Проф. С. А. БѢЛЯЦКИНЪ.

ЧАСТНОЕ ПРАВО

ВЪ ОСНОВНЫХЪ ПРИНЦИПАХЪ.

(Курсъ Гражданскаго Права)

1928 г. Каунасъ (Литва).

Проф. С. А. БѢЛЯЦКИНЪ.

ЧАСТНОЕ ПРАВО

въ основныхъ принципахъ.

(Курсъ Гражданскаго Права)

1928 г. Каунасъ (Литва).

Право перевода
сохранено за авторомъ.

Типографія Ф. Соколовской и Г. Лана, Каунасъ, ул. Майрониса 10-12. Тел. 793.

* *
*

Въ составъ настоящей работы вошли лекціи, читанныя авторомъ въ Литовскомъ Университетѣ. „Наше право“ или „дѣйствующее наше право“, о которомъ говорится въ текстѣ, это—нормы X т. I ч., освѣщенныя и разъясненныя рѣшеніями б. русскаго Правительствующаго Сената. На рѣшенія Литовскаго Верховнаго Трибунала дѣлаются ссылки изрѣдка, преимущественно постольку, поскольку они были опубликованы (въ частныхъ изданіяхъ). Кромѣ этого, въ поле зрѣнія автора входитъ и Кодексъ Наполеона и Сводъ Прибалтійскій, также дѣйствующіе въ Литвѣ, въ качествѣ мѣстныхъ законовъ. Кодексъ Наполеона ставится наряду съ французскимъ Code civil, какъ родственный послѣднему; въ тѣхъ же случаяхъ, когда между ними существуетъ разница, это обнаруживается изъ текста книги. Приводятся постановленія и другихъ европейскихъ кодексовъ; всего болѣе Германскаго Гражданскаго Уложенія (дѣйствующаго въ одной изъ областей Литвы). Использованы постановленія Проекта Гражданскаго Уложенія, интересныя и важныя quand même и въ то же время поучительныя для пониманія и интерпретаціи положеній нашего позитивнаго права. Но главное вниманіе обращено на изложеніе общихъ принциповъ, по мнѣнію автора, играющихъ первостепенную роль въ настоящее время. Авторъ избѣгалъ слишкомъ обильныхъ ссылокъ на научную литературу, тѣмъ болѣе, что таковая, особенно что касается старой русской юридической литературы, весьма мало доступна намъ для использованія. Однако, отдѣльныя указанія на труды ученыхъ и въ особенности на появившіяся новѣйшія изслѣдованія авторъ все же счелъ нужнымъ сдѣлать, для облегченія желающимъ работать по тѣмъ или инымъ вопросамъ возможности находить нужныя нити.

Іюнь 1928 г. *С. Бѣляцкинъ*

Объясненіе главнѣйшихъ сокращеній.

BGB—Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Германское Гражданское Уложеніе).

V. Ž. — Vyriausybės Žinios (Правительственный Вѣстникъ Литвы).

Čecho-Slov. — Das bürgerliche Gesetzbuch für die Čechoslovakische Republik, Entwurf der Kommission für die Revision des ABGB, herausgegeben vom Justizministerium der Čecho slovakischen Republik.

D. J. — Deutsche Juristenzeitung.

EG — Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Vom 18. August 1896.

Код. Нап.—Гражданскій Кодексъ Наполеона.

Практ. и Теорет. Коммент. — Законы Гражданскіе, Практическій и Теоретическій Комментарій, подъ редакціей А. Вормса и В. Эльяшевича.

Пр. Гр. Ул.—Гражданское Уложеніе, Проектъ Высочайше Учрежденной Редакціонной Комиссіи по составленію Гражданскаго Уложенія, изд. 1905 г.

Пр. ОП.—Гражданское Уложеніе, книга пятая, обязательственное право, проектъ внесенный 14 октября 1913 г. въ Государственную Думу.

Рѣш. Гражд.—Рѣшенія Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената.

Рѣш. уг.—Рѣшенія Уголовнаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената.

Св. Приб. — Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ (ч. III Свода мѣст. узакон. губ. Остзейскихъ).

Schw. OR—Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend der Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 30. März 1911.

Schw ZGB—Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 December 1907.

St. GB (Straf. Gesetzbuch)—Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Общія положенія.

Право, мораль, справедливость.

Взаимныя отношенія людей въ государственно-коллективной жизни регулируются особыми нормами—правовыми нормами. Обязательный характеръ этихъ нормъ заключается въ томъ, что одна сторона можетъ требовать чего-либо отъ другой, притязать, а другая должна опредѣленнымъ дѣйствіемъ или воздержаніемъ отвѣчать на это притязаніе удовлетворить его. Право такимъ, образомъ, обладаетъ силой принудительности, но эта сила болѣе мощь психическая, чѣмъ физическая, ибо она есть сознаніе необходимости извѣстнаго поведенія, правосознаніе. Норма, покоющаяся на внѣшнемъ принужденіи, по истеченіи извѣстнаго промежуточнаго времени, какимъ бы ни былъ этотъ промежутокъ, отпадетъ, если она не соотвѣтствуетъ правосознанію[1]). Въ субъективномъ смыслѣ, право есть то же, что правомочіе, именно специфическая власть даннаго лица въ отношеніи другого, господство его интересовъ надъ интересами другого въ сферѣ предоставленной первому свободы дѣятельности и самоопредѣленія. Правомочіе можетъ быть только у человѣка относительно человѣка. Нѣтъ права у животныхъ, неодушевленыхъ предметовъ и нѣтъ правопризязанія къ животному или неодушевленному предмету. Говоря о „правахъ животныхъ", всегда имѣется въ виду человѣкъ и его интересы [2]). Нельзя требовать извѣстнаго правового поведенія отъ животныхъ или неодушевленнаго предмета:

---

[1]) Ср. Erb. Vom Wesen des „Rechts" und der Sittlichkeit, 1925, S. 115, Stammler, Recht въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1927, S. 664.

[2]) Даже запретъ мучить животное выводится изъ оскорбленія человѣческаго чувства, Ср. Менгеръ, Новое ученіе о нравственности, 1906 г. стр. 24. Въ древнія времена, особенно въ эпоху увлеченія т. назыв. естественнымъ правомъ, правами и обязанностями обильно надѣлялись и животныя. Спиноза признавалъ права за рыбами (большія рыбы имѣютъ право не только пить воду, но и поглощать маленькихъ рыбъ). Этотъ философъ источникъ права желалъ видѣть не въ „божествѣ", не въ совѣсти людей, а только въ „силѣ", которой всѣ и все должны покоряться (Teologisch-politischer Traktat, Sämtliche Werke, B, 2, 1921, S. 12 f.f.). Отъ подобной абсолютной точки зрѣнія на право нетрудно было перейти къ оправданію судебныхъ процессовъ надъ звѣрями, птицами и даже насѣкомыми (саранчей). Эти процессы имѣли мѣсто во Франціи

наказаніе животнаго, бичеваніе моря, поглотившаго карабли,—явленія, отошедшія всецѣло въ область исторіи. Право въ объективномъ смыслѣ это нормы, которыя регулируютъ взаимныя правомочія людей и создаютъ правовой порядокъ, вытекая изъ закона, обычая или иного правотворящаго фактора.

Право по своимъ задачамъ граничитъ съ моралью, касающейся также взаимоотношеній людей. По общепринятому взгляду [4]), мораль предписывается не извнѣ, а изнутри человѣка („Царство Божье внутри насъ") право, же регулируетъ только внѣшнія отношенія людей и ихъ общежитія. Несомнѣнно, право обладаетъ своей собственной сферой и независимымъ существованіемъ, но оно стремится къ достиженію вѣчной морали, и въ этомъ стремленіи къ сліянію права съ моралью—залогъ правильнаго общественнаго развитія и надежда культурнаго человѣка. Вездѣ, гдѣ констатируется разладъ предписаній правовыхъ нормъ съ требованіями человѣческой морали, усматривается негативное, а не позитивное явленіе общественнаго прогресса, хотя бы неизбѣжное съ точкизрѣнія эмпирическихъ условій момента, симптомъ первороднаго грѣха человѣка, еще не закончившійся процессъ соціальнаго развитія.

Право и мораль регулируютъ отношенія въ обществѣ, безъ котораго не мыслимо ни то, ни другое, и оба выростаютъ на одномъ корнѣ соціальной солидарности. Въ качествѣ „вещи въ себѣ" ни право ни мораль не могутъ быть постигнуты въ своемъ существѣ и происхожденіи человѣческимъ разумомъ, даны обществу людей, какъ предопредѣленіе и условіе самого существованія коллектива. Въ частности, если нѣкоторые утверждаютъ, что право вырабатывается, какъ явленіе вторичнаго

сравнительно еще недавно. Таковъ судъ надъ крысами, уничтожившими засѣянныя поля, въ одной изъ провинцій Франціи въ 1773 г. Впрочемъ „животныя дѣла", въ которыхъ участвовали порою выдающіеся юристы и общественные дѣятели, покоились не столько на правовыхъ принципахъ, сколько —можно думать—на желаніи внести успокоеніе въ народныя массы, взволнованныя какой либо проказой со стороны животнаго, а также на воспитательныхъ цѣляхъ общаго наставленія. Случаи осужденія и наказанія животныхъ констатируются на западѣ и въ Россіи до середины XIX в. (Ettinger, Zbrodniarz w światle antropologji i psychologji 1924, str. 11, 12).

[4]) Gareis-Wenger, Rechtsencyklopädie und Methoollogie, als Einleitung in die Rechtswissenschaft, 1920, S. 23 f.f., (см. извлеченія на литовскомъ языкѣ подъ редакціей декана проф. Leonas „Teisės enciklopedija ir metodologia, 1924, p. 19 ir sek.).

свойства, въ обществѣ, въ процессѣ организаціи послѣдняго, то, вѣдь, самое бытіе общества мыслимо только потому, что въ насъ затаено правовое чувство солидарности—солидарности живущаго человѣческой жизнью. Ни съ однимъ правомъ, какъ его понимаютъ въ смыслѣ регулированія внѣшнихъ связей, ни съ одной моралью, обращающейся, какъ принято утверждать, только къ внутреннему міру человѣка, общество обойтись, конечно, не въ состояніи было бы.

Каждое требованіе морали заключаетъ въ себѣ въ той или иной мѣрѣ in potentia черты, свойственныя праву, въ томъ числѣ притязаніе, обязательность и даже принудительность [1]). Съ другой стороны, въ любой нормѣ права сокрыты элементы этики, характеризующей quand même внутреннюю связь между людьми. Даже простая полицейская норма, касающаяся внѣшняго порядка, разсчитана на охрану человѣческихъ благъ и, будучи послѣдовательно раскрываема и очищаема, приводитъ къ мысли о подчиненности ея (принціально) задачамъ человѣческаго благополучія и счастливаго общежитія. Въ концѣ концовъ, всѣ предписанія поведенія въ обществѣ сливаются въ однородную массу обязанностей, съ одной стороны, и притязаній, съ другой, ассимилируются въ единый цементъ общественности. То, что нѣкоторыя изъ этихъ предписаній особо закрѣпляются внѣшнимъ образомъ въ видѣ строгихъ требованій права—а въ этой особой внѣшней закрѣпленности вся суть права—вовсе не представляется для этой группы предписаній предопредѣляющимъ ихъ значеніе, какъ спеціальнаго класса, а только является

---

[1]) Ученіе проф. Петражицкаго, изложенное имъ еще въ Очеркахъ Философіи Права, о томъ, что только правовыя обязанности суть обязанности не свободныя, т. е. закрѣпленныя активно за другими и образующія такимъ образомъ двустороннюю связь (в. I, 1900 г. стр., 15), можно считать въ настоящее время окончательно опровергнутымъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ значительно расшатана вся столь извѣстная теорія этого ученаго о разграниченіи права и морали по признаку императивно-аттрибутивности и односторонне-императивности (см. въ частности его „Теорію права и государства въ связи съ теоріей нравственности". Т. I, 1909 г. стр. 49 и сл.). Проф. Паліенко, подвергнувъ критикѣ ученія философовъ и юристовъ о правѣ и морали, пришелъ самъ къ выводу, что для превращенія нравственной нормы въ правовую, необходимо, чтобы норма эта была не свободнымъ самоопредѣленіемъ субъекта, а обязывала его независимо отъ его собственнаго отношенія къ ней, Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства 1908, стр. 279. По мнѣнію проф. Паліенко, вся суть правовой нормы въ признаніи другими субъектами

практическимъ отраженіемъ эмпирическихъ нуждъ въ данной стадіи развитія общества. На сколько же рѣчь идетъ о вмѣшательствѣ особаго закрѣпляющаго органа—„власти", то оно не опредѣляетъ самой сущности права, а лишь даетъ конкретный признакъ распознаванія послѣдняго [1]). Огромная масса незакрѣпленныхъ нормъ проявляетъ свое дѣйствіе обязательности не только въ формѣ „неписаннаго права" (обычая), но и въ формѣ нравственныхъ предписаній, нарушеніе которыхъ влечетъ за собой реакцію, кромѣ коллективно-психической, еще и чисто „юридическую", какъ признаніе дѣйствія вообще соціально-неправильнымъ, иногда и возмѣщеніе вреда, притомъ не одного лишь имущественнаго, но также и не-матеріальнаго, и пр. Характерно, что въ недавнее время была весьма популярна формула (Jellinek'a) „Das Recht ist das etische Minimum", которая оттѣняла мысль объ эманаціи права изъ морали, но какъ чего-то подчиненнаго. Нынѣ фактъ „закрѣпленности" права приводитъ нѣкоторыхъ къ противоположной крайности, а именно къ признанію, что право проявляется какъ „ein ethisches Maximum, nämlich an Kraft, an Wirksamkeit, an Resultaten" [2]).

общенія данной нормы безусловно обязывающей субъекта. Однако, сознаніе общеобязательности—принадлежность не только правовой, но и нравственной нормы. Никто не считаетъ данное нравственное поведеніе нормативнымъ для себя съ какимъ-нибудь исключеніемъ нормативности его для другихъ. Хотя „добрый Демидъ на другихъ не глядитъ", но нравственное самоопредѣленіе средняго человѣка заключается все же именно въ томъ, чтобы не совершать того, чего не должны совершать, по его представленію, и другіе, и дѣлать, что должны дѣлать также другіе. Въ то же время отсутствіе сознанія безнравственности даннаго поступка у субъекта по причинѣ его моральной слѣпоты (маразма) и пр. не исключаетъ самой безнравственности, какъ объективно негоднаго поведенія.

[1]) По мнѣнію А. Менгера, не только право, но и нравственность, т. е. вся область предписаній, регулирующихъ теченіе общественной жизни, есть продуктъ направляющей власти: „историческая жизнь людей опредѣляется не господствующимъ среди людей нравственнымъ порядкомъ, а соотношеніемъ общественныхъ силъ"... „Вся нравственность является лишь проблемой власти" (Новое ученіе о нравственности, 1906 г., стр. 37, 44). „Новизна" этого ученія заключается въ отрицаніи основаній человѣческой морали для торжества классовыхъ тенденцій и поставленіи новаго бога, въ данномъ случаѣ экономическаго, въ качествѣ единаго властителя міра и душъ.

[2]) Max Mayer, Rechtsphilosophie, 1922, S. 63.

Очевидно, что теорія „минимума“ и теорія „максимума“ одинаково страдаютъ искусственностью и желаніемъ поставить право непремѣнно либо ниже морали либо выше ея. Усилія теоріи и практики должны отнынѣ направляться не столько къ фиксированію отдѣльныхъ классовъ „права“ и „морали“ и строгому ихъ разграниченію по оказывающимся непрочными признакамъ, а въ сторону констатированія ихъ общихъ чертъ, ассимилированія двухъ понятій, по существу родственныхъ и сходныхъ, отысканія признаковъ равенства, углубленія и развитія идеи сходства. Къ стиранію грани между правомъ и моралью приводятъ крайнія соціалистическія ученія, не признающія законности никакихъ иныхъ мотивовъ человѣческихъ дѣяній, кромѣ диктуемыхъ нуждами коллектива, и всецѣло подчиняющихъ личность этому коллективу. Къ тому же приходятъ и представители противоположнаго направленія — строгаго индивидуализма,—отрицающіе власть коллектива во имя „личности“ и готовые порою поднять послѣднюю на высоту (Толстой), гдѣ исчезаетъ всякое различіе между правомъ и нравственностью. Однако, помимо этихъ крайностей, само по себѣ стремленіе поставить право въ рамки общественной морали, согласовать ихъ и объединить можно проглядѣть въ качествѣ общаго явленія на всемъ протяженіи исторіи человѣчества. Проблема сближенія есть актуальная проблема грядущаго и для соціолога и для юриста Кривые образы, какіе давало это стремленіе въ отдѣльныя эпохи, благодаря искусственному извращенію идеи въ сторону всевозможныхъ тенденцій, напр. въ пользу абсолютизма „отцовъ“— монарховъ и пр., не затемняютъ и не уничтожаютъ самой идеи, свѣтящей человѣчеству, указывающей ему путь къ добру и счастію.

Нѣтъ надобности искать особаго опредѣленія для понятія *справедливости*, которое есть тоже правовое чувство и то же чувство общественной морали. Справедливое и несправедливое--это внутренній отпечатокъ отношеній между людьми, добро и зло въ смыслѣ соціальномъ, въ смыслѣ содѣйствіи или помѣхи общественнымъ идеаламъ [1]). Справедливость, какъ внутри насъ живущее сознаніе необходимости того или иного человѣческаго порядка, свидѣтельствуетъ о предѣлѣ, какого достигаетъ въ извѣстную эпоху процессъ раскрытія права и морали въ жизни. Въ этомъ отношеніи справедливость служитъ пробнымъ камнемъ для цѣнности самого права, она есть „идеальный критерій и цѣль права“, ею долженъ руководиться и самъ законодатель, создающій право, и судья, примѣняющій данную норму къ конкретному

[1]) См. Cosentini, La réforme de la legislation civile (la justice et le pouvoir), 1913, p. 162.

комплексу фактовъ, и каждый гражданинъ въ своихъ отношеніяхъ къ ближнему. Но справедливость можетъ быть разсматриваема и подъ угломъ зрѣнія болѣе конкретныхъ, дѣйственныхъ функцій служебнаго характера.

Общеизвѣстно, что еще древнѣйшіе философы и государствовѣды (Аристотель) обратили вниманіе на то, что норма закона имѣетъ абстрактный характеръ, предназначена дѣйствовать въ неизвѣстномъ будущемъ, каждое же дѣло индивидуально по своимъ особенностямъ, такъ что право по необходимости должно быть восполнено справедливостью, примѣряющей его къ даннымъ условіямъ казуса, дающей ему гибкость и приспособляемость. Въ римскомъ правѣ эта мысль нашла себѣ примѣненіе для смягченія нормъ строгаго права—strictum jus—сначала въ отношеніи иностранцевъ, не подчиненныхъ дѣйствію римскаго національнаго jus civile, черезъ юрисдикцію praetor perigrinus, а затѣмъ развилась и вылилась въ юриспруденціи по отношенію ко всѣмъ гражданамъ въ общій принципъ—aequitas. Начала справедливости, ut inter bonus viros agi oportet, дѣйствовали припробѣлахъ закона, при необходимости исправленія его слишкомъ категорическаго и неудовлетворительнаго содержанія. Такой же характеръ имѣла справедливость въ Англіи; гдѣ она восполняла —дѣйствующее обычное право—common law—, пріобрѣтая самостоятельное значеніе правового фактора, постепенно, путемъ особыхъ фикцій, создавая новые институты права въ отмѣну устарѣвшихъ и вызывая къ дѣятельности особые суды—courts of equity. Римскія начала справедливости вошли впервые въ качествѣ опредѣленныхъ требованій во Французское право [1]), а затѣмъ были признаны повсемѣстно—natuerliche Gerechtigkeit—какъ вполнѣ отвѣчающія началами равенства, добросовѣстности,—Treu und Glauben. Справедливость должна была фигурировать, въ качествѣ предпосылки примѣненія всякаго положительнаго права Нынѣ справедливость получила особое значеніе при опредѣленіи взаимоотношеній въ виду значительный расшатанности публичнаго и частнаго строя, въ виду необходимости быстраго корректированія неудовлетврительнаго и отсталаго въ правѣ и восполненія недостающаго. [2]).

---

[1]) Code Civil, Код. Нап., 1135.

[2]) Въ государствахъ Европы изданы были законы, которые нарочито подчеркивали обязанность руководствоваться справедливостью, сокъ напр., Австрійскій Einigungsämtesgesetz vom 4 April 1919, предписывающій споры по поводу извѣстныхъ поставокъ разрѣшать на основаніи „Billigkeit“, причемъ это касается не только судовъ, но и другихъ оффиціальныхъ учрежденій (Einigungsamt), См. о справедливости Виноградовъ,

Такъ какъ справедливость заключаетъ въ себѣ неизмѣнно сознаніе моральныхъ свойствъ обязанностей и притязаній, то мы ее отыскиваемъ, сознательно или интуитивно, и во всякой предписанной обязательной нормѣ, скажемъ, законѣ, („справедливый законъ"). При ненахожденіи этой моральной основы, возникаетъ проблема конкуренціи справедливости и законности—Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.

Въ разныя времена, въ разныхъ странахъ и въ разныхъ слояхъ населенія эта проблема рѣшалась различно, въ зависимости отъ многообразныхъ причинъ историческаго и политическаго характера. Эта проблема кардинальной важности для права и правосудія вызвала и вызываетъ безконечные споры. Не останавливаясь подробно на этихъ спорахъ и контроверзахъ, не приведшихъ къ тому же къ положительнымъ результатамъ вообще, можно отмѣтить лишь, что нынѣ пробивается наружу компромиссное рѣшеніе. Оно заключается въ томъ, что вопросъ конкурренціи „справедливости" и „законности" долженъ быть разрѣшаемъ in concreto отъ случая къ случаю, путемъ опредѣленія того, что въ данномъ отдѣльномъ случаѣ представляется болѣе желательнымъ—жертвовать справедливостью въ пользу законности или наоборотъ, „aus dem gemeinsamen Zwecke der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit, durch die Untersuchung, ob diesem Zwecke in gegeben Falle durch die Missachtung der Positivität oder durch die Missachtung der Ungerechtigkeit des Rechtssatzes der grössere Schaden erwackse[2]). Такая постановка вопроса переноситъ центръ тяжести отъ закона, какъ выразителя общей воли, къ исполнителю, судьѣ. Хотя расширеніе судейскаго усмотрѣнія, въ общемъ, соотвѣтствуетъ духу времени, но доведеніе этого усмотрѣнія до предлагаемыхъ предѣловъ едва ли пріемлемо по условіямъ нынѣшняго состоянія права, твердо держащагося еще точки зрѣнія пріоритета закона. Пріоритетъ выразится въ томъ, что законъ будетъ считаться дѣйствующимъ, не взирая на противорѣчіе его справедливости. Но это не значитъ, что послѣдняя потеряетъ все свое значеніе въ этомъ случаѣ. Она будетъ дѣйствовать въ двухъ направле-

---

Очерки по теоріи права, 1915 стр. 130 и сл., Meyers Lexikon 1925, B. 2., S. 385 (Billigkeit), Паліенко, Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, 1908 г., inter cetera стр. 278. Въ Россіи Сенатъ неизмѣнно пропагандировалъ идею справедливости въ судахъ, требуя только, чтобы при этомъ не игнорировался существующій законъ, „который въ въ спорѣ о правѣ гражданскомъ только и можетъ служить источникомъ для отличія справедливаго отъ несправедливаго" рѣш. гражд. 1912 г. № 129.

[2]) Radbruch, Grundzüge der Rechtsfilosophie 1914, s. 179.

ніяхъ: а) конкретно, давя на самый законъ, стѣсняя и ограничивая его примѣненіе, умаляя его силу искусственнымъ путемъ, черезъ обходныя фикціи и пр., и б) систематическимъ подкапываніемъ его общаго авторитета и констатированіемъ ненормальности его бытія, что должно неизбѣжно привести рано или поздно къ отмѣнѣ закона. Объ общественыхъ катаклизмахъ и революціяхъ, вызываемыхъ несправедливыми законами, здѣсь нѣтъ надобности распространяться.

Публичное и частное право.

Въ виду того, что въ жизни различаются отношенія между отдѣльными индивидуумами, какъ таковыми, и между индивидуумами и цѣлымъ коллективомъ, — всѣ регулирующія общежитіе правовыя нормы раздѣляютъ на право публичное и право частное. Публичное право трактуетъ права и обязанности, возникающія между личностью и государствомъ или другими публичными союзами, какъ городскія самоуправленія и проч,, частное право – jus privatum, jus civile—объемлетъ права и обязанности отдѣльныхъ субъектовъ, какъ единичныхъ лицъ, между собою. Къ публичному праву относятся постановленія о власти, область, трактующая о преступленіяхъ и наказаніяхъ (уголовное право и уголовный процессъ), избирательное право, налоговое право, отношенія по отбыванію воинской повинности и другія. Частному праву принадлежатъ постановленія о собственности и иныхъ видахъ господства надъ имуществомъ, о договорахъ и обязательствахъ, о разнаго рода личныхъ достояніяхъ (право на имя, авторское право), объ отношеніяхъ по семьѣ и наслѣдованію. Нормы гражданскаго процесса проникнуты двойственнымъ характеромъ. Именно, поскольку рѣчь идетъ о взаимоотношеніяхъ между тяжущимся и судомъ и о способахъ отысканія судомъ правильнаго разрѣшенія дѣла, имѣется налицо право публичное, а насколько дѣло каксается отношеній между тяжущимися и распредѣленія ихъ ролей въ процессѣ—право частное. Существуютъ и другія правовыя области, гдѣ публичные и частные элементы переплетаются и перекрещиваются, какъ обыкновенное, нормальное явленіе.

Регулируемые публичнымъ правомъ интересы суть интересы оффиціальные, общественные, государственные (Interessentheorie) [1]. Въ публично-правовомъ отношеніи участвуютъ на обѣихъ сторонахъ или на одной государство либо общество, въ лицѣ ихъ представителей, potentior persona. Въ частномъ правѣ субъекты-приватные, а интересы не выходятъ изъ

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, B. I, 1902, S. 47, Gareis-Wenger, Rechtsenzyklopädie und Methodologie, 1920, S. 69, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922, стр. 2, Шершеневичъ, учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912, стр. 5.

круга, очерченнаго для дѣятельности и самоопредѣленія индивидуумовъ [1]). Разграниченіе между публичнымъ и частнымъ (гражданскимъ) правомъ имѣетъ огромное не только научное, но практическое значеніе, хотя нѣтъ недостатка въ теоріяхъ, пытающихся совершенно отвергнуть дуализмъ. По общему правилу, порядокъ, устанавливаемый нормами публичнаго права, не подлежитъ измѣненію по частнымъ соглашеніямъ, имѣя такимъ, образомъ, стабильный характеръ. Разсмотрѣнію судебныхъ установленій подлежатъ преимущественно иски и требованія о правѣ частномъ [2]). Публичноправовая норма, отражающая сравнительно болѣе важные интересы, имѣетъ приматъ передъ нормой частнаго права, что сказывается въ случаяхъ коллизіи. Частное лицо уступаетъ коллективу, развѣ бы послѣдній самъ дѣйствовалъ какъ представитель своихъ приватныхъ интересовъ, какъ экономическая единица, при осуществленіи своихъ хозяйственныхъ задачъ и пр. (фискъ): въ послѣднемъ случаѣ коллективъ немногимъ отличается отъ обыкновенныхъ субъектовъ частнаго права [3]). Если правоотношенія сторонъ относятся къ сферѣ публичнаго права, судъ оказывается некомпетентнымъ, и споръ подлежитъ разрѣшенію администраціи [4]). Въ случаѣ сомнѣнія, принад-

[1]) Иногда самое отношеніе носитъ смѣшанный характеръ —gemischte Rechtsverhältnisse,—наприм., отношеніе должностнаго лица по службѣ. Въ прежнее время притязаніе должностного лица на жалованіе причислялось къ частному праву, нынѣ повсемѣстно оно отнесено къ праву публичному. См. Рѣш. гражд. 1903 г. № 1, 1884 г., № 21. Otto Koellreuter „Oeffentliches Recht“ въ „Handwörterbuch der Rechtswissenschaft“, 10 L, 1926, S. 268, также Fleiner, Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S. 10. У Fleiner указанія и данныя о постепенномъ преобразованіи нѣкоторыхъ другихъ юридическихъ институтовъ, возникающихъ въ связи съ экспропріаціей, эксплоатаціей государственныхъ и общественныхъ предпріятій (gewerbliche Unternehmungen durch Staat und Gemeinde) и проч., изъ цивилистическихъ въ публично-правовыя S. 17 f.f.

[2]) Ст. 1 Уст. Гражд. Суд. и примѣч. къ ней. Еще въ дореформенное время въ Россіи настойчиво разъяснялось, что споры изъ частныхъ правоотношеній должны направляться въ судъ, а не въ другія учрежденія. См. Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта по гражданскимъ дѣламъ за 1852, 1853 и 1854 г.г., стр. 112 и сл. Но, разумѣется, это не соблюдалось. Только съ введеніемъ судебныхъ уставовъ удалось отдѣленіе суда отъ администраціи.

[3]) Gareis-Wenger, Rechtsenzyklopädie und Methoologie, 1920, S. 70.

[4]) Практикой русскаго сената твердо установлено, что

лежитъ ли та или иная норма къ публичному праву или частному, руководствомъ можетъ служить цѣль, ради которой норма установлена и которая въ публичномъ правѣ сводится къ охранѣ интересовъ общихъ, а въ частномъ правѣ — къ охранѣ интересовъ отдѣльныхъ индивидуумовъ. Нѣтъ сомнѣнія, что право вообще, какое бы оно ни было, имѣетъ въ виду охраненіе интересовъ общежитія, такъ что соціальные и

подсудность имущественнаго спора между частнымъ лицомъ, съ одной стороны, и правительственнымъ или общественнымъ установленіемъсъ, другой, зависитъ отъ того, въ какомъ качествѣ дѣйствуетъ казенное или общественное установленіе: если оно является представителемъ или защитникомъ имуществъ, принадлежащихъ казнѣ или обществу, какъ юридическимъ лицамъ, владѣющимъ и распоряжающимся извѣстнымъ имуществомъ и вступающимъ въ договоры и соглашенія съ частными лицами, споръ признается подвѣдомственнымъ судебнымъ установленіямъ; если же, напротивъ того, оно дѣйствуетъ какъ власть въ предѣлахъ функцій, ему представленныхъ въ государственныхъ или общественныхъ дѣлахъ, споръ является подвѣдомственнымъ установленіямъ административнымъ (рѣш. гражд. 1876 г. № 391, 1877 г. № 260, 1881 г. № 10, 1869 г. № 129, 1892 г. № 43, 1894 г. № I, 1896 г. № 85, 1908 г. № 86. Общ. Собр. 1892 г. №№ 28, 43, 1900 г. № 22. Права и интересы частныхъ лицъ, въ чемъ-либо нарушенные актами правительственныхъ учрежденій, предпринятыми по управленію, согласно законамъ, возстанавливаются путемъ принесенія жалобы по начальству, Рѣш. гражд. 1888 г. № 31, Общ. Собр. 1903 г. № 34. Сюда относится, напр., взысканіе разныхъподатей, пошлинъ, повинностей и т. п., сборовъ въ пользу казны или самоуправляющихся обществъ, которымъ можетъ быть нарушено не гражданское право частнаго лица, а лишь право его, какъ плательщика налога, подлежащее огражденію и возстановленію лишь путемъ жалобы по начальству (Рѣш. гражд. 1907 г. № 58, 1905 г. № 75, 1889 г. № 129, 1886 г. № 32, 1880 г. № 8, Общ. Собр. 1904 г. № 21, 1903 г. № 34, 1900 г. № 22, 1892 г. № 43 и 28, 1885 г. № 33), затрагивающія частныхъ лицъ обязательныя постановленія органовъ власти, городскихъ управъ и пр. (ср. рѣш. Общ. Собр. 1898 г. № 26). Когда споръ власти „въ предѣлахъ функцій, ей предоставленныхъ“. съ частнымъ лицомъ въ томъ или иномъ случаѣ передается закономъ на разрѣшеніе судебныхъ мѣстъ, это дѣлается въ видѣ исключенія. Такимъ исключеніемъ является въ Литвѣ правило о предоставленіи частнымъ лицамъ права обжалованія постановленій особыхъ комиссій при Уѣздномъ Начальникѣ по дѣламъ объ учрежденіи и закрытіи обществъ (союзовъ, партій и т. д.) въ Окружный Судъ, который разрѣшаетъ эти жалобы, какъ сказано въ законѣ, „въ администра-

индивидуальные интересы тѣсно переплетаются.[1]) Но частное право стремится къ цѣли посредствомъ охраны именно частныхъ интересовъ, что и служитъ его ближайшей задачей. Сущность частнаго права заключается въ развитіи правовой личности индивидуума и созданіи такимъ образомъ всеобщаго благополучія. Границу между публичнымъ и частнымъ правомъ на практикѣ не всегда легко проводить, особенно, если принять еще во вниманіе, что существуютъ союзы и организаціи, дѣятельность которыхъ носитъ одновременно и публичный и частный характеръ, какъ семья, разнаго рода общества. Прежде всего, конечно, само государство, въ образѣ своихъ положительныхъ постановленій и иной регламентаціи отмѣчаетъ тотъ интересъ, который оно считаетъ не-приватнымъ, даетъ компасъ, указывающій направленіе. На слѣдующемъ планѣ— общій смыслъ права, соображеніе цѣлей и интересовъ, чувство законности и морали. При этомъ подлежатъ учету задачи не только самого государства, но и общества и его организацій — экономическихъ, культурныхъ и др.[2]).

тивномъ порядкѣ" Vyriausybės Žinios 1919 m. Nr. 15, Įstatymas apie draugijas, str. 18. Такой же характеръ имѣетъ законъ объ обжалованіи въ судъ постановленій высшихъ административныхъ органовъ, надзирающихъ за дѣятельностью самоуправленій (V. Ž. 1919 m. Nr. 14, Savivaldybių Įstatymų str. 122, 123, 124, 152). Здѣсь говорится о разрѣшеніи жалобъ въ Окружномъ Судѣ „въ административномъ порядкѣ въ распорядительномъ засѣданіи", administraciniu keliu tvarkomajame posėdyje. См. также Žemės Reformos Įstatymo pakeitimas, въ которомъ предусмотрѣна подача жалобы на постановленіи Управленія по Земельной Реформѣ (Žemės Reformos Valdybos) объ отобраніи для нуждъ земельной реформы земель лицъ, совершившихъ враждебныя дѣйствія противъ независимости Литвы (V. Ž. 1925 m. № 195). Эти нормы ждутъ своей отмѣны съ созданіемъ административной юстиціи, т. е. съ учрежденіемъ особаго рода административныхъ судовъ для разрѣшенія споровъ частныхъ лицъ (и органовъ самоуправленія) съ администраціей. Подобіе такого административнаго Суда

[1]) См., между прочимъ, Проф. Паліенко, Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, 1908, стр. 304.

[2]) Такъ какъ публичное право вырабатывается подъ вліяніямъ специфическихъ факторовъ политическаго, этнографическаго и иного характера, то оно подается гораздо труднѣе заимствованію, чѣмъ частное право, допускающее широкую рецепцію, какъ то справедливо отмѣчено: Gar Gareis-Wenger, Rechtsenziklopädie und Methodologie 1920, S. 70.

Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet—говорили римляне, разграничивая право „государственное“ и „частное“, хотя въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, наприм., земельныхъ, только въ самое послѣднее время частный элементъ сталъ выдѣляться изъ публичнаго права. Въ средніе вѣка сама государственная власть носила столько же частный характеръ, сколь земельныя отношенія публичный. Въ общемъ, дуализмъ не давалъ себя чувствовать, ибо вся жизнь была проникнута сознаніемъ единаго права, регулирующаго одинаково отношенія между гражданами, между послѣднимъ и органами власти и даже взаимно между этими органами. Единый источникъ обязательности, единое право, единый судъ для всѣхъ споровъ, чего бы они ни касались. Во многомъ это и есть точка зрѣнія современнаго англо-американскаго права, common law, чуждаго строгой дифференціаціи [1]). Государственный абсолютизмъ стремился подводить все подъ ранжиръ публичности, и надъ идеей дифференціаціи старалась брать верхъ тенденція единства Дифференціація сильно сказалась впослѣдствіи во Французскомъ правѣ съ его ученіемъ о строгомъ раздѣленіи властей, о точномъ отграниченіи вѣдомствъ суда и администраціи. Новѣйшее время поставило высоко человѣческую личность, какъ таковую, какъ индивидуальность: это привело къ расширенію частныхъ правъ гражданина и включенію въ ея сферу новыхъ, невѣдомыхъ доселѣ, личныхъ правъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и къ обособленію сферы частныхъ правомочій, съ одной стороны и публичныхъ, съ другой. Между тѣмъ, стремленіе къ соціализаціи, борьба съ соціальнымъ неравенствомъ приводитъ къ ограниченію и сжиманію области частныхъ интересовъ въ пользу коллектива. Многія чисто частныя отношенія, какъ наприм., договоры рабочихъ съ предпринимателями, государство беретъ подъ особое покровительство свое, возводя ихъ на степень интересовъ публичныхъ. Проводимыя во многихъ демократическихъ странахъ земель-

---

было создано въ Россіи Временнымъ Правительствомъ (см. дальше). О томъ, что еще и до этого (въ шестидесятыхъ годахъ прошлаго вѣка и въ самомъ началѣ нынѣшняго столѣтія) возникали въРоссіи серьезныя предложенія и мысли объ учрежденіи органовъ административной юстиціи см. Евтихіевъ, Усмотрѣніе (das freie Ermessen) администраціи, Журн. Мин. Юст. 1910 г. № 5, стр. 99.

[1]) Древне-русское право, не имѣвшее свойства обособленности отдѣльныхъ частей, также представляло смѣшеніе публичнаго и частнаго права, Дебольскій, Гражданская дѣеспособность по русскому праву до конца XVII в., 1903, стр. 6.

ныя реформы вливаютъ въ область развитія правъ на недвижимости крупныя капли „соціальнаго масла“. Демаркаціонный рубежъ между публичнымъ и частнымъ правомъ подвергается не только колебанію, но и потрясенію. Собственникъ, который нѣкогда считалъ свое обладаніе простирающимся безпредѣльно usque ad sidera, теперь настолько ограниченъ обществомъ и государствомъ, настолько „ограбленъ“ въ пользу общаго блага, что подчасъ одни интересы публичные только и остаются. За всѣмъ тѣмъ, разграниченіе остается въ силѣ, не теряя своего актуальнаго значенія и находя свое косвенное выраженіе даже въ конституціяхъ [1]).

Особыя свойства частнаго права.

Въ основѣ частнаго права лежитъ приватный интересъ. Оно проникнуто по преимуществу началами индивидуальной иниціативы. Не только пользованіе или непользованіе частными правами должно быть поставлено въ зависимость, по общему правилу, отъ частной воли, причемъ не можетъ быть здѣсь рѣчи о какой-либо обязанности, но и иниціатива въ охранѣ этихъ правъ отъ нарушеніи принадлежитъ только усмотрѣнію ихъ обладателя. Напротивъ, въ публичномъ правѣ, гдѣ право и обязанность сливаются воедино, частная иниціатива исключена и замѣняется принудительностью (jus cogens).

Приватный интересъ, обусловливающій частное право, разнообразенъ, онъ можетъ быть имущественнаго и не—имущественнаго (личнаго) свойства. Ограниченіе частнаго права сферой интересовъ только имущественныхъ потеряло raîson d'être. Если въ прежнее время частное право имѣло дѣло преимущественно съ матеріальными благами, то нынѣ почти безспорно, что въ область частнаго права входятъ отношенія не только по имуществу и имущественнымъ актамъ и

---

[1]) Идея унификаціи, если она вообще не царитъ въ сферѣ абстрактныхъ метафизическихъ размышленій о „генеральномъ уравненіи и стираніи границъ“, находитъ поддержку тамъ, гдѣ проявляется модернизованное стремленіе объявлять все публичнымъ интересомъ, реквизировать частную жизнь и частныя правомочія въ пользу государства. Къ счастью, эта „экспериментальная“ юриспруденція глубокихъ корней не пустила. Съ точки зрѣнія практическихъ достиженій важно отмѣтить, что ни одно государство, ни одинъ общественный строй не осуществили этой унификаціи. Можно говорить о движеніи границъ, о томъ или иномъ переносѣ центра тяжести въ одну или другую сторону, но не объ уничтоженіи самого разграниченія.

дѣйствіямъ, но и чисто личныя: семейныя, между супругами, между дѣтьми и родителями, по персональной опекѣ и т. д. Сюда же принадлежатъ такія личныя права, какъ право на честь, имя, изображеніе свое, продукты духовнаго творчества (авторскія права) и проч. Поэтому непріемлимо болѣе мнѣніе юристовъ, утверждающихъ, что должна быть „особая, самостоятельная наука объ имущественныхъ правахъ, которую мы и называемъ гражданскимъ правомъ" Сторонники этого взгляда утверждаютъ даже, что „характеристическая черта всѣхъ учрежденій семейственнаго союза чужда сферѣ гражданскаго права и по строгой послѣдовательности должно сказать, что учрежденіямъ этимъ и не мѣсто въ системѣ гражданскаго права; къ нему относится лишьи мущественная сторона семейственныхъ отношеній, другія же стороны должны быть разсматриваемы только по мѣрѣ надобности для уразумѣнія имущественной стороны". Это ученіе, созданное у насъ главой прежней русской цивилистики (Мейеромъ), не выдержало критики жизни. Частное право дало пріютъ всей области брачныхъ и семейственныхъ отношеній, независимо отъ матеріального ихъ содержанія. Но и за предѣлами брака и семьи, въ частномъ правѣ предоставленъ широкій просторъ индивидуально—личнымъ правомочіямъ. На путь признанія послѣднихъ стала и наша судебная практика [1]. Въ области личныхъ правъ горизонты все болѣе раздвигаются: растетъ категоріи этихъ правъ, интенсивнѣе становится защита ихъ.

Источники частнаго права.

Много и довольно безрезультатно спорили о томъ, къ какому моменту въ исторіи развитія человѣчества пріурочивается зарожденіе права. Несомнѣнно одно: право опережаетъ появленіе государства и вообще какихъ бы то ни было прочно созданныхъ организацій общежитія [2]. Право существуетъ постольку, поскольку существуетъ само общежитіе, и съ тѣхъ поръ, какъ послѣднее возникаетъ. А кто прослѣдилъ или прослѣдитъ когда-либо стадію, когда узрѣло свѣтъ человѣческое общежитіе? Можно думать, что это произошло одновременно съ

---

[1] Въ Рѣш. гражд. 1908 г. по дѣлу М-на Сенатъ призналъ, что „предметомъ иска можетъ быть не только имущество, но и всякое гражданское право", Собраніе невошедшихъ въ официальный сборникъ рѣшеній, изд. Пеньковскаго (Кассаціонная практика) подъ № 181, см. также Рѣш. гражд. 1881 г. № 66.

[2] „Der Staat macht nicht das Recht, er dient dem Rechte", замѣчаетъ Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 25.

появленіемъ на свѣтъ человѣка. Нужды человѣка, отличающія его отъ животнаго, подчиняются съ самого начала опредѣленному порядку удовлетворенія, обусловливающему возможность существованія многихъ и развитія ихъ физическихъ и духовныхъ способностей, притомъ не раздѣльно, а совмѣстно, въ коллективѣ. Порядокъ этотъ немыслимъ безъ людской солидарности и послѣдней опредѣляется. Вмѣстѣ съ потребностями человѣку даны отъ природы инстинкты ихъ удовлетворенія, дѣйствующіе въ „потокѣ жизни“ (по выраженію Бергсона). Это—инстинктъ самосохраненія, инстинктъ размноженія и, что всего важнѣе въ данномъ случаѣ,—инстинктъ коллективности. Человѣческая мысль и разумъ постигаютъ эти инстинкты и регулируютъ ихъ, претворяя въ осознанныя нужды. Сознаніе выдѣляетъ идеи наилучшаго удовлетворенія нуждъ, представленія о взаимоотношеніяхъ, правила человѣческаго поведенія. Эти правила, независимо отъ дифференціаціи по категоріямъ, образуютъ въ совокупности идеальный запасъ общественныхъ нормативовъ (общественная мораль въ широкомъ смыслѣ). Изъ нихъ опредѣленный комплексъ переживается человѣчествомъ, какъ неизбѣжныя предпосылки существованія общества и обязательныя для всѣхъ условія общежитія, составляя эмпирическое содержаніе общественного правосознанія. Послѣднее, съ своей стороны, реализуется внѣшнимъ образомъ въ формѣ конкретныхъ предписаній принудительнаго характера. Это и есть источники права, основаніе дѣйствія данной правовой нормы и ея обязательности. Сообразно тому, что правосознаніе реализуется въ видѣ либо неоформленныхъ, но выраженныхъ во внѣ нормативныхъ представленій, живущихъ въ народѣ, либо въ видѣ прямыхъ повелѣній въ осязательной внѣшней формѣ, источники права могутъ быть—*обычай* или *законъ*. Это главнѣйшіе источники, но къ нимъ присоединяются нѣкоторыя другіе, какъ судебный прецендентъ и проч., въ которыхъ также отражается, хотя и въ не такой мѣрѣ, какъ въ обычаѣ и законѣ, общественное правосознаніе.

Источники права варьируются въ своемъ содержаніи, какъ варьируется питающее ихъ правосознаніе. Это зависитъ отъ явленій культурныхъ и другихъ, отъ перемѣнъ въ жизни народовъ, отъ различій въ свойствахъ самихъ народовъ, словомъ, отъ разнообразія тѣхъ фактовъ и фактическихъ отношеній, которыя входятъ въ составъ народнаго правосознанія. Но и весь идеальный запасъ общественныхъ нормативовъ носитъ на себѣ печать времени и мѣста. Мѣняется право, мѣняется мораль, различны они у разныхъ народовъ. Однако, съ точки зрѣнія нашихъ понятій о томъ и другомъ мы замѣчаемъ прогрессъ, который можемъ назвать „улучшеніемъ права и морали“, хотя бы этотъ

прогресъ шелъ не прямой линіей, а зигзагами. Улучшается право и мораль, а вмѣстѣ съ тѣмъ растетъ солидарность народовъ и людей, что приводитъ къ ассимиляціи нормъ [1]). Уже нынѣ право, въ особенности частное, имѣетъ тенденцію къ „всесвѣтности", различаясь скорѣе въ частностяхъ, чѣмъ въ основныхъ принципахъ: завершеніе процесса принадлежитъ будущему, быть можетъ недалекому. Уравниваются законы, сглаживается различіе въ обычаяхъ, создается единая судебная практика, не говоря уже о единой наукѣ права. Войны и революціи не затушовываютъ, не уничтожаютъ этого великаго стремленія къ объединенію нормъ: они еще болѣе увеличиваютъ жажду единства, оттѣняютъ общность интересовъ, цѣлей и запросовъ человѣчества, какъ освѣщаютъ молніи во мракѣ путнику лежащую передъ нимъ дорогу.

Обычай.

Юридическая норма, порождаемая обычаемъ, возникаетъ автономно и самостоятельно, безъ помощи посредствующаго органа—законодателя.

---

[1]) Единство права — это было лозунгомъ и предметомъ вожделѣнныхъ мечтаній философовъ и мыслителеи. На этой почвѣ выработались и ученія о „естественномъ правѣ", какъ правѣ „общемъ для всѣхъ временъ и народовъ". Естественное право понималось то въ смыслѣ нормъ, соотвѣтствующихъ какъ бы законамъ природы и свойственныхъ людямъ въ естественномъ состояніи, а затѣмъ только затемненныхъ цивилизаціей, то какъ право, вытекающее непосредственно изъ разума человѣчества, то, наконецъ, какъ общее право, долженствующее соотвѣтствовать въ каждый моментъ создавшимся отношеніямъ, „истинное право". См. о движеніи естественнаго права изслѣдованіе проф. Паліенко, Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, 1908 г. стр. 14—175. Однако, никакихъ опредѣленныхъ нормъ естественнаго права, несмотря на всѣ стремленія, создано не было, и самое „естественное право" смѣшалось съ философскими системами и въ нихъ тонетъ. Въ основѣ всѣхъ ученій о естественномъ правѣ лежала вѣрная, конечно, мысль о единствѣ. Но это единство не есть нѣчто природное, данное „сверху". Оно живетъ пока лишь въ идеѣ, въ существѣ своемъ оно подчинено эмпирическимъ законамъ быта и предполагаетъ эволюцію „снизу", измѣненіе жизненныхъ отношеній, того фактическаго матеріала, который входитъ въ составъ права, объединеніе людей и ихъ взаимоотношеній.

