъ возводитъ строеніе, обремененіе права застройки вотчинной повинностью, содержаніемъ коей будетъ обязанность застройщика уплачивать публичныя подати, станетъ, конечно, вполне возможнымъ ¹⁾.

Полное молчаніе закона о разсматриваемой обязанности порождаетъ весьма спорный въ литературѣ вопросъ о томъ, *кто долженъ* нести эту обязанность *при молчаніи* на этотъ счетъ *акта*, коимъ *устанавливается право застройки*.

Нельзя согласиться съ мнѣніемъ ²⁾, подчиняющимъ огульно *всѣ случаи* одному правилу, въ силу коего *застройщикъ всегда* обязанъ нести всѣ подати и налоги, лежащія на обремененномъ правомъ застройки участкѣ. Нельзя уже по одному тому, что это не отвѣчало бы ни намѣреніямъ сторонъ, ни интересамъ оборота. Въ самомъ дѣлѣ, какое можно подыскать основаніе для возложенія публичныхъ податей на застройщика, когда его право простирается, на примѣръ, лишь на погребъ подъ землею, а поверхность земли использована какъ строительная площадь третьимъ лицомъ или самимъ собственникомъ земли. Нельзя также признать правильнымъ взглядъ ³⁾, согласно коему, во всѣхъ случаяхъ налоги, объектомъ коихъ является земля, долженъ уплачивать собственникъ земли, а тѣ, коихъ объектомъ служитъ строеніе—застройщикъ, если при этомъ онъ собственникъ ихъ,

¹⁾ Такъ, *Schlesinger*, у. с., стр. 59.

²⁾ *Wittmaack*, у. с., стр. 92; впрочемъ, и этотъ авторъ дѣлаетъ одно исключеніе изъ указаннаго правила—онъ допускаетъ освобожденіе застройщика отъ обязанности нести публичныя подати въ тѣхъ случаяхъ, когда периодическое вознагражденіе, платимое застройщикомъ собственнику, является дѣйствительнымъ денежнымъ эквивалентомъ пользованія застроеннымъ участкомъ, а не простымъ знакомъ для распознаванія правъ собственника; см. тамъ-же стр. 104.

³⁾ *Planck*, у. с. стр. 350; сходно—*Staudinger*, у. с., В. III, стр. 492, *Fuchs*, у. с., В. I. стр. 266.

такъ какъ разнообразіе отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ исключаетъ возможность установленія единого и общаго для всѣхъ случаевъ правила.

Наиболѣе раціональнымъ, по нашему мнѣнію, является то рѣшеніе ¹⁾ разсматриваемаго вопроса, которое стремится специализировать отвѣтъ примѣнительно къ отдѣльному конкретному случаю: публичныя подати долженъ нести тотъ, согласно съ этимъ воззрѣніемъ, кто долженъ считаться обремененнымъ этой обязанностью съ точки зрѣнія намѣренія сторонъ, распознаваемаго изъ конкретныхъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая; важнѣйшимъ критеріемъ среди этихъ послѣднихъ является объемъ права пользованія, принадлежащаго застройщику; такъ, если правомочіе застройщика простирается лишь на незначительную часть земли подъ поверхностью ея или ограничивается небольшой частью поверхности земельного участка, то возложеніе на застройщика уплаты *всѣхъ* публичныхъ податей, лежащихъ на всемъ земельномъ участкѣ, не могло бы имѣть подъ собою никакого основанія.

Если, такимъ образомъ, германскій законодатель отдаетъ вопросъ о томъ, кто долженъ нести публичныя подати поземельнаго участка, обремененнаго правомъ застройки, всецѣло на усмотрѣніе контрагентовъ, то, напротивъ, *нашъ законъ* о правѣ застройки не оставляетъ въ этомъ вопросѣ почти никакого мѣста волѣ сторонъ: „Лицо, пріобрѣтшее право застройки“, говоритъ законъ ²⁾, „обязано нести *всѣ* слѣдующіе за занимаемый земельный участокъ общественные, земскіе, городскіе и государственные сборы и повинности“.

Слѣдовательно, это бремя есть *законная* обязанность застройщика, причемъ законъ прямо указываетъ, что не

¹⁾ Oberneck, у. с., стр. 350; Biermann, у. с., стр. 220; Turnau-Förster, В. I, стр. 544, Zchockelt, у. с. стр. 18 и 19; Schlesinger, у. с., стр. 61. Срв. Kurt Reinhart, у. с., стр. 50.

²⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 15.

только вообще застройщикъ, а не собственникъ земли долженъ уплачивать публичныя подати, но что онъ долженъ уплачивать *всѣ эти сборы и повинности*.

„По общему правилу, принятому и въ нашемъ законодательствѣ, платежъ налога“, говоритъ объяснительная записка къ проекту закона о правѣ застройки ¹⁾, „обеспечивается *тѣмъ самымъ имѣніемъ*, которое подлежитъ налогу, а потому падаетъ на *собственника имѣнія*. Но такъ какъ въ данномъ случаѣ имѣніе поступаетъ на продолжительный срокъ въ полное непосредственное владѣніе и распоряженіе застройщика, то *этотъ послѣдній*, а не собственникъ, и долженъ, по *справедливости*, нести *всѣ сборы и повинности*, которыми облагается самое имѣніе. Такое начало принято всѣми дѣйствующими законодательствами ²⁾“.

Мы видѣли, однако, изъ вышеприведенныхъ примѣровъ, что такое общее правило, въ силу коего бремя публичныхъ налоговъ *всегда* должно быть возложено на застройщика, отнюдь не всегда является справедливымъ разрѣшеніемъ этого вопроса. Тѣмъ не менѣе бремя это есть *законная* обязанность всякаго застройщика.

Можетъ ли она быть отмѣнена или ограничена договорнымъ соглашеніемъ? Нѣтъ никакихъ основаній не считать это возможнымъ, такъ какъ законъ допускаетъ включеніе всякихъ условій въ договоръ объ установленіи права застройки, не противорѣчащихъ существеннымъ признакамъ права застройки ³⁾.

Такъ какъ законъ не включаетъ обязанность застройщика нести налоги въ самое понятіе права застройки, нуж-

¹⁾ См. Объяснительную Записку къ Проекту Гражданскаго Уложенія, ст. 931; повторено въ Объяснительной Запискѣ къ Проекту закона о правѣ застройки, разработанному Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ, ст. 7, стр. 30. Положеніе взято изъ Рѣшеній Сената 1875 г., № 219 и 1877 г., № 262.

²⁾ Авторы Проекта ссылаются на Сводъ Узаконовъ, Губерн. Прибалтійскихъ, ст. 948 и 1332, Австрійское Гражданское Уложеніе, ст. 1414, Итальянское Гражд. Уложеніе, ст. 1675, Голландское Гражд. Уложеніе, ст. 774, Бельгійскій законъ 1824 г., ст. 9.

³⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 26.

но признать, что такая обязанность должна предполагаться во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ объ установлении права застройки молчитъ объ этой обязанности застройщика.

3. Въ близкой связи съ вопросомъ объ обязанности застройщика платить публичные налоги и повинности стоитъ вопросъ о другой обязанности застройщика—*поддерживать возведенное на чужой земель зданіе въ исправномъ видѣ и сохранять его отъ разрушенія и стихійныхъ бѣдствій путемъ страхованія.*

По праву римскому ¹⁾ такая обязанность не входитъ въ число обязанностей застройщика, но можетъ быть на него возложена; она должна быть за нимъ признана только въ тѣхъ случаяхъ, когда безъ такого признанія интересы собственника и другихъ застройщиковъ подвергались бы ущербу; такъ, если суперфициарное право имѣетъ своимъ объектомъ погребъ подъ зданіемъ или одинъ этажъ зданія, тогда освобожденіе застройщика отъ обязанности поддерживать строеніе въ надлежащемъ состояніи угрожало бы значительнымъ вредомъ для собственника земли и другихъ застройщиковъ, и посему нельзя не признать за застройщикомъ въ этихъ случаяхъ обязанности поддерживать и сохранять суперфициарное зданіе.

Возможно ли возложить на застройщика эту обязанность по *германскому* праву, которое никакихъ положительныхъ объ этомъ указаній ²⁾ не даетъ?

¹⁾ Waechter, у. с., стр. 41; Dernburg, P., т. I, § 259 п. 4.

²⁾ Согласно Motive, III, 469, Konservierungspflicht не лежитъ на застройщикѣ. Молчаніе закона о ней вполне сознательно, въ другихъ правоотношеніяхъ Уложеніе предусматриваетъ обязанность управомоченнаго сохранять и поддерживать объектъ пользованія; такъ, напримѣръ, при вотчинныхъ служебностяхъ (§ 1020 В. Г. В.), при пользовладѣніи (§§ 1036, 1037), при ограниченныхъ личныхъ служебностяхъ (§ 1090). Поэтому, комментаторы Уложенія полагаютъ, что застройщикъ можетъ по своему усмотрѣнію измѣнять постройки, разрушить и вновь воздвигнуть, если это особо не исключено договорнымъ соглашеніемъ; причемъ, такое правомочіе принадлежитъ застройщику въ обоихъ случаяхъ и тогда, когда строеніе уже существовало въ моментъ установленія права застройки и тогда, когда за

Такъ какъ возложеніе такой обязанности не измѣняетъ существа права застройки, господствующее мнѣніе ¹⁾ считаетъ внесеніе этой обязанности въ актъ объ установленіи права застройки вполне возможнымъ; формой для приданія этой обязанности вещнаго дѣйствія можетъ быть вотчинная повинность ²⁾, поскольку это допускается мѣстнымъ законодательствомъ.

Въ современныхъ условіяхъ въ всякомъ нормальномъ хозяйствѣ сохраненіе зданія отъ стихійныхъ силъ обеспечивается путемъ страхованія, поэтому возложеніе на застройщика обязанности поддержанія строенія въ надлежащемъ видѣ можно признать заключающимъ въ себѣ и обязанность страхованія. Если, далѣе, признать возможнымъ возложеніе на застройщика обязанности поддерживать строеніе въ надлежащемъ видѣ, то по тѣмъ же основаніямъ нельзя отрицать возможности возложенія на застройщика и другой обязанности, принципиально не разнящейся отъ указанной, а именно, обязанности возвести на мѣсто погибшаго новое зданіе на обремененной правомъ застройки землѣ.

Когда договоръ *не предусматриваетъ* обязанности застройщика содержать строенія въ надлежащемъ видѣ, въ вопросѣ о томъ, кто долженъ нести разсматриваемую обязанность весьма важное значеніе имѣютъ: а) время, на которое устанавливается право застройки, б) принадлежность зданія застройщику и в) вознагражденіе, платимое застройщикомъ собственнику земли.

стройщикъ самъ его воздвигъ послѣ приобрѣтенія права застройки.—См. напр., Planck, у. с., В. III, стр. 353. Oertmann (Zur Würdigung des Erbbau-rechts въ Hirth's Annalen 1904, стр. 564) признаетъ за застройщикомъ эти правомочія только въ послѣднемъ случаѣ. Срв. Biermann, у. с., § 10¹² прим. 4; Oberneck, у. с., § 80.

¹⁾ Wittmaack, у. с., стр. 101—105; иного взгляда Oberneck, у. с. В. I, стр. 611; Fuchs, у. с. В. I, стр. 266.

²⁾ По мнѣнію Andrée, у. с. стр. 119, лучшимъ средствомъ для этой цѣли является постановленіе договора, въ силу коего за отходящія къ собственнику земли строенія по прекращеніи права застройки застройщикъ получаетъ $\frac{1}{4}$ наличной стоимости ихъ.

Единственнымъ правовымъ основаніемъ для признанія за застройщикомъ обязанности поддерживать строенія въ надлежащемъ видѣ является то обстоятельство, что строенія могутъ имѣть значеніе реального обезпеченія исправнаго поступленія вознагражденія, которое долженъ застройщикъ уплачивать собственнику земли за право застройки. Однако, въ тѣхъ случаяхъ, когда право застройки установлено безъ указанія срока, оно представляетъ собою само по себѣ настолько значительную цѣнность, что требованіе какого-либо другого обезпеченія исправности уплаты вознагражденія не можетъ быть обосновано; въ этихъ случаяхъ, слѣдовательно, по общему правилу, самое право застройки представляетъ достаточную гарантію интересовъ собственника земли; но мыслимъ случай, когда цѣнность самаго права застройки не будетъ надлежащимъ обезпеченіемъ для указанной цѣли, и собственникъ земли будетъ заинтересованъ въ надлежащемъ состояніи строеній; тогда Германское Гражданское Уложеніе даетъ собственнику средство *косвенно* побудить застройщика къ сохраненію строеній въ исправномъ видѣ. Это средство указывается §§ 1133 и 1134 Уложенія въ отношеніи къ ипотечному вѣрителю, но по аналогіи примѣнимо ¹⁾ и къ застройщику какъ должнику собственника земли. „Если вслѣдствіе ухудшенія участка надежность ипотеки уменьшилась“, говоритъ § 1133, „то кредиторъ можетъ назначить собственнику соотвѣтствующій срокъ для устраненія этого послѣдствія. По истеченіи срока кредиторъ въ правѣ немедленно потребовать удовлетворенія изъ участка, если означенное послѣдствіе не было устранено посредствомъ произведенныхъ на участкѣ улучшеній или путемъ установленія другой ипотеки“. Въ чемъ должно заключаться въ этихъ случаяхъ удовлетвореніе говоритъ вторая часть цитируемой статьи: „Если требованіе не подлежало приращенію процентами и срокъ по

¹⁾ Wittmaack, у. с., стр. 101. Мы слѣдуемъ здѣсь вполнѣ взгляду указанного автора, наиболѣе подробно анализирующаго данный вопросъ; прочіе авторы лишь повторяютъ доводы Wittmaack'a.

нему еще не наступилъ, то кредиторъ получаетъ ту сумму, которая будетъ равняться капитальному долгу по причтеніи къ ней суммы узаконенныхъ процентовъ на нее за время отъ уплаты до срока исполненія“. „Если образъ дѣйствій по отношенію къ участку собственника или третьяго лица даетъ поводъ опасаться такого ухудшенія участка, которое уменьшитъ надежность ипотеки, то кредиторъ можетъ предъявить искъ о прекращеніи этихъ дѣйствій. Если эти дѣйствія исходятъ отъ собственника, то по просьбѣ кредитора судъ принимаетъ мѣры, необходимыя для предотвращенія вреда. То же правило имѣетъ примѣненіе, если можно ожидать ухудшенія отъ того, что собственникъ не принимаетъ надлежащихъ мѣръ противъ воздѣйствія третьихъ лицъ или противъ иныхъ поврежденій.“ (§ 1134).

Указанныя въ цитированныхъ статьяхъ мѣры собственникъ земельного участка можетъ принять лишь при наличности опасности, угрожающей исправному поступленію платежей со стороны застройщика; мѣры эти конечно, не могутъ итти далѣе требованія привести строеніе въ такое состояніе, которое могло служить достаточной гарантіей спеціальному интересу собственника земли.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда право застройки устанавливается на срокъ, нужно различать двѣ комбинаціи: 1) когда строеніе принадлежит собственнику земли, 2) когда строеніе есть собственность застройщика. Въ первой комбинаціи возможны случаи, когда застройщикъ уплачиваетъ за свое право собственнику земли вознагражденіе, представляющее собою дѣйствительный эквивалентъ пользованія земельнымъ участкомъ, и случаи, когда за право застройки не уплачивается никакого вознагражденія.

Въ первомъ случаѣ все отношеніе весьма близко подходитъ къ найму, гдѣ въ наемную плату включается, какъ часть послѣдней, извѣстная сумма на поддержаніе нанятой вещи въ надлежащемъ видѣ; нельзя въ такомъ случаѣ и застройщика считать обязаннымъ поддерживать строенія въ

исправномъ видѣ: это можетъ сдѣлать собственникъ ихъ изъ получаемаго отъ застройщика вознагражденія.

Когда же собственникомъ строенія является собственникъ земли и застройщикъ за свое право не уплачиваетъ ему никакого вознагражденія, тогда первый не имѣетъ ни малѣйшаго участія въ пользованіи землей и, по аналогіи съ пользовладѣніемъ ¹⁾, необходимо признать застройщика обязаннымъ къ сохраненію хозяйственной цѣлости вещи.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда строеніе принадлежитъ застройщику и право застройки установлено *на срокъ*, тогда нѣтъ никакого правового основанія вмѣнять застройщику въ обязанность поддержаніе строеній въ надлежащемъ видѣ ²⁾.

Нашъ законъ о правѣ застройки не предусматриваетъ обязанности застройщика сохранять и поддерживать въ надлежащемъ состояніи возведенныя имъ на чужой землѣ строенія, но возможность возложенія на застройщика такой обязанности не подлежитъ сомнѣнію, такъ какъ законъ, какъ это мы уже неоднократно отмѣчали, прямо разрѣшаетъ включать въ договоръ объ установленіи права застройки всякія условія, „не противорѣчація существеннымъ признакамъ права застройки“ ³⁾.

Обязанъ ли застройщикъ поддерживать строенія въ надлежащемъ видѣ и страховать ихъ въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ не касается этого пункта отношеній?

По нашему праву, право застройки есть не право *имѣть* на чужой землѣ строеніе, а *право застроить* чужую землю, слѣдовательно, право застройки можетъ быть установлено лишь на незастроенный земельный участокъ; по общему правилу строеніе возводится самимъ застройщикомъ, и онъ является собственникомъ его; кромѣ того, для даннаго во-

¹⁾ В. Г. В., § 1041.

²⁾ Wittmaack, у. с., стр. 103.

³⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 28.

проса весьма важно еще и то, что по нашему праву застройщикъ всегда уплачиваетъ собственнику земли вознагражденіе. Во всѣхъ этихъ условіяхъ нельзя найти никакого правового основанія для возложенія на застройщика, собственника зданій, обязанности поддерживать ихъ въ исправномъ видѣ и страховать ихъ: единственный интересъ собственника земли въ ихъ существованіи—имѣть обезпеченіе исправнаго поступленія вознагражденія за право застройки—достаточно гарантируется стоимостью послѣдняго ¹⁾. Косвеннымъ образомъ законъ могъ бы побудить застройщика къ исполненію разсматриваемой обязанности, если бы постановилъ, какъ это дѣлаетъ § 9 австрійской новеллы о правѣ застройки, что по прекращеніи права застройки строенія переходятъ къ собственнику земли съ *возмѣщеніемъ извѣстной части ихъ стоимости*; такъ какъ размѣръ такого возмѣщенія стоитъ въ прямой зависимости отъ состоянія построекъ ко времени окончанія права застройки, то застройщикъ могъ бы найти въ этомъ достаточное побужденіе для сохраненія ихъ въ исправномъ видѣ. Но нашъ законъ о правѣ застройки не содержитъ такого правила. Хотя ст. 19 п. 3 и даетъ собственнику земли право потребовать оставленія въ его пользу построекъ *за вознагражденіе*, но вознагражденіе это опредѣляется по закону не стоимостью строеній въ моментъ прекращенія права застройки, а размѣромъ той выгоды, которой лишается застройщикъ, утрачивая право снесенія построекъ, т. е. стоимости строительныхъ матеріаловъ за вычетомъ издержекъ на сносъ зданія; конечно, застройщикъ не можетъ черпать въ этомъ правилѣ никакихъ побужденій для исправнаго содержанія возведенныхъ строеній, тѣмъ болѣе, что даже и это оставленіе построекъ въ пользу собственника земли составляетъ по закону *право* послѣдняго, а не обязанность; онъ можетъ имъ и не воспользоваться.

¹⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 17.

4. Строительная дѣятельность застройщика можетъ сопровождаться дѣйствіями, нарушающими права другихъ лицъ; такъ, обвалъ строенія или другого сооруженія, связаннаго съ участкомъ, можетъ имѣть послѣдствіемъ смерть или тѣлесное поврежденіе какого-нибудь или какихъ-либо лицъ; тѣ же происшествія могутъ быть причиной гибели или повреждения вещей, принадлежащихъ третьимъ лицамъ. Возникаетъ вопросъ, кто долженъ нести отвѣтственность за указанные послѣдствія строительной дѣятельности застройщика.

Германское Гражданское Уложение ¹⁾ возлагаетъ отвѣтственность за указанные дѣйствія на *владѣльца земельного участка* при условіи, что обвалъ произошелъ вслѣдствіе не правильности сооруженія или недостаточности ремонта, если при этомъ владѣлецъ не соблюдалъ заботливости, достаточной, по условіямъ гражданского оборота, для предотвращения опасности. Владѣлецъ отвѣчаетъ предъ потерпѣвшимъ не только за послѣдствія уже случившагося обвала, онъ можетъ быть принужденъ принять мѣры и для предотвращения такой опасности ²⁾.

Владѣльцемъ участка законъ считаетъ лицо, владѣющее въ видѣ собственности (*Eigenbesitzer*) и того, кто, осуществляя свое право, владѣетъ на чужомъ участкѣ строеніемъ или другимъ сооруженіемъ.

Въ нашемъ законѣ о правѣ застройки нѣтъ спеціальнаго указанія на этотъ счетъ, и, слѣдовательно, застройщикъ обязанъ возмѣстить вредъ и убытки, причиненныя его *дѣяніемъ* или *упущеніемъ* лицу потерпѣвшему на общемъ основаніи статей 684 и 673 т. X ч. 1-ой; собственникъ земли, не участвующій во владѣнн и пользованн послѣднею не можетъ быть отвѣтственнымъ за послѣдствія дѣйствій застройщика ³⁾.

¹⁾ В. Г. В. §§ 836, 837.

²⁾ Тамъ-же, § 903 въ связи съ § 1017.

³⁾ См. Рѣшенія Гр. К. Деп. 1873 г., № 418, 1910 г. отъ по дѣлу Парикова.

Вполнѣ возможно, по нашимъ законамъ гражданскимъ, и предупрежденіе вреда и убытковъ отъ грозящаго только обвала зданія путемъ иска о воспрещеніи на основаніи ст. 685 т. X ч. 1 отвѣтчику извѣстныхъ дѣйствій, послѣдствіемъ коихъ можетъ быть вредъ и убытки для лица или имущества истца ¹⁾.

5. Если по праву государствъ западной Европы застройщикъ имѣетъ по закону лишь права и не знаетъ никакихъ обязанностей, то, напротивъ, по нашему праву *застройщикъ* получаетъ земельный участокъ „подъ застройку“ и *обязанъ* въ опредѣленный срокъ *возвести* на полученномъ участкѣ предусмотрѣнныя договоромъ *строенія*. Возведеніе строеній составляетъ цѣль установленія права застройки, и неисполненіе ея является основаніемъ прекращенія договора. Обязанность эта не только вытекаетъ изъ самаго легальнаго понятія ²⁾ права застройки, она вносится какъ элементъ его въ договоръ объ установленіи права застройки ³⁾ и, не будучи только личной обязанностью перваго пріобрѣтателя права застройки, имѣетъ силу въ отношеніи cadaго правопреемника послѣдняго.

6. Съ наступленіемъ срока, на какой было установлено право застройки, или иныхъ въ законѣ или договорѣ предусмотрѣнныхъ основаній прекращенія, право застройки прекращается. Прекращеніе права застройки *обязываетъ* застройщика *возвратить* собственнику предоставленную ему въ пользованіе *землю*. Долженъ ли застройщикъ возвратить землю безъ строеній или съ послѣдними—этотъ вопросъ разрѣшается, по общему правилу, особымъ указаніемъ договора, при отсутствіи такового на основаніи общихъ положеній, характеризующихъ правовое положеніе строеній, возведенныхъ на обремененной правомъ застройки землѣ.

¹⁾ См. Рѣшенія Гр. К. Деп. 1881 г., № 84.

²⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 1.

³⁾ Тамъ-же, ст. 26 п. 2.

Разсмотрѣнныя обязанности застройщика представляют собою лишь типичнѣйшія изъ возможныхъ въ конкретныхъ случаяхъ установленія права застройки; послѣднему, какъ показываетъ его исторія, могутъ быть поставлены чрезвычайно разнообразныя задачи; въ зависимости отъ нихъ и обязанности, возлагаемыя на застройщика договоромъ объ установленіи права застройки, представляются столь различными, что исчерпывающее ихъ исчисленіе и анализъ являются совершенно невозможными.

Всѣ эти обязанности по ихъ юридической природѣ распадаются на *три* различныхъ группы: *первую* составляютъ обязанности, представляющія собою элементы самого содержанія права застройки, какъ напримѣръ, обязанность застройщика по нашему праву платить собственнику земли определенное вознагражденіе за право застройки; такія обязанности, составляя часть самого содержанія права застройки, имѣютъ вещное дѣйствіе безъ всякаго особаго акта; *вторую* группу образуютъ обязанности, не входящія въ содержаніе самого понятія права застройки, но получившія вещный характеръ путемъ особаго спеціальнаго акта, нарочито совершеннаго для приданія этимъ обязанностямъ вещнаго дѣйствія; по германскому праву такими актами могутъ быть *кредитная ипотека* ¹⁾ (Sicherungshypothek) въ обезпеченіе притязанія изъ неисполненія застройщикомъ обязанности, обусловленной договорнымъ штрафомъ, или *внесеніе въ вотчинную книгу*, въ обезпеченіе притязанія изъ неисполненія той или иной обязанности застройщикомъ, *предварительной о томъ отмѣтки* (Vormerkung) ²⁾; или, наконецъ, обложеніе обязанности въ форму отмѣнительнаго условія; у насъ для этой цѣли можетъ быть использованъ залогъ и наложеніе запрещенія на право застройки ³⁾; наконецъ, въ *третью* группу входятъ всѣ обязанности застройщика безъ вещнаго дѣйствія.

¹⁾ В. Г. В., § 1184.

²⁾ Тамъ-же, § 883.

³⁾ Положеніе о Нотариальной Части, ст. 154,

Разсмотрѣнныя правомочія и обязанности застройщика въ ихъ совокупности опредѣляютъ общій характеръ права застройки какъ права *вещнаго* и отличаютъ правовое положеніе застройщика отъ нанимателя прежде всего именно этимъ вещнымъ характеромъ его правомочій.

Хотя въ современномъ правѣ ¹⁾ рѣзкая противоположность между суперфициарнымъ правомъ и наймомъ нѣсколько сглажена принципомъ „Kauf bricht nicht Miete“, отмѣнившимъ дѣйствіе господствовавшего въ общемъ правѣ противоположнаго начала „Kauf bricht Miete“, все же правовое положеніе застройщика существеннымъ образомъ отличается отъ такового арендатора или нанимателя, располагающихъ съ точки

¹⁾ Allg. Preuss. Landrecht, T. I. Tit. XXI. §§ 350, 353; Австрійское Гражд. Уложеніе, ст. 1095, 1120; Code Civil, Art. 1743; Итальянское Гражд. Уложеніе, ст. 1597, Германское Гражд. Уложеніе § 571; Сводъ Гр. Уз. губ. Прибалтійскихъ, ст. 4145. Дѣйствующее общеперское наше право не содержитъ въ себѣ прямого на этотъ счетъ указанія, но господствующее мнѣніе нашихъ цивилистовъ и практики признаетъ обязательность договора найма для новаго пріобрѣтателя объекта найма соответствующей общему смыслу нашихъ законовъ гражданскихъ — Св. Зак., т. X ч. 1 ст. 514, 535, 521; Уст. Гражд. Суд., ст. 1099, 1100. См. *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гражданского права, Гражд. Суд., т. I, § 44, стр. 353—365; т. III, стр. 362—363; *Змирловъ*, Договоръ найма имущества по нашимъ законамъ, Журналъ Гражд. и Угол. Права, 1884 г., № 2; *Куницынъ*, О силѣ договора найма имущества, Ж. М. Ю. 1861, № 9; *Гуляевъ*, Русское гражд. право, 1907, стр. 171, 308—309; противнаго мнѣнія *Мейеръ*, Рус. гражд. право, 1902 г., 503; *Шершеневичъ*, Учебникъ рус. гражд. права, 1902, стр. 515—518.

Сенатъ признаетъ рассматриваемое правило въ отношеніи къ случаямъ добровольнаго отчужденія имѣнія при условіи, что пользованіе нанимателя въ дѣйствительности осуществилось до отчужденія имущества.—Рѣшенія Гр. К. Д. С., 1871 г. № 81, 1874 г. № 272, 1877 г. № 83, 1878 г. № 234, 1880 г. № 301; при продажѣ имѣнія съ публичныхъ торговъ для покупателя обязательны лишь тѣ договоры найма, о которыхъ покупщику было на торгахъ извѣстно изъ описи или изъ запрещенія.—Рѣш. Гр. К. Д. С. 1878 г. № 11 и 201, 1881 г. № 114, 1882 г. № 150, 1898 г. № 8.

Проектомъ Гражданскаго Уложенія принято господствующее мнѣніе литературы, какъ оно выразилось въ Сенатской Практикѣ.—Проектъ Гр. Уложенія, кн. V, гл. V, ст. 1857—1862. Проектъ вотчиннаго устава, ст. 31 и 32.

зрѣнія всѣхъ прочихъ отношеній лишь простымъ обязательственнымъ правомъ. Въ противоположность нанимателю застройщикъ можетъ отчуждать свое право, а не уступать только пользованіе имъ, онъ можетъ обременять его вотчинными правами и приобрѣтать на сроки, значительно превышающіе допускаемые закономъ въ отношеніи къ найму. Право застройщика направляется, при этомъ, на самый земельный участокъ, такъ что *всякій собственникъ* послѣдняго *долженъ* терпѣть на своей землѣ пребываніе дома застройщика, тогда какъ арендаторъ или наниматель имѣетъ только *обязательственное требованіе* къ своему контрагенту и его правопреемникамъ. Когда же земельный участокъ поступаетъ въ обладаніе не собственника, а, напримѣръ, давностнаго владѣльца, то для послѣдняго аренда, установленная прежнимъ собственникомъ является необязательной, такъ какъ давностный владѣлецъ не является правопреемникомъ прежняго собственника земли; напротивъ, право застройщика лежитъ на самомъ земельномъ участкѣ и должно быть терпимо всякимъ приобрѣтателемъ его, независимо отъ того, производнымъ или первоначальнымъ способомъ приобрѣтеніе совершено.

ГЛАВА III.

Объектъ и содержаніе права застройки. — Объектъ права застройки и предметъ содержанія послѣдняго.

Объектомъ вещныхъ правъ, къ числу коихъ принадлежитъ право застройки, является, по господствующему воззрѣнію¹⁾, тѣлесная вещь.

Какая же тѣлесная вещь является объектомъ права застройки?

Отдѣльные авторы безразлично называютъ объектомъ права застройки то поземельный участокъ, то строеніе, то правомочіе застройщика имѣть строеніе на чужой землѣ. Наиболѣе часто приводятъ въ качествѣ отвѣта на поставленный вопросъ извѣстныя слова Гая: „*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprie-*

¹⁾ *Dernburg*, P., B. I § 22 прим. 5, § 39 прим. 9, § 67 подъ *a*; *Dernburg*, B. R., Bd. III § 61; *Regelsberger*, Pandekten § 50, III § 94; *Girard*, Manuel, стр. 250 и слѣд., 386; *Gierke*, у. с., B. I § 31, Bd. II § 100; *Crome*, у. с., B. I § 30; *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1906, Bd. I §§ 198, 199; *Motive*, Bd. III стр. 2; *Stobbe*, у. с., B. I § 66, B. III § 157; *Eneccerus-Kipp-Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, B. II, Marburg 1909 и 1910, §§ 51 и 103; *K. Cosack*, у. с. Bd. I §§ 17, 20; Bd. II § 170а и мн. др. У насъ проф. *Хвостовъ*, у. с., II § 1, *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гражданского права, Спб. 1896 т. I §§ 1, 14, т. III § 1, *Мейеръ*, Русское гражданское право, 1902, стр. 188, Проф. *Гамбаровъ*, Словарь юридическихъ и государственныхъ наукъ, Спб. 1901, стр. 1747 и слѣд., Проф. А. М. *Гуляевъ*, у. с., стр. 102, *Шершеневичъ*, Учебникъ гражданского права, §§ 7 и 15, повидимому и проф. В. И. *Синайскій*, Русское гражданское право, К, 1912, стр. 65 и слѣд.; *Аненниковъ*, Система, I стр. 117 и слѣд.

tas et civili et naturali jure eius est, cuius et solum“, полагая, что Гай называет здѣсь объектомъ суперфициарнаго права именно зданіе, постройку¹⁾.

Но если бы это опредѣленіе представлялось правильнымъ, то при отсутствіи на лицо постройки, т. е., по приведенному опредѣленію, *объекта* суперфициарнаго права, не было бы и суперфиция, равнымъ образомъ, гибель этого объекта прекращала бы и самое суперфициарное право.

Между тѣмъ, во первыхъ, типичнымъ является именно установленіе суперфициарнаго права на землю безъ построекъ, во-вторыхъ, гибель суперфициарной постройки не прекращаетъ, по господствующему мнѣнію, самого суперфициарнаго права. Наконецъ, такъ какъ строеніе въ силу принципа „superficies solo cedit“, ставъ въ прочную связь съ землею, образуетъ съ послѣдней, по римскому праву, единый объектъ права, оно, вообще, не можетъ отдѣльно отъ земли быть предметомъ какихъ бы то ни было особыхъ правъ.

Въ дѣйствительности въ вопросѣ объ объектѣ суперфициарнаго права наличность или отсутствіе строенія ровно никакой роли не играетъ, такъ какъ суперфиций есть вещное право на чужой *земельный участокъ*, вещное обремененіе его и, слѣдовательно, объектомъ суперфициарнаго права является земельный участокъ совершенно независимо отъ того, находится ли на немъ какое-либо строеніе или нѣтъ; „aedes“ можетъ быть объектомъ суперфиция, по римскому праву, только въ томъ значеніи этого термина, о которомъ источники говорятъ: „aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie“, но не въ смыслѣ строенія, противопоставляемаго землѣ, на которой оно находится, что имѣетъ въ виду Гай въ приведенномъ фрагментѣ.

¹⁾ Наприм., *Baron*, Система римскаго гражданскаго права, § 183, Проф. Д. Д. *Гриммъ*, Лекціи по догмѣ римскаго права, Спб. 1910, § 162, *Reinhardt*, у. с., стр. 12.

О чемъ же говоритъ Гай? Онъ говоритъ о томъ, какое зданіе называется суперфициарнымъ и утверждаетъ, что собственникомъ такого зданія является, какъ по началамъ римскаго, такъ и по началамъ естественнаго права, собственникъ земли.

Но слова эти не заключаютъ въ себѣ утвержденія, что строеніе есть объектъ суперфициарнаго права; они также мало относятся къ нему, какъ та или иная сельско-хозяйственная культура къ объекту аренднаго права на сельско-хозяйственное имѣніе.

Но, если въ словахъ Гая нѣтъ рѣчи объ объектѣ суперфициарнаго права, то все же они имѣютъ къ нему прямое отношеніе. Гай говоритъ о *предметѣ содержанія суперфициарнаго права*.

Всякое вещное право въ чужой вещи представляется всегда ограниченнымъ; оно даетъ управомоченному юридическое господство надъ вещью только въ извѣстномъ, опредѣленномъ отношеніи или въ извѣстныхъ опредѣленныхъ отношеніяхъ. Отсюда проистекаетъ необходимость для болѣе точной характеристики того или другого вещнаго права на чужую вещь указать не только объектъ его; но и содержаніе; это послѣднее въ свою очередь лучше всего опредѣляется указаніемъ предмета того правомочія, которое составляетъ содержаніе даннаго права. Такъ, эмфитевзисъ и суперфиций оба суть вещныя права на поземельный участокъ; по объекту ихъ нельзя различить; нельзя ихъ различить и по содержанію съ точки зрѣнія *общаго* характера правомочій эмфитевта и суперфициарія, такъ какъ оба эти вида вещныхъ правъ на земельный участокъ входятъ въ одну и ту же группу правъ пользованія; но однимъ и тѣмъ же объектомъ, напимѣръ землею, можно пользоваться неодинаково; ближайшимъ предметомъ содержанія пользованія можетъ быть въ одномъ случаѣ возведеніе строенія на чужой землѣ и эксплуатация его въ той или другой формѣ, въ другомъ пользованіе землей въ формѣ разведенія на ней какой-нибудь сельско-хозяйственной культуры; гдѣ предметомъ содержанія

вещного права на землю является возведение строения, тамъ мы говоримъ о суперфиции; гдѣ такимъ предметомъ является сельско-хозяйственная обработка участка, предъ нами эмфитевзистъ.

Приведенныя слова Гая говорятъ именно о предметѣ содержанія суперфициарнаго права—о строеніи, которое суперфициарій управомоченъ *имѣть* на чужой землѣ. Итакъ, мы отличаемъ объектъ суперфициарнаго права отъ объекта его содержанія. Объектомъ суперфициарнаго права является земельный участокъ и только этотъ послѣдній, объектомъ же содержанія суперфициарнаго права—строеніе.

Новыя законодательства прямо указываютъ въ самомъ опредѣленіи права застройки, что объектъ сего послѣдняго есть не зданіе, а поземельный участокъ. „Поземельный участокъ можетъ быть обремененъ такимъ образомъ, чтобы лицо, въ чью пользу установлено обремененіе, приобрѣтало отчуждаемое и переходящее по наслѣдству право имѣть строеніе на этомъ участкѣ или подъ поверхностью его (наслѣдственное право стройки)“, говоритъ, на примѣръ, § 1012 Германскаго Гражданскаго Уложенія; такое же прямое указаніе на землю какъ на объектъ права застройки мы находимъ въ Швейцарскомъ Гражданскомъ Уложеніи¹⁾ и въ новѣйшемъ законѣ о правѣ застройки—австрійскомъ²⁾.

Нашъ законъ 23 іюля 1912 г. о правѣ застройки не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что и по нашему праву объектомъ права застройки является не строеніе, а земельный участокъ. „Собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой подъ застройку другому лицу по договору на срокъ и за вознагражденіе, обусловленные въ семъ договорѣ“.

Указанное различіе между объектомъ суперфициарнаго права и объектомъ его содержанія имѣетъ неодинаковое

¹⁾ Art. 779.

²⁾ § 1.

значеніе въ зависимости отъ того, идетъ ли рѣчь о правѣ римскомъ или же о правѣ новыхъ законодательствъ.

Какъ мы видѣли¹⁾, возведеніе на чужой землѣ какого-либо зданія *по римскому праву* не ведетъ къ образованію двухъ объектовъ—*земли* и, отдѣльно отъ нея, *зданія*; застройка чужой земли нисколько не разрушаетъ ни единства вещи, ни единства права: съ точки зрѣнія римскаго права застроенный участокъ продолжаетъ быть единымъ и нераздѣльнымъ объектомъ права, такъ какъ *id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, jure naturali nostrum fit quia superficies solo cedit*; такимъ образомъ, по вопросу о правѣ собственности на строеніе никакихъ конфликтовъ между собственникомъ земли и застройщикомъ, по римскому праву, не можетъ и возникнуть.

Отсюда слѣдуетъ, что объектомъ суперфициарнаго права въ Римѣ является *земельный участокъ, какъ въ смыслъ застроеннаго земельного участка (aedes), такъ и въ смыслъ строительной площади (solum)*.

Законодательство *новыхъ народовъ*, установившее систему регистраціи сдѣлокъ съ недвижимостями, нарушило прежнее совпаденіе понятій земельного участка въ смыслѣ бытовомъ и юридическомъ; между тѣмъ, именно послѣднее значеніе этого термина и имѣетъ въ виду законъ, когда говорить объ обремененіяхъ земельныхъ участковъ. Съ точки зрѣнія современнаго гражданскаго права „земельнымъ участкомъ“ называется лишь тотъ участокъ земли, который значится какъ самостоятельный объектъ права въ реестрѣ для регистраціи сдѣлокъ съ недвижимостями. И только этотъ поземельный участокъ является объектомъ права застройки.

Всякій такой поземельный участокъ, поскольку онъ можетъ быть строительной площадью, можетъ быть предметомъ права застройки.

¹⁾ См. выше стр. 7.

Итакъ, право застройки есть право на поземельный участокъ. Изъ этого слѣдуетъ невозможность не только установленія права застройки на движимыя вещи, что само собою разумѣется, но и невозможность распространенія права застройки, установленнаго на поземельномъ участкѣ, на вещи движимыя, на немъ находящіяся и принадлежащія собственнику земли ¹⁾.

Изъ положенія, что право застройки есть право на поземельный участокъ слѣдуетъ, далѣе, невозможность установленія права застройки однимъ изъ сособственниковъ *на свою только часть*; но на реальную часть самага участка, конечно, право застройки установлено можетъ быть ²⁾, но для этого необходимо предварительно выдѣлить обременяемую часть въ отдѣльный поземельный участокъ, въ самостоятельный

¹⁾ Вопросъ о томъ, не слѣдуетъ ли признать возможнымъ исключеніе изъ этого правила въ пользу *принадлежностей* строенія (матеріаловъ для текущаго ремонта, пожарныхъ машинъ, запасовъ топлива для строенія, машинъ электрическаго освѣщенія и т. п.), ни однимъ законодательствомъ прямо не предусматривается.

Германское Гражданское Уложеніе требуетъ примѣненія къ праву застройки постановленій относительно притязаній, вытекающихъ изъ права собственности, откуда слѣдуетъ примѣнимость къ данному вопросу правила § 926 Уложенія, въ силу коего при отчужденіи вопросъ о томъ, распространяется ли право приобретателя на принадлежности отчуждаемой недвижимости, долженъ разрѣшаться соглашеніемъ сторонъ, но при сомнѣніи предполагается, что отчужденіе простирается на принадлежности. Въ силу этого правила нужно признать, что право застройщика распространяется на принадлежности строенія. Впрочемъ, это имѣетъ мѣсто постольку, поскольку послѣднія принадлежатъ собственнику земли, въ противномъ случаѣ застройщику даютъ защиту добросовѣстнаго владѣльца. — См. *Wittmaack*, у. с. стр. 24. Для насъ вопросъ этотъ значенія не имѣетъ, такъ какъ принадлежности практически могутъ быть лишь въ случаяхъ, когда право застройки устанавливается на застроенномъ земельномъ участкѣ, что нашимъ закономъ о правѣ застройки не предполагается.

²⁾ Motive, В. III стр. 470; G. B. O., § 6; Полож. о Нотар. Части, ст. 54, 311. Правила о составленіи крѣпостного реестра 31 мая 1891 г., ст. 10.

объектъ права, поскольку это дробленіе недвижимости допускается положительнымъ правомъ ¹⁾, стало быть и въ названномъ случаѣ формально право застройки устанавливается тоже только на поземельный участокъ, а не на часть его.

Возможно установить *въ пользу одного лица нѣсколько правъ застройки* на нѣсколькихъ смежныхъ участкахъ ²⁾, но невозможно, чтобы одно зданіе было возведено на нѣсколькихъ участкахъ, ибо тогда предметомъ содержанія каждаго отдѣльнаго права застройки была бы *часть* зданія, каковая не можетъ быть объектомъ принудительнаго взысканія, исключить которое невозможно.

Впрочемъ, эта невозможность разсматриваемаго типа установленія нѣсколькихъ правъ застройки въ пользу одного лица представляется устранимой путемъ соединенія всѣхъ правъ застройки въ одно ³⁾.

Содержаніемъ права застройки является возможность имѣть на чужой землѣ *строеніе*, отсюда слѣдуетъ, что сельскохозяйственное имѣніе не можетъ быть объектомъ права застройки, хотя бы для его эксплуатаціи имѣлось въ виду возведеніе различныхъ строеній, ибо главнымъ предметомъ пользованія здѣсь была бы сельскохозяйственная обработка земли, а не пользованіе ею какъ строительной площадью; послѣднее играло бы лишь второстепенную роль.

Содержаніе суперфициарнаго права, какъ мы видѣли, формулируется обыкновенно такъ: *superficiem in alieno solo habere* ⁴⁾; предметъ содержанія суперфициарнаго права здѣсь обозначается терминомъ „*superficies*“.

Точнаго опредѣленія этого понятія въ источникахъ, однако, нѣтъ; въ отдѣльныхъ случаяхъ вмѣсто этого общаго термина источники называютъ *aedes, insula, aedificium*, но

¹⁾ Ст. 394, 395, 412, 1396, 1633, 1635 т. X ч. 1 Св. Зак.

²⁾ Мы слѣдуемъ здѣсь взгляду, *Wittmaack*'а, у. с., стр. 22.

³⁾ § 890 B. G. B. и § 4 G. B. O.

⁴⁾ D. XLIII. 18. 1. 1; D. VI. 1. 73 и 74.

этимъ не охватывается все возможное содержаніе понятія „superficies“ какъ слова, обозначающаго все то, что находится надъ землею, на ея поверхности. Отсюда—спорность этого термина въ доктринѣ¹⁾ и судебной практикѣ.

Одни (Dittmar, Lanterbach, Thibaut, Schilling, Sintenis, Windscheid, Waechter), полагая, что отсутствіе въ источникахъ какихъ-либо ближайшихъ указаній на этотъ счетъ нужно понимать въ смыслѣ отсутствія какихъ-либо *ограниченій* разсматриваемаго понятія со стороны закона, считаютъ возможнымъ признать предметомъ содержанія суперфициарнаго права именно *все, что можетъ находиться на поверхности земли*, т. е. не только жилые дома и другія сооруженія, но и части строеній, деревья, ограды и т. п.

Другіе, напротивъ, исключаютъ возможность установленія суперфициарнаго права, предметомъ содержанія коего должно быть не цѣлое зданіе, а какая-нибудь часть его, напримѣръ, этажъ жилого дома²⁾, на томъ основаніи, что владѣльца этажа дома нельзя признать имѣющимъ superficies in alieno solo, in conducto solo positam (Emmerich, Niebur, Zachariae v. Lingenthal).

Наконецъ, *третьи* (Donnellus, Buchholtz, Büchel, Schmidt, Heimbach) понимаютъ молчаніе источниковъ въ смыслѣ отрицанія ими возможности въ понятіе superficies включить *всякій* предметъ надъ чужой землею или на чужой землѣ и потому изъ круга предметовъ содержанія суперфициарнаго права исключаютъ *деревья и другія растенія*.

Господствующее мнѣніе понимаетъ подъ superficies для римскаго права только *aedes*³⁾; въ общемъ правѣ кругъ

¹⁾ Waechter, у. с. стр. 48—58.

²⁾ D. XLIII. 17. 3. 7. Degenkolb, у. с., стр. 223 и слѣд., Reinicke, у. с., стр. 23—27. Едва ли возможно предполагать, что потребность въ установленіи такого суперфициарнаго права, предметомъ содержанія котораго были бы части строенія или деревья, существовала уже въ Римѣ.

³⁾ Мѣста источниковъ, въ которыхъ рѣчь идетъ о superficies, имѣютъ въ виду жилые дома.

предметовъ содержанія суперфициарнаго права расширяется: въ него входятъ всякаго рода строенія, насажденія, лѣса, рыбныя ловли и исключаются только легкія постройки для временныхъ цѣлей—бараки, палатки, балаганы и т. п.

Въ правѣ *новыхъ* государствъ кругъ этотъ вновь суживается; содержаніе права застройки современныя законодательства¹⁾ опредѣляютъ формулой „имѣть *строеніе* на чужой землѣ или подъ поверхностью ея“.

Въ новыхъ законодательствахъ, такимъ образомъ, мѣсто римскаго общаго термина „superficies“ занимаетъ, хотя и менѣе широкое, но не менѣе неопредѣленное и неточное понятіе—„строеніе“ („Bauwerk“).

Во всякомъ случаѣ, какъ это явствуетъ изъ приведенной формулы, предметомъ содержанія права застройки новыхъ законодательствъ *деревья и другія насажденія* быть не могутъ²⁾.

Это отразилось и въ наименованіи изучаемаго института: если въ общемъ правѣ за нимъ сохранилось

¹⁾ См. выше, стр. 58 прим. 1. Впрочемъ, только новѣйшіе гражданскіе кодексы вводятъ это ограниченіе—прусское, французское, голландское, нидерландское и старое австрійское право допускаетъ установленіе и такого суперфициарнаго права, предметомъ содержанія коего являются деревья и другія насажденія.

Французскій текстъ Швейцарскаго Гражданскаго Уложенія передаетъ нѣмецкій терминъ „Baurecht“ словами „droit de superficie“, допускающими болѣе обширный фактический составъ, чѣмъ „Baurecht“; еще болѣе большая разница между названными текстами Швейцарскаго Гражданскаго Уложенія существуетъ въ отношеніи вопроса о томъ, кто можетъ установить право застройки; нѣмецкій текстъ гласитъ: „Ein Grundstück kann mit der Dienstbarkeit belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten“, тогда какъ французскій текстъ этой статьи читается такъ: „Le propriétaire peut établir en faveur d'un tiers une servitude lui conférant le droit d'avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds grevé, soit au-dessous“. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907, Ausgabe in den drei Nationalsprachen, Bern 1908, Art. 679.

²⁾ Только Lau, Die rechtliche Stellung des Erbbauberechtigten, Leipzig 1904, высказывается за допустимость и по германскому праву установленія права застройки, предметомъ содержанія коего являются деревья, основываясь на § 1013 Уложенія. Срв. *Motive*, Bd. III, стр. 470.