Къ обычному праву относятся правила, которыя въ народной практикѣ фактически превратились въ предписанія, настолько же обязательныя, какъ и самъ законъ, хотя они существуютъ не въ писанной формѣ, а только въ умахъ и сознанія людей. На общей обычно—правовой нормѣ „законы и договоры должны быть исполняемы" держится весь правовой порядокъ, все право публичное и частное, а также и международное (Schreuer). Но и отдѣльныя нормы обычнаго права играютъ немалую роль въ общественной жизни. Большая часть законодательныхъ постановленій имѣетъ свой корень въ обычномъ правѣ. Та сторона общественной жизни, которая неизбѣжно остается въ каждомъ государствѣ безъ законодательной нормировки (законодательный аппаратъ, какъ и все земное, не претендуетъ на совершенство, не въ состояніи удовлетворить всѣмъ потребностямъ и запросамъ), регулируется фактически правовыми обычаями. Въ прежнія времена, на нисшихъ ступеняхъ культуры, обычай былъ почти единственнымъ источникомъ права. Обычай предшествовалъ образованію государства, а затѣмъ образованію въ государствѣ закона. Институты брака (полигамія, моногамія и др.), правила семейственныя и наслѣдственныя, договорныя соглашенія, юридическія отношенія, касающіяся земли и движимыхъ предметовъ—все это первоначально возникло исключительно изъ обычая. Никто, какъ римляне и римскіе юристы, не преклонялся болѣе передъ обычаемъ: magis moribus quam liegibus regimur. Въ средніе вѣка, съ развитіемъ абсолютизма, обычное право отходитъ на задній планъ. Въ новѣйшее время онъ постепенно вновь выдвигался на арену подъ вліяніемъ уваженія къ общественной автономіи и не безъ содѣйствія представителей исторической школы права, отвергавшихъ „навязанное" право и находившихъ (Савиньи), что всякое право должно развиваться само собою изъ нѣдръ народнаго сознанія и убѣжденія. По мнѣнію представителей исторической школы права, обычай есть болѣе совершенная форма права, чѣмъ законъ. Они впервые выдвинули въ XIX вѣкѣ ученіе объ обычаѣ. Раньше юристы мало заботились объ обычаѣ, считая что онъ суррогатъ закона, дѣйствующій исключительно съ согласія, хотя и молчаливаго, законодателя – lex tacita [1]). Исторія свидѣтельствуетъ, что по мѣрѣ развитія культуры и усвоенія мысли о правѣ, какъ о ясно выраженной волѣ законодателя, твердо констатируемой, обычное право вынуждается уступить первенство праву, находящему свое выраженіе въ письменныхъ актахъ. Государства стремятся къ праву писанному. И все же писанное право не только не затуше-

[1]) Прежніе писатели (напр. Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803) объ обычномъ правѣ совершенно не упоминаютъ.

вываетъ окончательно обычая, но часто даже вскрываетъ его полнѣе, подобно тому, какъ въ старыя эпохи съ рецепціей римскаго права народъ только яснѣе сталъ понимать значеніе своего древняго обычнаго права и цѣнность его [1]). Обычай сохранилъ значеніе въ юриспруденціи, а въ нѣкоторыхъ странахъ, какъ Англія, обычное право—common Law—до сихъпоръ играетъ доминирующую роль въ правѣ. Wo gewohnheit ist, da ist Recht.

Представители канонической права связывали юридическую силу обычая съ давностью примѣненія. На самомъ дѣлѣ содержащееся въ обычаѣ юридическое возрѣніе не создается соблюденіемъ, а познается изъ соблюденія. Само по себѣ оно скорѣе нѣчто готовое, связанное съ понятіями народа, неотъемлемое отъ его духа, Volksüberzeigung [2]).

Но, принимая это положеніе, слѣдуетъ оговориться, что обычай не единственный способъ познанія юридическихъ воззрѣній народа. Эти воззрѣнія могутъ отпечатлѣться и въ иной формѣ (законъ, судебная практика). Обычай, въ качествѣ источника права, предполагаетъ примѣненіе и соблюденіе однообразное, непринужденное и продолжительное (ein Mal ist kein Mal) въ данномъ обществѣ, въ части общества, въ данной мѣстности, союзѣ, національности—actus diuturni, actus constantes—съ убѣжденіемъ, что онъ, какъ актуально-правовое воззрѣніе, долженъ предопредѣлить юридическое поведеніе и въ дальнѣйшемъ (при наличіи такого же комплекса фактовъ). Напротивъ, такъ называемые нравы, Sitte, не постулируютъ воли осуществить обязательное правило, какъ наприм., дача „чаевыхъ“ [3]). Нѣтъ такой опредѣленной воли и въ правилахъ приличія и этикета. Послѣднія соблюдаются въ обществѣ иногда строже, чѣмъ обычай и законъ („что у людей водится, то и насъ не минуетъ“), но убѣжденіе въ ихъ правовой необходимости или вовсе отсутствуетъ или значительно слабѣе, чѣмъ при обычаѣ [4]). Обычай давать прислугѣ въ праздникъ подарки предметами или деньгами либо улучшенную пищу можетъ быть правовымъ, обычай прислуги поздравлять хозяевъ съ праздникомъ относится къ нравамъ или

---

[1]) Соколовскій, Рецепція римскаго гражданскаго права у современныхъ народовъ и его прямое значеніе для Россіи, 1891 г., стр. 7.

[2]) См. Puchta, Pandekten, 1877 § 11: „Der Grund Seines (Gewohnheitsrecht) Existenz liegt in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Volksüberzeigung, die Uebueng bringt es zur Anschauung“.

[3]) Lehman, Algemeiner Teil des BGB, 1921, S. 18,

[4]) Это касается, inter alia, международнаго этикета, который также строго—правового свойства не имѣетъ.

этикету; необходимость держаться при ѣздѣ правой стороны (въ Англіи лѣвой)—къ сферѣ правовыхъ обычаевъ, поклонъ мужчины знакомой дамѣ при встрѣчѣ на улицѣ (въ Англіи также обратное — поклонъ дамы мужчинѣ)—къ этикету. И нравы и этикеты не лишены нѣкотораго юридическаго значенія въ общежитіи, но настоящимъ правомъ является обычай.

Какъ о правовомъ требованіи, объ обычаѣ также можно говорить въ тѣхъ или иныхъ отдѣльныхъ случаяхъ, что онъ не совпадаетъ съ моралью или справедливостью. Теоретически это вполнѣ мыслимо. Однако, такой обычай, который противорѣчитъ основнымъ правовымъ устоямъ или кореннымъ началамъ нравственности, едва ли можетъ подняться на степень обязательной нормы. Такъ, не можетъ быть обычнымъ правомъ существующее въ данномъ мѣстѣ среди кухарокъ обыкновеніе оставлять у себя незначительныя денежныя суммы своихъ хозяекъ, неистраченныя при закупкѣ продуктовъ, ибо здѣсь рѣчь идетъ о поступкѣ, воспрещенномъ даже подъ страхомъ уголовной кары. Такъ разрѣшили этотъ вопросъ судебныя учрежденія въ Вѣнѣ. Не можетъ быть предметомъ обычнаго права дуэль, вопреки мнѣнію Е. Трубецкого [1]), ибо она является наказуемымъ дѣяніемъ [2]). Нѣкоторые обычаи, весьма непривлекательные, живутъ въ народныхъ массахъ и требуютъ не правового поощренія, а борьбы („худой обычай вконается—не выведешь“) [3]).

---

[1]) Лекціи по энциклопедіи права, 1917, стр. 100.

[2]) Уголовное уложеніе, ст. 481 и сл.

[3]) Изъ многихъ теорій объ основаніи дѣйствія обычнаго права можно отмѣтить: а) исходящую изъ того, что всякое право, въ томъ числѣ и обычное, обрѣтаетъ источникъ въ народной душѣ—eine innere Vorexistenz in der Volkseele (критика этой теоріи, - недостаточно обоснованная,—у Krückmann, Einführung in das Recht, 1912, S. 79 ff), б) сводящую дѣйствіе обычнаго права къ молчаливому согласію законодателя и в) ту, которая видитъ въ обычномъ правѣ лишь распространительно истолкованный и расширенный законъ, проникающій повсемѣстно, иногда подъ видомъ „обычая“, что сводится въ сущности къ полному отрицанію обычнаго права. Отрицаніе обычнаго права извѣстный юристъ Bergbohm, критикъ Савиньи-Пухтовской теоріи, формулируетъ въ вопросѣ: „ob nicht der ganze Begriff der Gewöhrheitsrecht von Grund aus falsch conceptiert und also in einen andern Gegensatz zum Gesetzrecht aufzulösen sein?“, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 1892, S. 517. Третья и вторая теоріи одинаково противорѣчатъ фактамъ жизни и совершенно непріемлемы. См. Krückmann,

Изъ того, что обычай является источникомъ права, логически вытекаетъ, что онъ могъ бы конкуррировать съ закономъ и что, съ возникновеніемъ обычая, отмѣняется или измѣняется дѣйствіе закона, переставшаго отвѣчать новымъ правовоззрѣніямъ общества. Принципіально, обычаи, какъ непосредственное народное убѣжденіе, и законъ ни въ чемъ не должны уступать одинъ другому, что касается своей силы (Puchta). На практикѣ коллизія между обычаемъ и закономъ приводитъ къ большимъ осложненіямъ, принимая во вниманіе, съ одной стороны, общую тенденцію считать законъ отмѣненнымъ только новымъ закономъ (въ противоположность обычаю, отпадающему съ отпаденіемъ его фактическаго примѣненія), а съ другой—невозможность для судьи не примѣняетъ того, что фактически примѣняется народомъ. Въ результатѣ этой борьбы между обычаемъ и закономъ послѣдній исподволь сжимается въ своемъ дѣйствіи и, въ концѣ концовъ, оффиціально отмѣняется съ утвержденіемъ обычая въ формѣ новаго закона. Но какъ быть, если самъ законодатель воспрещаетъ по отношенію къ тому или иному закону примѣненіе обычая? Въ такомъ случаѣ судъ лишенъ будетъ возможности не примѣнять законъ, хотя и устарѣлый. При кодификаціи законовъ обыкновенно указывается, что обычай можетъ дѣйствовать только, какъ восполненіе пробѣловъ закона, но не въ отмѣну послѣдняго, т. е. praeter legem, но не contra legem. Такъ поступилъ Юстиніанъ при опубликованіи своихъ законодательныхъ собраній [1]). По нашему праву въ дѣлахъ торговыхъ суды, за недостаткомъ торговаго закона, должны обращаться къ обычному праву, а затѣмъ уже къ гражданскимъ законамъ [2]). Это обязательное примѣненіе обычнаго права praeter legem. Такое же значеніе примѣненія обычая praeter legem имѣетъ въ виду законъ о толкованіи договоровъ (волеизъявленій)

S. 79, Puchta, Pandekten, § 11. Обычное право коренится въ тѣхъ же недоступныхъ для насъ глубинахъ и тайникахъ человѣческаго общежитія, что и право вообще, составляетъ органическую часть предписаній человѣческаго поведенія, обусловливающихъ самое существованіе соціальнаго коллектива и такъ же, какъ и законъ, закрѣплено общеобязательностью черезъ всеобщее убѣжденіе и всеобщее признаніе.

[1]) Zoll, Rzymskie prawo prywatne, t. II, 1920, str. 6.

[2]) Смыслъ ст. I Уст. торговаго Судопроизводства. Здѣсь имѣетъ въ виду законъ не только Коммерческіе Суды, но и общія судебныя установленія, разбирающія торговыя дѣла, рѣш. Гражд. 1880 г. № 63.

въ случаѣ неясности выраженій.[1]) По прежнему русскому праву, нынѣ неимѣющему дѣйствія за отмѣной сословій и установленіемъ равенства передъ законами, среди крестьянъ въ дѣлахъ наслѣдованія, опеки и попечительства, особенно въ волостныхъ судахъ, допускалось примѣненіе обычнаго права contra legem [2]).

Изъ правила Устава Гражданскаго Судопр. вытекаютъ слѣдующія положенія: а) обычай подлежитъ дѣйствію, прежде всего, когда это обязательно по закону (споры между крестьянами о наслѣдствѣ и проч.), б) обычай примѣняется при наличности пробѣла въ законѣ, в) судъ вправѣ руководствоваться обычаями, когда это ему прямо предоставлено[3]).

Въ первомъ случаѣ суды примѣняютъ обычаи и безъ ссылки на нихъ сторонъ, но онъ, вообще почти потерялъ свое значеніе въ настоящее время. Въ другихъ случаяхъ,—это теперь общее правило обычай примѣняется лишь по ссылкѣ на него. При этомъ, если сторона ссылается

---

[1]) п. 4 ст. 1539 X т. I ч.

[2]) X т. 1 ч. ст. 1184, прим., Общее положеніе о крестьянахъ, ст. 1. прим. Въ сущности это должно было означать не какую-либо привиллегію для крестьянъ, а скорѣе констатировало ихъ безправіе. Гуляевъ, Русское гражданское право, 1911, стр. 16: „Крестьяне стремятся ставить свои отношенія подъ дѣйствіе писаннаго закона, а практика имъ въ этомъ отказываетъ". Однако, въ дальнѣйшихъ проектахъ законоположеній о крестьянахъ примѣненіе обычая расширялось, и ему предоставлялось отмѣнять законъ, ib, стр. 15 и 16. Но это господство обычая имѣло формальный характеръ, по существу оно въ крестьянской жизни и въ Россіи оставалось „только теоретическимъ положеніемъ, очень мало и плохо обезпеченнымъ на практикѣ", по свидѣтельству такого знатока крестьянскаго права, какимъ былъ покойный нынѣ А. Леонтьевъ (см. его „Волостной судъ и юридическіе обычаи крестьянъ", 1895 г., стр. 98).

[3]) Ст. 10 [1]: „Сверхъ случаевъ, когда въ силу самого закона примѣненіе обычаевъ обязательно, судъ, при постановленіи рѣшенія, можетъ по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ или въ случаяхъ, положительно не разрѣшенныхъ закономъ", ср. рѣш. гражд. 1905 г. № 15, 1904 г. № 16, 1884 г. № 77, 1878 г. № 390, 1875 г. № 390. (Въ рѣш. гражд. 1904 г. № 16 Сенатъ не призналъ обычая въ дѣлахъ о вознагражденіи за убытки въ случаѣ расторженія брака въ средѣ какой либо національности).

на обычай, суду неизвѣстный, то должна его доказать [1]). Такимъ образомъ, дѣйствіе обычая у насъ довольно ограничено: оно почти всегда за исключеніемъ дѣлъ торговыхъ, prater legem и съ примѣненіемъ инициативы заинтересованныхъ. Составители закона въ новой редакціи, какъ видно изъ доклада Комиссій по судебнымъ реформамъ Государственной Думы, къ распространенію силы обычнаго права относились несочувственно, находя, что „широкое допущеніе обычая въ производствѣ судебныхъ мѣстъ имѣло бы своимъ послѣдствіемъ весьма нежелательныя явленія, приводя въ сущности къ расшатыванію устоевъ правосудія“ [2]). Точно также новѣйшіе кодексы Европы всѣми силами про-

[1]) 2 ч. ст. 10[1] Уст. Граж. Суд. рѣш., гражд. 1905 г. № 15. Въ доказательство принимаются документы, прежнія судебныя рѣшенія, удостовѣренія подлежащихъ должностныхъ лицъ и учрежденій (приговоры сельскихъ сходовъ), а также показанія свидѣтелей, ст. 10[2] Уст. Гр. Суд., рѣш. гражд. 1891 г. № 88, 1885 г. № 3, 1880 г. № 174, 1876 т. № 25. Можетъ имѣть мѣсто и дознаніе черезъ окольныхъ людей и экспертиза, ср. Проектъ новой редакціи уст. гр. судопр., ст. 660. Въ отношеніи onus probandi существуетъ нѣкоторая аналогія между юридическимъ обычаемъ и иностраннымъ закономъ; насколько самъ судъ не освѣдомленъ, требуется доказываніе со стороны того, cui prodest (ср. Puchta, Pandekten, § 109). Есть мнѣніе, что всякую обычно-правовую норму слѣдуетъ примѣнять не иначе, какъ ex officio, А. Башмаковъ, Очерки права родового, наслѣдственнаго и обычнаго, 1911, стр. 304, 315 и сл. При всемъ принципіальномъ сочувствіи этому взгляду, нельзя, однако, отрицать, что обычай приравнивается закону cum grano salis, что первый не можетъ претендовать на такую же общеизвѣстность, какъ законъ, и потому трактовка обычая въ процессѣ внѣ условій состязательности предоставляла бы большія неудобства. А. Башмаковъ ссылается на одно старое рѣш. гражд. 1870 г. № 1376, но и это рѣшеніе не подтверждаетъ его заключенія, а прочія рѣшенія категорически опровергаютъ это заключеніе, что, впрочемъ, признаетъ и самъ помянутый авторъ: рѣш. гражд. 1884 г. № 77, 1875 г. № 390, 1774 г. № 102, 1872 г. № 359. Въ виду того, что нынѣ примѣненіе обычая въ гражданскихъ дѣлахъ, преимущественно, обусловлено ссылкой на него сторонъ, толкованіе обычая и установленіе его содержанія зависитъ всецѣло отъ суда, рѣшающаго дѣло, и относится къ существу дѣла. Противоположное тому рѣшеніе Сената 1900 г. № 27 можетъ имѣть теперь примѣненіе лишь въ ограниченной сферѣ (торговой юрисдикціи).

[2]) Въ Св. Закон. встрѣчаются упоминанія объ обычаѣ, имѣющія спеціальный характеръ (т. 2, изд. 1892 г., Положе-

тивятся широкому распространенію дѣйствія обычая, отдавая явное предпочтеніе закону. Въ Швейцаріи судья можетъ руководствоваться обычаемъ только „при отсутствіи соотвѣтствующаго закона“ [1]. Čech-Slov. дозволяетъ примѣненіе обычая только тогда, когда на него ссылается законъ [2]. Пр. Гр. Ул. предполагалъ, что „принятые въ быту народа, въ хозяйствѣ, промышленности и торговлѣ мѣстные обычаи могутъ быть примѣняемы по дѣламъ гражданскимъ въ случаяхъ, дозволенныхъ именно закономъ или положительно неразрѣшенныхъ закономъ“ [3]. Слѣдуетъ замѣтить, что еще Наполеонъ I при изданіи Гражданскаго Кодекса пожелалъ ограничить дѣйствіе обычая „противъ закона“, но это ему не удалось: въ Code Civil обычаю часто отводится мѣсто, равное съ закономъ, такъ что ни въ какомъ отношеніи одинъ отъ другого не отличается [4]. Составители BGB также предполагали постановить, что обычай примѣняется настолько, насколько объ

ніе объ инородцахъ, стт. 86, 282 и др.). Между прочимъ, о примѣненіи обычая въ предѣлахъ, закономъ „установленныхъ“ къ уголовнымъ дѣламъ инородческихъ племенъ упоминается даже въ Угол. Уложеніи, ст. 5 и 2. Въ Литвѣ это, во всякомъ случаѣ, лишено значенія, за отсутствіемъ здѣсь инородческихъ племенъ. Также въ Латвіи, см. Sodu likumi, съ офиціальными коментаріями, 1925, l. 8.

[1] Schw. ZGB, Art. 1.

[2] § 10.

[3] Ст. 20 Положенія о введеніи въ дѣйствіе Гражданскаго Уложенія, въ изданіи Тютрюмова „Гражданское Уложеніе“. Судебные дѣятели высказывались, въ общемъ, за сохраненіе обычая, хотя и жаловались на трудность его констатированія. Предлагали организовать собираніе народныхъ обычаевъ и приведеніе ихъ въ систему. См. Замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, 1891 г., стр. 15, 14, 16 (были отдѣльные, слабые голоса и противъ обычая, ib, стр. 12).

[4] Ср. Code Civ. Код. Нап., 1135, гдѣ при опредѣленіи содержанія договора принимается во вниманіе одинаково „справедливость“, обычай“ или „законъ“, другіе случаи примѣненія обычая—см. 1159, 671, 674, 1736, 1748, 1754, 1757, 1762, 1777. По Италіанскому Кодексу дѣйствіе обычая ограниченъ казусами, точно указанными въ законѣ (купля-продажа, наемъ и др.), но обычай служитъ большимъ подспорьемъ при опредѣленіи правъ сторонъ, размѣровъ принятыхъ на себя обязанностей по договорамъ и т. п. Codice civile, Art. 1505, 1600, 1609, 1124, Gianturco, Instituzioni di diritto civile Italiano, 1919, p. 8.

этомъ имѣется указаніе въ законѣ, однако, въ окончательномъ счетѣ BGB воздержалось отъ всякаго постановленія по этому предмету [1]). По Св. Приб., [2]) обычай не можетъ ни отмѣнить, ни замѣнить законъ, кромѣ случаевъ, особо указанныхъ въ Сводѣ.

Съ усиленіемъ государства, развитіемъ общественности, распространеніемъ грамотности, установленіемъ равенства и равноправности, съ усложненіемъ соціальныхъ, экономическихъ и политическихъ отношеній, въ общемъ, только твердо константируемый писанный законъ можетъ удовлетворить быстро мѣняющимся потребностямъ жизни, примирять противоположные интересы въ обществѣ. Поэтому юристы основательно утверждаютъ, что переходъ отъ обычнаго права къ писанному „активному“ было не „грѣхопаденіемъ“ права, какъ учили представители „національно-историческаго“ права, а напротивъ однимъ изъ важныхъ завоеваній права. Отдѣльныя постановленія обычнаго права покрыты плѣсенью старины-архаичны и порою крайне вредны для современнаго правопорядка и морали. Законъ легко познаваемъ, всеобщъ, точно формулированъ, обычай локаленъ, неопредѣленъ, непримѣтно-измѣнчивъ, текучъ, трудно уловимъ (Spiegel). Нельзя отрицать, что законъ сильно давитъ на обычай, вытѣсняя его то тутъ, то тамъ. Гдѣ есть прямой законъ, тамъ не отводится нынѣ мѣста для обычая, а законъ имѣетъ тенденцію и притязаніе проникать во всѣ углы жизни. За всѣмъ тѣмъ, обычное право не исчезаетъ окончательно изъ обихода: оно живетъ, частью только мѣняетъ образъ и форму дѣйствія. Онъ сохраняетъ полную силу въ качествѣ средства развязыванія и разрѣшенія компликацій въ людскихъ отношеніяхъ при спорахъ, объективно интерпретируя волю и намѣренія сторонъ, указывая истинные способы исполненія и пр. пр. [3]). Что же касается заполненія содержаніемъ пробѣловъ и пропусковъ въ законѣ,

---

[1]) Законъ о введеніи въ дѣйствіе BGB указываетъ (EG, Art. 2), что закономъ въ смыслѣ Гражданскаго Уложенія является всякая правовая норма. Германскіе юристы добавляютъ: „значитъ и обычай“ (Simeon, Lerhbuch des bürgerlichen Rechts, 1923, S, 4, Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1911, S. 30. Krückmann, Einführung in das Recht, 1912, S. 83. Такимъ образомъ не проводится разницы, по крайней мѣрѣ, формально, между писаннымъ закономъ у обычаемъ.

[2]) Стт. XXIV и XXV Введенія.

[3]) Въ этихъ случаяхъ юристами (Giantarco) приписывается обычаю только свойство опредѣлять пространство субъективнаго права—facultas agendi, но не служить источникомъ объективнаго права—norma agendi. Это разграниченіе, однако,

то въ этомъ отношеніи обычное право до сихъ поръ даетъ одно изъ надежнѣйшихъ подспорій суду, разрѣшающему дѣло. Многіе судьи руководствуются въ дѣлахъ обычаемъ, не отдавая себѣ въ томъ отчета, какъ Мольеровскій герой говорилъ прозой, самъ того не замѣчая.

Обычное право продолжаетъ и будетъ продолжать свое существованіе. Такъ какъ законодатель на самомъ дѣлѣ не имѣетъ фактически приписываемаго имъ себѣ всемогущества и лишь въ малой степени способенъ создавать первые жизнеспособное право, то обычное право можетъ умереть лишь тогда, когда прекратится жизнь самого права: „Der schöpferische Born des Gewohnheitsrechts kann erst versiegen, wenn das Leben des Rechts selbst erloschen ist“ (Gierke). Правда, областью примѣненія обычнаго права остается и нынѣ по преимуществу промышленная и торговая сфера, гдѣ быстро движущійся процессъ образованія юридическихъ отношеній особенно не даетъ возможности законодателю поспѣть со своей работой и гдѣ отдѣльные островки письменной законодательной регламентаціи постоянно омываются живыми струями безконечно создающихся новыхъ и новыхъ обычаевъ. (Въ Англіи, классической странѣ обычнаго права, послѣднее возникло первоначально именно изъ коммерческой жизни и впослѣдствіи распространено было и на гражданскія отношенія). Но и въ чисто цивильной практикѣ вспомнимъ „au hasard“ отношенія по трудовому договору либо имущественному найму или семейственныя—господство узуальнаго права достаточно ощущается. Обычай всегда былъ и останется той движушей силой, которая, выростая изъ самыхъ глубинъ народныхъ, выявлялъ моральную физіономію народа, отпечатлѣвалъ наиболѣе благородныя его стремленія и былъ чуть ли первоисточникомъ идеи формальнаго равенства между людьми (въ качествѣ такого уравнителя обычай неизмѣнно дѣйствовалъ въ русской семьѣ, по отношенію къ правамъ женщинъ). Въ переходныя же времена частно-правовой жизни страны, въ эпохи реформъ, обычное право является путеводной звѣздой для законодателя. Общеизвѣстна роль, какую юридическіе обычаи сыграли при созданіи Германскаго Гражданскаго Уложенія, когда большинство постановленій отдѣлилось отъ своей „метрополіи“—стараго римскаго права и пріобщилось къ обычно-правовымъ воззрѣніямъ старой Германіи.

Въ виду всего этого изученіе обычая, какъ источника права, весьма важно и настоятельно.

(довольно субтильное: на самомъ дѣлѣ обычаю и здѣсь не чужды черты общей нормы, черпающей силу въ диспозиціи закона (secundum legem).

Законъ.

Съ матеріальной точки зрѣнія, т. е. по содержанію, законъ понимается, какъ юридическая норма, исходящая отъ верховной государственной власти, въ извѣстной, заранѣе установленной формѣ, и заключающая какое-либо предписаніе, дозволеніе, воспрещеніе. Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire. По этому не есть законъ, напр., такое постановленіе Литовской Конституціи: „Литовское Государство— независимая демократическая республика". Съ формальной стороны, т. е. съ точки зрѣнія изданія закона, для послѣдняго считается существеннымъ принятый порядокъ законодательствованія [1]). Въ настоящее время закономъ можетъ быть либо актъ princeps'a съ участіемъ народнаго представительства, либо акція одного народнаго представительства, если ему только и принадлежитъ суверенная власть, либо непосредственное проявленіе воли народа (референдумъ), поскольку народъ держитъ самъ въ своихъ рукахъ кормило суверенной власти [2]). Закономъ можетъ

---

[1]) Русскіе юристы представляли себѣ понятіе закона весьма разнообразно. Одни опредѣляли его широко, какъ „велѣніе" Верховной власти, приведенное во всеобщую извѣстность, Гуляевъ, Русское гражданское право, 1911 г., стр. 3. Коркуновъ, напротивъ, свелъ все къ „велѣнію верховной власти состоявшемуся при участіи Государств. Совѣта", Законъ и указъ, 1894 г., стр. 340. Градовскій видѣлъ въ законѣ „юридическое основаніе всѣхъ правъ гражданина и всѣхъ требованій, обращенныхъ къ нему государственной властью", Начала русскаго государственнаго права, I, 1875 г., стр 12. А. Ренненкампфъ усматривалъ въ законѣ „основаніе для взаимныхъ правъ и обязанностей какъ государства, такъ и его обывателей". Юридическая Энциклопедія, 1889 г., стр. 69, при чемъ подъ закономъ „въ обширномъ смыслѣ" и Ренненкампфъ разумѣлъ „каждое повелѣніе вышей государственной власти", ib., стр. 68.

[2]) Сюда же относятся такъ называемыя Nothverordungen, издаваемыя во многихъ государствахъ при настоятельной необходимости односторонне носителемъ верховной власти и имѣющія силу, равную съ формальнымъ закономъ, Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895, S. 130. Вспомнимъ знаменитую старую 87 ст. Основн. Зак.Такое свойство имѣло также законодательствованіе Временнаго Правительства въ Россіи въ 1917 г., Государственнаго Совѣта въ Литвѣ въ началѣ объявленія ея независимости, съ приглашенными и кооптированными членами — Valstybės Taryba. Оправданіемъ и raison d'être „повеленій необходимости" служитъ то, что государство ни въ одинъ моментъ не можетъ остаться безъ законо-

быть не только юридическая норма общаго характера, но и отдѣльное распоряженіе, наприм., о награжденіи какого нибудь лица арендой или пенсіей, объ открытіи какого-либо учрежденія [1]).

Надо, впрочемъ, замѣтить, что стремленіе характеризовать „матеріальную“ сторону закона опредѣленнымъ свойствомъ содержанія не увѣнчалось успѣхомъ. Не удались и отброшены нынѣ попытки прежнихъ кодексовъ выдѣлить то, что можетъ быть предметомъ закона, хотя бы отчасти—гражданское и уголовное право, свободу личности, выборы и пр. и пр. [2]). Въ самомъ дѣлѣ есть ли какая-нибудь специфическая „materia ligis“ или законъ можетъ регулировать все,—по выраженію англичанъ, не имѣя возможности лишь превратить мужчину въ женщину? Въ состояніи ли законъ устанавливать одежду для гражданъ, форму для судьи и т. д.? Въ разныя времена и при разныхъ условіяхъ границы шатались и расплывались, и трудно думать, что въ этой текучей матеріи удастся нынѣ установить сколько-нибудь прочныя вѣхи. Поэтому разграниченіе матеріальной и формальной точки зрѣнія на

дательнаго органа и при отсутствіи такового по какой бы то ни было причинѣ высшая власть, фактически правящая, выполняетъ максимальныя функціи, независимо отъ законности этой власти, что есть уже вопросъ изъ другой области. Во всякое время и при всякихъ обстоятельствахъ какія нибудь неожиданныя событія, ставящія въ рискованное положеніе все государство, могутъ заставить существующую власть издавать указы и распоряженія, съ силою закона, что является, въ сущности, видомъ борьбы коллектива за самосохраненіе. По мнѣнію, высказанному еще Коркуновымъ, судъ долженъ признать необязательнымъ такой чрезвычайный указъ, какъ противорѣчащій закону, „при какихъ бы условіяхъ онъ изданъ ни былъ“, для административныхъ органовъ, напротивъ, обязателенъ всякій указъ, удовлетворяющій формальнымъ условіямъ (Указъ и Законъ, 1894, стр. 274, 275). Однако, нелегко согласиться съ такой „splendid isolation“ суда, который одинъ сталъ бы въ оппозицію къ акту, признаваемому и принимаемому въ качествѣ закона гражданами и администраціей, закрылъ бы глаза на „государственную необходимость“, вызвавшую этотъ актъ, руководясь началомъ „pereat mundus, vivat justitia“. Такое отношеніе понятно было въ абсолютномъ государствѣ, гдѣ судъ являлся естественнымъ оплотомъ въ борьбѣ за элементарную законность, но непріемлимо въ нынѣшнемъ правовомъ государствѣ, въ которомъ всѣ представители власти вмѣстѣ съ гражданами сотрудничаютъ на пользу общаго блага.

[1]) Гамбаровъ, Курсъ гражданскаго права, 1911, стр. 236.

[2]) Коркуновъ, Указъ и законъ, 1894, стр. 260.

законъ, для опредѣленія его значенія, имѣетъ скорѣе научно-традиціонный характеръ, чѣмъ теоретическій и особенно практическій смыслъ. Законъ въ конечномъ счетѣ опредѣляется въ дѣйствительности именно формальнымъ моментомъ изданія его подлежащимъ органомъ.

Въ болѣе широкомъ смыслѣ, подъ закономъ разумѣются также и договоры, заключаемые съ другими государствами, и нормы международнаго права. Такъ, по Германской конституціи „общепринятыя правила международнаго права дѣйствуютъ, als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts[1]).

Съ другой стороны, государственнымъ правомъ признаются въ качествѣ обязательныхъ нормы разныхъ „соединеній", корпорацій—автономные статуты. Автономію понимаютъ, какъ правомочіе находящейся внутри государства организованной общественной группы издавать для своихъ членовъ правила съ характеромъ объективнаго права. Въ прежнее время существовали автономные статуты городовъ, дворянскихъ и крестьянскихъ сословій, духовныхъ организацій (каноническое право) и пр., Все это сметалось еще Великой французской революціей, а потомъ отчасти и абсолютизмомъ. Въ Германіи до послѣдней революціи существовала автономія высшаго дворянства и городовъ Ростока и Веймара. Новая конституція отмѣнила всѣ публично-правовыя преимущества, связанныя съ рожденіемъ и происхожденіемъ. Нынѣ децентрализація законодательной власти вновь приводитъ къ нѣкоторому признанію этого рода автономнаго права за союзами, національными группами, общинами и рабочими организаціями. Положеніе закона, какъ формы правообразованія, нарушено было войною, во время которой обязательныя постановленія и приказы создали для гражданъ, вообще, и для гражданъ отдѣльныхъ мѣстностей, въ частности, рядъ юридическихъ нормъ, измѣнившихъ гражданско-правовой строй, въ особенности въ области экономическихъ отношеній [2]).

Не всякая норма, объявленная закономъ, есть на самомъ дѣлѣ законъ. Изданъ лй законъ съ соблюденіемъ формъ, установленныхъ конституціей данной страны, т. е. обнародованъ ли онъ въ установленномъ порядкѣ [3]), созданъ ли народнымъ представительствомъ или съ одобренія послѣдняго, гдѣ это требуется, и т. д.—эти вопросы не могутъ не интересовать учрежденія и лица, примѣняющія законы. Критика

---

[1]) Reichsverfassung, Art. 4.

[2]) Синайскій, русское гражданское право, в. 1, 1917, стр. 17.

[3]) Согласно Литовской Конституціи законъ публикуется Президентомъ Республики—Lietuvos Valstybės Konstitucija, § 50.

закона съ этой точки зрѣнія - *формальная критика*—должна допускаться уже потому, что при отсутствіи требуемыхъ гарантій нѣтъ, собственно, никакого закона. Но законъ и по содержанію не долженъ противорѣчить конституціи страны: это требованіе государственнаго права, по которому конституція имѣетъ преимущественное дѣйствіе передъ обыкновенными законами. Контроль надъ „конституціонностью" закона —*матеріальная критика* закона-неизбѣжно вызывается тѣмъ обстоятельствомъ, что при противорѣчіи закона конституціи онъ не можетъ никого обязывать, хотя бы и былъ надлежащимъ образомъ изданъ и опубликованъ. Въ Европѣ относятся пока несочувственно къ матеріальной критикѣ закона, находя, что если судъ станетъ провѣрять „правомѣрность" закона, то это будетъ означать вторженіе судебной власти въ дѣятельность власти законодательной. Такой аргументъ, однако, неубѣдителенъ потому, что судъ въ этомъ случаѣ вовсе не отмѣняетъ „неконституціонный" законъ, а отказываетъ ему на примѣненіи къ данному дѣлу. Во Франціи каждый законъ обязателенъ, и судъ лишенъ права войти въ обсужденіе, отвѣчаетъ ли законъ началамъ конституціи Въ Америкѣ, напротивъ, это можетъ сдѣлать судъ, даже самый нисшій. Согласно Литовской Конституціи, не имѣетъ силы никакой законъ, противорѣчащій конституціи. Такимъ образомъ судебное дѣло не можетъ быть разрѣшено на основаніи закона, содержаніе котораго идетъ вразрѣзъ съ конституціей.

Существуетъ мнѣніе, что вопросъ о „конституціонности" закона долженъ разсматривать особый,спеціально для того предназначенный Судъ дающій общія по этому предмету, для всѣхъ обязательныя разъясненія [1]). Однако, это была бы нецѣлесообразная привиллегія одного судилища, заранѣе связывающая другіе суды, для которыхъ конечнымъ авторитетомъ, между тѣмъ, служитъ только законъ. Суды сами рѣшаютъ всѣ вопросы примѣненія нормы права. Также привиллегія эта нарушала бы правомочія законодательнаго органа вторженіемъ въ ея компетенцію, такъ какъ судъ могъ бы отмѣнялъ парламентскіе акты. Поскольку констатируется опредѣленное противорѣчіе данной нормы, объявляемой закономъ, прямому постановленію конституціи, считаться съ этой нормой не долженъ не только судъ, но и другія учрежденія, какъ и граждане. Не нуждаясь въ специфическомъ обрядѣ отмѣны, норма эта, какъ мертво-

[1]) Такой „конституціонный судъ" существуетъ въ Чехословакіи, онъ рѣшаетъ, находятся ли опубликованные парламентомъ законы въ согласіи съ характеромъ конституціи, см. „Czechoslovakia" въ „The Encyklopedia Britanica, New Supplementary Volumes, I, 1926, p. 791.

рожденная не существуетъ, ею не руководятся безъ страха отвѣтственности. Хотя и при такой постановкѣ вопроса можетъ возникнуть prima facie опасеніе за авторитетъ законодательнаго органа, но это только на первый взглядъ. Въ конечномъ счетѣ критическое отношеніе къ конституціонности закона приводитъ не къ ослабленію, а къ усиленію вліянія закона, въ то же время способствуя воспитанію въ гражданинѣ правового чувства и сознательнаго отношенія къ праву.

Особое значеніе вопросъ этотъ имѣетъ въ странахъ, подвергшихся правовому перевороту или вновь образовавшимся (Литва), гдѣ рядомъ съ новыми законами существуютъ нормы старой формаціи. Здѣсь вопросъ о „конституціонности“ долженъ рѣшаться не только относительно законовъ, изданныхъ послѣ конституціи, но и относительно огромной массы правовыхъ постановленій, унаслѣдованныхъ отъ прежнихъ временъ и оказывающихся въ противорѣчіи съ конституціей на каждомъ шагу [1]).

---

[1]) Очевидно, что немаловажную роль играетъ самый способъ изложенія конституціонной нормы, принимая во вниманіе, что современныя конституціи заключаетъ въ себѣ не только точныя законодательныя опредѣленія, но и позволяютъ себѣ роскошь провозглашенія, по старому образцу, декларативныхъ формулъ скорѣе политическаго, чѣмъ юридическаго характера. Такія статьи конституціи, какъ: „всѣ граждане равны передъ закономъ“, „печать свободна на вѣчныя времена“, „частная собственность священна и неприкрсновенна“, только опредѣляютъ направленіе законодательства и мирно уживаются съ ограниченіями печати, собственности и пр. Но если конституція устанавливаетъ, наприм., десятилѣтній срокъ проживанія иностранца въ странѣ для полученія гражданства (натурализація, § 8 Lietuvos Konstitucijos), то всякій законъ съ другимъ срокомъ, изданъ ли онъ до или послѣ конституціи, не подлежитъ примѣненію. Такія же конкретныя нормы обычнаго свойства, но съ характеромъ примата, заключаются и во многихъ иныхъ постановленіяхъ Конституціи: порядкѣ управленія, взаимоотношеніяхъ властей, устройствѣ суда и пр. и пр. Вообще же говоря, матеріальная критика закона предполагаетъ извѣстное, можно сказать, психологическое отношеніе судьи, обусловленное общимъ уваженіемъ къ закону. Судья не можетъ примѣрять каждую новую правовую норму къ конституціи, ибо законъ основывается не на конституціи, а на томъ, что онъ законъ, выраженіе національной воли. Несогласованность съ конституціей изданнаго послѣ обнародованія ея закона константируется, какъ явленіе необычайное, патологическое, и можетъ сдѣлаться предметомъ вниманія суда только въ исключительныхъ случаяхъ, когда антиномія опредѣленна и несомнительна.

Въ отличіе отъ права вообще, представляющаго совокупность всѣхъ дѣйствующихъ нормативныхъ правилъ, независимо отъ ихъ происхожденія, законъ являетъ собой нормы, которыя спеціально фиксируются существующей властью, полномочной на созданіе общеобязательныхъ предписаній. Въ прежнія времена законъ исходилъ либо отъ Высшаго Существа (десять заповѣдей), либо отъ властелина, дѣйствовавшаго обычно также непосредственно именемъ божества[1]). Впослѣдствіи законъ сталъ разсматриваться, какъ связывающее людей соглашеніе, вылившееся въ форму повелѣнія носителя верховенства въ государствѣ. Центръ тяжести переносился къ волѣ народа—ipsae leges 'nulla alia ex causa nos tenet, quam quod judicio populi receptae sunt. Однако долгія времена и послѣ этого властитель—princeps опирался на свое „единеніе съ божествомъ" (cum Deo). Princeps черпалъ содержаніе для закона изъ прежнихъ законовъ, обычаевъ, часто измѣняя ихъ, нерѣдко полемизируя съ ними въ новомъ законѣ,—полемическіе законы. Ad hoc создавались законы для данныхъ судебныхъ рѣшеній, которыя выносились тѣмъ же princeps'омъ по важнѣйшимъ дѣламъ и сами служили затѣмъ матеріаломъ для изданія новыхъ законовъ (прецедентное право, развившееся особенно сильно въ Англіи). Въ средніе и новые вѣка шелъ процессъ выдѣленія особой власти, которая вѣдала бы дѣло законодательства, сначала совмѣстно съ другими функціями, а затѣмъ и какъ исключительную прерогативу (теорія раздѣленія властей). Нынѣ законъ отражаетъ результаты согласованія различныхъ теченій въ народѣ, самодѣятельно объявляющемъ о своей волѣ въ законѣ, соотношеніе силъ, экономическихъ, духовныхъ, моральныхъ, и есть,такъ сказать, нѣчто среднее, выведенное изъ различныхъ народныхъ требованій, воззрѣній, идеаловъ.

---

[1]) Законъ охватывалъ всѣ стороны жизни, даже такія, которыя нынѣ считаются совершенно не gesetzfähig, какъ домашній обиходъ, питаніе и пр. Отъ человѣка требовали соблюденія обрядовъ и церемоній, съ цѣлью постоянно напоминать ему о силѣ закона и оберегать государственное устройство (Spinoza). Однако, древніе законодатели понимали всю мощь правового переживанія закона и стремились приспособлять послѣдній къ воззрѣніямъ и идеаламъ народныхъ массъ. Авторитетъ закона поддерживали не только казнями, плетками и тюрьмами, но и мѣрами внутренняго воздѣйствія: угрозой отверженности, какъ Божьяго проклятья, за неисполненіе, обѣтомъ земного счастья и духовнаго покоя, какъ результатовъ Божьяго благоволенья, за исполненіе. Отчасти до сихъ поръ народъ не чуждъ, повидимому, древняго религіознаго взгляда на законъ и нарушеніе его: „Не будь закона, не было бы и грѣха".

Огромную роль закона постигали люди во всѣ времена и эпохи. Абсолютные монархи правозглашали законъ „первѣйшей основой державы", хотя сами нарушали его и снисходительно относились къ нарушенію его по отношенію къ гражданамъ со стороны исполнителей верховной воли. Нынѣ въ правовомъ государствѣ уваженіе къ закону является реальной силой и главнымъ рычагомъ общественности и государственности. Въ переживаемую эпоху, при еще продолжающейся всеобщей разрухѣ и расшатанности юридическихъ основъ, твердыня закона въ состояніи объединить вокругъ себя остатки правового укдада, поддержать, укрѣпить и обновить послѣдній. Между тѣмъ, именно на почвѣ всеобщей разрухи, возникаютъ то и дѣло опасныя ученія о низведеніи закона на службу иной тенденціи. Они отвергаютъ монополію закона подъ видомъ утвержденія другихъ императивовъ—часто неопредѣленнаго и расплывчатаго свойства,—какъ „общественныя нужды", „общій разумъ вещей", „создавшееся положеніе". Этимъ „кладется сѣкира къ корнямъ закона", подтачивается его устойчивость и авторитетъ. Подобныя ученія должны встрѣтить отпоръ со стороны сторонниковъ права и соціальнаго порядка [1].

Дѣйствіе закона.

Въ виду автономнаго характера частнаго права большинство его нормъ даетъ просторъ индивидуальной волѣ и, устанавливая извѣстный порядокъ, въ то же время предоставляетъ возможность приватной иниціативѣ отступить отъ него. Въ этомъ отношеніи говорятъ о диспозитивномъ характерѣ цивильнаго закона. Прочія нормы суть

[1] Вѣрно, что судья, рѣшая дѣло, руководствуется не одной только „голой нормой закона", безспорно и то, что нѣкоторые судьи постановляютъ рѣшеніе, не заботясь даже о мотивахъ и „подгоняя" ихъ впослѣдствіи къ рѣшенію. Отсюда далеко до модернистическаго постулата der freien Rechtsbildung, осуждаемаго, впрочемъ, выдающимися юристами напр., въ Австріи—Unger, Klein, Spiegel. См. Spiegel, Gesetz und Recht, 1913, S. 32 ff. Пріемы судьи, его правовое чувство и все, что даетъ импульсъ его мысли и разуму, должны быть обращены на достиженіе истиннаго содержанія и смысла нормы въ ея связи съ конкретными фактическими данными. То, что разные судьи разно понимаютъ и примѣняютъ законъ, свидѣтельствуетъ лишь о несовершенствѣ правовѣда, какъ человѣка. Вѣдь, и Библію неодинаково понимали въ различныя времена и неодинаково понимаютъ теперь. На что можетъ быть разрушительнѣе требованія о передачѣ разрѣшенія дѣлъ собственному разумѣнію судей, не только свободному отъ „власти закона", но и ему противному,—per nefas?

принудительныя или абсолютныя, для всѣхъ непреложныя осуществляемыя независимо отъ индивидуальной воли—jus cogens. Здѣсь отмѣна или измѣненіе въ формѣ приватныхъ соглашеній или совершенно не допускается или допускается въ ограниченномъ размѣрѣ. По мѣрѣ того, какъ государство беретъ подъ свою защиту слабыхъ и обездоленныхъ, область принудительныхъ нормъ все болѣе и болѣе расширяется. Эту цѣль преслѣдуютъ всякаго рода постановленія о трудовомъ договорѣ, о недобросовѣстной конкуренціи, объ ограниченіи неустоекъ и частныхъ штрафовъ, о родительской власти, о положеніи женщины и пр. и пр. Но и задачи другого рода могутъ лежать въ основѣ подобнаго рода принудительныхъ нормъ,—какъ укрѣпленіе и защита индивидуальности вообще. Сюда относится воспрещеніе отказа отъ личныхъ правъ, профессіи, отъ требованія возмѣщенія будущаго вреда, отъ оспариванія безнравственныхъ соглашеній и проч. Въ области соціальной защиты слабыхъ нѣкоторыя постановленія, какъ, наприм., тѣ, которыя регулируютъ правоотношенія между рабочими и предпринимателями, законъ приближаетъ къ публично-правовымъ нормамъ въ виду того, что рѣчь идетъ не только объ охранѣ благъ индивидума, но и о государственномъ интересѣ достиженія взаимнаго равенства и обезпеченія спокойнаго теченія коллективной жизни [1]). Въ этомъ случаѣ область возможныхъ измѣненій путемъ частныхъ соглашеній весьма существенно служивается.

Принудительная норма сопровождаются нерѣдко словами: „соглашеніемъ сторонъ не можетъ быть отмѣнена или измѣняема“, либо „противное тому соглашеніе недѣйствительно“. Таковы нормы Германскаго Гражданскаго Уложенія о доставленіи домашнему служащему гигіеническихъ условій проживанія и врачебной помощи, о воспрещеніи сложныхъ процентовъ [2]). Иногда дѣйствіе запрета обусловлено вмѣшательствомъ самой стороны, порою онъ носитъ относительный, ограниченный характеръ. Согласно Хт. 1 ч., въ случаѣ заключенія арендnаго договора на срокъ, превышающій 36 лѣтъ: а) договоръ дѣйствителенъ лишь на 36 лѣтъ и б) каждая сторона вправѣ заявить о своемъ отказѣ отъ дальнѣйшаго исполненія [3]). Диспозитивная норма двояко относится къ частной волѣ: 1) она пополняетъ послѣднюю, когда лицо оставило отношеніе

[1]) Примѣры: Уст. о Промышленности, Т. XI ч. 1., стт. 152^{1} и сл. о продолжительиости рабочаго времени на фабрикахъ и заводахъ, Приложеніе къ стт. 156^{19} о вознагражденіи потерпѣвшихъ при несчастныхъ случаяхъ въ предпріятіяхъ фабрично-заводской, горной и горно-заводской промышленности и друг.

[2]) BGB, §§ 619, 248.

[3]) Ст. 1692, ср. рѣш. гражд. 1903 г. № 69.

безъ нормировки, желая предоставить таковую закону (большей частью въ завѣщаніяхъ), или же упустилъ несознательно послѣднюю („насколько стороны не постановили иначе"); 2) она поясняетъ, въ какомъ смыслѣ должно быть принято волеизъявленіе, допускающее одно и другое объясненіе „въ сомнительныхъ случаяхъ предполагается"). Однако, внѣшніе признаки отличія довольно эластичны, ненадежны, и тотъ или иной характеръ закона приходится въ концѣ концовъ выводить изъ самого содержанія его [1]). Диспозитивныя нормы примѣняются при отсутствіи или неполнотѣ уклоняющихся отъ нихъ опредѣленій индивидуальной воли[2])—договоры, форма совершенія обязательствъ, поскольку законъ не предписываетъ необходимости соблюденія опредѣленной формы. Хотя частное право и понынѣ еще является по преимуществу областью независимо-автономныхъ отношеній, но свобода диспозиціи значительно подчиняется получающему широкое развитіе судейскому усмотрѣнію—das freie Ermessen—задача котораго установить равновѣсіе между неограниченной индивидуальной волей и общими благами и нуждами.

Дѣйствіе закона, какъ распоряженія по адресу гражданъ, распространяется на всѣхъ, а потому всякому надлежитъ законъ знать. При этомъ, знать надо смыслъ закона и общій смыслъ всѣхъ законовъ, т. е. все положительное право. На самомъ дѣлѣ это, конечно, неосуществимо, и законодатель, допуская фикцію всеобщаго знанія дѣйствующаго права, расходится съ истиной самымъ рѣзкимъ образомъ. Никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона [3]). Но есть такіе, которые даже этого закона не знаютъ. Мысль, что всѣмъ извѣстенъ законъ, не представляетъ ли собою наслѣдіе ученія о договорномъ характерѣ государственной организаціи съ вытекающимъ отсюда выводомъ о знакомствѣ гражданъ, какъ участниковъ „договора", со своими правами и обязанностями? Но подобныя конструкціи звучатъ для нашего времени нестерпимымъ анахронизмомъ. Можно итти дальше и утверждать, что такъ какъ законъ есть выраженіе народной воли, то всѣ и всякій должны знать его, какъ свою собственную „волю". Это взглядъ отчасти отвѣчаетъ англо-саксонской точкѣ зрѣнія. Въ Англіи никто не долженъ слѣдовать законамъ, если не считаетъ себя внутренне-связаннымъ съ ними. Значитъ, англичанинъ не только знаетъ законъ но и проникается

---

[1]) Ср. наприм., ст. X т. 1 ч., по внѣшнему виду заключающую въ себѣ какъ будто норму абсолютную, а на самомъ дѣлѣ являющуюся закономъ диспозитивнымъ.

[2]) Гамбаровъ, Курсъ Гражданскаго Права, 1911, стр. 260.

[3]) Ст. 95 Основныхъ Законовъ.

его обязательностью фактически, однако, законы дѣйствуютъ потому, что люди всѣ одинаково сотворены (Dibelius). Въ Соединенныхъ Штатахъ Америки народъ сознательно считаетъ себя творцомъ закона и потому слѣдуетъ ему, какъ собственному своему созданію (Brice)[1]. Все это однако не даетъ истиннаго объясненія идеѣ объ обязательномъ знаніи закона, который столь многимъ все таки неизвѣстенъ. Указаніе на то, что въ большинствѣ случаевъ право совпадаетъ съ моралью и потому человѣкъ можетъ въ совѣсти своей найти опору противъ нарушенія права, способно дать критерій, хотя, съ другой стороны, правильно замѣчаніе, что вѣдь, существуетъ цѣлый рядъ правовыхъ нормъ, неимѣющихъ прямой связи съ моралью[2]. Право въ качествѣ чего-то, не извнѣ даннаго, а зарождающагося въ глубинѣ природы человѣка, какъ соціальнаго существа, въ этой же глубинѣ должно найти и оправданіе свое; и звучало бы антисоціальными нотами всякое заявленіе гражданина о незнакомствѣ съ нормами, въ атмосферѣ которыхъ онъ живетъ и дышетъ. И все же, переходя къ конкретнымъ многочисленнымъ предписаніямъ, образующимъ пестрядь дѣйствующаго права, сверлитъ назойливо тотъ же вопросъ, на чемъ базируется идея всеобщаго знанія закона. Очевидно, мы имѣемъ здѣсь одну изъ загадокъ общественной и государственной жизни, разрѣшать которую діалектическимъ способомъ было бы напрасной работой. Практически—мы стоимъ здѣсь передъ извѣстной необходимостью, предопредѣляющей собою возможность существованія коллектива. Такъ должно быть, ибо иначе быть не можетъ при современномъ состояніи государства и права. Что было бы, если бы приходилось устанавливать каждый разъ знакомство съ закономъ и освобождать отъ послѣдствій при незнакомствѣ съ нимъ? Государство выдавало бы особыя преміи за незнаніе, нарушало бы принципъ равенства и дѣлало бы бытіе правопорядка случайнымъ и эфемернымъ. Но государство, по крайной мѣрѣ, должно принять мѣры къ обезпеченію гражданамъ возможности пріобрѣтать свѣдѣнія о законахъ, что можетъ быть достигаемо не только широкимъ публикованіемъ, но и развитіемъ интереса къ законовѣдѣнію, распространеніемъ грамотности и просвѣщенія.

Такъ какъ принципъ облигаторнаго знанія законовъ предполагаютъ минимально возможность и способность знакомство съ ними, то во многихъ случаяхъ отсутствіе этого предположенія должно освободить отъ послѣдствій познанія. Нѣкоторыя законодательства, признавая начало общеобязательности для всѣхъ установленнымъ по-

---

[1]) См. Leihholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925, S. 20.

[2]) Jarra, Ogólna teorija prawa, 1925, Str. 249.

рядкомъ изданнаго закона, въ отдѣльныхъ своихъ постановленіяхъ содержать изъятія изъ этого начала. По Прибалтійскимъ Гражданскимъ Законамъ, заблужденіе относительно закона не вмѣняется въ вину, когда заблуждающійся не могъ пріобрѣсти надлежащія юридическія свѣдѣнія. Лицамъ женскаго пола, а равно слабоумнымъ, недостаточно развитымъ или совершенно неопытнымъ въ юридическихъ письменныхъ дѣлахъ невѣдѣніе закона можетъ быть оправданіемъ. Для женщинъ, наприм., установлена—подъ воздѣйствіемъ римскаго Senatoskonsultum Vellejanum—извинительность незнанія нормъ о поручительствѣ [1]. Какъ было признано однимъ рѣшеніемъ высшаго суда Германіи, гражданинъ, принявшій всѣ мѣры къ тому, чтобы ознакомиться съ закономъ (обратившійся къ адвокату, который далъ невѣрную консультацію), не несетъ отвѣтственности за свое заблужденіе относительно истиннаго смысла закона. У насъ ни законъ, ни практика не признаютъ въ данномъ случаѣ никакихъ исключеній. Законъ одинаково обязателенъ знающимъ и незнающимъ. Его сила распространяется на всѣхъ лицъ, оффиціальныхъ и частныхъ, никто не можетъ стоять въ сторонѣ отъ закона.

Общая обязанность знать законъ есть внѣшняя сторона принципа формальнаго равенства гражданъ.

Но и само выражаемое въ законѣ право должно быть одинаковымъ для всѣхъ. Въ этомъ смыслѣ и можно говорить о равенствѣ гражданъ передъ закономъ (внутренняя сторона принципа). Теоретически нельзя было бы возставать противъ привиллегій, если бы привиллегія, предоставленная одному лицу, фактически не затрагивала права и интересы другихъ лицъ. Поэтому принципъ равенства передъ закономъ выражается въ томъ, что создаваемыя закономъ обязанности и права должны имѣть въ виду всѣхъ въ одинаковой мѣрѣ, стало быть не можетъ быть для отдѣльныхъ лицъ и группъ ни особыхъ преимуществъ, ни особыхъ ограниченій. Равенство передъ закономъ вытекаетъ изъ конституціоннаго понятія закона, какъ такого акта верховной власти, который служитъ общимъ основаніемъ для всего порядка публичныхъ и гражданскихъ отношеній данной страны (Гамбаровъ). Конституціи считаютъ нужнымъ закрѣпить начало равенства гражданъ передъ закономъ, какъ пріобрѣтеніе современнаго правового государства [2]. Въ прежнее время

---

[1] Св. Приб., ст. ст. 2956, 2957, 4506, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1921, стр. 17.

[2] Германская Reichsverfassung 1919., Art. 109., Бельгійская конституція 1893 г.,Art. 6,Швейцарская конституція 1874 г., Art. 4, Турецкая конституція 1908 г., I (см. Die Staatsverfassungen des Erdballs, herausg. von Posener, 1909).

извѣстныя лица и сословія освобождались отъ дѣйствія общихъ законовъ, имъ представлялись спеціальныя привиллегіи и спеціальная юрисдикція. Зато цѣлыя категоріи лицъ терпѣли ограниченія въ правахъ. Въ Россіи допускалось различное дѣйствіе законовъ по вѣроисповѣданіямъ, сословіямъ, національностямъ. Законъ, правда, старался дѣлать видъ, будто нѣкое гражданское равенство существуетъ. Онъ утверждалъ обязательную силу законовъ „для всѣхъ безъ изъятія“ [1]. Учрежденіе судебныхъ установленій [2]) распространило судебную власть судебныхъ учрежденій „на лица всѣхъ сословій“. По Уставу Гражданскаго Судопроизводства [3]), „каждый признается способнымъ отыскивать и защищать на судѣ свои права“—отдаленный откликъ выражающейся въ конституціяхъ мысли: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“. Но вмѣсто гражданскаго равноправія на самомъ дѣлѣ царило полное неравенство. Многочисленныя преимущества для однихъ и ограниченія для другихъ оправдывало ироническій тезисъ, что „Россія управляется на основаніи изъятій изъ законовъ“. До настоящаго времени гражданскія различія оффиціально признаются въ нѣкоторыхъ странахъ [4]).

Равноправность гражданъ не исключаетъ возможности такихъ различій въ правахъ, которыя обусловлены естественными особенностями субъектовъ: поломъ, возрастомъ, а иногда и имущественнымъ состояніемъ, принимая во вниманіе, что государство беретъ въ извѣстной мѣрѣ подъ свою защиту слабыхъ и неприспособленныхъ противъ болѣе сильныхъ въ личномъ и имущественномъ отношеніи.

Принципъ равноправности отражается на законодательномъ творчествѣ, опредѣляя его направленіе. Онъ окрашиваетъ въ частномъ правѣ всѣ нормы въ опредѣленный цвѣтъ, выражающій единое отношеніе къ гражданамъ,—всѣмъ безъ изъятія. Онъ опредѣляетъ собою дѣятельность судовъ при примѣненіи и толкованіи закона. Само усмотрѣніе судовъ, поскольку для такового оставляется поле, должно имѣть въ виду равенство гражданъ передъ закономъ. Принципъ равенства передъ закономъ характеризуетъ всю современную государственную дѣятельность и законодательную политику.

Человѣческая мысль идетъ дальше: она не ограничивается формальнымъ равенствомъ. Возникаютъ ученія и теоріи, требую-

---

[1]) Ст. 850 Основн. Зак.

[2]) Ст. 2.

[3]) Ст. 17.

[4]) См. Kurt Sell, Japan, въ изд. Posener Staatsverfassungen des Erdballs, S. 926.

щія равенства въ болѣе широкомъ смыслѣ, а именно, равенства абсолютнаго, ведущаго къ равному распредѣленію духовныхъ и матеріальныхъ благъ. Здѣсь передъ законодателемъ ставятся совершенно новыя задачи. По мнѣнію сторонниковъ этихъ концепцій, самъ законъ долженъ гарантировать равенство (гражданское, соціальное). Еще въ самыя древнія времена философы домогались такого равенства. Такъ, Фалесъ Халкедонскій, по свидѣтельству Аристотеля, требовалъ имущественнаго равенства гражданъ [1]). Во времена Французской революціи якобинцы ждали отъ закона соціальнаго и имущественнаго равенства. Эта идея была лейтъ-мотивомъ всей революціи. Дѣятели революціи, въ томъ числѣ Robespierre, говорили, между прочимъ, о необходимости уничтоженія наслѣдованія и права завѣщанія на томъ основаніи, что „la biase du bonheur social c'est l'égalité". Эти запросы фактическаго абсолютнаго равенства не прекращались потомъ, хотя и встрѣчали противодѣйствіе со стороны другого принципа, провозглашеннаго также Французской революціей—принципа свободы, предполагающаго возможность полнаго развитія индивидуумомъ своихъ духовныхъ, умственныхъ и физическихъ силъ. Что достиженіе математическаго равенства и невозможно и нежелательно, противъ этого трудно спорить. L'égalitè mathématique nous est apparue d'abord comme retrograde en ce sens que contrairement a l'évolution de la civilisation elle tend a niveler les hommes et abolir les differences qui se creusent chaque jour davantage entre eux [2]). Но устраненіе разительныхъ проявленій фактическаго неравенства, насколько послѣднее зависитъ не отъ естественныхъ особенностей, естественныхъ дарованій и способностей человѣка, а обусловлено общественнымъ строемъ, формами организаціи—соціальный идеалъ культурнаго человѣка, для стремленія къ которому должны быть приложены творческія силы страны. И законъ, если онъ желаетъ быть орудіемъ прогресса (а таковымъ онъ по существу и долженъ быть), не можетъ не приложиться къ этой общей задачѣ цивилизаціи и культуры. Справедливо желаніе видѣть законъ въ центрѣ борьбы за возможное человѣческое равенство. На самомъ дѣлѣ въ этомъ отношеніи достигнуто очень немного. Мало того, человѣчество не приблизилось достаточно и къ формальному равенству передъ закономъ, о которомъ рѣчь была выше. Старыя силы сословныхъ, національныхъ и вѣроисповѣдныхъ преобладаній все еще не перестаютъ тяготѣть надъ современнымъ обществомъ, а равенство

---

[1]) Коркуновъ, Исторія философіи права, 1915 стр. 12.

[2]) René Brunet, Le principe d'égalité en droit franciais, 1910, p. 171.

передъ закономъ, торжественно провозглашаемое въ Конституціяхъ, является порой лишь красивой тогой для покрытія жалкой дѣйствительности. О равенствѣ, даже формальномъ, приходится порою только мечтать въ современномъ обществѣ.

Заключая въ себѣ распоряженіе по адресу гражданъ, требующее повиновенія, законъ по самому существу разсчитанъ на дѣйствіе въ будущемъ: *законъ обратной силы не имѣетъ.* Lex ad praeteritum non valet. Примѣненіе принципа о необратномъ дѣйствіи закона вызывается необходимостью, какъ въ видахъ обезпеченія авторитета самого закона, какъ равно и прочности пріобрѣтенныхъ на основаніи закона правъ (Коркуновъ). Новый законъ не можетъ измѣнить того, что закономъ же было ранѣе зафиксировано и предоставлено, не долженъ поражать правъ, пріобрѣтенныхъ при дѣйствіи и на основаніи прежнихъ правилъ. Въ этомъ сущность принципа. Въ этомъ и гарантія правъ и обезпеченіе отъ произвольнаго воздѣйствія со стороны самого законодателя на пріобрѣтенныя гражданиномъ права. Если законъ не затрагиваетъ чужихъ правъ, не уменьшаетъ ихъ, то обратное дѣйствіе его вполнѣ возможно. Это относится по большей части къ уголовнымъ законамъ, устанавливающимъ болѣе легкія наказанія или вообще облегченія для совершившихъ преступленія. Такіе законы имѣютъ обратную силу по отношенію къ совершеннымъ до изданія ихъ дѣяніямъ. Но это начало обратнаго дѣйствія законныхъ облегченій касается и гражданскихъ правоотношеній. Если бы для какихъ-либо частно-правовыхъ актовъ отмѣнена была та или иная строгая форма ихъ совершенія, то это могло бы дѣйствовать ad praeteritum. Такой же результатъ влечетъ отмѣна ограничивающихъ личность постановленій: сокращеніе срока наступленія дѣеспособности для несовершеннолѣтнихъ, уничтоженіе ограниченій гражданскихъ правъ женщинъ и проч. Казалось бы, что въ этихъ случаяхъ нѣтъ правильнаго основанія отвергать дѣйствіе новаго льготнаго закона. Хотя въ томъ или иномъ, отдѣльномъ казусѣ могъ бы при этомъ получиться ущербъ для упомянутыхъ лицъ, но такъ какъ въ общемъ имѣется въ виду все же ихъ благо, то скорѣе можно допустить здѣсь непримѣнимость принципа lex ad praeterium non valet. Нормы, регулирующія публичные интересы,—устанавливающія повый порядокъ управленія (политическіе законы), иные способы разсмотрѣнія и разрѣшенія дѣлъ (процессуальные законы) и вообще касающіеся общегосударственной жизни—обыкновенно распространяютъ свое дѣйствіе и на предшествующее время. Насколько въ нормѣ гражданскаго права констатируются публичные моменты, ей также можетъ быть сообщена обратная сила, хотя бы этимъ и затрагивались частные интересы. Точно также вводимые

новые правовые институты, которые объемлютъ обще-государственные интересы, обыкновенно, по важности своей для всей страны, получаютъ распространеніе на факты и отношенія, возникшія ранѣе. Изданный во Франціи въ 1795 г. законъ о наслѣдованіи распространенъ былъ на наслѣдства, открывшіеся съ 1789 года. Положеніе о крестьянахъ 19 февраля 1861 года, отмѣнивъ крѣпостничество, уничтожило основанныя на послѣднемъ права и получило такимъ образомъ обратное дѣйствіе. При этомъ, когда отмѣняется институтъ, признанный безправственнымъ или антисоціальнымъ, то отвергается какое бы то ни было вознагражденіе потерпѣвшихъ за отнятыя у нихъ „пріобрѣтенныя права", ибо это означало бы „признавать за отдѣльными лицами право облагать налогами народный духъ за его развитіе" (Лассаль, Трубецкой). Новѣйшіе законы объ аграрныхъ реформахъ также касаются во многомъ прошлаго времени, поражая „пріобрѣтенныя права", какъ по общей своей структурѣ, такъ и въ отдѣльныхъ конкретныхъ постановленіяхъ. Это видно, между прочимъ, изъ Литовскаго Žemės Reformos Įstatymas 1922 г. и Дополненія къ нему [1]). На основаніи этого положенія [2]), при наличности извѣстныхъ условій, считаются автоматически уничтоженными совершенные послѣ обнародованія закона о земельной реформѣ акты выдѣла, раздѣла, купчія, ипотечныя записи и нѣкоторыя другія юридическія дѣйствія. Но и помимо всего этого, если законодатель усматриваетъ что тѣ условія, которыя предполагаются новымъ закономъ, фигурировали и ранѣе и входили въ общее сознаніе, какъ нѣкій ингредіентъ особаго создавшагося положенія, то не исключена возможность сообщенія этому закону того или иного обратнаго дѣйствія, безъ ощутительнаго нарушенія принципа. Это имѣло мѣсто въ эпоху минувшей войны, когда новые законы пріурочивались въ своемъ дѣйствіи часто къ началу великой катастрофы, охватывая такимъ образомъ болѣе ранніе моменты, чѣмъ время ихъ изданія. Напротивъ, законы объ измѣненіи порядка наслѣдованія, расширеніи наслѣдственныхъ правъ женщинъ и др., переиначившіе отношенія, но не затронувшіе наслѣдованія, какъ такового, не имѣли распространенія на правовые факты и событія предшествующихъ періодовъ. Для наслѣдованія, которое уже открылось, оставленъ въ силѣ прежній законъ [2]). Такимъ образомъ разрѣшеніе вопроса находится нерѣдко въ плоскости индувидальныхъ обстоятельствъ и оцѣнки

[1]) Vyriausybės Žinios Nr. Nr. 83 ir 158.

[2]) Если бы почему-либо наслѣдованіе оказалось совершенно отмѣненнымъ, хотя бы въ части, результатъ былъ бы иной! §§ 2, 2^1, 2^2, въ редакціи Дополненія.

сравнительной важности интересовъ. Оно сводится къ уравновѣшиванію двухъ основныхъ требованій: всеобщаго блага и незыблимости пріобрѣтенныхъ частныхъ правъ.

По выраженію нашего закона, каждый законъ имѣетъ силу только на будущее время, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на время предшествующее или что онъ есть только подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго [1]). Обратная сила закона можетъ вытекать не только изъ категорическаго указанія его, но и изъ всего его смысла, если послѣдній подтверждаетъ то, что словами прямо не выражено, а именно, что законъ долженъ дѣйствовать и въ прошломъ. Второе указаніе закона можетъ вызвать въ настоящее время сомнѣніе. Конечно, если только подтверждается и изъясняется старый законъ, т. е. имѣетъ мѣсто такъ называемое аутентическое толкованіе (о чемъ дальше), то новый законъ столь же старъ, сколь и прежній законъ, и, естественно, пріурочивается къ моменту изданія послѣдняго. Это натуральное логическое и юридическое послѣдствіе. Но практически, какъ справедливо указываютъ, подъ видомъ толкованія можетъ быть изданъ новый законъ, совершенно мѣняющій смыслъ и значеніе стараго. Это возможно тамъ, гдѣ законодатель стремится coute que coute провести то или иное свое мѣропріятіе, но, опасаясь нареканій въ новизнѣ, проводитъ его подъ флагомъ интерпретаціи стараго постановленія. Подобныя мальверсаціи, насколько рѣчь идетъ о гражданскомъ правѣ, наносятъ существенный ударъ гарантіямъ личной свободы гражданина въ сферѣ его частныхъ правоотношеній. Въ виду безысходности противорѣчія въ данномъ случаѣ, наиболѣе желательнымъ является совершенное устраненіе этого рода законодательствованія. Вся область интерпретаціи должна быть предоставлена соотвѣтственнымъ подчиненнымъ закону органамъ (судамъ), безъ вмѣшательства въ эту сферу со стороны законодательнаго установленія. Въ прежнее время въ Россіи, въ эпоху господства абсолютизма, случаи изданія закона съ пояснительнымъ характеромъ были нерѣдки [2]). Въ государствахъ, построенныхъ на основѣ народовластія, законъ есть не выраженіе воли даннаго лица (аутократа), а результатъ голосованія представителей различныхъ мнѣній страны. Изданіе закона въ разъясненіе стараго и всякаго рода интерпретаціонная практика парламента почти совершенно не находитъ себѣ мѣста въ такихъ государствахъ.

---

[1]) Ст. 890 Осн. Зак. (дѣйствующая и въ Литвѣ).

[2]) Примѣръ — Высочайше утвержденное 12 Декабря 1888 г. мнѣніе Государственного Совѣта (Полное Собраніе Законовъ № 5658), которое гласитъ: разъяснять, что взысканію недоимокъ и т. д. См. рѣшеніе Общ. Собр. 1903 г. № 34.

Законъ дѣйствуетъ во времени до тѣхъ поръ, пока онъ не отмѣненъ новымъ закономъ. Съ изданіемъ новаго закона, надлежащимъ образомъ обнародованнаго (по Литовской Конституціи законъ публикуется во всеобщее свѣдѣніе—съ какого момента онъ и воспріемлетъ силу), прекращается дѣйствіе стараго закона, но не исключается его отдѣльное примѣненіе: руководствуются судьи и старыми законами при обсужденіи отношенія, возникшаго во время ихъ дѣйствія. Не можетъ законъ подлежать прекращенію вслѣдствіе его устарѣлости, непримѣненія на практикѣ или исчезновенія тѣхъ поводовъ и цѣлей, которые вызвали его появленіе (Анненковъ). Изъ самыхъ архаическихъ законовъ, если они установленнымъ порядкомъ не отмѣнены, могутъ быть сдѣланы соотвѣтствующіе юридическіе выводы при разрѣшеніи дѣлъ.

Въ отношеніи *пространства дѣйствія* различаютъ законы общіе и мѣстные. Мѣстные законы предназначены для извѣстной территоріи и ея коренныхъ жителей. Мѣстные законы исключаютъ общее законодательство по тѣмъ предметамъ, которые ими регулируются. Общихъ гражданскихъ законовъ, т. е. такихъ, которые дѣйствовали бы на пространствѣ всего государства, у насъ нѣтъ. Частные законы сосредоточены преимущественно въ X т. 1 ч. Свода Законовъ, носящемъ названіе „Законы Гражданскіе". Постановленія частно-правового характера содержатся также въ другихъ частяхъ Свода, въ особенности въ IX т. (объ актахъ состоянія, о коллизіонныхъ нормахъ права), въ XI т. (торговые законы). Кромѣ того, нѣкоторое матеріальное право константируется въ процессуальномъ законѣ, именно въ Уставѣ Гражд. Судопр., о примѣненіи обычая, о силѣ документовъ, заключенныхъ за-границей, о послѣдствіяхъ просрочки и неплатежа по закладнымъ и т. д., въ старыхъ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ (т. XVI ч. 2), отмѣненныхъ съ изданіемъ Уст. Гражд. Судопроизводства лишь настолько, насколько рѣчь идетъ о правилахъ чисто процессуальныхъ, но не матеріально-правовыхъ, и т. д. Что касается „Законовъ Гражданскихъ", то главную часть ихъ составляютъ заимствованія, преимущественно изъ французскаго образца. Они неодинаковы по формѣ, разнообразны что касается сферы примѣненія къ лицамъ и территоріямъ (Гуляевъ). Они являются наиболѣе отсталыми по сравненію съ современными законами цивилизованныхъ странъ. „Законы Гражданскіе" не выдержаны, противорѣчивы, казуистичны, порой суровы и несправедливы, въ нихъ нѣтъ системы, нѣтъ правильной терминологіи [1]). Въ нихъ нѣтъ ничего похожаго на

[1]) См. разительный примѣръ путаницы терминовъ въ ст. 1706: наемъ изъ выстройки названъ „временной собственностью".

кодексъ: это собраніе законодательныхъ матеріаловъ не только частныхъ, но и фискальныхъ, возникшихъ въ разное время и по разнымъ поводамъ, носящихъ большей частью земельный характеръ, отражающихъ въ себѣ старый помѣщичій крѣпостный бытъ [1]). „Законы Гражданскіе“ были обнародованы въ Россіи въ то время, когда кодификація касалось дѣломъ и желательнымъ и легко осущественымъ, но жизнь показала неудачность предпринятой попытки (Корфъ, Гуляевъ), въ условіяхъ тогдашняго русскаго быта и состоянія права. Впослѣдствіи эти законы подвергались кое-какимъ измѣненіямъ, причемъ таковыя производились иногда просто въ кодификаціонномъ порядкѣ, и практикѣ приходилось даже бороться противъ этого, разъясняя что „изъ одного кодификаціоннаго измѣненія нельзя вывести перемѣнъ закона“ [2]). Прежній русскій Сенатъ, а также общіе суды государства стремились внести коррективъ въ эти законы, приспособляя, а иногда и просто измѣняя ихъ въ зависимости отъ требованій жизни. Нигдѣ суды не обращались такъ свободно съ законодательнымъ матеріаломъ при рѣшеніи дѣлъ, какъ въ прежней Россіи. Позволительно было утверждать, что весь гражданскій оборотъ покоится „не столько на велѣніяхъ закона, сколько на истолкованія этихъ велѣній въ кассаціонныхъ рѣшеніяхъ“ [3]). Но такой порядокъ, оправдываемый нуждой, не могъ быть терпимъ въ долготу времени. Былъ выработанъ новый Проектъ Гражданскаго Уложенія, послѣдняя редакція котораго относится къ 1905 году. Проектъ основанъ на дѣйствующихъ законахъ, вѣрнѣе дѣйствующей практикѣ, и юридическихъ началахъ западныхъ Гражданскихъ Кодексовъ, преимущественно Германскаго Гражданскнго Уложенія. Этотъ проектъ въ настоящее время оказывается также во многомъ устарѣлымъ, особенно послѣ появленія Швейцарскаго Гражданскаго Кодекса 1907 года, введшаго совершенно новые, свѣжіе принципы цивилистики, но все же Проектъ можетъ сослужить немалую службу при толкованіи и примѣненіи дѣйствующихъ у насъ законовъ и особенно при реформѣ нашего частнаго права, на началахъ обновленія и преемства. Изъ Проекта Гражданскаго Уложенія выдѣлено было особо Обязательственное Право (кн. V Гр. Улож.) и внесено 14 октября 1913 г. въ Государственную Думу, съ объяснительной запиской Министра Юстиціи отъ того же числа [4]).

---

[1]) Ср. мою статью „Гражданское Право Литвы“ въ журналѣ „Право и Хозяйство“, 1926 г., № 1.

[2]) Рѣш. Гражд. 1882 г. № 128, 1880 г. № 252.

[3]) Гуляевъ, русское гражданское право, 1909 г., стр. 12.

[4]) Къ мѣстнымъ законамъ слѣдуетъ отнести прежде всего законы, дѣйствующіе въ мѣстностяхъ (б. Сувалкской

Примѣненіе иностранныхъ законовъ.

Современное государство распространяетъ власть на гражданъ своихъ не только у себя, но и заграницей. Прежнее правило о томъ, что гражданинъ, выѣхавшій изъ предѣловъ государства, теряетъ до возвращенія всякую связь съ отечествомъ, теперь отпало. Граждане внѣ своего государства могутъ быть подчинены отечественному праву, что касается своихъ частныхъ правоотношеній и насколько они вступаютъ въ таковыя между собою. Но и правоотношенія ихъ, основанныя на законахъ другого государства (по мѣсту возникновенія или по иному принципу) могутъ имѣть силу по отечественному праву. Внутри государства приходится считаться также съ юридическими событіями и актами, покоющимися на правѣ другого государства, когда дѣло касается иностранцевъ. Государство не замыкается цѣликомъ въ

губ.), гдѣ еще въ силѣ частное право бывш. Царства Польскаго Гражданскій Кодексъ Наполеона, Гражданское Уложеніе 1825 г., кн. 2 и 3, Положеніе о Союзѣ брачномъ 1836 г. и Ипотечные Уставы 1818 г. и 1825 г. Пестрота этихъ законодательныхъ источниковъ б. Царства Польскаго объясняется тѣмъ, что Code Napoleon, эта, по выраженію русскихъ писателей того времени, книжка, слѣпленная въ Парижѣ экс-адвокатами и экс-якобинцами, но на самомъ дѣлѣ законодательный памятникъ, воплотившій въ себѣ результаты могущественныхъ, хотя и враждебныхъ другъ другу революціонныхъ теченій, поскольку они отразились на правовомъ укладѣ Франціи,—будучи введенъ въ „Герцогствѣ Варшавскомъ“ въ 1808 г., встрѣтился здѣсь, въ иныхъ условіяхъ жизни и устройства, съ большими препятствіями. Это привело русскихъ правителей къ необходимости замѣнить первую книгу узаконеніями 1825 г. и 1836 г. и преобразовать также правила объ ипотекахъ введеніемъ упомянутыхъ ипотечныхъ уставовъ Кассо Общіе и мѣстные гражданскіе законы, 1896 г., ст. 5. Подлинникомъ Гражданскаго Кодекса считается текстъ французскій, а Гражданскаго Уложенія и ипотечныхъ уставовъ — польскій. Положеніе о Союзѣ брачномъ опубликовано было на русскомъ языкѣ. Въ отношеніи процесса и нотаріата здѣсь въ силѣ дѣйствующія нормы Свода Законовъ. Затѣмъ въ мѣстности Полангенъ примѣняется Сводъ Гражданскихъ Узаконеній губерній Прибалтійскихъ 1864 г., съ дополненіемъ 1870 г. Сначала онъ былъ изданъ на русскомъ и нѣмецкомъ языкахъ, а послѣ распространенія на Прибалт. губ. судебной реформы Сводъ появился на одномъ русскомъ языкѣ, въ 1892 г. Въ Сводѣ удѣлено мѣсто обычному праву и партикулярнымъ городск. и земск. законамъ (Bunge, Гуляевъ). Сводъ этотъ нахо-

кругу своего законодательства, а даетъ мѣсто въ извѣстныхъ случаяхъ дѣйствію иностранныхъ законовъ. Все растущая солидарность человѣчества приводитъ къ значительному сокращенію неравенства въ регламентаціи частно-правовыхъ отношеній. Идеаломъ является такое состояніе, при которомъ различія, если не совершенно стушевались бы, то приведены были бы къ минимому. Это достигается теперь, въ той или иной степени, въ области торговой (объединеніе мірового вексельнаго права) [1]).

дится подъ сильнымъ вліяніемъ римскаго права, но отражаетъ вліяніе также русскаго, германскаго и даже шведскаго права. Въ дополненіе и развитіе прежнихъ кодексовъ и другихъ источниковъ частнаго права было издано въ Литвѣ нѣсколько законодательныхъ актовъ. Сюда относится прежде всего законъ 10 Апрѣля 1922 г. „Civilinių įstatymų papildymas ir pakeitimas“, который, въ измѣненіе соотвѣтственныхъ постановленій X т. I ч. Св. Зак. Гражд. и Гражданскаго Уложенія 1825 г., уничтожилъ нѣкоторыя ограниченія въ правахъ женщинъ, семейственныхъ и наслѣдственныхъ, уравнялъ ихъ съ мужчинами въ отношеніи содержанія семьи (Vyr. Žinios 1922 m. Nr. 85 изданіе Merkys Kriščiukaitis, — Lietuvos Įstatymai, 1922 m., p. 946). Затѣмъ, на частно-правовыхъ устояхъ Литвы существенно отразились законы большой важности „о земельной реформѣ“, законъ „объ уничтоженіи сервитутовъ“ и другіе. Въ Литвѣ давно уже понято неудобство многообразія дѣйствующихъ въ ней источниковъ частнаго права, несогласованныхъ, не имѣющихъ твердыхъ пунктовъ соприкосновенія, выражающихъ правосознаніе различныхъ народовъ и эпохъ. Нѣтъ недостатка въ предположеніяхъ объ объединеніи и координаціи всего цивильнаго законодательства края. Реформа Литовскаго частнаго права—одна изъ первоочередныхъ задачъ страны.

[1]) Поиски средствъ къ нивелированію интернаціональнаго частнаго права принимаютъ различныя формы. Въ послѣднее время Афинскій ученый Streit, подвергнувъ новому разсмотрѣнію старый вопросъ о томъ, къ какой области, публичной или частной, относятся ученіе о коллизіонныхъ нормахъ, и, разрѣшая его въ пользу публичности, находитъ въ этомъ, залогъ успѣшности согласованія ихъ: Dies Ergebniss ist insofern ein erfreuliches, als wenigstens in diesem Punkt einer Rechtsmaterie die Einheitlichkeit gesichert wird, die sonst unter so mancher prinzipiellen Manigfaltigkeit zu leiden hat, Zur Frage über die Natur der zwischenprivatrechtlichen Anwendungsnormen, 1927, S. 319 ff., 325, 351. Противъ этого можно возразить: а) международное частное право есть право частное, а не публичное, такъ какъ въ основѣ его, въ конечномъ счетѣ, лежатъ

Но человѣчество еще далеко отъ идеала, различія чувствительны, уходятъ корнями въ толщу имущественныхъ, личныхъ и особенно семейственныхъ и наслѣдственныхъ отношеній [2]).

Возникающіе въ конкретныхъ казусахъ вопросъ о томъ, какое право, туземное или иностранное, подлежитъ примѣненію, затрагиваетъ проблему коллизіи разногосударственныхъ законовъ. Эта коллизія разрѣшается нормами международнаго частнаго или такъ называемаго конфликтнаго права. Конфликтное право указываетъ то законодательство, которое является подходящимъ для разрѣшенія даннаго отношенія, и въ этомъ смыслѣ его справедливо называютъ „правомъ о правѣ". До сихъ поръ не найдено единаго принципа, по которому разрѣшались бы конфликты разногосударственныхъ нормъ. Сколь бы ни казался пріемлемымъ тотъ или иной принципъ (національный, территоріальный и пр) въ данной категоріи случаевъ, всегда находятся соображенія, приводящія къ необходимости его отклоненія въ другихъ случаяхъ. Кромѣ того, на отдѣльные конфликты ложится само государство своей тяжестью, требуя разрѣшенія ихъ не съ точки зрѣнія чисто спеціальныхъ интересовъ приватныхъ лицъ, а по началу властвованія и государственной пользы („salus rei publicae summa lex est"). Это есть принципъ ordre public, заставляющій государства, при извѣстныхъ случаяхъ, отклонять дѣйствіе какого бы то ни было чужого закона, кромѣ своего. Въ какихъ это случаяхъ? Тщетно искать на это отвѣта въ наукѣ или практикѣ. Наука права въ послѣднее время стремилась даже совершенно изгнать ничего не говорящее понятіе „пуб-

---

интересы частные, а свойствомъ интереса и нечѣмъ — инымъ опредѣляется характеръ права, б) процессъ объединенія долженъ пробивать себѣ дорогу не путемъ усваиванія методовъ публичнаго права, а ростомъ идеи уравненія въ государствахъ, (международнаго общенія) своихъ домашнихъ частноправныхъ системъ.

[2]) Справедливость требуетъ отмѣтить, что немало имѣется выдающихся юристовъ, готовыхъ дать этому различію идеологическое обоснованіе, ратующихъ противъ тенденцій объединенія, находящихъ, что единство парализовало бы „духъ, инициативу и активность отдѣльныхъ расъ", Weiss, Manuel de droit international privé, 1925, introduction, XXII, хотя тѣ же юристы ничего не имѣютъ возразить противъ уравненія права для всѣхъ народностей въ самомъ государствѣ (droit interprovincial). См. исторію проблемы и частное (палліативное) ея разрѣшеніе у Walter'aj, Internationales Privatrecht, 1921, S. 59 ff. и особенно 63.

личнаго порядка" и замѣнить его конкретными коллизіонными нормами, которыя внесли бы поправки и ограниченія въ соотвѣтствующія общія нормы [1]). Но такія попытки врядъ ли достижимы при современномъ положеніи междугосударственныхъ отношеній и борьбѣ отдѣльныхъ государствъ за свое существованіе и свободное развитіе. Будетъ ли это „воспрещеніе исканія отцовства", недопущеніе высокихъ процентовъ правила пріобрѣтеніе, имущества, бракъ и разводъ и пр. и пр„ государство въ одинаковой мѣрѣ въ состояніи выдвинуть впередъ любой интересъ, зашивъ его съ броню „публичнаго порядка". Публичный порядокъ, по образному выраженію одного автора, есть „сигналъ отбоя, свидѣтельствующій о ранѣе допущенной ошибкѣ" [2]), ошибка же заключается въ присвоеніи иностранной нормѣ настолько широкаго объема, что въ немъ можно усмотрѣть захватъ части компетенціи туземнаго закона. Этотъ ordre public, долженствующій ограждать государство отъ слишкомъ усерднаго вторженія чужого права, играетъ особую роль нынѣ, при постоянныхъ перестройкахъ правового строя, а еще болѣе во вновь образовавшихся государствахъ, нуждающихся въ поддержаніи своего авторитета противъ чрезмѣрныхъ иностранныхъ вліяній и иноземныхъ теченій.

Ученіе о коллизіонныхъ нормахъ прошло трудный и длительный путь. Оно возникло впервые въ средніе вѣка, когда отдѣльные города стали вырабатывать свои статуты, которые необходимо было согласовать съ дѣйствовавшимъ общимъ правомъ—римскимъ. Уже тогда появилось разграниченіе между персональнымъ и территоріальнымъ принципами: дѣеспособность и личныя права юристы относили къ личному статуту, признавая дѣйствіе законовъ мѣста происхожденія или постояннаго жительства, а права по имуществу пріурочивались къ законамъ мѣстонахожденія имущества. Однако, ни системы, ни общихъ началъ тогдашняя практика въ этомъ отношеніи не выработала. Итальянскіе юристы XIV вѣка (Bartola) создали въ общихъ чертахъ основы коллизіоннаго права: дѣеспособность—законъ національный или мѣстожительства, вещныя права—lex rei sitae—и проч. Впослѣдствіи во Франціи появилась получившее съ теченіемъ времени общее распространеніе ученіе о статутахъ, личномъ и реальномъ, изъ которыхъ первый дѣйствуетъ всюду, гдѣ находится лицо,-правоспособность, бракъ,вообще личныя права

---

[1]) См. Брунъ, Публичный порядокъ въ международномъ частномъ правѣ, Журн. Мин. Юст., 1916 г. № 2, стр. 72.

[2]) Пиленко, Очерки по систематикѣ частнаго международнаго права, 1911, стр. 213.

а также движимость,—второй примѣняется въ предѣлахъ страны, связывая съ послѣдней правоотношеніе — недвижимость. Къ этому слѣдуетъ добавить упомянутое начало „общественнаго порядка", которое дало возможность государствамъ въ отдѣльныхъ дѣлахъ измѣнять дѣйствіе „статутовъ" сообразно своимъ общимъ государственнымъ и общественнымъ цѣлямъ, направлять, такъ сказать, руль международнаго частнаго права въ потребныхъ случаяхъ по своему желанію [1]). По французскому праву, какъ это было установлено еще кодексомъ 1804 г., законы Франціи, касающіеся гражданскаго состоянія и правоспособности лицъ, дѣйствуютъ въ отношеніи всѣхъ туземцевъ, хотя бы они проживали заграницей, а въ отношеніи недвижимости, даже принадлежащей иностранцамъ, примѣняется также законъ края[2]). Изъ этого косвенно вытекаетъ, что какъ для личныхъ правоотношеній, такъ и для движимыхъ имуществъ примѣняется національное право (личный статутъ), въ другихъ случаяхъ дѣйствуетъ право мѣстонахожденія (мѣстожительства). Впослѣдствіи на сцену выступилъ Германскій взглядъ, въ силу котораго личный законъ, подъ которымъ разумѣется законъ мѣста происхожденія, пріемлется во всѣхъ случаяхъ, какъ общее правило, все же остальное есть изъятіе. Этотъ взглядъ отразился и на кодификаціи коллизіоннаго права въ Гаагскихъ Международныхъ Конвенціяхъ [3]). Германскіе юристы искали способовъ совершенно отдѣлаться отъ статутовъ и обоективировать самое правоотношеніе, подчиняя послѣднее ему одному свойственному праву („мѣстонахожденіе правоотношенія"). Но эти теоретическія попытки мало повліяли на

---

[1]) Въ серединѣ XIX вѣка оказались выработанными въ Европѣ слѣдующіе статуты: 1) реальный, lex situs—статутъ мѣстности, гдѣ находится вещь, 2) персональный—мѣстапроисхожденія лица, варьируемый и какъ lex domicilii—статутъ мѣстожительства, 3) lex loci contractus, регулирующій отношенія изъ договоровъ, 4) lex loci actus, опредѣляющій формы договоровъ, актовъ и документовъ и ихъ дѣйствительность, что касается соблюденія этихъ формъ, 5) lex fori, регулирующій отношенія по мѣстонахожденію суда. Кромѣ того создались смѣшанные статуты, въ которыхъ преобладалъ статутъ реальный или персональный, въ зависимости отъ того, какой болѣе подходилъ по конкретнымъ даннымъ, Westlake, A treatise on private international law, 1925, p. 8.

[2]) Code civil, Кôд. Нап., ст. 3.

[3]) Германскій вводный законъ къ Гражданскому Уложенію 1896 г., Японскій законъ 1898 г., см. Б. Нольде, у Листа, Международное право, 1923 г., стр. 475 и 466.

законодательство. Англія считается не съ „мѣстонахожденіемъ юридическаго отношенія", а съ мѣстожительствомъ самого субъекта, считая послѣднее доминирующимъ при разрѣшеніи коллизіоннаго права—lex domicilii. По дѣйствующему нашему праву, необходимо разграниченіе по отдѣльнымъ категоріямъ правъ. Личныя права иностранцевъ обсуждаются согласно національному принципу, а именно, по законамъ страны, гражданами которой они состоятъ [1]). На основаніи этихъ же законовъ опредѣляется ихъ дѣеспособность, т. е. способность къ совершенію юридическихъ актовъ и дѣйствій по возрасту, состоянію здоровья и проч. Относительно правоспособности, resp. возможности обладать правомъ по рожденію, состоянію и т. д., законъ держится, въ общемъ, той же линіи, вводя однако, рядъ ограниченій, сводящихся, главнымъ образомъ, къ тому, что иностранецъ у насъ не долженъ имѣть большаго простора правоспособности, чѣмъ нашъ гражданинъ. Можно признать общепризнаннымъ положеніе, что всѣ ограниченія или лишенія гражданской право- и дѣеспособности, вызванныя политическими мотивами, не имѣютъ никакого экстериторіальнаго дѣйствія [2]). Сенатъ высказываетъ общую мысль, что правоспособность, какъ составляющая неотъемлемую принадлежность лица, ею обладающаго, не можетъ обсуждаться иначе, какъ по законамъ той страны, къ которой лицо само принадлежитъ [3]). Если принять во вниманіе, что правоспособность, какъ присущее лицу свойство, нынѣ, съ утвержденіемъ личности и ея неотъемлемыхъ правъ, повсемѣстно тождественна, что пали ограниченія прежнихъ временъ, почерпнутыя изъ темныхъ глубинъ человѣческаго не равенства (рабство, крѣпостничество, порабощеніе женщинъ и проч.), что равнымъ образомъ ограниченія, связанныя съ положеніемъ данныхъ группъ въ государствѣ—(вѣроисповѣдныя, національныя)—какъ и привиллегіи по рожденію и проч., отлетаютъ точно засохшіе листья, подъ дуновеніемъ новыхъ повѣтрій,—придется согласиться, что въ отношеніи правоспособ-

---

[1]) Національность есть государственность... Nation et État, nationalité et sujetion sont... synonymes: la nationalité et le lien qui rattache à l'État chacun de ses membres, Weiss, Manuel dé droit international privé, 1925, p. 2.

[2]) Мартенсъ, Современное Международное Право, т. 2. 1883 г. стр. 290.

[3]) Рѣш. Гражд. 1881 г. № 183. Въ этомъ рѣшеніи, какъ, впрочемъ, и вообще, Сенатъ смѣшиваетъ правоспособность и дѣеспособность. Рѣш. гражд. 1909 г. № 75 признана правоспособность иностраннаго государства, а именно право его быть истцомъ и отвѣтчикомъ на нашей территоріи.

ности конфликты со сторовы коллизіонныхъ нормъ будутъ не расти, а уменьшаться съ каждымъ днемъ.

Въ отношеніи дѣеспособности lex personalis есть общее правило. При этомъ, въ однихъ государствахъ способность лица вступать въ юридическія отношенія опредѣляется по законамъ мѣста его гражданства, а въ другихъ—Англіи—по законамъ его мѣстожительства, (Dicey, Нольде [1]). Какія изъ этихъ опредѣленій принимается у насъ? Несомнѣнно, англійская точка зрѣнія спеціальная и не находитъ отклика въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. И по отношенію къ дѣеспособности дѣйствуетъ у насъ законъ происхожденія и гражданства [2]). При этомъ рождается немало затрудненій, когда лицо имѣетъ нѣсколько подданствъ (гражданства) или не имѣетъ ни одного—staatlos. Наиболѣе правильнымъ является то рѣшеніе вопроса, при которомъ въ первомъ случаѣ опредѣляющимъ считается послѣдне-пріобрѣтенное подданство, во второмъ—послѣдне-оставленное подданство, а при отсутствіи такового—мѣстожительство послѣдняго времени [3]). Касательно юридическихъ лицъ, т. е. искусственныхъ соединеній, которымъ присваивается значеніе субъекта гражданскихъ правъ и обязанностей, дѣло обстоитъ

---

[1]) См. Barazetti, das Internationale Privatrecht im bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich, 1897, S. 21 f.

[2]) Ср. рѣш. гражд. 1901 г. № 22.

[3]) Code Civil, Код. Нап., 3 гласитъ: „Законамъ, касающимся гражданскаго состоянія и правоспособности лицъ, подчиняются всѣ туземцы, хотя бы они проживали заграницей". Въ недостаточной редакціи это правило выражаетъ общую мысль о примѣненіи національнаго закона. Ст. XXVIII Введенія къ Своду Приб.: „Правоспособность каждаго опредѣляется правами, дѣйствующими въ его мѣстожительствѣ для лицъ того званія, къ которому онъ принадлежитъ". Какъ можно думать, и по франц. и по приб. праву имѣется въ виду право-и-дѣеспособность (Между прочимъ, при различіи возрастовъ гражданскаго совершеннолѣтія, колеблющихся въ Европѣ отъ 25 до 18 и даже до 16 лѣтъ, опредѣленіе статута дѣеспособности имѣетъ особенно большое практическое значеніе въ интернаціональномъ обыходѣ). По поводу Св. Приб. А Федоровъ ошибочно замѣчаетъ, что приведенная ст. XXVIII Введенія заключаетъ въ себѣ тотъ „общій" принципъ, „что судъ долженъ примѣнять нормы, дѣйствующія на подвѣдомственной ему территоріи", Введеніе въ Курсъ Гражданскаго права Прибалтійскихъ губерній", 1898 г., стр. 51. „Мѣстожительство" можетъ быть и не на территоріи туземнаго государства, примѣняющаго норму. Мы имѣемъ здѣсь, несомнѣнно, не что иное, какъ начало legis personalis.