еще римское название „superficies“, „суперфициарное право“, то новыя законодательства оперируют уже новымъ терминомъ „право застройки“ („Baurecht“ или „Erbbaurecht“), изъ самаго названія коего слѣдуетъ, что содержаніемъ названнаго права можетъ быть пользованіе чужой землей только какъ *строительной площадью*.

Подобно римскимъ источникамъ, новыя законодательства ближайшихъ указаній о содержаніи понятія „строеніе“ (Bauwerk) не даютъ, чѣмъ обусловливается спорность этого понятія и въ современной литературѣ и въ судебной практикѣ. Важнымъ является здѣсь то, что всѣ западно-европейскія законодательства при опредѣленіи содержанія права застройки пользуются словомъ *строеніе* (Bauwerk, construction, costruzione), а не словомъ *домъ* (Gebäude, maison, abitatione), откуда слѣдуетъ, что по современному праву предметомъ содержанія права застройки хотя и не является все, что находится на поверхности земли (superficies), но, съ другой стороны, этимъ предметомъ можетъ быть далеко не одинъ только *жилой домъ*, а и *строеніе вообще*; но можетъ ли быть имъ *всякое* строеніе?

Такъ какъ законодательства не даютъ никакихъ ближайшихъ указаній относительно употребляемаго ими понятія „строеніе“, иными словами, *не ограничиваютъ этого понятія* никакими спеціальными правилами, то нужно признать, что поставленный вопросъ разрѣшается содержаніемъ понятія строенія въ общеупотребительномъ значеніи этого слова. Только одно ограниченіе указываютъ здѣсь новыя законодательства¹⁾: содержаніе права застройки не можетъ имѣть своимъ предметомъ *части дома*²⁾.

¹⁾ Герм. Гражд. Уложение, § 1014, Wieland, у. с., стр. 267 и 9, Австрійскій законъ о правѣ застройки, § 1 п. 3, Motive zum B. G. B., Bd. III, стр. 470 п. 1.

²⁾ Однако, мѣстное право многихъ отдѣльныхъ государствъ Германіи признаетъ институтъ поземной собственности, которая въ иныхъ мѣстностяхъ достигаетъ и теперь довольно широкаго распространенія—Е. Г. zum B. G. B., Art. 182, Reinicke у. с., стр. 56 и слѣд. См. выше, стр. 21 прим. 2 и стр. 23 прим. 1.

Что же разумѣется подъ словомъ „строеніе“?

Германскій имперскій судъ такъ опредѣляетъ это понятіе: „Eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“¹⁾, въ другомъ рѣшеніи²⁾ Рейхсгерихтъ даетъ такое опредѣленіе: „Bauwerk ist ein selbstständiges, von Menschenhand errichtetes, mit Grund und Boden fest verbundenes Werk“, т. е. *всякая недвижимая вещь, созданная руками человека, представляющая собою самостоятельное цѣлое и прочно съ землею связанная*, на примѣръ—жилой домъ, фабрика, заводъ, памятникъ, вѣдучъ, желѣзнодорожное полотно, туннель, мостъ, водопроводъ и т. д. и т. д.

Но въ частности:

1. Можетъ ли быть предметомъ содержанія права застройки *погребъ*?

Господствующее мнѣніе (Waechter, Dernburg, Windscheid) защищаетъ допустимость суперфициарнаго права, содержаніемъ коего было бы право имѣть погребъ; въ общемъ правѣ это постоянно признавалось практикой³⁾.

Вопросъ этотъ съ точки зрѣнія новыхъ законодательствъ разрѣшается неодинаково въ зависимости отъ характера хозяйственного значенія погреба: если по своей технической конструкции погребъ представляетъ собою *несамостоятельную часть дома*, онъ не можетъ быть предметомъ содержанія права застройки; но если погребъ выстроенъ какъ самостоятельное, отдѣльное цѣлое сооруженіе, какъ это дѣлается въ Швейцаріи и горныхъ частяхъ Германіи и Австро-Венгрии (Felsenkeller), тогда нужно его считать возможнымъ предметомъ содержанія права застройки⁴⁾.

¹⁾ R. G. in Civils., Bd. Z. LVI, стр. 43.

²⁾ R. G. in Strafsachen, Bd. XXX стр. 238.

³⁾ R. G. in Civils., Bd. VII, стр. 145.

⁴⁾ Silberschmidt, Das Recht an Keller въ Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 69, стр. 409 и слѣд., Wittmaack, у. с., стр. 20, Reinhardt, у. с., стр. 30, Biermann, у. с., объясн. къ § 1014, Maenner, у. с., § 30 прим. 9, Meyer (Gustav), Die Gleichstellung des Erbbaurechts mit den Grundstücken nach dem Bürg. Gesetzbuche, стр. 16, Rostock 1909.

2. Спорно, можно ли имѣть на правѣ застройки *фамильный склепъ*?

Понятіе строенія онъ выполняетъ, но большинство авторовъ отрицаютъ поставленный вопросъ въ виду того, что, по общему правилу, фамильный склепъ долженъ быть *неотчуждаемъ*¹⁾.

3. Господствующее мнѣніе требуетъ для понятія „строе- ніе“ наличности прочной связи съ землею²⁾; напротивъ, нѣ- которые авторы³⁾ считаютъ возможнымъ предметомъ со- держанія права застройки телефонныя, телеграфныя и иныя *сооруженія, только проходящія черезъ земельный участокъ*, но не находящіяся ни на его поверхности, ни подъ нею.

1) Такъ, *Biermann*, у. с., объясн. къ § 1012, *Oberneck*, у. с.; § 75, *Rei- nicke*, у. с., стр. 84. Срв. *Weyl*, Vorträge über das Bürgerliches Gesetzbuch, II, стр. 72.

2) *Waechter*, у. с., стр. 49: „Zulässiger Gegenstand eines Superficiar- rechtes ist ein *Gebäude jeder Art*, welches mit dem Boden *in feste Cohärenz gebracht ist* (also nicht Buden Schilderhäuser, Zelte und dergl., welche nicht dem Boden festgebaut sind)“. Этому взгляда придерживаются: *Kretzschmar*, Einführung in das Grundbuchrecht, Leipzig 1903, B. II, стр. 226, *Staudinger*, у. с., Bd. III. Sachenrecht, Erläutert von Karl *Kober*, München 1903, стр. 282, *Wittmaack*, у. с., стр. 19. Срв. *Wolff*, у. с., стр. 82 и 91.

3) См., напримѣръ, *Planck*, у. с., объясн. къ § 1012 п. а, *Goldmann- Lillenthal*, у. с. стр. 381, *Dernburg*, P. R., Bd. III, стр. 543, *Fuchs*, у. с. Bd. I, § 1012. Взглядъ указанныхъ авторовъ повторяютъ: *Kohn*, у. с., стр. 28, *Schubert*, у. с., стр. 11, *Wirth*, у. с., стр. 17. *Wittmaack*, у. с., стр. 20, считаетъ необходимымъ придерживаться при интерпретаціи термина „строе- ніе“ исторической традиціи, не расширяя содержанія этого понятія за предѣлы, выработанные общимъ правомъ, иначе нужно будетъ признать возможнымъ установленіе на одномъ поземельномъ участкѣ цѣлаго ряда правъ застройки: на прокладку трубъ, на проводку телеграфныхъ проводовъ, на строеніе, на примычку моста; для каждаго такого права долженъ быть отведенъ особый листъ въ поземельной книгѣ, на каждое право можетъ быть установлена и ипотека; весь этотъ результатъ *Wittmaack* называетъ „*Numor oder Komik im Recht*“. „Der Ernst des Rechts“, говоритъ онъ „*schliesst eine Auslegung, die zur einem solchen Ergebnis führt, aus*“. Швейцарскую судебную практику по разсматриваемому вопросу приводитъ *Hitzig*, у. с., стр. 3 и слѣд. Къ господствующему мнѣнію примыкаетъ и *Staudinger*, у. с., объясн. къ § 1012; *Gustav Meyer*, у. с., стр. 14 и слѣд.

4. Такъ какъ строеніемъ называется нѣчто, прочно связанное съ землею, то слѣдуетъ признать, что правомочіе имѣть выложенный камнемъ *колодезь* можетъ быть содержа- ніемъ права застройки, тогда какъ артезіанскій колодезь долженъ быть исключенъ изъ числа возможныхъ пред- метовъ содержанія разсматриваемаго права¹⁾.

5. Вопросъ о томъ, можетъ ли *часть строенія* быть предметомъ содержанія права застройки, для римскаго права господствующимъ мнѣніемъ²⁾ рѣшается положительно; въ общемъ правѣ это было весьма распространеннымъ явле- ніемъ.

Напротивъ, новыя западно-европейскія законодательства прямо исключаютъ части строенія изъ числа возможныхъ объектовъ содержанія права застройки; § 1014 B. G. B. го- воритъ: „Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil *eines Gebäudes*, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig³⁾“. Впрочемъ, это ограниченіе касается части *дома*⁴⁾, а не вся- каго *строенія*, поэтому многіе авторы⁵⁾ допускаютъ уста- новленіе права застройки, предметомъ содержанія коего является, напримѣръ, часть зданія для склада машинъ, часть погребя и т. п., трактуя норму § 1014 какъ специальное

1) *Wittmaack*, у. с., стр. 19 прим. 2.

2) Въ источникахъ есть примѣръ, когда суперфициарное право пред- метомъ содержанія имѣетъ часть дома (*sepalium*) — D. XLIII 17. 3. 7. Однако, отдѣльные авторы держатся отрицательнаго мнѣнія, напримѣръ, *Schmidt*, у. с., стр. 139. *Zaun* требуетъ для признанія суперфициарнаго права на часть зданія, чтобы эта часть могла быть использована самостоятельно безъ поль- зованія прочими частями — *Zaun*, Prinzip des einheitlichen Eigentums въ Archiv f. civ. Praxis, Bd. XLIII, стр. 211 и слѣд. Срв. *Wirth*, у. с., стр. 14 и слѣд.

3) См. E. G. zum B. G. B., §§ 131, 182.

4) Русский переводъ проф. Вормса § 1014 Герм. Гражд. Уложенія не выражаетъ этого различія: оба слова „*Bauwerk*“ (1012) и „*Gebäude*“ (§ 1011) переведены однимъ терминомъ „*строеніе*“.

5) Напримѣръ, *Planck*, у. с., объясн. къ § 1014 п. 1, *Endemann*, у. с. B. II., § 97; срв. *Kretzschmar*, у. с., стр. 438, *Wittmaack*, у. с., стр. 20 прим. 3.

исключение, которое законъ дѣлаетъ въ отношеніи именно *жилыхъ домовъ*, а не всякихъ строеній ¹⁾.

Такъ какъ западно-европейскія законодательства, какъ мы видѣли, не занимаются опредѣленіемъ понятія „строеніе“, то вопросъ о томъ, подлежитъ ли въ данномъ случаѣ строеніе или нѣтъ, можетъ быть рѣшенъ путемъ толкованія разсматриваемаго понятія съ точки зрѣнія общихъ воззрѣній оборота и особыхъ обстоятельствъ конкретнаго случая.

Русскій законъ о правѣ застройки формулируетъ содержание послѣдняго такъ: „Собственникъ земельного участка можетъ *предоставить* таковой *подъ застройку* другому лицу по договору на срокъ и за вознагражденіе, обусловленные въ семъ договорѣ, согласно правиламъ, изложеннымъ въ послѣдующихъ статьяхъ“ ²⁾.

„Предоставить *подъ застройку*“, говоритъ законъ и нигдѣ не даетъ никакихъ болѣе или менѣе опредѣленныхъ указаній относительно содержанія употребленнаго въ цитированной статьѣ выраженія.

Между тѣмъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ, гдѣ законъ говоритъ о предметѣ содержанія права застройки, онъ пользуется именно словами „застройка“ ³⁾, „постройка“, „строеніе“.

¹⁾ *Biermann*, у. с., стр. 221, думаетъ, что возможность самостоятельнаго, независимаго отъ прочихъ частей дома, пользованія этажемъ или квартирой дома дѣлаетъ эту часть не отвѣчающей понятію части, о которой говоритъ § 1014 B. G. B.; его взглядъ вполнѣ раздѣляетъ *Schubert*, у. с., стр. 13, но смыслъ указанія § 1014 совершенно ясенъ: онъ говоритъ о части какъ части архитектурнаго цѣлаго и вовсе не имѣетъ въ виду *пользованія* какъ критерія для сужденія о томъ, будетъ ли этажъ частью всего зданія или нѣтъ; во всякомъ случаѣ, этажъ или иная часть дома, хотя бы пользованіе ею и представлялось возможнымъ безъ соприкосновенія съ другими частями зданія, не можетъ считаться строеніемъ („*Bauwerk*“), а право застройки имѣетъ своимъ содержаніемъ „имѣетъ строеніе („*Bauwerk*“) на чужой землѣ“ (§ 1012).

²⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 1.

³⁾ Такъ, ст. 4 закона о правѣ застройки гласитъ: „Право застройки можетъ простираться и на такую часть предоставленнаго по договору земельного участка, которая, хотя и не предназначена *подъ строеніе*, но должна

Такимъ образомъ, законъ нашъ подобно другимъ новымъ законодательствамъ, съ одной стороны, исключаетъ изъ круга возможныхъ объектовъ содержанія права застройки все, что не объемлется понятіемъ строенія, т. е. деревья, насажденія, рыбныя ловли и т. п.; съ другой—онъ нигдѣ не говоритъ, что предметомъ содержанія права застройки долженъ быть „домъ“, а всегда оперируетъ терминомъ „строеніе“, „постройка“.

Изъ словъ закона „собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой *подъ застройку*“ нужно заключить, далѣе, что содержаніемъ права застройки, съ точки зрѣнія закона, является *застройка* земельного участка. Слово же „застройка“ происходитъ отъ глагола „застраи́вать“ или „застро́ивать“, что значитъ занимать *подъ стройку* мѣсто, закрыть что-либо *строеніемъ* ¹⁾.

Если „застройка“ есть содержаніе права застройки, а предметомъ застройки является, какъ это явствуетъ изъ значенія слова „застройка“, *строеніе*, то, слѣдовательно, строеніе (синонимъ его „постройка“) есть объектъ содержанія права застройки.

Такимъ образомъ, предметъ содержанія права застройки нашъ законъ называетъ тѣмъ же словомъ, что и

служить для надобностей самой застройки“; ст. 17 говоритъ о „*постройкахъ*“, возведенныхъ застройщикомъ на землѣ, обремененной правомъ застройки; ст. 19 пользуется тѣмъ же терминомъ „*постройка*“; ст. 23 предметъ строительной дѣятельности застройщика называетъ „строеніемъ“: „Право пользоваться для возведенія и хозяйственнаго обслуживанія *строений* находящимися на участкѣ застройщика строительными матеріалами принадлежитъ застройщику, для чего послѣднему предоставляется производить работы по добычѣ сихъ матеріаловъ. Застройщикъ имѣетъ право пользоваться имѣющеюся на этомъ участкѣ водою, а также въ его предѣлахъ устраивать колодцы и обдѣлывать родники и источники“; ст. 26 говоритъ объ обязательствахъ застройщика „произвести *постройки*“; отдѣлъ второй закона о правѣ застройки говоритъ о „*строенияхъ*“ (ст. 1, 2, 3, 4, 6, 7) и „*постройкахъ*“ (ст. 4, 5, 6).

¹⁾ *Даль*, Толковый словарь, т. I стр. 662; т. III стр. 357.

новѣйшія законодательства Запада—*строеніемъ* (Bauwerk construction).

Такъ какъ строеніе есть „*всякое зданіе, все что выстроено или построено*“¹⁾, т. е. понятіе болѣе широкое, чѣмъ слово домъ²⁾, какъ строеніе для жилья, то предметомъ содержанія права застройки и по нашему закону нужно признать *всякое зданіе*.

Отвѣчаетъ ли этому понятію *часть зданія*, напримѣръ, этажъ?

Всякое зданіе, какъ это слѣдуетъ изъ вышеуказаннаго смысла этого термина, представляетъ собою технически самостоятельное цѣлое, *часть зданія*, поэтому, не выполняетъ понятія строенія или зданія. Конечно, возможно одно зданіе раздѣлить капитальной стѣною и этимъ изъ одного сдѣлать два зданія, но тогда каждое новое не будетъ частью прежняго, а самостоятельнымъ строеніемъ, цѣлымъ. Отсюда надобно заключить, что, хотя въ нашемъ законѣ и нѣтъ особой нормы, воспреещающей установленіе права застройки, предметомъ содержанія коего была бы часть зданія, все же нужно признать это недопустимымъ и по нашему праву.

Съ другой стороны, въ понятіе строенія входитъ непременно представленіе о *застроеніи*, занятіи строеніемъ той или другой части поверхности или почвы земли, безъ какового не можетъ быть рѣчи о застройкѣ, поэтому нужно полагать, что электрическія, телеграфныя и телефонныя сооруженія предметомъ содержанія права застройки быть не могутъ, если они не выполняютъ указаннаго элемента понятія строенія.

¹⁾ Даль, Толк. словарь, т. IV стр. 350, т. I стр. 697. Зданіемъ являются, напримѣръ, домъ, хоромы, палаты, дворецъ, храмъ, казарма, заводъ и проч.

²⁾ Тамъ-же, т. I стр. 479.

Впрочемъ, нужно имѣть въ виду, что понятіе строенія и застройки никакого отношенія къ *юридической терминологіи* не имѣетъ и точно опредѣляться можетъ только техникой и воззрѣніями оборота¹⁾.

¹⁾ Такъ какъ нашъ законъ о правѣ застройки не даетъ никакихъ поясненій понятія застройки, то возникающіе отсюда вопросы относительно отдѣльныхъ конкретныхъ примѣровъ застройки могутъ разрѣшаться на основаніи вышензложенныхъ общихъ соображеній.

Г Л А В А IV.

Юридическое положеніе строеній земельного участка, обремененнаго правомъ застройки. — Право собственности на суперфициарное зданіе. — Право застройки и строеніе, воздвигнутое на чужой землѣ застройщикомъ. — Правовая судьба строеній по прекращеніи права застройки.

Строеніе, возведенное на обремененномъ правомъ застройки земельномъ участкѣ, представляетъ собою центръ всѣхъ интересовъ, защищаемыхъ правомъ застройки. Строеніе—это та меліорация земельного участка, ради которой собственникъ рѣшается обременить его на десятки лѣтъ вещнымъ правомъ, почти поглощающимъ матеріальное содержаніе собственности, правильно надѣясь получить ту же землю по прекращеніи права застройки, возросшей въ нѣсколько разъ въ своей мѣнливой цѣнности; строеніе—это та цѣль, ради которой малообеспеченные классы населенія стремятся при помощи права застройки наилучшимъ образомъ разрѣшить квартирный вопросъ въ смыслѣ удовлетворенія здоровой потребности имѣть собственный домъ; строеніе—это тотъ базисъ, на которомъ покоится кредитъ застройщика и его реальное обезпеченіе; наконецъ, строеніе представляетъ собою ту строительную единицу, совокупностью которыхъ выполняется общій планъ благоустройства городовъ, гдѣ родится, живетъ и дѣйствуетъ значительнѣйшая часть современнаго культурнаго человѣчества.

Вполнѣ понятно, поэтому, что среди вопросовъ права застройки наиболѣе важнымъ и сложнымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и наиболѣе спорнымъ, является вопросъ о правовомъ положеніи строеній земельного участка, обремененнаго правомъ застройки.

Кто является собственникомъ строеній земельного участка, обремененнаго правомъ застройки? движимое или недвижимое имущество представляютъ собою эти строенія? въ чью собственность поступаетъ строеніе, возведенное застройщикомъ на мѣстѣ погибшаго? строеніе, возведенное застройщикомъ вопреки условіямъ договора объ установленіи права застройки, можетъ ли принадлежать застройщику? въ какомъ отношеніи находится строеніе къ праву застройки? можетъ ли застройщикъ отчуждать принадлежащіе ему строенія отдѣльно отъ права застройки? какова правовая судьба строеній по прекращеніи права застройки? можетъ ли собственникъ земли по прекращеніи права застройки требовать оставленія строеній застройщика въ свою пользу за возмѣщеніе, равное стоимости строительныхъ матеріаловъ? отвѣчаютъ ли строенія по ипотекамъ и другимъ обремененіямъ права застройки?—вотъ вопросы, разрѣшеніе которыхъ даетъ въ результатѣ общую характеристику правового положенія строеній земельного участка, обремененнаго правомъ застройки¹⁾.

1. Въ предшествующей главѣ мы установили, что объектомъ права застройки является не зданіе, а земельный участокъ; отсюда слѣдуетъ, что принадлежность права застройки данному лицу опредѣляетъ его правомочія въ отношеніи къ земельному участку, но не разрѣшаетъ вопроса о томъ, кто является собственникомъ строенія, воздвигнутаго на обремененномъ правомъ застройки земельномъ участкѣ.

Обратимся теперь къ анализу указаннаго вопроса.

Начало приращенія, въ силу коего домъ и всякое иное строеніе, воздвигнутое на землѣ или подъ ея поверхностью и прочно съ нею соединенное, дѣлается составной частью поземельнаго участка, раздѣляя его юридическую судьбу (*superficies solo cedit*), было, какъ мы видѣли²⁾, въ

¹⁾ Одинъ изъ указанныхъ вопросовъ—вопросъ объ отношеніи права на строенія къ вещнымъ обремененіямъ права застройки не подлежитъ разсмотрѣнію въ настоящемъ мѣстѣ, такъ какъ ему отводится ниже особая глава.

²⁾ См. выше, стр. 7 и слѣд.

римскомъ правѣ правиломъ, не допускавшимъ никакихъ исключеній; принципъ этотъ настолько проникалъ поземельныя отношенія въ Римѣ, что позднѣйшіе романисты считали это правило не нормой позитивнаго римскаго права, а требованіемъ юридической логики, обязательнымъ для всякой правовой системы ¹⁾).

Въ силу указаннаго начала строеніе, воздвигнутое на землѣ, обремененной суперфициарнымъ правомъ, становилось составной частью послѣдней, совершенно независимо отъ того, построилъ ли его самъ собственникъ земли, суперфициарій или кто-либо другой, возведено ли оно изъ собственныхъ матеріаловъ застройщика или чужихъ, дѣйствовалъ ли застройщикъ bona fide или нѣтъ, управомоченъ ли былъ на застройку или строилъ безъ всякаго юридическаго основанія,—во всѣхъ случаяхъ возведенное строеніе, какъ составная часть земли, дѣлалось объектомъ права собственности того, кто былъ собственникомъ земли.

¹⁾ Домъ, говорятъ, не мыслимъ безъ земли, послѣдняя есть необходимое условіе его существованія; „домъ“ есть понятіе, заключающее въ себѣ и землю и постройку какъ одно неразрывное цѣлое; право видѣть въ этомъ единствѣ отношеніе главной вещи и ея составной части; главной является земля, строеніе—ея составная часть, акцессія—*jus soli sequitur aedificium*; это положеніе для римскихъ юристовъ являлось само собою разумѣющимся правиломъ естественнаго права. Но, въ дѣйствительности, прочная связь строенія съ землею не является критеріемъ юридическимъ, съ другой стороны, она вовсе не ведетъ необходимо къ положенію, что строеніе есть составная часть земли, на коей она стоитъ; совершенно возможнымъ представляется и обратное положеніе, что земля есть часть строенія; экономически всѣ случаи не могутъ имѣть одинаковаго значенія: въ однихъ строеніе по своему значенію будетъ главной вещью, а земля составной ея частью, въ другихъ, главной будетъ земля, а строеніе—частью; законодатель совершенно свободно можетъ установить, какъ общее правило, любое изъ двухъ указанныхъ началъ и, во всякомъ случаѣ, можетъ установить это начало лишь въ значеніи общаго правила, допускающаго исключенія, какъ это мы видимъ въ новыхъ законодательствахъ. Анализъ возраженій *Bechmann'a* и *Degenkolb'a* противъ безусловности начала приращенія въ римскомъ правѣ см. у *Waechter'a* § 1 стр. 10 прим. 1.

Такимъ образомъ, для римскаго права вопросъ о правовомъ характерѣ суперфициарнаго зданія разрѣшался совершенно просто: во всѣхъ случаяхъ оно принадлежало собственнику земли, и всякое распоряженіе, касающееся земельного участка, охватывало и суперфициарное зданіе.

Напротивъ, законодательства новыхъ народовъ ¹⁾ знаютъ начало приращенія лишь какъ общее правило, допускающее значительныя исключенія.

Германское Гражданское Уложеніе прямо указываетъ, что „къ составнымъ частямъ земельного участка не принадлежатъ строенія или другія сооруженія, возведенныя управомоченнымъ лицомъ въ осуществленіе права на чужую недвижимость“ ²⁾.

Французское право еще рѣшительнѣе выражаетъ относительный характеръ принципа приращенія, допуская дѣйствіе его лишь постольку, постольку не доказано, что сооруженія, насажденіе и работы на поверхности или въ нѣдрахъ земли произведены не собственникомъ земли и не за его счетъ ³⁾.

Наше дѣйствующее законодательство также знаетъ принципъ приращенія, какъ общее правило въ разрѣшеніи вопроса о правѣ собственности на строеніе, возведенное на чужой землѣ ⁴⁾, но и въ немъ этотъ принципъ не имѣетъ абсолютнаго значенія, а, напротивъ, создаетъ лишь законное предположеніе въ пользу собственника земли, вполне допуская

¹⁾ См. выше, стр. 23 и слѣд., 32 и слѣд.

²⁾ В. Г. В., § 95.

³⁾ См. выше, стр. 32 и слѣд.

⁴⁾ Ст. 386 т. X ч. 1. Ст. 529 по Изд. 1842 г. болѣе ясно выражала рассматриваемое начало: „кто безъ всякаго правильнаго укрѣпленія завладѣлъ чужою землею и оную застроилъ, тотъ лишается вмѣстѣ съ землею и заведеннаго имъ строенія въ пользу законнаго владѣльца безъ всякаго вознагражденія“. См. еще ст. 424, 514 т. X ч. 1 изд. 1900 г. и ст. 728 т. X ч. 1, изд. 1887 г. Проф. Л. Кассо, у. с., стр. 34 и слѣд.

возможность принадлежности строения въ собственность строителю ¹⁾.

Если, такимъ образомъ, право застройщика „имѣть“ на чужой землѣ строеніе въ Римѣ всегда означаетъ, какъ въ отношеніи къ землѣ, такъ и въ отношеніи къ зданію, только и единственно *право въ чужой вещи* (*jus in re aliena*), то, напротивъ, съ точки зрѣнія новыхъ законодательствъ относительность принципа приращенія дѣлаетъ отвѣтъ на вопросъ, кто является собственникомъ строения, возведеннаго на чужой землѣ, не всегда одинаковымъ.

Западные законодательства, какъ мы видѣли, формулируютъ содержаніе права застройки словами „имѣть строеніе на чужой землѣ“; не указываетъ ли эта формула, что собственникомъ строения является застройщикъ?

Если бы „имѣть“ означало здѣсь только и исключительно „имѣть въ собственность“, то тогда не было бы у законодателя никакихъ основаній въ пользу принятаго имъ выраженія, онъ, несомнѣнно, выразился бы „имѣть въ собственность“. Но законъ этого не сдѣлалъ, поэтому подъ выраженіемъ „имѣть“ нужно признать болѣе широкое значеніе; болѣе того, указанное выраженіе вовсе не имѣетъ въ виду разрѣшать вопросъ о правѣ собственности на строеніе, а лишь формулируетъ сущность содержанія права застройки; оно предполагаетъ возможность *двухъ случаевъ* установленія

¹⁾ Дома, построенные на казенной землѣ государственными крестьянами, признаются недвижимымъ имуществомъ послѣднихъ—319 ст. 2 ч. XII т. Св. Зак. См. *Побѣдоносцевъ*, у. с., I, стр. 35; строенія чиншевика; указаніе ст. 1706 т. X ч. I и вообще случаи, когда особое соглашеніе строителя и собственника земли устраняетъ дѣйствіе принципа приращенія. „Что касается права на зданіе“, говоритъ объ этихъ случаяхъ Проф. Л. Кассо, „то здѣсь замѣтно (въ отличіе отъ римскаго права) *расположеніе закона считать собственникомъ зданія строителя* во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ приращеніе въ пользу вотчинника, которое должно было наступить вслѣдствіе ст. 386, исключено или договоромъ аренды или отдѣльнымъ соглашеніемъ вообще“—у. с. стр. 39, См. еще Рѣш. Г. К. Д. С. 1882 г. № 60.

послѣдняго, въ которыхъ правовое положеніе строеній представляется существенно различнымъ: а) *первый случай, когда зданіе при установленіи права застройки уже существуетъ* и, какъ *составная часть* поземельнаго участка, *принадлежитъ собственнику послѣдняго* ¹⁾; такъ какъ составная часть земельного участка ²⁾ не можетъ быть самостоятельнымъ объектомъ отдѣльныхъ правъ, то вслѣдствіе установленія права застройки никакихъ измѣненій въ правѣ собственности на строенія произойти не можетъ ³⁾, оно во всѣхъ случаяхъ раздѣляетъ юридическую судьбу земельного участка ⁴⁾.

Въ разсматриваемомъ случаѣ, который можетъ быть общимъ правиломъ лишь при значительномъ распространеніи права застройки, все право застройщика „имѣть“ строеніе на чужой землѣ сводится по существу къ правомочіямъ римскаго суперфициарія; застройщику принадлежитъ здѣсь только *jus in re aliena*—право владѣть и пользоваться землею

¹⁾ В. Г. В., §§ 93, 94, Motive, B. III, 469, 473, *Pesl*, у. с., стр. 96, *Wittmaack*, у. с., стр. 61 и слѣд., *Turnau-Förster*, у. с., I, 437, *Planck*, у. с., изд. 1906 г., стр. 350, *Staudinger*, у. с., Bd. III, стр. 282, *Biermann*, у. с., стр. 22, *Endemann*, у. с., изд. 1900 г., стр. 380, *Strohal*, у. с., въ *Ihering's Jahrbüchern f. d. Dogmatik des deutschen Rechts*, Bd XXXVIII, стр. 35.

²⁾ Въ силу § 93 В. Г. В.

³⁾ *Ennecerus-Lehmann*, у. с., Marburg 1910, Bd. II стр. 222, высказываетъ мнѣніе, что установленіе права застройки на застроенномъ участкѣ имѣетъ своимъ слѣдствіемъ переходъ права собственности на строеніе на застройщика. На это нужно сказать, что Герм. Гражд. Уложеніе не знаетъ такого способа пріобрѣтенія права собственности на строенія; съ другой стороны, строеніе до установленія права застройки представляетъ собою составную часть земельного участка и потому объектомъ отдѣльныхъ правъ, а въ томъ числѣ и права собственности, быть не можетъ (В. Г. В., § 94); Motive, Bd. III стр. 469, 473.

⁴⁾ Возможность установленія права застройки на застроенномъ уже земельномъ участкѣ оспариваютъ тѣ, кто подъ „имѣть“ разумѣютъ только „имѣть въ собственность“. Такъ, *Fuchs*, у. с., 1892, Bd. I, стр. 265 объясн. къ § 1012; критику его взгляда даетъ *Oertmann*, у. с., стр. 186. Мысль Фукса развиваетъ еще *Delitzsch*, *Erbaurecht und Bauwerk*, Mannheim-Leipzig 1912, стр. 23 и слѣд., считая изложенный въ текстѣ взглядъ неправильнымъ въ виду того, что онъ ведетъ будто бы къ признанію за строеніемъ значе-

со строеніемъ ¹⁾; „имѣть“ въ данномъ случаѣ отнюдь не означаетъ „имѣть въ собственность“.

Такимъ же положеніе вещей представляется и тогда, когда собственникъ земли возводитъ за свой счетъ и отъ своего имени постройки уже послѣ установленія права застройки, или когда постройки возводятся за счетъ и отъ имени послѣдняго третьимъ лицомъ или застройщикомъ.

Такъ какъ строеніе является въ разсматриваемомъ случаѣ составной частью земельного участка и, какъ таковая, не можетъ быть предметомъ особыхъ правъ, то передача строенія въ собственность застройщика при установленіи права застройки представляется невозможной ²⁾.

Вслѣдствіе прекращенія права застройки совершается консолидація собственности; на сторонѣ застройщика прекращается не только право на поземельный участокъ, но и всякое право на строеніе.

ния объекта права застройки и къ выводу, что съ гибелью строенія прекращается право застройки, что стоитъ въ противорѣчій съ яснымъ указаніемъ закона — § 1016 В. Г. В. Однако, мы уже подчеркнули, что объектомъ права застройки является земельный участокъ независимо отъ того, находится ли на немъ строеніе или нѣтъ; посему признаніе за строеніемъ значенія составной части земельного участка вовсе не ведетъ къ заключенію, что зданіе *само по себѣ, отдѣльно отъ* земли является объектомъ права застройки. Другое основаніе взгляда Делича заключается въ томъ, что право застройки—право пользованія земельнымъ участкомъ какъ строительной площадью („als Träger eines Bauwerks“)—необходимо предполагаетъ право собственности на строеніе на сторонѣ управомоченнаго; однако, единственнымъ основаніемъ для такого утвержденія является неправильное отождествленіе термина имѣть съ „имѣть въ собственность“; право застройки есть право на землю и нисколько, съ точки зрѣнія своего объекта, не обуславливается правомъ на строеніе.

¹⁾ Срв. Kretzschmar, у. с., объясн. къ § 1016, Salomon, у. с., стр. 21 и слѣд.

²⁾ Staudinger, у. с., 1907, Bd. I объясн. къ §§ 93 и 1012. Иного мнѣнія Oberneck, у. с., Bd. I стр. 609. Срв. еще Wittmaack, у. с., стр. 61; Moers, Die Rechtsverhältnisse des Erbbauhauses, Leipzig 1910, стр. 20 и слѣд.

Возможно, что существующее при установленіи права застройки строеніе воздвигнуто не собственникомъ земли, а третьимъ лицомъ, напримѣръ, пользователемъ въ осуществленіе вещнаго ¹⁾ права на поземельный участокъ; такъ какъ строеніе въ этомъ случаѣ не дѣлается составною частью послѣдняго и собственностью того, кому принадлежитъ земля, и такъ какъ, съ другой стороны, пользователь не можетъ распорядиться земельнымъ участкомъ, то установленіе права застройки въ данныхъ условіяхъ нужно признать невозможнымъ.

Разсмотрѣнный случай установленія права застройки на застроенномъ участкѣ представляется возможнымъ по западно-европейскому праву; нашъ законъ о правѣ застройки ²⁾ предполагаетъ, какъ мы видѣли, предоставленіе земельного участка „подъ застройку“, т. е. лишь

б) *второй случай*, когда право застройки устанавливается на незастроенномъ земельномъ участкѣ и строеніе возводится застройщикомъ. Здѣсь дѣйствіе принципа приращенія устраняется договоромъ, устанавливающимъ на сторонѣ застройщика вещное право на поземельный участокъ, содержаніе коего—имѣть строеніе на чужой землѣ; въ осуществленіе этого права in re aliēna застройщикъ возводитъ строеніе на чужой землѣ; такъ какъ дѣйствіе начала приращенія отмѣнено, строеніе не дѣлается составной частью земельного участка ³⁾: оно остается только въ фактической связи

¹⁾ Господствующее мнѣніе полагаетъ, что по Герм. Гражд. Уложенію только вещное право исключаетъ дѣйствіе принципа приращенія—Planck, у. с., Bd. I стр. 133, Staudinger, у. с., Bd. I стр. 232, Turnau-Förster, у. с., 1902 г. стр. 26; напротивъ, Crome, у. с., Bd. I стр. 28¹⁾, Endemann, у. с., Bd. I стр. 235 (изд. 1903 г.), Eck, у. с., стр. 102, включаютъ сюда наемъ и аренду.

²⁾ Законъ о правѣ застройки 23 іюня 1912 г., ст. 1. Напротивъ, новѣйшій законъ о правѣ застройки—австрійскій, подобно Герм. Гражд. Уложенію, предполагаетъ возможность и выше разсмотрѣннаго случая.—См. § 1 закона и Bericht d. Kom. f. Just., стр. 6.

³⁾ Герм. Гражд. Уложеніе прямо это указываетъ въ § 95; строеніе здѣсь является, какъ выразился Zitelmann, у. с., стр. 79: „nur ein scheinbares Bestandteil“.

съ земель, получаетъ самостоятельность и вступаетъ въ оборотъ какъ особый, юридически не связанный съ землею объектъ права—*чего?*

Если бы дѣйствіе принципа приращенія не было здѣсь устранено, строеніе принадлежало бы собственнику земли, устраненіе же названнаго принципа исключаетъ право собственности *въ лицѣ собственника земли*; строеніе въ силу этого остается объектомъ права собственности того лица, которое было бы собственникомъ строенія, если бы не существовало фактическаго предположенія права застройки, т. е. если бы строеніе не находилось на чужой землѣ. Этимъ лицомъ является *строитель*¹⁾, поскольку онъ не возводитъ строенія, лишь выполняя подрядъ третьяго лица или собственника земли. Конечно, не требуется для указаннаго результата, чтобы застройщикъ самъ лично возводилъ строеніе; достаточно, чтобы оно возводилось по порученію застройщика.

Если строеніе возводится третьимъ лицомъ безъ порученія, но еще до окончанія одобряется застройщикомъ, какъ дѣйствіе, согласное съ его волей, то нужно признать, что и въ этомъ случаѣ воздвигнутое строеніе поступаетъ въ собственность застройщика²⁾; напротивъ, возведеніе строенія третьимъ лицомъ безъ порученія и безъ одобренія со стороны застройщика дѣлаетъ выстроенное составною частью земли, право собственности на каковую принадлежитъ собственнику послѣдней.

Что право застройщика на строеніе не ограничивается правомъ пользованія и владѣнія, которое ему принадлежитъ въ отношеніи къ земельному участку, это прямо въ законѣ выражено: согласно ст. 19 п. 1 закона о правѣ застройки, прекращеніе права застройки не влечетъ за собою прекращенія права на строенія—застройщикъ *имѣетъ право ко времени прекращенія* права застройки *снести возведенныя имъ по-*

¹⁾ Salomon, у. с., стр. 9 и слѣд.

²⁾ Wolff, В. а. f. G., стр. 77, также Schubert, у. с., стр. 19.

стройки, чего бы не могло быть, если бы съ прекращеніемъ права застройки прекратилось и право на строенія.

Впрочемъ, и безъ такого прямого указанія закона о правѣ застройки нужно было бы прійти къ признанію за застройщикомъ права собственности на воздвигнутое строеніе, такъ какъ не только вещно управомоченному на застройку чужой земли, но *всякому добросовѣстному владѣльцу* принадлежить, по нашему праву, *jus tollendi*¹⁾ или требованіе вознагражденія за всѣ постройки, имъ произведенныя для пользы хозяйства.

Въ виду наличности такого общаго начала въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ указаніе ст. 386 т. X ч. 1, что строенія являются принадлежностью земли, какъ правильно поясняетъ Сенатъ, должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что „въ силу самаго закона, строенія, какъ принадлежность земли, *предполагаются* собственностью ея владѣльца“²⁾, иными словами, доказательство противнаго представляется вполне возможнымъ³⁾. Посему въ ст. 386 т. X ч. 1 нѣтъ никакого препятствія для признанія за застройщикомъ права собственности на возведенное имъ строеніе.

Къ этому же заключенію приводятъ и тѣ указанія закона, въ которыхъ заключается прямое признаніе права собственности на постройки, возведенныя на чужой землѣ, за строителемъ; сюда относятся указанія, касающіяся строеній, воздвигнутыхъ бывшими государственными крестьянами на казенной землѣ⁴⁾, строеній чиншевиновъ⁵⁾, каменныхъ лавокъ, возводимыхъ купцами на нижегородской ярмаркѣ на

¹⁾ Въ силу ст. 611, 622, 628 т. X ч. 1.

²⁾ Р. Г. К. Д. Сената 1873 г. № 1387; 1874 г. № 136; 1880 г. № 192; 1896 г. № 102.

³⁾ Тамъ же 1873 г. № 1387, 1881 г. № 113, 1894 г. № 76.

⁴⁾ Св. Зак., т. XII ч. 2, Уставъ о благоустройствѣ въ казенныхъ селеніяхъ, ст. 319.

⁵⁾ См. Проф. Л. Кассо, Зданія на чужой землѣ, стр. 34 прим. 134.

казенной землѣ¹⁾, наконецъ, оброчные владѣльцы во многихъ случаяхъ закономъ признаются собственниками возведенныхъ ими строеній²⁾; даже за лицами, застроивающими чужую землю на основаніи простого обязательственного права на пользованіе послѣдней, законъ, повидимому, склоненъ признать право собственности на возведенныя ими постройки³⁾.

Болѣе того, нѣкоторые постановленія нашего законодательства содержатъ въ себѣ положенія, единственное назначеніе коихъ указать, что возможно и обратное, т. е. возможно, чтобы строенія, воздвигнутыя на нанятой землѣ не собственникомъ, а нанимателемъ, становились собственностью не послѣдняго, а перваго, иными словами, чтобы договоръ найма не исключалъ дѣйствія принципа приращенія. Такова, повидимому, цѣль дозволенія ст. 1697 т. X ч. 1: „Дворовыя, лавочныя, мельничныя и прочія, предназначенныя для хозяйственныхъ заведеній, мѣста могутъ быть отдаваемы въ наемъ или содержаніе изъ выстройки, на счетъ наемщика, съ тѣмъ, чтобы онъ въ теченіе условленнаго числа лѣтъ пользовался выстроеннымъ зданіемъ, а по прошествіи срока все выстроенное поступило бы въ собственность хозяина“. Повидимому, для наступленія указаннаго послѣдствія законъ требуетъ особаго о томъ соглашенія; при отсутствіи же такового строитель, какъ добросовѣстный владѣлецъ, имѣетъ *jus tollendi*.

Таковы, далѣе, правила о порядкѣ отдачи участковъ казенныхъ земель въ оброчное содержаніе для устройства дачъ⁴⁾, устанавливающія, что по окончаніи договора на оброчное содержаніе участка всѣ строенія, возведеніе коихъ предусматривалось договоромъ, переходятъ въ собственность казны безъ всякаго вознагражденія, тѣ же, напротивъ, стро-

¹⁾ Св. Зак., т. XII ч. 1, Уставъ Торговый, Приложение къ ст. 665 ст. 62.

²⁾ См. выше, стр. 43. и слѣд.

³⁾ Ст. 1706 т. X ч. 1.

⁴⁾ Св. Зак., т. VIII ч. 1, изд. 1908 г., Уставъ Оброчный.

енія, которыя возведены строителемъ безъ соглашенія съ собственникомъ земли, могутъ быть строителемъ снесены въ теченіе четырехъ мѣсяцевъ.

И авторы закона 23 іюля 1912 г. о правѣ застройки толкуютъ наше дѣйствующее право въ томъ смыслѣ, что оно вполне допускаетъ какъ принципъ приращенія, такъ и отдѣльную собственность строителя въ отношеніи къ найму, оброчному владѣнію и праву застройки. Молчаніе закона о судьбѣ построекъ по прекращеніи правъ застройки, по ихъ мнѣнію, означало бы предоставленіе сторонамъ разрѣшить этотъ вопросъ *по взаимному соглашенію*¹⁾, такъ что правило ст. 19 п. 1 закона о правѣ застройки имѣетъ лишь значеніе нормы диспозитивнаго характера²⁾.

Наиболѣе яснымъ и опредѣленнымъ образомъ вопросъ о правѣ на строеніе во время дѣйствія права застройки и по прекращеніи послѣдняго разрѣшаетъ постановленіе *австрійскаго* закона о правѣ застройки, согласно коему, застройщику во всѣхъ случаяхъ, т. е., и тогда, когда право застройки устанавливается на застроенномъ участкѣ и тогда, когда имъ

¹⁾ Докладъ по законопроекту о правѣ застройки Особой Коммиссіи Госуд. Совѣта, стр. 38.

²⁾ Серіозное значеніе опредѣленія въ самомъ законѣ юридической судьбы строеній по прекращеніи права застройки сознавали и авторы нашего закона о правѣ застройки. Вопросъ о томъ, какой принципъ долженъ быть положенъ въ основу этого опредѣленія, раздѣлил Особую Коммиссію Государственнаго Совѣта на два мнѣнія: *большинство* членовъ предполагало внести въ законопроектъ слѣдующую статью: „По истеченіи срока договора о правѣ застройки, всѣ постройки поступаютъ, безъ всякаго вознагражденія застройщика, къ собственнику земельного участка, если между сторонами не состоялось иныхъ соглашеній“. Но силу закона воспринято мнѣніе меньшинства членовъ, которое полагало, „что за застройщикомъ должно быть признано и по окончаніи срока договора право собственности на возведенныя имъ постройки“ и, поэтому, полагало, что „необходимо прежде всего установить, что застройщикъ имѣетъ право снести постройки къ истеченію срока договора и обязанъ это исполнить по требованію собственника, на что ему, очевидно, долженъ быть предоставленъ извѣстный срокъ. Далѣе, постройки, не снесенныя застройщикомъ, должны быть пред-

обременяется участок незастроенный, принадлежать въ отношеніи строенія права собственника¹⁾; по прекращеніи же права застройки право собственности на строеніе переходитъ *ipso iure* къ собственнику земли; при этомъ, если не существуетъ никакихъ указаній на этотъ счетъ въ договорѣ объ установленіи права застройки, застройщикъ получаетъ возмѣщеніе, равное $\frac{1}{4}$ наличной стоимости построекъ²⁾.

2. Въ тѣхъ случаяхъ, когда строеніе при установленіи права застройки уже существовало, оно, какъ составная часть земельного участка, раздѣляетъ правовое положеніе и судьбу послѣдняго; какъ составная часть земельного участка, оно является *недвижимой вещью*.

Когда постройка воздвигнута застройщикомъ, она не дѣлается составной частью земельного участка и вообще юридически съ нимъ не связана. Возникаетъ вопросъ, представляетъ ли она собою въ этомъ случаѣ также вещь недвижимую?

Съ точки зрѣнія права *германскаго* вопросъ этотъ представляется спорнымъ.

Такъ какъ Германское Гражданское Уложеніе всѣ вещи дѣлитъ на „движимыя вещи“ и „земельныя участки“, и такъ какъ строеніе, воздвигнутое застройщикомъ, не есть ни составная часть земельного участка, ни земельный участокъ, то многіе находятъ неизбѣжнымъ признать, что такое строеніе есть вещь движимая³⁾. Согласно съ этимъ

оставляемы въ пользу собственника земли, причемъ сей послѣдній долженъ имѣть право, если имъ было заявлено требованіе о сносѣ, на возмѣщеніе ему издержекъ по таковому. Наконецъ, въ интересахъ собственника, не желающаго получить обратно свой участокъ въ разоренномъ видѣ, необходимо предоставить ему право потребовать оставленія въ его пользу построекъ, причемъ, очевидно, онъ долженъ вознаградить застройщика соответственно той выгодѣ, которой послѣдній лишается, утрачивая право снесенія построекъ“.

¹⁾ Gesetz 26 Apr. 1912, betr. d. Baurecht, § 6 п. 2.

²⁾ Тамъ-же, § 9.

³⁾ Такого взгляда держится Reichsgericht въ рѣш. отъ 19. 9. 1903, Bd. 55 стр. 284 и отъ 23. 9. 1904, Bd. 59 стр. 21; Crome, у. с., Bd. I стр. 275 и слѣд.; Dernburg, B. R., Bd. III, изд. 1908 г., стр. 10; Cosack, у. с.,

воззрѣніемъ, цѣлый рядъ тѣлесныхъ вещей, по физической природѣ своей несомнѣнно недвижимыхъ, долженъ быть отнесенъ къ вещамъ движимымъ. Таковы, между прочимъ, всѣ дома и другія строенія, которыя возведены на чужой землѣ въ осуществленіе особаго права на нее, далѣе, всѣ сооруженія и вещи, связанныя съ почвой лишь для проходящихъ цѣлей, каковы—промышленные сады и цвѣтоводства со всевозможными строеніями при нихъ, зданія выставочныя, цирки, театры, эстрады и т. п. Признаніе означенныхъ вещей движимыми означаетъ, что къ нимъ должны быть примѣняемы нормы о вещахъ движимыхъ, но это ведетъ къ невозможному результату: къ строенію пришлось бы примѣнять, напримѣръ, нормы о кражѣ, о потерѣ, о залогѣ движимостей и т. п.

Такимъ образомъ, признаніе за всѣми этими вещами значенія вещей движимыхъ затрудняетъ ихъ оборотоспособность, а въ иныхъ случаяхъ совсѣмъ исключаетъ ихъ изъ оборота.

Выходъ отсюда въ новѣйшее время пытаются найти путемъ признанія, что Германское Гражданское Уложеніе, говоря о вещахъ движимыхъ и земельныхъ участкахъ, вовсе не хочетъ этимъ сказать, что оно не знаетъ существованія, кромѣ этихъ группъ, еще третьей группы—*вещей недвижимыхъ*, которыя не суть земельныя участки.

Это явствуетъ—говорятъ защитники этого новаго воззрѣнія—уже изъ того, что законъ нигдѣ не утверждаетъ, что существуетъ только одинъ видъ недвижимыхъ вещей—*поземельныя участки*.