сложнѣе виду того, что не только правоспособность этихъ лицъ, но и самое бытіе и предѣлы дѣйствій ихъ опредѣляются закономъ.

Въ Англіи и Соединенныхъ Штатахъ за иностранными юридическими лицами признается правоспособность и дѣеспособность, безъ изъятій. Такого же правила придерживается судебная практика Франціи, а также Германія въ отношеніи торговыхъ обществъ и предпріятій [1]). Поскольку такое признаніе имѣетъ мѣсто, status юридическаго лица заключаетъ въ себѣ мало специфическаго, немногимъ отличается отъ общаго статута (лица физическаго). У насъ необходимость для иностранныхъ обществъ получить правоспособность непремѣнно отъ нашей власти въ силу международныхъ конвенцій выводятъ изъ закона [2]). Иностранному праву въ отношеніи названныхъ обществъ дѣйствіе у насъ дается будто бы лишь въ предѣлахъ того, что устанавливается соотвѣтственной конвенціей. На самомъ дѣлѣ законъ, упоминая о правахъ по конвенціямъ, не закрываетъ возможности признавать правоспособность юридическихъ лицъ и безъ трактатовъ, по началамъ взаимности и даже просто по принципу признанія заграничныхъ частно-правовыхъ актовъ и правъ лицъ иностраннаго происхожденія, хотя бы это были совокупности.

Въ этой области государство всего болѣе обнаруживаетъ заинтересованность, всего болѣе проявляетъ свое вмѣшательство съ точки зрѣнія экономической и финансовой политики и публичнаго порядка. Еще много лѣтъ назадъ было признано Сенатомъ, что „согласно принятому правительствомъ принципу, правомъ судебной защиты могутъ пользоваться законно учрежденныя акціонерныя общества и товарищества только тѣхъ иностранныхъ государствъ, съ коими заключены по сему предмету конвенціи“ и что вообще „правило взаимства служитъ руководящимъ началомъ для международныхъ соглашеній о правахъ учреждаемыхъ съ надлежащаго разрѣшенія акціонерныхъ обществъ и другихъ ассоціацій“ [3]). Конечно, отдѣльныя частно-правовые акты, совершенные непризнаннымъ иностраннымъ юридическимъ лицомъ заграницей или у насъ, найдутъ защиту и охрану въ нашихъ судахъ, по общимъ правиламъ, лишь бы только эти акты не создавали впечатлѣнія открытаго и постояннаго дѣйствія такого юридическаго лица на нашей территоріи. Во время войны изданъ былъ рядъ рѣшеній, указовъ и законовъ, ограничивавшихъ права обществъ враждебныхъ государствъ [4]). Во мно-

---

[1]) См. EG, § 10.

[2]) Прим. 2 къ ст. 2139 X т. I ч.

[3]) Рѣш. Гражд. 1883 г. № 34.

[4]) Ср. Рѣш. Общ. Собр. Сената 1915 г. № 1.

гихъ случаяхъ эти общества подлежали полной ликвидаціи, какъ организаціи, лишенныя всякой юридической защиты. И въ настоящее время много стѣсненій создается въ этой области, притомъ не столько сами законами, сколько оперирующей ими практикой. Однако, съ наступленіемъ мірового успокоенія, эти ограниченія должны будутъ уступить мѣсто принципу взаимнаго признанія.

Если при персональныхъ правахъ допустимо такъ или иначе руководствоваться національнымъ признакомъ, если объемъ правъ, связанныхъ съ лицомъ въ данномъ государствѣ, зависитъ отъ условій послѣдняго, историческихъ, этнографическихъ, климатическихъ и пр., то касательно правъ на вещь критерій долженъ быть другой, а именно—они должны опредѣляться территоріей, гдѣ вещь находится. Вещныя права на имущества, движимыя и недвижимыя, характеризуются мѣстомъ ихъ нахожденія—lex rei sitae. Это слѣдуетъ изъ закона [1]), въ силу котораго иностранцы могутъ пріобрѣтать движимыя и недвижимыя имущества не иначе, какъ по правиламъ нашихъ гражданскихъ законовъ. Отсюда косвенно вытекаетъ, что законъ признаетъ для вещныхъ правъ территоріальное начало. Возникновеніе, осуществленіе и прекращеніе вещныхъ правъ и вообще все, связанное съ этими правами, обсуждается по нашему закону. На недвижимостяхъ государство до сихъ поръ сосредоточиваетъ особое вниманіе: онѣ подчиняются дѣйствію собственнаго права въ такихъ странахъ, какъ Англія, Франція, Италія, Германія[2]). По отношенію къ движимостямъ существовалъ принципъ mobilia personam sequuntur—движимыя вещи слѣдуютъ за личностью,—такъ что на нихъ распространялся личный статутъ. Но теперь и отъ этого взгляда отказываются повсюду въ пользу принципа территоріальнаго. Даже въ Англіи, гдѣ провозглашенъ былъ для движимости персональный статутъ—personal property has no locality—рѣшенія судей склоняются къ обсужденію вопроса по закону мѣстонахожденія. Ни у насъ, ни въ прежнемъ Царствѣ Польскомъ, ни въ Прибалтійскомъ районѣ приложеніе принципа территоріальности и къ движимостямъ не встрѣчало сомнѣній, и противоположныхъ этому рѣшеній не имѣется (Бар. Нольде). Правда, народное правосознаніе до сихъ поръ заключаетъ въ себѣ слѣды предпочтенія личнаго статута, замѣтимъ, не только для движимости, даже въ отношеніи недвижимости, считая, что за лицомъ слѣ-

---

[1]) Ст. 830 Зак. Состоян.

[2]) Code Civil, Код. Нап., 3 (2). См. ст. XXXIII, ч. I „Введенія въ Св. Приб.“ Права на вещи недвижимыя, а также владѣніе такими вещами подлежатъ законамъ той территоріи, въ которой недвижимости находятся“.

дуетъ все его имущество: „Всталъ и пошелъ такъ и вотчина за мной". Но современная точка зрѣнія международно-государственная беретъ верхъ.

Въ обязательственномъ правѣ рѣчь идетъ преимущественно о волеизъявленіяхъ и соглашеніяхъ. Естественно было притти къ заключенію, что автономія сторонъ должна быть здѣсь принята къ свѣдѣнію прежде всего (теорія автономіи), иначе говоря, обязательство обсуждается по закону той страны, которую имѣли въ виду, выразивъ это expressis verbis или молчаливо, субъекты правоотношенія. При отсутствіи такого указанія въ волеизъявленіи слѣдуетъ исходить изъ предположеній наибольшей вѣроятности. Эти предположенія, не всегда достаточно устойчивыя, сводятся къ тому, что стороны могли имѣть въ виду либо законъ мѣста возникновенія обязательства, либо законъ мѣста его исполненія, либо личный законъ участниковъ, преимущественно должника. Въ виду обширности и неопредѣленности этихъ презумпцій, свидѣтельствующей объ оторванности ихъ отъ дѣйствительной воли участниковъ, „автономіи" отводятся только случаи дѣйствительнаго выраженія воли. Въ остальномъ приходится принять критерій возникновенія, исполненія или личнаго статута. Такъ какъ въ договорѣ могутъ участвовать въ качествѣ должниковъ оба контрагента, то на практикѣ принципъ личный непріемлемъ, и выборъ падаетъ на одинъ изъ двухъ другихъ. По мнѣнію Бар. Нольде, общая коллизіонная норма о договорахъ должна гласить: „договоръ обсуждается по закону того государства (или той области), съ которымъ операція, составляющая главное содержаніе договора, ближе всего жизненно связана, и въ первую очередь, слѣдовательно по закону мѣста исполненія договора". Указаніемъ „на главное содержаніе" обязательства имѣется въ виду избѣгать затрудненіе, связанное съ возможностью нѣсколькихъ различныхъ мѣстъ исполненія по договору [1]). Но помимо того, что и по „главному содержанію" исполненіе можетъ имѣть происходить въ разныхъ пунктахъ, мѣсто исполненія является весьма часто простой случайностью въ обязательствѣ и кромѣ того часто мѣняется (въ зависимости отъ перемѣны мѣсожительства контрагентовъ). Остается — мѣсто возникновенія обязательства. Это мѣсто тоже можетъ быть случайнымъ, оно не всегда единое и опредѣленное. Въ пользу закона мѣста возникновенія обязательства высказывался еще Бартель, затѣмъ Loran, Weiss, Dicey. Это положеніе принято Итальянскимъ Уложеніемъ, Японскимъ Уложеніемъ, судебной прак-

---

[1]) Этой точки зрѣнія держалась и держится теперь Германская практика (подъ вліяніемъ Савиньи), а также Св. Приб.

тйкой Франціи, оно пріемлемо, въ общемъ, и у насъ. Гдѣ обязательство возникло, зародилось, тамъ оно усвоило и юридическія особенности. Уст. Гражд. Судопроизв., въ статьѣ [1]), имѣющей значеніе матеріально- правовой нормы, указываетъ, что „договоры и акты, совершенные заграницей, обсуждаются на основаніи законовъ того государства, въ предѣлахъ коего они совершены, и признаются дѣйствительнымй, если только заключающаяся въ нихъ сдѣлка непротивна общественному порядку и не воспрещена нашими законами". Стало быть, обязательство, возникающее какъ изъ договора, такъ и изъ иного акта — изъ духовнаго завѣщанія, — заключенное заграницей, обсуждается у насъ по закону мѣста заключенія—locus regit actum, lex loci contractus По этому же закону разрѣшается вопросъ о законности и незаконности, вообще, дѣйствій, порождающихъ обязательство. Когда обязательство, покончится на договорѣ, дѣйствуетъ lex loci contractus, а когда оно возникаетъ изъ неправомѣрнаго дѣйствія (или обогащенія)—законъ мѣста совершенія дѣяній, обосновывающихъ возникновеніе требованія, lex delicti commissi[2] . При этомъ автономія признается у насъ въ такой мѣрѣ: если въ обязательствѣ опредѣлительно указано, какимъ закономъ контрагенты руководствовались, то эти законы и должны получить примѣненіе [3]). Тоже высказалъ Сенатъ: „положенное въ основу 707 ст. Уст. Гражд. Судопроизв. предположеніе закона о намѣреніи сторонъ подчиниться законамъ мѣста совершенія сдѣлки, какъ относительное— praesumpti juris tantum—можетъ быть опровергаемо доказательствами противнаго" [4]). Однако, соглашеніе сторонъ идетъ лишь до того предѣла, гдѣ начинается норма juris cogentis, принудительнаго права, и гдѣ регулированіе отношенія принадлежитъ закону и только ему, съ исключеніемъ всякаго вліянія воли сторонъ подчиниться иному порядку, чѣмъ установленный закономъ.

Въ семейномъ правѣ затрудненіе при примѣненіи разномѣстныхъ законовъ усугубляется тѣмъ, что бракъ, лежащій въ основѣ всѣхъ отношеній по семьѣ, еще и нынѣ имѣетъ различное юридическое значеніе въ различныхъ странахъ. Переходъ брака въ область гражданско—правовыхъ институтовъ, начавшійся въ средніе вѣка, до сихъ поръ не закон-

---

[1]) 707.

[2]) См. А. Федоровъ, Введеніе въ Курсѣ Гражданскаго права Прибалт. губерніи, 1898 г., стр. 57.

[3]) Мартенсъ, Современное Международное Право, т. 2, 1883, стр. 328.

[4]) Рѣш. гражд. 1906 г. № 57.

чился: гражданская форма брака не вытѣснила окончательно церковной, для которой остается широкое поле. Коллизіонныя нормы брачнаго права, а вмѣстѣ съ тѣмъ и другихъ областей права семейственнаго, находятся въ сферѣ притяженія старыхъ конфессіональныхъ взглядовъ на бракъ (таинство и пр.). Естественно, что здѣсь публичные интересы и „общее благо"—ordre public оказываются замѣшанными въ самой сильной степени.

По общему правилу, принимается во вниманіе при опредѣленіи внутреннихъ условій вступленія въ бракъ принципъ національный [1]). Тоже и въ другихъ отношеніяхъ, касающихся брака и семейственныхъ правъ и обязанностей. Но все это cum grano salis, съ большими уступками въ пользу государственныхъ требованій. Гаагская Конвенція 12 Іюля 1902 г. (Англія и Россія, какъ страны съ наиболѣе выраженными конфессіональными традиціями, не участвовали) приняла національный принципъ, допустивъ отсылку къ другому закону: „Право вступленія въ бракъ опредѣляется національнымъ законамъ каждаго изъ будущихъ супруговъ, развѣ бы постановленія этого закона не ссылались явнымъ образомъ на другой законъ". При этомъ были приняты во вниманіе разныя ограниченія, установленныя „публичнымъ порядкомъ" мѣста совершенія брака. Въ отношеніи формы признанъ дѣйствительнымъ бракъ, совершенный согласно закону государства, гдѣ онъ имѣлъ мѣсто, т. е. значитъ и гражданскій бракъ (locus regit actum). „Разумѣется, однако, что страны, законодательства которыхъ требуетъ религіознаго обряда, могутъ не признавать дѣйствительности браковъ, заключенныхъ ихъ подданными заграницею безъ того, чтобы такое предписаніе было выполнено". Англія придерживается, что касается существа брака и его формы, а также развода, закона мѣстожительства, Соединенные штаты—мѣста совершенія. Нашъ гражданинъ обязанъ держаться церковной формы не только внутри государства, но и заграницей, а бракъ иностранца внутри государства также требуетъ безусловно церковной формы. То же въ отношеніи внутреннихъ условій брака: они опредѣляются нашимъ закономъ, для иностранцевъ у насъ и для нашихъ гражданъ заграницей. Сенатъ, основываясь не только на гражданскихъ, но и на уголовныхъ законахъ, призналъ для брака и его формы, для личныхъ правъ и для условій, при которыхъ

---

[1]) Ср. Шведскій законъ отъ 8 іюля 1904 г. über gewisse internationale, Rechstsverhältnisse, betreffend Ehe und Vormundschaft, § 1: „Ein schwedischer Staatsangehöriger darf im Auslande eine Ehe nicht eingehen, ohne dass er nach Schwedischens Gesetz hierzu berechtigt ist", изданіе Nyrèn, Eherecht im internationalen Verkehr, 1927.

возможно вступленіе въ бракъ, обязательнымъ status personalis [1]). Ультра—конфессіональный взглядъ сказался и въ проблемѣ развода, который является у насъ всегда церковнымъ для лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій, въ томъ числѣ и іудейскаго [2]). Во всѣхъ случаяхъ развода туземцевъ, гдѣ бы онъ ни произошелъ и иностранцевъ у насъ, примѣняются наши законы, такъ что разводъ гражданскій ни нашихъ гражданъ заграницей, ни иностранцевъ у насъ не допускается (Contra—Бар. Нольде относительно иностранной компетенціи для расторженія гражданскаго брака заграницей, хотя бы рѣчь шла о нашихъ гражданахъ). Въ данномъ вопросѣ приходится имѣть въ виду слѣдующія положенія: Бракъ, разводъ или разлученіе супруговъ, совершенные нашими гражданами заграницей по дѣйствующимъ тамъ законамъ или у насъ съ примѣненіемъ къ иностранцамъ, здѣсь пребывающимъ, законовъ иностранныхъ, признаются дѣйствительными лишь настолько, насколько это не противно нашимъ законамъ и принятому у насъ порядку. Такъ какъ наша страна не присоединилась къ Гаагской Конвенціи 1902 г., то требуется безусловное подчиненіе браковъ иностранцевъ, у насъ совершаемыхъ, нашимъ законамъ. При вступленіи нашего гражданина или проживающаго у насъ иностранца въ гражданскій бракъ заграницей должно быть исполнено еще и церковное, т. е. духовное вѣнчаніе [3]).

По принятому порядку, личныя и имущественныя отношенія супруговъ опредѣляются ихъ національнымъ закономъ [4]), при чемъ до сихъ поръ преимущество отдается національному закону мужа. Эти права осуществляются тѣми мѣрами, какія допускаются законами страны, въ которой послѣдовало обращеніе за возстановленіемъ нарушеннаго права. Въ случаѣ измѣненія подданства измѣняется и законъ, дѣйствію котораго подчинены личныя отношенія супруговъ, но имущественныя права

---

[1]) Рѣш. Гражд. 1899 г. № 39.

[2]) X т. 1 ч., ст. 45, Положеніе о Союзѣ брачномъ 1836 г. ст. 62, 73, 173, 123 (о бракахъ католическихъ и евангелическихъ), Св. Приб., ст. 2.

[3]) Однако, въ отступленіе отъ этого, казалось, прочнаго начала въ послѣднее время у насъ стали признаваться гражданскіе браки, заключаемые въ Клайпедѣ по тамошнему (Германскому) закону, притомъ не только для аборигеновъ Клайпеды, но и для нашихъ мѣстныхъ гражданъ. Это значительный шагъ впередъ, который, хотя и касается, такъ сказать, нашихъ „домашнихъ“ дѣлъ, тѣмъ не менѣе въ состояніи сильно отразиться и на нашихъ интернаціонально-правныхъ брачныхъ отношеніяхъ.

[4]) См. Рѣш. Гражд. 1911 г. № 56.

и обязанности не подлежатъ корректированію безъ согласія супруговъ или въ нарушеніе правъ, пріобрѣтенныхъ третьими лицами. Въ частности, касательно имущественныхъ правоотношеній руководствуются договоромъ, а въ случаѣ отсутствія его—во Франціи и Англіи закономъ мѣстожительствѣ супруговъ при заключеніи договора (domicile motrimonial), въ Германіи—закономъ національнымъ. Въ мѣстности б. царства Польскаго господствуетъ французская точка зрѣнія, Св. Приб. постановляетъ: „Права супруговъ по имуществу подлежатъ тѣмъ узаконеніямъ, которымъ мужъ былъ подчиненъ, во время вступленія въ бракъ, по мѣстожительству и званію. Если впослѣдствіи наступитъ перемѣна въ мѣстожительствѣ или въ званіи мужа, то и права по имуществу супруговъ подлежатъ соотвѣтственной перемѣнѣ съ тѣмъ, однако, чтобы отъ сего не былъ нанесенъ ущербъ пріобрѣтеннымъ до тѣхъ поръ правамъ постороннихъ лицъ [1]). Такимъ образомъ, если супруги переѣдутъ изъ мѣста, гдѣ общность имущества не дѣйствуетъ, въ такое мѣсто, гдѣ имѣютъ силу законоположенія объ общности, то при отсутствіи договора супруги со времени переѣзда на новое мѣстожительство должны считаться находящимися въ общности имущества—и наоборотъ [2]).

Что права и обязанности родителей и дѣтей опредѣляются по національнымъ законамъ отца или матери, если отца нѣтъ совсѣмъ или нѣтъ въ живыхъ, объ этомъ нетрудно судить изъ всего сказаннаго. Такого именно взгляда держится Французская практика, Германскій законъ, Прибалтійскіе законы (по мѣстожительству отца и его званію [3]). Поэтому усыновленіе и узаконеніе дѣтей должны имѣть мѣсто по законамъ національнымъ родителей, вѣрнѣе отца, или усыновителя [4]). Нѣкоторыя законодательства признаютъ дѣйствительнымъ усыновленіе или узаконеніе, совершенное за-границей по иностраннымъ законамъ туземцами, либо въ отношеніи туземцевъ, если таковое не противно туземнымъ законамъ. Это правило пріемлемо ли на почвѣ дѣйствующаго нашего права? Думается, что пріемлемо, ибо одно то, что эти акты совершаютъ не наши суды, а иностранные органы власти, не приводитъ къ ихъ ничтожности, коль скоро во всемъ прочемъ они отвѣчаютъ національному закону. Приз-

---

[1]) Ст. XXIX Введенія.

[2]) Арх. Зейферта XIV № 198—у В. Буковскаго, Св. Гражд. узаконеній Губ. Приб., 1914, положеніе Д. къ ст. XXIX Введенія.

[3]) EG, Art. 18—22, Св. Приб., ст. XXXI Введенія.

[4]) Contra Сенатъ, рѣш. гражд. 1898, № 321, 1894 г. № 62.

нается правильность узаконенія (усыновленія), совершеннаго туземцемъ заграницей по мѣстнымъ законамъ, и сила нашего закона при узаконеніи и усыновленіи иностранцевъ у насъ [1]).

По Гаагской конвенціи, опека устанавливается и оканчивается въ сроки и по причинамъ, которыя указаны національнымъ закономъ опекаемаго. Это правило обязательно примѣняется какъ національными властями, такъ и властями мѣста пребыванія опекаемаго (начало единства опеки). Распространеніе на дѣла опеки личнаго (національнаго) закона является нынѣ почти общимъ правиломъ [2]). Въ Англіи признается лишь та опека, которая учреждена англійской властью (то же въ Соед. Штат.), опекунъ, назначенный властью чужой, правъ въ странѣ не имѣетъ. Но опекунъ, поставленный соотвѣтственнымъ иностраннымъ учрежденіемъ, можетъ получить отъ англійскаго суда exequator для осуществленія того или иного отдѣльнаго опекунскаго права [3]). Такой же порядокъ принятъ и у насъ т. е. только опека созданная нашими властями, имѣетъ значеніе на нашей территоріи [4]). Для нашихъ гражданъ, находящихся заграницей,опека и попечительство учреждаются по правиламъ, установленнымъ для консуловъ. Особыя постановленія трактуютъ объ освидѣтельствованіи умственно-разстроенныхъ нашихъ гражданъ заграницей, допуская примѣненіе иностранныхъ законовъ, но при условіи участія представителей нашихъ миссій, тамъ, гдѣ они имѣются, въ самомъ освидѣтельствованіи.

Въ составъ понятія наслѣдованія входятъ права на движимые и недвижимые предметы, обязательства, а иногда даже и личныя права. Здѣсь могутъ быть устанавливаемы различные статуты въ коллизіонномъ правѣ. Но наслѣдованіе можетъ быть разсматриваемо какъ совокупное право, одного общаго содержанія, обуславливаемое идеей универсальнаго преемства. Въ такомъ случаѣ наслѣдованіе, (продолженіе личности наслѣдодателя), подчиняется личному закону наслѣдодателя. Эта именно точка зрѣнія принята и усвоена значительнымъ коли-

---

[1]) Рѣш. Гражд. 1897 № 241, 1894 № 62 и 1898 № 32.

[2]) Это опредѣленно выражено въ Шведскомъ законѣ отъ 27 іюня 1924 г. „Ueber die Vormundschaft für Unmündigerklärte, § 1 ff (изд. Nuren, Eherecht im internationalen Verkehr, 1927).

[3]) См. Б. Нольде, Очерки Международнаго Частнаго Права, въ кн. Листа, Международное право, изд. 1923 г., стр. 554.

[4]) Ст. XXXII введенія къ свод. Приб. указываетъ: „опекунскія дѣла обсуждаются по законамъ, дѣйствующимъ въ вѣдомствѣ того суда, которому подсуденъ состоящій подъ опекой“ т. е., въ концѣ концовъ, по мѣстожительству опекаемаго

чествомъ странъ, а также Гаагской конвенціей. Ее санкціонируютъ, между прочимъ, Италія, Испанія, а также Германія [1]. При этомъ оговорки все такъ же дѣлаются въ пользу „публичныхъ интересовъ“ и „общественнаго порядка“, особенно что касается спеціально недвижимостей. Идея „единства“ препятствуетъ дробленію наслѣдственнаго комплекса, которое несомнѣнное имѣло бы мѣсто, если бы руководиться юридической позиціей отдѣльныхъ предметовъ наслѣдства. По французскому праву, для недвижимостей признается, по общему правилу, lex rei sitae, для движимостей, личный статутъ, національный законъ изслѣдодателя [2]. Тоже въ Англіи и Соед. Штат., гдѣ однако, подъ „личнымъ закономъ“ разумѣется законъ мѣстожительства. Въ Швейцаріи иностранцы наслѣдуютъ по законамъ послѣдняго мѣстожительства наслѣдователя, къ швейцарцамъ заграницей примѣняется швейцарское право, если мѣстное право не требуетъ примѣненія своего закона. Но въ отношеніи наслѣдственныхъ недвижимостей, находящихся въ Швейцаріи, дѣйствуютъ всегда только законъ послѣдней [3]. Наше право признаетъ принципъ не національный, а территоріальный, какъ для движимостей, такъ и для недвижимостей [4]. Этимъ, конечно, значительно облегчается охрана наслѣдства и ликвидація его и платежъ долговъ и пр. Въ прежнее время Россія заключила немало конвенцій, въ силу которыхъ измѣнялся національный status для наслѣдованія въ движимости и недвижимости. Эти конвенціи отвѣчали жизненнымъ запросамъ, восполняя скудость постановленій по этому предмету дѣйствующихъ законовъ. Въ настоящее время все вновь

---

[1] Art. 24 Abs. I, Art. 25 Satz 1 EG.: Ein Deutscher wird nach deutschen Gesetzen, ein Ausländer, nach dem Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte.

[2] См. для б. Царства Польскаго рѣш. гражд. 1911 г. № 84 и рѣш. 23 Ноября 1911 г. по дѣлу С-скаго, въ Собраніи рѣшеній, не вошедшихъ въ оффиціальный сборникъ, изд. Пеньковскаго, Касаціонная практика, 1915 г., стр. 650.

[3] См. Asch, Der Erbe, 1925, s. 288 f, Bundesgesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthelter vom 25 Juni 1891, Schw. ZGB Art. 61 (Schlussbestimmung), Asch, der Erbe, 1925, S. 288 f, Weiss, Manuel de droit international privè, 1925, p. 463, 437.

[4] Зак. о сост., ст. 835. Не допускается примѣненіе иностранныхъ законовъ у насъ къ наслѣдованію имуществъ, какъ движимыхъ, такъ и недвижимыхъ. Это начало издавна провозглашено было въ Россіи, см. Демченко, Существо наслѣдства и призваніе къ наслѣдованію по русскому праву, 1877 г., стр. 43.

предоставлено въ этомъ отношеніи закону. Законъ же гласитъ, что порядокъ наслѣдованія иностранцевъ въ имѣніи, у насъ остающемся, опредѣляется общими правилами, для коренныхъ гражданъ дѣйствующими, изъ чего и выводится, путемъ толкованія, дѣйствіе территоріальнаго начала для всѣхъ безъ изъятія наслѣдственныхъ правъ [1]).

Въ области коллизіоннаго права немаловажную роль играетъ вопросъ о законѣ, опредѣляющемъ дѣйствительность и силу юридическихъ актовъ со стороны ихъ формы и порядка совершенія. По генеральному началу, почти безспорному, акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ по тамошнимъ законамъ, признаются дѣйствительными [2]). Однако, документы на недвижимости для полученія у насъ силы крѣпостныхъ должны быть представлены къ утвержденію въ нотаріальныя учрежденія по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. За этимъ изъятіемъ, всякаго рода акты со стороны формы и порядка совершенія обсуждаются по принципу locus regit actum. [3]). Стороны могутъ пожелать, найти для себя болѣе удобнымъ совершить актъ по формѣ, установленной ихъ національнымъ закономъ или даже какимъ-либо инымъ. Возможно ли это? Несомнѣнно, возможно, ибо на совершеніе и оформленіе сдѣлокъ по законамъ мѣста заключенія слѣдуетъ смотрѣть какъ факультативное право сторонъ, а не на непремѣнную ихъ обязанность (Мартенсъ). Изъ принципа locus regit actum всѣ страны, въ томъ числѣ и наша, дѣлаютъ изъятія для актовъ, имѣющихъ публичный интересъ, затрагивающихъ самый правопорядокъ. Эти акты

---

[1]) Въ прежнее время имѣлись въ Россіи правила, регулировавшія междуобластныя коллизіонныя отношенія по наслѣдственному движимому имуществу для уроженцевъ государства съ одной стороны, и мѣстныхъ уроженцевъ, съ другой (Польша, Финляндія, Бессарабія, Прибалтика и проч.), при чемъ широко проводился принципъ національный.

[2]) Ст. 464 Уст Гр. Судопр. ст. 242 XI т. 2 ч, Уст. Суд. Торг., рѣш. гражд. 1906 г. № 2, 1904 г. № 42, 1893 г. № 50, 1890 г. № 12.

[3]) Рѣш. гражд. 1909 г. № 35, 1906 г. № 57, 1888 г. № 19. Этотъ принципъ весьма стараго происхожденія и вытекаетъ не столько изъ сущности закона касательно формы актовъ или даже требованій публичнаго порядка, какъ думаютъ нѣкоторые, сколько изъ соображеній практическаго характера объ удобствахъ лицъ, совершающихъ договоры и акты заграницей, См. Брунъ, Коллизіонная и матеріально-правовая норма о формѣ сдѣлокъ—locus regit actum, Журн. Мин. Юст., 1911 г. № 9, стр. 98 и сл. Начало locus regit

обсуждаются, съ точки зрѣнія формы по туземному праву [1]). Между прочимъ, по нашему закону обсуждается у насъ сила довѣренности на хожденіе по судебному дѣлу. Изложенное положеніе пріемлемо, въ частности, относительно формы духовныхъ завѣщаній, также съ нѣкоторыми оговорками въ пользу „ordre public". Гаагская Конвенція формулировала свое отношеніе къ формѣ духовныхъ завѣщаній слѣдующимъ образомъ: „завѣщанія дѣйствительны въ отношеніи формы, если они удовлетворяютъ постановленіямъ или закона мѣста, гдѣ они совершены, или закона страны, въ которой принадлежалъ умершій въ то время, когда онъ дѣлалъ распоряженіе. Однако, когда для завѣщанія, составленнаго лицомъ внѣ своей родины, національный законъ предписываетъ или запрещаетъ опредѣленную форму, несоблюденіе этого правила можетъ повлечь за собой недѣйствительность завѣщанія въ той странѣ, къ подданству которой принадлежитъ наслѣдодатель, при чемъ это не служитъ, однако, препятствіемъ къ тому, чтобы завѣщаніе, если оно соотвѣтствуетъ закону мѣста, гдѣ оно составлено, и въ другихъ странахъ было дѣйствительно". Вообще же совершеніе завѣщанія имѣетъ тенденцію подчиняться національному закону [2]). По дѣйствующему нашему праву, нашъ гражданинъ можетъ заграницей совершать завѣщаніе по обряду той страны, гдѣ оно будетъ писано [3]). Указаніе закона на необходимость явки въ посольствѣ или миссіи въ настоящее время отпало въ виду отмѣны такъ называемыхъ крѣпостныхъ завѣщаній, къ категоріи которыхъ относились и явленныя въ Миссіяхъ и Посольствахъ. Но факультативность формы по Уст. Гражд. Судопроизводства распространяется и на духовныхъ завѣщанія. Сенатъ указалъ на „невозможность предъявленія къ завѣщаніямъ, совершеннымъ заграницею, тѣхъ требованій, какія установлены относительно формы и порядка совершенія завѣщаній въ Россіи". Эти общія положенія должны имѣть одинаковое примѣненіе какъ къ иностранцамъ, такъ и къ туземцамъ, совершающимъ свои завѣщанія заграницей [4]). Однако, дозволеніе иностранной формы завѣщанія наряду съ нашей не идетъ такъ

---

actum примѣняется какъ къ частнымъ, такъ и къ публичнымъ актамъ, Брунъ, ib., Ж. М. Ю., 1911 г. № 10, стр. 25.

[1]) Ср. А. Федоровъ, цит., стр. 58.

[2]) Герм. EG., Art. 25, Abs. 1: „Ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte wird nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte", что относится и къ тестаментамъ.

[3]) Ст. 1077 X т. I ч., рѣш. гражд. 1906 г., № 108.

[4]) Рѣш. Гражд. 1904 г., № 42, 1907 г. № 91.

далеко, чтобы признавать у насъ дѣйствительнымъ совершенное заграницей словесное завѣщаніе. Какъ ни желательно было бы допущеніе у насъ въ извѣстныхъ предѣлахъ словесныхъ завѣщаній вообще, — пока существуетъ въ этомъ отношеніи категорическій запретъ закона, обуславливаемый всѣмъ духомъ нашего завѣщательнаго права, примѣненіе къ „изустныъ памятямъ“ начала locus regit actum оказалось бы въ противорѣчіи съ требованіемъ „общей пользы и обшаго порядка“ [1].

Въ связи съ коллизіоннымъ правомъ слѣдуетъ еще упомянуть о такъ называемой отсылкѣ, renvoi. Ученіе объ отсылкѣ выработано впервые на почвѣ англійскаго права и получило распространеніе затѣмъ повсемѣстно. Renvoi заключается въ томъ, что законъ государства отсылаетъ разрѣшеніе даннаго конфликтнаго правоотношенія къ иностранной нормѣ, послѣдняя же съ своей стороны шлетъ обратно къ первому. Нынѣ renvoi разрѣшается, по общему мнѣнію, въ пользу примѣненія закона, къ которому направляется обратная отсылка. Въ Англіи при наличности нормы, отсылающей къ иностранному закону, послѣдній цѣликомъ примѣняется въ предѣлахъ, имъ установленныхъ, независимо отъ характера отсылающей нормы. A rule reffering to a foreign law should be understood as reffering to the whole of that law, necessarily including the limits which it sets to its own aplication, without a regard to wich, it would not be really that law wich was applied [2].

---

[1] Константированіе иностраннаго закона не всегда легко такъ какъ онъ бываетъ неизвѣстенъ тѣмъ, которымъ надлежитъ его примѣнить. Можетъ не знать его и судъ. Правила константированія судомъ подлежащаго иностраннаго закона относится преимущественно къ процессу, но они касаются

[2] Westlake, A treatise on private international law, 1925, p. 38. Такой смыслъ имѣетъ и ст. 27 Герм. EG. „Если по законамъ иностраннаго государства должны примѣняться германскіе законы, то послѣдніе и примѣняются“. Тотъ же принципъ, очевидно, подлежитъ дѣйствію и у насъ, хотя наше право объ этомъ прямо не упоминаетъ. Поэтому если договоръ заключенъ въ Литвѣ съ оговоркой, что должно руководиться законами Германіи, а въ Германіи по этому поводу имѣется норма о дѣйствіи закона заключенія договора, то будутъ примѣняться законы Литвы. Или же, если договоръ подлежитъ исполненію въ Ковнѣ, гдѣ дѣйствуетъ статутъ мѣста заключенія, а заключенъ договоръ въ Ригѣ, гдѣ стороны подчиняются дѣйствію законовъ того мѣста, въ которомъ, „истекающее изъ сдѣлки обязательство должно быть приведено въ дѣйствіе“, то найдетъ примѣненіе Литовскій законъ.

Какъ видно изъ изложеннаго, нормы коллизіоннаго права касаются всѣхъ областей частнаго права. Въ меньшей степени эти нормы разработаны въ отношеніи обширнаго круга особыхъ личныхъ правъ, количество которыхъ все болѣе и болѣе растетъ. Надо оказать, что право на имя, на изображеніе свое, на продукты духовнаго творчества (авторское право) вызываютъ неразрѣшимыя проблемы конфликтнаго права, имѣя въ виду и то, что не въ одинаковой мѣрѣ признаются въ разныхъ государствахъ эти права. Къ послѣднимъ, какъ устанавливающимъ предѣлы развитія понятія индивидуальности въ государствѣ, законъ проявляетъ особо ревнивое отношеніе. Играетъ роль новизна этихъ правъ, ихъ чрезвычайная важность для самоопредѣленія личности, для установленія, такъ сказать, объема правового богатства гражданъ, составляющихъ субстратъ государства. Какъ быть, если одно государство признаетъ, другое нѣтъ, права на изображеніе, право на имя и иныя подобныя правомочія? Очевидно, что при возникновеніи коллизіоннаго вопроса въ этомъ случаѣ нужно исходить не столько изъ приведенныхъ выше принциповъ національности или территоріальности, сколько изъ требованій общаго блага и публичнаго порядка.

отчасти и матеріальнаго права. Суду дано право просить Министерство Иностранныхъ Дѣлъ войти въ сношеніе съ соотвѣтственнымъ иностраннымъ правительствомъ о доставленіи заключенія по возникшему юридическому вопросу (ст. 709 Уст. Гр. Суд.). Но возможенъ и иной путь, болѣе короткій, а именно—прямая справка суда въ иностранномъ кодексѣ и иностранныхъ законахъ, по указанію сторонъ или ex officio. Вопросъ примѣненія чужого права есть вопросъ не факта, какъ думали раньше, а права: если факты должны доказывать и устанавливать на судѣ стороны, то право обязанъ находить всѣми способами самъ судъ. Хотя максима „jura novit curia“ не приложима въ общей формѣ къ примѣненію иностранныхъ законовъ, но не приложима здѣсь и максима „ne procedeat judex ex officio“, см. Streit, Zur Frage über die Natur der Zwischenprivatrechtlichen Anwendungsnormen, 1927, s. 344. Въ Сенатской практикѣ неправильное толкованіе иностранныхъ законовъ признавалось за основаніе къ просьбѣ объ отмѣнѣ рѣшенія суда въ кассаціонномъ порядкѣ: рѣш. гражд. 1900 г. № 27, 1896 г. № 35. Акты и документы иностраннаго происхожденія представляются въ судъ съ удостовѣреніемъ, что они совершены по мѣстнымъ законамъ (ст. 465 Уст. Гр. Суд.) Это удостовѣреніе есть не корроборація, т. е. необходимый обрядъ для дѣйствительности акта и документа, а только легализація—подтвержденіе, что актъ дѣйствительно исходитъ отъ лицъ, которыми онъ совершенъ, доказательство

Конфликтное право далеко неудовлетворительно поставлено и въ отношеніи правъ имущественныхъ, семейныхъ, наслѣдственныхъ, обязательственныхъ. Европейскіе кодексы до сихъ поръ удѣляютъ ему немного вниманія. Приведенный выше франц. законъ [1]) былъ въ свое время цѣлымъ событіемъ, но кромѣ него да еще кое-какихъ мелкихъ постановленій другихъ кодексовъ, ничего существеннаго не имѣлось до послѣдняго времени. Никакой кодификаціи конфликтнаго права не встрѣчаемъ даже въ Швейцарскомъ Гражданскомъ Уложеніи 1907 г. Только вводный Законъ къ Германскому BGB [2]), затрагиваетъ этотъ предметъ. Въ самое послѣднее время понята необходимость этой кодификаціи, и новые проекты Гражданскихъ Кодексовъ начинаютъ удѣлять почетное мѣсто кодификаціи коллизіоннаго права. Čecho-Slov [3]) даетъ основы частнаго международнаго права, далеко не исчерпывая, впрочемъ, предметъ и оставляя безъ отвѣта многіе вопросы коллизіоннаго права, особенно, что касается личныхъ правъ. Дѣеспособность—die Fähigkeit einer Person, Rechtsgeschaefts vorzunehmen—опредѣляется въ этихъ постановленіяхъ по національному закону. Форма акта—по характеру и содержанію послѣдняго, причемъ достаточно соблюденіе правопорядка мѣста волеизъявленія. Допускается автономія при выборѣ закона, если это не jus cogens. Отношенія по вещамъ движимымъ и недвижимымъ обсуждается по принципу rei sitae. Запись въ публичныя книги всегда происходитъ по туземному закону. Въ обязательствахъ примѣняется законъ мѣстожительства сторонъ, съ отдачей преимущества мѣстожительству должника и съ допущеніемъ автономіи и презумпцій въ пользу такихъ участниковъ обязательства, какъ государство и другія публичныя юридическія лица, страховыя общества, адвокаты, нотаріусы и врачи. Въ брачномъ правѣ

подлинности и формальной достовѣрности. Консульское удостовѣреніе относится только къ частнымъ актамъ и не касается актовъ, совершаемыхъ публичными органами или при участіи послѣднихъ. Въ публичныхъ актахъ можетъ быть рѣчь о достовѣрности подписей, сужденіе о самой силѣ этихъ актовъ изъято изъ компетенціи консуловъ. Вообще, консульское удостовѣреніе имѣетъ значеніе ограниченное, стороны на судѣ вправѣ оспаривать его (рѣш. Гражд. 1870 № 780: „если жалобщикъ, не взирая на удостовѣреніе консула, находилъ, что представленный документъ противенъ законамъ Англіи, то на немъ лежала обязанность указать на эти законы".

[1]) Code civil, art. 3.

[2]) Art. 7—13.

[3]) §§ 12—63.

дѣйствуютъ національные законы брачущихся, каждаго въ отдѣльности. Форма брака опредѣляется мѣстомъ его заключенія или факультативно національнымъ закономъ обоихъ брачущихся. Личныя отношенія между супругами такъ же, какъ и разводъ, обсуждаются по законамъ національнымъ, а въ случаѣ разнонаціональности—закономъ послѣдняго общаго мѣстожительства. Имущественныя отношенія супруговъ—по національному закону супруга. Отношенія между родителями, касающіяся дѣтей, регулируются въ общемъ такъ, какъ личныя отношенія между супругами. Къ опекѣ примѣняется, въ общемъ, національный законъ опекаемаго. Наслѣдственное и завѣщательное право отвѣчаетъ законамъ національнымъ наслѣдодателя. Содержатся постановленія о лицахъ, имѣющихъ нѣсколько гражданствъ, и о тѣхъ, которые не имѣютъ ни одного гражданства: по отношенію къ этимъ лицамъ происхожденіе замѣняется фактическимъ мѣстопребываніемъ [1]). Выраженъ сильно и принципъ общественнаго порядка, оговаривается возможность конвенцій и соглашеній.

Международная кодификація конфликтнаго права находится не въ лучшемъ положеніи, чѣмъ кодификація національная. Кромѣ упомянутой выше работы Гаагской конференціи, ничего дальнѣйшаго не сдѣлано. Заключаются конвенціи, примѣняется принципъ взаимности. Учрежденная недавно „Academie internationale de droit comparé“ ставитъ себѣ цѣлью разработку теоретическихъ основъ сближенія національнаго частнаго права всѣхъ странъ, дабы этимъ облегчить соглашенія правительствъ между собою по этому предмету [2]). Исторія свидѣтельствуетъ, что объединеніе конфликтнаго права диктуется неизбѣжной необходи-

[1]) Также, приблизительно, въ Бразильскомъ Гражданскомъ Уложеніи 1 января 1916 г., по которому въ случаяхъ безподданства и двойного подданства „субсидіарно“ примѣняется das Gesetz des Wohnsitzes und, in Ermangelung eines solchen, das des Aufenthaltsorts, ст. 9, нѣм. изд. Heinsheimer 1928 г.

[2]) См. Deutsche Jurust. Zeitung 1925, S. 1567. Академія вошла въ составъ Academie für Internat. Recht. (Еще ранѣе Institut fuer Intern. Recht 1873). Помянутыя и имъ подобныя международныя организаціи призваны служить „ретортой“, in der verschiedene Rechtssysteme vermischt werden und durch wiederholte Berührung miteinander gereinigt werden können, а посредствомъ уравненія законодательныхъ идей и правовыхъ системъ разныхъ народовъ онѣ должны оказать посильную помощь достиженію всесвѣтскаго мира (См. Xavier Ianne, die Akademie für internationales Recht im Haag, DIZ 1925, H. 22). О работахъ по объединенію международнаго частнаго права см. Martin Isaack, Die Codifikation des internationalen Privatrechts, usw. 1927. Тамъ же о выработанномъ Комиссіей

мостью. Неизбѣжно взаимное ознакомленіе юристовъ съ чужимъ правомъ. Наблюдаемое постоянно стремленіе по возможности устранять внѣшнія преграды между народами и государствами, облегчить международныя сношенія, получитъ осуществленіе съ установленіемъ между народами столь желаннаго взаимнаго довѣрія и признанія. Но пока государства находятся въ состояніи соревнованіи и конфликтовъ, инстиктъ самосохраненія руководитъ ихъ судьбами. Въ области международныхъ отношеній „разумъ силы“ все еще крѣпче „разума права“ (хотя нѣкоторые юристы склонны думать, что война усилила авторитетъ международнаго права, „вызвавъ всеобщее негодованіе противъ его нарушителей“—Westlake). Въ международномъ частномъ правѣ „соотношеніе силъ“ сказывается въ томъ, что каждое государство стремится дать господство своимъ собственнымъ нормамъ надъ нормами другого государства. Тенденція во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ при коллизіи выдвигать впередъ собственное право все еще лежитъ въ основѣ интернаціональныхъ частно-правовыхъ отношеній. Съ этимъ не могутъ не считаться и наши суды въ своихъ рѣшеніяхъ по вопросамъ конфликтнаго права, rebus sic stantibus.

Административное распоряженіе.

Съ идеальной точки зрѣнія законы должны были бы предусматривать всѣ юридическія отношенія въ государствѣ. На самомъ дѣлѣ законъ не въ состояніи поспѣть за темпомъ жизни, не въ состояніи охватить многосложныя и многогранныя жизненныя явленія. На помощь приходятъ акты и дѣйствія властей, приводящихъ законъ въ исполненіе. Ихъ работа сводится къ тому, чтобы не только осуществить волю закона, но и наполнить правовымъ содержаніемъ пустыя мѣста, оставляемыя законодателемъ, при поступательномъ движеніи государственной жизни. Поскольку власти приводятъ въ исполненіе законъ, ихъ дѣятельность должна соотвѣтствовать самому закону. Поскольку рѣчь идетъ о регламентаціи административными органами той области, которую миновалъ законъ, ихъ дѣятельность должна соотвѣтствовать правовому порядку,—или, какъ выражаются, общему духу законовъ. Вообще, управленіе распространяетъ власть на всѣ области государственной жизни, кромѣ тѣхъ, которыя изъяты изъ его вѣдѣнія и къ которымъ принадлежатъ законодательство и судъ [1]). Администра-

International Law Actociation,—при Лигѣ Націй,—Statute Collision Committee—проектахъ нѣкоторыхъ новыхъ правилъ конфликтнаго права, s. 6 ff.

[1]) См. Литовск. Констит. § 2: Государственную власть осуществляютъ Сеймъ, Правительство и Судъ, см. также Коркуновъ, Указъ и Законъ, 1894 г., стр. 258.

тивное распоряженіе можетъ иногда стремиться къ высотамъ, гдѣ пребываетъ законъ. Но послѣдній по идеѣ всегда создаетъ новое, чего раньше не было, между тѣмъ какъ административное распоряженіе только укрѣпляетъ и подтверждаетъ существующее. Поэтому къ административному распоряженію непримѣнимо то, что составляетъ общую характеристику закона (недопустимость „невѣдѣнія", обратное недѣйствіе и проч.). Объ административномъ распоряженіи, какъ источникѣ права, можно говорить въ виду того, что оно прямо вытекаетъ изъ закона, и поскольку оно основывается на законѣ. Критическое отношеніе къ административному распоряженію совершенно иное, чѣмъ къ закону. Распоряженія разныхъ министерствъ, присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ, самоуправляющихся органовъ, городскихъ и сельскихъ, весьма часто затрагиваютъ крупнѣйшіе частные интересы и права гражданъ. При чрезвычайныхъ обстоятельствахъ, какъ война, возстаніе, революція, полномочія должностныхъ лицъ расширяются на счетъ моральныхъ благъ, личнаго спокойствія, жизни и здоровья гражданъ, а также ихъ имущественнаго благосостоянія. Органы самоуправленія и администраторы издаютъ распоряженія по адресу гражданъ—обязательныя постановленія; органы власти своимъ подчиненнымъ посылаютъ циркуляры и указы, нерѣдко имѣющіе отношеніе къ частнымъ правамъ, издаютъ инструкціи о способѣ исполненія законовъ, регламенты объ установленіи извѣстнаго распорядка въ учрежденіи—внутренняго и по отношенію къ постороннимъ лицамъ. Е. Трубецкой указываетъ, что въ Россіи до возстановленія университетской автономіи весь бытъ студентовъ регулировался не столько статьями Университетскаго Устава, сколько правилами, утвержденными Министромъ Народнаго Просвѣщенія на основаніи этого устава [1]). Всевозможныя распоряженія Министерства Путей Сообщенія о провозной платѣ, тарифахъ и таксахъ, фабричныхъ инспекторовъ относительно расчетовъ между предпринимателями и рабочими, Министерства Государственныхъ Имуществъ о порядкѣ управленія государственной собственностью, Министра Финансовъ и пр. и пр.—врѣзываются часто въ самую гущу частно-правового строя. Точно также распоряженія Министра Юстиціи объ установленіи внѣшняго порядка въ судахъ, о дѣлопроизводствѣ въ послѣднихъ—косвенно могутъ отразиться на правахъ и законныхъ интересахъ третьихъ лицъ. Всѣ распоряженія подобнаго рода должны носить слѣды не только подзаконности, но и цѣлесообразности въ смыслѣ соотвѣтствія условіямъ момента и практическимъ требованіямъ. Поскольку адми-

[1]) Лекціи по энциклопедіи права, 1917 г., стр. 132.