Съ другой стороны, Уложеніе, хотя и не даетъ опредѣленія движимой вещи, тѣмъ не менѣе знаетъ это понятіе,

изд. 1909 г., стр. 116 и слѣд.; Planck, у. с., изд. 1906 г., Bd. III стр. 4; Turnau-Förster, у. с., изд. 1900 г., Bd. I стр. 12 и слѣд.; Wittmaack, у. с., стр. 62; другихъ авторовъ указываетъ Albrecht, у. с., стр. 17 и слѣд. и Moers, у. с., стр. 69 и слѣд.

но понятіе вещи движимой логически предполагаетъ понятіе вещи недвижимой.

Невозможно, однако, понятію движимой вещи противопоставлять понятіе земельного участка, ибо послѣдній есть лишь видъ недвижимыхъ вещей. Такимъ образомъ, логически необходимо признать, что Уложеніе, кромѣ вещей движимыхъ и земельныхъ участковъ, знаетъ еще и вещи недвижимыя.

Въ пользу новаго ученія о принадлежности этихъ т. наз. *только кажущихся составныхъ* частей земельного участка къ вещамъ недвижимымъ приводятъ еще слѣдующія основанія.

Всѣ согласны въ томъ—говорятъ—что въ основѣ дѣленія вещей въ Германскомъ Гражданскомъ Уложеніи на поземельные участки и движимыя вещи лежитъ представленіе о различіи физической природы ихъ; но если это такъ, то необходимо признать, что большинство вещей § 95-го суть вещи недвижимыя; представленіе о нихъ какъ о вещахъ движимыхъ противорѣчитъ принятому Уложеніемъ понятію о вещи движимой.

Невозможно же, въ самомъ дѣлѣ, съ точки зрѣнія правового положенія одинаково трактовать строеніе, которое возводитъ застройщикъ на чужой землѣ, и кустъ розы, посаженный имъ предъ этимъ строеніемъ. Если Уложеніе не предусмотрѣло изучаемой группы вещей, то этотъ пробѣлъ закона долженъ быть заполненъ юриспруденціей. Для разрѣшенія же этой задачи необходимо въ указанной группѣ вещей, не отвѣчающихъ понятію земельного участка, различать вещи *движимыя* и *недвижимыя*. Такъ какъ, однако, законъ самъ не даетъ понятія движимой вещи, то нужно конструировать его согласно общему смыслу положеній Гражданскаго Уложенія и воззрѣніямъ оборота.

Съ точки зрѣнія указанныхъ отправныхъ пунктовъ движимой вещью нужно признать всякій объектъ внѣшняго міра, который способенъ къ передвиженію безъ вреда (измѣненія) для существа своего и главнаго назначенія. Отсюда неизбеженъ выводъ, что такія вещи, какъ строеніе, возведен-

ное застройщикомъ, будетъ ли оно построено для переходящихъ цѣлей (казенныя, выставочныя зданія, циркъ) или для постоянного длительного пользованія (жилой домъ), не могутъ быть ни въ какомъ случаѣ признаны вещами движимыми, а должны быть отнесены къ недвижимымъ; къ нимъ, такимъ образомъ, должны примѣняться нормы о поземельныхъ участкахъ, поскольку этого не исключаетъ вотчинный уставъ¹⁾.

Какой родъ имуществъ представляетъ собою, *по нашему праву*, зданіе на чужой землѣ, возведенное въ силу какого-либо личнаго или вещнаго права на землю, напримѣръ, зданіе застройщика? Наши законы гражданскіе не знаютъ дѣленія тѣлесныхъ вещей на земельные участки и вещи движимыя; раздѣляя имущества на недвижимыя и движимыя²⁾, они, какъ извѣстно, не даютъ опредѣленія этихъ понятій, ограничиваясь примѣрнымъ перечнемъ указанныхъ видовъ имуществъ.

Имуществами *недвижимыми* признаются, по закону, земли и всякія угодья, дома, заводы, фабрики, лавки и всякія строенія и пустыя дворовыя мѣста, а также желѣзныя дороги³⁾.

Движимыя имущества суть: мореходныя и рѣчныя суда всякаго рода, книги, рукописи, картины и вообще всѣ предметы, относящіеся къ наукамъ и искусствамъ, домовые уборы, экипажи, земледѣльческія орудія, всякаго рода инструменты и матеріалы, лошади, скотъ, хлѣбъ сжатый и молоченный, всякіе припасы, выработанныя на заводахъ

¹⁾ *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für Streitiges Recht, 1897, стр. 37; *Ego-же*, у. с., Bd. II стр. 10; *Eck*, у. с., стр., 105 и слѣд.; *Kohler*, въ Zeitschrift für deutsches bürgerl. Recht und französisches Zivilrecht, Bd. XXX, 1901 г., стр. 47 и слѣд.; *Ego-же*, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1906, Bd. I § 202 стр. 454; *H. Meyer*, у. с.; *Staudinger*, у. с., Bd. I, объясн. къ § 95; *Moers*, у. с., стр. 74 и слѣд.; *Albrecht*, у. с., стр. 21 и слѣд.

²⁾ Св. Зак., т. X ч. 1 ст. 383.

³⁾ Тамъ-же, ст. 384.

наличныя руды, металлы и минералы, и все то, что изъ земли извлечено“ ¹⁾.

Изъ приведеннаго явствуетъ, что въ основу легальнаго дѣленія вещей на недвижимыя и движимыя положено представленіе о различіи физической природы тѣхъ и другихъ; слѣдовательно, законъ понимаетъ подъ имуществомъ недвижимымъ всякую вещь, неспособную къ передвиженію безъ поврежденія своей сущности и такого измѣненія, которое дѣлало бы ее не отвѣчающей своему назначенію.

Всякое строеніе, прочно съ землею связанное, вполне отвѣчаетъ этому понятію и потому прямо указывается въ легальномъ перечнѣ недвижимыхъ имуществъ. Ст. 384, называя „дома и всякія строенія“ имуществомъ недвижимымъ, не дѣлаетъ, при этомъ, различія между строеніями на землѣ ихъ собственника и строеніями на чужой землѣ и тѣмъ отнимаетъ возможность выключать изъ указанной въ ней группы строенія на чужой землѣ, такъ какъ это значило бы устанавливать путемъ интерпретаціи дѣленіе вещей, неизвѣстное закону.

Слѣдовательно, и въ самой легальной классификаціи вещей у насъ, въ противоположность Германскому Гражданскому Уложенію, не встрѣчается никакихъ препятствій для признанія строенія, возведеннаго застройщикомъ на чужой землѣ, имуществомъ недвижимымъ.

Недвижимымъ же имуществомъ представляются эти строенія и по *Проекту Гражданскаго Уложенія*, который также дѣлитъ имущества на движимыя ²⁾ и недвижимыя и недвижимыми почитаетъ „земли, а также строенія и сооруженія, неподвижно къ землѣ прикрѣпленныя, какъ то дома, заводы, фабрики, мосты, плотины“ ³⁾.

¹⁾ Св. Зак., т. X ч. 1, ст. 401.

²⁾ Проектъ Гражд. Уложенія, ст. 31.

³⁾ Тамъ-же, ст. 32.

Равнымъ образомъ, недвижимымъ имуществомъ считается ихъ и дѣйствующее *публичное право* ¹⁾.

Во многихъ рѣшеніяхъ Сенатъ ²⁾ также держался изложенной точки зрѣнія на рассматриваемый вопросъ, правильно полагая, что „изъ смысла статей 384 и 386 т. X ч. 1 нельзя вывести заключенія, что дома и другія строенія тогда только почитаются недвижимыми имуществами, когда право собственности, какъ на нихъ, такъ и землю, на которой они возведены, принадлежитъ одному и тому же лицу,—напротивъ того,—утверждаетъ Сенатъ—по смыслу приведенныхъ законовъ, дома и другія постройки, возведенныя на чужой землѣ, *составляютъ имущество недвижимое*“ ³⁾.

Но въ другихъ рѣшеніяхъ по частнымъ вопросамъ оборота со зданіями на чужой землѣ Сенатъ отступаетъ отъ принятаго воззрѣнія въ пользу признанія за этими зданіями характера имущества движимаго для упрощенія формы отчужденія и залога ихъ, встрѣчающихъ нѣкоторое техни-

¹⁾ Ст. 1 и 32 закона о государственномъ промысловомъ налогѣ; ст. 24 Городового Положенія.

²⁾ Рѣш. Гражд. Кас. Д. Сената 1869 г. №№ 475, 537, 1870 г. № 669, 1871 г. №№ 272, 649, 1872 г. № 1258, 1876 г. № 352, 1874 г. № 515, 1878 г. №№ 179, 2 6, 1879 г. №№ 219, 226, 1881 г. № 113. Тотъ же взглядъ Сенатъ выражаетъ и въ другой формѣ, признавая строенія движимымъ имуществомъ, и притомъ независимо отъ того, возведены ли они на собственной или чужой землѣ, *только тогда, когда строенія продаются или покупаются на словъ или сносъ*—Рѣш. Гр. Кас. Д. Сената 1879 г. № 226, 1910 г. № 48, 1877 г. № 149, 1876 г. № 127, 1875 г. № 562, 1874 г. № 159 и др. См. Проф. В. Ельшевичъ, Отчужденіе составныхъ частей земельного участка, „Право“, 1913 г. № 26.

³⁾ Историческое толкованіе ст. 384 *Анненкова*, (т. I стр. 285 и слѣд.) представляется неубѣдительнымъ, такъ какъ мнѣніе о недвижимомъ характерѣ строеній на чужой землѣ основывается не на томъ только, что указанная статья называетъ въ числѣ прочихъ недвижимыхъ имуществъ и строенія, а главнымъ образомъ на томъ, что изъ даннаго ею перечня явствуетъ, что законъ нашъ придерживается такого понятія недвижимой вещи, которое строеніе находящееся на чужой землѣ совершенно выполнять.

ческое затруднение въ Положеніи о нотаріальной части ¹⁾. Однако, признавая за ними значеніе имуществъ движимыхъ ²⁾, Сенатъ не доказываетъ неправильности противоположнаго взгляда и не устраняетъ тѣхъ техническихъ затрудненій, ради которыхъ онъ отказался отъ своего прежняго мнѣнія: съ одной стороны, нормы матеріальнаго и формальнаго гражданскаго права о вещахъ движимыхъ все же во многихъ случаяхъ не могутъ быть примѣнены къ строеніямъ на чужой землѣ въ виду того, что правила въ нихъ содержащіяся рассчитаны, по самому существу своему, именно на вещи движимыя, тогда какъ зданія на чужой землѣ не только физически, но и экономически суть недвижимыя имущества; съ другой стороны, признаніе строеній на чужой землѣ движимостью противорѣчитъ основнымъ интересамъ гражданскаго оборота—оно ведетъ къ безцѣльному уничтоженію весьма важныхъ соціально-экономическихъ цѣнностей и оставляетъ незащищенными справедливые интересы застройщика и третьихъ

Кромѣ того, то обстоятельство, что источники 384 статьи имѣли въ виду строенія на собственной землѣ никакого значенія для толкованія имѣть не можетъ въ разсматриваемомъ направленіи, такъ какъ содержаніемъ правовой нормы должно считать не то что законодатель хотѣлъ выразить въ ней, а то, что выразилъ въ дѣйствительности. То же значеніе имѣетъ ссылка защитниковъ изложеннаго въ текстѣ взгляда и на ст. 401; не то представляется важнымъ, что статья не указываетъ въ перечнѣ движимыхъ вещей строеній на чужой землѣ, а то, что перечень этотъ лишь примѣрный, т. е. его значеніе—въ томъ, что онъ даетъ вообще указаніе на понятіе движимой вещи съ точки зрѣнія нашего права; несоотвѣтствіе этого понятія понятію строенія еще разъ показываетъ неправильность взгляда, относящаго строенія на чужой землѣ въ вещамъ движимымъ.

¹⁾ Положеніе о Нотаріальной части, 47, 53, 169. Однако, по аналогіи съ правиломъ ст. 1703, внесеніе въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ права изъ договора найма представляется возможнымъ; на основаніи же ст. 53 Положенія о Нотаріальной части возможно открыть особый листъ для зданія на чужой землѣ, если признать за нимъ характеръ недвижимаго имѣнія. См. Проф. Л. Кассо, Зданія на чужой землѣ, стр. 47 и слѣд.

²⁾ Наприм., въ рѣшеніяхъ 1873 г. №№ 444, 1180, 1874 г. №№ 136, 427, 1880, г. № 192, 1901 г. № 6, 1908 г. № 68. См. анализъ послѣдняго рѣшенія въ „Юридическомъ Вѣстникѣ“ 1913 г., кн. I стр. 192 и слѣд.

лицъ, правомочія коихъ направляются на принадлежащія застройщику строенія ¹⁾.

3. Такъ какъ право застройки есть право имѣть строеніе на чужой землѣ или, какъ говоритъ нашъ законъ, право использовать чужую землю „подъ застройку“, то отсюда слѣдуетъ, что гибель строенія не прекращаетъ самага права застройки. Застройщикъ можетъ на мѣстѣ погибшаго зданія воздвигнуть новое. Спрашивается, кому принадлежитъ строительный матеріалъ погибшаго зданія, и кто является собственникомъ вновь построеннаго *изъ него* строенія? Строительный матеріалъ принадлежитъ собственнику зданія, т. е. собственнику земли, въ тѣхъ случаяхъ, когда зданіе существовало до установленія права застройки, и застройщику въ тѣхъ случаяхъ, когда зданіе воздвигнуто по установленіи права застройки.

Когда зданіе принадлежитъ застройщику, то понятно, что онъ, какъ собственникъ, можетъ употребить строительный матеріалъ на новое зданіе, но когда зданіе принадлежитъ собственнику земли, можетъ ли застройщикъ употребить принадлежащій собственнику земли строительный матеріалъ на возведеніе новаго зданія?

Такъ какъ гибель зданія не прекращаетъ права имѣть зданіе на чужой землѣ, и такъ какъ въ разсматриваемомъ случаѣ правомочіе застройщика простирается и на погибшее строеніе, то нужно признать, что гибель его не уничтожаетъ ни права на землю, ни права на зданіе, представляющее теперь только строительный матеріалъ; нужно признать, что застройщикъ управомоченъ употребить принадлежащій собственнику земли матеріалъ *на возведеніе новаго строенія*. Такое возведеніе застройщикомъ новаго зданія, съ правовой точки зрѣнія, представляетъ собою случай застройки чужого матеріала и порождаетъ обязанность уплаты

¹⁾ Проф. Л. Кассо, Русское позем. право, стр. 122 и слѣд., *Его-же*, Зданія на чужой землѣ, стр. 30 и слѣд.

собственнику матеріала денежного вознагражденія по правиламъ о возвратѣ неправомѣрнаго обогащенія; обязанность эта лежитъ, конечно, на застройщикѣ, такъ какъ въ пользу его именно измѣнились юридическія отношенія вслѣдствіе застроенія чужого матеріала.

Возможно, однако, что застройщикъ, *по договору*, обязался въ случаѣ гибели строеній возвести новыя *для собственника* или безъ такого соглашенія возводитъ *по порученію* послѣдняго; въ этихъ случаяхъ возведенныя строенія будутъ принадлежать собственнику земли.

Возведеніе новаго строенія на мѣстѣ погибшаго составляетъ *право* застройщика, а не его обязанность; во всякомъ случаѣ, законъ такой обязанности на него не налагаетъ. Но договоромъ эта обязанность можетъ быть, конечно, предусмотрена, какъ въ формѣ чисто обязательственнаго требованія, такъ и съ вещнымъ дѣйствіемъ. Для послѣдней цѣли у насъ можетъ служить внесеніе въ договоръ резолютивнаго условія, что въ случаѣ неисполненія застройщикомъ обязанности возвести строеніе право застройки прекращается; *право германское* открываетъ еще два средства для этого: а) внесеніе въ вотчинную книгу обязанности застройщика возвести строеніе на мѣстѣ погибшаго въ формѣ *вотчинной повинности* на право застройки; б) внесеніе въ договоръ *условія о неустойкѣ* на случай, если застройщикъ въ извѣстное время и въ извѣстной формѣ не возводитъ строенія, и обезпеченіе требованія изъ такой неустойки посредствомъ установленія *обезпечительной ипотеки* на право застройки.

4. Строеніе, возведенное вопреки условіямъ договора объ установленіи права застройки, принадлежитъ ли застройщику?

Основаніемъ возникновенія права застройки является, по общему правилу, договоръ; договоромъ опредѣляется конкретное содержаніе устанавливаемаго права; договоръ этотъ совершается крѣпостнымъ порядкомъ, вносится въ крѣпостной реестръ и получаетъ вещное дѣйствіе. Нарушеніе его въ цѣломъ или частяхъ представляетъ собою, такимъ

образомъ, не нарушеніе обязательства даннаго застройщика предъ даннымъ собственникомъ, а нарушеніе или измѣненіе самаго права застройки; однимъ изъ видовъ такого нарушенія является возведеніе строеній съ отступленіемъ отъ предусмотрѣнныхъ договоромъ условій относительно плана, рода, вида постройки и способовъ ея возведенія. Однако, какъ требованіе, чтобы предметъ договора былъ опредѣленъ его содержаніемъ, такъ и требованіе соблюденія условій договора не можетъ имѣть безусловнаго значенія. Конкретные случаи живой дѣйствительности могутъ дать примѣры и такихъ отступленій отъ указанныхъ требованій договора, которыя ни возрѣнія оборота, ни судебная практика въ виду ихъ ничтожнаго характера никогда не сочтутъ нарушеніемъ существа договора и основаніемъ для непризнанія правовыхъ послѣдствій, вытекающихъ изъ устанавливаемаго такимъ договоромъ правоотношенія. Сюда относятся, на примѣръ, такія незначительныя отступленія отъ строительнаго плана, предусмотрѣннаго въ договорѣ, которыя не мѣняють ни общаго характера постройки, ни ея экономическаго назначенія; съ другой стороны, какія-либо особыя условія отдѣльнаго случая могутъ создать положеніе, при которомъ возведеніе строенія безъ отступленія отъ договорнаго плана будетъ объективно невозможнымъ.

Всѣ такія отступленія отъ предусмотрѣнныхъ условій договора, если застройщикъ ихъ дѣлаетъ безъ умысла и грубой небрежности, а собственникъ земли не возражаетъ противъ нихъ, должны считаться не имѣющими вліянія на самое право застройки и его юридическія послѣдствія. И въ этихъ случаяхъ застройщикъ будетъ собственникомъ возводимаго имъ строенія.

Напротивъ, такія нарушенія предусмотрѣннаго договоромъ строительнаго плана, которыя не вызываются ни требованіями техники, ни особыми условіями мѣста и времени, нужно признать нарушеніемъ самаго существа договора, устанавливающаго право застройки. Застройщикъ, пріобрѣвшій право возвести на чужой землѣ жилой домъ, строить,

напримѣръ, заводъ, фабрику или театр; такое строительство является лишеннымъ юридическаго титула, оно разрушаетъ договоръ, дающій основаніе возникновенію права застройки и не можетъ, поэтому, вести къ желаемымъ правовымъ послѣдствіямъ: строеніе, такъ воздвигнутое, не есть строеніе, воздвигнутое въ осуществленіе принадлежащаго застройщику права застройки и потому не влечетъ за собою отмѣны принципа приращенія, оно должно считаться составною частью земли, а не собственностью строителя; согласіе собственника не можетъ измѣнить указанныхъ послѣдствій, такъ какъ законъ не знаетъ способа передачи права собственности на строенія, который состоялъ бы въ изъясвленіи собственникомъ земли согласія на перестройку.

5. Мы видѣли, что современныя законодательства разрѣшаютъ вопросъ о правѣ застройщика на земельный участокъ совершенно отдѣльно отъ вопроса о правѣ его на строенія, воздвигнутыя на землѣ, обремененной правомъ застройки. Но представляютъ ли право застройки и строенія на землѣ, обремененной этимъ правомъ, явленія совершенно самостоятельныя, ни въ какой связи и зависимости другъ отъ друга не находящіяся, или связь между ними существуетъ?

Ни одно изъ законодательствъ не содержитъ въ себѣ никакихъ указаній, изъ коихъ можно было бы заключить, что законъ отрицаетъ между названными явленіями всякую связь. Болѣе того, рѣшеніе этого вопроса въ первомъ смыслѣ лишаетъ изучаемый институтъ всякой жизнеспособности, такъ какъ, если связи между строеніемъ и правомъ застройки не существуетъ, то ипотека права застройки не можетъ распространяться на строенія, а безъ этого необходимый для застройщика кредитъ представляется, по общему правилу, невозможнымъ; разсматриваемое рѣшеніе стоитъ, наконецъ, въ противорѣчій съ цѣлями ¹⁾ закона о правѣ застройки,

¹⁾ Докладъ Особой Коммисіи Гос. Совѣта, стр. 39.

который стремится поощрить населеніе къ возведенію цѣнныхъ сооружений и тѣмъ поднять благоустройство населенныхъ мѣстностей путемъ созданія, между прочимъ, для застройщика возможности пользованія дешевымъ ипотечнымъ кредитомъ подъ залогъ возводимыхъ имъ на чужой землѣ строеній. Вотъ почему нужно считать болѣе правильнымъ опирающееся на непосредственныя воззрѣнія оборота господствующее мнѣніе, которое полагаетъ, что, какъ между строеніемъ и землей, на которой оно стоитъ, существуетъ связь, такъ равнымъ образомъ, не можетъ не быть связи между правомъ, открывающимъ юридическую возможность застроить чужую землю и строеніемъ, воздвигнутымъ на этомъ юридическомъ основаніи ¹⁾.

Если признать, однако, между ними связь, то рождается вопросъ, въ чемъ заключается юридическая сущность этой связи?

Такъ какъ право застройки, по взгляду закона, есть земельный участокъ ²⁾, недвижимое имѣніе ³⁾, и такъ какъ строенія принадлежатъ къ составнымъ частямъ послѣдняго, то отсюда слѣдуетъ, говорятъ, что строеніе есть составная часть права застройки ⁴⁾.

Такое разрѣшеніе указаннаго вопроса встрѣчаетъ, однако, рядъ возраженій. Логически невозможно, говорятъ, считать вещь составною частью права. Справедливо, однако, на это

¹⁾ Такъ, напримѣръ, авторы нашего закона о правѣ застройки право застройки и строеніе представляютъ себѣ какъ правовое единство. Объясн. Зап. къ Проекту закона о правѣ застройки М. В. Д., стр. 33.

²⁾ B. G. B., § 1017.

³⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 2.

⁴⁾ *Dernburg*, Sachenrecht, § 162, *Planck*, у. с., объясн. къ § 1017, *Predari*, у. с., объясн. къ § 7, *Kohn*, у. с., стр. 6, *Turnau-Förster*, у. с., Bd. I, объясн. къ § 1017, *Crome*, у. с., Bd. III § 427, *Biermann*, у. с., объясн. § 1017, *Fuchs*, у. с., объясн. къ § 1017, *Moers*, у. с., стр. 22 и слѣд. Къ такому же результату приходятъ другими путями *Oertmann*, въ *Archiv f. bürg. Recht*, Bd. XX стр. 190 и слѣд., *Fischer-Henle*, у. с., объясн. къ § 1017, *Herbert Meyer*, у. с., стр. 298.

замѣчаютъ, что „тотъ, кто поднимаетъ вопросъ о томъ, какъ можетъ тѣлесная вещь быть составною частью права, показываетъ, что онъ не понимаетъ, о чемъ идетъ рѣчь. Нормы права о составныхъ частяхъ желаютъ опредѣлить не то, что является составною частью въ смыслѣ естественномъ или физическомъ—это лежитъ внѣ области ихъ вѣдѣнія; эти нормы содержатъ опредѣленія о томъ, какіе предметы должны подлежать дѣйствию нормъ права, регулирующихъ отношенія однихъ вещей къ другимъ какъ составнымъ частямъ первыхъ. Согласно съ этимъ, опредѣленіе, что какая-либо вещь является составною частью какого-либо права, не можетъ подлежать критикѣ съ точки зрѣнія ея логичности“. Болѣе серьезнымъ представляется другое возраженіе, дѣлаемое противъ изложеннаго взгляда. Строенія, воздвигнутыя застройщикомъ, говорятъ ¹⁾, не могутъ быть составною частью права застройки потому, что они представляютъ собою вполне самостоятельную вещь и могутъ принадлежать не только застройщику, но и собственнику земли и третьему лицу, тогда какъ составныя части объектомъ отдѣльныхъ правъ не могутъ быть.

Но, если справедливость сейчасъ указаннаго возраженія дѣлаетъ неприемлемымъ взглядъ, что строеніе есть составная часть права застройки, то въ чемъ-же заключается сущность существующей между ними связи?

Если одна вещь, будучи способной къ обороту въ качествѣ самостоятельнаго объекта правъ, поставлена въ связь съ другой вещью такъ, что первая обуславливаетъ экономическое значеніе второй или, по крайней мѣрѣ, способствуетъ осуществленію ея экономическаго назначенія, то вещь первую называютъ принадлежностью второй. Такое именно отношеніе представляетъ собою связь между правомъ застройки и строеніемъ, возведеннымъ на обремененномъ этимъ правомъ земельномъ участкѣ.

¹⁾ *Gierke*, у. с., Bd. II § 141.

Строеніе есть самостоятельная вещь, отличная отъ права застройки и отъ земельного участка, но она предназначена служить цѣлямъ права застройки, осуществленію его экономическаго назначенія; вмѣстѣ съ правомъ застройки оно образуетъ одно хозяйственное цѣлое: безъ строенія право застройки не отвѣчаетъ ни своему экономическому назначенію, ни цѣли.

Возраженіе, что отношеніе принадлежности къ главной вещи возможно лишь между тѣлесными вещами, не можетъ имѣть здѣсь силы, такъ какъ, съ точки зрѣнія закона, право застройки есть недвижимое имѣніе. Между правомъ застройки и строеніемъ такое же отношеніе, какъ между правомъ требованія и долговымъ документомъ, выданнымъ въ удостовѣреніе права требованія ¹⁾: какъ за правомъ требованія слѣдуетъ документъ, такъ съ правомъ застройки связано строеніе, воздвигнутое въ силу этого права. Поэтому *in dubio* ипотека и другія обремененія права застройки распространяются на строеніе; отчужденіе права застройки содержитъ въ себѣ и отчужденіе строенія. Но такъ какъ законъ нигдѣ этого положительно не предписываетъ, то сдѣлкою такое положеніе можетъ быть исключено: какъ всякая принадлежность, такъ и строеніе можетъ быть отдѣлено отъ права застройки и сдѣлано объектомъ отдѣльныхъ правъ, поскольку такое отдѣленіе не нарушаетъ правъ третьихъ лицъ, объектомъ коихъ является право застройки съ его принадлежностями.

6. Можетъ ли застройщикъ отчуждать принадлежащее ему строеніе отдѣльно отъ права застройки? Установленіе права застройки на застроенномъ уже участкѣ, какъ мы видѣли, не отмѣняетъ, а лишь ограничиваетъ право собственности; строеніе и послѣ установленія права застройки продолжаетъ быть составною частью земельного участка, разделяя юридическую судьбу послѣдняго; собственникъ такого

¹⁾ *Wolff*, *Bauten auf fremdem Boden*, стр. 78 и слѣд., *Его-же*, *Lehrbuch*, § 104, стр. 318.

земельного участка не может, поэтому, перенести права собственности на принадлежащая ему строения на застройщика, так как составные части земельного участка не могут быть предметом особых прав¹⁾.

Равным образом, если строение считать, согласно с господствующим мнением, составною частью права застройки, необходимо признать по тем же основаниям, что и застройщик в тех случаях, когда он сам возвел постройки, не может перенести своего права собственности на них на собственника земли. Напротив, если строение считать принадлежностью права застройки, то, хотя из отдельных постановлений Германского Гражданского Уложения²⁾ и следует, что принадлежности раздѣляют, по общему правилу, юридическую судьбу главной вещи, тем не менее, в нем нет таких положений, которые служили бы препятствием для признания возможным отдѣления принадлежности от главной вещи посредством особого юридического акта, например, договора. Отсюда следует, что застройщик может отчуждать принадлежащая ему строения и отдѣльно от права застройки, поскольку это отдѣление не нарушает таких прав третьих лиц, объектом коих является право застройки вмѣстѣ съ его принадлежностями, т. е. вмѣстѣ съ принадлежащими застройщику строениями.

Наше действующее право также не содержит въ себѣ никаких положительных указаний, которые запрещали бы отдѣление принадлежности от главной вещи и распоряжение ими отдѣльно от послѣдней. Нет такого запрещения и въ законѣ о правѣ застройки, который, напротив, предусматривает возможность обращения взысканія, какъ на право застройки, такъ и на возведенныя застройщикомъ постройки³⁾. Такимъ образомъ, и по нашему праву нужно признать возможнымъ отчужденіе застройщикомъ принадлежащихъ ему строений отдѣльно отъ права застройки.

¹⁾ В. Г. В., § 93.

²⁾ Тамъ же, §§ 314, 926, 1031, 1096, 1120, 1135, 1265, и др.

³⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 17.

Однако, поскольку распоряженіе это касается правъ залогодержателей права застройки, оно должно быть признано недействительнымъ.

По прекращеніи права застройки строеніе, возведенное застройщикомъ, какъ мы сейчасъ увидимъ, не перестаетъ быть собственностью послѣдняго; прекращеніе права застройки прекращаетъ связь между строеніемъ и правомъ застройки; строеніе съ этого момента дѣлается совершенно самостоятельнымъ объектомъ, право собственности на который застройщикъ свободно можетъ передать, какъ собственнику земли, такъ и любому третьему лицу.

7. Юридическое положеніе строений, возведенныхъ на обремененномъ правомъ застройки земельномъ участкѣ, по прекращеніи права застройки опредѣляется прямо только *австрійскимъ* закономъ о правѣ застройки и *нашимъ*; напротивъ, Германское и Швейцарское Гражданское Уложеніе оставляютъ этотъ вопросъ всецѣло на усмотрѣніе сторонъ¹⁾.

¹⁾ Заключенные въ Германіи *договоры* регулируютъ этотъ вопросъ неодинаково. *Одни* изъ нихъ—Шарлоттенбургскій, Лейпцигскій, Франкфуртскіе (три), Познанскій—постановляютъ, что по прекращеніи права застройки всѣ къ тому времени существующія постройки переходятъ въ собственность землевладѣльцевъ безъ всякаго возмѣщенія стоимости построекъ; всѣ *другіе* устанавливаютъ за такой переходъ опредѣленное вознагражденіе; такъ, по *Берлинскому* договору собственникъ земли уплачиваетъ застройщику за отходящая въ пользу перваго постройки 20% ихъ *наличной стоимости*, въ основаніе исчисленія коей кладется половина общей строительной стоимости и капитализированнаго дохода; но такое вознагражденіе имѣетъ мѣсто лишь въ случаѣ, когда право застройки прекращается въ срокъ, на который оно было установлено; при досрочномъ прекращеніи послѣдняго застройщику уплачивается *полная* стоимость находящихся на земельномъ участкѣ строений, если со времени ихъ возведенія прошло не болѣе 30 лѣтъ, за каждый послѣдующій годъ дѣлается изъ этой суммы вычетъ въ 2%; почти такія же правила устанавливаетъ договоръ *Дрезденскій*, только вмѣсто 20% застройщику здѣсь уплачивается $\frac{1}{4}$ наличной стоимости построекъ при нормальномъ прекращеніи; однако, эта стоимость не должна превышать $\frac{3}{4}$ строительной стоимости; при досрочномъ прекращеніи, послѣдовавшемъ до истеченія 50 лѣтъ отъ времени установленія права застройки, застройщику уплачивается $\frac{3}{4}$ строительной стоимости

Согласно австрийскому закону, по прекращении права застройки строения переходят *ipso iure* къ собственнику земли, тогда какъ нашъ законъ о правѣ застройки разрѣшаетъ этотъ вопросъ лишь поскольку онъ не предусмотрѣнъ договоромъ объ установлении права застройки. Такимъ образомъ, при молчаніи договора на этотъ счетъ юридическое положеніе строеній опредѣляется, по нашему праву, *по закону*, по праву же германскому—на основаніи общихъ положеній изучаемаго института.

всѣхъ построекъ; при прекращеніи болѣе позднемъ изъ этой суммы дѣлается за каждый годъ вычетъ въ 2½%.

Очень сходны съ описаннымъ условіямъ Эльберфельдскаго договора: при нормальномъ прекращеніи права застройки городъ Эльберфельдъ уплачиваетъ застройщику ½ наличной стоимости построекъ, опредѣляемой на тѣхъ же основаніяхъ, что и въ договорахъ Берлинскомъ и Дрезденскомъ; прекращеніе досрочное, имѣвшее мѣсто въ первые 35 лѣтъ, влечетъ за собою уплату *полной* стоимости строеній, прекращеніе, состоявшееся въ одинъ изъ послѣдующихъ годовъ, требуетъ вычета изъ сей суммы 2% за каждый годъ.

Въ *Эссенскомъ* правѣ застройки не два, а *три* заинтересованныхъ лица: собственникъ земли, застройщикъ и залогодержатель права застройки. Согласно съ условіями названнаго договора, собственникъ земли уплачиваетъ застройщику полную наличную стоимость построекъ, опредѣляемую *тремя* экспертами, эвентуально и четвертымъ—третейскимъ судьей, изъ коихъ первые три избираются по одному со стороны cadaго заинтересованнаго лица—землевладѣльца, застройщика и залогодержателя, а четвертый избирается первыми тремя при несогласіи между ними.

Очень просты условія города *Фрейбурга*: при прекращеніи права застройки за переходъ построекъ въ собственность владѣльца земли застройщикъ получаетъ 80% суммы, въ которой они приняты на страхъ.

По договору съ г. *Halle* уплачивается при нормальномъ прекращеніи права застройки ¼ полной строительной и подоходной стоимости, опредѣляемой аналогично прежнимъ договорамъ; при прекращеніи досрочномъ въ теченіе первыхъ 45 лѣтъ—полная строительная стоимость, изъ коей для cadaго слѣдующаго года вычитается 3%.

Наиболѣе разработанными представляются условія *Ульмскаго* договора о правѣ застройки. Размѣръ подлежащей уплатѣ застройщику суммы опредѣляется такъ: 1) Для составленія подлежащей уплатѣ суммы берется во вниманіе прежде всего *строительная стоимость* cadaго отдѣльнаго

слѣдовательно, съ точки зрѣнія германскаго законодательства прежде всего здѣсь необходимо различать *два случая* установленія права застройки: 1) когда строеніе воздвигнуто собственникомъ земли и существовало до установленія права застройки и 2) когда строеніе возводится застройщикомъ въ осуществленіе вещнаго права на земельный участокъ.

А. Правовая судьба строеній, возведенныхъ собственникомъ земли до установленія права застройки.

Такъ какъ строеніе въ разсматриваемомъ случаѣ представляетъ собою составную часть земельного участка и, какъ таковая, принадлежитъ собственнику послѣдняго, то прекращеніе права застройки, обременяющаго участокъ, не можетъ измѣнить существующаго правового положенія. Строеніе, какъ и до прекращенія права застройки, продолжаетъ принадлежать собственнику земли и не можетъ быть предметомъ какихъ-либо притязаній со стороны застройщика: съ окончаніемъ права застройки прекращаются всѣ правомочія застройщика въ отношеніи земельного участка и его составныхъ частей.

зданія; послѣдняя опредѣляется при окончаніи постройки и контролируется повѣркой оправдательныхъ документовъ со стороны городского управленія какъ собственника земли; 2) къ составленной такимъ образомъ суммѣ прибавляется *стоимость* произведенныхъ въ послѣдствіи дополнительныхъ *затратъ* на улучшеніе зданій, повысившее ихъ стоимость, поскольку эти улучшенія на лицо ко времени перехода построекъ къ собственнику земли; съ другой стороны, общая сумма уменьшается соотвѣтственно уменьшенію стоимости построекъ, происходящей отъ пользованія ими; 3) предѣлъ, до коего можетъ доходить дополнительный расходъ на улучшеніе построекъ фиксируется суммой первоначальныхъ общихъ строительныхъ издержекъ, сумму коихъ онъ не можетъ превышать; 4) для *послѣднихъ 20 лѣтъ ежегодно* сумма *стоимости*, опредѣленная вышеуказаннымъ способомъ (1 и 2), уменьшается на 1%, составляющій стоимость изнашиванія; 5) если ко времени прекращенія права застройки ипотечный долгъ не будетъ еще уплаченъ залогодержателю права застройки, то сумма, подлежащая уплатѣ застройщику за переходъ строеній въ собственность землевладѣльца, уплачивается не застройщику, а залогодержателю; сумма же дополнительныхъ

В. Правовая судьба строений, возведенных застройщиком на обремененном правом застройки земельном участке.

Далеко не столь яснымъ представляется положеніе строеній при прекращеніи права застройки въ томъ случаѣ, когда оно воздвигнуто самимъ застройщикомъ. Въ разсматриваемомъ случаѣ строеніе не становится составною частью земельного участка, оно является объектомъ отдѣльной собственности строителя-застройщика, а вмѣстѣ съ симъ и принадлежностью права застройки. Возникаетъ вопросъ, влечетъ ли за собою прекращеніе права застройки возобновленіе дѣйствія принципа приращенія и вслѣдствіе сего переходъ строеній въ собственность собственника земли?

Вопросъ этотъ является однимъ изъ самыхъ спорныхъ въ теоріи и практикѣ германскаго права застройки.

Одни ¹⁾ полагаютъ, что между правомъ застройки и правомъ собственности существуетъ отношеніе причины къ слѣдствію: первое есть основаніе возникновенія второго; поэтому по прекращеніи права застройки право собственности на строеніе прекращается на сторонѣ застройщика и возвращается къ собственнику земли. Установленіе права застройки есть, по взгляду защитниковъ указаннаго рѣшенія разсматриваемаго вопроса, передача одного изъ правомочій собственника, а именно, правомочія на пользованіе землею какъ строительной площадью застройщику въ особой праву застройки закономъ данной формѣ; передача эта, однако, не

расходовъ застройщика на улучшеніе построекъ уплачивается ему наличными деньгами, какъ скоро въ вотчинной книгѣ совершается отмѣтка о прекращеніи права застройки; 6) опредѣленіе стоимости произведенныхъ улучшеній и величины потери цѣнности построекъ отъ изнашиванія ихъ поручается особой комиссіи изъ: а) чиновника городского управленія, б) назначеннаго застройщикомъ техника, в) третейскаго судьи оцѣночной комиссіи при страховомъ обществѣ, какъ руководителя.

¹⁾ *Krückmann*, Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt, Leipzig 1906, стр. 50 прим. 2; *Oberneck*, у. с., 1901, стр. 372; *Silberschmidt*, у. с., стр. 412; *Delitzsch*, у. с., стр. 28 и слѣд. и указ. имъ авторы.

упраздняетъ въ самой собственности переданное правомочіе, а лишь отсрочиваетъ осуществленіе его на время дѣйствія вещнаго права, а потому съ прекращеніемъ послѣдняго вновь переходитъ къ первоисточнику—праву собственности земле-владѣльца (*Rechtsübertragungstheorie*) ¹⁾.

Однако, неправильность ²⁾ этого взгляда обнаруживается уже изъ того, что содержаніе вещнаго права не всегда совпадаетъ съ тѣмъ, что теряетъ собственникъ вслѣдствіе его установленія, напримѣръ, *servitus altius non tollendi*. Что при установленіи вещнаго права не происходитъ никакого выдѣленія и перенесенія составной части права собственности, а лишь ея ограниченіе видно, далѣе, изъ того, что при прекращеніи вещнаго права собственность консолидируется непосредственно, тогда какъ при правильности приведеннаго взгляда необходимъ былъ бы каждый разъ особый актъ для воссоединенія съ правомъ собственности выдѣленной изъ нея части.

Болѣе правильнымъ представляется намъ рѣшеніе разсматриваемаго вопроса въ пользу сохраненія собственности за застройщикомъ ³⁾. Согласно съ этимъ взглядомъ, установленіе права застройки есть не выдѣленіе изъ собственности одного изъ ея элементовъ, а созданіе особаго вещнаго права имѣть строеніе на чужой землѣ (*Schöpfungstheorie*); объектомъ этого права является земельный участокъ и только онъ; прекращеніе права застройки есть, поэтому, прекращеніе вещнаго права на земельный участокъ, т. е. права имѣть

¹⁾ „Solange der vorübergehende Zweck oder das dingliche Recht besteht, liegen die Akzession des Werks an das Grundeigentum fordernden Interessen nicht vor. Sobald der vorübergehende Zweck oder das dingliche Recht jedoch wegfällt, treten sie (wieder) auf, Akzession an das Grundeigentum herbeiführend“.—*Delitzsch*, у. с., стр. 29.

²⁾ *Dernburg*, Pandekten, § 237.

³⁾ Это—господствующее мнѣніе; къ нему примыкаютъ: *Sohm*, Jahrb. der Bodenreform, Bd. IV Heft 4, стр. 269 и слѣд., *Wittmaack*, у. с., стр. 132, *Ermann*, у. с., стр. 8, *Hartmann*, у. с., стр. 26 и слѣд., *Planck*, у. с., объясн. къ § 1016, *Wolff*, Lehrb., § 104, VIII, *Oertmann*, у. с., объясн. къ § 95 и мн. др.

строение на чужой земле, а не права собственности на строение; право собственности на строение возникает не вследствие установления права застройки—это видно уже из того, что застройщику оно вовсе не принадлежит в тех случаях, когда строение уже существовало до установления права застройки или воздвигнуто после сего не застройщиком, а собственником земли или третьим лицом, а в силу *создания* строения в осуществление вещного права на чужой поземельный участок.

„Къ составнымъ частямъ поземельнаго участка не принадлежатъ вещи“, говоритъ § 95 Германскаго Гражданскаго Уложения, „связанныя съ почвой лишь для проходящихъ цѣлей. То же правило примѣняется къ строенію или другому сооруженію, которое было возведено на поземельномъ участкѣ управомоченнымъ лицомъ въ осуществленіе права на чужую недвижимость (an einem fremden Grundstück)“¹⁾.

Согласно съ симъ, строение, возведенное на чужомъ поземельномъ участкѣ въ означенныхъ условіяхъ *юридически* съ этимъ послѣднимъ не связано. Законъ не говоритъ, что строение, воздвигнутое на чужомъ поземельномъ участкѣ въ осуществленіе вещнаго права на него, не принадлежитъ къ составнымъ частямъ поземельнаго участка *только на время дѣйствія вещнаго права на этотъ послѣдній*, а совершенно безусловно постановляетъ, что означенныя строенія къ составнымъ частямъ земельного участка *вообще не принадлежатъ*; слѣдовательно, § 95 Германскаго Гражданскаго Уложения *устраняетъ, а не отсрочиваетъ* здѣсь дѣйствіе принципа приращенія. Разъ строение возведено на чужой землѣ въ условіяхъ § 95 го, оно становится самостоятельнымъ объектомъ права, а именно, права собственности строителя, и это право его можетъ прекратиться затѣмъ уже только на основаніи общихъ правилъ о приобрѣтеніи и прекращеніи права собственности на недвижимое имущество. Прекращеніе права

¹⁾ Терминъ Уложения „Grundstück“ русскій переводъ неточно передаетъ словомъ „недвижимость“.

застройки, такимъ образомъ, отнюдь не можетъ быть основаніемъ прекращенія права собственности на возведенное застройщикомъ строение, подобно тому, какъ, наоборотъ, право застройки не прекращается вследствие гибели строения.

Такъ разрѣшается вопросъ о правовомъ положеніи строеній при прекращеніи права застройки по праву германскому. Согласно § 9 *австрійской* новеллы по прекращеніи права застройки строение ipso jure переходитъ къ собственнику земли. Законъ не упоминаетъ объ основаніяхъ прекращенія права застройки, устанавливая это правило; слѣдовательно, строение переходитъ къ собственнику земли во всѣхъ случаяхъ прекращенія права застройки, независимо отъ основанія этого прекращенія и притомъ, какъ въ случаяхъ досрочнаго прекращенія права застройки, такъ и при прекращеніи вследствие истеченія срока, на который послѣднее было установлено.

Вопросъ о томъ, долженъ ли собственникъ земли, въ пользу котораго переходитъ строение по прекращеніи права застройки, уплатить застройщику извѣстное вознагражденіе, вообще, по австрійскому закону о правѣ застройки, предоставляется свободному усмотрѣнію сторонъ; договоръ можетъ установить такое возмѣщеніе въ той или другой мѣрѣ, равнымъ образомъ, однако, можетъ быть условлено, что строение переходитъ къ собственнику безъ всякаго вознагражденія; но при молчаніи договора, въ силу самаго закона, застройщику должна быть выплачена за переходъ строеній къ собственнику земли $\frac{1}{4}$ наличной *строительной* стоимости построекъ¹⁾.

¹⁾ Изложенное въ § 9 правило австрійскаго закона о правѣ застройки авторы послѣдняго аргументируютъ слѣдующими соображеніями: „Der scheinbar selbstverständlichen Auffassung, dass der volle Ersatz des Wertes gebühre, den das Bauwerk als solches zur Zeit der Lösung des Verhältnisses (noch) hat, weil sich sonst der Grundeigentümer auf Kosten des Erbauers bereichern würde (etwa wie im Falle des § 418 a. b. G. B.), wird mit Recht entgegengehalten, worauf bereits oben hingewiesen ist, dass der Bauberechtigte vorausgesetzermassen seine Baukosten bereits amortisiert und den Gegenwert für das, was von dem Bauwerke dem Grundeigentümer verbleibt, bereits in Händen

Судьба построекъ при прекращеніи права застройки *нашимъ закономъ о правѣ застройки* опредѣляется только на случай нормального прекращенія права застройки, т. е. вслѣдствіе истечения срока, на который оно было установлено; если законъ и говоритъ о досрочномъ прекращеніи права застройки, то въ этихъ случаяхъ онъ имѣетъ въ виду судьбу вещныхъ обремененій послѣдняго, а не вліяніе досрочнаго прекращенія на правовое положеніе строенія.

Основной вопросъ о томъ, кто является собственникомъ строеній застройщика по прекращеніи права застройки, нашъ законъ разрѣшаетъ въ пользу застройщика ¹⁾.

habe in Gestalt der vermöge des fixen Bauzinses (oben § 3) während des Bestandes des Baurechtes ihm ganz oder teilweise zugute gekommenen Erhöhung des Nutzwertes des Gebäudes. Überdies werde in vielen Fällen nach der langen Dauer des Baurechtes das Bauwerk abbruchreif, sein Bauwert aber kaum grösser sein als die Kosten des Abbruchs. So fehle eigentlich der Rechtsgrund für einen Entschädigungsanspruch; entweder liege gar keine Bereicherung des Bodeneigentümers vor oder sie gehe nicht auf Kosten des Bauberechtigten.

Ein anderer Grund aber—und dieser scheint der Kommission ausschlagend—spricht für die Zubilligung einer Entschädigung an den Bauberechtigten. Die Entschädigung wirkt und soll wirken als Prämie für die solide Konstruktion und die gute Instandhaltung des Baues bis zur letzten Stunde. Ohne diese Prämie droht die Gefahr—die traurigen Ergebnisse des englischen Lease-Systems sind dafür ein klassisches Beispiel,—dass der Bauberechtigte, je mehr sein Baurecht sich dem Ende nähert, desto mehr das Bauwerk vernachlässigt zum Schaden nicht bloss des heimfallsberechtigten Grundbesitzers, sondern auch der sozialpolitischen Aufgaben des Baurechtes selbst. Von diesem Standpunkte aus aber scheint es nicht notwendig, dem Bauberechtigten den vollen Ersatz zuzusichern, (so ungar. Entw. § 790), ja nicht einmal unbedingt, weil dies umgekehrt den Bauberechtigten zu unbegründetem und allzugroßem Aufwand auf das Objekt eben in den letzten Jahren seines Rechtes verlocken kann. Deshalb will der dritte Satz des § 9 als gesetzliches Minimum dem Bauberechtigten nur eine Quote des Bauwertes zuerkennen, und zwar, wie sehr viele der erwähnten deutschen Erbbauverträge, ein Viertel—freilich eine, wie jede derartige Abgrenzung in einem Gesetze, mehr oder weniger willkürlich erscheinende Ziffer, über die man streiten mag“.

¹⁾ Ст. 19 закона о правѣ застройки представляетъ собою редакцію этой статьи, выработанную меньшинствомъ членовъ Особой Коммиссіи Госуд. Совѣта. Она основана на слѣдующихъ соображеніяхъ.

Статья 19-я, регулирующая правоотношенія по прекращеніи права застройки, не содержитъ въ себѣ постановленія, которое требовало бы, подобно § 9-му австрійской новеллы, перехода построекъ къ собственнику земли; слѣдовательно, право собственности застройщика на строенія остается прекращеніемъ права застройки незатронутымъ: какъ собственникъ строеній, застройщикъ имѣетъ право снести ихъ къ истеченію срока договора.