нистративное распоряженіе расходится съ цѣлесообразностью, авторъ его несетъ отвѣтственность передъ начальствомъ, въ болѣе важныхъ случаяхъ и передъ законодательнымъ учрежденіемъ („запросы и „вопросы"). За незаконное распоряженіе издавшій его отвѣчаетъ кромѣ того уголовному и гражданскому суду [1]). Администраторъ долженъ не только воздерживаться отъ расходящихся съ закономъ распоряженій, но даже не исполнять незаконныхъ распоряженій, исходящихъ отъ высшихъ органовъ власти. Данный субъектъ власти въ случаѣ незаконности адресованныхъ ему указовъ и циркуляровъ со стороны высшаго органа обязывается дѣлать послѣднему о томъ представленія, хотя, какъ справедливо и неоднократно указывалось, въ виду строгости начала іерархическаго подчиненія, практическое значеніе этой мѣры оказывается почти ничтожнымъ. Въ какой мѣрѣ административное распоряженіе, нарушающее чужія права, можетъ быть оспариваемо интересантами?

Только то административное распоряженіе имѣетъ силу, которое издано компетентной властью и по содержанію не противорѣчитъ закону [2]). Судъ, на обязанности котораго лежитъ критика подлежащихъ примѣненію нормъ права, разсматриваетъ и разрѣшаетъ ex officio, т. е. даже и безъ ссылки сторонъ, насколько то или иное административное распоряженіе способно дѣйствовать въ данномъ конкретномъ случаѣ. Въ то время, какъ законъ подлежитъ приложенію безъ всякой критики (за исключеніемъ нѣкоторыхъ казусовъ провѣрки конституціонности), административный актъ судъ принимаетъ, если найдетъ его основаннымъ на законѣ и правѣ, и отклоняетъ въ противоположномъ случаѣ[3]). Судебное мѣсто, отказывая въ дѣйствіи незаконному административному распоряженію, этимъ его не отмѣняетъ: распоряженіе это можетъ продолжать свое эффективность въ другихъ случаяхъ, для которыхъ данное судебное рѣшеніе ничего не предопредѣляетъ. Отмѣна административнаго распоряженія судомъ означало бы недопустимое вмѣшательство послѣдняго въ дѣйствія власти исполнительной, которая суду не подчинена. Таковъ именно смыслъ современныхъ конституцій. Съ одной стороны, проводится

[1]) „Указъ долженъ быть согласенъ съ закономъ не въ томъ его пониманіи, какое заблагоразсудится придать закону самой издающей указъ власти, а въ томъ, какое будетъ установлено толкованіемъ независимаго судебнаго органа", Коршуновъ, „Указъ и Законъ", 1894, стр. 264.

[2]) Ср. art. 3 Konst. Rzpltei Polsk.

[3]) Право суда входить въ обсужденіе законности и обязанности актовъ администраціи, не тольшо низшей но и высшей, не отвергалось и Сенатомъ: См. рѣш. гражд. 1910 г.

независимость другъ отъ друга исполнительной и судебной властей. Съ другой стороны—„судъ управомоченъ рѣшать вопросъ о законности административныхъ распоряженій“ [1], т. е. судъ отказываетъ въ разрѣшеніи спорныхъ вопросовъ дѣла на основаніи административнаго распоряженія, по содержанію или по формѣ не соотвѣтствующаго нормамъ права. Никто не можетъ основывать свое притязаніе на незаконномъ актѣ администраціи, никто не можетъ быть лишенъ своего права незаконнымъ административнымъ распоряженіемъ. Но, игнорируя незаконное распоряженіе администраціи ,въ интересахъ охраны права частныхъ лицъ, судъ ни въ коемъ случаѣ не долженъ вторгаться въ административную компетенцію, какъ таковую. Въ этомъ отношеніи могутъ создаться весьма сильныя затрудненія, изъ которыхъ суду нужно находить выходъ. Руководящимъ началомъ для суда можетъ быть такой критерій: ограждение законныхъ интересовъ и правъ, иногда авторитета самого закона отъ неправомѣрныхъ дѣйствій администраціи безъ прямого вмѣшатель-

---

№ 63, 1903 г. № 55, 1894 г. № 60. По указанію Сената, никакія опредѣленія и распоряженія административныхъ мѣстъ и лицъ о правахъ гражданскихъ не могутъ стѣснять судебныя установленія въ обсужденіи и установленіи тѣхъ же правъ, когда таковыя по спору дойдутъ до ихъ разсмотрѣнія. Лишь такія изданныя административной властью постановленія, устанавливающія порядокъ примѣненія закона, имѣютъ обязательную для суда силу, которыя послѣдовали на основаніи именно предоставленнаго этой власти закономъ права и притомъ распубликованы установленнымъ порядкомъ. Рѣш. гражд. 25 сентября 1902 г. по дѣлу Якова М—на, Собраніе не вошедшихъ въ оффиціальный сборникъ рѣшеній, изд. Пеньковскаго, Кассаціонная практика, 1915 г., стр. 208. Напримѣръ: судъ можетъ и долженъ принять необязательными правила Министерства Внутреннихъ Дѣлъ и Государственныхъ Имуществъ о сплавѣ лѣса и дровъ, такъ какъ изданіе такихъ правилъ предоставлено на основаніи прим. 2 къ ст. 89 Уст. путей сообщенія только министру путей сообщенія, ib., опредѣленіе тарифныхъ разстояній между станціями жел. дорогъ для разсчета провозныхъ платъ по пассажирскому движенію и по перевозкѣ грузовъ, сдѣланное Совѣтомъ по тарифнымъ дѣламъ вмѣсто министерства путей сообщенія, п.п. 17 и 18 прилож. къ ст. 18 Уст. жел. дорогъ, рѣш. гражд. 1915 г. № 5, правила, изданныя Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ для руководства при опредѣленіи ослабленія или утраты трудоспособности отъ тѣлесныхъ поврежденій вслѣдствіе несчастныхъ случаевъ, въ развитіе закона 2 іюня 1903 г., рѣш. гражд. 1915 г. № 63, 1913 г. № 23.

[1] § 68 Литовской Конституціи.

ства въ компетентныя, административныя распоряженія. Если актъ изданъ правомочной властью, съ соблюденіемъ формы, но заключаетъ въ себѣ какое-либо нарушеніе, судъ не можетъ уничтожить этотъ актъ и его послѣдствія, а вправѣ только выводить изъ нихъ опредѣленныя правотворческія притязанія частныхъ лицъ. Иное дѣло при некомпетентности административнаго акта: судъ не признаетъ ни самого существованія такого акта, ни его консеквенцій. Такъ, если Министру Внутреннихъ Дѣлъ предоставлено признать кого-либо гражданиномъ, какъ это указывается въ нѣкоторыхъ законахъ о гражданствѣ (Польша), то при спорѣ о правахъ признаннаго, судъ не могъ бы отвергнуть гражданство послѣдняго на томъ основаніи, что министръ не соблюлъ установленныхъ въ законѣ требованій и формальностей, не могъ бы признать это лицо иностранцемъ, ограниченнымъ въ правѣ владѣнія имуществомъ данной категоріи: этимъ судъ уничтожилъ бы актъ, хотя и формально дефектный, компетентной власти. Но если бы распоряженіе о натурализаціи было издано другимъ министромъ (финансовъ), судъ совершенно отвергъ бы это распоряженіе, не призналъ бы за нимъ силы ни въ какомъ отношеніи. Въ первомъ случаѣ, однако, частныя лица не лишены были бы права взыскивать, напр., съ Министра Внутреннихъ Дѣлъ убытки за неправильныя дѣйствія, если бы таковыя затронули въ чемъ-либо ихъ права, и пр. То же можно сказать относительно реквизицій, секвестровъ квартиръ и помѣщеній. При компетентной реквизиціи или секвестрѣ, съ нарушеніемъ того или иного правила, путь въ судъ открытъ лишь для взысканія вреда и убытковъ или чего либо другого, но отнюдь не для уничтоженія этихъ актовъ, въ какой бы формѣ и подъ какимъ бы видомъ этого уничтоженія ни домогались. Высшаго органа юстиціи (Министра) распоряженія относительно внѣшняго порядка, мѣръ противъ скопленія дѣлъ и т. д. подлежатъ изложеннымъ общимъ правиламъ объ административныхъ актахъ и допускаютъ эвентуально возможность соотвѣтственной реакціи со стороны частныхъ лицъ, но лишь постольку, поскольку рѣчь не идетъ о прямой отмѣнѣ [1]).

---

[1]) Иногда въ самомъ законѣ указываются условія, при которыхъ то или иное административное распоряженіе должно быть лишено силы. Такъ, оговаривается, что данному административному органу предоставлено издавать для населенія обязательныя постановленія, которыя для дѣйствительности должны быть распубликованы. Въ случаѣ отсутствія такой публикаціи, подобныя административныя распоряженія, конечно, считаются совершенно несуществующими и ни для кого необязательными.

Правильная постановка дѣла защиты частныхъ интересовъ отъ произвола администраціи получается всего лучше тамъ, гдѣ существуютъ административные суды, въ которые и направляются такъ называемые административные иски, т. е. требованія частныхъ лицъ объ отмѣнѣ незакономѣрнаго административнаго акта, нарушающаго ихъ частныя (или субъективно-публичныя) права [1]. Административному суду присваиваются функціи не только суда, но и, отчасти, начальственнаго органа, вопросы же обязательности административнаго распоряженія, поскольку общіе суды вправѣ этого касаться при разсмотрѣніи отдѣльнаго дѣла, предоставляются и ихъ разрѣшенію [2]. Слѣдуетъ ли общимъ судамъ, въ принципѣ, предоставить право разрѣшенія и административныхъ исковъ, вопросъ важный, но и очень сложный. Съ внѣшней сто-

[1]) Административный судъ разсматриваетъ адм. акты лишь съ точки зрѣнія права, контролируетъ ихъ. Онъ не касается области усмотрѣнія, оппортунизма, насколько таковая предоставлена закономъ данному административному органу. L'opportunitè èchappe necessairement á un centrole judiciaire (напр., гдѣ и какъ провести линію новой желѣзной дороги), Werner, La notion judiciaire des contestations administratives, 1927 p. 357, Festgabe für Fritz Fleiner. Но и въ сферѣ правовой критики адм. суду предоставляется власть не безграничная: она точно очерчивается въ законѣ, для огражденія необходимой свободы дѣятельности и творческой иниціативы самой администраціи. Проф. Fleiner'у приписываетя заслуга утвержденія самого принципа необходимости отграниченія въ данномъ предметѣ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ возможно прибѣгать къ помощи—recours—судьи вообще и административнаго судьи въ частности, и тѣхъ, когда актъ относится къ существу административной дѣятельности, и, стало быть, не поддается подобному recours, Werner, ib, p. 359.

[2]) Постановленіемъ Временнаго Правительства 30 мая 1917 г. въ Россіи учреждены были суды по административнымъ дѣламъ, но только для жалобъ на дѣйствія учрежденій и должностныхъ лицъ—муниципалитета. Власть судебная по дѣламъ административнымъ принадлежала: административнымъ судьямъ, Окружнымъ Судамъ и Правительствующему Сенату. Основаніемъ для протестовъ и жалобъ служили: нарушеніе закона или обязательнаго распоряженія властей, уклоненіе отъ исполненія дѣйствія, предписаннаго закономъ или обязательнымъ распоряженіемъ власти, и медленность. Обжалованіе могло имѣть мѣсто со стороны какъ соотвѣтственныхъ оффиціальныхъ лицъ и установленій, такъ и заинтересованныхъ частныхъ лицъ. Сборникъ Указовъ и Постановленій Временнаго Правительства, ч. 1, 1918, стр. 528 и сл. (См. стр. 12 настоящей работы).

роны, это привело бы къ упрощенію, къ тому „единому суду", о которомъ мечтаютъ юристы и общественные дѣятели. Но общіе суды окружены цѣлой сѣтью условныхъ правилъ, дающихъ въ синтезѣ гарантію правомѣрности и справедливости рѣшеній (состязательность, гласность, устность и проч.). Эти начала мало пріемлемы и мало пригодны для разсмотрѣнія административныхъ исковъ Кромѣ того — это еще существеннѣе—общіе суды при такомъ порядкѣ могли бы очутиться нерѣдко въ самомъ водоворотѣ административныхъ теченій. Требовалось бы не только обезпеченіе ихъ независимости въ большей мѣрѣ, чѣмъ это существуетъ теперь, но и гарантіи, что суды справятся съ этой задачей, удержавъ то общее довѣріе, какимъ они теперь окружены въ глазахъ общества и народа. Въ Англіи всѣ дѣла о неправомѣрныхъ дѣйствіяхъ должностныхъ лицъ и учрежденій возложены на общіе суды, но возможно ли пересадить къ намъ англійскія традиціи? Послѣднія вскормлены вѣками, проникнуты твердостью и устойчивостью, создаютъ въ народѣ чуть ли не поклоненіе судьямъ (встрѣчаемымъ при пріѣздѣ на сессію въ провинціи съ колокольнымъ звономъ).

При современномъ положеніи еще преждевременно говорить у насъ о единомъ судѣ, какъ практической мѣрѣ. Нормальный способъ оспариванія даннаго административнаго акта, какъ источника юридическихъ событій и фактовъ, происходитъ вездѣ на континентѣ именно путемъ административнаго иска, гдѣ онъ введенъ, а гдѣ нѣтъ его—путемъ жалобы по начальству или по административнымъ инстанціямъ; критика же такого распоряженія со стороны его обязательности при возникновеніи спора о частномъ правѣ составляетъ обязанность суда, разрѣшающаго дѣло, въ указанныхъ выше предѣлахъ [1]).

---

[1]) Акты администраціи не имѣютъ т. наз. „законной силы", которая давала бы имъ неоспоримость подобно окончательному рѣшенію суда (res judicata pro veritate habetur). Такой законной силой пользуются юрисдикціонные административные акты, т. е. рѣшенія административныхъ судовъ и имъ подобныхъ коллегій, которыхъ постановленія законъ приравниваетъ къ рѣшеніямъ адм. судовъ. Существующее мнѣніе, что и чисто административные акты должны имѣть законную силу, исходитъ изъ необходимости поддержать авторитетъ власти, который колеблется отъ постоянной отмѣны административныхъ постановленій. Но административный актъ не имѣетъ въ основѣ своей тщательной и систематической провѣрки фактовъ и данныхъ по опредѣленному методу, создается иными способами, чѣмъ судебное рѣшеніе, вызывается надобностями текущей жизни: онъ долженъ подлежать отмѣнѣ органомъ, его постановившимъ, или высшимъ, если оказы-

Судебная практика.

Ни судебная практика, ни наука права не имѣютъ обязательной силы и не являются источниками права въ формальномъ смыслѣ: разрѣшающіе дѣла судьи и теоретически изслѣдующіе правовые вопросы ученые юристы не творятъ непосредственно облигаторныя для всѣхъ правила. Такъ обстоитъ дѣло въ принципѣ и prima facie. На самомъ дѣлѣ судебныя рѣшенія и юридическая доктрина, вскрывая подлежащія дѣйствію нормы, освѣщая и развивая правовыя положенія, имѣютъ огромное правотворческое значеніе, укрѣпляя фундаментъ правопорядка. Эти факторы стоятъ, въ матеріальномъ смыслѣ, рядомъ съ другими источниками права, въ томъ числѣ обычаемъ, хотя роли здѣсь и не равныя.

Судебное рѣшеніе фиксируетъ конкретное правоотношеніе между сторонами на основаніи объективнаго права, являясь для нихъ квазизакономъ—jur facit inter partes. Постановляемое на основаніи закона и

вается незаконнымъ или если того требуетъ дѣйствительный публичный интересъ (Salus reipublicae suprema lex esto). Если приходится мириться съ неправильнымъ (окончательнымъ) судебнымъ рѣшеніемъ, то не можетъ претендовать на безусловное признаніе неправомѣрный или общественновредный административный актъ. Рискъ нарушенія этимъ правъ частнаго лица—субъективныхъ публичныхъ и иныхъ — компенсируется нынѣ въ правовыхъ государствахъ широкимъ допущеніемъ административной юрисдикціи, вмѣшательствомъ, въ опредѣленныхъ предѣлахъ, и общихъ судовъ, а также другими закономъ устанавливаемыми мѣрами. Административный актъ имѣетъ такъ называемую „формальную законную силу", т. е. онъ вступаетъ въ силу по отношенію къ частнымъ лицамъ, которыя не обжаловали его въ законный срокъ, но это не устраняетъ возможности отмѣны такого акта по иниціативѣ самой власти, см. Евтихіевъ, Законная сила актовъ администраціи, 1911 г., стр. 80 и сл. Однако, не обжаловавъ по инстанціямъ или не добившись успѣха въ обжалованіи, частное лицо все же не лишено возможности доказывать необязательность въ данномъ судебномъ дѣлѣ. Ср. прежнія ст. ст. 174, 425, 421 т. II Св. зак., рѣш. Общ. Собр. Сената 1877 г. № 3, угол. рѣш. 1876 г., № 311, 1869 г., № 606, Евтихіевъ стр. 75—83, тамъ же практика 1-го Департамента Сената, а также ст. 139 угол. улож. и объясненія къ проекту редакц. Ком., т. 2, 1895, стр. 246 и сл. Прежная сенатская практика была бѣдна по настоящему предмету общими принципами и предпочитала шествовать отъ случая къ случаю, въ зависимости отъ обстоятельствъ и условій казуса.

правового порядка (нормативныхъ фактовъ), судебное рѣшеніе обязательно для сторонъ, для постановившаго его суда, для другихъ судовъ и вообще для всѣхъ въ государствѣ, поскольку рѣчь идетъ о разрѣшенномъ спорѣ между данными лицами. Никто не уполномоченъ это рѣшеніе отмѣнить или измѣнить внѣ порядка судебныхъ инстанцій. Безъ соблюденія этого порядка (апелляція, кассація, пересмотръ) ни одинъ судъ, нисшій или высшій, не вправѣ оказывать юридическое воздѣйствіе на судебное рѣшеніе [1]). Поэтому слѣдуетъ считать абсолютно неправильнымъ (практикуемое однако) допущеніе исковъ объ уничтоженіи судебныхъ рѣшеній. Въ виду устанавливаемаго въ Конституціяхъ соотношенія между тремя властями въ государствѣ—законодательной, судебной и исполнительной—сама законодательная власть, слѣдуетъ думать, не управомочена отмѣнить или измѣнить судебное рѣшеніе между частными лицами, а вправѣ только уничтожить послѣдствія уголовныхъ дѣлъ—амнистіей [2]). Но за границами даннаго дѣла состоявшееся по нему судебное рѣшеніе имѣетъ значеніе лишь постольку, поскольку на немъ прямо основывается другое дѣло, что бываетъ въ случаяхъ разрѣшенія первымъ преюдиціальныхъ вопросовъ для второго или установленія рѣшеніемъ юридически релевантныхъ фактовъ, составляющихъ основу правового требованія въ другомъ процессѣ по спору между тѣми же лицами. Въ остальномъ - для новаго дѣла и новаго спора данное судебное рѣшеніе формально безразлично. Въ качествѣ руководства оно можетъ быть отвергнуто судомъ въ иномъ процессѣ, между тѣми же лицами или новыми, не принято во вниманіе другимъ судомъ, ибо судъ разрѣшаетъ дѣло только на основаніи императивныхъ нормъ (законовъ)[3]), а къ нимъ судебный прецедентъ не относится. За всѣми тѣмъ, повторяемъ, судебные прецеденты принимаютъ и чтутъ повсемѣстно при отправленіи правосудія. Значеніе ихъ, столь крупное въ старыя эпохи, и до нынѣ весьма ощутительно.

Въ древности жрецы судили на основаніи божескаго права: при отсутствіи твердыхъ, зафиксированныхъ юридическихъ нормъ,—въ судебныхъ рѣшеніяхъ, только и можно было искать выраженія божьей воли относительно человѣческаго права. Судебныя рѣшенія замѣняли законы.

---

[1]) § 65 Литовской Конституціи: рѣшеніе суда не можетъ быть измѣняемо или отмѣняемо иначе, какъ судомъ въ порядкѣ, предусмотрѣнномъ законами".

[2]) § 65, ч. 2 Литовск. Конституціи.

[3]) § 64 Литовск. Конституціи: „Teismas sprendžia eidamas įstatymais Respublikos vardu"—Судъ рѣшаетъ на основаніи законовъ именемъ республики.

Въ древнемъ Римѣ было наказано разрѣшать дѣла на основаніи не другихъ судебныхъ примѣровъ, а законовъ, но въ то же время дигесты заявляли, держась старыхъ воззрѣній, что судебные казусы, издавна одинаково разрѣшающіе данный вопросъ, должны имѣть силу закона („reruno perpetuo similiter judicatarum auctoritas"), Въ Польшѣ statut Neiszawsky 1454 г. установилъ обязанность записывать въ особыя книги судебные прецеденты для руководства судамъ въ тождественныхъ или подобныхъ случаяхъ. Въ XVIII в. польскимъ судамъ воспрещено было присваивать своимъ рѣшеніямъ значеніе правовой нормы. Однако не смотря на запретъ, судебные прецендентъ въ формѣ адмониціи и въ дальнѣйшемъ создавали основы права и процесса (Dabkowsky, Iarra). Согласно статьи Германскаго процессуальнаго кодекса „судьямъ воспрещается по дѣламъ, подлежащимъ ихъ разбирательству, постановлять рѣшенія въ видѣ общихъ и для всѣхъ обязательныхъ правилъ". Ни германское, ни французское право не признаютъ за судебнымъ рѣшеніемъ, по общему правилу, болѣе силы, чѣмъ обязательность для даннаго конкретнаго дѣла. Въ частности, въ Германіи департаментъ Рейхсгерихта все же не вправѣ отступиться отъ прежней практики безъ участія общаго собранія, а во Франціи общее собраніе Сената въ случаѣ разногласія, окончательно устанавливаетъ правовой принципъ, облигаторный опять таки лишь для вызвавшаго споръ дѣла. Въ Англіи, странѣ по преимуществу неписаннаго права, такъ вызываемымъ казуальнымъ правомъ, т. е. судебными прецендентами вызваны къ жизни многія начала общаго, писаннаго права. Англійскій судъ графства обязанъ руководствоваться, какъ законами, рѣшеніями Высшаго суда, послѣдній— рѣшеніями апелляціоннаго суда, а этотъ со своей стороны—рѣшеніями палаты лордовъ, Палата Лордовъ—своими собственными рѣшеніями. Фактически всякій прецендентъ считается за правовой источникъ, ибо признается важнымъ не только найти правильную развязку юридическихъ проблемъ, но и придерживаться разъ принятыхъ рѣшеній, чтобы не сбивать съ толку публику и юристовъ (Виноградовъ). Англія, въ которой господствуетъ common law, край исключительный въ этомъ смыслѣ. Въ другихъ государствахъ стремятся провести различіе между судебнымъ рѣшеніемъ и закономъ. Характерна норма Прибалтійскаго права: „Послѣдовавшія по отдѣльнымъ случаямъ рѣшенія, хотя бы даже высшихъ судебныхъ мѣстъ, не имѣютъ силы закона, а потому не могутъ служить примѣромъ для другихъ случаевъ. Но какъ судьи обя-

---

[1]) Codex VII, 45, 13, Dip 1,3,58. Jana, Ogolna teorija prawa, 1922, str. 254.

заны, въ рѣшеніяхъ своихъ, при однихъ и тѣхъ же обстоятельствахъ, быть послѣдовательны, то тяжущимся не запрещается, въ подкрѣпленіе своихъ правъ, ссылаться на состоявшіяся прежде того, согласныя между собою и вступившія въ законную силу „судебныя рѣшенія“ [1]. Прежняя Россія имѣла указаніе, что судебныя рѣшенія не могутъ быть закономъ общимъ или служить основаніемъ для окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ [2]). При изданіи Судебныхъ Уставовъ 1864 г. и учрежденіи Кассаціонныхъ Департаментовъ Сената, въ виду важнаго значенія, какое послѣднимъ присваивалось въ дѣлѣ отправленія правосудія и высокаго его авторитета, а также принимая во вниманіе несовершенство, противорѣчивость и сбивчивость русскаго матеріальнаго права, обнаружилось сильное стремленіе сообщить рѣшеніямъ этихъ Департаментовъ руководящее значеніе. Однако, на этотъ шагъ не рѣшился законодатель: сдѣлать этотъ шагъ означало бы то же, что делегировать Сенату часть законодательной власти, а между тѣмъ судебные уставы именно стремились провести ясную грань между судебнымъ разбирательствомъ и законодательными актами [3]). Въ результатѣ получилось довольно неопредѣленное постановленіе о томъ, что рѣшенія и опредѣленія Кассаціонныхъ Департаментовъ Сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ [4]). Въ конечномъ счетѣ, рѣшенія Сената, по формѣ, оказались обязательными только въ конкретномъ дѣлѣ, а по существу—суды относились къ нимъ съ такимъ же піететомъ, какъ и къ самому закону. Сенатъ настаивалъ на обязательности своихъ рѣшеній, исключая отсюда только нераспубликованныя, при чемъ въ случаѣ несовпаденія разъясненія по одному и тому же вопросу предписывалъ руководствоваться позднѣйшимъ рѣшеніемъ [5]). Въ огромномъ лабиринтѣ правовыхъ противорѣчій и пробѣловъ, которыми полны русскіе гражданскіе законы, кассаціонное творчество Сената служило Аріадновой нитью, было неизмѣннымъ свѣтильникомъ. Въ настоящее время у насъ значеніе рѣшеній Сената чисто факультативное: судъ черпаетъ изъ этихъ рѣшеній правовые принципы

---

[1]) Ст. XXXVI Введенія къ Св. Приб.

[2]) Ст. 69 Основн. Законовъ.

[3]) См. Кассо, Источники Русскаго Гражданскаго Права, 1900 г., стр. 10, а также Законодательные Мотивы къ 10 ст. Уст. Гр. Судопр., у Тютрюмова.

[4]) Ст. 815 Уст. Гражд. Судопр.

[5]) Въ сводѣ Законовъ можно найти нѣкоторыя другія смутныя указанія на правовую силу судебныхъ прецедентовъ. Такова

совершенно свободно такъ же, какъ и изъ другихъ необлигаторныхъ источниковъ, какъ наприм., изъ науки права [1]). Что современный судъ стремится отрѣшиться отъ всякихъ вліяній, кромѣ подчиненія закону, —откуда бы эти вліянія ни шли, это и естественно и возвышенно. Судъ желаетъ консультировать законодателя и только законодателя. Судья не прочь на минуту трансформировать себя самого въ законодателя, проникнуть, такъ сказать, въ душу автора законовъ, чтобъ въ ея глубинѣ найти отвѣтъ на возникшій вопросъ. Судья забирается на вершины, гдѣ пребываетъ „святая святыхъ“ дѣйствующихъ нормъ, и оттуда приноситъ затѣмъ „скрижали“ для разрѣшенія спорнаго правого вопроса. Schw. ZGB, какъ извѣстно, даетъ судьѣ право при отсутствіи соотвѣтствующей нормы разрѣшать дѣло nach der Regel die er als Gesetzgeber aufstellen würde. При этомъ имѣется въ виду, конечно, что судья будутъ дѣйствовать не на основаніи чистой voluntatis,—тѣхъ воззрѣній на законодательство, какія онъ самъ имѣетъ въ качествѣ личности или даже представителя извѣстныхъ классовыхъ, груповыхъ или иныхъ подобныхъ общественныхъ отслоеній,—а какъ членъ коллектива, творящаго всякій законъ, какъ тотъ самый законодатель, который создалъ другія нормы,—по средней линіи правовой совѣсти всей націи государства. Такимъ образомъ судья и здѣсь остается послушнымъ рупоромъ, если не того или другого спеціальнаго закона, то всего

статья 527 Уст. Торг. Суд, по которой „коммерческимъ судамъ въ случаяхъ, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній, въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ окончательно въ законную силу“. Гражданскій Кассац. деп. Сената, стараясь утвердить силу своихъ рѣшеній, отвергалъ даже возможность для судовъ общаго руководства рѣшеніями другихъ Департаментовъ Сената. Такъ, первый пояснилъ, что „ссылка . . . на рѣшеніе Правительствующаго Сената по 4-му Департаменту и по 1-му общему собранію не имѣетъ значенія потому, что для судебныхъ установленій, образованныхъ по уставамъ 20 Ноября 1864 г. обязательны разъясненія Кассаціоннаго Департамента“, рѣш. гражд. 1909 г. № 82. Ничего болѣе нелогичнаго и непослѣдовательнаго Г. К. Д. Сената сказать не могъ Въ томъ же смыслѣ рѣш. граж. 1883 г. № 49. Другіе департаменты Сената, напр. Судебный—бывш. 4-ый смотрѣли на дѣло шире, платили иной монетой. Основательнѣй также рѣш. гражд. 1893 г., № 86.

[1]) Ср. Рѣш. Гражд. 1879 г. № 143, 1915 г. № 25, 1913 г. № 36.

смысла законовъ, даннаго правового уклада. Онъ пробываетъ, пусть не у самого свѣтила закона, но во всякомъ случаѣ въ сферѣ его тепла и свѣта. Такое постоянное общеніе судьи съ законодателемъ и его образомъ создаетъ увѣренную поступь судебной практики. Но есть и другая сторона вопроса.

Судъ не можетъ отстать отъ бурлящей вокругъ него дѣйствительности. Онъ рисковалъ бы не находить въ громадномъ количествѣ случаевъ конкретнаго мѣрила для субсумціи. Онъ часто склонялся бы, не смотря на все, выдвигать свои субъективныя переживанія, собственные правовые вкусы, причемъ въ судахъ получилась бы пестрота судебныхъ рѣшеній, недопустимая въ благоустроенномъ государствѣ. Судьи неизбѣжно должны черпать изъ того источника, гдѣ законъ, находитъ свое постоянное переломленіе въ жизни черезъ исполненіе: этотъ источникъ и есть судебная практика. Судебныя рѣшенія принимаются къ руководству не потому, что заключаютъ въ себѣ особую судейскую мудрость, а потому, что въ нихъ кристализуются тѣ общія нормы, которыя образуютъ право страны, писанное или обычное. Даже въ Англіи обязательность прецедентовъ означаетъ лишь обязательность вскрываемыхъ въ нихъ императивныхъ нормъ. Кое-что въ этомъ родѣ мы замѣчаемъ въ другихъ коллективахъ, кромѣ государства, какъ наприм., въ корпораціи присяжныхъ повѣренныхъ, гдѣ нѣтъ системы положительныхъ правилъ, облигаторныхъ для участниковъ, и гдѣ въ рѣшеніяхъ по дисциплинарнымъ дѣламъ постепенно отображаются всѣ нормы поведенія членовъ корпораціи. При наличности законовъ судебные прецеденты играютъ роль дополнительную и разъяснительную.

Примѣръ Англіи, въ которой многія гражданскія дѣла разбираются съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, показываетъ наглядно, какъ быстрый ростъ правовозрѣній въ обществѣ и рѣшительность таковыхъ умѣряются крѣпкими традиціями профессіональныхъ юристовъ, младшихъ братьевъ законодателя. Это даже подало поводъ къ остроумному, но несправедливому замѣчанію, что рѣшенія судей обыкновенно отражаютъ взгляды, которыя господствовали третьяго дня (Дайси, Виноградовъ). Постоянство судебной практики создаетъ прочность гражданскаго оборота. Единообразіе судебныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ служитъ лучшимъ доказательствомъ правильности установившейся практики толкованія и примѣненія закона [1]).

[1]) Объясн. къ ст. 20 Положенія о введеніи въ дѣйствіе Гражд. Улож., въ изданіи Тютрюмова „Проектъ Гражд. Улож.“, т. I, 1910, стр. 14. Единообразіе сообщаетъ судебной практикѣ „черты обычнаго права“ и дѣлаетъ ея положенія доступными и

При различной практикѣ судовъ по однимъ и тѣмъ же вопросамъ права, возникаетъ опасная альтернатива: или законъ совершененъ, но суды его разно примѣняютъ, или суды потому расходятся между собою, что законъ несовершененъ; такимъ образомъ дискредитируются либо суды, либо законы, либо тѣ и другія вмѣстѣ. Тождественныя рѣшенія служитъ лучшей гарантіей того, что право примѣняется въ странѣ въ одинаковой мѣрѣ и степени для всѣхъ, что требуется общимъ принципомъ равенства передъ закономъ. Ничто не нарушаетъ такъ сильно этого принципа, не вноситъ замѣшательства въ народное правосознаніе, какъ противорѣчивыя судебныя рѣшенія и холодныя отсылки судей: „то рѣшеніе было по другому дѣлу“ [1]). Этотъ порядокъ совершенно недопустимъ въ правовомъ государствѣ, гдѣ граждане могутъ претендовать на одинаковое къ себѣ отношеніе не только со стороны закона, но и со стороны примѣняющаго законъ суда.

Наука права.

Задача науки права—изслѣдовать принципы нормъ дѣйствующихъ —lex lata—и нормъ, долженствующихъ быть выработанными для будущаго въ качествѣ дѣйствующихъ—lex ferenda. Научная доктрина, какъ источникъ права, въ историческомъ движеніи прошла извилистый путь. Древній Римъзналъ обязательныя для суда консультаціи сначала понтификсовъ, знатоковъ судебныхъ формулъ, затѣмъ знаменитыхъ юристовъ—jus respondendi (ut ex auctoritate ejus responderent). Въ средніе вѣка communis opinio doctorum былъ источникомъ права,котораго судьи отвергнуть не властны были. Кодексъ Юстиніана, кладезь юридическихъ доктринъ, благодаря ученымъ юристамъ, вошелъ въ жизнь въ Европѣ еще ранѣе офиціальнаго его введенія въ Германіи актомъ Максимиліана въ 1495 г. Глоссой пользовались и въ дальнѣйшемъ. Quod non agnoscit glossa, non agnoscit forum. Che non ha Azzo, non vado al palazzo. Весь Corpus juris былъ до XIX вѣка дѣйствующимъ правомъ юристовъ. Саксонское зерцало, Швабское зерцало были въ свое время компендіумами юридическихъ доктринъ, созданными приватной иниціативой. Кодификаторы

легко распознаваемыми, Демченко,Судебный прецедентъ, Журн. Мин. Юст., 1903 г. № 4, стр. 75.

[1]) Иллюстрація: по искамъ къ управленію жел. дорогъ лицъ, потерпѣвшихъ отъ одного и того же крушенія, различные суды и даже тотъ же самый судъ постановляютъ различныя рѣшенія, не смотря на заявленія сторонъ о совершенномъ тождествѣ фактовъ!

частнаго права въ Европѣ XVIII и XIX вѣковъ сильно противились вліянію доктрины. Прусское общее Земское Право 1794 г. запретило впредь руководствоваться мнѣніями ученыхъ юристовъ при примѣненіи закона такъ же, какъ и старыми рѣшеніями—keine Rücksicht [1]). О наукѣ права кодексы не упоминаютъ, кромѣ Schw. ZGB., предписывающаго судьѣ въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдовать „bewährter Lehre nnd Ueberlieferung“ и ставя такимъ образомъ доктрину рядомъ съ судебной практикой.

Значеніе науки въ ея внутренней силѣ, въ томъ, что наука, защищенная отъ быстраго движенія и интересовъ повседневной жизни, имѣетъ возможность усугубляться въ правовые вопросы и такимъ образомъ путемъ выясненія и упрощенія проблемъ достигнуть тщательнаго и всесторонняго изслѣдованія и разслѣдованія вѣчно движущагося матеріала [2]). Только представители психологической теоріи права, считающіеся съ правовыми явленіями, какъ извѣстными душевными переживаніями, видятъ нормативные факты всюду, гдѣ бы эти переживанія ни нашли свое выраженіе, стало быть одинаково въ законѣ, судебномъ рѣшеніи, мнѣніи юристовъ, не отличая въ этомъ отношеніи совершенно науки права отъ закона, обычая и прецедента. Этотъ взглядъ, крайне теоретичный, чуждъ въ своей прямолинейности практикѣ, которая отводитъ доктринѣ, хотя и почетное, но все же второе мѣсто въ сравненіи съ прочими „нормативными факторами“.

Наука бываетъ болѣе популярна въ одной странѣ и менѣе популярна въ другой. Дѣятели судебной практики еще помнятъ, какъ сравнительно недавно русскій Сенатъ ставилъ въ упрекъ и нарушеніе

---

[1]) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Einleitung, § 6; сюда же относится § 60, въ силу котораго so wenig durch... Meinungen der Rechtslehrer,.. neue Gesetze eingeführt werden können. Во второй половинѣ девятнадцатаго столѣтія въ европейскомъ обществѣ, вмѣстѣ съ окрѣпшей рѣшимостью отстаивать права человѣка противъ государственнаго произвола, возникаетъ нелюбовь ко всему оффиціальному, „казенному“, презрѣніе къ многозаконію, чиновникамъ, бюрократамъ, въ ихъ числѣ и судьямъ. Высоко ставятся завоеванные новые свободные государственные институты, а съ ними и независимая наука права. См. Rumpf Das Ideal der Volkstümlichen Rechts, 1913, S. 14. Съ своей стороны, судьи, въ значительной части своей, довольно подозрительно смотрятъ на проявленія либеральной гражданственности съ ея атрибутами, косвенно перенося высокомѣрное отношеніе и на вольное царство науки.

[2]) Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 34.

подчиненнымъ судебнымъ установленіямъ ссылки на „такъ называемую теорію права", а съ теченіемъ времени (начиная съ 1907 г.), когда пришлось столкнуться на практикѣ со сложными вопросами, неразрѣшенными русскими законами, напр., о контокурентахъ, зачетѣ, чекахъ, и проч., самъ Сенатъ сталъ вкушать изъ запретнаго плода „науки права" и даже цитировать ученыхъ заграничныхъ и русскихъ[1]). Цѣли науки права выходятъ изъ черты злободневныхъ нуждъ и не ограничиваются предѣлами времени и мѣста: ей одинаково близки и право дѣйствующее и политика права. Въ ней многое спорно, индивидуально. Отношеніе къ ней судовъ соотвѣтствующимъ образомъ сужи-вается сравнительно съ закономъ, обычаемъ или прецедентомъ.

Пользованіе доктриной въ судахъ свидѣтельствуетъ о просвѣщенномъ характерѣ судебной работы, однако вліяніе науки должно сказаться не столько въ обиліи ссылокъ на ученые авторитеты, какъ то принято въ Германіи, сколько въ умѣренномъ и тактичномъ объясненіи и освѣщеніи конкретнаго матеріала общими и несомнительными выводами научной мысли, научныхъ данныхъ и теорій.

Доктрина имѣетъ особое значеніе, пожалуй, у насъ, при нашихъ законахъ, которые по своей казуистичности напоминаютъ самые древніе памятники права, въ то время, какъ европейскіе кодексы давно уже владѣютъ общими формулами, почерпнутыми, именно, изъ науки права. Теоретическіе труды по юриспруденціи являются у насъ надежнѣйшимъ средствомъ отысканія правоосновъ[2]). Не заключая въ себѣ элементовъ правового императива, наука права претендуетъ на качество источника правоприменѣненія лишь условно, въ значеніи не imperii, a rationis, въ виду вѣчной и неразрывной уніи, долженствующей существовать между теоріей и практикой.

---

[1]). Рѣш. гражд. 1907 г., № 19, 1909 г., № 35, см. ссылки на „теорію права" въ рѣш. гражд. 1913 г., № 36, 1905 г., № 10, на „науку"—въ рѣш. 1914 г., № 71, на „писателей цивилистовъ"—1912 г., № 47.

[2]). Въ нашихъ судахъ болѣе, чѣмъ гдѣ либо, можно слышать юридическіе афоризмы, заимствуемые изъ теоріи права: —Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet,— qui jure suo utitur neminem laedit,—ex injusta causa non oritur actio,—volenti non fit injuria,—res judicata pro veritate habetur —и проч.—См. о цѣнности этихъ афоризмовъ Iarra, Ogólna teorija prawa, str. 271. Такіе афоризмы весьма нерѣдко даютъ правильную нить для выясненія спорнаго вопроса.

Интерпретація и примѣненіе нормъ права.

Правовая норма—законъ или обычай—заключаетъ въ себѣ извѣстное распоряженіе и въ то же время сужденіе, подъ которое должны быть подведены житейскія отношенія, путемъ процесса, именуемаго субсумціей. Верхняя посылка субсумціи есть questio juris. Для того, чтобы совершить подведеніе—субсумцію—необходимо норму вскрыть, выявить заложенный въ ней смыслъ и разсчитанное на извѣстный фактическій составъ содержаніе. Ясенъ или неясенъ законъ, его надо разпознать.

Кромѣ того, въ законахъ бываютъ пробѣлы. По отношенію къ послѣднимъ разъясненіе существующихъ нормъ является недостаточнымъ, а требуется отысканіе соотвѣтствующей новой нормы, котороя въ прямомъ законѣ или обычаѣ отсутствуетъ и подъ которую можно было бы подвести данный фактическій комплексъ.

Въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ о толкованіи правовой нормы, во второмъ—о примѣненіи нормъ права.

Изъ двухъ нормативныхъ фактовъ, обычая и закона, практически толкованія требуетъ послѣдній, какъ выраженное во внѣ формулированное осужденіе, какъ актъ писанный. Интерпретировать законъ приходится каждому, кто его примѣняетъ и къ кому онъ имѣетъ отношеніе, но при возникновеніи спора, это—преимущественно работа судей, для которыхъ наука права и стремится выработать систему правилъ интерпретаціи (юридическая герменевтика).

Такъ какъ въ законѣ заложены не только сентенціи, но и императивы по адресу лицъ, долженствующихъ согласовать съ нимъ свое поведеніе, то для толкованія закона недостаточно вооружиться обычными правилами отысканія объективной теоретической истины, а необходимо еще въ томъ или иномъ пониманіи закона отыскивать наиболѣе вѣрный путь для реализаціи тѣхъ практическихъ цѣлей, какія ставила себѣ правовая норма. Интерпретентъ исправляетъ неясности закона, недомолвки, противорѣчія, и въ тоже время нѣкоторымъ образомъ приспособляетъ законъ къ соціальнымъ потребностямъ. Въ этомъ отношеніи интерпретація, въ частности судебная интерпретація, совершаетъ огромную правосозидательную работу и въ сущености отстраиваетъ то зданіе права, для котораго отдѣльные нормативные факты являются лишь матеріаломъ-камнями. Но въ этой работѣ суда, при малѣйшемъ уклоненіи послѣдняго отъ своей истинной задачи, кроется уже зерно опасности слиш, комъ произвольнаго вліянія, чрезмѣрнаго воздѣйствія на законъ, измѣ-

ненія его назначенія и даже самого вида и содержанія. Понятно, почему въ извѣстныя эпохи недовѣрія къ суду относились къ интерпретаціи отрицательно.

Въ первое время въ древнемъ Римѣ судебное толкованіе имѣло широкую сферу примѣненія. При дѣйствіи казуистическихъ нормъ XII таблицъ и др., подъ флагомъ толкованія вводились нерѣдко новыя нормы, совершенно не похожія на тѣ, которыя дѣйствовали. Юстиніанъ въ своей конституціи къ кодификаціи запретилъ самостоятельную интерпретацію неясныхъ мѣстъ, повелѣвъ представлять ихъ для толкованія императору, какъ творцу законовъ. Ad imperiale culmen per judices referatur et ex autoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretare. Юстиніанъ такимъ образомъ пытался провести грань между яснымъ и неяснымъ закономъ, отдѣлить овецъ отъ козлищъ... Тщетно! Во-первыхъ, и ясный законъ требуетъ пониманія, значитъ и толкованія, и во вторыхъ, законы разсчитаны на приспособленіе ихъ къ дѣйствительности въ будущемъ, такъ что и ясный законъ можетъ оказаться, при столкновеніи съ жизненнымъ матеріаломъ, неяснымъ, стало быть, требующимъ изъясненія resp. истолкнованія. Впослѣдствіи допускалась широкая возможность legem interpretatione supleri. Preusisches Landrecht преописывало судьѣ, опять таки въ случаяхъ сомнѣнія, обращаться къ законодательной комиссіи — Gesetzgebungskomission [1]). Другіе европейскіе законы 18 в. также содержали ограниченіе права интерпретаціи, принимая во вниманіе еще и то, что фактически въ дѣлѣ толкованія законовъ, по слабому знакомству съ Corpus juris, господствовали въ общемъ правѣ безпорядокъ и анархія.

Въ Россіи выступила та же тенденція непосредственнаго контроля надъ судейской интерпретаціей. Ясно ощущалось опасеніе, какъ бы подъ видомъ толкованія законъ не искажался и не измѣнялся. Рекомендовалось прилагать законъ буквально, „не допуская обманчиваго непостоянства самопризвольныхъ толкованій“. „Законы

[1]). Приводимъ это предписаніе въ виду его характерности: Einleitung, § 47—„Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzs zweifelhaft, so muss er., ohne die prozessführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzkommission anzeigen und auf deren Beurteilung. antragen“; § 48:—„Der auftragende Richter ist zwar schuldig, den Beschluss der Gesetzkomission bei seinem folgenden Erkentnisse in dieser Sache zum Grunde zulegen. Все это отмѣнено было окончательно впослѣдствіи, законъ 8 Марта 1798, см. Schering, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, mit Anmerkungen, B. I., 1862, S. 7.

должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякого измѣненія и распространенія“ [1]). Значитъ ли это, что интерпретація фактически не имѣла мѣста? Конечно, нѣтъ. Требовалось примѣненіе закона по буквальному смыслу, а этотъ буквальный смыслъ все же нужно было находить. Въ случаѣ неясности закона или неполноты судья обязывался просить указаній со стороны высшей инстанціи. Въ конечномъ счетѣ дѣла часто восходили до Верховной власти. Правосудіе проникнуто было буквоѣдствомъ, рутиной, волокитой. Судья мыслился, какъ автоматъ, который долженъ примѣнять норму чисто механическимъ путемъ, какъ будто это когда-либо и гдѣ-либо въ дѣйствительности было возможно! Впрочемъ, можно думать, что законодатель только притворно гнулъ „гордую выю“ судьи подъ ярмо механическаго исполненія, зная на самомъ дѣлѣ, что требованіе это технически невыполнимо во всей его строгости. Изъ полемическаго тона запрета, изъ общаго смысла касающихся толкованія ограничительныхъ нормъ видно, что имѣлось въ виду главнымъ образомъ избѣгнуть конкуренціи суда съ закономъ, подстава судейской воли на мѣсто велѣнія Верховной власти. Точно такимъ же образомъ относящееся къ этому времени запрещеніе толкованія договоровъ частныхъ лицъ касалось измѣненія содержанія таковыхъ, а не выясненія ихъ дѣйствительнаго содержанія [2]). Какъ могъ бы законодатель, требуя послушанія своей волѣ, изложенной въ законѣ, противиться выясненію этой воли? Законодатель вынуждается дѣлать въ данномъ случаѣ большія уступки, отклоняться отъ собственныхъ запретовъ. Но этого мало.

Исторія свидѣтельствуетъ, что наряду съ стремленіемъ связать волю и совѣсть судьи повсемѣстно проникаетъ иная тенденція, вносящая въ дѣло судебнаго толкованія широкое право усмотрѣнія судьи. Самыя старыя времена даютъ отдѣльные образцы подобнаго рода довѣрія, оказываемаго законодателемъ судьямъ въ интересахъ общаго блага. Характерно, что еще Солонъ нарочито оставилъ темныя мѣста въ своихъ законахъ, дабы дать возможность судьямъ истолковать ихъ сообразно требованіямъ практики. Аристотель совѣтуетъ судьямъ въ сомнительныхъ случаяхъ апеллировать къ своему собственному чувству правосудія и справедливости, указывая на невозможность для законодателя

---

[1]) Ст. 65 Осн. Зак.

[2]) Оригинальнымъ преломленіемъ въ законѣ этой обветшалой тенденціи являются ст. ст. 241 и 222 Уст. Судопроиз. Торг., по силѣ которыхъ неясные, непонятные, двусмысленные акты и документы, представляемые въ судъ должны быть не толкуемы, а.. совершенно устраняемы изъ дѣла.

предусмотрѣть всѣ случаи жизни. Древніе польскіе авторы, какъ Ostroròg, Wilan, требовали, чтобы судьямъ данъ былъ нѣкоторый просторъ при изъясненіи законовъ—niekotóre okoliczności można zdać na roswagę sędziego, такъ какъ нѣтъ такого совершеннаго права, которому время не придало бы чего-либо новаго (Jarra). Эти чаянія философовъ и юристовъ несомнѣнно отражались на живой практикѣ (въ древней Греціи судья давалъ клятвенное обѣщаніе, въ случаѣ сомнѣнія относительно содержанія закона, обращаться къ человѣческому разуму). Но наиболѣе конкретныя формы это стремленіе къ эмансипаціи судьи нашло объ въ XVIII и XIX вѣкахъ, когда провозглашенъ былъ такъ называемый принципъ логической законченности законодательства, основанный на фикціи наличности въ законѣ отвѣта на всѣ вопросы текущей жизни [1]). Австрійскій кодексъ 1911 г. предписываетъ принять во вниманіе въ затруднительныхъ случаяхъ естественныя основы права въ связи съ особенностями дѣла. Въ Россіи Литовскій Статутъ, а также Византійское право, построенное на принципахъ греческой и римской юриспруденціи, изстари проникали въ суды, какъ орудія вольнаго толкованія несовершенныхъ законовъ. Опредѣленнымъ образомъ мысль о свободѣ толкованія выразили судебные уставы 1864 года въ знаменитыхъ статьяхъ, предписывающихъ судьямъ въ случаѣ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія закона основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ закона, при чемъ судьѣ воспрещается останавливать рѣшеніе подъ предлогомъ несовершенства закона [2]). Та же точка зрѣнія выражена во Французскомъ кодексѣ 1804 года, изъ котораго приведенныя нормы нашего закона цѣликомъ позаимствованы [3]). Франко-Итальянское право объявляетъ всякую ссылку на неразрѣшимость даннаго казуса въ законѣ простой отговоркой; законъ все предусмотрѣлъ: нѣтъ прямого указанія въ немъ, надо искать отвѣта въ его духѣ и общемъ смыслѣ. Какое благотворное вліяніе эта правовая фикція оказала на судебный міръ,

---

[1]) La legislation... doit soffire à nous révéler toutes les règles juridiques, necessaires au besoins de la vie sociale en matière de droit privé Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 1, 1919, p. 28.