„Въ тѣхъ случаяхъ, когда между сторонами не состоялось особаго соглашенія относительно судьбы построекъ, признаніе, по окончаніи договора, построекъ собственностью владѣльца участка земли едва-ли представляется справедливымъ. Дѣйствительно, застройщикъ, возводя на снятомъ участкѣ, за пользованіе которымъ онъ въ теченіе долгихъ лѣтъ вносилъ условленную плату, болѣе или менѣе цѣнные постройки, затрачиваетъ извѣстный капиталъ, который въ нѣкоторыхъ случаяхъ будетъ значительно превышать даже покупную стоимость занятаго участка. Кромѣ того, возведенныя постройки служатъ предметомъ обложенія ихъ государственнымъ, земскими и городскими сборами, въ зависимости отъ мѣста ихъ нахожденія, причемъ причитающіяся по онымъ повинности вносятся застройщикомъ. При такихъ обстоятельствахъ представленіе построекъ, по окончаніи срока договора, собственнику является ничѣмъ не оправдываемымъ обогащеніемъ его за счетъ застройщика. Далѣе, при заключеніи договора, собственникъ земли является стороною, находящеюся обыкновенно въ привилегированномъ положеніи, такъ какъ застройщикъ, вынужденный въ силу обстоятельствъ поселиться именно въ данной мѣстности, не всегда свободенъ въ выборѣ того или другаго участка, а слѣдовательно, въ большинствѣ случаевъ обязанъ подчиниться тѣмъ условіямъ, которыя предлагаетъ ему собственникъ земли и при этомъ часто лишенъ возможности включить въ договоръ о застройкѣ условія, обезпечивающія за нимъ право собственности на возведенныя имъ постройки и могущія предусмотрѣть возмѣщеніе всѣхъ понесенныхъ имъ затратъ по ихъ сооруженію. Сдавая свой участокъ за сравнительно низкую плату изъ того расчета, чтобы впослѣдствіи, по истеченіи срока договора, получить свой участокъ съ возведенными на немъ постройками, собственникъ земельного участка всегда можетъ оговорить въ договорѣ свое право на эти строенія. Поэтому меньшинство (пять) членовъ Коммиссіи полагало, что застройщикомъ должно быть признано и по окончаніи срока договора право собственности на возведенныя имъ постройки, если между сторонами не состоялось иныхъ соглашеній“.

Это основное начало, какъ и рядъ дополняющихъ его правилъ, имѣетъ примѣненіе въ вопросѣ объ опредѣленіи правового положенія строеній по прекращеніи права застройки вслѣдствіе наступленія срока только въ томъ случаѣ, когда между сторонами не состоялось иныхъ соглашеній. Такимъ образомъ, по нашему праву свобода усмотрѣнія сторонъ въ дѣлѣ опредѣленія судьбы построекъ по прекращеніи права застройки ничѣмъ не стѣсняется. Въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ этого не предусматриваетъ, наступаетъ дѣйствіе правилъ ст. 19. Согласно съ симъ, застройщикъ имѣетъ право снести постройки къ истеченію срока договора. Это право его превращается въ обязанность въ случаѣ, если собственникъ земли потребуетъ сноса построекъ; причемъ на заявленіе это собственнику предоставляется мѣсячный срокъ съ момента прекращенія права застройки, если требованіе собственника о сносѣ заявлено было застройщику не позже чѣмъ за четыре мѣсяца до прекращенія дѣйствія права застройки, то застройщикъ обязанъ снести постройки до наступленія срока; въ случаѣ же заявленія, сдѣланнаго позднѣе, застройщику предоставляется четырехмѣсячный срокъ со дня предъявленія требованія.

Если по основному положенію разсматриваемыхъ правилъ застройщикъ имѣетъ право снести постройки, то, съ другой стороны, онъ можетъ, конечно, и не воспользоваться этимъ правомъ; онъ можетъ ихъ оставить на чужой землѣ, правомъ пользоваться которой онъ съ наступленіемъ срока болѣе уже не располагаетъ. Тогда постройки, не снесенныя застройщикомъ, остаются, въ силу ст. 19 п. 2, въ пользу собственника земли безъ всякаго вознагражденія застройщика.

Нужно, однако, пожалѣть, что это положеніе не получило въ редакціи закона о правѣ застройки прямого и яснаго выраженія, которое исключало бы необходимость устанавливать принятый закономъ взглядъ путемъ толкованія его отдѣльныхъ положеній. Отсутствіе такого прямого указанія закона о правѣ собственности застройщика на строенія поведетъ, несомнѣнно, къ постоянному колебанію практики при разрѣшеніи этого чрезвычайно важнаго вопроса.

Положеніе вещей представляется инымъ въ тѣхъ случаяхъ оставленія застройщикомъ построекъ не снесенными къ истеченію срока права застройки, когда собственникомъ земли было заявлено требованіе о сносѣ. Въ указанныхъ условіяхъ собственнику земли принадлежитъ право на возмѣщеніе ему застройщикомъ *издержекъ по сносу* построекъ, если, впрочемъ, сносъ этотъ произведенъ собственникомъ земли не позднѣе перваго года послѣ срока дѣйствія права застройки.

Однако, не только по инициативѣ застройщика, вслѣдствіе оставленія имъ построекъ не снесенными по прекращеніи права застройки, эти послѣднія переходятъ въ пользу собственника земли, но и „собственникъ земли имѣетъ *право потребовать* оставленія въ его пользу застройщикомъ построекъ за вознагражденіе, соотвѣтствующее той выгодѣ, которой лишается застройщикъ, утрачивая право снесенія построекъ; означенное требованіе собственника должно быть заявлено не позже, какъ за годъ до истеченія срока договора“; собственнику земли принадлежитъ, однако, какъ говорить законъ, *право потребовать* оставленія построекъ въ его пользу; ему отнюдь не принадлежитъ право *оставить* эти постройки въ свою пользу.

Такимъ образомъ, основное правило ст. 19-ой, въ силу коего застройщикъ имѣетъ право снести постройки къ истеченію срока договора, указаннымъ въ пунктѣ 3-емъ цитированной статьи 19-ой отнюдь не отмѣняется.

Такъ регулируетъ законъ юридическое положеніе построекъ при нормальномъ прекращеніи права застройки; положенія ихъ при досрочномъ прекращеніи послѣдняго законъ вовсе не касается, слѣдовательно, оно опредѣляется на основаніи общихъ правилъ ст. 611 и 628 т. X ч. 1.

Законъ совершенно оставляетъ безъ прямого разрѣшенія вопросъ о возмѣщеніи за постройки, отходящія въ пользу собственника земли. Только ст. 22 обосновываетъ притязаніе застройщика на возмѣщеніе стоимости возведенныхъ построекъ, отходящихъ къ собственнику земли. Въ силу

указанной статьи, въ случаѣ прекращенія права застройки до наступленія предусмотрѣннаго договоромъ срока по требованію собственника земли для разработки ископаемыхъ послѣдній „обязанъ возмѣстить застройщику *убытки*, причиняемые досрочнымъ прекращеніемъ права застройки, или сокращеніемъ земельной площади, обремененной этимъ правомъ, или приостановленіемъ пользованія участкомъ“.

Если при нормальномъ прекращеніи права застройки возможно думать, что строительная стоимость построекъ застройщикомъ получена въ видѣ наемной платы за пользованіе строеніями, то при досрочномъ прекращеніи его это соображеніе отпадаетъ: главный элементъ въ той суммѣ невыгодныхъ послѣдствій досрочнаго прекращенія права застройки, которую законъ называетъ *убытками*, причиняемыми досрочнымъ прекращеніемъ послѣдняго, является именно капиталъ, затраченный на возведеніе строеній, представляемый строительной стоимостью послѣднихъ.

Законъ говоритъ здѣсь объ убыткахъ вообще, не ограничивая этого понятія указаніемъ на какой-либо видъ убытковъ, слѣдовательно, застройщикъ, безъ сомнѣнія, можетъ на основаніи ст. 22 искать съ собственника земли возмѣщенія стоимости (строительной) возведенныхъ имъ построекъ, если послѣднія переходятъ въ пользу собственника земли.

Но, предоставляя собственнику право по одностороннему требованію прекратить право застройки до предусмотрѣннаго договоромъ срока, законъ не обязываетъ его принять строенія отъ застройщика и, слѣдовательно, если между сторонами не состоялось соглашенія о переходѣ строеній въ пользу собственника земли, застройщику ничего иного не остается, какъ снести возведенныя постройки и требовать возмѣщенія убытковъ, причиняемыхъ досрочнымъ прекращеніемъ права застройки.

Отсутствіе въ законѣ требованія, чтобы при досрочномъ прекращеніи права застройки постройки переходили въ пользу собственника земли, отнимаетъ у застройщика основаніе требовать, ища убытковъ отъ досрочнаго прекращенія права

застройки, возмѣщеніе стоимости *строеній*, такъ какъ такія въ данномъ случаѣ къ собственнику не переходятъ.

8. *Можетъ ли собственникъ земли по прекращеніи права застройки требовать оставленія строеній застройщика въ свою пользу за возмѣщеніе, равное стоимости строительных матеріаловъ?*

Только по закону австрійскому вслѣдствіе прекращенія права застройки строеніе застройщика *ipso jure* переходитъ въ пользу собственника земли; Германское Гражданское Уложеніе оставляетъ этотъ вопросъ, подобно Швейцарскому, безъ разрѣшенія; слѣдовательно, съ точки зрѣнія этихъ законодательствъ, какъ мы видѣли выше, вслѣдствіе прекращенія права застройки не прекращается право собственности на строеніе. Какъ всякій собственникъ, застройщикъ имѣетъ право снести принадлежащія ему строенія; для собственника же земли съ прекращеніемъ права застройки возникаетъ лишь требованіе о возвращеніи земли въ прежнемъ видѣ, т. е. безъ строеній; ему отнюдь не принадлежитъ право требовать передачи въ собственность строенія за вознагражденіе, равное стоимости строительных матеріаловъ, *разъ законъ прямо этого не требуетъ*, такъ какъ нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній ставить застройщика признаніемъ за собственникомъ земли указаннаго правомочія въ болѣе неблагоприятное положеніе, чѣмъ положеніе собственника земли при разрѣшеніи вопроса, требующаго примиренія ихъ противоположныхъ интересовъ.

Но, если, съ точки зрѣнія указанныхъ законодательствъ, собственнику земли, *по закону*, не принадлежитъ право требовать по прекращеніи права застройки оставленія строеній въ свою пользу за возмѣщеніе, равное стоимости строительных матеріаловъ, то *договоромъ* такое право можетъ быть въ пользу его установлено; спрашивается, имѣетъ ли такого рода договорное соглашеніе значеніе акта, коимъ *ipso jure* совершается переходъ собственности?

Хотя намѣреніе сторонъ здѣсь именно въ томъ и состоитъ, чтобы съ прекращеніемъ права застройки постройки

переходили въ собственность владѣльца земли безъ особаго акта, тѣмъ не менѣе нужно признать, что такой результатъ представляется возможнымъ лишь тамъ, гдѣ, какъ въ австрійскомъ правѣ, самъ законъ это устанавливаетъ; тамъ же, гдѣ, какъ въ германскомъ, швейцарскомъ и нашемъ правѣ, такой переходъ закономъ прямо не предписывается, рассматриваемое соглашеніе порождаетъ лишь обязательственное требованіе о передачѣ зданія, а не искъ изъ права на зданіе о выдачѣ послѣдняго; самый же переходъ права собственности на строеніе, основанный на этомъ обязательственномъ требованіи, можетъ состояться лишь на основаніи общихъ правилъ о передачѣ права собственности на недвижимое имѣніе; съ точки же зрѣнія взгляда, согласно коему зданія на чужой землѣ являются движимыми вещами, требуется передача. Такимъ образомъ, въ случаѣ несостоятельности и конкурса, собственнику земли принадлежитъ въ отношеніи земельного участка право требовать выдѣленія его изъ конкурсной массы какъ вещи, не принадлежащей застройщику, напротивъ, въ отношеніи строенія ему, какъ имѣющему лишь обязательственное требованіе, такое право не принадлежитъ.

ГЛАВА V.

Установленіе права застройки, его предположенія и формы.—Способы установленія права застройки.—Договоръ, завѣщательное распоряженіе, давность, судебное рѣшеніе.—Срокъ и условіе.—Вознагражденіе за право застройки.—Приобрѣтеніе существующаго права застройки.—Измѣненіе содержанія его.

Отъ установленія права застройки необходимо отличать приобрѣтеніе названнаго права; въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ о возникновеніи несуществовавшаго до этого права, во второмъ—лишь о переходѣ существующаго отъ одного лица къ другому.

Такъ какъ въ источникахъ римскаго права нѣтъ опредѣленныхъ указаній на способы установленія суперфициарнаго права, то вопросъ о томъ, допустимъ ли тотъ или иной способъ установленія вещныхъ правъ при установленіи суперфициарія, представляется почти всегда болѣе или менѣе спорнымъ.

1. Источники ¹⁾ даютъ примѣры установленія суперфициарнаго права посредствомъ *договора*. Но всякій ²⁾ ли договоръ годенъ для установленія его или только *locatio-conductio* ³⁾? Этотъ споръ теорія и практика общаго права разрѣшаетъ въ пользу перваго мнѣнія: суперфиций можетъ быть установленъ всякимъ договоромъ. Вопросъ о томъ, достаточно ли для прибрѣтенія вещнаго права заключенія до-

¹⁾ Напр. D. XIII. 7. 17; D. XLIII 8. 2. 17; D. VI. 1. 74; D. XX. 4. 15.

²⁾ *Waechter*, у. с., стр. 59 и слѣд., напротивъ, исключаетъ *locatio-conductio*, но это стоитъ въ явномъ противорѣчій съ источниками—D. XLIII. 18. 1 и 2.

³⁾ *Degenkolb*, у. с., стр. 23 и слѣд.

говора, устанавливающего суперфиций, или требуется, кроме того, традиция, рѣшается романистами также неодинаково. По мнѣнію *однихъ*, требованіе послѣдовательности достаточно обосновываетъ необходимость традиции: источники ¹⁾ говорятъ о традиции при пересвоеніи существующаго суперфиция; послѣдовательность, говорятъ, требуетъ примѣненія ея и при установленіи суперфициарнаго права ²⁾. *Другіе* считаютъ эту аргументацію, хотя бы и подкрѣпленную ссылкой на аналогію съ собственностью, мало убѣдительною и полагаютъ, что договоръ безъ традиции достаточенъ для установленія суперфиция. Последнее представляется намъ болѣе правильнымъ, такъ какъ источники нигдѣ не требуютъ традиции, изъ природы же самаго суперфициарнаго права не представляется возможнымъ вывести необходимость последней; господствующее мнѣніе отрицаетъ необходимость традиции для установленія сервитутовъ, нѣтъ основаній требовать ея и для суперфиция ³⁾.

Въ общемъ правѣ договоръ является лишь самымъ обычнымъ, но не единственнымъ основаніемъ возникновенія суперфиция, на ряду съ нимъ господствующее мнѣніе ⁴⁾ такими основаніями считаетъ еще отказъ, давность и судебное рѣшеніе.

2. *Завѣщательное распоряженіе* служитъ основаніемъ возникновенія суперфициарнаго права, а не требованія легатарія къ наслѣднику объ установленіи послѣдняго ⁵⁾, если,

¹⁾ D. XLIII. 18. 1. 7. говоритъ о возможности, а не о необходимости традиции: „sed et tradi posse intellegendum est“. Срв. *Gesterding*, *Lehre von Eigentum*, стр. 446, *Heimbach*, въ *Rechtslexikon Weiske*, Bd. X, стр. 700.

²⁾ *Dernburg*, *Pand.* § 259 прим. 8. Срв. тамъ-же, § 252 въ концѣ.

³⁾ *Waechter*, у. с., стр. 61 и слѣд.; *Windscheid*, P., Bd. I, § 223, прим. 12. Срв. *A. Ch. I. Schmidt*, *Handbuch d. gem. Deutsch. bürger. Rechts*, 1848, II стр. 57 и слѣд.

⁴⁾ Срв. *Degenkolb*, у. с., стр. 28 и слѣд.; критику указаннаго автора даетъ *Waechter*, у. с., стр. 67 прим. 2.

⁵⁾ *Waechter*, у. с., стр. 98 и слѣд., *Windscheid*, у. с., § 223 пр. 12, *Dernburg*, P., § 259, п. II ц. 1; срв. *Degenkolb*, у. с., стр. 40.

конечно, наслѣдодатель имѣетъ въ виду обремененіе суперфициарнымъ правомъ своей земли, а не чужой; въ послѣднемъ случаѣ, когда, напримѣръ, завѣщатель отказывается третьему лицу суперфициарное право на землю своего наслѣдника, отказополучатель не приобретаетъ суперфициарнаго права, а только личное требованіе къ наслѣднику объ установленіи послѣдняго.

3. Спорный вопросъ о допустимости *давности*, какъ способа установленія суперфиция, разрѣшается господствующимъ мнѣніемъ и судебной практикой положительно по аналогіи съ пользовладѣніемъ и сервитутнымъ правомъ ¹⁾.

4. Возможнымъ признается ²⁾, наконецъ, установленіе суперфициарнаго права и путемъ *судебнаго рѣшенія*, а именно, въ спорахъ сособственниковъ земельного участка, когда наиболѣе цѣлесообразнымъ представляется такой раздѣлъ, при которомъ одному или нѣсколькимъ участникамъ общей собственности присуждается право застройки на общій земельный участокъ.

Современныя законодательства, за исключеніемъ русскаго и австрійскаго закона о правѣ застройки, не даютъ особыхъ указаній о способахъ установленія права застройки.

Германское Гражданское Уложеніе вообще велитъ къ наслѣдственному праву застройки примѣнять правила, постановленныя относительно поземельныхъ участковъ, въ частности, постановленія о порядкѣ приобрѣтенія права собственности и постановленія относительно притязаній, вытекающихъ изъ права собственности ³⁾. Слѣдовательно, по германскому праву право застройки устанавливается посредствомъ юридической сдѣлки или давностью. Для установленія права собственности на поземельный участокъ германское право

¹⁾ „Иначе, что стало бы“, говоритъ Дербургъ, „съ тѣми давно учрежденными суперфициями, титулъ которыхъ съ теченіемъ времени утратился“. — См. рус. перевод. *Pand.* § 259 стр. 262; *Reinicke*, у. с., стр. 29 и слѣд.

²⁾ *Waechter*, у. с., стр. 104.

³⁾ B. G. B., § 1017.

предписывает особую форму, которая въ силу § 1017 требуется и для установления права застройки.

Для установления права застройки, такимъ образомъ, необходимо: 1) соглашение собственника земли съ лицомъ, въ пользу коего право застройки устанавливается, о наступлении соответствующаго измѣненія въ правахъ и 2) *внесение* этого измѣненія въ *вотчинную книгу* ¹⁾. Внесение такого соглашения предполагаетъ ²⁾ заявление о немъ вотчинному установлению и одновременное присутствіе обѣихъ сторонъ ³⁾.

Въ основаніи указаннаго соглашения объ установлении права застройки могутъ лежать различныя каузальныя сдѣлки: купля, дареніе, отказъ. Совокупностью условій такой сдѣлки опредѣляется содержаніе отдѣльнаго конкретнаго права застройки; оно, однако, можетъ варьироваться названными сдѣлками лишь въ границахъ, опредѣляемыхъ легальнымъ понятіемъ права застройки какъ особаго типа вещныхъ правъ.

Съ другой стороны, такой договоръ долженъ заключать въ себѣ во всякомъ случаѣ выраженіе согласія на установление именно права застройки—права имѣть *опредѣленное* строеніе на опредѣленномъ поземельномъ участкѣ. Вопросъ о томъ, достаточно ли опредѣленно согласіе сторонъ объ установлении права застройки или требуется большая детализація воли сторонъ, долженъ разрѣшаться учрежденіемъ, на которое возложено веденіе вотчинныхъ книгъ. Этимъ же учрежденіемъ разрѣшается затѣмъ и вопросъ о томъ, соответствуетъ ли существу права застройки то правоотношеніе, которое желаютъ установить стороны.

Германское Уложеніе не требуетъ никакого опредѣленнаго минимума содержанія договора объ установлении права застройки (*Erbbaurechtsvertrag*); молчаніе закона дѣлаетъ спорной ³⁾ и форму этого договора по германскому праву;

¹⁾ В. Г. В., § 873.

²⁾ Г. В. О., § 20.

³⁾ В. Г. В., § 1015.

⁴⁾ Господствующее мнѣніе требуетъ, на основаніи § 1017, примѣненія къ праву застройки § 313, въ силу коего, договоръ о передачѣ права

напротивъ, *австрійскій* законъ о правѣ застройки устанавливаетъ минимумъ содержанія договора объ установлении разсматриваемаго права (*Baurechtsvertrag*) какъ положительно, требуя указанія срока (30—80 лѣтъ), на который оно устанавливается, и размѣра вознагражденія, и отрицательно, запрещая вносить въ договоръ отмѣнительныя условія ¹⁾.

Какъ и по германскому уложенію право застройки возникаетъ по новому австрійскому закону какъ вещное обремененіе недвижимости только съ момента внесенія соглашения объ установлении права застройки въ *вотчинную книгу* ²⁾ на основаніи общаго порядка установления вещныхъ правъ на недвижимости. Законъ о правѣ застройки дѣлаетъ, однако, здѣсь весьма существенное отступленіе отъ общихъ условій этого порядка: право застройки можетъ быть установлено только какъ *первое* вещное обремененіе недвижимости; послѣ другихъ, не на первомъ мѣстѣ оно не можетъ быть внесено въ *вотчинную книгу* ³⁾; этимъ требованіемъ законъ стремится создать праву застройки прочную кредитоспособность. Устанавливая указанныя условія для договора объ установлении права застройки, австрійскій законъ не указываетъ, однако, другихъ способовъ установления и пріобрѣтенія права застройки, остается, поэтому, сомнительнымъ, въ какой мѣрѣ допустимы прочія юридическія сдѣлки въ качествѣ титула для установления права застройки, такъ какъ отчуждаемость и наследственность послѣдняго указываютъ на допустимость всѣхъ способовъ пріобрѣтенія только уже существующаго права застройки.

собственности на недвижимое имѣніе долженъ быть облеченъ въ форму нотаріальнаго или судебного акта. Срв. *Kretzschmar*, у. с., стр. 440.

¹⁾ Gesetz vom 26 Apr. 1912, betreffend das Baurecht, §§ 3 и 4.

²⁾ Тамъ-же, § 5.

³⁾ Тамъ-же; устраненіе этого препятствія для установления права застройки на заложенной землѣ происходитъ на основаніи особыхъ правилъ, изложенныхъ въ §§ 13—15 закона 26 апр. 1912 г.

Равнымъ образомъ, нѣтъ въ австрійскомъ правѣ, какъ и въ нашемъ, никакихъ указаній относительно формы договора, который полагается въ основаніе установленія права застройки¹⁾.

Возможно ли установленіе права застройки посредствомъ *судебнаго рѣшенія*? Германское Гражданское Уложение не даетъ объ этомъ никакихъ опредѣленныхъ указаній; но, если, по Уложению, къ праву застройки должны примѣняться правила о порядкѣ пріобрѣтенія права собственности на поземельные участки, то нужно признать, что ни со стороны Уложения²⁾, ни со стороны природы самаго правоотношенія нѣтъ препятствій считать судебное рѣшеніе возможнымъ титуломъ для установленія права застройки.

Объ установленіи права застройки дѣлается отмѣтка въ вотчинной книгѣ на листѣ обременяемой правомъ застройки недвижимости³⁾, для самаго же права застройки въ вотчинной книгѣ отводится особый листъ лишь по ходатайству сторонъ; ex officio это необходимо лишь въ случаѣ установленія обремененія права застройки или отчужденія его⁴⁾. Такимъ образомъ, о правѣ застройки въ вотчинной книгѣ говорятъ два листа: листъ, занимаемый недвижимостью, обремененной правомъ застройки, и листъ, специально для сего послѣдняго отводимый въ указанныхъ сейчасъ условіяхъ.

Всегда возможно несоотвѣтствіе между данными этихъ источниковъ, и, слѣдовательно, всегда возможенъ вопросъ, какой изъ двухъ этихъ листовъ долженъ почитаться достовернымъ, рѣшающимъ для того или другого обстоятельства. Принимая во вниманіе, что законъ *требуетъ* отведенія особаго листа для права застройки только на случай обремене-

¹⁾ См. *Forchheimer*, у. с., прим. 17.

²⁾ См. Z. P. O., §§ 894—898, G. B. O., §§ 19—32.

³⁾ Первый Проектъ Гражд. Уложения, § 966—Protokolle, 3, стр. 28, 284, — требовалъ занесенія отмѣтки объ установленіи права застройки не только въ листъ недвижимости имъ обременяемой, но и въ листъ, отводимый специально для устанавливаемого права застройки.

⁴⁾ G. B. O., § 7.

нія или отчужденія послѣдняго, нужно признать, что во всѣхъ другихъ случаяхъ для бытія права застройки достаточнымъ является отмѣтка о немъ на листѣ обременяемой недвижимости¹⁾. Слѣдовательно, во всѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о самомъ бытіи или небытіи права застройки, о существенныхъ элементахъ его содержанія или измѣненіи его, наконецъ, о положеніи его среди прочихъ обремененій недвижимости—во всѣхъ этихъ вопросахъ рѣшающимъ нужно считать указаніе листа, отведеннаго поземельному участку, обремененному правомъ застройки. Напротивъ, въ тѣхъ вопросахъ, которые касаются различныхъ обремененій права застройки, измѣненій лица застройщика, ограниченій его въ правѣ распоряженія правомъ застройки, измѣненія обремененій права застройки, внесенія возраженій противъ достоверности вотчинной книги²⁾—во всѣхъ этихъ вопросахъ рѣшающимъ является содержаніе листа, отведеннаго праву застройки. Такъ, напримѣръ, на основѣ этихъ общихъ началъ вопросъ о прекращеніи права застройки долженъ разрѣшаться содержаніемъ вотчинной книги, отведенной поземельному участку, обремененному правомъ застройки; вопросъ о прекращеніи требованія, обеспеченнаго залогомъ права застройки, долженъ, напротивъ, разрѣшаться на основаніи данныхъ листа, отведеннаго въ вотчинной книгѣ сему послѣднему. Вслѣдъ за погашеніемъ права застройки въ листѣ недвижимости, имъ обремененной, долженъ быть уничтоженъ листъ, отведенный самому праву застройки.

Право застройки предполагаетъ владѣніе и потому можетъ возникнуть и посредствомъ *давности*. Это представляется возможнымъ въ случаѣ, когда право застройки неправильно вносится въ вотчинную книгу, такъ что, съ точки зрѣнія формальныхъ требованій закона объ установленіи права застройки, оно не существуетъ юридически въ пользу лица, его осуществляющаго, и лицо это, какъ застройщикъ,

¹⁾ Срв. *Fuchs*, у. с., I, 1902, стр. 270.

²⁾ В. G. B., § 899.

по такому неправильному внесению владѣть поземельнымъ участкомъ въ теченіе 30 лѣтъ (Tabularersitzung)¹⁾; теченіе давности приостанавливается, если внесено возраженіе противъ правильности внесения или если искъ противъ давности не можетъ быть предъявленъ со стороны настоящаго застройщика.

Весьма спорно, возможно ли возникновеніе права застройки путемъ признанія въ порядкѣ вызывнаго производства²⁾ права застройщика утраченнымъ въ случаѣ, когда другое лицо провладѣло обремененнымъ этимъ правомъ земельнымъ участкомъ въ качествѣ застройщика въ теченіе 30 лѣтъ. Сюда относятся случаи, когда кто-либо осуществляетъ право застройки, не внесенное ни на чье имя въ вотчинныя книги, или когда мнимый застройщикъ осуществляетъ чужое право застройки, въ теченіе давностнаго срока. Господствующее мнѣніе (Biermann, Endemann, Fuchs, Gierke) отрицаетъ возможность пріобрѣтенія этимъ путемъ права застройки, такъ какъ § 927 имѣетъ въ виду только погасительную давность³⁾.

Но не представляется ли возможнымъ установленіе права застройки въ условіяхъ § 927 на основаніи постановляемаго въ порядкѣ вызывнаго производства судебного опредѣленія? § 927 Германскаго Гражданскаго Уложенія гласитъ: „Права собственника поземельнаго участка могутъ быть признаны утраченными въ порядкѣ вызывнаго производства, если другое лицо провладѣло этимъ участкомъ въ видѣ собственности въ продолженіе 30 лѣтъ. Время владѣнія исчисляется по тѣмъ же правиламъ, какъ и срокъ на пріобрѣтеніе движимыхъ вещей по давности владѣнія. Если собственникъ внесенъ въ вотчинную книгу, то означенное вызывное производство допускается лишь въ томъ случаѣ, если собственникъ умеръ или безвѣстно отсутствуетъ и если въ теченіе 30 лѣтъ не послѣдовало такого внесенія въ вотчинную кни-

¹⁾ В. Г. В., § 900.

²⁾ На основаніи § 927 В. Г. В.

³⁾ Срв. Staudinger, у. с. объясн. § 1017, Oberneck, у. с., 1900, § 76.

гу, на которое собственникъ долженъ былъ изъяснить согласіе.

Тотъ, въ чью пользу состоялось опредѣленіе о признаніи правъ собственника утраченными, пріобрѣтаетъ право собственности чрезъ внесеніе его въ вотчинную книгу, по его требованію, въ качествѣ собственника участка.

Если до воспослѣдованія такого опредѣленія третье лицо было внесено въ вотчинную книгу въ качествѣ собственника или въ огражденіе права собственности третьяго лица въ книгу было внесено возраженіе противъ достовѣрности вотчинной книги, что означенное опредѣленіе не имѣетъ силы противъ того третьяго лица.“

Нѣкоторые юристы понимаютъ приведенную статью въ смыслѣ правила о способѣ *пріобрѣтенія* права, полагая, что на это пониманіе уполномочиваетъ мѣсто § 927 среди нормъ, трактующихъ о *пріобрѣтеніи* правъ,¹⁾ но по болѣе правильному мнѣнію, согласно буквальному смыслу приведенной статьи, въ ней нужно видѣть только указаніе порядка констатированія *потери* права²⁾; въ пользу этого мнѣнія говоритъ еще и то обстоятельство, что § 927 имѣетъ въ виду субъективное прекращеніе права застройки, вслѣдствіе же его наступленія въ условіяхъ разсматриваемаго параграфа происходитъ консолидація собственности, а не переходъ права застройки къ другому пріобрѣтателю.

Таковы способы установленія права застройки. Перейдемъ теперь къ вопросу о пріобрѣтеніи существующаго права застройки.

Какъ право отчуждаемое и наследственное, superficies можетъ свободно переходить отъ одного лица къ другому, какъ по сдѣлкамъ inter vivos, такъ и mortis causa.

Пересвоееніе существующаго *суперфиція* можетъ совершаться посредствомъ традиціи, судебного рѣшенія, наследо-

¹⁾ Planck, у. с., 1906, Bd. III стр. 356, Staudinger, у. с., Bd. III стр. 286

²⁾ Motive, Bd. III, 474, Fuchs, у. с. стр. 275.

ванія ¹⁾: господствующее мнѣніе (Lenel, Dernburg), не считая для этого достаточнымъ договоръ, требуетъ для перенесенія существующаго суперфициарнаго права традиціи ²⁾.

Приобрѣтеніе существующаго права застройки, по германскому праву ³⁾, совершается тѣми же способами, что и передача права собственности на недвижимое имѣніе. Такими способами являются: а) *вещный договоръ* о перенесеніи права застройки и внесеніе его въ листъ, отведенный въ вотчинной книгѣ для отчуждаемаго права; такъ же, какъ при переходѣ права собственности на недвижимость, соглашеніе о переходѣ права застройки не можетъ быть ни условнымъ, ни срочнымъ, ⁴⁾; напротивъ, передача срочнаго или установленнаго подъ условіемъ права застройки представляется вполне допустимой; б) *наслѣдованіе* законное и завѣщательное ⁵⁾, но не отказъ, создающій лишь обязательственное требованіе ⁶⁾, о передачѣ права застройки, а не самый переходъ его; в) *принудительное отчужденіе* ⁷⁾ и г) *отреченіе*, ⁸⁾ такъ какъ послѣднее только съ согласія вѣрителей права застройки можетъ вести къ консолидаціи собственности; д) *бракъ*, устанавливающій общность имущества, въ тѣхъ случаяхъ, когда одинъ изъ супруговъ имѣлъ право застройки, ⁹⁾ е) *судебное рѣшеніе*, но не непосредственно, а лишь въ качествѣ титула для внесенія акта перехода права застройки въ вотчинныя книги, причемъ самый переходъ считается состоявшимся съ момента внесенія. *Давность*, какъ способъ первоначальнаго приобретенія, а не производнаго, не можетъ

¹⁾ D. XLIII. 18. 1. 7; D. XXX. 1. 86. 4; D. X. 3. 1. 8; D. X. 2. 10.

²⁾ Срв. *Waechter*, у. с., стр. 105 и слѣд., *Windscheid*, у. с., § 223, пр. 12.

³⁾ § 1017 B. G. B.

⁴⁾ B. G. B., § 925. Срв. *Fuchs*, у. с., 1902, стр. 269, *Staudinger*, у. с., Bd. III стр. 284.

⁵⁾ B. G. B., §§ 1922, 1992, 2100, 2139.

⁶⁾ Тамъ-же, § 2174.

⁷⁾ Z. V. G., § 90.

⁸⁾ *Motive*, III стр. 443, 460, 474, отрицають это.

⁹⁾ B. G. B., §§ 1438, 1519, 1549.

служить способомъ приобретенія существующаго права застройки.

Хотя всякое право застройки должно, по своему содержанію, соответствовать легальному понятію этого типа вещныхъ правъ, тѣмъ не менѣе, въ зависимости отъ различныхъ конкретныхъ условій содержаніе его въ отдѣльныхъ случаяхъ договоръ можетъ опредѣлять весьма различно. Однако, нѣтъ необходимости, чтобы право застройки, разъ установленное, оставалось навсегда неизмѣннымъ въ своемъ содержаніи; содержаніе существующаго права застройки всегда возможно измѣнить.

Какъ правоотношеніе, устанавливаемое обычно на весьма продолжительное время, право застройки уже по этому одному даетъ немало основанийъ для измѣненія его содержанія. Необходимость такого измѣненія можетъ быть нерѣдко предусмотрѣна уже при самомъ установленіи его; дѣйствительность оправдываетъ это соображеніе: многіе изъ опубликованныхъ въ Германіи договоровъ объ установленіи права застройки содержатъ въ себѣ условія объ измѣненіи содержанія его; большею частью эти измѣненія касаются высоты вознагражденія, платимаго застройщикомъ собственнику земли, но встрѣчаются измѣненія и другого содержанія.

Надобность въ измѣненіи содержанія права застройки можетъ возникнуть и позднѣе, не будучи предусмотрѣнной при установленіи его. Германское Гражданское Уложеніе ¹⁾ указываетъ для этого прямой путь—внесеніе въ вотчинную книгу соглашенія сторонъ объ измѣненіи содержанія на основаніи общихъ положеній Уложенія о правахъ на поземельные участки ²⁾. Если право застройки, содержаніе коего необходимо измѣнить, обременяетъ поземельный участокъ, на которомъ послѣ установленія права застройки установлены еще другія обремененія, тогда для дѣйствитель-

¹⁾ B. G. B., § 877.

²⁾ B. G. B., §§ 873—903.

ности измѣненія содержанія послѣдняго необходимо согласіе лицъ, вещно-управомоченныхъ по этимъ позднѣйшимъ обремененіямъ земельного участка. Само собою разумѣется, что кромѣ этого, такъ сказать, непосредственного способа, измѣненіе содержанія права застройки можетъ быть осуществлено косвенно—путемъ отмѣны существующаго права застройки и установленія новаго желаемого содержанія.

О способахъ установленія права застройки *по нашему праву* говоритъ совершенно опредѣленно самъ законъ. „Собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой“, гласитъ законъ ¹⁾, „подъ застройку другому лицу *по договору*... согласно правиламъ, изложеннымъ въ послѣдующихъ статьяхъ“. Приведенныя слова закона въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что изложенныя въ послѣдующихъ статьяхъ закона о правѣ застройки правила не указываютъ никакихъ иныхъ способовъ установленія послѣдняго, показываютъ, что, по нашему праву, договоръ ²⁾ является един-

¹⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 1.

²⁾ Проектъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ, одобренный Госуд. Думой, допускалъ и завѣщательное распоряженіе, какъ способъ установленія права застройки. Однако, силу закона получила статья первая законопроекта въ редакціи Особой Коммиссіи Гос. Совѣта, въ которой нѣтъ упоминанія, какъ мы видѣли, о завѣщательномъ распоряженіи. Исключеніе завѣщательнаго распоряженія изъ текста первой статьи закона мотивируется такими соображеніями: „По Законамъ Гражданскимъ собственникъ въ правѣ завѣщать благопріобрѣтенное имущество или въ полную собственность, или же во временное владѣніе и пользованіе (ст. 1011), а также можетъ обязывать своихъ наслѣдниковъ денежными выдачами, впрочемъ, лишь на время ихъ жизни (ст. 1086). Такимъ образомъ, хотя законъ и допускаетъ завѣщательныя распоряженія, ограничивающія права наслѣдниковъ установленіемъ пожизненнаго владѣнія или обязательныхъ выдачъ, но при этомъ обуславливаетъ такое ограниченіе сравнительно небольшимъ періодомъ времени, а именно, продолжительностью жизни пожизненнаго владѣльца, либо наслѣдниковъ самого завѣщателя. При предоставленіи же другому лицу по завѣщанію права застройки, т. е. такого вещнаго права, которое устанавливается на очень продолжительное время (отъ 36 лѣтъ до 99), завѣщатель не только временно ограничивалъ бы права своихъ наслѣдниковъ на извѣстный участокъ, но и обращалъ бы во многихъ случаяхъ права послѣдующихъ по-

ственнымъ основаніемъ возникновенія права застройки. Слѣдовательно, ни завѣщательное распоряженіе, ни давность, ни судебное рѣшеніе, ни вообще никакіе иные способы не могутъ быть, по нашему праву, основаніемъ возникновенія права застройки. Въ частности, *давность* не можетъ быть способомъ установленія права застройки не только потому, что законъ о правѣ застройки не указываетъ ее въ качествѣ способа установленія послѣдняго, но и вслѣдствіе того, что дѣйствующее гражданское право наше ¹⁾ допускаетъ давность только какъ способъ пріобрѣтенія права собственности на имущество, но не права на чужую вещь.

колѣній на таковой почти въ *quidam ius*. Такое положеніе, по мнѣнію Особой Коммиссіи, едва ли представляется справедливымъ и ни соотвѣтствуетъ общему духу нашего дѣйствующаго законодательства, которое, не допуская установленія завѣщателемъ какихъ-либо правъ въ своемъ имуществѣ въ пользу поколѣнія его наслѣдниковъ, не должно разрѣшать на долгіе періоды ограниченія завѣщателемъ вещныхъ правъ послѣдующихъ правопреемниковъ его наслѣдниковъ.

Независимо отъ сего, какъ уже было указано выше, право застройки является результатомъ соглашенія собственника земли съ застройщикомъ, при которомъ первый представляетъ участокъ своей земли на извѣстныхъ условіяхъ подъ застройку, а второй, соглашаясь на эти условія, принимаетъ на себя обязанность возвести постройку и уплачивать условленное вознагражденіе. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда право застройки устанавливалось бы завѣщательнымъ распоряженіемъ, т. е. актомъ одностороннимъ, лицо, которому это право предоставляется, не являясь самостоятельнымъ контрагентомъ, считало бы себя въ правѣ уклоняться отъ выполненія хотя прямо и непредусмотрѣнныхъ въ завѣщаніи условій, но могущихъ, однако, быть существенными условіями установленія права застройки. Вмѣстѣ съ симъ, Особая Коммиссія не можетъ не имѣть въ виду, что на практикѣ, при тѣхъ обстоятельствахъ, которыми часто сопровождается составленіе завѣщаній, и при обыкновенномъ въ этихъ случаяхъ нравственномъ состояніи завѣщателя, послѣдній едва ли былъ бы въ силахъ проявить ту необходимую предусмотрительность, которую онъ несомнѣнно проявилъ бы при заключеніи двусторонняго договора, въ цѣляхъ огражденія въ должной мѣрѣ интересовъ своихъ наслѣдниковъ“.—Докладъ Особ. Коммиссіи Гос. Совѣта, стр. 8.

¹⁾ Св. Зак., т. X ч. 1 ст. 533, 565, 567. Рѣш. Гр. К. Д. С., 1903 г., № 31.

Что касается завѣщательнаго распоряженія, то нужно сказать, что здѣсь слѣдуетъ отличать установленіе права застройки отъ обязательства установить послѣднее; если законъ не упоминаетъ о завѣщательномъ распоряженіи какъ способѣ установленія права застройки, то это означаетъ, что оно не можетъ быть основаніемъ возникновенія права застройки, но отнюдь не значитъ, что завѣщательное распоряженіе, коимъ на наследника или иное лицо возлагается обязанность установить право застройки, является недействительнымъ.

Хотя въ нашихъ законахъ гражданскихъ не указанъ общій порядокъ установленія и перехода права отдѣльнаго владѣнія, но практика примѣняетъ къ этимъ актамъ требованіе крѣпостной формы ¹⁾. Точно также и договоръ, коимъ устанавливается право застройки, совершается крѣпостнымъ порядкомъ ²⁾, слѣдовательно, право застройки возникаетъ въ моментъ совершенія крѣпостнаго акта, т. е. съ момента утвержденія акта старшимъ нотаріусомъ ³⁾; но, какъ въ дру-

¹⁾ См. Рѣш. Гр. К. Д. П. С., 1892 г. № 116 и Общ. Собр. 1881 г. № 47, указ. въ Объясн. Зап. М. В. Д., стр. 41.

²⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 26. Необходимость крѣпостнаго порядка для установленія права застройки авторы законопроекта М. В. Д. мотивируютъ слѣдующими соображеніями: „Обращаясь къ обсужденію вопроса, необходимо ли для установленія права наследственной застройки совершеніе крѣпостнаго документа или достаточно акта домашняго, слѣдуетъ руководствоваться общимъ началомъ, что право наследственной застройки должно быть устанавливаемо тѣмъ же порядкомъ, какимъ оно должно быть отчуждаемо.

Допущеніе отчуждать право наследственной застройки домашнимъ порядкомъ въ значительной мѣрѣ закроетъ для этого права дешевый банковый кредитъ. Пріемъ банкомъ въ залогъ имущества, которыя могутъ быть отчуждаемы домашнимъ, не крѣпостнымъ, порядкомъ, представилъ бы для нихъ большой рискъ, такъ какъ названныя учрежденія не были бы гарантированы въ томъ, что закладываемое имущество принадлежитъ заемщику, и, что оно не можетъ перейти впослѣдствіи къ другому лицу безъ вѣдома и согласія банка и безъ перевода банковаго долга (Ср. Выс. утв. 26 мая 1897 г. мн. Гос. Совѣта).

³⁾ По Проекту Гражданскаго Уложенія такимъ моментомъ является моментъ внесенія пріобрѣтаемаго права въ вотчинную книгу—ст. 837.

гихъ отношеніяхъ, такъ и въ данномъ случаѣ, отъ установленія посредствомъ договора права застройки нужно отличать договоръ объ установленіи; моментомъ возникновенія правъ и обязательствъ, порождаемыхъ такимъ договоромъ является моментъ совершенія послѣдняго; съ этого момента возникаетъ для контрагентовъ, между прочимъ, обязанность совершенія крѣпостнымъ порядкомъ установленія права застройки. Для того, однако, чтобы быть основаніемъ возникновенія права застройки, договоръ объ установленіи послѣдняго долженъ отвѣчать цѣлому ряду условій, закономъ положительно указанныхъ. Законъ прежде всего опредѣляетъ *мінімумъ содержанія* такого договора. Законъ положительно указываетъ всѣ существенные элементы содержанія его и этимъ вводитъ волю сторонъ въ опредѣленныя границы. Каждый договоръ объ установленіи права застройки не только долженъ заключать въ себѣ всѣ указанные закономъ элементы содержанія, но онъ не долженъ, кромѣ того, содержать въ себѣ никакихъ опредѣленій, которыя противорѣчили бы существеннымъ признакамъ права застройки.

Въ частности, каждый „договоръ о правѣ застройки долженъ заключать въ себѣ:

- 1) наименованіе акта договоромъ о правѣ застройки;
- 2) обязательство застройщика произвести, въ опредѣленный срокъ, постройку;
- 3) опредѣленіе размѣра и сроковъ вознагражденія собственника, и
- 4) срокъ, на который устанавливается право застройки.

Кромѣ того, въ договоры могутъ быть включаемы условія о судьбѣ возведенныхъ построекъ по прекращеніи договора, о предоставленіи застройщику права обременять занятый имъ подъ застройку *участокъ* правами участія частнаго (сервитутами), о предоставленіи собственнику земельного участка права преимущественной покупки въ случаѣ добровольнаго отчужденія застройщикомъ права застройки, а также

другія условія, не противорѣчація существеннымъ признакамъ права застройки“¹⁾.

Такъ какъ договоръ о правѣ застройки совершается крѣпостнымъ порядкомъ, то вопросъ о соответствіи содержанія конкретного договора о правѣ застройки съ требованиями закона долженъ быть рѣшенъ представителемъ нотариата; только правильно составленный договоръ можетъ быть утвержденъ старшимъ нотариусомъ; впрочемъ, дѣйствительность договора не зависитъ отъ признанія или непризнанія нотариусомъ данного договора соответствующимъ требованиямъ закона; недѣйствительный договоръ, занесенный въ реестръ и утвержденный нотариусомъ, не дѣлается отъ того дѣйствительнымъ, онъ можетъ быть всегда оспоренъ судебнымъ порядкомъ.

Къ праву застройки примѣняется тотъ же порядокъ внесенія въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ, какой установленъ правилами 31 мая 1891 г.; такимъ образомъ, для каждого права застройки, а не для каждого застройщика, отводится въ реестрѣ особый листъ какъ на отдѣльное имѣніе.

Согласно ст. 27 закона о правѣ застройки, „договоры объ установленіи права застройки подлежатъ оплатѣ пропорціональнымъ гербовымъ сборомъ. Цѣною акта признается сумма первоначальнаго годичнаго платежа, умноженная на двадцать, съ добавленіемъ единовременнаго платежа, если таковой установленъ. Причитающійся съ договора гербовый

¹⁾ Первоначальная редакція статьи 26-й въ Проектѣ М. В. Д. не включала въ себѣ никакихъ указаній на содержаніе договора объ установленіи права застройки (см. ст. 13 Проекта М. В. Д.); Коммисія о чиншевомъ правѣ внесла объ этомъ предметѣ особую статью, опредѣляющую содержаніе названнаго договора отрицательно и притомъ самымъ общимъ образомъ.

И только Особая Коммисія Госуд. Совѣта внесла указанныя въ ст. 26 закона требованія конкретнаго минимума содержанія договора объ установленіи права застройки, правильно полагая, что въ виду новизны института нельзя ограничиваться въ столь важномъ вопросѣ общими правилами. См. Докладъ Особ. Ком. Гос. Совѣта, стр. 45.

сборъ, по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, разсрочивается казенною палатою на срокъ до шести лѣтъ, съ наложеніемъ запрещенія на устанавливаемое право“.

Важно отмѣтить, что, по закону, цѣна акта исчисляется по суммѣ *первоначальнаго* годичнаго вознагражденія за право застройки, слѣдовательно, на опредѣленіе этой цѣны позднѣйшія измѣненія размѣра первоначальныхъ періодическихъ платежей вліянія не имѣютъ, хотя бы такое измѣненіе и было предусмотрено въ самомъ договорѣ объ установленіи права застройки. Хотя законъ упоминаетъ лишь о пропорціональномъ гербовомъ сборѣ, но, разумѣется, съ договоровъ объ установленіи права застройки взимаются и всѣ прочіе сборы по общимъ правиламъ объ оплатѣ крѣпостныхъ актовъ.

Объектомъ права застройки является земельный участокъ въ смыслѣ особой недвижимости, значащейся какъ цѣлое въ крѣпостныхъ книгахъ подъ особымъ номеромъ и имѣющее въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ особый листъ. Предусмотрѣнная ст. 16 закона возможность раздробленія права застройки на реальныя части вызываетъ необходимость дѣленія самаго земельного участка соответственно раздробленію права застройки такъ, чтобы каждая часть земельного участка, являющаяся объектомъ послѣдняго, представляла собою самостоятельный земельный участокъ. Такъ какъ законъ допускаетъ такое раздробленіе права застройки безъ согласія собственника земли, нужно признать, что управомоченныя на право застройки лица могутъ требовать отъ собственника земли раздѣленія его земельного участка на соответственныя части. Напротивъ, установленіе права застройки въ пользу нѣсколькихъ лицъ не требуетъ дѣленія обременяемаго имъ земельного участка по числу застройщиковъ; но каждый изъ застройщиковъ можетъ требовать прекращенія общности и выдѣла ему его части въ качествѣ отдѣльнаго самостоятельнаго права застройки на соответствующую его праву часть земельного участка; этотъ выдѣлъ можетъ быть совершенъ

какъ съ согласія собственника земельного участка, обремененнаго правомъ застройки, такъ и безъ такового ¹⁾).