[2]) Стт. 9 и 10 Уст. Гр. Судопр. (также стт. 12 и 13 Уст. Угол. Судопр.).

[3]) Code civil, Код. Нап., 4, См. Art. 783, 784 Proc. Civ. Italiano. Германское BGB послѣ долгихъ колебаній вычеркнуло соотвѣтствующее постановленіе перваго проекта, оставивъ умышленно вопросъ безъ всякой нормировки, съ одобренія нѣмецкихъ юристовъ. См. Schreuer, Deutsches privatrecht, 1919, s. 31.

трудно даже вообразить себѣ; она направила судебныя рѣшенія въ совершенно другое русло, открыло передъ судомъ широкій горизонтъ, огромное поле для правотворчества. Но юридическая мысль на этомъ не успокоилась. Нашлись юристы, которые стали утверждать, что судья долженъ занять мѣсто наряду съ законодателемъ, что право и справедливость—результатъ совмѣстной работы законодателя и судьи и что при отсталости и неудовлетворительности какого-либо закона судья съ нимъ не долженъ вовсе считаться. А затѣмъ уже прямо и откровенно заявили, что существуетъ одинъ только судья, который творитъ совершенно свободно и самостоятельно, а правило non est in paragraphis, non est in mundo отошло въ вѣчность безвозвратно и вмѣсто него должно царить начало вольнаго примѣненія судомъ своихъ правовозрѣній. Это ученіе, явившееся какъ противовѣсъ старымъ пріемамъ схоластической герменевтики, не встрѣчаетъ сочувствіи въ широкихъ кругахъ юристовъ по своей крайности (см. выше). Оно не выработало какихъ-либо твердыхъ постулатовъ для ежедневной работы судей. Будущее покажетъ, куда приведутъ выводы этого ученія на практикѣ... При современныхъ условіяхъ законъ есть твореніе не одного лица, а множествъ лицъ, и является онъ не результатомъ выраженія индивидуальной воли, а сочетаніемъ противоположныхъ интересовъ, плодомъ борьбы и компромисса. Интерпретентъ долженъ охватить всю совокупность этихъ интересовъ, вызвавшихъ сначала самое законодательное предположеніе, а затѣмъ движеніе и осуществленіе его. Разрѣшенія проблемы интерпретаціи закона приходится искать не въ желаніяхъ и чаяніяхъ физическаго лица—законодателя, котораго нѣтъ, и не въ настроеніяхъ и капризной волѣ коллектива, именуемаго законодательнымъ собраніемъ. Должно считаться съ волей самого закона, насколько ее можно константировать изъ содержанія его. Для уразумѣнія закона важны, конечно, тѣ процессы, которое придѣлало волеизъявленіе законодателя до момента внѣшняго выраженія закона, но въ случаѣ обнаруженнаго впослѣдствіи противорѣчія между волей законодателя и волей закона, предпочтеніе должно быть отдано объективному содержанію закона, за исключеніемъ развѣ поправимыхъ мелкихъ ошибокъ и описокъ. Мало того, объективная самостоятельность закона сказывается порою въ оторванности его не только отъ волеизъявленія законодателя, но даже и отъ тѣхъ видовъ, какіе имѣлись на законъ во время созданія послѣдняго; смыслъ закона сообразуется преимущественно съ обстоятельствами и интересами, доминирующими въ моментъ примѣненія закона [1]). Таковъ соціальный характеръ законовъ, какъ

[1]) Судъ примѣняетъ законъ nach dem heutigen Anschauung,

нормъ, регулирующихъ живую дѣйствительность въ ея вѣчномъ потокѣ и преобразованіяхъ. Задача только въ томъ, чтобы такого рода жизненное толкованіе закона не выродилось въ произволъ судьи, mera voluntas, а оправдывалось дѣйствительной потребностью. Законъ долженъ быть толкуемъ такъ, какъ будто онъ изданъ въ моментъ его исполненія, но примѣнительно къ новымъ условіямъ жизни и въ согласованности съ ними. Съ точки зрѣнія современности надлежитъ разсматривать цѣль, какую ставилъ себѣ законъ. Это и есть то, что можно назвать толкованіемъ по цѣли, разумѣя подъ послѣдней не отдаленныя какія-нибудь переспективы, а задачи, выступающія непосредственно изъ норматива. Изданный законъ, наприм., гласитъ, что представители опредѣленной профессіи, судьи, адвокаты, не могутъ занимать государственной службы. Черезъ нѣкоторое время послѣ изданія закона въ странѣ (имѣется въ виду небольшое государство) учреждается университетъ. Можетъ ли судья или адвокатъ занять кафедру въ университетѣ? Принимая во вниманіе самый смыслъ закона, а также отдѣльныя постановленія о несовмѣстимости судейской должности (и адвокатуры) въ частности съ той или иной государственной службой, можно заключить, что законъ имѣлъ въ виду огражденіе независимости, судьи и адвоката—и ничего болѣе. Получается такимъ образомъ возможность безъ риска впасть въ противорѣчіе съ истинной волей и цѣлью закона дать на поставленный вопросъ положительный отвѣтъ. Старая статья X т. 1 ч. [1]), созданная въ періодъ господства сельско-хозяйственнаго строя и заключающая въ себѣ что-то вродѣ намека на „воспретительный искъ“ — unterlassungsklage – упоминаетъ о случаяхъ „когда вредъ и убытки есть необходимое послѣдствіе какого-либо устроеннаго отвѣтчикомъ заведенія, мельницы, шлюза, плотины, заставы и т. д. и оное продолжаетъ причинять кому-либо вредъ или убытокъ или же угрожаетъ новыми убытками или вредомъ“. Нынѣ, при развившейся промышленности и торговлѣ, въ защитѣ отъ будущихъ нарушеній нуждается огромная масса новыхъ интересовъ, о которыхъ и не мечталъ законодатель. И недобросовѣстная конкуренція, и незаконное пользованіе чужой фирмой, и многочисленныя нарушенія чужого права на имя, на честь, на изображеніе и пр. и пр., могутъ стать предметомъ „иска о воспрещеніи дальнѣйшихъ нарушеній“. Новыя изобрѣтенія въ техникѣ—электричество, граммофонъ, радіо,—въ средствахъ сообщенія

---

massgebend nicht die Zeit des Gesetzerlasses, Leonhard, Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch mit kurzen Sätzen, 1926, S. 8.

[1]) 685.

—автомобили, авіація—мѣняютъ ratio законовъ о собственности, о пользованіи чужими правами, объ отвѣтственности за вредъ и убытки. Правовая норма реставрируется, обновляется, получаетъ обликъ современности, съ сохраненіемъ однако первичнаго назначенія и основного содержанія.

Обращаясь къ конкретной сущности и методамъ интерпретаціи, слѣдуетъ прежде всего замѣтить, что во всѣхъ случаяхъ толкованія закона руководителемъ является разумъ, человѣческій разсудокъ, подчиненный извѣстнымъ началамъ и правиламъ. Стало быть, всякое толкованіе есть доктринальное. Неосновательно поэтому проводить различіе между толкованіемъ доктринальнымъ и какимъ-либо другимъ, напр. аутентическимъ, какъ то дѣлаютъ юристы понынѣ [1]). Это различіе уже потому не выдерживаетъ критики, что аутентическое толкованіе, т. е. толкованіе закона самимъ законодателемъ, иначе легальное толкованіе, не есть интерпретація въ настоящемъ смыслѣ слова, ибо послѣдняя основывается всегда на правильности пониманія текста закона и имѣетъ своимъ конечнымъ велѣніемъ человѣческую сообразительность, между тѣмъ, какъ аутентическое толкованіе есть волеизъявленіе законодателя относительно того или иного пониманія закона. Аутентическое толкованіе является обязательнымъ, какъ обязателенъ и самъ законъ, таковымъ оно и по существу должно мыслиться. Не приходится удивляться, что даже тогда, когда аутентическое толкованіе окончательно измѣняетъ законъ, даетъ ему иной, чуждый смыслъ, оно требуетъ безропотнаго подчиненія. По аутентическому толкованію иногда столько же познается толкуемый законъ, сколько по одеждѣ познается человѣкъ. Весьма рѣдко законодатель прибѣгаетъ къ такой мѣрѣ, чтобъ дѣйствительно разъяснить дѣйствующую норму, чаще всего подъ этимъ флагомъ проводится новый законъ. Этимъ, скажутъ, нарушается принципъ недѣйствія закона ad praeteritum, такъ какъ „разъясненіе“, какое бы оно ни было, распространяется и на прежнее время... Но вѣдь, въ данномъ случаѣ часто вся цѣль, именно, и сводится къ придачѣ новому закону обратнаго дѣйствія безболѣзненнымъ способомъ. Къ политикѣ легальнаго толкованія прибѣгаютъ порою и потому, что опасаются рѣзкости новой мѣры и возможнаго сильнаго впечатлѣнія, которое надѣются ослабить, сгладивъ съ нея характеръ новизны (Мейеръ). Если въ прежнее время „аутентическое толкованіе“ закона было обычнымъ явленіемъ, если къ нему прибѣгали администраторы, желая въ своемъ пониманіи закона прикрыться волею монарха, а судьи—въ виду запретности свободнаго толкованія,

[1]) См. Brugi, Instituzioni di diritto civile Italiano, 1923, p. 43.

то нынѣ этотъ видъ „интерпретаціи“ все болѣе и болѣе изживается въ своемъ значеніи. Нынѣшній законодательный органъ не приспособленъ къ отправленію интерпретаціонныхъ задачъ вообще. Функціи государственнаго верховенства строго разграничены и распредѣлены между Парламентомъ, Правительствомъ и Судомъ [1]), одна власть не можетъ вмѣшиваться въ дѣятельность другихъ властей. Законодательному органу принадлежитъ изданіе законовъ, толкованіе послѣднихъ есть дѣло органовъ исполняющихъ и примѣняющихъ законъ. Если еще въ настоящее время Парламентъ принимаетъ на себя роль толкователя, то происходитъ это обычно изъ желанія противодѣйствовать суду и знаменуетъ кризисъ властей. Парламентъ въ своей борьбѣ съ судами издаетъ даже торжественныя декларації относительно „истиннаго смысла“ того или иного дѣйствующаго закона, стремясь свой авторитетъ поставить какъ противовѣсъ нежелательной ему практикѣ суда. Однако, все это явленія патологическія въ жизни государственнаго организма. Въ правовомъ государствѣ парламентскія толкованія закона становятся явленіемъ чрезвычайно рѣдкимъ. Конечно, поскольку разъяснительный законъ не противорѣчитъ прямо нормѣ Конституціи, онъ какъ и всякій другой законъ, формально обязателенъ, но въ виду большей близости такого закона по всей матеріи къ интерпретаціи, чѣмъ къ правовымъ нормативамъ, онъ можетъ вызывать на практикѣ сомнѣнія съ точки зрѣнія общихъ основъ конституціоннаго правапорядка. Во всякомъ случаѣ, сдѣдуетъ привѣтствовать тенденцію предоставить дѣло толкованія исполнителю закона и только ему, изъявъ право интерпретаціи, какъ функцію, изъ вѣдѣнія законодательнаго органа.

Доктринальное толкованіе законовъ всегда является логическимъ процессомъ и заключается въ извлеченіи изъ правовой нормы, выражающей волю общимъ правиломъ, соотвѣтствующихъ выводовъ путемъ силлогизмовъ и правилъ мышленія. Выведеніе изъ закона ряда опредѣленій юристы сравниваютъ съ математическимъ вычисленіемъ, называя этотъ процессъ счетомъ понятій — rechnen mit Begriffe—. Въ этой цѣпи сужденій и умозаключеній усматриваютъ одну изъ привлекательнѣйшихъ сторонъ юриспруденціи (Савиньи, Мейеръ), хотя привлекательность работы юриста на самомъ дѣлѣ не столько въ „математическомъ счетѣ“, сколько въ согласованіи юридическихъ опредѣленій съ жизнью. Мечта о жизни должна освѣщать дорогу юристу во всѣхъ случаяхъ, въ томъ числѣ и при толкованіи закона.

---

[1]) См. 2 ст. Литовск. Конституціи.

Ни одно толкованіе закона не можетъ итти противъ логики. Поэтому едва ли требуется трактовать о спеціальномъ видѣ логическаго толкованія закона, какъ то дѣлаютъ юристы. Логическій процессъ можетъ включить въ себя отдѣльные пріемы мышленія, опредѣляющіе тѣ или иныя способы примѣненія цѣлаго процесса. Возможно толкованіе по апріорнымъ посылкамъ, по содержанію словъ—филологическое —, по сравненію текстовъ—систематическое,—по законодательнымъ мотивамъ—историческое.

Что касается апріорныхъ началъ, то юриспруденція не выработала въ этомъ отношеніи какой-либо особой системы. Рѣчь идетъ объ общихъ логическихъ аксіомахъ, плюсъ кое — какія спеціальныя отвлеченныя представленія, примѣняемыя для цѣли дедукціи въ правѣ. Сюда относятся такія, напр., положенія: дозволеніе закона болѣе широкое объемлетъ и менѣе широкое, въ постановленіи о цѣломъ содержится и постановленіе о части (in toto et pars continetur), что не запрещено законами, то дозволено, одна и та же норма не можетъ противорѣчить самой себѣ, законъ не предписываетъ ничего нелѣпаго (argumentum ad absurdum), невозможнаго (imposibilium non est obligatio), противоестественнаго, антигосударственнаго, антисоціальнаго, нарушающаго или разрушающаго весь укладъ жизни („pereat mundus, vivat justitia“) и пр. Все это, разумѣется, съ соотвѣтствующими поправками на относительность представленій о соціальномъ и моральномъ идеалѣ и на существующія взаимоотношенія между правомъ, съ одной стороны, моралью и общественностью, съ другой. Двусмысленность въ законѣ толкуется въ пользу того смысла, который болѣе отвѣчаетъ правопорядку, болѣе милостивъ („правда и милость да царствуютъ въ судахъ“). In re dubia benigniorem interpretationem sequi. Подобно тому, какъ въ уголовномъ дѣлѣ сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимаго, въ дѣлахъ гражданскихъ оно создаетъ предположенія въ пользу болѣе обремененнаго и терпящаго. Благожелательное толкованіе даетъ возможность преодолѣвать формальныя препятствія, если эти формальности не входятъ въ существо защиты чьихъ либо правъ, а имѣютъ условный характеръ (фискальный интересъ, соблюденіе внѣшняго порядка и пр.).

Интерпретація, сводящаяся къ анализу текста для выясненія его смысла, когда она обращается въ разборъ словъ и фразъ закона и выясняетъ содержаніе нормы по соображенію правилъ языка, есть филологическое толкованіе (или грамматическое, синтаксическое, словесное). Въ чемъ особенности филологическаго толкованія закона? Оно, по существу, не отличается отъ филологическаго пониманія содержанія

любого текста. Говорятъ, что особая компентенція юриста проявляется въ опредѣленіи значенія юридическихъ терминовъ, т. е. словъ, имѣющихъ въ юриспруденціи техническое значеніе (Тарановскій). По филологическому толкованію слово предписываютъ понимать въ томъ техническомъ значеніи, какое ему придаетъ законъ, а не по разговорному смыслу. Однако, законы и кодексы обилуютъ указаніями совершенно противоположнаго свойства. Такъ какъ правовыя нормы пишутся не для однихъ знатоковъ права, то въ нихъ выраженія техническія и обывательскія одинаково находятъ мѣсто въ зависимости отъ того, какое изъ нихъ законодатель находитъ болѣе удобнымъ и понятнымъ для тѣхъ, кому законъ адресованъ[1]). Какъ часто самъ законодатель искусственно и сознательно употребляетъ неясныя и двусмысленныя выраженія, желая дальнѣйшему примѣненію закона предоставитъ соотвѣтствующій выборъ! Въ настоящее время ни одинъ кодексъ не диктуетъ буквальнаго и словеснаго толкованія законовъ: смыслъ закона превалируетъ надъ буквой, цѣль надъ средствомъ. Etsi verba legum hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult (interpretatio abrogans) [2]). Важны не слова и фразы: они могутъ имѣть совершенно неподходящее значеніе, вслѣдствіе неправильнаго ихъ употребленія, пережитковъ и проч., что, впрочемъ, бываетъ и въ жизни—вспомнимъ выраженіе „электрическая конка“). Существененъ отраженный въ словахъ и выраженіяхъ разумъ закона[3]).

---

[1]) Что касается выясненія юридическихъ терминовъ, то здѣсь дѣло идетъ уже о юридической терминологіи, которая должна была бы составлять предметъ совершенно особой, самостоятельной вѣтви юридическихъ знаній.

[2]). Gianturco, Instituzioni di diritto civile Italiano, 1919, p. 14. Поэтому не только старинныя подробныя директивы нашего закона въ этомъ направленіи звучатъ парадоксами, но и новѣйшія судебныя разъясненія пригодны здѣсь часто болѣе для сатиры, чѣмъ для судебной практики. Представимъ себѣ, напр., такія сентенціи, какъ тѣ, что при истолкованіи законовъ задача заключается единственно въ уясненіи смысла словъ закона, а не въ исправленіи его, что надлежитъ принять „смыслъ естественный, устраняя, мысль о выраженіяхъ излишнихъ, однозначащихъ или ничего незначащихъ“ (рѣш. гражд. 1882 г. № 152). – Въ частности, о „буквальномъ“ толкованіи см. рѣш. гражд. 1907 г. № 3, 1868 г. № 355.

[3]) Ср. рѣш. гражд. 1903 г., № 101, гдѣ для толкованія употребленныхъ въ законѣ словъ „морскія воды“ Сенатъ прибѣгаетъ даже къ „понятіямъ народнымъ“.

При выведеніи изъ выраженіи закона его мысли можетъ обнаружиться, что она въ дѣйствительности уже или шире той, которая prima facie вытекаетъ изъ внѣшняго содержанія. Въ этомъ случаѣ говорятъ объ ограничительномъ или распространительномъ толкованіи закона. При ограничительномъ толкованіи дѣйствіе закона, должно быть низведено до „объема истинной мысли закона", при распространительномъ — законъ слѣдуетъ простирать на случаи, въ немъ прямо не предусмотрѣнные, но имѣвшіеся въ виду, по мысли его. Такова доктрина. Въ чемъ же специфическія черты того и другого толкованія закона? Рѣчь идетъ о пониманіи словъ и выраженій въ томъ смыслѣ, который желалъ придать имъ законъ, не болѣе. Съ этой точки зрѣнія допустимо говорить о распространительномъ или ограничительномъ толкованіи любого закона, какъ и любыхъ словъ и выраженій вообще [1]). Разграниченіе это не содержитъ указанія на что-либо входящее именно въ науку права, какъ компетенція послѣдней, и сильно тускнѣетъ въ своемъ принципіальномъ значеніи. Практическій характеръ этого разграниченія видятъ, между прочимъ, въ томъ, что ограничительный законъ не можетъ быть толкуемъ распространительно, или какъ выражается Сенатъ, „никакой законъ, ограничивающій чье-либо право, не можетъ быть толкуемъ распространительно и примѣняемъ къ случаямъ, прямо въ немъ не предусмотрѣннымъ" [2]). Но здѣсь дѣло касается все-таки только надлежащаго пониманія словъ и выраженій закона. Достаточно сказать, наприм., что въ одномъ изъ главнѣйшихъ разъясненій по этому предмету приводится въ качествѣ образца ограничительнаго толкованія положеніе, что „подъ имѣющими право принимать участіе въ публичномъ

---

[1]) Такъ, взятая „au hazard" ст. 1 Устав. Гражд. Судопр. гласитъ: „всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій". Вооружившись традиціоннымъ средствомъ толкованія, можно сказать: слово „всякій" подлежитъ ограничительному толкованію, такъ какъ есть споры, не подлежащіе судебному разбирательству. Слово „споры" должно быть толкуемо распространительно, ибо и при отсутствіи спора можно иногда говорить о судебномъ искѣ (установительные иски, не говоря уже объ охранительныхъ дѣлахъ), слова „право гражданское" — распространительно (есть судебныя дѣла, выходящія за предѣлы понятія спора о правѣ гражданскомъ), слово „разрѣшенію"—ограничительно, такъ какъ судъ можетъ оставить искъ безъ разрѣшенія, т. е. безъ рѣшенія и даже безъ разсмотрѣнія, и т. д.

[2]) Рѣш. гражд. 1909 № 79, 97, Общ. Собр. 1889 г. № 14, 1891 г. № 5, 1899 г. № 27.

торгѣ въ статьѣ 1180 уст. Гражд. Судопр. слѣдуетъ понимать дѣе— и правоспособныхъ, а не такихъ, которые являются „съ серьезнымъ желаніемъ участвовать въ торгахъ“ [1]). Ненадежнымъ оказался критерій разграниченія въ свое время даже въ тѣхъ случаяхъ, когда желательно было достигнуть опредѣленныхъ цѣлей созданія преградъ слишкомъ рьяному примѣненію ограничительныхъ, установленныхъ по политическимъ мотивамъ, правилъ. Такъ, по отношенію къ запретительнымъ законамъ касательно „инородцевъ“ одни, по соображеніямъ справедливости, требовали ограничительнаго толкованія, другіе, напротивъ, говорили о толкованіи распространительномъ, ссылаясь на цѣль закона ограничить гражданскія права инородцевъ „въ общихъ интересахъ“ [2]). Нынѣ съ отмѣной ограниченій и привилегій для гражданъ, вливаніе „политическаго масла“ въ дѣло толкованія нормы частнаго права не отвѣчаетъ болѣе духу времени [3]). Всякій законъ, какой бы онъ ни былъ, долженъ быть изъясняемъ по цѣли и смыслу его, безъ налаживанія словъ и выраженій къ тенденціознымъ настроеніямъ.

Сущность распространительнаго и ограничительнаго толкованія можно было бы свести къ слѣдующимъ положеніямъ:

а) Нѣкоторые законы заключаютъ въ себѣ примѣрные перечни регулируемыхъ явленій, почему допускается ввести въ списокъ и другіе подобные или схожіе феномены. Законъ говоритъ, какъ объ обстоятельствахъ, освобождающихъ отъ исполненія—о войнѣ и эпидеміяхъ: позволительно туда включить и гражданскія волненія, революціи и проч.;

б) Имѣются нормы съ неточными и незаконченными выраженіями, требуется восполненіе и исправленіе. Законъ говоритъ о „доцентахъ“ вмѣсто „учебнаго персонала“, стало быть нужно имѣть въ виду также профессоровъ и лекторовъ—распространительное толкованіе, но не служащихъ университета—ограничительное толкованіе.

Въ первомъ случаѣ самъ законъ указываетъ путь и предѣлы его примѣненія. Второй случай представляетъ собою примѣръ неправильной редакціи. Законовъ неудачныхъ, казуистическихъ немало еще сохранилось,

---

[1]) Рѣш. гражд. 1909 г. № 79.

[2]) Ср. Рѣш. Общ. Собр. 1899 г. № 27.

[3]) Если бы какой-либо современный законъ приносилъ ограниченія, напр., стѣсненіе гражданскихъ правъ иностранцевъ по пріобрѣтенію недвижимости, то развѣ нельзя было бы опираться на требованіе не создавать льготныхъ толкованій „въ пользу иностранцевъ“, „въ ущербъ государственнымъ интересамъ“ и пр.?

будутъ они встрѣчаться, вѣроятно, и впредь, но новѣйшее право находитъ средство успѣшно бороться съ этимъ недостаткомъ.

Отыскивая разумъ нормы, интерпретентъ не довольствуется однимъ сужденіемъ закона, не замыкается безповоротно ни въ словахъ и выраженіяхъ, ни въ отдѣльныхъ мысляхъ этого сужденія. Приходится прибѣгать къ пріемамъ болѣе широкого характера. Интерпретентъ сравниваетъ данное сужденіе закона съ иными сужденіями, извлекаемыми изъ прочихъ законовъ или даже изъ того же самого закона въ другой его части. Это есть систематическое толкованіе закона. Оно предполагаетъ сопоставленіе извѣстнаго норматива съ остальными законодательными опредѣленіями для отысканія его смысла въ системѣ вмѣсто поединичнаго изслѣдованія. Сопоставленіе отдѣльныхъ частей одного и того же закона относятъ обыкновенно къ категоріи „логическаго“ толкованія, въ тѣсномъ смыслѣ понятія. Но нѣтъ по существу принципіальной разницы въ томъ, сопоставлять ли между собою, части закона или отдѣльные законы, ибо самое раздѣленіе законодательства на обособленныя нормы можно считать лишь дѣломъ практическаго и техническаго удобства. Теоретически всѣ законы позволительно изобразить въ видѣ большого общаго велѣнія законодательной власти, мысленно единаго и нераздѣльнаго, лишь въ своемъ внѣшнемъ выраженіи дающаго содержаніе кодексамъ и отдѣльнымъ законамъ. Поэтому толковать каждое правило можно сопоставляя его съ текстомъ прочихъ правилъ, гдѣ бы послѣдніе ни обрѣтались, въ томъ же мѣстѣ, гдѣ помѣщено толкуемое правило или въ другихъ отдѣлахъ и частяхъ.

При наличіи правильной кодификаціи законовъ каждый законъ толкуется прежде всего по соображенію его съ правилами того же кодекса, съ мѣстомъ, которое онъ въ кодексѣ занимаетъ, и проч., а затѣмъ возможенъ экскурсъ и въ другія области законовъ. Гдѣ кодификація стоитъ на низкомъ уровнѣ развитія, какъ у насъ, систематическое толкованіе закона обрѣтается въ плачевномъ состояніи, особенно при казуистичности законовъ и ихъ несогласованности.

Систематическое толкованіе мѣняетъ порою не только букву, но и самое внѣшнее содержаніе закона. При этомъ можетъ обнаруживаться, что законъ, который значится дѣйствующимъ, на самомъ дѣлѣ отмѣненъ. Оно открываетъ широкое поле для разныхъ, часто самыхъ необкиданныхъ, метаморфозъ въ текстѣ, тѣмъ болѣе поразительныхъ, если законы изданы въ разное время. Пусть норма говоритъ объ „опекунѣ, утвержденномъ судомъ“: сличеніе покажетъ, что утвержденіе уже больше не требуется. Законъ воспрещаетъ „духовному лицу“ наслѣдовать по завѣщанію,—систематическое толкованіе сводитъ это ограни-

ченіе къ „духовнымъ лицамъ, исповѣдующимъ вѣру умирающаго наслѣдователя". Законъ трактуетъ о „наслѣдникахъ", а систематическое толкованіе вноситъ поправку: „наслѣдники по закону"—и т. д.

Систематическое толкованіе предполагаетъ возможность сопоставленія даннаго закона съ иными нормами. Въ этомъ процессѣ часто обнаруживается противорѣчіе между законами одинаковой значимости, одинаковой обязательности. Къ устраненію такового служатъ нѣкоторыя правила, эмпирическаго, правно-политическаго и логическаго порядка, именно: а) все позднѣйшее отмѣняетъ все предшествующее, lex posterior derogat priori, иначе: новый законъ всегда предпочитается старому; б) законы подлежатъ истолкованію такъ, что они представляютъ взаимно согласованную волю, значитъ, на самомъ дѣлѣ не исключаютъ другъ друга, а дѣйствуютъ совмѣстно; в) спеціальный законъ, создающій въ извѣстной категоріи отношеній изъятіе, отмѣняетъ для дѣлъ и случаевъ, для которыхъ онъ изданъ, противорѣчащій ему общій законъ [1]). Но все это при несогласованности видимой, т. е. когда таковая проявляется prima facie и тѣми или иными мѣрами можетъ быть все же устранена. При отсутствіи этой возможности, когда противорѣчіе явно непримиримо, противорѣчивые законы должны быть откинуты, какъ непригодные, ибо никогда и самое себѣ „противорѣчащее" не можетъ быть правиломъ человѣческаго поведенія. Но законъ сопоставляется не только съ равными ему нормами, а и съ нормами конституціонными. Уже было указано выше, насколько неправильна мысль, будто законы подчинены конституціи, какъ старшему нормативному фактору, будто каждый отдѣльный законъ есть только выводъ и развитіе конституціонной нормы, какъ основы или эмбріона всѣхъ будущихъ законовъ, будто послѣдніе являются только преломленіемъ конституціонныхъ началъ, окрашивающихъ въ свой цвѣтъ всѣ нормы страны. Отмѣчено, что по существу всякое законодательствованіе есть свободный актъ верховной власти, самъ себѣ довлѣющій, и не представляется надобности сличать каждый законъ съ конституціей на предметъ опредѣленія „соотвѣтствія" или „несоотвѣтствія". Этотъ сервилизмъ не вытекаетъ изъ существа и понятій современныхъ конституцій. Однако, поскольку законъ идетъ прямо въ разрѣзъ съ конституціонной нормой, создается основаніе для непримѣненія его въ качествѣ императива по данному дѣлу. Поэтому систематическое толкованіе, при сомнѣніи, должно исходить изъ презумпціи непротиворѣчія закона

---

[1]) О послѣднемъ пунктѣ см. рѣш. гражд. 1910 г. № 102, 1884 г., № 59.

конституціи и дѣлать соотвѣтствующіе выводы при сопоставленіи обычной нормы съ конституціонной нормой. Если, наприм., обыкновенный законъ гласитъ, что всѣ учрежденія должны открывать свои помѣщенія и дѣлопроизводство чинамъ финансоваго вѣдомства для разслѣдованія доходовъ даннаго лица и производства осмотровъ, а конституція утверждаетъ неприкосновенность жилища, то обязанность открывать помѣщеній и пр. слѣдуетъ пріурочить къ оффиціальнымъ учрежденіямъ: этого требуетъ гарантированное субъективное право гражданина по отношенію къ жилищу.

Хотя всѣ постановленія конституціи представляютъ собою законы, особенно съ формальной точки зрѣнія, однако нельзя отрицать, что конституціонная декларація, вродѣ того, что данное государство „есть демократическая республика", содержитъ въ себѣ не столько категорическій императивъ, сколько опредѣленіе основъ государственности и указаніе направленія правовой жизни страны. Отбрасываніе законовъ по признаку несоотвѣтствія ихъ подобнымъ деклараціямъ создавало бы опасность потрясенія корней законности. Старыя нормы, не совпадающія съ новой деклараціей, часто ждутъ только своей отмѣны путемъ изданія соотвѣтствующаго закона. Такъ, провозглашеніе конституціей равенства мужчинъ и женщинъ передъ закономъ не отмѣнило у насъ нѣкоторыхъ ограниченій женщинъ въ наслѣдованіи и семейственныхъ правахъ, пока не былъ опубликованъ о томъ спеціальный законъ. Но старые законы о крестьянскихъ и дворянскихъ опекахъ, о религіозныхъ преимуществахъ, о специфическихъ стѣсненіяхъ гражданскихъ правъ, толкуются въ связи съ конституціонной нормой, отмѣнившей сословныя, національныя, вѣроисповѣдныя и иныя ограниченія и привилегіи. Новые законы обыкновенно имѣютъ уже въ виду конституцію, поэтому систематическое толкованіе стремится примирить ихъ съ конституціей, насколько возможно, и обрекаетъ ихъ на гибель лишь при прямой и непосредственной антиноміи. Въ современномъ правовомъ государствѣ случаи признанія новаго закона противорѣчащимъ конституціи, въ порядкѣ интерпретаціи, весьма и весьма мало. Но, конечно, интерпретація не должна итти такъ далеко, чтобы прикрывать собою явно неправомѣрные акты самого законодателя.

Систематическому толкованію противоставляютъ интерпретацію историческую, которая заключается въ изслѣдованіи мотивовъ закона, историческихъ документовъ, поясняющихъ, какимъ образомъ возникла норма. Въ Римѣ историческое толкованіе ставилось высоко. Non enim lex quod scriptum est, sed quod legislator voluit. При тогдашнемъ авторитетѣ законодательной власти и несложности законодательнаго аппарата

изъясненіе закона по волѣ законодателя, отраженной въ документахъ вызывало особыя симпатіи. Также и нынѣ законодательные мотивы, подготовительныя работы и труды по изданію закона, проекты, объяснительныя записки, парламентскіе доклады и рѣчи депутатовъ могутъ въ значительной степени способствовать выявленію цѣли и смысла закона [1]). Но въ лабиринтѣ мыслей и волеизъявленій причастныхъ къ законодательству лицъ часто трудно найти нить для выхода на вѣрный путь сужденія о законѣ въ то время, когда послѣдній, въ результатѣ противоположныхъ, часто другъ другу враждебныхъ, требованій группъ и партій, уже появился на свѣтъ въ окончательномъ видѣ. Историческій методъ толкованія столь же полезенъ, сколь и опасенъ, а на практикѣ каждое толкованіе закона при извѣстномъ усердіи можетъ найти себѣ то или иное подтвержденіе въ грудѣ законодательныхъ мотивовъ [2]). Поэтому въ настоящее время историческое толкованіе закона является достаточно надежнымъ средствомъ только въ самыхъ опытныхъ рукахъ. Оно, по общему признанію, лишь вспомогательный методъ интерпретаціи, шансы его нынѣ значительно понижены сравнительно съ прежними временами [3]). Весьма нерѣдко приходится выяснять историческимъ путемъ

---

[1]) См. образецъ интерпретаціи по законод. мотивамъ въ рѣш. гражд. 1914 г., № 19.

[2]) Любопытный примѣръ изъ области „историческаго“ толкованія. Къ закону, гласящему, что присяжными адвокатами могутъ быть лица, удовлетворяющія такимъ то условіямъ— подданства, возраста и т. д., предлагается въ законодательномъ учрежденіи поправка о распространеніи этой нормы и на женщинъ. Правыя группы заявляютъ, что будутъ голосовать противъ поправки, не желая дать подобнаго права женщинамъ, „еще не доросшимъ до занятія адвокатурой“, лѣвыя группы находятъ поправку излишней въ виду того, что подъ „лицами“, о которыхъ говоритъ законъ, слѣдуетъ и безъ того понимать не только мужчинъ, но и женщинъ. Въ результатѣ поправка отклоняется подавающимъ большинствомъ голосовъ. Если толковать только по „мотивамъ“ закона, то положеніе окажется здѣсь поистинѣ плачевнымъ!

[3]) Наши законы, т. е. прежніе русскіе, заключаютъ въ себѣ даже подстатейные источники, имѣющіе спеціальной цѣлью указаніе историческихъ актовъ, къ которымъ слѣдуетъ обращаться для выясненія закона. Долгое время эти источники, какъ вѣхи, указывали путь при интерпретаціи (особенно Сенатской), но они же иногда заводили въ тупикъ въ виду обнаруживавшагося сплошь и рядомъ несоотвѣтствія ихъ тексту закона. Въ случаѣ такого противорѣчія предписывалось кассаціонной практикой отдавать предпочтеніе источнику.

смыслъ нѣсколькихъ законовъ или даже нѣсколькихъ институтовъ, сличать старые законы съ новыми. Leges posteriores ad priores trahendae sunt et his, quantum fieri possit, conciliandae. Въ этомъ случаѣ историческое толкованіе переплетается съ систематическимъ.

Въ общемъ, почти ни одно изъ указанныхъ толкованій не обходится безъ другихъ способовъ интерпретаціи. Словесное содержаніе закона, во избѣжаніе буквоѣдства и схоластики, интерпретентъ долженъ связывать непремѣнно съ дѣйствительнымъ смысломъ и цѣлью закона. Этотъ смыслъ и цѣль интерпретентъ отыскиваетъ, сопоставляя тексты и мотивы закона. Но онъ вообще использовываетъ всѣ средства и возможности, какія даютъ разумъ и логика, безъ того, чтобы можно было заранѣе предвидѣть и учесть эти пути. Интерпретентъ интересуется также законами другихъ областей, гдѣ дѣйствуетъ иное право, и даже иностраннымъ законодательствомъ, для сопоставленія нормировки одинаковыхъ явленій и интересовъ въ разныхъ мѣстахъ. Чужія законодательства служатъ способомъ установленія круга культурныхъ стремленій и интересовъ, которые находятъ свое выраженіе въ законѣ и изъ которыхъ только можетъ быть понята его истинная цѣль (Гамбаровъ). Интерпретентъ пользуется всѣми пріемами логическаго развитія, аргументами e contrario, a fortiore, заключеніями на основаніи тожества и различія, отъ цѣлаго къ части и отъ частей къ цѣлому, отъ условія къ слѣдствію и обратно. При этомъ, конечно, интерпретентъ придерживается основныхъ правилъ, выработанныхъ общими науками, на чемъ здѣсь не приходится отдѣльно останавливаться [1]). Въ примѣненіи къ казусу расчленять интепретаціонные пріемы значитъ почти то же, что разсѣкать движеніе на отдѣльные моменты, въ то время какъ процессъ интерпретаціи является, какъ и движеніе, единымъ актомъ, постигаемымъ недѣлимой интуиціей. Всѣ способы толкованія оказываютъ одинаковую услугу, если только не направлять ихъ къ чистому оперированію словами и понятіями (конструктивная юриспруденція). Интерпретентъ долженъ имѣть передъ собою руководителями требованія жизни и оборота и чувство справедливости, „долженствующее всегда помогать судьѣ при разрѣшеніи сомнительныхъ случаевъ“ [2]). Абстракт-

---

[1]) О пріемахъ логическаго развитія интерпретаціи см. Васьковскій, Руководство къ толкованію и примѣненію законовъ, 1913, стр. 120 сл.

[2]) Рѣш. гражд. 1900 г., № 52, 1900 г., № 62, 1909 г., № 25, также 1885 г., № 112. Ничего иного нѣтъ, но сравненію съ этимъ, въ рѣш. гражд. 1909 г., № 79, вопреки мнѣнію Синайскаго, Русское гражд. право, I, 1917, стр. 32: Сенатъ

ныя требованія справедливости должны претвориться въ реальныя основы соціальныхъ отношеній между людьми, право считается не съ „абстрактными“, а съ „конкретномъ“ человѣкомъ. Если юриспруденція и имѣетъ нѣсколько специфическихъ, ей только свойственныхъ методовъ опредѣленія содержанія нормативнаго факта, то все остальное есть дѣло общихъ знаній и общихъ пріемовъ изслѣдованія. Задача не въ размноженіи и детализаціи методовъ интерпретаціи (есть еще философско-научное толкованіе и пр.).

Правовѣдъ долженъ разбираться въ законѣ съ точки зрѣнія не только юридической, но и соціальной и моральной. Отъ него требуется знакомство, кромѣ права, еще и съ гуманитарными науками, логикой и этикой.

При интерпретаціи дѣло ограничивается изъясненіемъ смысла нормы для подведенія подъ нее фактическаго матеріала. Но весьма нерѣдко конкретнаго норматива вовсе нѣтъ. Всемогущій и всевластный законъ оказывается сплошь и рядомъ въ отсутствіи въ тотъ моментъ, когда онъ необходимъ для разрѣшенія извѣстнаго казуса. Не соотвѣтствующую интерпретацію требуется отыскать, а самую норму, объектъ интерпретаціи. Въ этомъ случаѣ говорятъ о пробѣлахъ въ законѣ. Пробѣлы естественны и существуютъ въ каждомъ законодательствѣ, ибо никакой законъ не въ состояніи, да и не долженъ, заранѣе предусматривать всѣ отношенія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодатель умышленно оставляетъ подобные пробѣлы, желая предоставить самой жизни наполнить . ихъ подходящимъ содержаніемъ на основаніи конкретныхъ фактовъ и конкретной справедливости. Законодатель видитъ жизнь издалека въ туманномъ очертаніи, не будучи въ силахъ предвосхитить всѣ имѣющія создаться комбинаціи дѣйствительности и всѣ формы, въ которыя законъ выльется на практикѣ. Онъ склоненъ бываетъ осторожно намѣчать только отдѣльные конкретные виды формулировки, о другихъ умалчивать въ надеждѣ, что они сами собою намѣтятся и найдутъ свое вѣрное выраженіе въ процессѣ осуществленія закона. Иногда самъ законъ предполагаетъ наличность положительнаго нормативнаго факта, котораго на самомъ дѣлѣ не существуетъ. Законъ говоритъ о прибавкѣ жалованья для непредусмотрѣннаго закономъ и штатами должностнаго лица, ссылается на установленныя правила о зачетѣ взаимныхъ претензій, въ то время, какъ этихъ правилъ вовсе нѣтъ. Порою законъ дѣлаетъ ссылку на общую поясните-

---

только воспротивился такому пониманію закона, которое „равнялось бы присвоенію себѣ судомъ законодательной власти“.

ную норму, а таковая въ дѣйствительности отсутствуетъ[1]). При наличности пробѣла послѣдній восполняется путемъ аналогіи, основанный на правилѣ—ubie adem legis ratio, ibi eadem dispositia, другими словами: одинаковыя фактическія отношенія одинаково юридически нормируются. Въ то время, какъ при толкованіи требуется найти волю, выраженную, хотя и быть можетъ, въ несовершенномъ видѣ, при аналогіи воля закона, имѣющая предпосылкой данный фактическій субстратъ, распространяется на другой, сходный. Непредусмотрѣнный закономъ случай обсуждается по предполагаемому хотѣнію закона на основаніи обнаружившагося замысла послѣдняго по другому, тождественному поводу[2]).

Теорія разграничиваетъ аналогію закона, когда требуемая норма выводится изъ конкретнаго закона, и аналогію права, когда она берется ихъ цѣлой совокупности законовъ. Едва ли, однако, это разгра-

---

[1]) 574 ст. X т. I ч. Впрочемъ, „общій законъ", о которомъ говоритъ эта статья, въ ней же самой и заключается, такъ что въ сущности здѣсь только видимость пробѣла (на это въ свое время обратилъ вниманіе В. А. Маклаковъ).

[2]) Menger возражаетъ противъ всякаго допущенія аналогіи, предлагая замѣнить ее „цѣлесообразностью",—рѣшать дѣла, при отсутствіи прямого закона, nach Zweckmässigkeitsgründen (Das bürgeliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 25). Однако, ни одно законодательство на такой радикальный шагъ не рѣшилось. Не приняло этого, вопреки мнѣнію Menger'a, и Швейцарскій кодексъ. Что уголовные законы исключаютъ примѣненіе аналогіи, объясняется вовсе не тѣмъ, какъ думаетъ Menger, будто въ этой области „der Gegensatz zwischen den besitzenden und den besitzlosen Volksklassen weniger schtroff hervortritt". Причина различія кроется въ томъ, что: а) въ уголовномъ правѣ господствуетъ донынѣ безраздѣльно принципъ, признаваемый одной изъ основъ свободы личности: nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, такъ что аналогіи (а тѣмъ болѣе „цѣлесообразности") мѣста не остается, б) при отсутствіи прямого закона уголовное дѣло можетъ отпасть, т. е. не имѣетъ мѣста осужденіе и наказаніе, между тѣмъ какъ въ гражданскомъ дѣлѣ (правильно начатый) споръ обязательно долженъ быть разрѣшенъ въ пользу той или другой стороны. Слѣдуетъ лишь добавить, что самый принципъ nullum crimen etc не есть безусловное требованіе всѣхъ временъ и правовоззрѣній: въ будущемъ и онъ долженъ подлежать пересмотру, а аналогіи, весьма возможно, будетъ предоставлено соотвѣтственное мѣсто и въ уголовномъ правѣ. Но къ этому предмету авторъ надѣется вернуться въ другомъ мѣстѣ и по другому поводу.

ниченіе имѣетъ серьезное принципіальное значеніе. Только въ томъ случаѣ, когда приходится при аналогіи обращаться къ общему смыслу законовъ и правопорядка, получается уже результатъ своеобразный, такъ какъ создается какъ будто совершенно новая норма на основаніи старыхъ. Это именно своеобразное правотворчество имѣетъ въ виду законъ [1]). Въ нашемъ законодательствѣ отсутствуютъ не только отдѣльныя опредѣленія, но и цѣлые институты, и практика вынуждена воссоздать ихъ. Институтъ душеприказчичества сотворенъ былъ по аналогіи съ нормами о повѣренныхъ и въ согласованіи съ „духомъ" нашего завѣщательнаго и наслѣдственнаго права. Чековое право явилось у насъ цѣликомъ изъ Сенатской юрисдикціи. Трудно провести рѣзкую грань между этого рода аналогіей и процессомъ творенія новыхъ нормъ. Аналогія забирается въ данномъ случаѣ въ самое существо легислатуры, но спасительнымъ барьеромъ всегда служитъ равненіе по направленію воли существующаго закона[2]). Въ эпохи потрясеній и переворотовъ, коренныхъ ломокъ, реформъ всѣхъ частей государственной машины, роль судьи въ данномъ отношеніи особенно значительна. Онъ спѣшно чинитъ и залѣчиваетъ. Но въ эти же времена обнаруживается и отрицательная сторона судейскаго правотворчества, заключающаяся въ возможности разрыва крѣпкой связи съ дѣйствующимъ правомъ и вступленія на путь своевольнаго созидательства [3]).Не смотря на это, судейское правотвор-

---

[1]) Ст. 9. Уст. Гражд. Судопр.

[2]) Какимъ образомъ судья въ состояніи проникнуть въ психику законодателя, какъ онъ можетъ постигнуть ее въ интересующемъ его случаѣ? Процессъ судейскаго мышленія допускаетъ возможность такихъ умственныхъ перевоплощеній. (Интересно, что суду случалось воображать себя на время судомъ же высшей инстанціи, напр. въ дѣлѣ о взысканіи убытковъ съ повѣреннаго, пропустившаго срокъ на подачу апелляціи или кассаціи,—для разрѣшенія вопроса объ основательности эвентуальной жалобы и о шансахъ на отмѣну рѣшенія, которое осталось необжалованнымъ). Судья—естественный „трансформаторъ" въ высшемъ значеніи этого слова.

[3]) При введеніи новой валюты возникъ вопросъ объ уплатѣ по старымъ долгамъ, и суды оказались лишенными соотвѣтствующей нормы. Ихъ рѣшенія о полноцѣнной оплатѣ довоенныхъ долговъ по „золотому курсу", возложившія цѣликомъ отвѣтственность за потрясеніе денежнаго оборота на должника, очутились въ противорѣчіи съ изданнымъ затѣмъ закономъ, поставившимъ оплату старыхъ долговъ въ очень скромные предѣлы ($^1/_5$ часть капитальной суммы). Судьи не

чество по аналогіи будетъ существовать столько же, сколько и само право. Важно, чтобы оно не перешло, въ то прямое законодательствованіе судей—freie Rechtsfindung durch Interessenabwagung,—которое знаменуетъ въ сущности право не по волѣ законодателя, а по волѣ судьи (judicis mera voluntas, см. выше). Послѣднее слово въ юриспруденціи должно остаться за сторониками легизма, за тѣми, которые желаютъ господства въ обществѣ прочныхъ и объективныхъ императивовъ, заимствуемыхъ прямо или косвенно, но изъ содержанія и воленастроеній общаго повелителя—закона [1]). Немало есть, однако, какъ мы видѣли, сторонниковъ противнаго взгляда, по которому судья при отсутствіи закона творитъ его „самъ по себѣ", независимо отъ легислатуры и не справляясь съ нею ни въ какомъ отношеніи. Затѣмъ дѣлаютъ еще шагъ, требуя законодательствованія судьи и при наличности закона, т. е., въ сущности, отмѣны законовъ. Эти стремленія, обреченныя на неудачу сами по себѣ, знаменательны въ одномъ отношеніи: они служатъ живымъ свидѣтельствомъ того, насколько расширяется свобода судейскаго пониманія, насколько далеко юриспруденція ушла впередъ отъ старой точки зрѣнія связанности судьи буквой норматива.

Правоотношенія и ихъ группировка.

Право, регулируя общественную жизнь, превращаетъ отношенія житейскаго характера въ юридическія. Въ основѣ юридическаго отно-

предвосхитили воли законодателя, въ своей прямолинейности разошлись съ общимъ мнѣніемъ о томъ, что рискъ въ данномъ случаѣ долженъ быть распредѣленъ и падать даже болѣе на кредитора, чѣмъ на должника, по правилу casum sentit creditor.

[1]) Жизненный матеріалъ, охватываемый волей закона въ моментъ его изданія, подвергается измѣненіямъ со временемъ, воля закона получаетъ иной обликъ въ связи съ новыми явленіями и фактами, но интерпретація всегда есть отыскиваніе этой воли. Противоположный взглядъ высказывается и во французской юриспруденціи, допускающей наряду съ формальными источниками позитивнаго права „при отсутствіи таковыхъ" еще и libre recherche scientifique. См. Geny, Methode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1919, t. 1, p. 242 и сл., 267 t. II, p. 74 и сл. На самомъ дѣлѣ между жизнью и позитивной нормой права не можетъ быть въ данномъ случаѣ третьяго, независимаго элемента въ видѣ „научнаго розысканія". Наука, занимаясь изслѣдованіемъ принциповъ права, даетъ путь къ отысканію воли закона, явной или скрытой, выраженной или подразумываемой,—къ правильной интерпретаціи.

шенія лежитъ интересъ, опредѣляющій границы свободы отдѣльныхъ индивидуумовъ при пользованіи благами. Будучи огражденнымъ со стороны права, этотъ интересъ создаетъ притязанія и доставленія. Подъ угломъ зрѣнія входящихъ въ юридическое отношеніе индивидуумовъ различаютъ въ немъ правомочіе, съ одной стороны, и обязанность съ другой. Обязанность есть необходимость что-либо совершить или терпѣть. Правомочіе имѣетъ содержаніемъ надѣленные юридическими свойствами частные интересы. Послѣдніе могутъ быть имущественнаго характера и неимущественнаго (моральные интересы). Они должны быть понимаемы въ смыслѣ интересовъ, признаваемыхъ коллективомъ какъ часть тѣхъ цѣлей, совокупность которыхъ составляетъ основу организаціи всего общежитія. Специфическая субъективность интереса принимается во вниманіе правооборотомъ лишь до извѣстнаго предѣла, поскольку въ немъ проявляется начало потребностей, хотя и своеобразныхъ, человѣческаго тѣла и духа, безъ примѣси элементовъ экстраординарныхъ, общественно-патологическихъ и пр. Любимая собачка, фамильные брилліанты, научный аппаратъ и другіе подобные предметы могутъ пользоваться признаніемъ въ качествѣ вещей особаго пристрастія—Affektionssachen—со стороны права, которое считается въ этомъ случаѣ съ моментами психическими и чисто нравственными.

Понятіе интереса объемлетъ все, что служитъ удовлетворенію человѣческихъ нуждъ, умственныхъ, этическихъ, физическихъ. Интересы житейскаго обихода входятъ въ право лишь той стороной, которая отмѣчаетъ ихъ серьезность съ соціальной точки зрѣнія, поскольку они не составляютъ области простого приличія, этикета, прихоти. Невозможно представить себѣ права безъ интересовъ, но сфера послѣднихъ обширна, и многіе изъ нихъ только близко подходятъ къ понятію правоотношенія, все же оставаясь въ конечномъ результатѣ внѣ его. Право занимается интересами въ той степени, въ какой это необходимо для разграниченія сферъ личной свободы, для сохраненія общаго порядка: всякая правовая защита должна быть соизмѣрима съ дѣйствительнымъ интересомъ.

Предѣлы интереса устанавливаются прежде всего носителемъ его, сообразно субъективнымъ цѣлямъ, а затѣмъ и объективнымъ масштабомъ —объективнымъ правомъ, понимая подъ послѣднимъ нормы, опредѣляющія поведеніе однихъ въ отношеніи другихъ и дающія индивидууму возможность осуществить интересъ и цѣль. Правопорядокъ не дошелъ до того, чтобы обобществлять всѣ частные интересы, изъять ихъ изъ приватной воли и иниціативы и передать цѣликомъ принудительной нормировкѣ. Такое обобществленіе допустимо лишь въ отношеніи нѣкоторыхъ изъ нихъ, выдѣляемыхъ государствомъ въ особую группу,

въ виду ихъ специфическаго значенія для бытія государства и общества. Сюда относится особая охрана правъ недѣеспособныхъ, эксплоатируемыхъ, рабочихъ противъ предпринимателей, принудительное обученіе и просвѣщеніе и пр. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ отъ воли субъекта зависитъ осуществленіе интереса и охрана его судомъ или инымъ способомъ, какъ область индивидуальной свободы. Но, съ другой стороны, только въ этой области субъектъ долженъ оставаться при охранѣ и осуществленіи своихъ интересовъ; она строго ограничена, принимая во вниманіе интересы и сферу свободы другихъ лицъ. Кредиторъ, заинтересованный въ сохраненіи матеріальныхъ благъ должника, не вправѣ, однако, контролировать распоряженія послѣдняго по имуществу и въ чемъ либо препятствовать таковымъ: лишь когда должникъ окажется въ состояніи признанной неплатежеспособности (несостоятельности), кредиторы могутъ вмѣшаться въ его имущественную сферу.

Не относится къ области правомочій благо, стоящее внѣ приватныхъ цѣлей, создаваемое, напр., полицейскимъ постановленіемъ объ охранѣ порядка, чистоты, спокойствія, для общей пользы. Хотя здѣсь имѣется охраненный правомъ интересъ, но осуществленіе его не зависитъ отъ частной воли, почему не можетъ быть рѣчи о субъективномъ правѣ.

При отсутствіи общественно-серьезнаго интереса правомочіе эфемерно, имѣя только внѣшнюю сторону, но не качество дѣйствительнаго права. Пользованіе правомъ безъ внутренняго интереса, съ цѣлью вредить другому, составляетъ такъ называемую шикану, воспрещаемую закономъ [1]). Но если недопустимо осуществлять подъ видомъ права посторонніе замыслы вредить другому, то дѣйствительное пользованіе правомъ, хотя бы съ урономъ для другого, есть терпимый, а то и обычный способъ реализаціи правовыхъ цѣлей. Поэтому игра на роялѣ у стѣны жильца, съ постоянной помѣхой для него, не даетъ основанія жильцу къ какимъ либо законнымъ претензіямъ, но будетъ иначе, если сосѣдъ всю ночь играетъ на роялѣ или стучитъ на пишущей машинкѣ только для того, чтобы не дать спать жильцу и „доканать“ его. Можно снять крышу дома, въ которомъ живутъ наниматели,—для производства нужнаго ремонта, но нельзя этого дѣлать для того, чтобы „выжить“ квартиронанимателя. Право идетъ далѣе, допуская возможность взвѣшивать интересы: передъ болѣе важной въ соціальномъ, экономическомъ, моральномъ или иномъ отношеніи цѣлью должна отступить менѣе важная, для созданія въ общей массѣ общественныхъ интересовъ необходимаго

[1]) BGB, § 226.

равновѣсія. Не будетъ неправомѣрнымъ отказъ артиста, только что получившаго телеграмму о смерти матери, выступить на сценѣ въ оперѣ или комедіи. Городъ, строющій большіе холодильники для нуждъ населенія, не можетъ быть удержанъ въ этомъ начинаніи по той причинѣ, что холодильники грозятъ обваломъ маленькому строенію невдалекѣ стоящему: онъ лишь обязанъ возмѣстить ущербъ.

Господство надъ интересами, въ границахъ объективнаго права, есть квинтъ-эссенція правомочія, или субъективнаго права [1]). Въ прежнія времена въ субъективномъ правѣ оттѣняли главнымъ образомъ формальную сторону—волю субъекта—,усматривая въ первомъ „Willensmacht oder Willensherschaft“ (Виндшейдъ). Впослѣдствіи обратили вниманіе (Jhering) на внутреннюю сторону — цѣль правового господства, содержаніе правомочія: возникло ученіе о цѣли въ правѣ, о такъ называемыхъ „защищенныхъ интересахъ“. Элементы волевые, власть, предѣлы возможной для человѣка свободы, цѣли и интересы — все это звенья той цѣпи, которая образуетъ правомочіе. Субъективное право можетъ быть опредѣлено, какъ зависящее отъ воли лица господство общественно-значительныхъ имущественныхъ или моральныхъ интересовъ его въ границахъ предоставленной индивидууму свободы.

Субъективное право познается въ формахъ внѣшняго проявленія, что гармонируетъ съ практическимъ характеромъ права, какъ императива, регулирующаго взаимныя реальныя отношенія людей. Психическія переживанія, связанныя съ правомъ, закрѣпляютъ правовыя позиціи. Они утверждаютъ необходимость признавать за одними притязанія, а за другими обязанность доставленія (императивно-атрибутныя нормы въ ученіи Петражицкаго, Jarra и др.). Такъ какъ переживаніе это касается общественно-важныхъ интересовъ, то нарушеніе субъективнаго права вызываетъ реакцію не только въ потерпѣвшемъ, но и въ психикѣ постороннихъ, вызывая такія явленія, какъ общее возмущеніе отъ несправедливаго отношенія къ чьему-либо праву. Но эти переживанія возникаютъ въ результатѣ сознанія необходимости держаться порядка, устанавливаемаго правомъ, и суть такимъ образомъ явленія вторичной категоріи. Чѣмъ глубже уходитъ право въ гущу общественной жизни, чѣмъ больше оно стремится слиться съ человѣческой нравственностью, чѣмъ больше оно заглядываетъ въ интимныя стороны и уголки общежитія, тѣмъ болѣе усиливается въ немъ психическій моментъ, но оно не отождествляется съ послѣднимъ (точно такъ же, какъ—если позволено будетъ выразиться цивилистическимъ образомъ—обезпеченный закладомъ долгъ не отождествляется съ самымъ закладомъ). Психологической

[1]) Ср. ст. 420 X т. I ч.

теоріи, видящей въ правѣ одни только психическія эмоціи и доставленій притязаній, не суждено покорить умы и сердца юристовъ. При всякомъ опредѣленіи правомочія и выясненія его сущности должно сосредоточить въ первую очередь вниманіе на его содержаніи, а не на способахъ и формахъ его проявленія [1]). Содержаніе правомочія опредѣляетъ конструкцію юридическихъ институтовъ и даетъ критерій для распознаванія и нахожденія права на практикѣ.

Господство общественно-признанныхъ интересовъ—мощь права; оно предполагаетъ возможность реализаціи этихъ интересовъ. Средствомъ таковой реализаціи служатъ прежде всего вещи,—части внѣшняго міра,—включая сюда и неосязаемыя, какъ энергія, тепло, электричество и пр., вообще все то, что находится внѣ человѣка и можетъ быть объектомъ его обладанія, независимо отъ формы. Служатъ предметомъ правомочія и дѣйствія лицъ (но не сами лица). По линіи этого разграниченія проводятъ обыкновенно дѣленіе правъ на вещныя и обязательственныя: въ первомъ случаѣ связь между субъектомъ и объектомъ создается непосредственно, во второмъ—черезъ посредство другихъ лицъ. Но кромѣ этого приходиться считаться еще съ человѣческимъ тѣломъ и духомъ, съ его силами и свойствами, могущія не менѣе, чѣмъ другіе предметы, въ извѣстныхъ условіяхъ и извѣстныхъ размѣрахъ, служить объектомъ юридическихъ отношеній. Противъ того, чтобы причислять личныя достоянія человѣка—жизнь, здоровье, честь, имя, изображеніе, духовно творчество, неприкосновенность личности, жилища—къ сферѣ юридическихъ правоотношеній, выдвигаютъ то соображеніе, что природѣ права противорѣчитъ соединеніе въ одномъ лицѣ предмета и субъекта, что физическія и нравственныя силы человѣка не являются тѣмъ, что находится внѣ человѣка, какъ объектъ. Однако, при этомъ причисленіи имѣется въ виду не часть субъекта, а нѣчто отъ него отдѣленное, поскольку оно изолированнымъ мыслится и фигурируетъ въ жизни. Имя человѣка, продукты его духовнаго творчества и пр. являются личнымъ достояніемъ человѣка, но они входятъ въ правовую сферу, поскольку съ ними связывается внѣшній интересъ, могущій дать поводъ и основаніе къ притязаніямъ (присвоеніе чужого имени или произведенія). Отношенія, касающіяся личности, какъ таковой, замыкаются основнымъ,

---

[1]) Е. Н. Трубецкой, критикуя психологическую теорію права, самъ впадаетъ въ односторонность, опредѣляя право, какъ внѣшнюю свободу, предоставленную и ограниченную нормой (Лекціи по энциклопедіи права, 1917, стр. 30). И здѣсь, какъ видимъ, подчеркивается лишь формальный, негативный моментъ.

болѣе широкимъ и общимъ правомочіемъ, которое обусловливаетъ самую возможность обладать извѣстнымъ кругомъ свободы дѣятельности въ сферѣ интересовъ и проявлять эту дѣятельность. Это есть способность быть субъектомъ, право—и дѣеспособность.

Права на вещь и личныя правомочія человѣка образуютъ абсолютныя права, въ отличіе отъ относительныхъ правъ — обязательственныхъ.

Изъ существа юридическаго отношенія вытекаетъ, что оно можетъ существовать только между лицами; силы человѣка, природа и дѣйствія другихъ суть только способы реализаціи этихъ отношеній. Нѣтъ правовой связи съ вещами и благами: эта связь существуетъ—съ человѣкомъ по поводу благъ и интересовъ. Абсолютное правомочіе даетъ притязаніе на вещь что касается всѣхъ индивидуумовъ, относительное—притязаніе на доставленіе что касается даннаго индивидуума. Исходя изъ этого, всю совокупность юридическихъ отношеній, входящихъ въ составъ понятія правопорядка, можно разсматривать такимъ образомъ: это суть правоотношенія человѣка, связывающія его съ другими: а) либо по поводу его физическихъ и духовныхъ интересовъ—личныя права, б) либо по поводу предметовъ внѣшней природы —вещныя права, в) либо по поводу дѣйствій и доставленій другихъ лицъ—обязательственныя права. Другія области права—семейное право, наслѣдственное—суть комбинированныя сочетанія указанныхъ правоотношеній. Въ семейномъ правѣ соединяются моменты личные, вещные и обязательственные въ своеобразныя отношенія. Въ наслѣдственномъ правѣ происходитъ переносъ правомочій не только имущественныхъ, но иногда и личныхъ, съ одной правовой фигуры на другую. Въ этой системѣ правоотношеній личныхъ, вещныхъ, семейныхъ, наслѣдственныхъ, движется современное частное право. Сообразно этой системѣ должны быть въ дальнѣйшемъ изложены отдѣлы: „Права личности“, „Вещныя права“, „Семейное право“, „Наслѣдственное право“. Особо подлежатъ разсмотрѣнію тѣ начала, которыя присущи каждому изъ этихъ отдѣловъ, въ качествѣ общихъ, именно объ осуществленіи правъ, обезпеченіи правъ, охранѣ правъ, праводѣятельности черезъ другихъ—представительствъ („Реализація правъ“).

Права личности.

Правоспособность.

Каждый человѣкъ, для осуществленія дѣятельности въ предѣлахъ предоставленной ему свободы, долженъ обладать способностью къ правамъ, поскольку дѣло касается его интересовъ, и къ выполненію обязанностей, поскольку рѣчь идетъ о разграниченіи сферы его свободы со свободой другихъ людей. Способность быть субъектомъ правъ и обязанностей, правоспособность, Rechtsfähigkeit, предполагаетъ также способность выступать на судѣ—persona standi in judicio, т. е. искать и отвѣчать въ широкомъ смыслѣ: заявлять требованія и реагировать соотвѣтственнымъ образомъ на требованія другихъ. Правоспособнымъ является человѣкъ. Omne jus hominum causa conditum est. Не только частное, но и публичное право имѣетъ въ виду личность человѣка и его интересы. Особо разсматривается способность создавать въ оборотѣ акты съ правовыми послѣдствіями, дѣеспособность, объемлющая всякаго рода волеизъявленія, дѣянія и нарушенія, Geschaeftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit, въ то время, какъ правоспособность есть сама юридическая потенціальность къ этимъ актамъ человѣческой воли и дѣятельности. Дѣеспособность человѣка подвергается ограниченіямъ въ интересахъ самихъ субъектовъ—малолѣтство, въ интересахъ третьихъ лицъ—конкурсъ, и общественнаго блага—расточительность. Ограниченія правоспособности, напротивъ, встрѣчается въ настоящее время очень рѣдко и не касаются болѣе въ видѣ общаго правила обитателя государства [1]. Невозможно и самоограниченіе правоспособности, такъ какъ послѣдняя есть персональное благо, недѣлимое и неотчуждаемое, первоначальная предпосылка не только юридическаго состоянія отдѣльныхъ лицъ, но и существованія всего правового государства, немыслимаго въ настоящее время внѣ признанія правовой личности за всѣми, его населяющими.

---

[1] Не такъ обстояло дѣло прежде. Въ древнемъ Римѣ рабы—servi—не только лишены были правъ, но разсматривались какъ объекты права, вещи. Правоспособность связана было съ гражданствомъ, рабы же гражданами не считались. Мало того, для пользованія гражданствомъ и политическими правами индивидуумъ долженъ былъ принадлежать къ опредѣленному роду и опредѣленной семьѣ, а такъ какъ семья была замкнутой внутренней организаціей, представительствуемой во внѣ главой семьи—paterfamilias—то только онъ фактически могъ имѣть права и нести обязанности. Остальные члены семьи, подвластные—personaae alieni juris—полнотой правоспособности не обладали.

Добровольное ограниченіе дѣеспособности возможно лишь настолько, насколько имъ покрывается какой-либо индивидуальный, конкретный правовой интересъ другого лица. Поэтому обѣщаніе не вступать вообще въ вексельныя отношенія не есть обязательство въ юридическомъ смыслѣ, но допустимо обязательство впавшаго въ неоплатность должника не выдавать векселей до удовлетворенія данныхъ долговъ. Государство признаетъ и чтитъ личность, допуская расширеніе ея и за предѣлы понятія физическаго лица. Оно утверждаетъ за коллективомъ лицъ качество субъекта правъ въ тѣхъ случаяхъ, когда коллективъ призванъ осуществлять человѣческіе интересы, реализація которыхъ для индивида невозможно или менѣе удобно, чѣмъ для коллектива. Другими словами, государство сообщаетъ въ извѣстныхъ условіяхъ правоспособность и юридическимъ лицамъ: обществамъ, учрежденіямъ и имущественнымъ массамъ (о чемъ далѣе). Что же касается лицъ физическихъ, то въ настоящее время нѣтъ уже гражданъ, которые могли бы не быть субъектами правъ и обязанностей. Рабство, невольничество, крѣпостничество и всякіе иные виды трактованія человѣка въ качествѣ объекта составляютъ предметъ невозвратнаго историческаго прошлаго въ цивилизованныхъ государствахъ.

Еще Прусскій законъ 1857 г. призналъ за чужеземными рабами свободу съ момента вступленія ихъ на прусскую территорію. Германія отмѣнивъ въ 18 и 19 вѣкахъ всѣ ограниченія крестьянъ, стала отрицать черты личнаго рабства также и за иностранцами. Постепенно исчезало повсемѣстно на западѣ безправіе иностранца. Нѣтъ болѣе института гражданской смерти, заключающейся въ лишеніи лица его природныхъ правъ, съ объявленіемъ его неправоспособнымъ.

Отжила свой вѣкъ юридическая фикція, въ силу которой съ отреченіемъ монаха отъ міра наступаетъ Klostertod: постриженіе не служитъ болѣе поводомъ къ потерѣ имущества и къ открытію наслѣдованія. Отдача монахомъ своего имущества монастырю является эквивалентомъ за то, что монастырь беретъ на себя содержаніе монаха. И кому же, какъ не монастырю, отдастъ монахъ имущество, которое ему фактически болѣе не нужно, кто ближе ему, чѣмъ монастырь? [1]). Во

[1]) По каноническому праву, которое только и рѣшаетъ вопросы въ данномъ случаѣ, торжественный обѣтъ бѣдности и нестяжанія не тождественен со смертью въ гражданско-правовомъ смыслѣ, но все, что имѣетъ и пріобрѣтаетъ дающій такой обѣтъ, достается ордену или эвентуально „святому трону“, Codex juris canonici, 581 ff., Haff, Instituonen des deutsches Privatrechts, 1927, s. 39.

всякомъ случаѣ, какъ бы ни смотрѣть на этотъ переходъ имущества, въ немъ нѣтъ и тѣни наслѣдованія. По прежнимъ русскимъ законамъ монахъ не получалъ своего имущества обратно даже и тогда, когда бы впослѣдствіи сложилъ съ себя монашеское званіе и былъ возвращенъ въ гражданское состояніе [1]). Семейственныя, брачныя, родительскія и всѣ имущественныя правоотношенія постригшагося прекращались, никакихъ сдѣлокъ онъ не вправѣ былъ заключать, частныя права его переходили по правиламъ о наслѣдованіи. Все это не можетъ имѣть силы въ настоящее время. Юридическія отношенія монаха къ монастырю регулируются каноническимъ правомъ, государство правовыхъ веригъ на монаха не надѣваетъ, никакихъ ограниченій его правоспособности не создаетъ.

Осужденный къ высшимъ наказаніямъ, въ прежнее время также причислявшійся къ гражданскимъ мертвецамъ (mort civile, civil death англійскаго права) и лишавшійся семейныхъ, наслѣдственныхъ правъ и правъ на матеріальное достояніе, въ настоящее время уже болѣе не „мертвый", а живой человѣкъ, обладающій правомочіями не только персональными, но и имущественными. Правовыя ограниченія, связанныя съ осужденіемъ и наказаніемъ, въ общемъ, вездѣ отмѣнены. Въ этомъ смыслѣ современное право кореннымъ образомъ разошлось со старымъ законодательствомъ. Римское право какъ извѣстно, отказывало осужденному въ кровѣ и питаніи aquae et ignis interdictio. По древнему германскому праву осужденный, теряя законную охрану, могъ быть убитъ всякимъ, какъ дикій звѣрь—Friedlosigkeit. Во Франціи присужденіе къ смертной казни влекло за собою гражданскую смерть, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и общую конфискацію имущества [2]). Конфискація отмѣнена была еще въ 1814 году, mort civile уничтожена закономъ 31 мая 1854 года (отголосокъ революціи 1848 г.). Въ видѣ компенсаціи установлены нѣкоторыя отдѣльныя ограниченія, между прочимъ, въ отношеніи права дарить и получать даръ и въ отношеніи завѣщательныхъ распоряженій [3]). Германское Уголовное Уложеніе 1871 года рѣшительно отказалось отъ идеи mort civile осужденнаго. Той же точки зрѣнія держится Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1925 и Проектъ Италіанскаго Уголовнаго Уложенія—Progetto Preliminare

---

[1]) Св. Зак. т. IX, Зак. о Сост., ст. 418, см. также ст. 416, 417 и 419—424.

[2]) См. Code civil ancien art. 23, Code pénal., anc. art. 37, 38 et 39.

[3]) Roux, Droit pènal, 1920, 305.

di un nuovo Codice Penale 1927. Глубокіе корни старое воззрѣніе пустило въ прежнемъ русскомъ правѣ. Осужденіе къ высшимъ наказаніямъ—смертной казни каторжнымъ работамъ и ссылкѣ на поселеніе—приносило лишеніе всѣхъ правъ состоянія, а именно правъ семейственныхъ, имущественныхъ, наслѣдственныхъ [1]). Статья Уголовнаго Уложенія, поражающая прежде всего сословныя права и преимущества осужденнаго къ одному изъ высшихъ наказаній, приспособлена была къ прежней Россіи, съ ея дѣленіемъ на сословія—дворянъ, купцовъ, мѣщанъ, крестьянъ--и въ настоящее время потеряло свое значеніе. Но кромѣ того приговоренный къ наивысшимъ наказаніямъ утрачиваетъ прежнія имущественныя права и право наслѣдованія по закону въ будущемъ. Осужденные къ наказаніямъ вплоть до заключенія въ исправительномъ домѣ лишаются права по опекунству, торговлѣ, свидѣтельству по актамъ и проч. [2]). Такимъ образомъ отнятіе у осужденнаго цивильныхъ правъ удержалъ еще нашъ уголовный кодексъ, не сумѣвшій отречься здѣсь отъ старыхъ традицій. Наше уголовное право находится въ данномъ случаѣ подъ сильнымъ вліяніемъ гражданскихъ законовъ, въ которыя указанныя ограниченія глубоко проникли. На послѣдніе уголовное уложеніе дѣлаетъ ссылки [3]), хотя гражданскіе законы имѣютъ съ введеніемъ въ дѣйствіе Уг. Ул. только дополнительное значеніе для даннаго предмета. Лишь недоразумѣніемъ можно объяснить тотъ фактъ, что въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, какъ въ Литвѣ, этотъ пережитокъ до сихъ поръ не устраненъ, какъ устраненъ онъ былъ, наприм., въ Польшѣ, гдѣ также дѣйствуетъ Уголовное Уложеніе 1903 г., но гдѣ ст. 29 уничтожена была еще въ 1917 году.

Если прибавить къ сказанному постановленія австрійскаго Militärstrafgesetzbuch объ ограниченіи имущественныхъ и наслѣдственныхъ правъ дезертировъ, то получится почти все, что имѣется въ настоящее время въ отношеніи пораженія частныхъ правъ преступныхъ

---

[1]) Улож. о Нак., ст.ст. 25, 26 и 28, X Т. I ч., ст.ст. 1107, 1067 п. 3., 770, 1019.

[2]) Стт. 23, 30 и 31. При составленіи Угол. Улож. было ясно, чсо всѣ эти ограниченія, въ чемъ бы они ни заключались, могутъ касаться только осужденныхъ и лицъ, отъ нихъ рожденныхъ послѣ лишенія, но не до этого, Ср. старое Уложеніе о Наказ., стт. 24 и 26, а также разъясненіе (на почвѣ Угол. Улож. 1903 г.) Латвійскаго Сената, Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumi, 1921 g. № 25. У насъ это тѣмъ болѣе внѣ сомнѣній.

[3]) 3 ч. 29 ст.

элементовъ въ государствѣ. Только одна Англія крѣпко держится прежнихъ воззрѣній, признавая лишенными всѣхъ правъ осужденныхъ на смерть или каторгу – penal servitude—или объявленныхъ внѣ закона по соотвѣтствующему постановленію суда за измѣну, felony (а также выходцевъ враждующихъ государствъ, не получившихъ разрѣшенія на вступленіе въ юридическія отношенія съ британцами).

Слѣдуетъ еще, быть можетъ, отмѣтить тенденцію новыхъ законодательствъ назначать опекуновъ къ имуществу отбывающаго наказаніе въ заточеніи [1]). Это диктуется соображеніями практическаго характера —физической невозможностью подобныхъ лицъ управлять своимъ имуществомъ—и стало-быть не является на самомъ дѣлѣ какимъ-либо правоограниченіемъ.

Рожденіе и смерть.

Правоспособность начинается рожденіемъ и кончается смертью.

Рожденіе есть отдѣленіе ребенка отъ чрева матери; въ этотъ моментъ ребенокъ долженъ быть живымъ. Въ прежнемъ правѣ вызывалъ большіе споры вопросъ, требуется ли, чтобы ребенокъ былъ при рожденіи жизнеспособнымъ для признанія правовыхъ послѣдствій рожденія. До сихъ поръ Французскій Code civil продполагаетъ жизнеспособность (viable) [2]). Однако, въ виду относительности понятія „жизнеспособность“ и по соображеніямъ соціальнаго и моральнаго характера другія законодательства отказались отъ этого реквизита [3]). Нельзя отнять званія человѣка отъ существа только потому, что ему осуждено недолго жить. Достаточно, если родившійся прожилъ хоть одинъ моментъ [4]). А былъ ли онъ, вообще, въ состояніи жить и дальше, это во вниманіе не приходится принимать. Другое дѣло довременный выкидышъ. Какъ явленіе чисто физіологическое, не доступное интересамъ жизни и міра, „выкидышъ“ не можетъ обладать правами и обязанностями, не можетъ быть субъектомъ таковыхъ. Допускается ли умерщвленіе плода, является ли это дѣйствіе правомѣрнымъ, эта проблема, проблема аборта, стоитъ теперь въ центрѣ вниманія общества въ связи съ новыми теченіями въ соціологіи и экономикѣ, раздѣляя людей на противоположные

---

[1]) Schw. ZGB, Art. 371.

[2]) § 314, также Code civil, Код. Нап., 725(2).

[3]) Не требуется жизнеспособности ребенка и для преступленія дѣтоубійства по уголовнымъ законамъ. Листъ Учебникъ Уг. Права, Особ. ч. 1905, стр. 4.

[4]) Такъ было и по римскому праву.

лагери. Вытравленіе плода наказывается въ уголовномъ порядкѣ, какъ дѣяніе вредное для государства, въ интересахъ охраны зародыша. Приводятся мотивы чисто нравственнаго свойства. Однако, практика показала, что этотъ уголовный запретъ во многомъ расходится съ общественнымъ мнѣніемъ. Развитіе индивидуальности и автономной личности, эволюція представленій о соціальной морали, а отчасти и углубленіе медицинскихъ знаній приводятъ къ значительному смягченію запрета. Растетъ количество голосовъ, требующихъ полнаго уничтоженія его [1]). Уголовное Уложеніе все еще относитъ вытравленіе плода къ видамъ лишенія „жизни“ [2]). По мнѣнію составителей Уг. Улож., объектомъ этого преступленія является „существованіе зародыша“, т. е. плода зачатаго, но еще не рожденнаго, живущаго не дыхательной жизнью, но кровообращеніемъ, тѣсно связаннаго съ организмомъ матери, хотя въ то же время имѣющаго самостоятельное бытіе [3]). Эти соображенія не легко согласуются съ представленіями о „человѣкѣ“ и „жизни“.

Законъ не требуетъ, чтобы родившійся имѣлъ непремѣнно нормальную форму. Бываетъ и рожденіе monstrum'a, т. е. младенца чудовищнаго или вообще необыкновеннаго вида (сіамскіе близнецы). Рожденный можетъ не имѣть человѣческаго образа, какъ выражалось старое Улож. о наказ., которое лишеніе такого урода жизни считало „посягательствомъ на жизнь существа, рожденнаго отъ человѣка и слѣдственно имѣющаго человѣческую душу“ [4]) Таковъ недавній случай рожденія въ Москвѣ въ родильномъ домѣ ребенка, имѣвшаго видъ сирены, человѣка-рыбы.

При рожденіи двойни, тройни и т. д. приходится устанавливать, въ случаѣ спора, кто раньше появился на свѣтъ. Въ прежнія времена въ этихъ случаяхъ прибѣгали даже къ жребію.

Nasciturus, т. е. еще только зачатый, не считается субъектомъ правъ пока не родится. Въ прежнее время, напротивъ, согласно правилу: nasciturus

---

[1]) V. Stankevičius, Baudžiamoji teisė, 1925, p. 140.

[2]) Стт. 465, 466, также Герм. StrafGB, § 218, и Entwurf e. Str.GB. 1925, § 228. Принципіальное сочувствіе этимъ нормамъ высказали германскія женщины, а именно Bund Deutscher Frauenvereine на Дрезденскомъ Собраніи въ октябрѣ 1925 г., что, съ своей стороны, встрѣтило рѣзкую критику со стороны многихъ въ Германіи, см. Marie Stritt, Die Frauenbewegung und § 218 St.GB. въ „Die Neue Generation“, December 1925, Heft 12,21 Jahrg.

[3]) См. Объясн. Зап. къ Проекту Уг.Улож., т.VI, 1895, стр. 159.

[4]) Ст. 1469.

pro jam nato habetur, за зачатымъ признавались права физическаго лица, на случай, если произойдетъ рожденіе. При этомъ немало было конструктивныхъ и искусственныхъ ученій, относившихъ „зачатаго“ къ „юридическимъ лицамъ“, открывавшихъ для него новую категорію „безсубъектныхъ правъ“ и пр. По Литовскому Статуту личная правоспособность начиналась съ зачатія плода, который охранялся закономъ, между прочимъ, такимъ образомъ, что беременная женщина, обвиненная за „выступокъ“, не могла быть казнена до рожденія дитяти [1]). Нынѣ nasciturus'у сообщаются лишь отдѣльныя правомочія, насколько это необходимо для охраны юридическихъ интересовъ будущаго человѣка и во имя общественнаго порядка. Зачатый до открытія наслѣдованія приравнивается къ родившимся передъ hereditatis delatio и принимается во вниманіе при опредѣленіи наслѣдственныхъ отношеній [2]). Съ цѣлью огражденія правъ зачатаго въ грядущей жизни признается возможнымъ иногда назначеніе къ нему опекуна (curator ventris) [3]). Нашему дѣйствующему праву эта послѣдняя мысль незнакома. Зачатый состоитъ съ отцомъ и матерью въ извѣстныхъ семейственныхъ правоотношеніяхъ. Матери на Западѣ дается право требовать отъ отца обезпеченія содержанія будущему ребенку, уже зачатому, по BGB—считая на время въ теченіи 3 мѣсяцевъ послѣ рожденія. Но нашему праву и эта норма чужда [4]). Что касается всевозможныхъ обязательствъ, устанавливаемыхъ въ интересахъ будущихъ дѣтей, то здѣсь идетъ рѣчь о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, послѣдними же

---

[1]) Раздѣлъ II, артикулъ XXXIV, § 1. Леонтовичъ, Очерки изъ исторіи Литовско-русскаго гражданскаго права, Журн. Мин. Юст., 1903 г. № 7, стр. 37.

[2]) BGB § 1923, также 2108, Code Civil, Код. Нап., 725. X т. I ч., ст. 1106: „Отъ права наслѣдованія не устраняются.....дѣти, хотя бы оныя не были еще рождены, но токмо зачаты при жизни отца“. Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г. въ самой общей формѣ выражаетъ, что законъ со времени зачатія беретъ подъ свою защиту права Leibesfrucht, Ст. 4, нѣм. изд. Heinsheimer 1928 г.

[3]) См. BGB, § 1912.

[4]) Даже въ связи съ мертворожденнымъ возникаютъ у родителей нѣкоторыя юрид. отношенія, но въ этомъ случаѣ дѣло касается скорѣе не правъ самого зародыша, какъ думаютъ нѣкоторые (Schreuter, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 66: „Auch Heute hat die Leibesfrucht als solche Personenrechte, selbst wenn sie vorzeitig zugrunde geht“), а правовыхъ интересовъ родителей. Развитой выкидышъ разсматривается какъ трупъ, мертворожденное дитя вносится въ регистръ мертвыхъ.

могутъ быть совершенно еще не существующія персоны, стало быть, даже не зачатые, а имѣющіе только родиться впослѣдствіи [1]).

Новѣйшія законодательства имѣютъ тенденцію трактовать зачатаго физическимъ лицомъ въ широкомъ смыслѣ. Такъ, по Čecho-Slov зачатые уподобляются рожденнымъ, насколько рѣчь идетъ объ ихъ правахъ, а не о правахъ третьихъ лицъ [2]). Точно также Schw. ZGB признаетъ эмбріонъ правоспособнымъ передъ рожденіемъ при условіи, если дитя родится живымъ [3]). По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, признаніе зачатаго физическимъ лицомъ отвѣчаетъ высокому представленію о человѣческой личности, „естественнѣе и логичнѣе, чѣмъ господствующее нынѣ воззрѣніе“ [4]). Однако, уваженіе къ человѣку не требуетъ уподоблять человѣческой личности даже то что есть въ извѣстномъ родѣ только mulieris portio vel viscerum. Nasciturus надѣленъ соотвѣтственными правомочіями (а родители по отношенію къ нему имѣютъ не только права, но и обязанности), однако эти правомочія не достигаютъ предѣловъ правоспособности физическаго лица.

Personensstandsgesetz, § 23, Schreuter, cit, 67. Родители имѣютъ право хоронить мертворожденныхъ дѣтей, изъ этого права возникаетъ иногда притязанія лично-правового характера. Виновное умерщевленіе плода постороннимъ есть посягательство на права родителей и производитъ обязанность возмѣщенія ущерба, имущественнаго и моральнаго. Безспорность уголовной отвѣтственности за такое умерщевленіе обусловлена помимо прочихъ соображеній уже тѣмъ, что оно задѣваетъ прямо личныя права родителей. Такой же элементъ охраны родительскихъ правъ присущъ повышенной отвѣтственности за ушибъ беременной женщины, въ результатѣ котораго произошелъ выкидышъ плода. Ср. Литовскій Статутъ, Раздѣлъ 11, Артикулъ XV, § 1.

[1]) Остается упомянуть, что отъ момента зачатія, зависитъ разрѣшеніе вопроса о происхожденіи ребенка отъ брака, и о законности рожденія (о чемъ въ Семейственномъ правѣ).

[2]) § 70.

[3]) Art. 31, Abs. 2: „Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird“. До рожденія, права эмбріона находятся in der Schwebe, они защищаются въ уголовномъ порядкѣ, Verbot der Abtreibung, при наслѣдованіи, Teilung der Erbschaft, и путемъ назначенія особаго родителя—Versorger. См. Kurti—Forrer Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, 1911, S. 35.

[4]) Синайскій, Русское гражданское право, в. I, 190 стр. 36.

Смерть т. е. распаденіе личности человѣка, въ общемъ не уничтожаетъ его правовой сферы, а переводитъ ее на другихъ лицъ [1]). Только личныя права, тѣсно связанныя съ даннымъ субъектомъ и внѣ его не играющія роли въ оборотѣ, отпадаютъ со смертью субъекта. Однако, нѣкоторыя изъ этихъ личныхъ правъ могутъ быть перевоплощены въ лицѣ продолжателей личности умершаго (наслѣдниковъ), напр. личныя авторскія права [2]). При всякомъ преемствѣ правъ послѣ умершаго рѣчь идетъ о новомъ субъектѣ, а не о правахъ умершаго. Точно также право на погребеніе, послѣдній церемоніалъ и пр., связывается не съ мертвецомъ, а съ лицомъ бывшаго человѣка и его памятью — въ интересахъ другихъ или общества. Память можетъ быть долго хранима, порою она служитъ основаніемъ регламентаціи правъ (завѣщаніе), и сама по себѣ какъ таковая, водитъ въ комплексъ правъ и притязаній другихъ лицъ, близкихъ покойному, и даже всего коллектива. Но покойникъ, въ качествѣ субъекта, въ качествѣ обладателя правъ и обязанностей, выбываетъ изъ правового оборота.

Смерть, какъ физическое явленіе, констатируется соотвѣтствующими способами. Съ юридической точки зрѣнія важно установить не только самую смерть, но часто также точное время ея, въ особенности въ правоотношеніяхъ наслѣдственныхъ, пріурочиваемыхъ обычно къ моменту кончины. При одновременной смерти нѣсколькихъ лицъ возникаетъ вопросъ, кто умеръ раньше, кто позже, — важный для опредѣленія права другихъ послѣ умершаго. Иногда это установить невозможно: въ такомъ случаѣ остается дѣлать выводъ, что всѣ умерли въ одинъ моментъ. Стало быть, никто не вправѣ основываться на фактѣ болѣе ранней смерти даннаго лица, не доказавъ, что она произошла хоть на минуту ранѣе. Нѣкоторыя законодательства держатся иного мнѣнія; прибѣгая къ искусственнымъ предположеніямъ. Такъ, по древнему римскому праву, при несчастныхъ приключеніяхъ, кораблекрушеніи, пожарѣ, а также во время сраженій, въ случаѣ одновременной гибели родителей и дѣтей, признавалось, при сомнѣніи, что несовершеннолѣтнія дѣти умерли раньше своихъ родителей, совершеннолѣтнія

[1]) По старо-германскому и греческому праву „Totenteil“, именно, оружіе и платье, помѣщали въ гробу съ покойникомъ; см. объ этомъ интересномъ явленіи у Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1927. Нынѣ подобный же обычай класть въ гробъ платье, зеркала и даже пищу замѣчается у нѣкоторыхъ первобытныхъ народовъ (Спенсеръ) и вытекаетъ изъ упрощеннаго представленія о загробной жизни.

[2]) См. мою работу „Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ“ 1912, стр. 114 и сл.

позже. Эти нормы повторяетъ Св. Приб. [1]). Французское право развило эти постановленія количественно и дало рядъ подробныхъ апріорныхъ директивъ [2]). Такая казуистика внѣшне облегчаетъ задачу суда, но она искусственна и произвольна по существу. Ее отвергли другія современныя законодательства, принявъ болѣе простую, единую, неизбѣжную практически презумпцію одновременности смерти. [3]). Нѣкоторыя законодательства стремятся здѣсь дать еще и въ иномъ отношеніи внѣшнія руководства для разрѣшенія сомнительнаго случая. Послѣднія сводятся обыкновенно къ слѣдующему: при исчезнованіи лица на театрѣ военныхъ дѣйствій или вообще въ условіяхъ таковыхъ моментомъ смерти считается дата заключенія мира, при кораблекрушеніяхъ—день дѣйствительнаго или предполагаемаго исчезнованія судна, при какой-либо смертельной опасности—время возникновенія этой опасности. При этомъ за основаніе принимается конецъ дня, при отсутствіи другихъ указаній[4]). По Швейцарскому закону кончина считается доказанной, если лицо погибло при условіяхъ, свидѣтельствующихъ о ея достовѣрности,

---

[1]) Стт. 2584 и 2585.

[2]) Code Civil., Код. Нап. § 720: Если нѣсколько лицъ взаимно призываемыхъ одно послѣ другого къ наслѣдованію, погибнутъ отъ одного и того же событія, и нельзя удостовѣриться, которое изъ нихъ умерло прежде другихъ, тогда предположеніе о томъ, кто кого пережилъ опредѣляется по обстоятельствамъ событія, за отсутствіемъ таковыхъ по соображеніямъ возраста и пола.

§ 721: Если тѣ, которые погибли вмѣстѣ, имѣли менѣе пятнадцати лѣтъ отъ роду, то старшій возрастомъ предполагается пережившимъ. Если каждый изъ нихъ имѣлъ болѣе шестидесяти лѣтъ отъ роду, то младшій возрастомъ предполагается пережившимъ. Если одни имѣли менѣе пятнадцати лѣтъ, а другія болѣе шестидесяти, то первые предполагаются пережившими.

§ 722: Если лица вмѣстѣ погибшія имѣли полныхъ пятнадцать, но менѣе шестидесяти лѣтъ отъ роду, то лицо мужскаго пола всегда предполагается пережившимъ, когда возрастъ былъ одинаковъ или если разность не превышаетъ одного года. Если они были одного пола, то должно допустить такое о пережившемъ лицѣ предположеніе, которымъ открывается наслѣдованіе въ естественномъ порядкѣ: посему младшій предполагается пережившимъ старшаго.

[3]) BGB, § 20: Sind mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen, so wird vermutet, das sie gleichzeitig gestorben seien.

[4]) Schuster, The principles of Germen civil law, 1907 p. 31.

auch wenn niemand die Leiche gesehen hat", относительно способовъ опредѣленія момента смерти въ сомнительныхъ случаяхъ этимъ закономъ особыхъ указаній не дается, а если невозможно доказать, что изъ нѣсколькихъ умершихъ лицъ одни пережили другихъ, so gelten sie als gleichzeitig gestorben [1]). Такимъ же образомъ долженъ быть разрѣшенъ вопросъ и на почвѣ дѣйствующаго нашего права, по общимъ началамъ, за отсутствіемъ спеціальныхъ указаній. Въ дѣйствительности едва ли возможно перечислить даже приблизительно способы констатированія точнаго времени послѣдовавшей при исключительныхъ условіяхъ смерти, едва ли справедливо въ огромной массѣ возможностей выдѣлить апріорно тѣ или иныя отдѣльные условныя обстоятельства, какъ предопредѣляющія. Разрѣшеніе этихъ вопросовъ, въ случаѣ спора, правильнѣе предоставить свободному разрѣшенію суда по конкретнымъ даннымъ.

Удостовѣреніе рожденія и смерти должно быть прежде всего документальнымъ: объ этихъ фактахъ совершаются записи въ метрическихъ книгахъ, съ выдачей заинтересованнымъ метрическихъ свидѣтельствъ (акты гражданскаго состоянія). Регистрація ведется въ большинствѣ цивилизованныхъ государствъ должностными лицами, подъ наблюденіемъ суда, которому заинтересованные приносятъ всякаго рода жалобы. Въ нѣкоторыхъ мѣтахъ, какъ у насъ, метрикація принадлежитъ духовенству. Самыя постановленія о метрикахъ изложены у насъ въ IX т. Зак. о Сост. Все это не соотвѣтствуетъ назначенію метрикъ, какъ актовъ гражданскаго свойства. Функціи духовныхъ властей въ этой области выросли чисто исторически. Въ средніе вѣка хаотическимъ состояніемъ записей рожденія, смерти (ибрака), вредно отражавшимся на личныхъ и имущественныхъ правахъ, особенно были недовольны духовные, которые изъ-за безпорядочности регистрацій не въ состояніи были слѣдить за правильностью браковъ. Пользуясь тѣмъ, что рожденіе, смерть (и бракъ) сопровождаются религіознымй обрядами, духовные взяли все дѣло регистраціи въ свои руки. Въ позднѣйшее время стали понимать непригодность этой системы, тѣмъ болѣе неудовлетворительной, что духовныя лица вели записи только христіанъ, другія исповѣданія предоставлены были прежнему хаосу. Нынѣ почти повсемѣстно метрикація передана гражданскимъ чиновникамъ—maires,

---

[1]) Schw. ZGB, Art. 34, 32, Abs. 2. Все это пополняется общей обязанностью cui prodest доказывать моментъ смерти, Art. 22, Abs. 1. Также и англійское право, Jenks, Digeste de droit civil anglais, t. 1, 1923, p. 3.

Standesbeamte. Во Франціи этотъ порядокъ принятъ былъ въ 1792 году, въ Германіи въ 1875 году, въ Англіи въ 1836 г., въ Швейцаріи въ 1874 г. Въ остальныхъ западныхъ странахъ, гдѣ еще не введена цивильная система записей, секуляризація дѣла метрикаціи — вопросъ недалекаго будущаго.

Лицамъ, ведущимъ метрикацію, объявляютъ о рожденіи и смерти, отецъ, мать, опекуны, а иногда и посторонніе. По Гражд. Улож. 1825 эта обязанность возлагается, при рожденіи, въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже на врача и лицъ, бывшихъ на родахъ, при смерти воспрещается совершить погребеніе безъ личнаго удостовѣренія ведущаго книги актовъ гражданскаго состоянія о томъ, что кончина дѣйствительно послѣдовала [1]). Неизбѣжныя при веденіи метрикаціи ошибки, обнаруженныя впослѣдствіи, способны ввести въ затрудненіе частныхъ лицъ, затрагивая въ то же время нерѣдко непосредственные государственные интересы. Тамъ, гдѣ метрикація ведется (въ гражданскомъ порядкѣ) подъ контролемъ суда, вопросъ значительно упрощается. Этотъ контроль, въ связи съ широкимъ допущеніемъ исковъ объ установленій правоотношеній (Feststellungsklagen), даетъ возможность заинтересованнымъ лицамъ добиться измѣненій въ записи, если послѣдняя разошлась съ дѣйствительностью. Законы б. Царства Польскаго допускаютъ обращеніе въ судъ съ просьбой объ исправленіи акта гражданскаго состоянія [2]). Просьбы разсматриваются по мѣсту веденія метрическихъ книгъ, съ выслушаніемъ заинтересованныхъ лицъ и правомъ жалобы. Дѣйствующій нашъ законъ даетъ лишь какія-то случайныя указанія, вродѣ того, что можно „по окончаніи богослуженія“ просить священника объ исправленіи невѣрной записи и пр. [3]). Между тѣмъ ошибки бываютъ чрезвычайно существеннаго характера, нерѣдко фигурируютъ нѣсколько метрикъ съ противорѣчивымъ содержаніемъ. По поводу одного частнаго случая, при полномъ отсутствіи записи въ метрическихъ книгахъ, Сенатъ допустилъ возможность исправленія пропуска въ иско-

---

[1]) Угол. Улож. строго караетъ завѣдомо ложное удостовѣреніе передъ подлежащей властью обстоятельства, которое должно быть внесено въ актъ состоянія, въ видѣ исключенія распространяя понятіе интелектуальнаго подлога въ данномъ случаѣ и на частныхъ лицъ, ст. 445, п. 1.

[2]) Гражд. Улож. 1825 г., ст. 140, и въ особенности Уст. Гражд. Судопр., стт. 1642—1652. Такое же право обращенія въ судъ создаетъ Пр. Гр. Ул., стт. 735 - 739.

[3]) См. 872, 915 стт. IX т. Зак. о Сост.

вомъ порядкѣ [1]). Невѣрная запись иногда немногимъ отличается отъ отсутствія всякой записи. Далеко ли до вывода о позволительности, хотя бы въ ограниченныхъ предѣлахъ, судебнаго вмѣшательства и при наличности ошибки, кореннымъ образомъ отражающейся въ правахъ индивидуума?