Законъ прямо указываетъ лишь на одно послѣдствіе такого дѣленія права застройки: всѣ созастройщики отвѣчаютъ предъ собственникомъ земли по платежамъ причитающагося ему вознагражденія въ случаѣ, если на распределеніе этихъ платежей между ними со стороны собственника согласія не воспослѣдовало, каждый за всѣхъ и всѣ за каждого.

Мы уже знаемъ, ²⁾ кто можетъ и въ чью пользу установить право застройки по закону 23 іюня 1912 г. Статья 7-я закона даетъ подробныя указанія о томъ, какъ должно устанавливаться право застройки поименованныхъ въ указанной статьѣ земель.

Съ точки зрѣнія порядка установленія права застройки, законъ различаетъ имѣнія *заповѣдныя* и *маіоратныя*; для установленія застройки на земляхъ заповѣдныхъ требуется предварительное разрѣшеніе Судебнаго Департамента Сената, для полученія коего владѣлецъ долженъ обратиться съ особымъ ходатайствомъ чрезъ мѣстную опеку; послѣдняя даетъ свои заключенія по предмету означеннаго ходатайства и препровождаетъ его губернатору, который представляетъ означенное ходатайство съ заключеніемъ опеки и своимъ въ Судебный Департаментъ Сената ¹⁾; послѣдній можетъ разрѣшить установленіе права застройки на земляхъ заповѣдныхъ лишь въ предѣлахъ ограниченій, устанавливаемыхъ на этотъ случай ст. 10 закона о правѣ застройки, а именно: 1) причитающееся владѣльцу повременное вознагражденіе можетъ быть получаемо имъ не болѣе, какъ за годъ впередъ, и 2) если по договору обусловлено единовременное вознагражденіе, то такое обращается въ неприкосновенный капиталъ, входящій въ составъ имѣнія или присоединяется къ сему капиталу, а владѣлецъ пользуется получаемыми съ капитала процентами.

¹⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 16.

²⁾ См. выше, стр. 72 и слѣд.

Означенныя въ цитированныхъ статьяхъ условія разрѣшенія установленія права застройки на земляхъ заповѣдныхъ и маіоратныхъ внесены въ законъ впервые особой Комисіей Гос. Совѣта, которая полагала, что въ отношеніи указанныхъ видовъ земель нельзя ограничиться указаніемъ, что для установленія на этихъ земляхъ права застройки требуется особое разрѣшеніе Правительствующаго Сената, а нужно точно и положительно опредѣлить тѣ условія, при которыхъ вообще можетъ быть допущено установленіе права застройки въ этого рода имѣніяхъ ¹⁾.

При установленіи права застройки на земляхъ *временно-заповѣдныхъ* законъ указываетъ другой путь для полученія предварительнаго разрѣшенія на установленіе права застройки: владѣлецъ его долженъ обратиться съ ходатайствомъ о разрѣшеніи въ Первый Департаментъ Правительствующаго Сената черезъ мѣстное собраніе предводителей и депутатовъ дворянства или должностныхъ лицъ, указанныхъ въ ст. 493¹⁵ Законовъ Гражданскихъ, каковыя со своими заключеніями ходатайство владѣльца представляютъ въ Первый Департаментъ Сената. Предварительное разрѣшеніе на установленіе права застройки на земляхъ *маіоратныхъ* дается тѣмъ же Первымъ Департаментомъ Сената по ходатайству, представляемому владѣльцемъ чрезъ мѣстныя управленія земледѣлія и государственныхъ имуществъ и губернатора.

Указанныя ограниченія относительно повременнаго вознагражденія статья 9-я требуетъ примѣнять и въ отношеніи къ землямъ *причтѣвъ православнаго исповѣданія*, на коихъ установленіе права застройки возможно лишь при наличности предварительнаго разрѣшенія Святѣйшаго Синода. Условія договора объ установленіи права застройки на земляхъ причта, противорѣчащія этимъ требованіемъ закона, должны быть признаны недействительными; таковы, напри- мѣръ, условія объ уплатѣ періодическаго вознагражденія за

¹⁾ Объ основаніяхъ указанныхъ правилъ см. Докладъ Особ. Ком. Госуд. Совѣта, стр. 28 и слѣд.

право застройки болѣе, чѣмъ за годъ впередъ. Исполненіе такого условія договора, какъ исполненіе условія недѣйствительнаго, не можетъ освобождать застройщика отъ обязанности вносить означенные платежи за каждый годъ впередъ.

Другихъ ограниченій въ выше исчисленныхъ случаяхъ законъ для установленія права застройки не дѣлаетъ, слѣдовательно, договоръ объ установленіи права застройки на земляхъ, исчисленныхъ въ ст. 7, можетъ быть заключаемъ на сроки, допустимые для всѣхъ прочихъ случаевъ, т. е. на 36—99 лѣтъ; во всѣхъ этихъ случаяхъ возможно, далѣе, установленіе обязанности уплаты не только періодическаго вознагражденія, но и единовременнаго; послѣднее, однако, не можетъ поступить въ пользу наличнаго владѣльца имѣній заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ, маіоратныхъ и причтовыхъ, такъ какъ такой капиталъ долженъ итти въ пользу въ первыхъ случаяхъ цѣлаго рода, а во второмъ—причита не наличнаго, а вообще; поэтому наличный владѣлецъ означенныхъ имѣній вправѣ пользоваться процентами съ такихъ капиталовъ, самъ же капиталъ долженъ быть внесенъ въ Государственный банкъ или иное въ законѣ указанное кредитное установленіе ¹⁾.

Таковы общія требованія закона о порядкѣ совершенія договора, устанавливающаго право застройки.

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію содержанія его.

Наиболѣе существенными элементами содержанія всякаго договора объ установленіи права застройки являются: *срокъ*, на который право устанавливается, *условія*, въ зависимость отъ которыхъ стороны нерѣдко ставятъ дѣйствіе устанавливаемаго права, и *вознагражденіе*, которое долженъ по договору застройщикъ платить собственнику за послѣднее.

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію этихъ моментовъ права застройки.

¹⁾ Ст. 485, 509 т. X ч. I; ст. 447 т. IX Св. Зак.

I. *Срокъ*.

Суперфицій въ Римѣ могъ устанавливаться какъ на опредѣленное только время, такъ и на неограниченный срокъ. Въ общемъ правѣ практиковалось установленіе суперфиціарнаго права также въ обоихъ этихъ видахъ.

Современныя законодательства или, какъ Германское Гражданское Уложеніе и Швейцарское, вовсе не содержатъ въ себѣ прямого указанія на срокъ или, какъ австрійскій или русскій законъ, допускаютъ установленіе только срочнаго права застройки и притомъ на время, крайніе предѣлы коего опредѣляются самимъ закономъ. Но и въ тѣхъ странахъ, гдѣ о срокѣ законъ молчитъ, практически едва ли возможно думать при современномъ стремленіи къ освобожденію недвижимости отъ всякихъ длительныхъ обремененій, чтобы кто-либо согласился установить на своей землѣ вѣчное право застройки. Съ другой стороны, опытъ средневѣковыхъ суперфиціарныхъ правъ континента Европы и Англіи, гдѣ земля перешла въ собственность застройщиковъ, въ наши дни дѣлаетъ вѣчное право застройки скорѣе теоретическимъ школьнымъ примѣромъ, чѣмъ практическимъ случаемъ дѣйствительной жизни.

Германское Гражданское Уложеніе, какъ выше было замѣчено, совершенно не даетъ никакихъ указаній по вопросу о томъ, возможно ли установленіе права застройки на опредѣленный срокъ, или же оно можетъ быть, въ виду молчанія закона о срокѣ, только безсрочномъ. Такъ какъ законъ ¹⁾ требуетъ, какъ мы видѣли, примѣненія къ праву застройки нормъ, постановленныхъ относительно поземельныхъ участковъ, а согласно съ этими послѣдними ²⁾, соглашеніе сторонъ о переходѣ права собственности, а, слѣдовательно, и права застройки, недѣйствительно, если оно заявлено условно или осрочено, то слѣдовало бы прійти къ заключенію, что установленіе права застройки на опредѣленный срокъ недо-

¹⁾ В. Г. В., § 1017.

²⁾ Тамъ-же, §§ 925, 873.

пустимо¹⁾; такое заключение дѣлаетъ, однако, лишеннымъ всякаго смысла особое постановленіе Уложенія²⁾, что соглашеніе между собственникомъ и пріобрѣтателемъ, необходимое на основаніи § 873 для установленія наследственнаго права застройки, должно быть заявлено вотчинному установленію въ одновременномъ присутствіи обѣихъ сторонъ, такъ какъ это при правильности изложеннаго взгляда вытекаетъ само собою изъ необходимости къ примѣненію права застройки постановленій о поземельныхъ участкахъ; вмѣстѣ съ тѣмъ § 1015 Уложенія, говоря о необходимости для установленія права застройки одновременнаго присутствія обѣихъ сторонъ при заявленіи вотчинному учрежденію объ установленіи этого права, не содержитъ въ себѣ второй части § 925, воспреещающей внесеніе въ соглашеніе о переходѣ права условія или срока. Поэтому господствующее мнѣніе³⁾ полагаетъ, что такъ какъ § 1015 не требуетъ условій, указанныхъ въ § 925, нужно признать допустимымъ установленіе какъ срочнаго, такъ и условнаго права застройки; этотъ взглядъ подкрѣпляется еще отсутствіемъ въ Германскомъ Гражданскомъ Уложеніи нормъ, воспреещающихъ установленіе права застройки на срокъ и подъ условіемъ. Нельзя, наконецъ, упускать изъ виду и того обстоятельства, что возможность установленія права застройки на срокъ и подъ условіемъ въ значительной мѣрѣ обусловливаетъ его практическую примѣнимость. Если, такимъ образомъ, установленіе права застройки представляется возможнымъ какъ на срокъ, такъ и подъ условіе, то, напротивъ, передача существующаго права застройки должна совершаться съ соблюденіемъ формы, установленной для перехода права собственности.

¹⁾ Wittmaack, у. с., стр. 48 и слѣд.

²⁾ B. G. B., § 1015.

³⁾ Motive, III § 962, ц. 4, Ent. d. Reichsg., Bd. 61 стр. 2, Biermann, Strecker, Turnau-Förster, Sohm, Ermann, Staudinger-Kober, Wieland, Gierke, Cosack, M. Wolff, Crome.

Изъ того обстоятельства, что Уложеніе не даетъ никакихъ указаній о срокѣ права застройки, слѣдуетъ, далѣе, что, по германскому праву, открыта возможность установленія права застройки какъ на самый краткій срокъ, такъ и безсрочнаго.

Это отсутствіе въ законѣ опредѣленія минимальныхъ и максимальныхъ границъ времени, на которое можетъ быть установлено право застройки, многими¹⁾ считается весьма благотѣльнымъ, такъ какъ краткосрочное право застройки замѣняетъ неизвѣстный Уложенію вещный наемъ; съ другой стороны, всякое опредѣленіе самимъ закономъ срока, на который должно устанавливаться право застройки, было бы, по этому взгляду, стѣсненіемъ свободнаго развитія и практическаго примѣненія института; какъ бы ни былъ опредѣленъ срокъ, онъ всегда вреденъ, говорятъ, такъ какъ условія кредита и продолжительность времени для погашенія затраченнаго на строительство капитала зависятъ отъ разнообразныхъ мѣстныхъ условій и потому не могутъ связываться съ опредѣленнымъ срокомъ²⁾. Свобода усмотрѣнія сторонъ въ опредѣленіи срока дѣйствія права застройки при его установленіи ограничивается, такимъ образомъ, лишь требованіемъ, чтобы назначеніе срока не было моментомъ, исключаящимъ отчуждаемость и наследственность права застройки (напримѣръ, смерть пріобрѣтателя)³⁾.

Напротивъ, по закону австрійскому и нашему, право застройки можетъ быть только срочнымъ. Мало того, по указаннымъ законодательствамъ, право застройки не только должно быть установлено всегда на извѣстный срокъ, но и самыя границы этого срока опредѣляются закономъ. § 3 австрійской новеллы о правѣ застройки постановляетъ, что

¹⁾ Напр., Pesl, у. с., стр. 72 и слѣд.

²⁾ Срокъ заключенныхъ въ Германіи договоровъ о правѣ застройки колеблется между 30 и 100 годами. См. Dietzsch, у. с., соотвѣтственные §§ тамъ напечатанныхъ договоровъ о правѣ застройки.

³⁾ См. выше, стр. 65 и слѣд.

право застройки можетъ быть установлено не менѣе, какъ на 30 и не болѣе, какъ на 80 лѣтъ. Установленіе максимальнаго срока объясняется желаніемъ исключить нетвердость права, которой оно страдало бы, по мнѣнію авторовъ закона ¹⁾, если бы могло быть установлено на неопредѣленно долгій срокъ; возможность его прекращенія по заявленію, непредусмотрѣнному заранѣе при самомъ установленіи его, колебала бы его значеніе какъ объекта реального кредита застройщика. Устанавливая maximum срока права застройки въ самомъ законѣ, составители его высказываютъ, наконецъ, опасеніе, что допустимость срока болѣе продолжительнаго можетъ повести къ образованію правоотношеній, подобныхъ средневѣковой дѣлимой собственности.

Минимальный же срокъ вводится съ цѣлью дать возможность застройщику возратить себѣ затраченный на возведеніе строеній капиталъ или на погашеніе ипотечнаго долга, обременяющаго право застройки; тридцатилѣтній срокъ представляетъ собою не теоретически опредѣленный срокъ, а minimum времени, на который устанавливались въ дѣйствительности доселѣ права застройки въ Германіи.

Нашъ законъ о правѣ застройки также исключаетъ свободное усмотрѣніе сторонъ въ вопросѣ о срокѣ, на который право застройки можетъ быть установлено: „право застройки“, гласитъ ст. 3 закона 23 іюня 1912 г., „можетъ быть устанавливаемо, по соглашенію сторонъ на сроки не менѣе 36 и не болѣе 99 лѣтъ“ ²⁾.

¹⁾ Bericht d. Kommission f. Justizgegenstände, стр. 4.

²⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 3. Соотвѣтственная ст. 2 Проекта Мин. Вн. Дѣлъ и Госуд. Думы разрѣшала вопросъ о срокѣ въ духѣ Герм. Гражд. Уложенія: „право застройки можетъ быть устанавливаемо на вѣчныя времена или на срокъ по соглашенію сторонъ, но не менѣе 36 лѣтъ“. Вопросъ о томъ необходимо ли или нѣтъ опредѣленіе срока въ самомъ законѣ у авторовъ его, повидимому, вовсе не возникало ни въ отношеніи опредѣленія minimum'a, ни maximum'a этого срока—именно 36-лѣтній срокъ признано нужнымъ установить въ качествѣ минимальнаго для права застройки въ виду того, что этотъ срокъ предусматривается какъ максимальный въ Проектѣ

Указаніе срока, на который право застройки устанавливается, является, при этомъ, существеннымъ элементомъ содержанія договора объ установленіи послѣдняго; въ силу самаго закона, договоры эти должны въ себѣ содержать указаніе срока, на который право застройки устанавливается ¹⁾. Будетъ ли недѣйствительнымъ договоръ объ установленіи права застройки, если означеніе въ немъ срока, на который послѣднее устанавливается, сдѣлано несогласно съ требованіемъ закона, на примѣръ, указанъ срокъ менѣе 36 или болѣе 99 лѣтъ?

Если право застройки, установленное на сроки, закономъ не разрѣшенные, отвѣчаетъ намѣреніямъ сторонъ и

Гражданскаго Уложенія для найма. Разногласіе вызвалъ лишь вопросъ о томъ, нужно ли вводить въ законъ опредѣленіе максимальнаго срока. Точку зрѣнія Проекта Министра Вн. Дѣлъ, одобренную Госуд. Думой, поддерживало меньшинство Особой Коммисіи Гос. Совѣта, полагая, что вѣчное право застройки въ экономическомъ отношеніи обладаетъ неоспоримыми преимуществами предъ срочнымъ наймомъ; по мнѣнію меньшинства членовъ названной коммисіи, нѣтъ основаній отъ этого ждать какихъ-либо опасностей для третьихъ лицъ, защитники вѣчнаго права застройки указывали и на то, что вѣчное владѣніе чужою землею вовсе не чуждо нашему праву, что, наконецъ, предоставленіе частнымъ лицамъ права отводить свою землю другимъ на указанныхъ основаніяхъ не равносильно обязательному проведенію такого права въ жизнь.

Большинство же Коммисіи, въ редакціи коего ст. 3 стала закономъ, отстаивала необходимость опредѣленія въ самомъ законѣ не только минимальнаго, но и максимальнаго срока, на который право застройки можетъ быть установлено. „Установленіе вѣчнаго пользованія землею“, полагаютъ авторы 3 ст. нашего закона о правѣ застройки, „неминуемо поведетъ за собою существованіе наряду съ собственникомъ даннаго имущества, за которымъ останется въ этихъ случаяхъ лишь голое право на землю, еще и вѣчнаго наследственнаго застройщика, права коего будутъ даже болѣе обширны, по своему содержанію, чѣмъ права собственника. Такимъ образомъ, между собственникомъ земли и застройщикомъ создадутся особыя, вѣчнопродолжающіяся договорныя отношенія, которыя, по существу своему, будутъ мало отличаться отъ отношеній, возникшихъ на почвѣ чиншеваго права, къ ликвидаціи коихъ такъ послѣдовательно стремится наше законодательство“.

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 26, п. 4.

при дѣйствіи на сроки закономъ предусмотрѣнные, то нѣтъ никакихъ основаній не считать такіе договоры дѣйствительными въ предѣлахъ времени, закономъ опредѣленныхъ. Но, если бы конкретныя условія отдѣльнаго случая указывали, что стороны отнюдь не заключили договора, если бы полагали возможнымъ заключеніе его только на законные сроки, то такой договоръ нужно считать недѣйствительнымъ, такъ какъ соглашеніе недѣйствительно, когда оно не выражаетъ воли сторонъ. Такое же послѣдствіе имѣетъ и совершенное отсутствіе въ договорѣ указанія на срокъ.

Если въ договорѣ срокъ обозначается календарными датами, то въ дѣйствительности въ отдѣльныхъ случаяхъ это обозначеніе, вообще вполне правильное, можетъ стать не отвѣчающимъ требованіямъ закона. Такъ, договоръ гласитъ, напримѣръ, что право застройки устанавливается на срокъ отъ 1 января 1914 г. по 1 января 2013 г. Такъ какъ право застройки, какъ особое вещное право, возникаетъ лишь съ момента совершенія крѣпостного акта, а не съ момента совершенія договора объ установленіи его, то приведенное указаніе срока въ договорѣ можетъ быть дѣйствительнымъ лишь при условіи, что утвержденіе крѣпостного акта будетъ имѣть мѣсто не позднѣе 1 января 1914 г., въ противномъ случаѣ срокъ, предусмотрѣнный договоромъ, будетъ длиннѣе 99 лѣтъ. Равнымъ образомъ, подобное обозначеніе и начального момента должно быть такъ рассчитано, чтобы исчисленіе срока дѣйствія права застройки давало въ результатъ промежутокъ времени не меньшій, чѣмъ указанный закономъ мѣсяцъ времени, на которое можетъ быть установлено право застройки.

II. Условія.

На тѣхъ же основаніяхъ, въ силу коихъ допускается установленіе срочнаго права застройки, несмотря на молчаніе закона о срокѣ, господствующее мнѣніе считаетъ допустимымъ, по германскому праву, установленіе и условнаго права застройки; возможно, слѣдовательно, дѣйствіе права застройки поставить въ зависимость какъ отъ отлагательнаго, такъ и

отмѣнительнаго условія. Свобода усмотрѣнія договаривающихся сторонъ ограничивается здѣсь лишь требованіемъ, чтобы условія эти не противорѣчили основнымъ свойствамъ права застройки—его отчуждаемости и наслѣдственности. Недѣйствительно, поэтому, условіе, въ силу коего право застройки прекращается въ случаѣ смерти застройщика или въ случаѣ отчужденія¹⁾, если эти условія имѣютъ въ виду связать неразрывно право застройки съ лицомъ перваго застройщика²⁾. Напротивъ, дѣйствительно условіе, въ силу коего по смерти застройщика право застройки должно перейти къ установителю его, такъ какъ ни наслѣдственность, ни отчуждаемость послѣдняго этимъ не отмѣняется: въ силу § 889 Германскаго Гражданскаго Уложенія вслѣдствіе соединенія въ одномъ лицѣ права собственности на земельный участокъ и права застройки не прекращается.

Вообще, поскольку самое существо права застройки не затрагивается, вполне допустимо всякое условіе, въ частности, какъ средство приданія возлагаемымъ на застройщика обязанностямъ вещнаго дѣйствія, напримѣръ, условіе, въ силу коего право застройки прекращается, если застройщикъ не уплатитъ слѣдуемаго вознагражденія за 2 или 3 срока подрядъ или если не исполнитъ обязанности поддерживать строенія въ надлежащемъ видѣ, далѣе, условіе, что право застройки должно прекратиться, если застройщикъ не возведетъ строеній въ предусмотрѣнный договоромъ срокъ и т. п.

Австрійскій законъ содержитъ въ себѣ прямое запрещеніе установленія права застройки подъ отмѣнительнымъ условіемъ³⁾, но, запрещая именно установленіе его подъ отмѣнительнымъ условіемъ, а не вообще подъ условіемъ, онъ тѣмъ самымъ разрѣшаетъ ста-

¹⁾ Срв. *Reinicke*, у. с., стр. 78 и слѣд., *Männer*, у. с., стр. 262.

²⁾ См. выше, стр. 65 и слѣд.

³⁾ Gesetz 26 Apr. 1912, betr. das Baurecht, § 4.

вить дѣйствіе права застройки въ зависимость отъ условія, поскольку, конечно, ими не затрогивается существо сего права и постановленія закона о срокѣ, на который оно можетъ быть установлено. Такимъ образомъ, австрійскій законъ избираетъ средній путь въ вопросѣ о допустимости установленія условнаго права застройки: допустимость условій вообще при недопустимости лишь отмѣнительнаго условія; послѣднее допускается только въ одномъ специальномъ случаѣ—при просрочкѣ въ уплатѣ вознагражденія за право застройки. Этотъ путь избранъ съ цѣлью упрочить кредитоспособность послѣдняго: неограниченная допустимость отмѣнительныхъ условій имѣла бы слѣдствіемъ зависимость амортизаціи ипотечнаго долга, обременяющаго право застройки, отъ случайнаго событія и тѣмъ лишала бы ее обезпеченности; это соображеніе является, по мнѣнію составителей закона, весьма важнымъ, такъ какъ, по общему правилу, застройщикъ возводитъ строенія на занятой капиталъ. Исключеніе же изъ общаго правила о недопустимости отмѣнительныхъ условій рѣшено сдѣлать въ виду того, что, согласно § 10 закона, право ипотечнаго вѣрителя въ случаѣ прекращенія права застройки распространяется на то возмѣщеніе за отходящія въ пользу собственника земли постройки, которое слѣдуетъ застройщику или по договору или по закону. Опытъ Германіи, гдѣ законъ ничѣмъ не ограничиваетъ допустимости установленія права застройки подъ отмѣнительнымъ условіемъ различнаго содержанія, по мнѣнію составителей австрійскаго закона о правѣ застройки, не можетъ быть убѣдительнымъ для Австріи, такъ какъ въ Германіи, по общему правилу, первымъ залогодержателемъ права застройки является собственникъ земли, чего не предполагается въ Австріи.

Въ нашемъ законѣ нѣтъ никакихъ специальныхъ ограниченій допустимости установленія права застройки подъ тѣмъ или другимъ условіемъ. Отсюда слѣдуетъ, что законъ предоставляетъ въ предѣлахъ указаннаго имъ срока опредѣлять договоромъ содержаніе устанавливае-

маго права и ставить его дѣйствіе въ зависимость отъ условій.

Опредѣляя minimum содержанія договора объ установленіи права застройки, нашъ законъ указываетъ, что въ договоръ этотъ „могутъ быть включаемы условія о судьбѣ возведенныхъ построекъ по прекращеніи договора, о предоставленіи застройщику права обременять занятый имъ подъ застройку участокъ правами участія частнаго (сервитутами), о предоставленіи собственнику земельного участка права преимущественной покупки въ случаѣ добровольнаго отчужденія застройщикомъ права застройки, а также другія условія, не противорѣчащія существеннымъ признакамъ права застройки“¹⁾ Законъ, такимъ образомъ, говоритъ объ условіяхъ въ самомъ широкомъ смыслѣ этого понятія, какъ въ смыслѣ отдѣльнаго постановленія договора, такъ и въ смыслѣ техническомъ, не упоминая въ частности ни объ отмѣнительныхъ ни объ отлагательныхъ условіяхъ. Отсюда надобно заключить, что, по нашему праву, установленіе права застройки подъ условіемъ возможно въ предѣлахъ тѣхъ же ограниченій, о которыхъ мы говорили по поводу права германскаго. Право застройки можетъ быть установлено лишь подъ такими условіями, коими не затрогивается сущность его, его основныя свойства—наслѣдственность и отчуждаемость и коими не нарушается постановленіе закона о срокѣ, на который право застройки можетъ быть установлено.

III. Вознагражденіе.

Періодическое вознагражденіе (*solarium*), платимое суперфициаріемъ собственнику земли за пользованіе ею какъ строительной площадью, было въ Римѣ необходимымъ элементомъ самаго понятія суперфициарнаго права²⁾; въ общемъ правѣ господствующее мнѣніе считаетъ, напротивъ, это не-

¹⁾ Настоящая статья закона внесена Особой Ком. Госуд. Совѣта; въ Проектѣ М. В. Д. упоминанія объ условіяхъ договора вовсе не было; Комиссія же Госуд. Думы ввела въ Проектъ статью (19) общаго характера.

²⁾ D. VI. 1. 74; D. XIII. 7. 17; D. XX. 4. 16; D. XXXIX. 2. 39. 2.

существеннымъ. ¹⁾ Практически же почти всѣ сохранившіеся документы ²⁾ объ установленіи суперфициарныхъ отношеній отъ средневѣковой эпохи неизмѣнно содержатъ въ себѣ указаніе на обязанность суперфициарія платить собственнику земли то или иное періодическое вознагражденіе за пользованіе землею. Незначительный размѣръ этого вознагражденія показываетъ, что нерѣдко оно являлось не эквивалентомъ за предоставленіе пользованія землею, а лишь средствомъ доказательства зависимаго характера владѣнія суперфициарія; очевидно, ему давалось назначеніе, котораго оно какъ разъ и не выполнило.

При господствѣ книжной системы регистраціи сдѣлокъ, касающихся вещныхъ правъ на недвижимость, періодическое вознагражденіе (Erbzins, оброкъ) какъ средство доказательства права застройки представляется излишнимъ. Поэтому современныя законодательства (германское, австрійское, швейцарское) представляютъ свободному усмотрѣнію договаривающихся сторонъ какъ самое установленіе или неустановленіе обязанности застройщика платить собственнику какое-либо вознагражденіе, такъ и форму и размѣръ послѣдняго. Для Англіи типичнымъ является единовременный платежъ наличной суммы по рыночной цѣнѣ права застройки; для Германіи—годовой оброкъ; но встрѣчаются, хотя и весьма рѣдко, права застройки и безъ обязанности платить какое бы то ни было вознагражденіе ³⁾. Эта свобода, однако, приводитъ къ прежнему результату—почти всѣ доселѣ опубликованные въ Германіи договоры ⁴⁾ о правѣ застройки предусматриваютъ обязанность застройщика платить собственнику періодическое вознагражденіе за право за-

¹⁾ Motive, Bd. III стр. 468, Entsch. d. Reichsger., Bd. VII, 145, Witzlutzky, у. с., стр. 538.

²⁾ Schreiber, у. с., стр. 85 и слѣд., Arnold, у. с. Приложение.

³⁾ См. Ermann, Erbb. und Kleinw., стр. 264 и слѣд.

⁴⁾ Dietzsch, у. с., стр. 35 и соотвѣтственныя §§ напечатанныхъ имъ договоровъ, стр. 46, 163 и слѣд.

стройки (Erbbauzins), опредѣляемое какъ въ смыслѣ высоты, такъ формы и способа уплаты, при этомъ весьма различно. Наиболѣе типичнымъ является вознагражденіе въ 2⁰/₁₀₀—3¹/₂⁰/₁₀₀ мѣновой стоимости поземельнаго участка; оно, такимъ образомъ, всегда ниже средняго процента на капиталъ, представляемый земельнымъ участкомъ, такъ какъ собственникъ, отдавая подъ застройку землю, не отказывается отъ права собственности на нее, а, напротивъ, по прекращеніи его получаетъ землю застроенной и потому представляющей значительно большую цѣнность. Вознагражденіе это обыкновенно повышается каждое десятилѣтіе, достигая въ послѣдніе годы дѣйствія права застройки 5 % стоимости земельного участка; иногда за единицу въ опредѣленіи размѣра платимаго застройщикомъ вознагражденія берется квадратный метръ поверхности отданной подъ застройку земли; обычнымъ здѣсь является вознагражденіе въ 10—12 пфенниговъ за квадратный метръ въ первое десятилѣтіе, достигая 18 пф. по истеченіи 75 лѣтъ дѣйствія права застройки.

Справедливо возражаютъ ¹⁾ противъ этихъ произвольныхъ повышеній вознагражденія: трудъ и инициатива застройщика создаютъ увеличеніе наемной платы за принадлежащія ему строенія, это увеличеніе, поэтому вполнѣ ему принадлежитъ; повышение оброка несправедливо лишаетъ его этой выгоды, разрушая экономическое основаніе кредита подъ право застройки; съ другой стороны, эти повышенія предполагаютъ непремѣнное повышеніе доходности строеній застройщика, между тѣмъ, въ дѣйствительности такового можетъ и не воспослѣдовать; во всякомъ случаѣ, точно предвидѣть и учесть этого нельзя; опытъ показалъ, что измѣненіе политическихъ и экономическихъ условій (война, проведеніе желѣзной дороги, постройка фабрики и т. п.) можетъ оказать рѣшительное вліяніе, положительное или отрицательное, на повышеніе земельныхъ цѣнъ и квартирной платы.

¹⁾ Dietzsch, у. с., стр. 40 и слѣд.

Обязанность платить вознаграждение за право застройки может быть предусмотрена договором, но может и не предусматриваться имъ, самъ законъ не относитъ ее къ содержанию права застройки; поэтому имѣть вещнаго дѣйствія она не можетъ отъ того только, что соответственное договорное соглашение вносится какъ элементъ въ самое содержание устанавливаемого права застройки ¹⁾.

При установлении права застройки въ Германіи всегда, поэтому, обязанность платить вознаграждение вносится въ вотчинную книгу какъ вотчинная повинность, ²⁾ обременяющая самое право застройки; возможно, какъ мы уже видѣли, обезпечить этотъ интересъ собственника земли и въ формѣ условія; вполне дѣйствительно условіе ³⁾, въ силу коего право застройки прекращается въ случаѣ неисполненія обязанности платить предусмотрѣнное договоромъ вознаграждение.

Однако, ставить существованіе права застройки, серьезное значеніе коего заставляетъ законодателя приравнивать его къ праву собственности на недвижимое имѣніе, въ зависимость отъ столь случайнаго обстоятельства, какъ несвоевременная уплата срочнаго платежа вознаграждения, казалось бы ⁴⁾ нѣтъ никакихъ основаній, тѣмъ болѣе, что неуплата его можетъ быть простой случайностью, вызванной независимыми отъ застройщика обстоятельствами; въ послѣднемъ случаѣ прекращеніе права застройки является крайней несправедливостью въ отношеніи къ застройщику, ничѣмъ, притомъ, невызываемой, такъ какъ при неисправности въ уплатѣ вознаграждения достаточны обычныя мѣры—личный искъ, наложеніе запрещенія на право застройки или на наемную плату принадлежащихъ застройщику зданій. Таково юридическое значеніе обязанности платить оброкъ по праву германскому, австрійскому закону о правѣ застройки и швейцарскому, которые, какъ

¹⁾ Срв. *Wittmaack*, у. с., стр. 83, *Sohm*, у. с., стр. 243.

²⁾ Срв. *Ermann*, *Erbh. und Kleinwohnungsbau*, стр. 12 и слѣд.

³⁾ *Entsch. des Reichsg.* Bd. 61 стр. 1.

⁴⁾ *Pesl*, у. с., стр. 83 и слѣд.

мы видѣли, не вводятъ въ самое понятіе права застройки этотъ элементъ.

Противоположную позицію занимаетъ старое австрійское *Bodenzinsrecht*, самое названіе котораго происходитъ отъ слова *Zins*—вознаграждение, послѣднее входитъ въ легальное опредѣленіе разсматриваемаго права какъ существенная его часть ¹⁾.

Возмездность права застройки является существеннымъ моментомъ въ легальномъ понятіи и нашего права застройки. „Собственникъ земельного участка“, гласитъ ст. 1 закона, „можетъ предоставить таковой подъ застройку другому лицу по договору за срокъ и за вознаграждение, обусловленные въ семъ договорѣ, согласно правиламъ, изложеннымъ въ послѣдующихъ статьяхъ“ ²⁾.

Такимъ образомъ, вопросъ о вознагражденіи за право застройки законъ рѣшаетъ самъ въ положительномъ смыслѣ, усмотрѣнію сторонъ предоставлено только опредѣленіе размѣра, формы и способа уплаты этого вознаграждения; но самая обязанность застройщика платить вознаграждение договоромъ не можетъ быть исключена, она такъ же, какъ срочность, наследственность и отчуждаемость составляетъ существенный признакъ права застройки и входитъ въ самое содержаніе его; какъ таковой, она имѣетъ вещное дѣйствіе—всякій застройщикъ долженъ платить вознаграждение, независимо отъ постановленій договора на этотъ счетъ. Болѣе того, „въ случаѣ раздробленія права застройки, вслѣдствіе отчужденія, наследованія или раздѣла, безъ согласія собственника земли на распределеніе причитающихся ему платежей между отдѣльными владѣльцами права застройки,—всѣ они въ этихъ

¹⁾ *Allg. b. Gzb. f. Österreich*, § 1125.

²⁾ Напротивъ, въ редакціи Государственной Думы ст. 1-я законопроекта, также содержащая въ себѣ легальное понятіе права застройки, возмездность послѣдняго не вводила въ понятіе его; безъ особаго акта обязанность застройщика платить вознаграждение по проекту Госуд. Думы не могла бы имѣть вещнаго дѣйствія.

платежахъ отвѣтствуютъ предъ собственникомъ земли совокупно (каждый за всѣхъ и всѣ за каждого) ¹⁾.

Подтвержденіемъ того, что обязанность платить вознагражденіе имѣетъ вещное дѣйствіе, служить и ст. 17 нашего закона о правѣ застройки, которая даетъ собственнику право преимущественнаго удовлетворенія предъ всѣми долгами застройщика изъ суммы, вырученной отъ публичной продажи права застройки съ постройками, и, на ряду съ этимъ, предоставляетъ собственнику право обращать взысканіе на всякое иное имущество застройщика. Вознагражденіе является существеннымъ элементомъ содержанія права застройки, но размѣръ, форма и способъ его уплаты закономъ не опредѣляется, слѣдовательно, усмотрѣніе сторонъ здѣсь ничѣмъ не ограничивается.

Такъ какъ, однако, право застройки въ нашемъ гражданскомъ оборотѣ является институтомъ совершенно новымъ, и его рыночная цѣнность еще не опредѣлилась, то обычной формой вознагражденія у насъ, какъ и въ Германіи, будетъ, по всей вѣроятности, періодическій оброкъ, а не единовременный платежъ извѣстной денежной суммы, какъ въ Англіи, хотя ст. 9 п. 2 и 10 п. 2 и предвидятъ возможность установленія обязанности уплаты собственнику земли единовременнаго вознагражденія. Въ вопросѣ о томъ, могутъ ли только деньги быть средствомъ исполненія застройщикомъ лежащей на немъ обязанности платить вознагражденіе за право застройки или и иныя цѣнности, законъ ограничиваетъ свободу выбора сторонъ лишь однимъ правиломъ, въ силу коего, „установленіе вознагражденія за право застройки *личными услугами* не допускается подъ страхомъ недействительности сдѣлки“. Слѣдовательно, всякая другая цѣнность можетъ быть средствомъ погашенія обязанности платить вознагражденіе, поскольку избраніе его не нарушаетъ общихъ правилъ дѣйствующаго законодательства.

¹⁾ Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки, ст. 16.

Постановленіе договора, которымъ устанавливается размѣръ вознагражденія, платимаго застройщикомъ собственнику земли, какъ всякій другой существенный элементъ договора не можетъ быть измѣняемо односторонней волей одного изъ контрагентовъ. Но путемъ соглашенія при самомъ установленіи права застройки стороны могутъ предусмотрѣть въ самомъ актѣ, устанавливающимъ его, измѣненіе вознагражденія въ смыслѣ ли его повышенія или пониженія и поставить это измѣненіе въ зависимость отъ истеченія опредѣленнаго промежутка времени или отъ наступленія или ненаступленія какого-либо опредѣленнаго обстоятельства ¹⁾.

Впрочемъ, законъ указываетъ условія, при наличности коихъ возможно отступленіе отъ этого общаго начала. Когда по требованію собственника земли земельный участокъ, обремененный правомъ застройки, возвращается собственнику для разработки ископаемыхъ, но застройщикъ изъявляетъ желаніе возобновить пользованіе участкомъ по окончаніи разработки нѣдръ или согласится пользоваться тою частью участка, которая не нужна для таковой разработки, тогда *собственникъ обязанъ* соотвѣтственно *уменьшить плату за право застройки*.

Послѣдствій неплатежа слѣдуемаго собственнику вознагражденія за право застройки законъ вообще не указываетъ, слѣдовательно, они могутъ быть свободно опредѣлены соглашеніемъ сторонъ. Стороны могутъ постановить, что право застройки въ случаѣ просрочки въ платежѣ вознагражденія должно прекратиться и сдѣлать это постановленіе содержаніемъ отиѣнительнаго условія или же установить лишь тѣ или другія невыгодныя послѣдствія просрочки—неустойку, штрафъ и т. п. Законъ управомочиваетъ, однако, собственника земли, независимо отъ тѣхъ или иныхъ постановленій договора, требовать обращенія права застройки въ публичную продажу для удовлетворенія требованія о платежѣ слѣдуемаго ему вознагражденія изъ вырученной суммы. Въ случаѣ

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 13.

неплатежа слѣдуемаго вознагражденія собственникъ можетъ обратиться възысканіе *присужденныхъ* ему платежей за право застройки на это право и на возведенныя на участкѣ постройки, такъ какъ обязанность платить вознагражденіе входитъ въ самое содержаніе права застройки, а не составляетъ только личный долгъ даннаго застройщика. Но законъ опредѣляетъ шестимѣсячный срокъ ¹⁾ со дня просрочки этихъ платежей для осуществленія этого взысканія, чѣмъ предоставляется застройщику возможность ликвидировать недоимку платежа, происшедшую, быть можетъ, отъ совершенно случайной финансовой заминки, не доводя дѣла до обращенія взысканія на самое право застройки.

Взысканіе этихъ платежей пользуется, по закону, *преимуществомъ удовлетворенія* ²⁾ изъ означеннаго имущества предъ всѣми долгами застройщика, за исключеніемъ числящихся на имѣніи по день продажи недоимокъ въ казенныхъ, земскихъ, городскихъ и другихъ общественныхъ сборахъ всякаго рода и издержекъ по производству описи и продажи имѣнія и суммы, затраченной на принятіе мѣръ, указанныхъ въ ст. 209—211 Устава Строительнаго, изд. 1900 г., если такія мѣры были приняты.

Этимъ преимуществомъ указанное взысканіе платежей пользуется не безусловно, а лишь въ случаѣ, если а) оно касается платежей, срокъ коихъ наступилъ не болѣе, чѣмъ за два года до предъявленія иска, б) если обращеніе взысканія по исполнительному листу воспослѣдовало въ теченіе года по вступленіи въ законную силу судебнаго рѣшенія, в) если оно касается платежей за право застройки, а не иныхъ платежей застройщика собственнику. Этимъ срокомъ,

¹⁾ Проектъ закона о правѣ застройки М. В. Д., одобренный Госуд. Думой, считалъ для огражденія интересовъ застройщика необходимымъ *годовой* срокъ, но Комиссія Госуд. Совѣта нашла нужнымъ сократить этотъ срокъ до $\frac{1}{2}$ года, чтобы лишить застройщика возможности затягивать производство разсчета между сторонами.—Докладъ Особ. Комиссіи Госуд. Совѣта, стр. 36, Докладъ М. В. Д., стр. 36.

²⁾ Законъ о правѣ застройки, 17.

однако, собственникъ не стѣсненъ въ отношеніи обезпеченія иска, и потому онъ можетъ для этой цѣли наложить запрещеніе на право застройки и до истеченія мѣсячнаго срока, установленнаго для взысканія присужденныхъ платежей. Но собственникъ *не долженъ*, а можетъ обратиться възысканіе слѣдуемыхъ ему платежей на право застройки и на возведенныя на участкѣ постройки, онъ можетъ, поэтому, это взысканіе обратиться и на другое имущество застройщика, на примѣръ, на наемную плату за пользованіе строеніями на общемъ основаніи, и тогда вышеуказанные сроки не имѣютъ примѣненія.

ГЛАВА VI.

Обременения права застройки.—Допустимость и форма их.—Залогъ права застройки, объемъ правъ залогодержателя права застройки по прекращеніи послѣдняго.—Защита права застройки.—Прекращеніе права застройки и его основанія.

Суперфициарное право, будучи обремененіемъ земельного участка, въ свою очередь можетъ быть объектомъ вещныхъ правъ. Оно можетъ быть отчуждаемо, закладываемо и обременяемо другими вещными правами ¹⁾.

Право застройки современныхъ законодательствъ есть недвижимое имѣніе, юридическій *fundus*; подобно праву собственности на недвижимое имѣніе, оно можетъ быть обременяемо всѣми типами вещныхъ правъ, которые предусматриваетъ данное дѣйствующее право; въ частности оно можетъ быть, такимъ образомъ, обременяемо вотчинными служебностями, гдѣ дѣйствующее право знаетъ ихъ, пользовладѣніемъ, ограниченными личными служебностями, правомъ преимущественной купли, ипотекой, вотчиннымъ и рентнымъ долгомъ, но не правомъ застройки ²⁾, наконецъ, залоговымъ правомъ; оно можетъ быть обременено при этомъ и нѣсколькими залоговыми правами. Нѣтъ никакихъ теоретическихъ препятствій для установленія залогового обремененія права застройки и тогда, когда послѣднее установлено подъ отмѣнительнымъ условіемъ, но практически такое право застройки едва ли можетъ найти кредитъ.

¹⁾ См. выше, стр. 10.

²⁾ Срв. *Kohn*, у. с., стр. 84.

Когда одно право застройки принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на началахъ общности, каждый созастройщикъ можетъ обременить залогомъ свою долю; для обремененія всего права застройки требуется согласіе всѣхъ соучастниковъ. Нѣтъ никакихъ основаній не признать возможнымъ установленіе залогового обремененія на нѣсколько отдѣльныхъ правъ застройки.

Право застройки есть, какъ мы видѣли, вещное обремененіе земельного участка; отсюда слѣдуетъ, что установленіе права застройки не лишаетъ собственника земельного участка права распоряженія имъ и ограниченія его дальнѣйшими обремененіями; собственникъ можетъ всякими способами распорядиться имъ—продать, подарить, предоставить въ пожизненное владѣніе, завѣщать, отдать въ залогъ и т. п.; вмѣстѣ съ этимъ установленіе права застройки отнюдь не предполагаетъ по нашему праву свободы обременяемаго имъ поземельного участка отъ всякихъ иныхъ вещныхъ обремененій: оно можетъ быть установлено и на заложенной землѣ, но только по нашему праву и германскому,—австрійскій законъ, какъ мы видѣли, этого не допускаетъ.

Возможны, такимъ образомъ, обремененія права собственности на данный поземельный участокъ и права застройки, обременяющаго тотъ же участокъ; отношеніе этихъ обремененій между собою опредѣляется положеніемъ права застройки среди прочихъ обремененій права собственности: обремененія права застройки могутъ ограничивать право на поземельный участокъ только въ рангѣ самаго права застройки.

Нашъ законъ о правѣ застройки прямо указываетъ на возможность обремененія послѣдняго: „право, именуемое правомъ застройки,... можетъ быть на время его дѣйствія... обременяемо долгами, а также правами участія частнаго (сервитутами), если на сей послѣдній предметъ въ договорѣ содержится особое разрѣшеніе порядкомъ, опредѣленнымъ для имуществъ недвижимыхъ“ ¹⁾. Такимъ образомъ, право за-

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 2.

стройки и по нашему праву свободно можетъ быть заложено и обременено всякими вещными правами безъ всякаго разрѣшенія собственника земли, симъ правомъ обремененной; его специальное, выраженное, притомъ, въ самомъ договорѣ объ установленіи права застройки согласіе требуется лишь для обремененія права застройки правами участія частнаго ¹⁾).

Правомочіе застройщика обременять принадлежащее ему право долгами, подобно тому, какъ и правомочіе отчуждать и завѣщать его, является, по нашему праву, элементомъ содержанія права застройки, существеннымъ признакомъ его; слѣдовательно, соглашеніемъ заинтересованныхъ лицъ оно не можетъ быть исключено; прямая и замаскированная сдѣлки, коими указанное правомочіе застройщика отмѣняется *вообще*, являются недѣйствительными; напротивъ, обязательство даннаго застройщика не обременять свое право застройки долгами не есть отмѣна указаннаго правомочія,

¹⁾ „Въ семь отношеній Особая Коммиссія разсуждала, что владѣлецъ права застройки не есть собственникъ занятаго имъ участка, а лишь владѣлецъ такового въ теченіе обусловленнаго договоромъ продолжительнаго срока. Слѣдовательно, казалось бы, что онъ не долженъ обременять чужое имѣніе сервитутами, какъ имѣющими вещный характеръ. Но это общее юридическое начало, вытекающее изъ понятія о правѣ собственности, едва ли можетъ быть проведено со всею строгостью въ дѣйствительной жизни. Права участія частнаго имѣютъ весьма важное значеніе при современныхъ экономическихъ условіяхъ, и, возникая изъ отношеній смежныхъ владѣльцевъ и хозяевъ-сосѣдей, могутъ затрогивать интересы владѣльцевъ строеній, воздвигнутыхъ на чужой землѣ. Воспретить имѣющему право застройки допущеніе, на примѣръ, прохода чрезъ свой дворъ сосѣда или вывода оконъ на свой участокъ и т. п. значило бы совершенно стѣснить его хозяйственную дѣятельность и принадлежащее ему право владѣнія строеніями. Но *такое право* застройщика, по мнѣнію *большинства Членовъ Коммисіи, должно быть установлено договорнымъ соглашеніемъ съ собственникомъ земельного участка*. Хотя статья 2 проекта опредѣляетъ, что обремененіе права застройки какъ долгами, такъ и правами участія частнаго, можетъ имѣть мѣсто лишь на срокъ установленія самаго права застройки, но едва ли такая оговорка является достаточною для огражденія интересовъ собственника земли.

Дѣйствительно, установленіе застройщикомъ права участія частнаго въ пользу третьихъ лицъ, хотя бы и ограниченнаго срокомъ продолженія

а лишь личная обязанность воздерживаться отъ обремененія; посему нѣтъ основаній такое соглашеніе считать недѣйствительнымъ; отсюда, конечно, вовсе не слѣдуетъ, что обремененіе права застройки залоговымъ или инымъ вещнымъ правомъ, сдѣланное вопреки указанному обязательству, будетъ недѣйствительно; такъ какъ правомочіе на обремененіе сдѣлкой отмѣнить нельзя, то такое обремененіе будетъ дѣйствительнымъ, но оно порождаетъ здѣсь притязаніе на возмѣщеніе убытковъ отъ неисполненія обязательства.

Въ странахъ, гдѣ принята книжная система регистраціи сдѣлокъ съ недвижимостями, обремененія права застройки, устанавливаемая сдѣлкой, совершаются путемъ внесенія договорнаго соглашенія въ листъ права застройки; у насъ для нихъ законъ указываетъ порядокъ, опредѣленный для имуществъ недвижимыхъ.

Залогъ права застройки, принадлежащаго подопечному, возможенъ, при этомъ, только въ случаяхъ и съ соблюденіемъ порядка разрѣшенія опредѣленныхъ для продажи и залога недвижимаго имѣнія малолѣтнихъ ¹⁾. Требованіе закона ²⁾, чтобы при разрѣшеніи *установленія* права застройки

договора, не всегда является безразличнымъ для собственника, а въ извѣстныхъ случаяхъ, и прямо можетъ стѣснять его въ пользованіи остальною, не сданною подъ застройку частью участка. Независимо отъ сего, проектируемый законъ предусматриваетъ случаи, когда право застройки можетъ прекратиться до истеченія срока договора, вслѣдствіе отказа застройщика или неисполненія имъ принятыхъ на себя обязательствъ, и въ этомъ случаѣ собственникъ можетъ получить обратно свой участокъ, обремененный такими сервитутами, въ установленіи коихъ онъ не принималъ никакого участія и которые возникли даже противъ его воли. Въ виду этого *большинство Членовъ Коммисіи, допуская возможность обремененія застройщикомъ снятаго имъ участка правами участія частнаго въ пользу третьихъ лицъ, полагало цѣлесообразнымъ признать, что установленіе такихъ сервитутовъ должно имѣть мѣсто лишь съ особаго разрѣшенія собственника, точно выраженаго въ заключаемомъ договорѣ объ установленіи права застройки*⁴⁾. Докладъ Особ. Ком. Гос. Совѣта, стр. 12 и слѣд.

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 11 п. 2.

²⁾ Тамъ-же, ст. 11. п. 1.

интересы собственника земли были охраняемы не только на время существованія опеки, но и на послѣдующее время, на которое простирается право застройки, само собою разумѣется, какъ видно изъ самой цѣли указаннаго правила, должно имѣть примѣненіе и при разрѣшеніи залога права застройки, принадлежащаго малолѣтнему.

Мы уже неоднократно имѣли случай отмѣчать, что кредитоспособность права застройки является необходимымъ условіемъ его практическаго примѣненія и распространенія. Изучаемый институтъ вводится въ нашъ оборотъ для достиженія такихъ цѣлей, которыя предполагаютъ пользованіе имъ малообеспеченными классами населенія, и потому нужда застройщика въ дешевомъ кредитѣ должна являться общимъ правиломъ при практическомъ примѣненіи права застройки. Открываетъ ли законъ эту возможность?

Крупнѣйшимъ дефектомъ законодательной нормировки права застройки Германскимъ Гражданскимъ Уложеніемъ является именно неудовлетворительность разрѣшенія въ законѣ вопроса о допустимости, формѣ и способахъ залога названнаго права ¹⁾.

Нужда застройщика въ кредитѣ можетъ почитаться надлежащимъ образомъ удовлетворенной только въ томъ случаѣ, если законъ даетъ залогодержателю права застройки обеспеченное и опредѣленное правовое положеніе, которое предполагаетъ опредѣленность объекта, отвѣчающаго по ипотечному долгу, опредѣленность границъ этой отвѣтственности, ясность положенія ипотечнаго вѣрителя при окончаніи права застройки и при гибели сооружений, принадлежащихъ застройщику. Посмотримъ теперь, въ какой мѣрѣ указанныя условія имѣютъ мѣсто въ дѣйствительности.

1. По требованію, обеспеченному залогомъ права застройки, отвѣчаетъ, конечно, не земельный участокъ, послѣднимъ обремененный, а самое право застройки, какъ отдѣль-

¹⁾ Stübgen, у. с., *Ermann*, Erbb. und Kleinw., стр. 18 и слѣд.

ное недвижимое имѣніе, для коего отводится въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ особый листъ. Матеріальнымъ субстратомъ этого права, какъ права пользованія, является земельный участокъ въ совокупности тѣхъ свойствъ его, которыми характеризуется содержаніе права застройки,—земельный участокъ какъ строительная площадь.

Въ извѣстныхъ условіяхъ это право само по себѣ представляетъ настолько значительную хозяйственную цѣнность, что интересы ипотечнаго вѣрителя представляются столь же обеспеченными, какъ и при залогѣ самой недвижимости. Но эта цѣнность можетъ колебаться въ зависимости отъ внѣшнихъ общихъ условій, и кредиторъ ищетъ, поэтому, обеспечения своего требованія въ матеріальномъ объектѣ, цѣнность коего колеблется въ меньшихъ предѣлахъ; находитъ ли онъ этотъ объектъ при залогѣ права застройки?

Такъ какъ юридическое положеніе строеній земельного участка, обремененнаго правомъ застройки, различно въ зависимости отъ того, существовало ли строеніе до установленія права застройки или воздвигнуто застройщикомъ въ осуществленіе вещнаго права на чужой земельный участокъ, то и правовое положеніе залогодержателя права застройки въ этихъ двухъ случаяхъ представляется неодинаковымъ. Въ первомъ случаѣ содержаніемъ права застройки является право владѣть и пользоваться земельнымъ участкомъ съ постройками. Залогодержатель права застройки, такимъ образомъ, имѣетъ здѣсь обеспечение своего требованія не въ поземельномъ участкѣ и не въ постройкахъ, а въ вещномъ правѣ пользованія ими, только это право является объектомъ ипотечнаго обеспечения.

Во второмъ случаѣ объектомъ права застройки также является только поземельный участокъ какъ строительная площадь, такъ какъ право собственности на возведенное на немъ застройщикомъ строеніе юридически не связано съ поземельнымъ участкомъ, поэтому залогодержатель права застройки можетъ имѣть обеспечение на этомъ основаніи лишь въ вещномъ правѣ пользованія земельнымъ участкомъ безъ

строения, не являющегося, какъ въ первомъ случаѣ, составною частью участка; не значитъ ли это, что ипотечный вѣритель права застройки имѣетъ меньшее обезпеченіе въ случаѣ, когда застройщикъ является собственникомъ возведенныхъ на чужой землѣ строеній, чѣмъ тогда, когда они ему не принадлежать?

Мы видѣли, что право застройки и строеніе, принадлежащее застройщику, составляютъ съ хозяйственной и юридической точки зрѣнія, одно цѣлое; строеніе есть принадлежность права застройки, поэтому по долгамъ застройщика, обезпеченнымъ залогомъ права застройки, отвѣчаетъ послѣднее *вмѣстѣ съ принадлежащими застройщику постройками*. Господствующее мнѣніе ¹⁾ германской юриспруденціи (Sohm, Wittmaack, Kretzschmar, Oertmann, Erman, Planck, Fuchs, Oberneck, Biermann, Crome) отсутствіе въ законѣ особой нормы, которая прямо постановляла бы, что по ипотечному долгу права застройки отвѣчаютъ принадлежащая застройщику строенія, не понимаетъ въ смыслѣ отсутствія самой этой отвѣтственности и выводитъ ее изъ юридическаго положенія строенія какъ составной части права застройки ²⁾. Если, такимъ образомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда строеніе принадлежитъ собственнику земли, ипотечный вѣритель застройщика имѣетъ обезпеченіемъ своего требованія только вещное право пользованія земельнымъ участкомъ съ постройками, то, напротивъ, тогда, когда застройщикъ является собственникомъ строеній, по ипотека права застройки отвѣчаетъ не только вещное право пользованія, но и самое строеніе. Но такъ какъ нашъ законъ, подобно германскому и швейцарскому, прямо такой отвѣтственности не устанавливаетъ, то нужно признать, что она предполагается, пока противное не доказано, т. е. поскольку стороны не исключили этого особымъ постановленіемъ договора объ установленіи права застройки или объ установленіи залогового обезпеченія.

¹⁾ Срв. *Gierke*, Bedeutung, стр. 37 и слѣд., *Andrée*, Schriften, стр. 114.

²⁾ *Wendt*, Hypothek am Erbbaurechte, стр. 23 и слѣд., *Pesl*, Die Belastung des Erbbaurechtes, München 1907, стр. 14 и слѣд., *Salomon*, у. с., стр. 10 и слѣд.

Однако, правомочіе залогодержателя права застройки простирается на строеніе, поскольку оно *принадлежитъ застройщику въ собственность*, что является у насъ общимъ правиломъ; тамъ, гдѣ какъ въ Германіи, Австріи и Швейцаріи представляется возможнымъ установленіе права застройки на землѣ уже застроенной, залогъ права застройки въ этомъ послѣднемъ случаѣ обезпечивается только вещнымъ правомъ пользованія земельнымъ участкомъ со строеніями. Такъ какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникомъ строеній, какъ составныхъ частей земельного участка, является собственникъ послѣдняго, вслѣдствіе установленія права застройки право собственности не отмѣняется, а лишь ограничивается, то въ предѣлахъ этого ограниченія собственникъ можетъ и послѣ установленія права застройки распоряжаться земельнымъ участкомъ со строеніями совершенно свободно, въ частности, онъ можетъ обременить его залоговымъ правомъ ¹⁾, которое охватываетъ и строенія; залоговое же право, обременяющее право застройки, распространяется здѣсь не на самое зданіе, а лишь на право пользованія имъ.

Равнымъ образомъ, и въ тѣхъ случаяхъ, когда строеніе существуетъ на поземельномъ участкѣ, обременяемомъ правомъ застройки, до установленія послѣдняго, и возведено не собственникомъ земли, а третьимъ лицомъ въ осуществленіе вещнаго права на землю, напримѣръ, пользователемъ или прежнимъ застройщикомъ, залогъ права застройки не распространяется на строеніе, такъ какъ оно не принадлежитъ застройщику.

2. Какъ срочное право, право застройки можетъ прекратиться; въ тѣхъ случаяхъ, когда по прекращеніи его принадлежащее застройщику строеніе продолжаетъ существовать, возникаетъ вопросъ, продолжаетъ ли оно отвѣчать предъ залогодержателемъ права застройки? Вопросъ этотъ разрѣшается неодинаково въ зависимости отъ основаній прекращенія послѣдняго. Прекращеніе права застройки, осно-

¹⁾ Motive, III, 469.

ваніемъ коего является соглашеніе собственника земли, обремененной этимъ правомъ, и застройщика, представляется возможнымъ только съ согласія залогодержателей права застройки и, слѣдовательно, вліяніе прекращенія права застройки на залоговое право опредѣляется въ этихъ случаяхъ соглашеніемъ съ этими послѣдними; во всякомъ случаѣ, безъ согласія ихъ прекращеніе недѣйствительно и не освобождаетъ ни право застройки, ни строенія отъ отвѣтственности по залогу въ указанномъ выше объемѣ.

Когда основаніемъ прекращенія является наступленіе отмѣнительнаго условія (случай невозможный по австрійскому праву), тогда съ прекращеніемъ права застройки прекращаются и его обремененія. Въ случаяхъ нормальнаго прекращенія права застройки, т. е., когда основаніемъ его является истеченіе срока, на который оно было установлено, нужно различать два типа разрѣшенія вопроса о правовой судьбѣ строеній застройщика по прекращеніи права застройки.

По однимъ законодательствамъ, какъ мы видѣли, прекращеніе права застройки ничего не измѣняетъ въ правовомъ положеніи строеній, по другимъ—строенія переходятъ къ собственнику земли за извѣстное вознагражденіе. Тамъ, гдѣ законодательство молчитъ по этому вопросу, онъ разрѣшается договоромъ, а этотъ послѣдній можетъ разрѣшить вопросъ также въ смыслѣ одного изъ двухъ сейчасъ указанныхъ типовъ. Когда договоръ молчитъ, необходимо также различать два случая. Если строеніе остается въ собственности застройщика по прекращеніи права застройки, то, такъ какъ отвѣтственность строеній по залогу права застройки основывается единственно на томъ, что строеніе является принадлежностью послѣдняго, когда болѣе не существуетъ права застройки, не существуетъ и этой отвѣтственности; такимъ образомъ, по прекращеніи права застройки по залогу послѣдняго не отвѣчаетъ ни строеніе, ни строительный матеріалъ.

Возражаютъ, однако, противъ этого, что право застройки есть, по закону, недвижимое имѣніе, и нужно при обсужденіи дѣйствія ипотеки, его обременяющей, имѣть въ виду послѣд-

нее именно какъ самостоятельный юридическій *fundus*, а не простое обремененіе земельного участка. Нужно, говорятъ, значеніе гибели права застройки для ипотеки обсуждать по аналогіи съ гибелью поземельнаго участка. Если земельный участокъ на береговой полосѣ съ деревяннымъ домомъ обремененъ залогомъ, то въ случаѣ, если теченіе отрываетъ землю, а домъ выбрасываетъ на сушу, залогодержатель получаетъ удовлетвореніе изъ цѣнности дома.

Справедливо указываютъ ¹⁾, что та правовая связь между вещью главной и принадлежностью, которая дѣлаетъ обѣ единымъ объектомъ права, отвѣчающимъ нераздѣльно по требованію, обеспеченному залогомъ главной вещи, порождаетъ отвѣтственность по залогу вмѣстѣ съ главной вещью и принадлежности съ момента установленія залогового обремененія; эта отвѣтственность устанавливается самимъ закономъ ²⁾ и вслѣдствіе наступленія какихъ-либо *фактическихъ* измѣненій въ положеніи главной вещи въ отношеніи къ принадлежности не можетъ быть уничтожена; для ея отмѣны требуется *юридическій титулъ*. Поэтому такой *фактъ*, какъ гибель главной вещи отнюдь не прекращаетъ отвѣтственности принадлежностей ея по требованіямъ, обеспеченнымъ залогомъ главной вещи; напротивъ, такой *юридическій титулъ*, какъ отказъ отъ требованія вѣрителя, прекращаетъ эту отвѣтственность. Такъ какъ при залогѣ права застройки значеніе главной вещи имѣетъ самое право застройки, то отсюда слѣдуетъ, что гибель этой главной вещи, т. е. прекращеніе права застройки, не влечетъ за собою прекращенія отвѣтственности строенія предъ ипотечнымъ вѣрителемъ права застройки. Практически, впрочемъ, продленіе этой отвѣтственности не имѣетъ особаго значенія для ипотечнаго вѣрителя, такъ какъ собственнику земельного участка принадлежитъ право требовать удаленія строеній по прекращеніи права застройки; такимъ

¹⁾ Tripeloury, у. с., стр. 69 и слѣд.

²⁾ Р. Г. К. Д. Сената 1884 г. № 75, Проектъ Гражд. Улож., ст. 45.

образомъ, здѣсь залогодержатель послѣдняго имѣетъ право не на *зданіе*, а лишь на строительный матеріалъ.

3. Такъ какъ съ прекращеніемъ права застройки прекращаются, по общему правилу, и всѣ вещныя обремененія его, то въ вопросѣ о кредитоспособности права застройки весьма важное значеніе имѣетъ *основаніе* его прекращенія; въ тѣхъ случаяхъ, когда право застройки среди обремененій недвижимости занимаетъ не первое мѣсто, его хозяйственная цѣнность представляется весьма сомнительной, такъ какъ по иску изъ болѣе ранняго вещнаго обремененія недвижимости оно можетъ быть прекращено, а вмѣстѣ съ нимъ прекращаются и его обремененія. Поэтому практически возможнымъ случаемъ обремененія залогомъ права застройки можетъ быть лишь тотъ, когда оно занимаетъ первое мѣсто среди обремененій земельного участка, такъ какъ только тогда принудительное взысканіе по иску изъ позднѣйшихъ обремененій не влечетъ за собою прекращенія права застройки и его обремененій.

Итакъ, по ипотекамъ права застройки отвѣчаетъ право застройки съ принадлежащими застройщику строеніями, но отвѣтственность эта не безгранична. Какъ ни обширно право застройки по своему содержанію, все же оно только срочное право, поэтому правомочіе залогодержателя ограничивается прежде всего временемъ его дѣйствія.

Изъ того обстоятельства, что объектомъ залогового права является самое право застройки, а не строеніе какъ особый объектъ права (оно охватывается залоговымъ правомъ лишь какъ принадлежность права застройки) вытекаетъ весьма важное послѣдствіе: подобно тому, какъ гибель строенія не влечетъ за собою прекращенія права застройки, такъ, равнымъ образомъ, гибель строенія не влечетъ за собою прекращенія обремененій права застройки; въ случаѣ, напримѣръ, гибели строенія отъ огня, залогодержатель права застройки получаетъ удовлетвореніе изъ страховой суммы.

4. Мы видѣли, что только австрійское законодательство требуетъ съ прекращеніемъ права застройки перехода стро-

енія застройщика въ пользу собственника земли; право другихъ странъ отдаетъ этотъ вопросъ на усмотрѣніе сторонъ или, какъ это имѣетъ мѣсто въ нашемъ законѣ, послѣдній опредѣляетъ юридическую судьбу строеній по прекращеніи права застройки лишь на случай, если договоромъ вопросъ этотъ не предусмотрѣнъ. Большинство же опубликованныхъ въ Германіи договоровъ объ установленіи права застройки постановляетъ, что съ прекращеніемъ права застройки строенія застройщика должны перейти къ собственнику земли; при этомъ обычнымъ условіемъ такого перехода является обязанность собственника уплатить застройщику извѣстное вознагражденіе, выкупъ за отходящія къ нему строенія. Возникаетъ вопросъ, распространяется ли правомочіе залогодержателя права застройки на этотъ выкупъ?

Только австрійскій законъ о правѣ застройки прямо разрѣшаетъ этотъ вопросъ: „Wenn dem Bauberechtigten“, гласитъ § 10 закона „bei Erlöschung des Baurechtes nach Gesetz oder Vertrag eine Entschädigung für das Bauwerk gebührt, erstrecken sich Pfand- und andere dingliche Rechte an dem Baurecht auf die Entschädigung“. Напротивъ, прочія законодательства не даютъ на этотъ счетъ никакихъ указаній, слѣдовательно, вопросъ долженъ разрѣшаться также на основаніи постановленій договора.

Когда законъ положительно не указываетъ, подобно австрійскому, что по прекращеніи права застройки строенія переходятъ въ пользу собственника земли за опредѣленное вознагражденіе, а вмѣстѣ съ симъ и отвѣтственность по залогу права застройки, *по закону*, не распространяется на это возмѣщеніе, а лишь *договоръ* это устанавливаетъ,—тогда только *съ момента перехода* строенія въ собственность владѣльца земли отвѣтственность строеній по залогу, обременяющему право застройки, прекращается. Если застройщикъ получаетъ за отходящее къ собственнику земли строеніе извѣстное вознагражденіе, и законъ не постановляетъ, что на это вознагражденіе распространяется право залогодержателя права застройки, то единственнымъ основаніемъ для такого распро-

страненія дѣйствія залогового права могло бы здѣсь быть особое соглашеніе при установленіи залога; разъ его нѣтъ, нѣтъ никакихъ правовыхъ основаній для признанія отвѣчающимъ по ипотека застройки и выкупную за зданія сумму.

Такъ какъ требованіе, обеспеченное залогомъ права застройки, погашается, какъ всякій долгосрочный ипотечный долгъ, путемъ амортизаціи, по общему правилу, съ такимъ расчетомъ, при которомъ задолго до прекращенія права застройки долгъ уже погашается, то практически отвѣтственность выкупной суммы по залогоу права застройки имѣетъ значеніе лишь для второй закладной послѣдняго.

5. Обремененіе права застройки залогомъ не исключаетъ возможности установленія другихъ ограниченій его точно такъ же, какъ установленіе права застройки не мѣшаетъ обремененію того же земельного участка другими вещными правами. Мы видѣли, что съ точки зрѣнія современнаго права строеніе, возведенное застройщикомъ, составляетъ объектъ его отдѣльной собственности, слѣдовательно, обремененія поземельнаго участка, на коемъ эти строенія воздвигнуты, не распространяются на нихъ. Поэтому принудительное отчужденіе земельного участка по иску изъ вещнаго права на поземельный участокъ старшаго по времени права застройки, влечетъ за собою только прекращеніе права застройки, а не права собственности застройщика на его строенія.

Какое положеніе занимаетъ залогодержатель права застройки при отчужденіи и прекращеніи послѣдняго?

Право застройки, по своему основному свойству, есть право отчуждаемое, поэтому соглашеніе застройщика съ залогодержателемъ, исключющее отчуждаемость его или дальнѣйшее ограниченіе вещными правами, ничтожно, напротивъ, вполне дѣйствительно установленіе права преимущественной купли въ пользу перваго залогодержателя права застройки.

Съ прекращеніемъ права застройки прекращаются и его обремененія. Но, въ силу положительнаго указанія закона, „досрочное прекращеніе права застройки, *вслѣдствіе совпаденія его съ правомъ собственности въ одномъ лицѣ*, не вле-

четъ за собою установленныхъ застройщикомъ залоговъ, правъ участія частнаго (сервитутовъ) и иныхъ крѣпостныхъ обремененій, и таковыя сохраняютъ свою силу до истеченія срока договора въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ они были установлены“. Но, если право застройки соединяется съ правомъ собственности въ рукахъ собственника земли вслѣдствіе того, что послѣдній оставилъ право застройки за собою при несостоявшихся вторыхъ торгахъ, то въ случаѣ взысканія срочныхъ платежей, согласно ст. 17, вещныя обремененія его прекращаются вмѣстѣ съ прекращеніемъ права застройки¹⁾. Поскольку установленныя застройщикомъ вещныя обремененія его права не препятствуютъ собственнику земли извлекать ископаемыя, обремененія эти не прекращаются, несмотря на прекращеніе права застройки, еще и въ тѣхъ случаяхъ, когда основаніемъ досрочнаго прекращенія послѣдняго является требованіе²⁾ собственника земли возратить участокъ для разработки ископаемыхъ.

Когда право застройки подлежитъ публичной продажѣ, къ послѣдней должны примѣняться общія правила объ обращеніи взысканія на *недвижимое имѣніе*³⁾.

6. Защита права застройки.

Едва ли не самымъ спорнымъ пунктомъ во всемъ ученіи романистовъ о суперфициарномъ правѣ является вопросъ о томъ, кто владѣетъ суперфициарнымъ участкомъ—собственникъ его или суперфициарій, иными словами, является ли послѣдній владѣльцемъ вещи или только права? Господствующее мнѣніе (Savigny, Rudorff, Degenkolb, Waechter, Windscheid)⁴⁾ исходитъ изъ волевой или субъективной теоріи владѣнія, покоящейся на авторитетѣ Савиньи, который училъ, что понятіе юридическаго владѣнія выполняется лишь тамъ, гдѣ владѣющій имѣетъ *animus domini*, прочіе случаи владѣнія, каковы владѣніе закладопринимателя, секвестра и

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 25.

²⁾ Тамъ-же, ст. 21.

³⁾ У. Г. С., ст. 1094—1222.

⁴⁾ Срв. *Dernburg*, P., Bd. I § 259 п. 3.

прекариста суть случаи, гдѣ нѣтъ владѣнія въ истинномъ смыслѣ, а есть лишь передача владѣльческой защиты владѣльцемъ другому лицу — это т. н. случаи производнаго владѣнія.

Такъ какъ въ суперфициарномъ правоотношеніи заключается признаніе суперфициаріемъ права собственности на землю въ лицѣ ея собственника, у суперфициарія отсутствуетъ *animus domini*; поэтому владѣльцемъ суперфициарнаго участка является собственникъ его, суперфициарій же — простой *detentor*, онъ — не *corporis possessor*; суперфициарій не имѣетъ юридическаго владѣнія поземельнымъ участкомъ, такъ какъ источники ¹⁾ даютъ *int. uti possedentis* не ему, а собственнику земли; суперфициарій не можетъ имѣть юридическаго владѣнія зданіемъ, такъ какъ послѣднее юридически неотдѣлимо отъ земельного участка, а тотъ, кому принадлежитъ владѣніе послѣднимъ, является и владѣльцемъ строенія ²⁾.

Для защиты владѣнія суперфициемъ суперфициарій имѣетъ особый *interdictum de superficie(bus)* противъ третьяго лица и землевладѣльца, которымъ онъ защищается „*veluti uti possidetis interdicto*“ ³⁾ Въ случаѣ утраты владѣнія суперфициарій имѣетъ *int. unde vi* ⁴⁾.

Кромѣ поссессорной защиты, суперфициарій располагаетъ, по аналогіи съ собственностью, всѣми средствами защиты пети торной. Ему принадлежит *utiliter rei vindicatio*, *actio negatoria*, *actio confessoria* ⁵⁾, *actio Publiciana* ⁶⁾; онъ можетъ требовать предоставленія *cautio damni infecti* ⁷⁾; онъ управомоченъ на

1) D. XLIII. 17. 3. 7.

2) D. XLIV. 7. 44. 1; D. XXXIX. 2. 15. 12; D. XLI. 3. 25. 26.

3) D. XLIII. 18. 1. 2.

4) D. XLIII. 16. 1. 5.

5) D. XLIII. 18. 1. 1, 3, 6; D. XXIX. 1. 3. 3; D. XXXIX. 2. 13. 8; D. XLIII. 24. 1. 14; D. VI. 1. 73. 1, 75.

6) D. XLIII. 18. 1. пр.; D. VI. 2. 12. 3.

7) D. XXXIX. 2. 13. 8.

operis novi nuntiatio ¹⁾; возможнымъ для него представляется *interdictum quod vi aut clam* ²⁾, наконецъ, каждому застройщику принадлежитъ *actio communi dividundo*; противъ сонаслѣдниковъ суперфициарій имѣетъ *actio familiae (h)erciscundae* ³⁾.

Правовое положеніе застройщика, по современному праву, въ значительной мѣрѣ отличается отъ положенія суперфициарія. Если суперфициарій имѣетъ, какъ мы видѣли, только вещное право пользованія суперфициарнымъ участкомъ со строеніемъ, а собственникомъ его всегда остается собственникъ земли, то, напротивъ, по современному праву, застройщику принадлежитъ право собственности на воздвигнутое имъ зданіе и право владѣть и пользоваться земельнымъ участкомъ подъ нимъ; въ случаяхъ же, когда зданіе воздвигнуто до установленія права застройки и принадлежитъ собственнику земли, застройщикъ имѣетъ право владѣть и пользоваться недвижимымъ имѣніемъ — землей со зданіемъ вмѣстѣ какъ единымъ объектомъ права.

Германское Гражданское Уложеніе различаетъ владѣніе непосредственное, владѣніе въ видѣ собственности, на себя (*Eigenbesitz*) ⁴⁾ и владѣніе посредственное (*mittelbarer Besitz*), которое имѣетъ тотъ, въ отношеніи къ кому кто-либо другой вправѣ или обязанъ владѣть извѣстной вещью въ качествѣ пользовладѣльца, залогодержателя, арендатора, нанимателя, хранителя или на основаніи подобнаго тому отношенія ⁵⁾; въ отношеніи къ земельному участку застройщикъ — всегда владѣлецъ непосредственный, а собственникъ земли — посредственный; въ отношеніи же къ строенію застройщикъ — владѣлецъ непосредственный, когда зданіе ему принадлежитъ и онъ владѣнія имъ не передалъ никому другому.

1) D. XXXIX. 1. 3. 3.

2) D. XLIII. 24. 11. 14.

3) D. XLIII. 18. 1. 8.

4) B. G. B., § 872.

5) Тамъ-же, § 868.

Такимъ образомъ, въ нормальныхъ случаяхъ застройщикъ является собственникомъ строенія и владѣльцемъ земли; поэтому онъ, по современному праву, пользуется какъ средствами поссessorной, такъ и петиторной защиты.

Застройщикъ, какъ собственникъ строенія, имѣетъ прежде всего виндикаціонный искъ въ отношеніи ко всякому третьему лицу, владѣющему принадлежащимъ ему зданіемъ, поскольку владѣлецъ не является управомоченнымъ на владѣніе по отношенію къ собственнику; поэтому же виндикаціонный искъ собственника земли парализуется возраженіемъ о принадлежности застройщику права владѣть и пользоваться землею.

Объемъ отвѣтственности по иску зависитъ отъ того, является ли владѣніе отвѣтчика добросовѣстнымъ или недобросовѣстнымъ. Всякій недобросовѣстный владѣлецъ долженъ не только возратить имущество, но кромѣ того вознаградить за весь причиненный имуществу вредъ, возратить всѣ доходы, имъ съ того имущества полученные со времени завладѣнія онымъ до возвращенія владѣнія или же съ того времени, когда неправость владѣнія сдѣлалась отвѣтчику съ достовѣрностью извѣстна, и, наконецъ, вознаградить за причиненные хозяину имущества черезъ завладѣніе убытки¹⁾. Слѣдовательно, незаконный владѣлецъ долженъ возратить застройщику прежде всего то, чѣмъ онъ незаконно завладѣлъ, т. е. *имущество* въ томъ самомъ состояніи, въ какомъ оно находилось въ моментъ завладѣнія, если незаконное владѣніе отвѣтчика было недобросовѣстнымъ или же въ такомъ, въ какомъ застаётъ его искъ, если отвѣтчикъ былъ владѣльцемъ добросовѣстнымъ; возможно, что владѣніе, первоначально добросовѣстное, впоследствии сдѣлалось недобросовѣстнымъ, тогда владѣлецъ, ставшій недобросовѣстнымъ, обязанъ возратить имущество въ томъ состояніи, въ которомъ оно находилось въ моментъ, когда неправость владѣнія сдѣлалась ему съ достовѣрностью извѣстна.

¹⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 610—644.

Если незаконный владѣлецъ обязанъ возратить имѣніе, то этимъ еще не рѣшается вопросъ о судьбѣ тѣхъ измѣненій, которыя онъ сдѣлалъ въ немъ; онъ могъ увеличить имѣющіяся постройки или воздвигнуть дополнительныя; могъ внести и ввести всякую движимость въ имѣніе и завести въ немъ разнаго рода сооруженія; судьба всѣхъ этихъ затратъ закономъ опредѣляется въ зависимости отъ двухъ моментовъ: 1) отъ возможности или невозможности отдѣленія ихъ отъ имѣнія „съ удобностью и безъ ущерба для онаго“ и 2) отъ добросовѣстности или недобросовѣстности владѣнія. *Jus tollendi* въ отношеніи къ этимъ предметамъ незаконному владѣльцу принадлежитъ только въ томъ случаѣ, когда такое отдѣленіе представляется возможнымъ безъ приведенія имущества въ разстройство или въ состояніе худшее противъ того, въ какомъ имущество находилось во время завладѣнія; если это невозможно, то *недобросовѣстный* незаконный владѣлецъ терять указанные объекты въ пользу настоящаго собственника имѣнія безъ всякаго вознагражденія за нихъ.

Когда отдѣленіе устроеннаго незаконнымъ владѣльцемъ признается возможнымъ безъ ущерба для имѣнія, *добросовѣстный* владѣлецъ можетъ снести ихъ, если хозяинъ имѣнія не пожелаетъ оставить ихъ въ свою пользу; въ послѣднемъ случаѣ добросовѣстному владѣльцу предоставляется право требовать вознагражденія за всѣ постройки и улучшенія прежнихъ заведеній.

Когда застройщикъ, не теряя владѣнія строеніемъ, дѣйствіями третьихъ лицъ стѣсняется въ пользованіи своимъ правомъ, когда право его, иными словами, подвергается частичному нарушенію, онъ имѣетъ *actio negatoria*.

Какъ имѣющій право владѣть поземельнымъ участкомъ, застройщикъ пользуется и средствами владѣльческой защиты. Законъ¹⁾ прямо предусматриваетъ, при этомъ, возможность

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 21.

одновременнаго владѣнія земельнымъ участкомъ собственника его и застройщика, посему владѣльческая защита застройщика не исключаетъ возможности таковой на сторонѣ собственника; однако, нужно по аналогіи съ чиншевымъ владѣніемъ признать, что средствами владѣльческой защиты застройщикъ не пользуется противъ собственника земли.

7. Намъ остается разсмотрѣть теперь тѣ основанія, которыя ведутъ къ прекращенію права застройки.

Здѣсь прежде всего мы должны отъ субъективнаго прекращенія его, которое наступаетъ при всякомъ отчужденіи первымъ приобретателемъ, отличать прекращеніе его въ собственномъ смыслѣ, когда оно прекращается не только въ лицѣ даннаго застройщика, а вообще. Только по нѣкоторымъ законодательствамъ право застройки можетъ быть вѣчнымъ, новѣйшіе законы о правѣ застройки—русскій и австрійскій—допускаютъ установленіе его только на извѣстный срокъ; такимъ образомъ, въ этомъ послѣднемъ случаѣ оно въ себѣ самомъ носитъ основаніе прекращенія. Но и тамъ, гдѣ какъ, напримѣръ, въ правѣ римскомъ, германскомъ, англійскомъ, швейцарскомъ и другихъ, законъ не запрещаетъ установленія безсрочнаго права застройки, оно можетъ, разумѣется, прекратить свое существованіе при наступленіи тѣхъ основаній, коими прекращается вообще всякое право въ чужой вещи. Въ отношеніи къ отдѣльнымъ системамъ положительнаго права эти основанія представляются въ слѣдующемъ видѣ.

Источники *римскаго права* вообще касаются, какъ мы видѣли, весьма мало суперфициарнаго права, въ вопросѣ объ основаніяхъ его прекращенія мы встрѣчаемся съ тѣмъ же отсутствіемъ опредѣленныхъ правилъ, и потому всѣ относящіяся сюда правила представляютъ собою примѣненіе общихъ предположеній прекращенія вещныхъ правъ, поскольку они не предписываются для какого либо отдѣльнаго вида вещнаго права или поскольку ихъ примѣненію не препятствуетъ особая природа суперфициарнаго права.

1) И тамъ, гдѣ, какъ въ римскомъ правѣ, не существуетъ въ самомъ законѣ препятствій для установленія вѣчнаго суперфиция, возможно все же господство именно срочнаго суперфиция. Римскій суперфиций могъ также быть договоромъ установленъ на срокъ или въ формѣ обозначенія въ договорѣ объ его установленіи конечнаго срока или въ формѣ установленія его подъ отмѣнительнымъ условіемъ любого содержанія. Въ этихъ случаяхъ *истечение назначеннаго срока или наступленіе указаннаго договоромъ событія (условія)* является основаніемъ прекращенія суперфициарнаго права. Такъ какъ, далѣе, лицо, приобрѣвшее право собственности на земельный участокъ подъ отмѣнительнымъ условіемъ или срокомъ, является все же собственникомъ, оно можетъ въ предѣлахъ своего права обременять его вещными правами, а въ томъ числѣ, и правомъ суперфициарнымъ; установленное на такомъ поземельномъ участкѣ суперфициарное право такъ же, какъ и всѣ прочія обремененія этой отмѣняемой собственности (*dominium revocabile*), прекращается съ наступленіемъ срока или условія, подъ которыми принадлежало право собственности лицу, установившему суперфиций ¹⁾.

2) Суперфиций устанавливается соглашеніемъ, нѣтъ никакихъ основаній отрицать возможность прекращенія суперфициарнаго права на основаніи договора сторонъ о прекращеніи его.

3) Но прекращаетъ ли суперфиций *односторонній отказъ* застройщика, неправильно называемый дереликціей? ²⁾ Такъ какъ суперфициарное право заключаетъ въ своемъ содержаніи, говорятъ *одни* (Thibaut, Sintenis, Savigny), не только право на пользованіе землею со зданіемъ, но и обязанность уплачивать собственнику земли оброкъ (*solarium*), то суперфициарій не можетъ одностороннимъ волеизъявленіемъ освободить себя отъ обязанностей возложенныхъ на него догово-

¹⁾ D. VIII. 6. 11. 1; D. XXXV. 1. 105; D. VI. 1. 41.

²⁾ См. выше, стр. 114.

воромъ. Напротивъ, господствующее мнѣніе (Brinz, Waechter, Dernburg) считаетъ такой отказъ вполне допустимымъ способомъ прекращенія суперфициарнаго права, полагая, что нельзя считать суперфициарія обязаннымъ противъ его воли осуществлять суперфициарное право вѣчно на томъ основаніи, что въ договорѣ объ его установленіи не указанъ срокъ дѣйствія его; вѣдь, существо договора—обязанность собственника земли предоставить земельный участокъ суперфициарію; обязанность же платить оброкъ для послѣдняго вовсе не существенна: она можетъ вовсе отсутствовать; застройщикъ, наконецъ, долженъ считаться способнымъ прекратить свое право уже потому, что онъ управомоченъ на полное его отчужденіе; если вслѣдствіе прекращенія суперфиции собственникъ терпитъ ущербъ, теряя *solarium*, то это возмѣщается консолидаціей собственности.

4) Договоромъ можетъ быть установлена оговорка, въ силу коей суперфиций прекращается *въ случаѣ неплатежа оброка за определенный періодъ времени*, но законнаго права выселить неисправнаго суперфициарія (*privatio*) на сторонѣ собственника земли не существуетъ. Такого господствующее мнѣніе (Waechter, Dernburg, Windscheid), принятое и въ практикѣ общаго права ¹⁾.

5) *Гибель суперфициарной вещи* источниками не указывается какъ основаніе прекращенія суперфиции. Здѣсь нужно отличать гибель поземельнаго участка, обремененнаго суперфициарнымъ правомъ, и гибель строенія на немъ; гибель участка со строеніемъ дѣлаетъ суперфиций безъ объектнымъ и, такъ какъ такихъ правъ не существуетъ, то, очевидно, гибель всего земельного участка служитъ основаніемъ прекращенія суперфициарнаго права, подобно тому, какъ это источники указываютъ ¹⁾ въ отношеніи къ эмпитевзису. Другое значеніе имѣетъ гибель не всего земельного участка,

¹⁾ Entsch. d. R. G., Bd. XXII, 196 и слѣд. Срв. *Mandry*, Kritische Vierteljahr, Bd. XII, 1870, стр. 508 и слѣд.

²⁾ С. IV. 66. 1; С. I. 3. 25. 3.

а лишь строенія. Нельзя согласиться съ мнѣніемъ (Donellus, Degenkolb), которое, опираясь на аналогію съ пользовладѣніемъ, полагаетъ, что гибель суперфициарнаго зданія также всегда влечетъ за собою прекращеніе суперфициарнаго права; этому противорѣчитъ самое понятіе послѣдняго какъ права „*superficiem in alieno solo habere*“—имѣть *вообще* строеніе, а не опредѣленное, конкретное, какъ при пользовладѣніи. Поэтому противоположный взглядъ (Schmidt, Heimbach, Seuffert, Keller) представляется намъ болѣе правильнымъ, если признать, что гибель строенія не прекращаетъ суперфициарнаго права лишь *по общему правилу*, а не безусловно; такъ какъ отдѣльный конкретный договоръ можетъ заключать въ себѣ условіе, въ силу коего гибель строенія именно прекращаетъ самое суперфициарное право ¹⁾.

6) Источники не дѣлаютъ никакихъ исключеній для суперфициарнаго права въ отношеніи дѣйствія *погасительной давности*, слѣдовательно, искъ изъ суперфициарнаго права подлежитъ общимъ правиламъ исковой давности. Но, когда право собственности на поземельный участокъ, обремененный суперфициемъ, прекращается вслѣдствіе пріобрѣтенія его другимъ лицомъ *по давности*, является ли это прекращеніе права собственности основаніемъ прекращенія суперфициарнаго права?

Сущность вещнаго обремененія права собственности заключается въ томъ, что оно сохраняетъ свою силу не только въ отношеніи къ собственнику, установившему его, но и въ отношеніи ко *всякому* активному субъекту обремененнаго права, поэтому перемены въ лицѣ собственника обремененной недвижимости не могутъ вліять на судьбу обремененій; слѣдовательно, говорятъ, давность эта не прекращаетъ суперфиции. Но давность есть способъ пріобрѣтенія правъ первоначальный и, слѣдовательно, суперфиций, обременявшій погашенное давностью право собственности, не можетъ сохраниться болѣе: право собственности, прекращенное давностью,

¹⁾ Срв. *Waechter*, у. с., стр. 119 и слѣд.

прекращаетъ, по господствующему взгляду, и суперфициарное право (Dernburg, Windscheid, Vangerow).

Non—usus, напротивъ, не служитъ, какъ при большинствѣ сервитутовъ, основаніемъ прекращенія суперфіціи; обыкновенная же и чрезвычайная давность, для приобрѣтенія свободы отъ суперфіціи (usucapio libertatis) обремененнымъ этимъ правомъ земельнымъ участкомъ, допустимы ¹⁾.

7) По правильному воззрѣнію ²⁾, superficies можетъ стать *выморочной*, какъ и прочее имущество суперфіціарія, въ случаѣ, когда онъ умираетъ безъ наслѣдниковъ; какъ *bonum vacans*, оно переходитъ къ фиску ³⁾; поэтому нельзя считать смерть суперфіціарія безъ наслѣдниковъ основаніемъ прекращенія суперфіціарнаго права.

8) Подобно тому, какъ и при всѣхъ вещныхъ правахъ на чужую вещь, *соединеніе въ одномъ лицѣ* вещнаго права съ правомъ собственности освобождаетъ послѣднюю отъ ограниченія, являющагося содержаніемъ этого вещнаго права, такъ и суперфіцій прекращается путемъ приобрѣтенія его по сдѣлкѣ *inter vivos* или въ порядкѣ наслѣдованія собственникомъ суперфіціарной земли или вслѣдствіе приобрѣтенія суперфіціаріемъ права собственности на земельный участокъ, обремененный суперфіціарнымъ правомъ (*consolidatio*).

Таковы основанія прекращенія суперфіціи. Посмотримъ теперь, какія основанія прекращенія права застройки знаютъ *современныя законодательства*.

Подобно римскому, современное право особо не говоритъ о способахъ прекращенія права застройки; лишь новѣйшіе законы—русскій и австрійскій—указываютъ на таковыя. Такимъ образомъ, основаніями прекращенія права застройки служатъ, прежде всего, тѣ же, которыми обусловливается прекращеніе вещныхъ правъ вообще, затѣмъ тѣ, кои особо закономъ для права застройки предусмотрены и, наконецъ, тѣ,

¹⁾ С. VII. 23. 12. 4; С. VII. 39. 8. 4.

²⁾ Waechter, у. с., стр. 123.

³⁾ D. XLIX. 14. 11; С. 10. 10.

кои предписываются договоромъ, устанавливающимъ право застройки. Разсмотримъ теперь указанныя основанія прекращенія послѣдняго въ отдѣльности.

1) Какъ установленіе, такъ и прекращеніе права застройки является актомъ автономной воли сторонъ; существующее право застройки, такимъ образомъ, можетъ быть прекращено, прежде всего, *юридической сдѣлкой*; неформальнаго волеизъявленія управомоченныхъ лицъ, однако, недостаточно для прекращенія его, такъ какъ возникновеніе и бытіе права на недвижимое имѣніе закрѣплено въ строго опредѣленныя формы современной регистраціи сдѣлокъ о недвижимостяхъ. Для прекращенія его требуется заявленіе волеизъявленія управомоченнаго вотчинному учрежденію и погашеніе на этомъ основаніи права въ вотчинной книгѣ на листѣ обремененной имъ недвижимости ¹⁾. Такъ какъ право застройки можетъ быть обременяемо вещными правами, то для его прекращенія указаннаго односторонняго волеизъявленія, заявленнаго вотчинному учрежденію бываетъ достаточно только въ тѣхъ случаяхъ, когда погашаемое право не обременено никакими другими правами и свободно отъ запрещеній, въ противномъ случаѣ согласіе лицъ, управомоченныхъ по этимъ обремененіямъ, является необходимымъ. Односторонній отказъ застройщика отъ своего права, при господствѣ принципа внесенія въ вотчинную книгу всѣхъ сдѣлокъ о недвижимостяхъ, не можетъ вести непосредственно къ прекращенію права застройки. Прекращаетъ послѣднее отказъ въ соединеніи съ погашеніемъ въ вотчинной книгѣ; поэтому при недѣйствительности отказа погашеніе не прекращаетъ права застройки. Одно право застройки можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ совокупно, тогда для прекращенія его требуется отказъ всѣхъ созастройщиковъ. Частичное прекращеніе права застройки не представляется возможнымъ.

¹⁾ В. Г. В., §§ 1017, 875, 876, 878, Г. В. О., § 7.

2) Хотя и весьма рѣдко, но все же возможно, что *участокъ земли*, обремененный правомъ застройки, *погибаетъ*, отрывается, напимѣръ, береговая полоса теченіемъ; такая гибель земельного участка прекращаетъ, какъ всякое вещное право, и право застройки; погашеніе его въ вотчинной книгѣ здѣсь означаетъ только засвидѣтельствованіе уже совершившагося прекращенія. Не исключена возможность такого измѣненія земельного участка, которое дѣлаетъ его непригоднымъ въ качествѣ строительной площади. Напимѣръ, рѣка измѣняетъ свое теченіе такъ, что часть берега дѣлается ея новымъ русломъ, или море заливаешь на продолжительное время прежде свободный отъ разлива берегъ. Спрашивается, такое измѣненіе земельного участка равносильно ли, по своему юридическому значенію, самой гибели участка—можетъ ли оно быть основаніемъ прекращенія права застройки? Такъ какъ указанное измѣненіе земельного участка дѣлаетъ объективно невозможнымъ достиженіе цѣли, которая ставится установленіемъ права застройки, то нужно признать, что оно обосновываетъ отказъ застройщика отъ своего права и, такимъ образомъ, ведетъ къ прекращенію его.

3) Господствующимъ типомъ въ современномъ оборотѣ является срочное право застройки. *Наступленіе срока или отпмнительнаго условія*, подъ которымъ право застройки было установлено, обусловливаетъ его прекращеніе, причемъ, какъ и въ предыдущемъ случаѣ, оно прекращается *ipso jure*; послѣдующее погашеніе его въ вотчинной книгѣ свидѣлствуетъ о совершившемся уже прекращеніи; погашеніе его здѣсь не требуетъ согласія залогодержателей или иныхъ вѣрителей застройщика.

4) Большинство законодательствъ, въ томъ числѣ и наше, въ *конфузіи* видитъ основаніе прекращенія вещнаго права, поэтому нужно считать ее основаніемъ прекращенія и права застройки; отъ этого начала отступаетъ только Германское Гражданское Уложеніе, которое постановляетъ: „Право въ чужомъ

¹⁾ В. Г. В., § 889.

поземельномъ участкѣ не погашается вслѣдствіе приобрѣтенія этого права собственникомъ участка или вслѣдствіе приобрѣтенія управомоченнымъ по такому праву лицомъ—права собственности на участокъ“. Такимъ образомъ, по германскому праву соединеніе въ одномъ лицѣ права собственности и права застройки на поземельный участокъ, обремененный послѣднимъ, можетъ вести къ консолидаціи собственности только тогда, когда это соединеніе совершено именно съ цѣлью консолидаціи и когда право застройки для этого погашено особымъ актомъ въ вотчинной книгѣ на основаніи общихъ правилъ о прекращеніи юридической сдѣлкой ограниченныхъ вещныхъ правъ.

Безъ этого соединенія въ одномъ лицѣ права застройки и права собственности на землю не прекращаетъ ни права застройки, ни его обремененій, иначе права залогодержателя права застройки и прочихъ вещно управомоченныхъ кредиторовъ застройщика зависѣли бы исключительно отъ усмотрѣнія собственника земли и застройщика.

Дабы охранить интересы этихъ третьихъ лицъ, нашъ законъ постановляетъ, что досрочное прекращеніе права застройки вслѣдствіе совпаденія его съ правомъ собственности въ одномъ лицѣ *не влечетъ* за собою уничтоженія установленныхъ застройщикомъ залоговъ, правъ участія частнаго (сервитутовъ) и иныхъ *крѣпостныхъ обремененій*; всѣ эти права сохраняютъ свою силу до истеченія срока договора въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ они были установлены ¹⁾.

Однако, такой результатъ конфузіи законъ нашъ предписываетъ не во всѣхъ случаяхъ наступленія ея; законъ исключаетъ дѣйствіе указанного правила въ томъ случаѣ, когда собственникъ обратилъ взысканіе, на основаніи ст. 17 закона о правѣ застройки, на это право и при несостоявшихся вторыхъ торгахъ оставилъ послѣднее за собою ²⁾. Здѣсь конфу-

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 24.

²⁾ Составители закона о правѣ застройки приводятъ въ пользу этого изыятія изъ правила ст. 24-ой слѣдующія соображенія. „Причина того, что

зія веде́ть ко всѣмъ нормальнымъ послѣдствіямъ прекращенія права застройки: всѣ обремененія послѣдняго прекращаются вмѣстѣ съ прекращеніемъ ограниченного ими права; вещныя обремененія права застройки по прекращеніи его вслѣдствіе конфузій *необязательны* для собственника земли, однако, въ томъ случаѣ, когда право застройки прекращается вслѣдствіе отказа отъ него при наступленіи невозможности пользоваться участкомъ сообразно его назначенію, происшедшей вслѣдствіе экспроприаціи части участка или измѣненія дѣйствіемъ стихійныхъ силъ ¹⁾. Законъ говоритъ, что эти обремененія *не обязательны* для собственника *земельнаго участка*, но не о полной потерѣ силы ими, не о прекращеніи ихъ вообще, слѣдовательно, въ отношеніи другихъ лицъ они сохраняютъ свою силу.

торги на право застройки не состоялись, въ громадномъ большинствѣ случаевъ будетъ заключаться въ обезцѣненіи этого права установленными въ пользу третьихъ лицъ вотчинными правами. Сохраненіе послѣднихъ въ силѣ и въ случаѣ несостоявшихся торговъ фактически лишило бы собственника возможности осуществить свое право на причитающееся ему вознагражденіе за право застройки. Вмѣстѣ съ тѣмъ, хотя это право на вознагражденіе и не можетъ считаться залоговымъ въ точномъ смыслѣ этого слова, но оно обезпечено записью въ крѣпостномъ реестрѣ съ самаго момента возникновенія права застройки и поэтому, какъ упомянуто выше, должно считаться старшимъ на ряду всѣхъ другихъ установленныхъ застройщикомъ въ пользу третьихъ лицъ вотчинныхъ обремененій. Отсюда слѣдуетъ прийти къ выводу, что если ни одинъ изъ ниже стоящихъ вотчинныхъ вѣрителей не пожелалъ ни участвовать въ торгахъ, ни оставить право застройки за собою, то собственникъ, осуществляя съ своей стороны представляемое ему, по закону, право оставить продаваемое съ публичнаго торга имущество за собою, приобрѣтаетъ право застройки въ томъ видѣ, въ какомъ оно было въ моментъ его установленія, т. е. безъ какихъ либо обремененій. Установленіе соответствующаго правила не можетъ считаться несправедливымъ въ отношеніи вотчинныхъ вѣрителей, такъ какъ имъ дается возможность участвовать въ торгахъ и есть полное основаніе предполагать, что они этою возможностью воспользуются во всѣхъ случаяхъ, когда право застройки, несмотря на лежащія на немъ обязанности по уплатѣ вознагражденія собственнику и вотчинныя обремененія, еще представляетъ извѣстную цѣнность.—См. Объясн. Зап. къ Проекту М. В. Д., стр. 40.

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 20.

Наконецъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда право застройки прекращается, согласно ст. 21, вслѣдствіе требованія собственника земли предоставить послѣднюю для разработки ископаемыхъ, права и обремененія эти, хотя и сохраняютъ свою силу, но могутъ быть осуществляемы лишь поскольку это не препятствуетъ собственнику земли извлекать ископаемые ¹⁾.

Опредѣляя такимъ общимъ образомъ въ указанныхъ условіяхъ положеніе кредиторовъ застройщика, законъ выдѣляетъ изъ ихъ среды залодержателя права застройки, которому даетъ право требовать досрочнаго погашенія долга, обезпеченнаго залогомъ права застройки изъ суммы вознагражденія, слѣдуемаго застройщику согласно ст. 22 за убытки, причиняемые досрочнымъ прекращеніемъ права застройки вслѣдствіе возвращенія земли собственнику ея для разработки ископаемыхъ. Причемъ это требованіе залодержателя удовлетворяется по закону преимущественно предъ другими долгами застройщика: предъ нимъ удовлетворяются только взысканія присужденныхъ собственнику земли платежей, перечисленныхъ въ статьѣ 1163 Устава Гражданскаго Судопроизводства.

5) Право застройки есть вещное обремененіе поземельнаго участка; его содержаніе заключается въ правомочіи использовать обремененный участокъ въ качествѣ строительной площади; слѣдовательно, право застройщика имѣетъ въ виду не какое-либо конкретное строеніе, а вообще строеніе; отсюда слѣдуетъ, что *гибель строенія* не можетъ служить основаніемъ прекращенія права застройки. Мы видѣли, что въ общемъ правѣ это было спорно. Германское Гражданское Уложеніе прямо постановляетъ, что гибель строенія не прекращаетъ права застройки ²⁾. Но указанное правило есть только диспозитивная норма, поэтому стороны могутъ установить въ договорѣ и противное; въ

¹⁾ Законъ о правѣ застройки, ст. 24 п. 3.

²⁾ Motive, Bd. III стр. 473; B. G. B., § 1016.

силу особаго постановленія послѣдняго гибель строенія можетъ быть основаніемъ прекращенія разсматриваемаго права; это соглашеніе можетъ имѣть вещное дѣйствіе, если устанавливается въ формѣ отмѣнительнаго условія.

6) Согласно основнымъ принципамъ книжной системы регистраціи сдѣлокъ съ недвижимостями, принятой за Западѣ, притязанія, основанныя на правахъ, внесенныхъ въ вотчинную книгу, не утрачиваются силой давности¹⁾. Но возможно, что въ вотчинной книгѣ право застройки погашено ошибочно, тогда оно прекращается, если искъ противъ собственника за давнѣль. Началомъ теченія этой давности является моментъ возникновенія положенія, противорѣчащаго праву застройщика. По истеченіи давности искъ застройщика парализуется возраженіемъ объ истеченіи давности²⁾.

Такъ какъ въ случаѣ наступленія срока, отмѣнительнаго условія, экспропріаціи, гибели земельного участка прекращеніе права застройки не обусловливается погашеніемъ его въ вотчинной книгѣ, то вполне возможнымъ представляется, что въ вотчинной книгѣ будетъ значиться существующимъ право застройки, давно уже прекратившееся.

Самое непользованіе правомъ не прекращаетъ права застройки, а лишь право искать его судомъ³⁾.

7) Наслѣдственное право застройки не можетъ прекращаться отъ того, что *застройщикъ умираетъ безъ наслѣдниковъ*. Какъ всякое иное имущество лица, послѣ коего не осталось лицъ, имѣющихъ право наслѣдованія, и право застройки становится имуществомъ выморочнымъ⁴⁾ и, какъ таковое, поступаетъ въ государственную казну⁵⁾, поскольку право послѣдней не исключается особыми правилами ст. 1168—1184 т. X. ч. 1⁶⁾.

¹⁾ Такъ, § 902 В. Г. В.

²⁾ В. Г. В., § 901.

³⁾ Св. Зак., т. X ч. 1, ст. 694.

⁴⁾ Тамъ-же, ст. 1162.

⁵⁾ Тамъ-же, ст. 1167.

⁶⁾ См. Докладъ Ос. Ком. Гос. Совѣта, стр. 37.

8) Ни одно изъ современныхъ законодательствъ не даетъ собственнику земли, обремененной правомъ застройки, права прекратить послѣднее *путемъ удаленія застройщика* съ занимаемаго поземельнаго участка въ случаѣ неисполненія имъ какой-либо обязанности, предусмотрѣнной договоромъ объ установленіи права застройки.

9) Когда право застройки установлено на заложенномъ поземельномъ участкѣ, *принудительная продажа съ торговъ земельного участка* по иску изъ первой закладной прекращаетъ право застройки. Само собою разумѣется, что прекращеніе права застройки не есть прекращеніе права собственности застройщика на строеніе; послѣднее принудительной продажей земельного участка не затрогивается; продажа обосновываетъ лишь требованіе новаго собственника его о сносѣ принадлежащаго застройщику строенія; путемъ купли и вступленія во владѣніе этимъ строеніемъ новый собственникъ земли превращаетъ послѣднее въ составную часть земельного участка.

10) *Экспропріація* служитъ основаніемъ прекращенія всѣхъ обремененій, а въ томъ числѣ и права застройки. Какъ извѣстно, наши законы гражданскіе не даютъ никакихъ общихъ указаній на этотъ счетъ. Только статья 589 п. 2 т. X ч. 1-ой требуетъ, чтобы вознагражденіе за имущество, состоящее въ пожизненномъ владѣніи, не выдавалось владѣльцу, а вносилось въ мѣстное казначейство, причемъ доходъ съ этого капитала подлежитъ пожизненному владѣльцу, а капитальная сумма передается собственнику имѣнія по прекращеніи права пожизненнаго владѣнія.

Экспропріація не можетъ вести къ прекращенію и права застройки безъ всякаго возмѣщенія застройщика; по аналогіи съ правилами 713 ст. X ч. 1, застройщикъ долженъ получить извѣстное возмѣщеніе, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ внесъ собственнику земли за право застройки единовременное вознагражденіе.

Какъ собственникъ зданія на землѣ, подлежащей экспроприации, застройщикъ имѣетъ тѣ же права на вознагражденіе, что и собственникъ земли.

На ряду съ этими, сейчасъ исчисленными основаніями прекращенія права застройки какъ ограниченного вещнаго права, существуетъ еще рядъ другихъ, предусматриваемыхъ обычно спеціальными постановленіями договора объ его установленіи. Опытъ Германіи показываетъ, что договорныя основанія эти могутъ быть весьма многочисленными. Наиболѣе типичными здѣсь являются слѣдующія.

Прежде всего, почти всякій изъ доселѣ опубликованныхъ договоровъ, равно какъ и всѣ образцовые договоры, выработанные различными общественными учрежденіями, содержатъ въ себѣ постановленія, что, въ случаѣ просрочки платежа слѣдующаго по договору вознагражденія, право застройки прекращается. Далѣе, наиболѣе часто встрѣчается постановленіе, въ силу коего право застройки должно прекратиться въ случаѣ, если застройщикъ не возведетъ на предоставленномъ ему участкѣ въ опредѣленный срокъ строеній. Нѣтъ почти такой обязанности, возлагаемой договоромъ на застройщика, неисполненіе которой тотъ или иной договоръ о правѣ застройки не дѣлалъ бы основаніемъ прекращенія послѣдняго; таковы—обязанность застройщика сохранять строенія въ надлежащемъ видѣ, обязанность пользоваться участкомъ только въ предѣлахъ, установленныхъ договоромъ, обязанность страховать строенія, а иногда даже въ полной ихъ стоимости, обязанность не отступать отъ предусмотрѣннаго договоромъ плана для возведенія строеній или обязанность не измѣнять размѣра платы за наемъ принадлежащихъ застройщику строеній и т. п. Это обиліе договорныхъ основаній прекращенія права застройки указываетъ на малое распространеніе его и соединенную съ этимъ осторожность собственниковъ земли, рѣшающихся отдать свою землю подъ застройку. Обиліе это ставитъ вѣрителей застройщика въ тягостное положеніе вѣчной боязни, что по той или другой причинѣ право застройки можетъ прекратить-

ся вслѣдствіе наступленія одного изъ многочисленныхъ оснований, предусмотрѣнныхъ договоромъ. Это обстоятельство является въ настоящее время въ Германіи, и можетъ быть вездѣ однимъ изъ весьма важныхъ условій, затрудняющихъ кредитъ застройщика подъ обезпеченіе его права. Между тѣмъ, большинство случаевъ нарушенія застройщикомъ обязанностей, въ которыхъ договоры видятъ достаточное основаніе для прекращенія самаго права застройки, не можетъ считаться таковымъ ни съ точки зрѣнія существа правоотношенія, ни съ точки зрѣнія его хозяйственного значенія, приближающагося по своей цѣнности къ праву собственности на недвижимость. Вполнѣ достаточнымъ невыгоднымъ послѣдствіемъ нарушенія большинства этихъ обязанностей застройщикомъ можно считать договорный штрафъ или неустойку.

Кромѣ прекращенія права застройки вслѣдствіе наступленія фактовъ, являющихся основаніями прекращенія вообще вещныхъ правъ и тѣхъ основаній, которыя предусматриваются договоромъ, право застройки прекращается, наконецъ, по нѣкоторымъ законодательствамъ, еще вслѣдствіе особыхъ, самимъ закономъ, именно для права застройки, указанныхъ основаній.

Такъ, по нашему закону о правѣ застройки послѣднее прекращается въ случаѣ, если собственникъ потребуетъ застроенный участокъ для разработки ископаемыхъ¹⁾ при условіи, что застройщикъ не изъявитъ желанія ограничиться пользованіемъ частью участка, не отходящей подъ разработку ископаемыхъ или возобновить пользованіе участкомъ по окончаніи ея.

Другое основаніе прекращенія права застройки или, какъ законъ выражается, отказа отъ права застройки указываетъ ст. 20 изучаемаго закона, а именно: застройщикъ можетъ отказаться отъ права застройки при наступленіи невозможности пользоваться участкомъ сообразно его

1) Законъ о правѣ застройки, ст. 21.

назначенію, если невозможность эта произошла вслѣдствіе принудительнаго отчужденія участка для государственной или общественной надобности или какихъ-либо стихійныхъ явленій, наступленіе коихъ для застройщика равносильно гибели предмета пользованія.

Полная гибель предмета пользованія, по общимъ началамъ права, влечетъ за собою не только фактическое прекращеніе пользованія, но и самаго права пользованія, поэтому означенная статья не имѣла бы никакого назначенія, если бы смыслъ ея заключался въ выраженіи этого общаго начала. Въ дѣйствительности, статья 20 говоритъ не о полной гибели земельного участка какъ основаніи отказа застройщика отъ своего права, а лишь о невозможности пользоваться участкомъ сообразно его назначенію, причемъ законъ прямо указываетъ, что таковая невозможность можетъ быть послѣдствіемъ не полной гибели участка, а лишь отчужденія или гибели части послѣдняго.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

I.

Проектъ закона о правѣ застройки Министра Внутреннихъ Дѣлъ (представленіе отъ 16 октября 1908 г. за № 203).

Ст. 1. Собственникъ земельного участка можетъ установить въ пользу другого лица, путемъ договора или завѣщательнаго распоряженія, отчуждаемое и переходящее по наслѣдству право имѣть строенія и сооруженія на принадлежащей ему землѣ (право застройки).

Ст. 2. Право застройки можетъ быть устанавливаемо на вѣчныя времена или на срокъ по соглашенію сторонъ, но не менѣе 36 лѣтъ.

Ст. 3. Право застройки можетъ простираться на часть земельного участка, не предназначенную подъ строенія, если таковая должна служить для надобностей послѣднихъ.

Ст. 4. Право застройки можетъ быть устанавливаемо лишь въ пользу лица, имѣющаго право приобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ въ данной мѣстности.

Ст. 5. Право застройки устанавливается:

1) на надѣльныхъ земляхъ, принадлежащихъ обществамъ сельскихъ обывателей—съ разрѣшенія Губернскаго Присутствія или замѣняющаго его учрежденія;

2) на надѣльныхъ земляхъ наслѣдственно-участковаго владѣнія, буде право застройки устанавливается въ пользу лицъ, не принадлежащихъ къ сельскому состоянію,—съ разрѣшенія Губернскаго Присутствія или замѣняющаго его учрежденія;

3) на земляхъ, принадлежащихъ духовнымъ установленіямъ разныхъ вѣроисповѣданій—съ разрѣшенія Святѣйшаго Синода или Министра Внутреннихъ Дѣлъ, по принадлежности;

4) на землях городских и пригорода Охты—съ разрѣшенія Министра Внутреннихъ Дѣлъ;

5) на земляхъ казенныхъ— съ разрѣшенія подлежащихъ Министровъ и Главноуправляющихъ отдѣльными частями, если право застройки устанавливается на срокъ не болѣе 60 лѣтъ и въ дѣйствующихъ узаконеніяхъ не содержится на сей предметъ особаго постановленія,

и 6) въ имѣніяхъ заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ и маіоратныхъ,—съ разрѣшенія Судебнаго Департамента Правительствующаго Сената, по представленію подлежащаго опекунскаго установленія.

Ст. 6. Вознагражденіе за право застройки не подлежитъ измѣненію по усмотрѣнію одной изъ сторонъ, но въ акты объ установленіи сего права могутъ быть включаемы условія объ опредѣленномъ измѣненіи условленнаго вознагражденія по истеченіи указанныхъ въ означенномъ актѣ промежутковъ времени, либо въ зависимости отъ наступленія предусмотрѣнныхъ въ этомъ актѣ точно опредѣленныхъ обстоятельствъ.

Ст. 1. *Примѣчаніе.* Установленіе вознагражденія за право застройки личными услугами не допускается подъ страхомъ недѣйствительности сдѣлки.

Ст. 7. Лицо, пріобрѣтшее право застройки, обязано нести всѣ слѣдующіе за занимаемый земельный участокъ общественные, земскіе и государственные сборы и повинности.

Ст. 8. Установленное на основаніи ст. 1 право застройки признается имуществомъ недвижимымъ и можетъ быть, на срокъ не далѣе его установленія, отчуждаемо какъ добровольно, такъ и съ торговъ, завѣщаемо и обременяемо долгами и правами участія частнаго порядкомъ, установленнымъ для имуществъ недвижимыхъ.

Ст. 9. Въ случаѣ раздробленія права застройки вслѣдствіе отчужденія, наслѣдованія или раздѣла безъ распредѣленія, съ согласія собственника земли, слѣдуемой ему платы между новыми владѣльцами права застройки,—всѣ они отвѣчаютъ передъ собственникомъ земли совокупно.

Ст. 10. Взысканіе присужденныхъ собственнику земли платежей за право застройки можетъ быть обращено на это право

и на возведенныя на участкѣ постройки не ранѣе года со дня просрочки указанныхъ платежей. Взысканіе это, насколько оно касается платежей, срокъ коихъ наступилъ не болѣе, чѣмъ за два года до предъявленія иска, пользуется преимуществомъ передъ всѣми долгами, обременяющими, право застройки, за исключеніемъ требованій, указанныхъ въ ст. 1163 Уст. Гражд. Суд.

Ст. 11. Право застройки прекращается:

1) наступленіемъ срока;

2) совпаденіемъ въ одномъ лицѣ права застройки съ правомъ собственности на обремененный симъ правомъ участокъ.

Независимо отъ сего застройщикъ можетъ отказаться отъ права застройки при наступленіи невозможности пользоваться участкомъ сообразно его назначенію, если невозможность эта явилась послѣдствіемъ принудительнаго отчужденія части участка для государственной или общественной надобности или какихъ либо стихійныхъ явленій, наступленіе коихъ для застройщика равносильно гибели предмета пользованія.

Ст. 12. Установленные въ пользу третьихъ лицъ до совпаденія права собственности съ правомъ застройки залогъ, сервитуты и иныя крѣпостныя обремененія сохраняютъ свою силу и послѣ прекращенія права застройки въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ они были установлены.

Ст. 12. *Примѣчаніе.* Правило сей статьи не примѣняется, если право застройки прекращается вслѣдствіе оставленія сего права собственникомъ земли за собою при несостоявшихся торгахъ, въ случаѣ взысканія срочныхъ платежей, согласно ст. 10 сего закона.

Ст. 13. Договоры объ установленіи права застройки совершаются крѣпостнымъ порядкомъ съ открытіемъ для cadaго права особаго листа въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, какъ на отдѣльное имѣніе.

Ст. 14. Договоры объ установленіи права застройки подлежатъ оплатѣ: 1) пропорціональнымъ гербовымъ сборомъ и 2) крѣпостною пошлиною, буде заключаются на срокъ свыше 99 лѣтъ. Цѣною акта признается сумма первоначальнаго годичнаго платежа, умноженная на двадцать, съ добавленіемъ единовремен-

наго платежа, если таковой установлен, и если эта сумма не ниже законной оцѣнки (ст.ст. 257 и 258 Уст. Пошлин.). Причитающіеся съ договора гербовый сборъ и крѣпостныя пошлины, по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, разсрочиваются Казенною Палатою на срокъ до 6 лѣтъ, съ наложеніемъ запрещенія на устанавливаемое право. Акты объ отчужденіи права застройки оплачиваются крѣпостною пошлиною на основаніи ст. 253 и слѣд. Уст. Пошлин., если остающійся срокъ пользованія землею превышаетъ 99 лѣтъ.

Ст. 15. Собственникъ земли въ предѣлахъ городовъ, мѣстечекъ, селъ и иныхъ населенныхъ или заселяемыхъ мѣстностей, на которой, до дня изданія сего закона, другимъ лицомъ, согласно договору, возведены строенія, обязанъ, по истеченіи срока договора, оставить эти строенія за собой и возмѣстить собственнику послѣднихъ (застройщику) ихъ стоимость, если не согласится продлить право застройщика на пользованіе застроенной землей на срокъ и на условія по соглашенію, а въ случаѣ спора—по опредѣленію суда.

Ст. 16. Судъ можетъ признать собственника земли обязаннымъ возмѣстить собственнику строеній ихъ стоимость (ст. 15), при несогласіи заключить съ послѣднимъ договоръ о предоставленіи ему права застройки на вѣчныя времена, въ томъ лишь случаѣ, если признаетъ, что подъ видомъ арендныхъ отношеній, хотя бы даже и по краткосрочному договору, существуетъ безсрочное право пользованія землей подъ строеніями.

Ст. 17. Въ случаѣ продленія правъ застройщика на пользованіе застроенною землею на срокъ менѣе 36 лѣтъ, къ заключаемому договору примѣняются постановленія о наймѣ недвижимыхъ имуществъ, а при установленіи болѣе продолжительнаго срока—ст. 1—14 настоящаго закона о правѣ застройки.

Ст. 18. Стоимость строеній, подлежащая возмѣщенію застройщику на основаніи ст. 15, опредѣляется по справедливому усмотрѣнію суда на основаніи всей совокупности обстоятельствъ дѣла.

Ст. 19. Собственникъ земли въ правѣ требовать внесенія въ рѣшеніе суда, постановляемое на основаніи ст. 15, всѣхъ, не противныхъ закону, условій объ образѣ и порядкѣ пользованія землей и строеніями, имѣвшихся въ прежнемъ договорѣ.

Ст. 20. Основанные на ст. 15 иски могутъ быть предъявляемы не ранѣе трехъ лѣтъ до истеченія срока договора и не позднѣе года до истеченія срока договора. По договорамъ, срокъ коихъ истекъ до дня изданія сего закона, или истекаетъ ранѣе года со дня его изданія, означенные иски могутъ быть предъявляемы собственникомъ строеній въ теченіе года со дня изданія сего закона, если постройки еще не снесены и принадлежать застройщику.

Ст. 21. Если до окончанія судебного производства по указаннымъ въ ст. 15 спорамъ истечетъ срокъ аренднаго договора, арендаторъ продолжаетъ пользоваться землею на всѣхъ условіяхъ прежняго договора впредь до постановленія окончательнаго судебного рѣшенія по спору.

Ст. 22. Въ случаѣ отказа собственнику строеній въ искѣ, предъявленномъ имъ на основаніи ст. 15, онъ обязанъ вознаграждать собственника земли за убытки, дѣйствительно понесенные послѣднимъ отъ продолженія пользованія землею послѣ истеченія срока аренды (Ст. 21).

Ст. 23. По судебному рѣшенію, коимъ за собственникомъ строеній признано право на вознагражденіе въ случаѣ невозобновленія договора, вознагражденіе это взыскивается съ собственника земли въ порядкѣ исполненія рѣшенія, если въ теченіе трехъ мѣсяцовъ со дня вступленія рѣшенія въ законную силу онъ не заключитъ съ собственникомъ строеній договора на срокъ и на условія, указанныхъ судомъ.

Ст. 24. Взысканіе опредѣленнаго судомъ вознагражденія за отходящія собственнику земли строенія, въ случаѣ невозобновленія договора (ст. 15), можетъ быть обращено только на эти строенія и состоящую подъ ними землю (ст. 1 и 3), причѣмъ пользуется преимуществомъ предъ взысканіемъ прочихъ личныхъ кредиторовъ собственника земли. До уплаты собственникомъ опредѣленнаго судомъ въ пользу арендатора вознагражденія за возведенныя постройки арендаторъ имѣетъ право безвозмездно пользоваться участкомъ и возведенными на немъ постройками.

Ст. 25. Правило ст. 15 не распространяется:

а) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на земляхъ казачьихъ войскъ (ср. ст. 1403 и 1694 Зак. Гражд.);

б) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на землѣ, отданной въ наемъ изъ выстройки за счетъ наемщика, съ тѣмъ, чтобы онъ въ теченіе установленнаго числа лѣтъ пользовался выстроеннымъ зданіемъ, а по прошествіи срока все выстроенное поступило бы въ собственность хозяина (ст. 1697 Зак. Гражд.);

в) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на земляхъ, сданныхъ въ аренду на сроки свыше 36 лѣтъ на основаніи дѣйствующихъ узаконеній или особыхъ Высочайшихъ повелѣній;

г) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на земляхъ, сданныхъ церковными причтами въ годичную аренду (П. С. З. 24 марта 1873 г. № 52048 прав. § 10);

д) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на земляхъ, состоящихъ въ вѣдѣніи учреждений Министерства Императорскаго Двора и Удѣловъ.

Ст. 27. Лица, пріобрѣтшія право имѣть строенія на чужой землѣ, на основаніи ст. 15, сохраняютъ за собою, въ мѣрѣ дѣйствительной надобности, право пользованія улицами, переулками, проѣздами и прогонами на существовавшихъ ранѣе основаніяхъ.

Ст. 26. Собственникамъ строеній, возведенныхъ на земляхъ: а) удѣльныхъ, переданныхъ Крестьянскому Поземельному Банку въ силу Высочайшаго повелѣнія 12 августа 1906 года, б) кабинетскихъ или казенныхъ, какъ единственнаго владѣнія казны и Кабинета Его Императорскаго Величества, такъ равно и состоящихъ въ пользованіи сельскихъ обывателей, не получившихъ еще отводныхъ записей, земли подъ строеніями предоставляются на основаніи Высочайшаго повелѣнія 12 августа 1906 г., Именного Высочайшаго указа 27 августа 1906 г. и правилъ о переселеніи на казенныя и кабинетскія земли (Особое Приложение къ т. IX Св. Зак., Зак. Сост. книги VIII, по прод. 1906 года, и Высочайшій Указъ 19 Сентября 1906 года), по принадлежности, независимо отъ сословія и экономического положенія собственниковъ строеній.

II.

Проектъ закона о правѣ застройки Комиссіи о чинше- вомъ правѣ ¹⁾ Государственной Думы (отъ 5 ноября 1909 г.).

Ст. 1. Собственникъ земельного участка можетъ установить въ пользу другого лица, путемъ договора или завѣщательнаго распоряженія, отчуждаемое и переходящее по наслѣдству право имѣть строенія и сооруженія на принадлежащей ему землѣ (право застройки).

Ст. 2. Право застройки можетъ быть устанавливаемо на вѣчныя времена или на срокъ по соглашенію сторонъ, но не менѣе тридцати шести лѣтъ.

Ст. 3. Право застройки можетъ простираться на часть земельного участка, не предназначенную подъ строенія, если таковая должна служить для надобностей послѣднихъ (*напримѣръ: дворъ, садъ, огородъ и т. п.*).

Ст. 4. Право застройки можетъ быть устанавливаемо лишь въ пользу лица, имѣющаго право пріобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ въ данной мѣстности.

Ст. 5. Право застройки устанавливается

1) на земляхъ, принадлежащихъ духовнымъ установленіямъ разныхъ вѣроисповѣданій съ разрѣшенія: Святѣйшаго Синода или Министра Внутреннихъ Дѣлъ, по принадлежности, *если сии земли находятся въ столичныхъ или губернскихъ городахъ, или если договоръ о правѣ застройки заключается на срокъ свыше тридцати шести лѣтъ; а въ прочихъ случаяхъ—съ разрѣшенія мѣстной епархіальной власти либо Губернатора—по принадлежности. Для установленія права за-*

¹⁾ Измѣненія, внесенныя комиссіею, означены курсивомъ.

стройки на землях причтовыхъ и приходскихъ вѣдомства православнаго исповѣданія, сверхъ того, требуется предварительное согласіе приходскихъ совѣтовъ.

2) На земляхъ казенныхъ—съ разрѣшенія подлежащихъ Министровъ и Главноуправляющихъ отдѣльными частями;

3) въ имѣніяхъ заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ и маіоратныхъ—съ разрѣшенія Судебнаго Департамента Правительствующаго Сената, по представленію подлежащаго опекунаго установленія;

4) въ имѣніяхъ ленныхъ—съ разрѣшенія мѣстнаго Управленія Земледѣлія и Государственныхъ Имуществъ.

Ст. 6. Право застройки, установленное на заложенной землѣ безъ согласія залогодержателя, необязательно для сего послѣдняго и уничтожается, если при взысканіи съ заложеной земли на вторыхъ торгахъ не будетъ выручена сумма, превышающая требованіе залогодержателя, о чемъ должно быть оговорено въ актѣ установленія права застройки.

Ст. 7. Вознагражденіе за право застройки не подлежитъ измѣненію по усмотрѣнію одной изъ сторонъ, но въ акты объ установленіи сего права могутъ быть включаемы условія объ опредѣленномъ измѣненіи условленнаго вознагражденія по истеченіи указанныхъ въ означенномъ актѣ промежутковъ времени, либо въ зависимости отъ наступленія предусмотрѣнныхъ въ этомъ актѣ точно опредѣленныхъ обстоятельствъ.

Ст. 8. Установленіе вознагражденія за право застройки личными услугами не допускается подъ страхомъ недействительности сдѣлки.

Ст. 9. Лицо, пріобрѣтшее право застройки, обязано нести всѣ слѣдующіе за занимаемый земельный участокъ общественные, земские и государственные сборы и повинности.

Ст. 10. Установленное на основаніи статьи 1 сего отдѣла право застройки признается имуществомъ недвижимымъ и можетъ быть, на срокъ не далѣе его установленія, отчуждаемо какъ добровольно, такъ и съ торговъ, завѣщаемо и обременяемо долгами и правами участія частнаго сервитутами порядкомъ, установленнымъ для имуществъ недвижимыхъ.

Ст. 11. Въ случаѣ раздробленія права застройки вслѣдствіе отчужденія, наслѣдованія или раздѣла безъ согласія собственника земли на распредѣленіе слѣдуемой ему платы между новыми владѣльцами права застройки, всѣ они отвѣчаютъ передъ собственникомъ земли совокупно.

Ст. 12. Взысканіе присужденныхъ собственнику земли платежей за право застройки можетъ быть обращено на это право и на возведенныя на участкѣ постройки не ранѣе года со дня просрочки указанныхъ платежей. Взысканіе это, насколько оно касается платежей, срокъ коихъ наступилъ не болѣе, чѣмъ за два года до предъявленія иска, и при условіи обращенія взысканія по исполнительному листу не позже, какъ черезъ годъ по вступленіи въ законную силу судебнаго рѣшенія, пользуется преимуществомъ передъ всѣми долгами, обременяющими право застройки, за исключеніемъ требованій, указанныхъ въ статьѣ 1163 Устава Гражданскаго Судопроизводства (Св. Зак. т. XVI, ч. I, изд. 1892 г.).

Ст. 13. Право застройки прекращается:

1) наступленіемъ срока или обстоятельства, предусмотрѣннаго договоромъ;

2) совпаденіемъ въ одномъ лицѣ права застройки съ правомъ собственности на обремененный симъ участокъ.

Ст. 14. Застройщикъ можетъ отказаться отъ права застройки при наступленіи невозможности пользоваться участкомъ, сообразно его назначенію, если невозможность эта явилась послѣдствіемъ принудительнаго отчужденія части участка для государственной или общественной надобности или какихъ-либо стихійныхъ явленій, наступленіе коихъ для застройщика равносильно гибели предмета пользованія.

Ст. 15. Равнымъ образомъ, право застройки прекращается, по требованію собственника земли, если въ участкѣ открыты ископаемые, указанные въ статьѣ 260 (по Прод. 1906 г.) Устава Горнаго (Св. Зак., т. VII), а также золото, платина, нефть и янтарь, которые не могутъ быть извлечены безъ поврежденія строеній. Но право это не прекращается, если застройщикъ изъявитъ желаніе возобновить пользованіе участкомъ по окончаніи разработки

ндръ или соглашается ограничить пользование участкомъ тою его частью, которая не нужна для таковой раз- работки. Въ предусмотрѣнныхъ въ настоящей статьѣ случаяхъ собственникъ земли обязанъ возмѣстить застрой- щнику стоимость строеній и убытки, причиняемые досроч- нымъ прекращеніемъ права застройки, или сокращеніемъ земельной площади, обремененною этимъ правомъ или при- остановленіемъ пользованія участкомъ; при сохраненіи права застройки въ отношеніи части участка, собствен- никъ обязанъ, сверхъ того, соответственно уменьшить плату за право застройки.

Ст. 16. Досрочное прекращеніе права застройки не влечетъ за собою уничтоженія установленныхъ застрой- щникомъ залоговъ, сервитутовъ и иныхъ крѣпостныхъ обре- мененій и таковыя сохраняютъ свою силу въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ они были установлены: 1) при прекращеніи права застройки, вслѣдствіе совпаденія его съ правомъ соб- ственности въ одномъ лицѣ, и 2) при отказѣ застрой- щика отъ права застройки вслѣдствіе наступленія сти- хійныхъ явленій (ст. 14).

Въ случаѣ, указанномъ въ статьѣ 15, означенныя въ сей (16) статьѣ права и обремененія сохраняютъ свою силу, но могутъ быть осуществлены лишь поскольку не препятствуютъ собственнику земли извлекать ископаемые.

Ст. 17. Правило, изложенное въ первой части статьи 16 (п. 1), не примѣняется, если право застройки прекращается вслѣдствіе оставленія сего права собственникомъ земли за собою при несостоявшихся вторыхъ торгахъ, въ случаѣ вызы- сканія срочныхъ платежей, согласно статьѣ 12 сего отдѣла.

Ст. 18. Договоры объ установленіи права застройки совер- шаются крѣпостнымъ порядкомъ съ открытіемъ для каждаго права особаго листа въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, какъ на отдѣльное имѣніе.

Ст. 19. Въ акты установленія права застройки не могутъ быть включаемы условія, противорѣчащія суще- ственнымъ признакамъ права застройки.

Ст. 20. Договоры объ установленіи права застройки под- лежатъ оплатѣ: 1) пропорціональнымъ гербовымъ сборомъ, и 2) крѣпостною пошлиною, буде заключаются на срокъ свыше девяноста девяти лѣтъ. Цѣною акта признается сумма перво- начального годичнаго платежа, умноженная на двадцать, съ добавленіемъ единовременнаго платежа, если таковой уста- новленъ, и если эта сумма не ниже законной оцѣнки (Св. Зак., т. V, Уст. Пошлин., изд. 1903 г., ст. 257 и 258). Причитаю- щіеся съ договора гербовый сборъ и крѣпостныя пошлины, по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, разсрочиваются Казенною Палатою на срокъ до шести лѣтъ, съ наложеніемъ запрещенія на устанавливаемое право. Акты объ отчужденіи права застройки оплачиваются крѣпостною пошлиною на основаніи статей 253 и слѣдующихъ Устава о Пошлинахъ, если остающійся срокъ пользованія землею превышаетъ девяносто девять лѣтъ.

II. Въ отношеніи договоровъ найма недвижимыхъ иму- ществъ, заключенныхъ до дня изданія настоящаго закона, установить нижеслѣдующія правила.

Ст. 1. Собственникъ земли въ предѣлахъ городовъ, мѣ- стечекъ, селъ и иныхъ населенныхъ или заселяемыхъ мѣстно- стей, на которой, до дня изданія сего закона, другимъ лицомъ, согласно договору, возведены строенія, обязанъ, по истеченіи срока договора, оставить эти строенія за собою и возмѣстить собственнику послѣднихъ (арендатору) ихъ стоимость, если не согласится продлить право послѣдняго на пользованіе застроен- ною землею (отд. I, ст. 3 сего закона) на срокъ, за плату и на условія по соглашенію, а въ случаѣ спора,—по опредѣ- ленію суда, причемъ судъ можетъ устанавливать сроки права пользованія землею не свыше девяноста девяти лѣтъ.

Ст. 2. Въ случаѣ продленія правъ арендатора на поль- зованіе застроенною землею на срокъ менѣе тридцати шести лѣтъ, къ заключаемому договору примѣняются постановленія о наймѣ недвижимыхъ имуществъ, а при установленіи болѣе продолжительнаго срока—постановленія отдѣла I сего закона.

Ст. 3. Срокъ и прочія условія подлежащаго заклю- ченію, согласно статьи 1 сего отдѣла, договора, а равно

стоимость строений, подлежащая возмещению арендатору, *въ случаѣ отказа собственника земли заключить таковой договоръ*, опредѣляется по справедливому усмотрѣнію суда на основаніи всей совокупности обстоятельствъ дѣла.

Ст. 4. Собственникъ земли въ правѣ требовать внесенія въ рѣшеніе суда, постановляемое на основаніи статьи 1 сего *отдѣла*, всѣхъ, не противныхъ закону, условій, имѣвшихся въ прежнемъ договорѣ.

Ст. 5. Основанные въ статьѣ 1 сего *отдѣла* иски могутъ быть предъявляемы не ранѣе трехъ лѣтъ и не позднѣе года до истеченія срока договора. По договорамъ, срокъ коихъ истекъ до дня изданія сего закона, или истекаетъ ранѣе года со дня его изданія, означенные иски могутъ быть предъявляемы собственникомъ строеній въ теченіе года со дня изданія сего закона, если постройки еще не снесены и принадлежать арендатору.

Ст. 6. Если до окончанія судебного производства по указаннымъ въ *въ статью 1 сего отдѣла* спорамъ истечетъ срокъ аренднаго договора, арендаторъ продолжаетъ пользоваться землею, *состоящей подѣ строеніями и служащей для надобностей послѣднихъ* (*отд. I, ст. 3 сего закона*), на всѣхъ условіяхъ прежняго договора впредь до постановленія окончательнаго судебного рѣшенія по спору, *причемъ, въ случаѣ наступленія предусмотрѣннаго по договору обстоятельства, прекращающаго досрочно договоръ, арендаторъ не только лишается права дальнѣйшаго пользованія землею, но и утрачиваетъ право, установленное въ статью 1 сего отдѣла.*

Ст. 7. Въ случаѣ отказа собственнику строеній въ искѣ, предъявленномъ имъ на основаніи *статьи 1 сего отдѣла*, онъ обязанъ вознаградить собственника земли за убытки, дѣйствительно понесенные послѣднимъ отъ продолженія пользованія землею послѣ истеченія срока аренды.

Ст. 8. По судебному рѣшенію, коимъ за собственникомъ строеній признано право на вознагражденіе въ случаѣ невозобновленія договора, вознагражденіе это взыскивается съ собственника земли въ порядкѣ исполненія рѣшенія, если въ теченіе трехъ мѣсяцевъ со дня вступленія рѣшенія въ законную силу

онъ не заключить съ собственникомъ строеній договора на срокъ и на условіяхъ, указанныхъ судомъ.

Ст. 9. Взысканіе опредѣленнаго судомъ вознагражденія за отходящія собственнику земли строенія, въ случаѣ невозобновленія договора, можетъ быть обращено только на эти строенія и состоящую подѣ ними землю (*отдѣл. I, ст. 3 сего закона*), причемъ пользуется преимуществомъ предѣ взысканіемъ прочихъ личныхъ кредиторовъ собственника земли.

Правило, въ первой части сей (9) статьи постановленное, не распространяется на взысканіе вознагражденія за строенія, возведенныя на земляхъ, принадлежащихъ казнѣ и установленіямъ, дѣла коихъ приравняются къ дѣламъ казенныхъ управленій (Св. Зак., т. XVI, ч. 1, Уст. Гражд. Суд., ст. 1282 и прим. 1, 2 и 4, изд. 1892 г. и по Прод. 1906 г.), но взысканіе сего вознагражденія производится особымъ установленнымъ для означенныхъ дѣлъ порядкомъ (Уст. Гражд. Суд., ст. 1282 и слѣд.). До уплаты собственникомъ опредѣленнаго судомъ въ пользу арендатора вознагражденія за возведенныя постройки арендаторъ имѣетъ право безвозмездно пользоваться участкомъ и возведенными на немъ постройками.

Ст. 10. Правило статьи 1 сего *отдѣла* не распространяется: а) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на *воинскихъ и станичныхъ земляхъ* казачьихъ войскъ (Св. Зак., т. X, ч. I, изд. 1900 г., ст. 1403 и 1694);

б) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на землѣ, отданной въ наемъ изъ выстройки за счетъ наемщика, съ тѣмъ, чтобы онъ въ теченіе установленнаго числа лѣтъ пользовался выстроеннымъ зданіемъ, а по прошествіи срока все выстроенное поступило въ собственность хозяина (Св. Зак., т. X, ч. I, изд. 1900 г., ст. 1697);

в) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на земляхъ, сданныхъ въ аренду на сроки свыше тридцати шести лѣтъ на основаніи дѣйствующихъ узаконеній или особыхъ Высочайшихъ повелѣній.

г) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на земляхъ, сданныхъ церковными причтами на годичную аренду (Выс. утв.,

24 марта 1873 г., П. С. З. № 52048, прав., § 10), *если судомъ не будетъ усмотрѣно, что подѣ видомъ годовичныхъ арендъ стороны имѣли въ виду установить долгосрочное пользованіе;*

д) на собственниковъ строеній, возведенныхъ на земляхъ, состоящихъ въ вѣдѣніи учрежденій Министерства Императорскаго Двора и Удѣловъ.

Ст. 11. Лица, пріобрѣвшія право имѣть строенія на чужой землѣ, на основаніи *правилъ сего отдѣла*, сохраняютъ за собою, въ мѣрѣ дѣйствительной надобности, право пользованія улицами, переулками, проѣздами и прогонами на существовавшихъ ранѣ основаніяхъ.

III. Постановитъ, что собственникамъ строеній, возведенныхъ на основаніи *договоровъ о наймѣ недвижимыхъ имуществъ, заключенныхъ до дня изданія сего закона*, на земляхъ: 1) удѣльныхъ, переданныхъ Крестьянскому Поземельному Банку, въ силу Высочайшаго повелѣнія 12 Августа 1906 года, 2) кабинетскихъ или казенныхъ, какъ единственнаго владѣнія казны и Кабинета Его Императорскаго Величества, такъ равно и состоящихъ въ пользованіи сельскихъ обывателей, не получившихъ еще отводныхъ записей, земли подѣ строениями, по истеченіи сроковъ, указанныхъ въ договорахъ найма, предоставляются на основаніи Высочайшаго повелѣнія 12 Августа 1906 года, Именного Высочайшаго указа 27 Августа 1906 года (П. С. З. № 28315) и правилъ о переселеніи на казенныя и кабинетскія земли (Св. Зак., т. IX, Особ. Прил., книга VIII, по Прод. 1906 г., и Выс. Указ. 19 Сентября 1906 г. П. С. З. № 28357), по принадлежности, независимо отъ сословія и экономического положенія собственниковъ строеній.

IV. Законъ о правѣ застройки ввести въ дѣйствіе повсемѣстно, за исключеніемъ губерній Царства Польскаго и Прибалтійскихъ.

III.

Законъ о правѣ застройки, Высочайше утвержденный 23 іюня 1912 г.

I. Въ измѣненіе и дополненіе подлежащихъ узаконеній постановить нижеслѣдующія правила:

1. Собственникъ земельного участка можетъ предоставить таковой подѣ застройку другому лицу по договору на срокъ и за вознагражденіе, обусловленные въ семъ договорѣ, согласно правиламъ, изложеннымъ, въ слѣдующихъ статьяхъ.

2. Установленное на основаніи статьи 1 право, именуемое правомъ застройки, переходитъ по наслѣдству и можетъ быть на время его дѣйствія отчуждаемо какъ добровольно, такъ и съ торговъ, завѣщаемо и обременяемо долгами, а также правами участія частнаго (сервитутами), если на сей послѣдній предметъ въ договорѣ содержится особое разрѣшеніе,—порядкомъ, определеннымъ для имуществъ недвижимыхъ.

3. Право застройки можетъ быть устанавливаемо, по соглашенію сторонъ, на сроки не менѣе *тридцати шести* и не болѣе *девяноста девяти* лѣтъ.

4. Право застройки можетъ простирается и на такую часть предоставленнаго по договору земельного участка, которая хотя и не предназначена подѣ строенія, но должна служить для надобностей самой застройки.

5. Право застройки можетъ быть устанавливаемо лишь въ пользу лица, имѣющаго право пріобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ въ данной мѣстности.

6. Право застройки на надѣльныхъ земляхъ можетъ быть устанавливаемо въ пользу лицъ всѣхъ сословій.

7. Право застройки устанавливается:

1) на надѣльных земляхъ, принадлежащихъ обществамъ сельскихъ обывателей,—по приговорамъ подлежащихъ сходовъ, постановляемымъ въ порядкѣ статьи 66 Общаго Положенія о крестьянахъ (Св. Зак., т. IX, Особ. Прил., кн. 1, изд. 1902 г., и по Прод. 1906, 1908 и 1910 г.г.); приговоры эти подлежатъ обязательному разсмотрѣнію земскихъ начальниковъ или замѣняющихъ ихъ лицъ крестьянскихъ установлений, а также мировыхъ посредниковъ, примѣнительно къ порядку, установленному въ статьяхъ 30 и 31 Положенія о крестьянскихъ установленіяхъ (Св. Зак., т. IX, Особ. Прил., кн. III, изд. 1902 г.);

2) на земляхъ, принадлежащихъ городскимъ поселеніямъ,—на основаніи опредѣленій и приговоровъ, постановляемыхъ городскими общественными управленіями въ порядкѣ статьи 71, статьи 63 приложения къ примѣчанію 3 къ статьѣ 1 и статьи 3 приложения къ статьѣ 22 Городового Положенія (Св. Зак., т. II, изд. 1902 г. и по Прод. 1906 г.);

3) на земляхъ, принадлежащихъ духовнымъ установленіямъ разныхъ вѣроисповѣданій,—съ разрѣшенія Святѣйшаго Синода, Министра Внутреннихъ Дѣлъ или Намѣстника Его Императорскаго Величества на Кавказѣ, по принадлежности;

4) на земляхъ казенныхъ—съ соблюденіемъ порядка, установленнаго дѣйствующими узаконеніями для разрѣшенія отдачи таковыхъ земель въ пользованіе;

5) въ имѣніяхъ заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ и маіоратныхъ—съ разрѣшенія Правительствующаго Сената (ст. 8), и

6) въ имѣніяхъ ленныхъ, поіезуитскихъ, а также пріобрѣтенныхъ по правиламъ инструкціи 23 іюля 1865 года (П. С. З. 1867 г. № 42328)—съ разрѣшенія мѣстнаго управленія земледѣлія и государственныхъ имуществъ.

8. По имѣніямъ, перечисленнымъ въ пунктѣ 5 статьи 7, установленіе права застройки разрѣшается:

1) по заповѣднымъ имѣніямъ—Судебнымъ Департаментомъ Правительствующаго Сената, которому должны быть представлены заключенія мѣстныхъ дворянской опеки и губернатора;

2) по временно-заповѣднымъ имѣніямъ—Первымъ Департаментомъ Правительствующаго Сената, которому должно быть представлено заключеніе мѣстнаго собранія предводителей и депутатовъ дворянства или должностныхъ лицъ, указанныхъ въ статьѣ 493¹⁵ Законовъ Гражданскихъ (Св. Зак., т. X, ч. 1, изд. 1900 г.), и

3) по маіоратнымъ имѣніямъ—Первымъ Департаментомъ Правительствующаго Сената, которому должны быть представлены заключенія мѣстныхъ управленія земледѣлія и государственныхъ имуществъ и губернатора.

9. При установленіи права застройки на земляхъ, принадлежащихъ причтамъ православнаго исповѣданія, должны быть соблюдаемы слѣдующія правила:

1) причитающееся причту повременное вознагражденіе можетъ быть получаемо имъ не болѣе, какъ за годъ впередъ и

2) если по договору обусловлено единовременное вознагражденіе, то таковое обращается въ неприкосновенный капиталъ причта или присоединяется къ сему капиталу.

10. Установленіе права застройки въ имѣніяхъ заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ и маіоратныхъ можетъ быть разрѣшаемо (ст. 7 п. 5 и ст. 8) съ соблюденіемъ слѣдующихъ правилъ:

1) причитающееся владѣльцу повременное вознагражденіе можетъ быть получаемо имъ не болѣе, какъ за годъ впередъ, и

2) если по договору обусловлено единовременное вознагражденіе, то таковое обращается въ неприкосновенный капиталъ, входящій въ составъ имѣнія, или присоединяется къ сему капиталу, а владѣлецъ пользуется получаемыми съ капитала процентами.

11. Для установленія права застройки на земляхъ, состоящихъ по какимъ бы то ни было основаніямъ въ управленіи опекуна, обязательно испрошеніе разрѣшенія тѣхъ же установлений, какъ и для продажи недвижимаго имѣнія малолѣтнихъ. При разрѣшеніи установленія права застройки принимается въ соображеніе, чтобы интересы собственника земли были охраняемы не только на время существованія опеки, но и на послѣдующее время, на которое простирается право застройки.

Добровольное отчуждение и залогъ права застройки опекуномъ надъ имуществомъ застройщика могутъ послѣдовать только въ случаяхъ и съ соблюденіемъ порядка разрѣшенія, опредѣленныхъ для продажи и залога недвижимаго имѣнія малолѣтнихъ.

12. Право застройки, установленное на заложенной землѣ, а также на земляхъ, находящихся по какимъ-либо причинамъ подъ запрещеніемъ, безъ согласія залогодержателя или лицъ и учреждений, въ пользу коихъ наложено запрещеніе, необязательно для сихъ послѣднихъ. Нотаріальныя установленія, при совершеніи актовъ о правѣ застройки на землѣ, состоящей въ залогъ или подъ запрещеніемъ, обязаны предупреждать стороны о существѣ правила, въ сей статьѣ изложеннаго, и включать это правило въ текстъ акта.

13. Вознагражденіе за право застройки, въ предѣлахъ договорнаго срока, не подлежитъ измѣненію по усмотрѣнію одной изъ сторонъ, но въ акты объ установленіи сего права могутъ быть включаемы условія объ опредѣленномъ измѣненіи вознагражденія по истеченіи указанныхъ въ означенномъ актѣ промежутокъ времени, либо въ зависимости отъ наступленія предусмотрѣнныхъ въ этомъ актѣ точно опредѣленныхъ событий.

14. Установленіе вознагражденія за право застройки личными услугами не допускается подъ страхомъ недействительности сдѣлки.

15. Лицо, пріобрѣтшее право застройки, обязано нести всѣ слѣдующіе за занимаемый земельный участокъ общественные, земскіе, городскіе и государственные сборы и повинности.

16. Въ случаѣ раздробленія права застройки, вслѣдствіе отчужденія, наслѣдованія или раздѣла, безъ согласія собственника земли на распредѣленіе причитающихся ему платежей между отдѣльными владѣльцами права застройки,—всѣ они въ этихъ платежахъ отвѣтствуютъ предъ собственникомъ земли совокупно (каждый за всѣхъ и всѣ за cadaго).

17. Взысканіе присужденныхъ собственнику земли платежей за право застройки можетъ быть обращено на это право и на возведенныя на участкѣ постройки не ранѣе *шести*

мѣсяцевъ со дня просрочки указанныхъ платежей. Взысканіе что, насколько оно касается платежей, срокъ коихъ наступилъ не болѣе, чѣмъ за два года до предъявленія иска, и при условіи обращенія взысканія по исполнительному листу въ теченіе года по вступленіи въ законную силу судебнаго рѣшенія, пользуется преимуществомъ удовлетворенія изъ вышеозначеннаго имущества предъ всѣми долгами застройщика, хотя бы и обеспеченными этимъ имуществомъ, за исключеніемъ требованій, указанныхъ въ статьѣ 1163 Устава Гражданскаго Судопроизводства (Св. Зак., т. XVI, ч. 1, изд. 1892 г. и по Прод. 1906 г.).

Собственникъ земли въ правѣ обратитъ взысканіе присужденныхъ платежей на другое имущество застройщика на общемъ основаніи, не стѣняясь вышеуказанными сроками.

18. Право застройки прекращается:

- 1) наступленіемъ срока и
- 2) совпаденіемъ въ одномъ лицѣ права застройки съ правомъ собственности на обремененный симъ правомъ участокъ.

19. При прекращеніи права застройки вслѣдствіе наступленія срока (ст. 18 п. 1), въ отношеніи возведенныхъ застройщикомъ построекъ, примѣняются слѣдующія правила, если между сторонами не состоялось иныхъ соглашеній:

1) застройщикъ имѣетъ право снести постройки къ истеченію срока договора; застройщикъ обязанъ снести ихъ, если того потребуетъ, не позже мѣсяца послѣ срока договора, собственникъ земли; на снесеніе построекъ по требованію собственника, заявленному позже, чѣмъ за четыре мѣсяца до истеченія срока договора, застройщику предоставляется четырехмѣсячный срокъ со дня предъявленія требованія;

2) постройки, не снесенныя застройщикомъ, остаются въ пользу собственника земли, который, если имъ было заявлено требованіе о сносѣ, имѣетъ право на возмѣщеніе ему застройщикомъ издержекъ по сносу построекъ, произведенному въ продолженіе перваго года послѣ срока договора, и

3) собственникъ земли имѣетъ право потребовать оставленія въ его пользу застройщикомъ построекъ за вознагражденіе, соотвѣтствующее той выгодѣ, которой лишается застройщикъ,

утрачивая право снесенія построекъ; означенное требованіе собственника должно быть заявлено не позже какъ за годъ до истеченія срока договора.

Нотаріальныя установленія при совершеніи актовъ о правѣ застройки обязаны предупреждать стороны о существѣ правилъ, въ сей статьѣ изложенныхъ, о чемъ и дѣлать соотвѣтствующую отмѣтку въ текстѣ акта.

20. Застройщикъ можетъ отказаться отъ права застройки, при наступленіи невозможности пользоваться участкомъ, сообразно его назначенію, если невозможность эта явилась послѣдствіемъ принудительнаго отчужденія части участка для государственной или общественной надобности или какихъ-либо стихійныхъ явленій, наступленіе коихъ для застройщика равносильно гибели предмета пользованія.

21. По требованію собственника земли, право застройки прекращается, если застроенный участокъ ему необходимъ для разработки ископаемыхъ, указанныхъ въ статьѣ 260 Устава Горнаго (Св. Зак., т. VII, по Прод. 1906 г.), а также золота, платины, цѣнныхъ, драгоценныхъ и цвѣтныхъ камней, нефти, янтара и соли, и если эти ископаемыя не могутъ быть извлечены безъ поврежденія строеній. Но право это не прекращается, если застройщикъ изъявитъ желаніе возобновить пользованіе участкомъ по окончаніи разработки нѣдръ или согласится ограничиться пользованіемъ тою частью участка, которая не нужна для таковой разработки.

22. Въ предусмотрѣнныхъ въ статьѣ 21 случаяхъ собственникъ земли обязанъ возмѣстить застройщику убытки, причиняемые досрочнымъ прекращеніемъ права застройки, или сокращеніемъ земельной площади, обремененной этимъ правомъ, или пріостановленіемъ пользованія участкомъ; при сохраненіи права застройки въ отношеніи части участка собственникъ обязанъ, сверхъ того, соотвѣтственно уменьшить плату за право застройки.

23. Право пользоваться для возведенія и хозяйственнаго обслуживанія строеній находящимися на участкѣ застройщика строительными матеріалами принадлежитъ застройщику, для чего послѣднему предоставляется производить работы по добычѣ сихъ матеріаловъ.

Застройщикъ имѣетъ право пользоваться имѣющеюся на этомъ участкѣ водою, а также въ его предѣлахъ устраивать колодцы и обдѣлывать родники и источники.

24. Досрочное прекращеніе права застройки, вслѣдствіе совпаденія его съ правомъ собственности въ одномъ лицѣ, не влечетъ за собою уничтоженія установленныхъ застройщикомъ залоговъ, правъ участія частнаго (сервитутовъ) и иныхъ крѣпостныхъ обремененій, и таковыя сохраняютъ свою силу до истеченія срока договора въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ они были установлены.

Въ случаяхъ, указанныхъ въ статьѣ 20, означенныя въ настоящей (24) статьѣ права и обремененія необязательны для собственника земельного участка.

Въ случаѣ, указанномъ въ статьѣ 21, права и обремененія эти сохраняютъ свою силу, но могутъ быть осуществляемы лишь въ той мѣрѣ, поскольку это не препятствуетъ собственнику земли извлекать ископаемыя. Залогодержатель можетъ, однако, требовать обращенія вознагражденія, причитающагося застройщику по статьѣ 22, на уплату, хотя бы досрочную, долга, обезпеченнаго залогомъ права застройки, и, это требованіе пользуется преимуществомъ удовлетворенія предъ другими долгами застройщика, кромѣ платежей, указанныхъ въ части первой статьи 17, и требованій, перечисленныхъ въ статьѣ 1163 Устава Гражданскаго Судопроизводства (Св. Зак., т. XVI, ч. 1, изд. 1892 г. и по Прод. 1905 г.).

25. Въ случаѣ взысканія срочныхъ платежей согласно статьѣ 17, правило, изложенное въ первой части статьи 24, не примѣняется, если право застройки прекращается вслѣдствіе оставленія сего права собственникомъ земли за собою при несостоявшихся вторыхъ торгахъ.

26. Договоры объ установленіи права застройки совершаются крѣпостнымъ порядкомъ, съ открытіемъ для каждаго права особаго листа въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, какъ на отдѣльное имѣніе. Договоры сіи должны содержать въ себѣ:

1) наименованіе акта договоромъ о правѣ застройки;

2) обязательство застройщика произвести, въ опредѣленный срокъ, постройки;

3) опредѣленіе размѣра и сроковъ вознагражденія собственника, и

4) срокъ, на который устанавливается право застройки.

Кромѣ того, въ договоры могутъ быть включаемы условія о судьбѣ возведенныхъ построекъ по прекращеніи договора, о предоставленіи застройщику права обременять занятый имъ подъ застройку участки правами участія частнаго (сервитутами), о предоставленіи собственнику земельного участка права преимущественной покупки въ случаѣ добровольнаго отчужденія застройщикомъ права застройки, а также другія условія, не противорѣчащія существеннымъ признакамъ права застройки.

27. Договоры объ установленіи права застройки подлежатъ оплатѣ пропорціональнымъ гербовымъ сборомъ. Цѣною акта признается сумма первоначальнаго годичнаго платежа, умноженная на двадцать, съ добавленіемъ единовременнаго платежа, если таковой установленъ. Причитающійся съ договора гербовый сборъ, по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, разсрочивается казенною палатою на срокъ до *шести* лѣтъ, съ наложеніемъ запрещенія на устанавливаемое право.

II. Въ отношеніи заключенныхъ до дня обнародованія настоящаго закона договоровъ найма недвижимыхъ имуществъ для возведенія построекъ установить нижеслѣдующія временныя правила:

1. Если со дня обнародованія сего закона, въ предѣлахъ городовъ, сель, мѣстечекъ или поселеній другихъ наименованій возведены, согласно наемному договору, строенія на нанятой землѣ,—наемщикъ (или преемникъ правъ его по сему договору) при наличности условій, указанныхъ въ слѣдующихъ (2—4) статьяхъ, можетъ требовать отъ хозяина земли, что послѣдній, по истеченіи срока договора, оставивъ эти строенія за собою, возмѣстилъ ему *ихъ стоимость*.

2. Хозяинъ земли обязанъ возмѣстить наемщику стоимость строеній въ томъ лишь случаѣ, если, подъ видомъ краткосрочныхъ арендныхъ отношеній, стороны, заключая первоначальный договоръ, имѣли намѣреніе установить пользованіе землею подъ

строеніями на срокъ, продолжительнѣе опредѣленнаго договоромъ и если, притомъ, хозяинъ земли или не изъявляетъ согласія на оставленіе ея въ означенномъ пользованіи на дальнѣйшее время, или предлагаетъ для сего установленіе такого срока, либо такое возвышеніе платы, либо иное измѣненіе или дополненіе договора, которыя, не соответствуя мѣстнымъ условіямъ, являются чрезмѣрно обременительными для наемщика и которыя не соответствуютъ первоначальному соглашенію сторонъ относительно условій дальнѣйшаго продолженія договора.

3. Обязанность возмѣстить наемщику стоимость строеній относится лишь къ строеніямъ, не снесенныхъ ко дню прекращенія договора и поступающимъ въ собственность хозяина земли. Обязанность эта не распространяется на строенія, столь обветшалыя или оказавшіяся въ такомъ видѣ, что они не пригодны для пользованія.

4. Стоимость строеній, подлежащая возмѣщенію наемщику, опредѣляется въ соответствіи съ состояніемъ ихъ ко времени окончанія наемнаго договора и съ степенью погашенія наемщикомъ произведенныхъ на сооруженіе построекъ затратъ.

5. Основанные на статьяхъ 1 и 2 сего (II) отдѣла иски могутъ быть предъявляемы не ранѣе трехъ лѣтъ и не позднѣе года до истеченія срока договора. По договорамъ, срокъ коихъ истекъ до дня обнародованія сего закона, или истекаетъ ранѣе года со дня его обнародованія, означенные иски могутъ быть предъявляемы арендаторомъ земли въ теченіе года со дня обнародованія сего закона, если постройки еще не снесены и принадлежатъ арендатору.

6. Правила сего (II) отдѣла не распространяются:

а) на строенія, возведенныя на войсковыхъ и станичныхъ земляхъ казачьихъ войскъ (Св. Зак., т. X, ч. 1, изд. 1900 г., ст.ст. 1403 и 1694);

б) на строенія, возведенныя на землѣ, отданной въ наемъ на условіяхъ, указанныхъ въ статьѣ 1697 Законовъ Гражданскихъ (Св. Зак., т. X, ч. 1., изд. 1900 г.), или вообще съ положительнымъ означеніемъ въ договорѣ, что, по истеченіи его срока, строенія поступаютъ въ собственность хозяина земли безвозмездно, или за опредѣленное въ самомъ договорѣ вознагражденіе;

в) на строенія, возведенныя на земляхъ, сданныхъ въ наемъ на сроки свыше *тридцати шести* лѣтъ на основаніи дѣйствующихъ узаконеній или особыхъ Высочайшихъ повелѣній;

г) на строенія, возведенныя на земляхъ, сданныхъ въ наемъ для сельскохозяйственнаго пользованія, хотя бы и съ правомъ возведенія на нихъ построекъ, необходимыхъ для такого пользованія;

д) на строенія, возведенныя на площадяхъ общаго пользованія, а также на временныя постройки (балаганы, сараи и т. п.);

е) на строенія, возведенныя на земляхъ, отданныхъ подъ разработку ископаемыхъ, и

ж) на строенія, возведенныя на земляхъ, сданныхъ церковными причтами въ годичную аренду (Выс. утв. 24 марта 1873 г. прав., § 10, П. С. З. № 52048).

7. Постановленія настоящаго (II) отдѣла не примѣняются къ казнѣ и Министерству Императорскаго Двора и Удѣловъ въ отношеніи строеній, возведенныхъ наемщикомъ на земляхъ казенныхъ или состоящихъ въ вѣдѣніи названнаго Министерства.

III. Постановить, что собственникамъ строеній, возведенныхъ на основаніи договоровъ о наймѣ недвижимыхъ имуществъ, заключенныхъ до обнародованія сего закона, на земляхъ: 1) удѣльныхъ, переданныхъ Крестьянскому поземельному банку въ силу Высочайшаго повелѣнія 12 августа 1906 года и 2) кабинетскихъ и казенныхъ, единственнаго владѣнія казны и Кабинета Его Императорскаго Величества,—земли подъ строеніями, по истеченіи сроковъ, указанныхъ въ договорахъ найма, могутъ быть предоставляемы независимо отъ сословія и экономического положенія собственниковъ строеній: а) удѣльныя, переданныя Крестьянскому поземельному банку,—на основаніяхъ, указанныхъ въ Высочайшемъ повелѣніи 12 августа 1906 года, и б) кабинетскія, переданныя въ казну, и казенныя—въ порядкѣ статей 180—184 Устава о Казенныхъ Оброчныхъ Статьяхъ (Св. Зак., т. VIII, ч. 1, изд. 1908 г.).

IV. Законъ о правѣ застройки ввести въ дѣйствіе повсемѣстно за исключеніемъ губерній Царства Польскаго и Прибалтійскихъ.

IV.

Gesetz vom 26. April 1912, betreffend das Baurecht.

I. Privatrechtliche Bestimmungen.

§ 1.

Ein Grundstück kann mit dem dinglichen, veräußerlichen und vererblichen Rechte, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu haben, belastet werden (Baurecht).

Das Baurecht kann sich auch auf Teile des Grundstückes erstrecken, die für das Bauwerk selbst nicht erforderlich, aber für dessen Benützung vorteilhaft sind.

Die Beschränkung des Baurechtes auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig.

§ 2.

Ein Baurecht kann nur an Grundstücken des Staates, eines Landes, Bezirkes, einer Gemeinde oder eines öffentlichen Fonds begründet werden. Kirchen, Pfründen, kirchliche Anstalten oder Gemeinschaften und gemeinnützige Anstalten oder Vereinigungen können an ihren Grundstücken ein Baurecht begründen, wenn im einzelnen Falle durch Ausspruch der politischen Landesbehörde festgestellt ist, dass die Begründung dem öffentlichen Interesse entspricht.

§ 3.

Das Baurecht kann nicht auf weniger als dreissig und nicht auf mehr als achtzig Jahre bestellt werden.

XXVI

Besteht das Entgelt für die Bestellung des Baurechtes in wiederkehrenden Leistungen (Bauzins), so muss deren Ausmass und Fälligkeit unabhängig von ungewissen künftigen Ereignissen bestimmt sein.

§ 4.

Das Baurecht kann nicht durch eine auflösende Bedingung beschränkt werden.

Das Erlöschen des Baurechtes wegen Verzuges in der Berichtigung des Bauzinses kann nur für den Fall vereinbart werden, dass der Bauzins für wenigstens zwei aufeinanderfolgende Jahre rückständig bleibt.

§ 5.

Das Baurecht entsteht durch die bürgerliche Eintragung als Last des Grundstückes.

Ein Baurecht kann nicht an einem Teile eines Grundbuchs-körpers begründet werden. Pfand- und andere Belastungsrechte, die auf Geldzahlung gerichtet sind oder dem Zwecke des Baurechtes entgegenstehen, dürfen dem Baurecht im Range nicht vorgehen. Für das eingetragene Baurecht ist gleichzeitig eine besondere Grundbucheinlage zu eröffnen. Alle Eintragungen gegen den Bauberechtigten sind in dieser Einlage zu vollziehen.

§ 6.

Das Baurecht gilt als unbewegliche Sache, das auf Grund des Baurechtes erworbene oder hergestellte Bauwerk als Zugehör des Baurechtes.

Dem Bauberechtigten stehen am Bauwerk die Rechte des Eigentümers und an dem Grundstück, soweit im Baurechtsvertrag nichts anderes bestimmt ist, die Rechte des Nutzniessers zu.

Die für Gebäude geltenden Vorschriften finden auf das Baurecht entsprechende Anwendung.

§ 7.

Ein Pfandrecht an einem Baurecht ist als gesetzmässig sicher (§§ 230 und 1374 a. b. G. B.) anzusehen, wenn die Belastung

XXVII

nicht die Hälfte des Wertes des Baurechtes übersteigt und die Schuld durch die vereinbarten Annuitäten oder durch gleichmässige in Zeitabschnitten von höchstens einem Jahre fällige Ratenzahlungen spätestens im fünften Jahre vor Erlöschen des Baurechtes berichtigt sein wird.

§ 8.

Die Löschung des Baurechtes kann vor Ablauf der Zeit, für die es bestellt ist, ohne Zustimmung der darauf eingetragenen Pfandgläubiger und anderer dinglich Berechtigten nur mit der Beschränkung bewilligt werden, dass die Rechtswirkung in Ansehung der Pfand- und anderen dinglichen Rechte erst mit deren Löschung einzutreten hat.

§ 9.

Bei Erlöschen des Baurechtes fällt das Bauwerk an den Grundeigentümer. Gesetzliche Pfand- und Vorzugsrechte, die auf dem Baurecht haften, gehen auf das Grundstück über, sobald das Baurecht erlischt.

Mangels anderer Vereinbarung ist dem Bauberechtigten eine Entschädigung in der Höhe eines Viertels des vorhandenen Bauwertes zu leisten.

§ 10.

Wenn dem Bauberechtigten bei Erlöschen des Baurechtes nach Gesetz oder Vertrag eine Entschädigung für das Bauwerk gebührt, erstrecken sich Pfand- und andere dingliche Rechte an dem Baurecht auf die Entschädigung.

§ 11.

Bei der Exekution auf ein mit Baurecht belastetes Grundstück sind die Vorschriften über die Exekution auf ein mit einer Dienstbarkeit belastetes Grundstück sinngemäss anzuwenden; Bauzinsforderungen sind als Einkünfte der Liegenschaft zu behandeln. Sofern zugunsten öffentlicher Abgaben, die nach den bestehenden Vorschriften ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht am Grundstück geniessen, Zwangsversteigerung stattfindet, muss das Baurecht vom Ersteher ohne Anrechnung auf das Meistbot übernommen werden.

§ 12.

Die bestehenden Vorschriften über die Benützung der Unter- und Oberfläche eines Grundstückes bleiben unberührt.

II. Verfahren.

§ 13.

Wenn dem Ansuchen um Eintragung des Baurechtes nach dem Grundbuchsstand und den vorliegenden Urkunden stattgegeben werden kann, ist es zunächst im Grundbuch anzumerken. Diese Anmerkung hat die Wirkungen einer Anmerkung der Rangordnung nach §§ 53 bis 56 des allgemeinen Grundbuchgesetzes.

Zugleich sind die zur Vorschreibung und Eintreibung der von der Liegenschaft zu entrichtenden Steuern, Zuschläge, Vermögensübertragungsgebühren und sonstigen öffentlichen Abgaben berufenen Organe, soweit diese Abgaben ein Vorzugsrecht vor den im Grundbuch eingetragenen Pfandrechten geniessen, aufzufordern, ihre Ansprüche binnen 14 Tagen bei Gericht anzumelden, widrigens sie dem einzutragenden Baurecht im Range nachstehen würden. Die Aufzufordernden sind in dem Gesuch um Eintragung des Baurechtes anzugeben. Der Beschluss ist den Aufgeforderten zu eigenen Händen zuzustellen.

§ 14.

Ist innerhalb der Aufforderungsfrist kein das Vorzugsrecht geniessender Anspruch angemeldet worden, so ist unverzüglich über die Eintragung des Baurechtes zu entscheiden. Sind solche Ansprüche angemeldet worden, so ist der Gesuchsteller von den Anmeldungen durch Beschluss in Kenntnis zu setzen. Die Eintragung des Baurechtes darf nur bewilligt werden, wenn die Berichtigung oder Sicherstellung der angemeldeten Ansprüche dargetan ist. Wenn dieser Nachweis nicht binnen sechzig Tagen nach der Verständigung von der Anmeldung dem Gericht erbracht wird, so ist die Anmerkung des Ansuchens von Amts wegen zu löschen.

III. Gebührenrechtliche Bestimmungen.

§ 15.

Bei der Bemessung der Gebühr von der Einräumung oder Weiterübertragung des Baurechtes oder von der Übertragung des mit diesem Rechte belasteten Grundstückes sind die allgemeinen Vorschriften der Gebührengesetze mit den in den § 16 bis 19 festgesetzten Abweichungen zu beobachten.

§ 16.

Behufs Ermittlung des Wertes des Baurechtes oder des mit diesem Rechte belasteten Grundstückes ist, soweit nicht das bedungene Entgelt die Grundlage der Gebührenbemessung bildet, zunächst der Gesamtwert der Liegenschaft (des Grundstückes samt den etwa darauf befindlichen Baulichkeiten) nach den allgemeinen Vorschriften der Gebührengesetze so zu bestimmen, als ob das Grundstück nicht mit dem Baurechte belastet wäre.

Der Wert des Baurechtes mit Einschluss der auf Grund des Baurechtes erworbenen oder hergestellten Baulichkeiten (§ 6) ist mit so vielen Hundertsteln des gemäss dem vorhergehenden Absatze ermittelten Gesamtwertes der Liegenschaft zu veranschlagen, als die Anzahl der Jahre beträgt, welche zwischen dem für die Bemessung der Gebühr massgebenden Zeitpunkte und dem Zeitpunkte des Erlöschens des Baurechtes gelegen sind; hierbei sind Bruchteile eines Jahres, wenn sie sechs Monate erreichen, einem vollen Jahre gleichzuachten, andernfalls nicht in Anschlag zu bringen.

Als Wert des mit dem Baurechte belasteten Grundstückes ist der Betrag anzunehmen, der sich ergibt, wenn von dem Gesamtwerte der Liegenschaft der nach dem vorhergehenden Absatz ermittelte Wert des Baurechtes samt Zubehör (§ 6) in Abzug gebracht wird.

Durch die vorstehenden Bestimmungen wird die Anwendung der in den §§ 50 ff. des Gesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, angeführten Arten der Bewertung in Absicht auf die abgesonderte Feststellung des Wertes des Baurechtes und des mit diesem Rechte belasteten Grundstückes nicht ausgeschlossen.

§ 17.

Der Wert der im Sinne des § 3, Absatz 2, bedungenen wiederkehrenden Leistungen (Bauzinse) ist folgendermassen zu veranschlagen:

1. Wenn zwischen dem für die Gebührenbemessung massgebenden Zeitpunkte und dem Zeitpunkte des Erlöschens des Baurechtes ein Zeitraum von weniger als zehn Jahren gelegen ist, mit der Summe der für diesen Zeitraum bedungenen Bauzinse;

2. wenn dieser Zeitraum zehn oder mehr Jahre, jedoch höchstens fünfundvierzig Jahre beträgt, mit dem Zehnfachen des jährlichen Bauzinses;

3. wenn dieser Zeitraum mehr als fünfundvierzig Jahre beträgt, mit dem Fünfzehnfachen des jährlichen Bauzinses.

Sind in den in Z. 2 und 3 angeführten Fällen die wiederkehrenden Leistungen für die einzelnen Jahre von ungleicher Höhe, so hat der für die Gesamtdauer des Baurechtes sich ergebende Jahresdurchschnitt der Bauzinse die Grundlage der in Z. 2 und 3 vorgesehenen Berechnung zu bilden.

§ 18.

Geht die Dauer des Baurechtes aus dem Vertrage, mit dem es eingeräumt wurde, nicht mit Bestimmtheit hervor, oder ist diese Dauer von einer Bedingung abhängig, die im Zeitpunkte der Gebührenbemessung noch in Schweben ist, so ist in Absicht auf die Anwendung der Vorschriften der §§ 16 und 17 die längste nach dem Vertrag oder, in Ermangelung einer die Höchstdauer festsetzenden Vertragsbestimmung, nach § 3, Absatz 1, dieses Gesetzes mögliche Dauer anzunehmen.

§ 19.

Insoweit den im Sinne des § 12 des Gesetzes vom 22. Dezember 1910, R. G. Bl. Nr. 242, und des hierzu erlassenen Statuts als gemeinnützig zu behandelnden Bauvereinigen, welche die im § 4 desselben Gesetzes erwähnten Zwecke verfolgen, hinsichtlich der Gebühren für die Erwerbung oder Veräusserung unbeweglicher Sachen oder hinsichtlich des Gebührenäquivalents von ihrem unbe-

weglichen Vermögen im Wege der Gesetzgebung Begünstigungen eingeräumt werden, sind diese Begünstigungen auf die Gebühren für die Erwerbung und Weiterveräusserung des Baurechtes durch die angeführten Bauvereinigen und auf das Gebührenäquivalent von dem Werte des solchen Bauvereinigen zustehenden Baurechtes sinngemäss anzuwenden. In Absicht auf die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen ist das Baurecht, insoweit das mit demselben belastete Grundstück unverbaut ist, einem unverbauten Grundstück, nach erfolgter Verbauung aber einem Gebäude rechtlich gleichzuachten; die näheren Vorschriften hierüber werden im Verordnungswege erlassen.

IV. Schlussbestimmung.

§ 20.

Mit dem Vollzuge dieses Gesetzes sind Mein Minister für öffentliche Arbeiten und Meine Minister der Justiz und der Finanzen betraut.

V.

Образецъ германскаго договора о правѣ застройки¹⁾.

Zwischen, vertreten durch einerseits und andererseits, wird nachstehender Vertrag vereinbart und beurkundet.

§ 1. bestellt nach den §§ 1012 ff. des B. G. B. und unter den in diesem Vertrage aufgeführten Bedingungen an den Grundstück im Flächengehalt von qm zu Gunsten des ein Erbbaurecht.

§ 2. Kraft dieses Erbbaurechts soll berechtigt sein, auf und unter der Oberfläche de genannten und im § 1 näher bezeichneten Grundstück Bauwerke zu haben und den für die Bauwerke nicht erforderlichen Teil d Grundstück in jeder Weise, die für die Benutzung der Bauwerke Vorteile bietet, insbesondere als Zugang zu den Bauwerken, ferner als Hausgarten, Hofraum, Spielplatz, Bleichplatz für die Einwohner der Bauwerke zu benutzen und zu diesem Zwecke ganz oder teilweise einzufriedigen.

Als „Bauwerk“ im Sinne des § 1012 des B. G. B. soll jedes von Erbbauberechtigten hergestellte Bauwerk und Werk und jede auch nicht mit dem Boden verbundene Anlage gelten.

§ 3. Das Erbbaurecht soll mit dem beginnen und soll am erlöschen. Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung des Erbbaurechts soll auf Blatt des Grundbuches von eingetragen werden.

§ 4. Alle auf dem Grundstück errichteten Bauwerke, Werke und sonstigen Anlagen gehen mit dem Zeitpunkte des Erlöschens

¹⁾ Dietzsch, y. c., стр. 163.

XXXIII

unentgeltlich ins Eigentum der über. Eine Entschädigungspflicht des (Grundbesitzers) für die mit dem Zeitpunkt des Erlöschens ihm zufallenden Bauwerke und Anlagen besteht nicht. Während des letzten Fünftels der Erbbaurechtszeit, also vom bis zum hat die Kosten zur ordnungsgemässen Instandhaltung der Bauwerke der Grundbesitzer zu tragen, soweit sie Mark jährlich nicht übersteigen.

§ 5. Für die Dauer des Erbbaurechts ha d Erbbauberechtigte einen jährlichen, in vierteljährlichen Raten nachträglich zahlbaren Zins von Mark, in Worten Mark zu entrichten.

Die Verpflichtung zur Entrichtung dieses Zinses wird hiermit zu Gunsten als Reallast, mit welcher das Erbbaurecht belastet wird, bestellt und ist ins Grundbuch einzutragen.

§ 6. Der Grundeigentümer steht dafür ein, dass auf d in § 1 näher bezeichneten Grundstück keinerlei Rechte Dritter, insonderheit keine Hypotheken haften; er wird dafür Sorge tragen, dass dem zu bestellenden Erbbaurechte keinerlei sonstige grundbuchmässigen Rechte im Range vorgehen.

§ 7. Die das Erbbaurecht und d damit beschwert Grundstück treffenden öffentlichen Lasten einschliesslich der Brandkassenbeiträge hat auf die Dauer des Erbbauverhältnisses der Erbbauberechtigte zu tragen.

§ 8. D Erbbauberechtigte verpflichtet sich:

1. („Bestimmungen über die Herstellung und Art der Baulichkeiten“).
2. die sämtlichen Bauwerke und Anlagen über und unter der Erde während der ganzen Dauer des Erbbaurechts, mit Ausschluss der in § 4 bestimmten Zeit, in ordnungsmässigem Zustand zu erhalten. Der Grundeigentümer ist berechtigt, die ordnungsgemässe Unterhaltung zu überwachen. Unterlassen die Erbbauberechtigten die ordnungsgemässe Instandhaltung, so hat der Grundeigentümer das Recht, notwendige und zur ordnungsgemässen Unterhaltung der Bauwerke erforderliche Reparaturen auf Kosten de Erbbauberechtigten ausfüh-

ren zu lassen. Zur Ueberwachung der Baulichkeiten bestellt der Grundeigentümer, dessen Urteil sich beide Parteien unterwerfen. Sollten die Kosten der Reparaturen Mark übersteigen, so entscheidet, de . . . Urteil sich beide Parteien unterwerfen. Das Urteil, die notwendigen Reparaturen betreffend, durch, ist auch bestimmend für das in § 4 näher bezeichnete letzte Fünftel der Vertragsdauer.

3. Die Bauwerke zum vollen Werte (Herstellungswert) gegen Feuersgefahr zu versichern, die eventuell eingehenden Versicherungssummen ausschliesslich und in voller Höhe zum Wiederaufbau zu verwenden, auch mit dem Wiederaufbau sofort zu beginnen und denselben ohne jeden Verzug zu vollenden.

§ 9. Die errichteten Baulichkeiten dürfen zu keinem andern Zweck als zu Wohnungszwecken verwandt werden. Insbesondere ist ohne Genehmigung des Grundbesitzers untersagt: die Baulichkeiten zu industriellen oder gewerblichen Zwecken zu verwenden, Gastwirtschaften zu errichten und Verkaufsläden einzurichten.

§ 10. Die Berechtigung zur Aftervermietung wird dem Erbbauberechtigten nicht vorenthalten.

§ 11. Der Erbbauberechtigte wird während der ersten 5 Jahre, also vom bis zum für die herzustellenden Wohnungen Mieten in Ansatz bringen, welche für

(folgt die Benennung der Stockwerke)

nicht übersteigen sollen. Nach Beendigung der ersten fünf Jahre hat der Erbbauberechtigte das Recht, die Mieten um 5%, und nach Beendigung jeder weiteren fünf Jahre wieder um je 5%, berechnet von der Höhe der ersten Miete, zu erhöhen. Oder: Nach Beendigung der ersten fünf Jahre behält sich der Grundbesitzer vor, die Höhe der Mieten durch sachverständige Ermittlung zu bemessen und diese Mietsbemessung in einem Zeitraum von 5 zu 5 Jahren bis zur Beendigung des Erbbaurechtsverhältnisses fortzusetzen. Die Bemessung der Miete richtet sich nach dem Gutachten

Der Grundeigentümer ist berechtigt, die Mieten zu kontrollieren.

§ 12. Dem Grundeigentümer steht für jeden Fall der Veräusserung des Erbbaurechts gemäss §§ 504 ff. B. G. B. ein allgemeines Vorkaufsrecht zu (§ 1097 B. G. B.). Dieses Recht erlischt, falls der Grundeigentümer nicht innerhalb drei Wochen, nachdem ihm seitens des Erbbauberechtigten von dem Abschluss des Veräusserungsvertrags Mitteilung gemacht ist, dem Erbbauberechtigten schriftlich erklärt hat, dass er sein Vorkaufsrecht ausübe.

Dieses Vorkaufsrecht ist als dauernde Belastung des Erbbaurechts in das für das letztere anzulegende Grundbuchblatt entsprechend den §§ 1094 ff. des B. G. B. einzutragen.

§ 13. Die auf das Erbbaurecht aufgenommene Hypothek unterliegt der Prüfung und Genehmigung des Grundeigentümers und ist unter folgenden Bedingungen zu tilgen.

§ 14. Sollte der Erbbauberechtigte seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, den Erbbauzins nicht pünktlich entrichten, die Verpflichtungen der §§ 7, 8, 9 verletzen, die Mieten willkürlich erhöhen, so hat der Grundeigentümer das Recht, das Erbbaurechtsverhältnis für erloschen zu erklären. In diesem Falle hat der Grundeigentümer das Recht, die Baulichkeiten und Anlagen als sein freies Eigentum an sich zu ziehen.

Die auf dem Grundstück ruhenden Hypotheken übernimmt dann der Grundeigentümer und tritt dann in das Schuldverhältnis zu dem Darlehnsgeber, und verpflichtet sich, das noch im Rückstande befindliche Kapital zu verzinsen und nach den in § 13 benannten Bedingungen zurückzuzahlen.

§ 15. Weitere Baulichkeiten als die laut § 8, 1 genehmigten dürfen ohne Zustimmung des Grundeigentümers auf dem in § 1 bezeichneten Grundstück . . nicht errichtet werden.

§ 16. Die Kosten dieses Vertrages und seines Vollzuges einschliesslich Stempel, sowie die durch Eintragung ins Grundbuch entstehenden Kosten werden von beiden vertragschliessenden Teilen je zur Hälfte getragen.

Die Vertragschliessenden bewilligen und beantragen:

1. Auf Blatt des Grundbuchs von einzutragen, dass dem Erbbauberechtigten an dem Grundstück auf die Dauer von Jahren, vom ab, in dem durch vorliegenden Vertrag bestimmten Umfange ein Erbbaurecht bestellt ist und ebenda eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung des Erbbaurechts im Grundbuche und auf entschädigungslosen Uebergang des Eigentums der auf dem Grundstücke befindlichen Baulichkeiten und Anlagen an einzutragen.
2. für das Erbbaurecht ein besonderes Blatt im Grundbuche anzulegen, darauf den als Erbbauberechtigten und ausserdem folgende Vermerke einzutragen:
 - a) die zu 1 erwähnte Vermerkung,
 - b) das im § 12 des Vertrages für zu bestellende Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle,
 - c) die Reallast wegen Entrichtung des Erbbauzinses.

=====

VI.

Образец австрийского договора о правъ застройки ¹⁾.

Zwischen vertreten durch als Eigentümer der Liegenschaft E. Z. Kat. Gem. und wurde am untenstehenden Tage (auf Grund der Ermächtigung des (der) vom oder: mit Vorbehalt der Genehmigung durch) der nachstehende Vertrag geschlossen:

§ 1.

Der Grundeigentümer räumt das Baurecht im Sinne des Gesetzes vom 26. April 1912, R.-G.-Bl. Nr. 86 an die Parzelle Kat. Z. in der Einlagezahl der Kat. Gem. für die Zeit von 65 Jahren gegen Zahlung eines jährlichen Bauzinses von K d. i. % des Wertes der Liegenschaft ein.

. ist darnach berechtigt, auf dem Grundstücke Wohngebäude sowohl auf wie unter der Bodenfläche zu haben und die für das Bauwerk selbst nicht erforderlichen Teile des Grundbuchkörpers zum Vorteile des Bauwerkes zu benützen.

§ 2.

Der Grundeigentümer steht dafür ein, dass auf dem obgenannten Grundbuchkörper dem einzuverleibenden Baurechte keinerlei Pfand- oder andere Belastungsrechte, die auf Geldzahlung gerichtet sind oder dem Zwecke des Baurechtes entgegenstehen, im Range vorangehen werden, und verpflichtet sich, sämtliche die bürgerliche Einverleibung des Baurechtes im Sinne des § 5 des Gesetzes vom 26. April 1912 R.-G.-Bl. Nr. 86 hindernden Eintragungen auf seine Kosten löschen zu lassen.

¹⁾ Forchheimer, y. c., стр. 93.

Wenn die Einverleibung der Löschung nicht innerhalb 30 Tagen erfolgt, nachdem der Grundeigentümer zur Veranlassung der Löschung durch den Bauberechtigten aufgefordert wurde, kann der Letztere innerhalb weiterer 30 Tage unbeschadet etwaiger Schadenersatzansprüche erklären, dass der Vertrag als nicht geschlossen gilt.

§ 3.

Der Bauzins ist in vierteljährigen Raten im vorhinein zu entrichten.

Wenn der Bauzins für zwei aufeinanderfolgende Jahre rückständig bleibt, ist der Grundeigentümer berechtigt, das Baurecht für erloschen zu erklären; er muss jedoch den Bauberechtigten ein Vierteljahr vorher von dieser Absicht in Kenntnis setzen. Die von dem Bauberechtigten abgeschlossenen Mietverträge können nach Erlöschen des Baurechtes vom Grundeigentümer nur mit Einhaltung einer weiteren vierteljährigen Kündigungsfrist aufgelöst werden.

§ 4.

Der Bauberechtigte räumt dem Grundeigentümer das Vorkaufsrecht an dem Baurechte ein.

§ 5.

Der Bauberechtigte ist verpflichtet, auf dem Grundbuchskörper längstens bis Kleinwohnungshäuser im Sinne des Gesetzes vom 22. Dezember 1910, R.-G.-Bl. Nr. 242 und der hiezu erlassenen Verordnungen zu errichten.

Die Baupläne (eventuell: das Bauprogramm samt Skizze) sind (bezw.: ist) dem Grundeigentümer vor Beginn des Baues zur Genehmigung des Baues vorzulegen. Der Bau gilt als genehmigt, wenn innerhalb einer Zeit von 30 Tagen nach Vorlage keine Einwendungen gegen seine Ausführung erhoben werden. Der Grundeigentümer ist verpflichtet, etwaige Einwendungen gleichfalls innerhalb 30 Tagen vorzubringen und im Einzelnen darzulegen, widrigenfalls er dem Bauberechtigten für allen daraus erwachsenen Schaden haftbar ist.

Einigen sich die Parteien über diese Einwendungen nicht, dann entscheidet darüber ein Schiedsgericht, welches aus je einem von jeder Partei vorzuschlagenden Sachverständigen im Baufache und einem von diesen beiden Schiedsmännern zu wählenden Vorsitzenden besteht.

Unterbleibt die Vollendung des Baues durch Verschulden des Bauberechtigten, so ist der Grundeigentümer berechtigt, für jedes Vierteljahr des Verzuges eine Konventionalstrafe von K zu fordern.

§ 6.

Der Bauberechtigte ist verpflichtet, die Bauten stets in gutem baulichen Zustande zu erhalten und für eine den Anforderungen der Gesundheitspflege entsprechende Benutzbarkeit der Wohnungen zu sorgen. Entspricht er diesen Verpflichtungen trotz schriftlicher Aufforderung binnen einer angemessenen, vom Grundeigentümer zu bestimmenden Frist oder nur ungenügend, so ist dieser berechtigt, die erforderlichen Arbeiten auf Kosten des Bauberechtigten herstellen zu lassen.

Der Bauberechtigte hat die Bauten während der ganzen Dauer des Baurechtes auf eigene Kosten bei einer zum Geschäftsbetriebe in Oesterreich zugelassenen Versicherungsanstalt gegen Brandschaden zum vollen Bauwerte (mit Ausschluss der unter der Erde befindlichen Bestandteile) derart zu versichern, dass die Versicherungssumme nur mit Zustimmung des Grundeigentümers ausgefolgt werden darf. Die Höhe der Versicherungssumme wird im Einvernehmen mit dem Grundeigentümer festgesetzt, dem auch der Versicherungsbeitrag vorzulegen ist.

§ 7.

Wesentliche Aenderungen (Zu-, Auf- oder Umbauten) der Gebäude oder ihr Abbruch im Ganzen oder in Teilen dürfen nur nach vorheriger Zustimmung des Grundeigentümers und unter Einhaltung der genehmigten Baupläne (bezw.: des genehmigten Bauprogrammes) stattfinden.

§ 8.

In den Häusern ist die Aufnahme von Bettgebern untersagt; die Aufnahme von Aftermietern ist nur gegen Bewilligung in jedem einzelnen Falle gestattet; diese Bewilligung ist—solange das Haus im Eigentum einer gemeinnützigen Bauvereinigung steht—bei deren Vorstand, sonst bei dem Grundeigentümer anzusuchen.

Der Betrieb von feuergefährlichen sowie von die Nachbarschaft anderweitig gefährdenden oder (durch Rauch, Lärm und dgl.) belästigenden Gewerben ist in den Bauten nicht gestattet.

Die Mieter sind in den Mietverträgen (bzw. in der Hausordnung) zur Einhaltung dieser Bestimmungen zu verpflichten.

§ 9

Die Mietzinse sind mit angemessenen Beträgen zu bestimmen, welche unter Wahrung der Rentabilität dem gemeinnützigen Charakter der Anlage entsprechen.

Die Höhe der Mietzinse sowie ihre Aenderung unterliegen der Genehmigung des Grundeigentümers; wenn binnen 30 Tagen nach Bekanntgabe keine Einwendung erfolgt, gilt die Höhe der Mietzinse bzw. ihre Aenderung als genehmigt. Wenn gemäss den Bestimmungen der Wohnungsfürsorgegesetze bzw. den dazu erlassenen Verordnungen die Genehmigung durch den Ministerium für öffentliche Arbeiten erfolgt, ist eine Genehmigung durch den Grundeigentümer nicht erforderlich. Insoweit eine Erhöhung der Abgaben oder ein sonstiger zur Instandhaltung oder Verwaltung der Gebäude erforderlicher Aufwand die Steigerung der Mietzinse notwendig macht, darf der Grundeigentümer die Genehmigung nicht verweigern; er ist für jeden Schaden haftbar, der dem Bauberechtigten hiebei durch eine Verzögerung der Genehmigung entsteht.

(Den Inhabern von Wohnungen dürfen, sofern sie ihren Verpflichtungen aus dem Mietverhältnisse nachkommen, oder sofern sich nicht aus anderen triftigen Gründen Anstände ergeben, die Wohnungen nicht gekündigt werden).

§ 10.

Wenn der Bauberechtigte den im § 6 übernommenen Verpflichtungen nicht nachkommt oder den im § 8 und 9 übernommenen Verpflichtungen wiederholt zuwiderhandelt, ist der Grundeigentümer berechtigt, die Administration der Miethäuser auf Kosten des Bauberechtigten durch eine von ihm zu bestellende Person solange zu versehen, als ihm nicht eine Gewähr für die richtige Einhaltung des Vertrages geboten wird.

Der Grundeigentümer ist bei Zuwiderhandlungen gegen §§ 6, 8 und 9—statt mit der Administration vorzugehen—und ebenso bei Zuwiderhandlungen gegen § 7 berechtigt, eine Konventionalstrafe zu verlangen. Diese Konventionalstrafe beträgt für jeden Fall des Zuwiderhandelns gegen die §§ 6, 7 und 8 . . . K. Bei Zuwiderhandlungen gegen § 9 ist der Bauberechtigte zunächst verpflichtet, in jedem Falle die über das genehmigte Mass hinaus bezahlten Mietzinse an die Mieten zurückzustellen; überdies kann gegen ihn entweder die Administration oder eine Konventionalstrafe in der Höhe der über das genehmigte Mass hinaus gezahlten Mietzinse in Anwendung gebracht werden.

§ 11.

Bei Erlöschen des Baurechtes ist der Grundeigentümer verpflichtet, dem Bauberechtigten eine Entschädigung in der Höhe eines Drittels des vorhandenen Bauwertes zu leisten; der Bauwert wird ermittelt, indem von den Herstellungskosten eine der Abnutzung entsprechende Quote abgezogen wird.

Zubauten, welche der Bauberechtigte ohne Genehmigung durch den Grundeigentümer errichtete (§ 7), bleiben bei dieser Ermittlung ausser Betracht.

Die Entschädigungssumme darf jedoch nicht grösser sein als der bei Erlöschen des Baurechtes vorhandene Notzungswert der Bauten für den Grundeigentümer.

Wenn keine Einigung über die der Entschädigungssumme zugrunde zu legenden Werte erzielt wird, so hat jeder Vertrags-

XLII

teil einen Sachverständigen im Baufache als Schiedsmann namhaft zu machen. Einigen sich die beiden Sachverständigen nicht, so wählen sie einen Dritten zum Obmanne, dessen Stimme innerhalb der von den beiden Sachverständigen vorgeschlagenen Werte entscheidet. Kommt bezüglich des dritten Sachverständigen eine Einigung nicht zustande, so wird er von Präsidenten des Landes-(Kreis-)Gerichtes in ernannt.

§ 12.

Der Grundeigentümer ist berechtigt, sofern es zur Kontrolle und Durchführung der Vertragsbestimmungen erforderlich ist, die Bauten zu besichtigen, bzw. besichtigen zu lassen.

§ 13.

Der Bauberechtigte hat sämtliche öffentliche Lasten zu tragen, insoweit sie ihn Eigentümer des Bauwerkes und als Nutzniesser des Grund und Bodens (§ 6 des Baurechtsgesetzes) treffen; es gilt dies sowohl von nach den bestehenden Gesetzen zu entrichtenden Lasten, als auch von solchen, welche nach neuen Gesetzen zu entrichten sein werden.

Soweit das dem Grundeigentümer vom mit dem Baurechte belasteten Grundstücke vorgeschriebene Gebührenäquivalent das bisherige Ausmass (von jährlich K) übersteigt, ist der Bauberechtigte verpflichtet, dem Grundeigentümer den Mehrbetrag zu vergüten.

Die Kosten dieses Vertrages trägt jede Partei zur Hälfte.

§ 14.

. als Grundeigentümer willigt ein, dass auf Grund dieses Vertrages in der obgenannten Grundbuchseinlage das oben näher bezeichnete Baurecht zu gunsten d bürgerlich einverleibt werde.

(Falls die Liegenschaft noch keinen eigenen Grundbuchskörper bildet, hat die Vertragsbestimmung zu lauten: „ als Grundeigentümer willigt auf Grund dieses Vertrages ein, dass die Parzellen Kat. Z. in [bzw.: der in der beigehefteten, einen integrierenden Teil dieses Vertrages bildenden

XLIII

Planskizze mit den Buchstaben bezeichneten Teil der Parzelle Kat. Z. in im Ausmasse von m²] aus der E. Z.: Kat. Gem. ohne Uebertragung von Lasten abgetrennt, dass für diese Liegenschaft eine neue Grundbuchseinlage eröffnet und in dieser das oben (§ 1) näher bezeichnete Baurecht zugunsten d bürgerlich einverleibt werde“).

Der Bauberechtigte willigt ein, dass in der neu zu eröffnenden Grundbuchseinlage des Baurechtes

1. die Verbindlichkeit zur Zahlung eines jährlichen Bauzinses von K nebst 5% Verzugszinsen für die Dauer des Baurechtes als Reallast,

2. das Pfandrecht für die in diesem Vertrage vereinbarte Konventionalstrafe bis zum Höchstbetrage von K ,

3. das Vorkaufsrecht zugunsten des Grundeigentümers bürgerlich einverleibt werden.

§ 15.

Der Grundeigentümer verpflichtet sich, den auf das Baurecht bis zu 90% seines Wertes aufzunehmenden Hypotheken den Vorrang vor der zugunsten der Konventionalstrafa einzuverleibenden Kautionshypothek einzuräumen.

§ 16.

Beide Vertragsteile verzichten auf das Rechtsmittel, diesen Vertrag wegen Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes anzufechten.

§ 18.

(. . . . als Bauberechtigter ist an diesen Vertrag von dem Tage gebunden, an welchem er diese Urkunde unterschrieben hat; als Grundeigentümer wird an diesen Vertrag erst von der Zeit an gebunden sein, zu welcher dieser Vertrag die Genehmigung der (des) erlangt).

. , den . . . 19

Замѣченныя погрѣшности и опечатки.

СТРАНИЦА.	СТРОКА.	НАПЕЧАТАНО.	СЛѢДУЕТЪ ЧИТАТЬ.
4	1 снизу	Объ этомъ мы скажемъ ниже (въ послѣдней главѣ).	не читать
9	17 снизу	„Mann kann“	„Man kann“
11	13 снизу	Wiudscheid	Windscheid
15	11 сверху	„praestatur secundum exemplum solarium“	„praestatur secundum exemplum ceterorum solarium“
23	2 снизу	Deruburg	Dernburg
37	12 снизу	вопросъ о налогахъ и повинностяхъ	вопросъ о сборахъ и пошлинахъ
37	13 снизу	касается процессуально-правовой стороны инстита	касается производства.
64	16 снизу	(V-ой)	(IV-ой).
138	14 снизу	Sicherungshypotek	Sicherungshypothek
152	4 сверху	отрицають	отрицаеть.
152	5 снизу	Numor	Humor
160	3 снизу	возраженіи	возраженій.
228	3 снизу	Erman	Erman
240	1 снизу	Erman	Erman