Отъ ревставраціи ошибочныхъ записей надо отличать, конечно, измѣненіе самаго содержанія записей вслѣдствіе судебныхъ рѣшеній по дѣламъ брачнымъ или о законности рожденій. Въ послѣднихъ случаяхъ приходится не исправлять погрѣшность, а дѣлать дополнительныя отмѣтки [2]).

Метрики служатъ доказательствомъ, однако не единственнымъ. События, удостовѣряемыя метрическими выписями, значитъ, рожденіе или смерть, могутъ быть устанавливаемы и другими данными, въ томъ числѣ и свидѣтельскими показаніями [3]). Законъ допускаетъ подобныя постороннія доказательства „при невозможности получить метрическія свидѣтельства, по неимѣнію метрическихъ книгъ, или при сомнительности обстоятельствъ, которыя въ нихъ показаны", стало быть, въ довольно широкомъ масштабѣ. Хотя по буквѣ законъ это касается только рожденія, но смыслъ закона можно распространить путемъ аналогіи и на другіе случаи, т. е. и на постановленіе событія смерти. При этомъ, такія не-метрическія доказательства пріемлемы не только по судебному дѣлу, но и внѣ суда [4]), вездѣ, гдѣ бы ни приходилось устанавливать факты рожденія или смерти для утвержденія вытекающихъ изъ нихъ правовыхъ послѣдствій.

Безвѣстное отсутствіе.

Если въ нѣкоторыхъ случаяхъ смерть очевидна, хотя никто трупа не видѣлъ, но недостовѣренъ только моментъ ея, то въ другихъ случаяхъ можетъ оказаться невѣдомымъ не только моментъ, но и самый фактъ смерти. Лицо иногда находится въ безвѣстномъ отсутствіи. Это бываетъ тогда, когда относительно мѣстонахожденія его нѣтъ и не можетъ получиться извѣстій. Безвѣстно-соотвѣтствующій это тотъ, кто оставивъ безслѣдно постоянное мѣстожительство, не даетъ о себѣ никакихъ свѣдѣній, такъ что неизвѣстно съ достовѣрностью, находится ли онъ въ живыхъ или умеръ.

---

[1]) Рѣш. Гражд. 1900 г. № 35.

[2]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 735.

[3]) Ст. 1356 Уст. Гражд. Судопр., рѣш. гражд. 1909 г. № 42, 1887 г. № 86, 1872 г. № 852.

[4]) Ср. рѣш. гражд. 1900 г. № 35

При безвѣстномъ отсутствіи необходимо оградить личныя и имущественныя права отсутствующаго, а также права эвентуальныхъ наслѣдниковъ. Надъ имуществомъ безвѣстно-отсутствующаго въ первую очередь учреждается опека, затѣмъ таковое передается по наслѣдству, съ предоставленіемъ отсутствующему, давшему о себѣ вѣсть, получить имущество обратно. Удостовѣреніе въ безвѣстномъ отсутствіи дѣлается судомъ, для обезпеченія затрагиваемыхъ въ данномъ случаѣ серьезныхъ интересовъ. Опредѣленіе суда имѣетъ либо декларативный характеръ, т. е. правоотношенія пріурочиваются къ моменту исчезновенія, либо конститутивный, когда время возникновенія таковыхъ указываетъ самъ судъ.

Безвѣстное отсутствіе заключаетъ въ себѣ, собственно, двѣ презумпціи: презумпцію жизни и презумпцію смерти [1]). До извѣстнаго момента исчезнувшій считается живымъ и трактуется какъ живой. Потомъ наступаютъ выводы изъ предположенія смерти. При этомъ ни та, ни другая презумпція не доводится въ своихъ консеквенціяхъ до конца, такъ какъ и въ первой и во второй стадіи комплексъ юридическихъ отношеній колеблется между представленіемъ жизни и представленіемъ смерти, не примыкая окончательно ни къ тому, ни къ другому.

Какъ жизненное явленіе, безвѣстное отсутствіе въ настоящее время менѣе рельефно выступаетъ на сцену, чѣмъ въ старину, въ виду нынѣшняго развитія путей сообщенія и коммуникаціи. Впрочемъ, въ послѣдніе годы, въ связи съ войной и революціями, оно стало вновь нѣсколько актуальнымъ. Окончательно потерять свое значеніе институтъ безвѣстнаго отсутствія, конечно, не сможетъ уже въ виду обилія случайностей, какимъ вообще подвергается человѣкъ и его жизнь.

Сближеніе безвѣстнаго отсутствія по послѣдствіямъ со смертью (презумптивная смерть) покоится либо на фактѣ истеченія опредѣленнаго, твердо установленнаго, времени со дня исчезновенія—по одной системѣ законодательствъ—либо на достиженіи исчезнувшимъ извѣстнаго старческаго возраста—по другой системѣ. Отсутствіе свѣдѣній о жизни или смерти, по общему правилу, должно быть необыкновеннымъ и неожиданнымъ. Этого нѣтъ при нахожденіи лица заграницей, даже постоянномъ, если такое нахожденіе извѣстно или можетъ быть извѣстно, при пребываніи въ мѣстности, отрѣзанной по какимъ либо чрезвычайнымъ событіямъ или оккуппированной.

Въ прежнія времена о презумптивной смерти при безвѣстномъ отсутствіи не знали. Римское право, не создавая никакихъ особыхъ предположеній, просто учреждало опеку надъ имуществомъ безвѣстно

---

[1]) О предположеніи смерти безвѣстно-отсутствующаго, хотя и „въ видѣ исключенія“ опредѣленно говорится въ Св. Приб. ст. 1583, см. также 526, 527.

отсутствующаго (cura bonorum absentis). По заявленію заинтересованныхъ, судъ удостовѣрялъ смерть безвѣстно отсутствующаго, но всѣ другіе вопросы, связанные съ безвѣстнымъ отсутствіемъ, судомъ обыкновенно не предрѣшались. Вообще же римскій судъ, ничѣмъ не связываемый въ своихъ рѣшеніяхъ и оцѣнкѣ доказательствъ, могъ принимать, конечно, мѣры къ охранѣ имущества и правъ безвѣстно-отсутствующаго, а въ случаѣ надобности постановлять какъ о днѣ исчезновенія, такъ и о днѣ предполагаемой кончины пропавшаго безъ вѣсти [1]). Въ средніе вѣка при бѣдственномъ состояніи дорогъ и сношеній, общей необезпеченности, частыхъ морскихъ путешествіяхъ (Италія) безвѣстное отсутствіе не было чѣмъ-то изъ ряда вонъ выходящимъ. Люди, даже самые вліятельные (какъ Мекленбургскій князь Генрихъ), пропадали на десятки лѣтъ. Напрашивалась регламентація. Первоначально основывались на древне-германскомъ правѣ, передававшемъ имущество б. отс. наслѣдникамъ, на первыхъ порахъ во временное владѣніе, съ истребованіемъ обезпеченія, а затѣмъ и въ собственность [2]). Ни какихъ либо сроковъ, ни необходимости соблюденія особыхъ формальностей не существовало для суда, который всѣ вопросы разрѣшалъ по своему свободному усмотрѣнію. Впослѣдствіи смерть отсутствующаго стала пріурочиваться подъ вліяніемъ древне-римской презумпціи о продолжительности жизни къ возрасту въ 100 лѣтъ, сокращенному въ дальнѣйшемъ до 70, согласно псалма, опредѣляющаго въ этой послѣдней цифрѣ предѣлъ жизни человѣка. Въ этотъ моментъ открывалось наслѣдованіе послѣ б. отс. По истеченіи даннаго времени б.-отс. объявившись, могъ быть возстановленъ въ правахъ съ большими ограниченіями, доходившими иногда до сведенія всѣхъ его притязаній къ праву на содержаніе отъ наслѣдника. Бракъ расторгался условно, до возврата б.-отс. супруга. Вызовъ б.-отс. черезъ публикацію установленъ былъ лишь въ XVIII в. Позднѣе европейскія законодательства стали преимущественно на точку зрѣнія продолжительности отсутствія, но при этомъ иногда принимался во вниманіе и возрастъ

---

[1]) Въ частности, для признанія безвѣстнаго отсутствія супруга необходимо было longo tempore abesse, послѣ чего бракъ прекращался ipso jure, а не только черезъ эвентуальное заключеніе новаго брака. Вступленіе вернувшагося мужа въ сожительство съ прежней женой хотя бы свободной и живущей въ домѣ мужа, было aliud matrimonium. Levy, Verschollenheit und Ehein antiken Rechten, Gedächnisschrift für Emil Seckel 1927, S. 161 f.

[2]) Призваніе наслѣдниковъ въ этомъ случаѣ объясняютъ весьма старымъ обычаемъ отдавать имущество исчезнувшаго лица родственникамъ его.

(смѣшанная система), такъ что при достиженіи, наприм., 65 лѣтъ требовалось отсутствіе пятилѣтнее, а не десятилѣтнее, какъ обычно (Прусскій Landrecht). По Code civil въ первый періодъ такъ назыв. absence présumée судъ принимаетъ мѣры къ охранѣ имущества отсутствующаго. Затѣмъ наступаетъ – abence declbrée, когда перевѣшиваетъ уже предположеніе смерти надъ презумпціей жизни, что бываетъ черезъ 4 года послѣ пропажи безъ вѣсти или черезъ 10 лѣтъ, если остался повѣренный. Въ это время наслѣдники могутъ ввестись во временное владѣніе, съ обязанностью отчетности въ случаѣ отпаденія презумпціи. По прошествіи 30-ти лѣтъ со дня рѣшенія о признаніи лица пропавшимъ безъ вѣсти или если прошло сто лѣтъ со дня рожденія его, наступаетъ окончательное пріобрѣтеніе. Однако и послѣ этого вправѣ пропавшій, при опроверженіи презумпціи, взять свое имущество въ томъ положеніи, въ какомъ оно находится. Судебное рѣшеніе о безвѣстномъ отсутствіи пріурочиваетъ послѣдствія смерти ко дню исчезновенія. Никакихъ публикацій о вызовѣ безвѣстно-отсутствующаго франц. право не знаетъ [1]). Составители BGB не сочувствовали продолжительному оставленію временнаго состоянія юридическихъ отношеній при безвѣстномъ отсутствіи, какъ вреднаго для управленія имуществомъ и приводящаго къ обезцѣненію послѣдняго. Установивъ 10-лѣтнюю продолжительность б. отс. BGB въ отдѣльныхъ еще значительно укорачиваетъ промежутокъ времени. Съ истеченіемъ законнаго срока наступаетъ единый судебный актъ декларативнаго характера о признаніи презумпціи смерти, и наслѣдники получаютъ имущество. Не воспрещается доказывать наступленіе смерти ранѣе или позже времени, установленнаго судомъ, съ соотвѣтственными послѣдствіями,– или же нахожденіе б. отс. въ живыхъ, приводящее къ отмѣнѣ наслѣдованія. Во избѣжаніе религіозныхъ конфликтовъ, бракъ расторгается не съ момента объявленія б. отс., а лишь съ заключеніемъ новаго брака. При отпаденіи презумпціи новый бракъ можетъ быть оспоренъ добросовѣстнымъ супругомъ перваго брака, но не самимъ исчезнувшимъ [2]).

---

[1]) См. Code civil, Art. 120—138, Гражд. Улож. 1825 г., стт. 36—61.

[1]) Schw. ZGB даетъ возможность постановить декларативное рѣшеніе черезъ 5 лѣтъ, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и раньше. Судъ признаетъ отсутствующаго für verschollen съ результатами wie wenn der Tod bewiesen wäre. Судъ обязывается передъ рѣшеніемъ разслѣдовать факты исчезновенія, Art. 35—38. Въ Швейцаріи б. отс.—это таже презумптивная смерть, а не только declaration d'absence франц. права, какъ

У насъ важнѣйшія постановленія о безвѣстномъ отсутствіи изложены въ процессуальныхъ законахъ, которые, несомнѣнно, имѣютъ въ данномъ отношеніи значеніе нормъ матеріальнаго права. Судебное признаніе безвѣстнаго отсутствія принято и у насъ, но въ нѣсколько иномъ видѣ, чѣмъ на Западѣ. Оно имѣетъ мѣсто черезъ 5 лѣтъ, считая не со дня исчезновенія, а со дня публикаціи. Послѣдняя производится судомъ по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ съ назначеніемъ въ то же время опеки [1]). Хотя судебное рѣшеніе есть признаніе безвѣстнаго отсутствія, но первое влечетъ за собою только временный переходъ къ наслѣдникамъ наслѣдственнаго комплекса „въ управленіе и владѣніе". Лишь черезъ 10 лѣтъ со времени первой публикаціи наступаютъ опредѣленные

неправильно думаютъ нѣкоторые, напр. Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1927, S. 40. Čeho-Slov. усваиваетъ смѣшанную систему предѣльнаго возраста и продолжительности исчезновенія. По рѣшенію суда наслѣдники принимаютъ имущество въ качествѣ добросовѣстныхъ или недобросовѣстныхъ владѣльцевъ. Нѣтъ сомнѣнія, что по Čecho-Slov. съ паденіемъ презумпціи всѣ права исчезнувшаго возстанавливаются. См. объясненія Justizministerium къ § 75. По Прибалтійскому праву, въ случаѣ отсутствія даннаго лица, все равно простого и безвѣстнаго (Тютрюмовъ), учреждается попечительство. Съ достиженіемъ 70 лѣтъ безвѣстно отсутствующій, по истеченіи не менѣе 5 лѣтъ со времени полученія о немъ послѣднихъ свѣдѣній, объявляется умершимъ, съ соотвѣтствующими послѣдствіями, но онъ вправѣ всегда требовать обратно имущество въ томъ составѣ, въ какомъ оно сохранилось или въ размѣрѣ обогащенія владѣвшихъ, стт. 516 528 Св. Приб. Бразильское гражданское уложеніе 1 января 1916 г. приняло французскую систему, стт. 463 483—нѣм. изд. Heinsheimer 1928; см. также комментарій издателя: „Nicht Todeserklärung mit allgemeiner Todesvermutung wie nach BGB . . ., sondern das einfache Abwesenheitsrecht (erster, zweiter, und dritter Stufe . . .), wie im Code civil . . . Spanien . . . Portugal", S. 113).

[1]) Рѣш. гражд. 1890 г. № 129. О производствѣ публикаціи, назначеніи опеки и пр. вправѣ просить, по разъясненію Сената, и кредиторы безвѣстно отсутствующаго, рѣш. гражд. 1890 г. № 16. Органамъ власти, какъ таковымъ—не субъектамъ вымороченаго права, — въ этомъ случаѣ никакой иниціативы у насъ не принадлежитъ. Иначе Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 463 („Auftrag irgendeines Interessanten oder des Staatsanwalts"), См. нѣм. изд. Heinsheimer, 1928. Ср. также франц. Loi du 25 juin 1919 relative aux militaires, marins et civils disparus pendant la durée des hostilités, Art. 1 („Ce droit apartiendra egalement au ministère public").

результаты безвѣстнаго отсутствія: происходитъ впервые наслѣдованіе, прекращаются семейныя, опекунскія, родительскія, брачныя правоотношенія [1]). Законъ не заботится о самомъ времени исчезновенія, судъ въ своемъ опредѣленіи этого времени не фиксируетъ съ обязательностью, что на практикѣ приводитъ къ немалымъ затрудненіямъ. При сомнѣніи заинтересованнымъ приходится устанавливать день (и часъ) исчезновенія. „Безхозяйности" нѣтъ съ начала до конца, долженъ существовать моментъ деляціи, хотя бы и условной, къ которому пріурочивается возникновеніе правоотношеній ретроспективно по принятіи наслѣдства послѣ безвѣстно отсутствующаго. Этимъ моментомъ должно было бы считаться время исчезнованія. Все это игнорируется въ нашемъ законѣ, предпочитающемъ умалчивать объ этой деликатной матеріи. По Пр. Гр. Ул., который стремится, въ общемъ, солидаризироваться съ точкой зрѣнія дѣйствующихъ законовъ, безвѣстно-отсутствующій „признается, пока не будетъ доказано противнаго, умершимъ въ день послѣдней публикаціи объ объявленіи его безвѣстно-отсутствующимъ" [2]). Съ переходомъ наслѣдства черезъ истеченіе 10 лѣтъ въ состояніи ли объявившійся б. отс. домогаться возвращенія правъ? Если принять во вниманіе, что безвѣстное

---

[1]) Уст. Гражд. Судопр., стт. 1451—1460. См. рѣш. гражд. 1892 № 97. Есть ли какая-либо нужда, при наслѣдованіи, еще въ той публикаціи, которая установлена у насъ закономъ для вызова наслѣдниковъ? Отвѣтъ можетъ быть только отрицательный. Законъ ни къ одному моменту не пріурочиваетъ смерть безвѣстно-отсутствующаго, стало быть, ни въ одинъ моментъ означенная публикація не имѣла бы дѣйствительнаго смысла. Нормы о безвѣстномъ отсутствіи исчерпываютъ самостоятельно послѣдствія такового. Полученіе же наслѣдниками б. отс. наслѣдства по истеченіи 10 лѣтъ не обусловлено въ законѣ никакими дальнѣйшими дѣйствіями съ ихъ стороны. При отсутствіи наслѣдниковъ наступаетъ выморочность на тѣхъ же основаніяхъ, т. е. также безъ особой публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ.

[2]) Ст. 12, 1522 пп. 2 и 3. Какъ видно изъ мотивовъ, составители держались мнѣнія (думается, ошибочнаго), будто и по дѣйствующимъ законамъ наслѣдственныя права опредѣляются начальнымъ моментомъ всего производства, предусмотрѣннымъ 1453 ст. Уст. Гражд. Судопр., т. е. постановленіемъ суда о производствѣ публикаціи и назначеніи опекуна, См. Пр. Гр. Ул., Объясненія, кн. 1, 1903, стр. 104 и 105. Никакой законъ нашъ подкрѣпленія этому взгляду не даетъ. Да и принципіально этотъ взглядъ непріемлемъ, какъ не устраняющій безхозяйности.

отсутствіе и по нашему закону есть презумпція смерти, но не смерть, то поставленный вопросъ придется рѣшить скорѣе въ положительномъ смыслѣ. Къ лишенію правъ отсутствовавшаго, когда бы затѣмъ возвращеніе ни произошло, нашъ законъ достаточнаго основанія не даетъ [1]). Это заключеніе приводитъ, конечно, къ тому, что правовой комплексъ можетъ остаться въ неопредѣленномъ состояніи продолжительное время. Въ качествѣ корректива на практикѣ приходятъ на помощь постановленія о давности владѣнія, давности исковой, добросовѣстныхъ пріобрѣтеніяхъ, добросовѣстномъ владѣніи. Пр. Гр. Ул. дополняетъ все это еще и новымъ правиломъ о погашеніи права обратнаго требованія съ истеченіемъ 10 лѣтъ со дня поступленія имущественнаго комплекса въ собственность наслѣдника [2]).

---

[1]) Такъ, между прочимъ, и Анненковъ, Система русск. гражд. права, т. I, 1910 г., стр. 156, Побѣдносцевъ, Курсъ гражданскаго права, т. 2, 1896 г., стр. 304, Contra Сенатъ, рѣш. гражд. 1892 г. № 97, 1890 г., № 129, 1875 г. № 845, также Васьковскій, Гуляевъ, Шершеневичъ, Полянскій. Послѣдній авторъ, на основаніи историческихъ изысканій, происходитъ къ основательному выводу о томъ, что „безвѣстное отсутствіе по старому нашему праву было презумпціей выморочности имущества", что немногимъ отличается отъ презумпціи смерти, но не столь доказательно утвержденіе его, что съ истеченіемъ десятилѣтняго срока со дня публикаціи возвратившійся утрачиваетъ право на полученіе своего имущества обратно (Безвѣстніе отсутствіе и имущественныя его послѣдствіи, 1911, стр. 26, 42).

[2]) X т. I ч. (Стт. 1243 и 1244) трактуетъ о безвѣстномъ отсутствіи главнымъ образомъ съ точки зрѣнія заботъ объ охраненіи правъ государства на имущества выморочныя (см. рѣш. гражд. 1892 г. № 97). Постановленія Уст. Гражд. Судопр. касаются лишь способа установленія б. отс. но не вопроса объ объемѣ и предѣлахъ правъ наслѣдниковъ и самого б. отс. Въ прежнее время самовольная отлучка заграницу и самовольное пребываніе тамъ также трактовались въ нѣкоторомъ отношеніи какъ безвѣстное отсутствіе (т. IX Зак. о Сост., ст. 7, Улож. о нак., ст. 327). Нѣсколько отдѣльно стоитъ норма 54 ст. X т. I ч. о расторженіи брака въ случаѣ нахожденія супруга въ теченіе 5 лѣтъ въ „совершенно безвѣстномъ отсутствіи", какъ спеціальная льгота и уступка религіозно-нравственнымъ требованіямъ. Назначеніе защитниковъ при исполненіи судебныхъ рѣшеній въ отношеніи исчезнувшихъ отвѣтчиковъ (стт. 967^{1}—967^{14} Уст. Гражд. Судопр.) имѣетъ въ виду облегченіе ликвидаціи судебнаго процесса и правъ отсутствующаго не затрагиваетъ.

Презумпція смерти доступна опроверженію со стороны не только самимъ б. ост., но и всякаго другого заинтересованнаго лица. Это вправѣ сдѣлать, наприм., страховое общество въ процессѣ съ мнимой „вдовой" относительно страховаго вознагражденія (Lehman). Опроверженіе можетъ быть направлено также къ доказыванію дѣйствительнаго момента смерти исчезнувшаго. Несомнѣнно одно: съ опроверженіемъ презумпціи въ смыслѣ установленія жизни не всѣ права одинаково возстанавливаются. Такъ, бракъ, однажды расторгнутый, прекращается окончательно, родительскія права безусловно возвращаются.

Нѣкоторыя страны знаютъ еще облегченные способы признанія б. отс., расчитанные на особыя условія. Подобнаго рода льготные законы были обнародованы, между прочимъ, во время и послѣ міровой войны Въ Германіи по законамъ 18 апрѣля 1916 г. и 9 августа 1917 г. для участниковъ міровой войны,—гражданъ Германіи и дружественныхъ ей державъ—установленъ годичный срокъ безвѣстнаго отсутствія. При этомъ допускается нѣкоторая отсрочка рѣшенія, если по обстоятельствамъ дѣла, въ особенности по отдаленности послѣдняго мѣстопребыванія (Японія, колоніи), не исключена еще возможность полученія извѣстій. Самымъ моментомъ презумптивной смерти считается время, когда могла бы поступить просьба объ объявленіи б. отс., развѣ бы по обстоятельствамъ дѣла можно было установить иной моментъ. Затѣмъ обычный срокъ сокращается до трехгодичнаго при какой либо опасности и до года—при кораблекрушеніи. Въ Италіи декретомъ 15 Августа 1919 г. (дополненнымъ въ 1920 г.) въ отношеніи исчезнувшихъ во время военныхъ операцій или кораблекрушенія, вызваннаго причиной, которая связана съ войной, допускается объявленіе презумптивной смерти, съ послѣдствіями что касается имущества, личныхъ и брачныхъ правъ, коль скоро ходатайство о томъ со стороны родственниковъ поступило въ теченіе года со дня прекращенія военныхъ дѣйствій, если рѣчь идетъ объ исчезновеніи во время военной операціи, въ теченіе двухъ лѣтъ со дня подписанія обязательства объ освобожденіи военноплѣнныхъ, если дѣло касается попавшихъ въ плѣнъ, и по прошествіи года послѣ обнаруженія кораблекрушенія, когда рѣчь идетъ о таковомъ („la dichiarazione di morte presunta degli scomparsi in guerra"). Такой же характеръ упрощенія производства при сущъ Французскому закону отъ 25 іюня 1919 г. объ исчезнувшихъ за время войны (pendant la durée des hostiltés). Швейцарскій законъ назначаетъ годичный срокъ при Todesgefahr.

Многія законодательства о б. отс., и наши законы въ первую очередь, страдаютъ существенными недостатками. Необходимо прежде всего вытравить изъ частнаго права послѣдніе слѣды, гдѣ они еще имѣются, взгляда на б. отс. какъ на проступокъ или подобіе проступка): это предметъ спеціальныхъ нормъ права уголовнаго и административнаго, считающихся съ неправомѣрнымъ сокрытіемъ личности [1]). Не чѣмъ инымъ, какъ предположеніемъ смерти, безвѣстное отсутствіе быть не можетъ („безвѣстность хуже худой вѣсти"—Даль), ибо оно всегда и вездѣ создавало и нынѣ создаетъ мысль объ исчезновеніи съ міра: отсюда и соотвѣтственныя послѣдствія. Но въ первое время должна существовать надежда на возвращеніе и связанная съ ней презумпція жизни. Срокъ безвѣстнаго отсутствія подлежитъ значительному сокращенію, принимая во вниманіе развивающуюся быстроту передвиженій и сношеній. Война и революціи затруднили путешествія и сообщенія, давши въ то же время максимальное количество пропавшихъ безъ вѣсти лицъ, но это явленіе переходное. Требуется расширить право суда, особенно при установленіи момента, съ котораго течетъ б. отс. (презумптивная смерть) [2]). При явкѣ б. отс. или вообще при опроверженіи презумпціи поворотъ правъ долженъ производиться безъ ограниченія временемъ, по правиламъ о добросовѣстномъ или недобросовѣстномъ владѣніи наслѣдствомъ, съ соотвѣтственнымъ огражденіемъ правъ третьихъ лицъ[3]).

---

[1]) Въ Россіи этотъ взглядъ выработался исторически: еще Уложеніе царя Алексѣя Михайловича видѣло въ отъѣздѣ „безъ проѣзжія грамоты" отбытіе „для измѣны и для иного какого дурна". Полянскій, Безвѣстное отсутствіе и имущественные его послѣдствія, 1911, стр. 18. Но и на Западѣ долгое время безв. отсутствіе соединялось съ подозрѣніемъ въ виновности. Лишь въ нынѣшнія эпохи эти подозрѣнія потеряли всякую почву. Замѣчается даже возможность констатировать въ нѣкоторыхъ случаяхъ б. отс. какой то психонатологизмъ (анемнезія).

[2]) Право суда, бывшее чревычайно широкимъ ранѣе, оказалось значительно суженымъ затѣмъ въ Европѣ и у насъ подъ вліяніемъ системы формальныхъ доказательствъ.

[3]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 1551, п. I., 1550 и сл., Čecho-Slov., § 75.

Правовыя различія лицъ.

Ограниченія для однихъ и привилегіи для другихъ, въ отношеніи пола, происхожденія, національности и религіи,—эти остатки прежнихъ эпохъ, запечатлѣнныхъ борьбой человѣка съ человѣкомъ за первенство (homo homini lupus est) мало по малу исчезаютъ изъ современныхъ кодексовъ. Въ настоящее время можетъ быть рѣчь только о привилегіяхъ таланта, знанія и труда (фактическое неравенство людей). Но даже упорное стремленіе человѣчества къ внѣшнему равенству передъ закономъ встрѣчаетъ препятствія въ физическихъ и иныхъ условіяхъ, о преодолѣніи которыхъ позволительно говорить лишь съ точки зрѣнія идеаловъ и надеждъ будущаго. Приходится считаться съ нѣкоторыми различіями правового положенія отдѣльныхъ лицъ.

Различіе по полу, имѣвшее большое значеніе въ прежнее время, постепенно уступаетъ принципу уравненія мужчинъ и женщинъ въ правахъ. У насъ до послѣднихъ временъ существовала цѣлая сѣть ограниченій пола. Въ русскомъ правѣ и быту женщина формально, быть можетъ, стояла выше, чѣмъ на Западѣ, по существу была гораздо болѣе связана и унижена. Утвержденіе древняго философа, на которое ссылаются женоненавистники, что природа создаетъ женщину по безсилію, по ошибкѣ или случайно, а стремится всегда создать мужчинъ, находило благодарную почву въ Россіи. По смыслу нашихъ законовъ, „мужъ выступаетъ въ роли благодѣтеля жены, изъ ничтожества поднимающаго ее въ уровень съ своими согражданами, за что, само собою разумѣется, жена должна питать особое „почтеніе“ [1]). Нѣкоторыя ограниченія падали спеціально на замужнихъ женщинъ, иныя касались только незамужнихъ, какъ воспрещеніе выдачи векселей дѣвицамъ (впослѣдствіи отпало), но были стѣсненія и общаго характера. Въ 1871 г. прегражденъ былъ доступъ женщинамъ на канцелярскія и другія должности въ правительственныхъ и общественныхъ учрежденіяхъ, гдѣ мѣста занимаются по выборамъ или по назначенію, въ 1876 г. 2 февраля это распространено было на занятіе частной адвокатуры. Нѣкоторые проблески процесса установленія женскаго полноправія начались еще до войны въ Россіи.

Древнѣйшее, изначальное правило морали, что люди созданы по образу и подобію Божьему, заключаетъ въ себѣ зерно идеи всеобщаго равенства, въ томъ числѣ и равенства женщинъ съ мужчинами. Этой

---

[1]) Нежданова, Русская женщина въ дѣйствующемъ законодательствѣ и въ дѣйствительной жизни, 1892 г., стр. 10.

идеѣ готовится окончательный тріумфъ въ нынѣшнее время. Даже въ Англіи, странѣ стародавнихъ традицій, реформы середины и конца 19 вѣка (либеральные законы Министерства Гладстона, Maried Womens property Act. 1893, законы о бракѣ и разводѣ. 1857 и 1860 г.г. и мн. др.) обезпечили женщинѣ вообще и въ частности замужней женщинѣ, въ качествѣ feme sole, личныя и имущественныя права. Принципы средневѣковаго патріархализма, подчинявшаго женщину власти мужчины, исподволь разрушались и имѣютъ нынѣ въ судебной практикѣ не больше значенія, чѣмъ „романтика старыхъ руинъ, на которыхъ выстроено новое жилище со всѣми современными комфортами“ [1]). Однако, по французскому закону женщина все еще имѣетъ не болѣе правъ, чѣмъ несовершеннолѣтній, будучи лишена возможности заключать договоры безъ согласія мужа [2]). Въ нынѣшней Польшѣ осталось только ограниченіе женщины въ правѣ занятія опекунской должности, все остальное отпало [3]). Для бывшихъ польскихъ областей современной Литвы тотъ же порядокъ созданъ въ 1922 году, а именно: отмѣнено неравенство женщинъ, съ сохраненіемъ лишь нѣкотораго умаленія ихъ опекунскихъ правъ. Въ интересахъ закрѣпленія правъ женщинъ нормы о женскомъ равноправіи вносятся въ конституціи. Въ Германіи мужчины и женщины обладаютъ, въ общемъ, одними и тѣми правами и обязанностями [4]). Къ оффиціальнымъ должностямъ женщины имѣютъ доступъ въ „скромномъ размѣрѣ“. Мотивы къ закону 11 іюля 1922 года, разрѣшающему женщинамъ занимать второстепенныя судейскія должности, именно, судебныхъ приставовъ и судебныхъ секретарей, указываютъ, что рѣчь идетъ не о полномъ равенствѣ женщинъ и муж-

[1]) Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907, S. 370.

[2]) Code Civil, Код. Нап., 1124, см. также Гражд. Улож. 1825 г., стт. 182--190, Полож. о союзѣ брачномъ, ст. 214. Св. Приб. удержалъ воспрещеніе замужнимъ женщинамъ наниматься въ услуженіе безъ согласія мужей, ст. 4194. По закону 12 марта 1914 г. къ словамъ „замужнимъ женщинамъ“ слѣдуетъ добавить „имѣющимъ совмѣстное съ мужемъ жительство“, см. въ изд. Нолькена примѣч. автора къ помянутой статьѣ. Мужъ вправѣ оспорить договоръ труда, заключенный женой при такихъ условіяхъ. Совершеннолѣтней дѣвицѣ предоставляется на волю избрать или испросить себѣ постояннаго попечителя или же избрать себѣ такого для каждаго отдѣльнаго случая, ст. 514.

[3]) См. Zoll, Prawo civilne, 1921, str. 367.

[4]) Формально по герм. конституціи 1919 г., Art. 119, м. и ж. имѣютъ „grundsätzlich“ только одинаковыя „staatsbürgerliche Rechte“.

чинъ въ области отправленія правосудія, а объ использованіи для суда особыхъ качествъ женщины. Италіанскій законъ 7 іюля 1919 г. окончательно отмѣнилъ всѣ нормы, въ силу которыхъ (замужнія) женщины терпѣли существеннѣйшія ограниченія въ правахъ (по распоряженію недвижимостями и капиталами, судебной защитѣ, участію въ обществахъ и товариществахъ и пр.) [1]. Въ Литовскомъ государствѣ, согласно дѣйствующей конституціи, „всѣ граждане Литвы, мужчины и женщины, равны передъ закономъ". Обнародованный примѣнительно къ этому позднѣйшій законъ отъ 10 апрѣля 1922 г. обязываетъ жену участвовать посильно и условно въ содержаніи семьи наравнѣ съ мужемъ, уравниваетъ дочерей съ сыновьями въ наслѣдованіи[2]). Но этимъ не уничтожаются другія нормы одіознаго для женщинъ характера. Остается обязанность жены слѣдовать за мужемъ по мѣстожительству, право мужа прекратить досрочно трудовой договоръ, заключенный живущей совмѣстно съ нимъ женой безъ его согласія [3]). Не отмѣнены формально ограниченія женщинъ относительно государственной и общественной службы и занятія частной адвокатурой [4]).

Что побуждаетъ законодателя удерживать женскія ограниченія? Къ этому приводитъ скорѣе мысль объ особомъ положеніи женщины въ семьѣ (Синайскій), чѣмъ желаніе уменьшить права пола. Повидимому, другого рода умаленіе правъ женщины — служебныхъ, опекунскихъ—покоится также на специфическихъ основаніяхъ,

---

[1]) Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 35 и сл. Декларація равенства, между прочимъ,—въ Латвійской Конституціи, § 82, Финляндской, § 5, Чехословацкой, § 106.

[2]) Vyriausybės Žinios, 1922 № 85. Въ соотвѣтственномъ смыслѣ измѣнены статьи 106, 1128 и 1135 X т. 1 ч.

[3]) X т. 1 ч., стт. 103, 2202, законъ 12 марта 1914 г. о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ и дополненіяхъ дѣйствующихъ узаконеній о личныхъ и имущ. правахъ замужнихъ женщинъ и объ отношеніяхъ супруговъ между собою и къ дѣтямъ, п. 1 отд. 1.

[4]) Учр. Судебн. Установл., ст. 406^{19}. Устраненіе женщинъ отъ занятія частной адвокатурой черпало оправданіе въ той невысокой роли, какую играли въ Россіи частные повѣренные, по своему образовательному и отчасти моральному уровню и по всему характеру своей дѣятельности. Однако, таковое устраненіе гармонировало и съ общимъ настроеніемъ судейскихъ круговъ (но не закона) противъ женской адвокатуры. См. изложеніе этого предмета у Розина, Уголовное Судопроизводство, 1916, стр. 336—340. У насъ данная статья закона могла остаться только по недосмотру.

какъ соображеніе большей привязанности женщины къ семьѣ, ея относительной физической слабосильности, недостаточной подготовленности и т. п. Женское движеніе—Frauenbewegung—домогается уничтоженія всякаго неравенства, въ чемъ бы оно ни заключалось, вплоть до уничтоженія самой правовой проблемы пола [1]). Въ дѣйствительности, каждое отдѣльное ограниченіе правъ женщины, оставляемое законодателемъ, оказывается въ конечномъ счетѣ не выдерживающимъ критики и несправедливымъ, свидѣтельствуя о нерѣшительности и недоведеніи мысли до конца. Если и невозможно такъ называемое математическое уравненіе людей, то все же въ законѣ, въ системѣ правъ и обязанностей мужчинъ и женщинъ, послѣдніе остатки одіозныхъ нормъ должны увянуть и отпасть. Особыя свойства женщинъ, возвышающія или понижающія ихъ въ качествѣ людей по сравненію съ мужчинами, принимаются во вниманіе при распредѣленіи функцій общественной жизни, въ общемъ процессѣ раздѣленія всего человѣческаго труда и культурныхъ задачъ, но ни въ какомъ случаѣ не должны быть для половины человѣчества источникомъ ни юридическихъ преимуществъ, ни юридическихъ ограниченій.

Относительно религіи и національности современныя конституціи подтвердили свободу совѣсти: принадлежность къ тому или иному вѣроисповѣданію и народности не можетъ служить поводомъ къ какимъ-либо привиллегіямъ или ограниченіямъ [2]). Никто не можетъ быть принуждаемъ къ оказательству вѣры, т. е. къ обязательному исповѣданію религіи. Къ такимъ духовнымъ эмоціямъ, какъ религіозныя, государство относится съ безпристрастіемъ и отчасти съ безразличіемъ. Поскольку отдѣльныя религіозныя общины или секты не вступаютъ въ коллизію съ правопорядкомъ, государству чуждо особое вмѣшательство. Вѣроисповѣданіе подлежитъ учету лишь настолько, насколько съ нимъ связаны естественно вытекающія изъ него права и обязанности, какъ консеквенціи государственнаго характера, либо государственныя и соціальныя обремененія, какъ налоги на религію и т. д. По закону 11 іюня 1920 религія въ Германіи въ Гражданскій реестръ — Standesregister больше не вносится. Завѣдующіе гражданскимъ реестромъ

---

[1]) Въ Австрійскій Nationalrat внесенъ законопроектъ, въ силу котораго вездѣ, гдѣ законъ устанавливаетъ особое право для мужа или отца, такое же право создается для жены и матери, такъ что повсюду слова „Vater“ или „Ehegatte“ замѣняются словами „Eltern“ и „beide Ehegatten“, (См. „Die Neue Generation, 21 Jahr, Heft 11, 1921, S 325.

[2]) Герм. RV 11 авг. 1919, Art. 135, Лит. Констит. § 10.

чиновники могутъ собирать статистическія свѣдѣнія относительно принадлежности къ вѣроисповѣданіямъ, но только черезъ соотвѣтственныя религіозныя общины (Simeon).

Свобода совѣсти есть продуктъ новыхъ временъ и достигнута послѣ долгой и упорной борьбы. Въ средніе вѣка религія была обязательной принадлежностью каждаго, какъ и само гражданство. Впослѣдствіи, съ происшедшимъ расколомъ въ христіанско-католической вѣрѣ, каждый властитель своимъ вѣроисповѣданіемъ опредѣлялъ вѣроисповѣданіе и подданныхъ своихъ—cujus regio, ejus religio (Landeskirchentum). Внѣ обязательной религіи не было и правоспособности. Однако, наряду съ господствующей вѣрой терпимы были и другія вѣроисповѣданія, хотя во многихъ мѣстахъ, какъ Австрія и др., дозволялось насильственно посягать, наприм., на евангелическую вѣру, искоренять ея проявленія. Только въ 18 вѣкѣ, со смягченіемъ прежнихъ грубыхъ нравовъ, началась новая государственная политика равнаго отношенія ко всякимъ религіознымъ группамъ и сектамъ. Французское право признало полную правоспособность за всякимъ гражданиномъ, значитъ независимо отъ религіи [1]). Точно также Австрія установила, что различіе въ религіи не имѣетъ никакого вліянія на частныя права [2]). Въ Германіи то же начало подтверждено было нѣсколько разъ (законы 1848 г., законъ 3 іюля 1869 г., „Fundamentalgesetz der Gewissenfreiheit im Deutschen Reiche"). Эти послѣдніе законы—Французскій, Австрійскій и Германскіе—признали полноправіе и за нехристіанскими вѣроисповѣданіями—евреями и др., и даже за лицами, не имѣющими никакой религіи, порвавъ съ прошлымъ. Въ дальнѣйшемъ оставалось лишь подтвердить то, что достигнуто.

Въ Россіи религія и національность издавна производили большія различія въ правахъ. Это состояніе свидѣтельствовало о внутренней борьбѣ въ государствѣ, а съ своей стороны ее и усиливало. На западѣ Россіи законодатель опасался вліянія польскихъ элементовъ, какъ болѣе культурныхъ, избирая средствомъ ослабленія этого вліянія ограниченіе ихъ въ правѣ пріобрѣтенія помѣщичьихъ имѣ-

[1]) Code civil, Код. Нап., 8.

[2]) По общему Гражданскому Улож. Австрійской Имперіи 1811 г., ст. 39, различія въ вѣрѣ не отражаются на гражданскихъ правахъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, особо опредѣленныхъ въ законѣ. На основаніи послѣдующаго закона 21 декабря 1857 г. пользованіе гражданскими правами безъ всякаго ограниченія не обусловливается вѣроисповѣданіемъ. См. назв. Улож. въ русскомъ переводѣ Вербловскаго 1884, прим. къ ст. 39.

ній, пріобрѣтенія и аренды земельныхъ имуществъ, внѣ городовъ и мѣстечекъ расположенныхъ [1]). Лицамъ іудейскаго вѣроисповѣданія законъ опредѣлялъ для проживанія „черту осѣдлости", т. е. особыя губерніи, изъ предѣловъ которыхъ могли выходить только нѣкоторые изъ нихъ по признаку образовательнаго или иного ценза. Пріобрѣтать недвижимости евреи могли только въ этой „чертѣ осѣдлости" и то лишь въ городахъ и мѣстечкахъ, но не внѣ таковыхъ. Существовалъ цѣлый рядъ другихъ ограниченій для этихъ лицъ (Religionsknechte). Всѣ эти ограниченія отчасти выросли на почвѣ сословно-крѣпостническаго государства съ его неизбѣжными привилегіями для однихъ и стѣсненіемъ правъ для другихъ. Отчасти же они явились отзвукомъ еврейскихъ гоненій въ Европѣ въ старыя времена, весьма энергично практиковавшихся, между прочимъ, въ Польшѣ, которая духовно повліяла въ этомъ отношеніи и на Россію [2]). Оффиціально стѣснительныя правила относительно

---

[1]) X т. I ч. стт. 698, прим. 2.

[2]) Съ одной стороны, вліяніе Рима сказывалось въ Европѣ въ умаленіи жизненныхъ правъ евреевъ, какъ „недруговъ" христіанства (знаменательныя слова императрицы Елизаветы въ Россіи: „отъ враговъ Христовыхъ не желаю корыстной прибыли"), а съ другой, древне-германская точка зрѣнія на евреевъ, какъ на чужаковъ, препятствовала надѣленію ихъ какими-либо гражданскими правами. Въ XII столѣтіи евреи оттѣснялись спеціально отъ товарной торговли—Wahrenhandel и обратились къ „презрѣнному торгу деньгами", такъ какъ имъ, не въ примѣръ христіанамъ, дозволялось взиманіе процентовъ (Haft). Но это еще болѣе ухудшило отношеніе къ нимъ и умалило общія ихъ права. Отдѣльные короли и властители за деньги продавали евреямъ и еврейскимъ общинамъ гражданскую правоспособность (Schutzbriefe, servi camerae nostrae). Впослѣдствіи, съ развитіемъ торговли и промышленности въ городахъ, евреи подвергались преслѣдованію и ограниченіямъ, какъ опасные экономическіе конкурренты. Во время Французской революціи евреи получили полноправіе (1791 г.), удержавшееся затѣмъ во Франціи безъ измѣненій; См. Code civil, Art. 8, также Гражд. Улож. 1825 г. ст. 16, одинаково распространяющуюся и на евреевъ—туземцевъ и на евреевъ—иностранцевъ, рѣш. гражд. 1869 г. № 100, Prawo Cywilne, Wydawnictwo Hoesicka, 1923, str. 9. За Франціей послѣдовала Пруссія, Judenedikt II März 1812, и евреи перестали быть Kamerknechte. Съ 1869 года пали окончательно еврейскія ограниченія въ Германіи, а затѣмъ уничтожены были послѣдніе остатки особыхъ еврейскихъ раввинскихъ судовъ для евреевъ, Gerichtsverfassung 1879 о нихъ болѣе не упоминаетъ, см. Hübner

евреевъ въ Россіи мотивировались „отчужденностью евреевъ", ихъ „вредными для населенія свойствами", а затѣмъ и „революціонностью". Что эти правила носили конфессіональный характеръ, подтверждается, между прочимъ, тѣмъ, что стѣсненіе отпадало съ перемѣной религіи. Еврейскія ограниченія уничтожило совершенно Временное Правительство постановленіемъ отъ 20 марта 1917 г. Отмѣнены были ограничительныя нормы относительно жительства и переселенія, занятія торговлей и промышленностью, пріобрѣтенія правъ на имущество и пр. Тѣмъ же актомъ уничтожено воспрещеніе нехристіанамъ, значитъ не только евреямъ, узаконять своихъ внѣбрачныхъ дѣтей послѣдующимъ бракомъ [1]).

Въ настоящее время принадлежность къ религіи не связана ни съ привилегіями, ни съ правоумаленіемъ. Различіе религіи не служитъ препятствіемъ къ заключенію брака, не даетъ основанія къ расторженію брака, не вліяетъ на родительскія отношенія. Религіозная свобода сказывается не только въ возможности самому избрать вѣроисповѣданіе или вовсе не избирать, но и опредѣлить его въ такомъ же видѣ и для дѣтей (вѣроисповѣдное самоопредѣленіе) [2]). Большинство гражданъ, образующихъ населеніе государства, исповѣдуетъ какую-либо религію. Поэтому государство не только признаетъ религію, но оказываетъ ей покровительство и защиту, однако—въ равной мѣрѣ всѣмъ вѣроисповѣданіямъ, безъ различія. Въ то же время оставляется на волю каждаго,

---

Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 1922, S. 88. Въ Англіи полноправіе евреевъ установлено законами 1846—1858 г.г. Въ послѣднее время права евреевъ, какъ меньшинства, въ нѣкоторыхъ государствахъ гарантированы были международными соглашеніями. Трактатъ державъ Антанты съ Польшей въ Версали 28 іюня 1919, Трактатъ съ Румыніей въ Парижѣ 9 декабря 1919 г., съ Латвіей 8 іюля 1923 г., Эстоніей 17 wyzesnia 1923 и др. Объ этихъ трактатахъ и самые трактаты см. Kutrzeba, Mniejszości w najnowszem prawie międzynarodowem, 1925, въ частности str. 88 и слѣд. Евреевъ на земномъ шарѣ числится, по статистическимъ даннымъ, около 15 милліоновъ. Въ Германіи ихъ имѣется около 600 тыс., въ Палестинѣ—около 167 тыс., Въ Польшѣ въ 1921 г. было 2.829.456 евр. Въ Литвѣ они составляютъ приблизительно 7% всего населенія.

[1]) По 11 ст. Литовской Конституціи отъ религіи не зависятъ ни привилегіи, ни ограниченія (въ Латвіи дѣйствуетъ Постановл. Врем. Правит. отъ 20 марта 1917 г.).

[2]) Требуемое нѣкоторыми законодательствами отъ родителей воспитаніе дѣтей въ духѣ религіи (см. Zoll, cit., str. 51 является несомнѣннымъ пережиткомъ стараго времени.

принадлежать или не принадлежать къ религіозной общинѣ, свободно мѣнять религію [1]). За каждымъ признается юридическій интересъ въ принадлежности къ своей религіи. Дозволяются волеизъявленія относительно отправленія религій и религіозныхъ обрядовъ, какъ соглашеніе вступающихъ въ бракъ о церковномъ вѣнчаніи,—гдѣ послѣднее допускается,—договорныя и тестаментарныя условія касательно послѣдствій отпаденія отъ религіи. Этотъ правовой интересъ положенъ въ основаніе нѣкоторыхъ спеціальныхъ постановленій гражданскихъ законовъ. Такъ, въ Германіи при избраніи опекуна принимается во вниманіе, между прочимъ, das religiöse Bekenntnis des Mündels, что имѣетъ въ виду исключительно заботу объ опекаемомъ [2]).

Впрочемъ, черты преимущества одной религіи передъ другой не стерты окончательно и въ настоящее время. По господствующей,—хотя и не въ прежнемъ смыслѣ,—религіи („государственная религія") опредѣляются нѣкоторыя обязательныя дѣйствія и отношенія, время праздниковъ, праздничный отдыхъ [2]). Кромѣ того, въ странахъ, гдѣ, какъ у насъ, нѣтъ еще гражданской метрикаціи и гражданскихъ формъ брака и гдѣ все это составляетъ прерогативу духовныхъ органовъ, непринадлежность къ религіи оказывается фактически невозможной, почему религія тутъ до сихъ поръ отмѣчается въ актахъ гражданскаго состоянія наряду съ народностью.

Представляется поэтому преждевременнымъ утверждать о достигнутомъ полномъ устраненіи вліянія религіи на правоспособность гражданина.

Привиллегіи и ограниченія, вытекающія изъ принадлежности къ сословіямъ и состояніямъ т. е. къ группамъ лицъ, связанныхъ между собою рожденіемъ, владѣніемъ или другими признаками экономическаго либо духовнаго свойства, либо спеціальнымъ положеніемъ, были уничтожены во Франціи еще въ 1790 г. Возстановленное Наполеономъ I дворянство впослѣдствіи окончательно теряло свое правовое значеніе. Во

---

[1]) Государство изъемлетъ изъ религіи не только публично-правовыя отношенія (отдѣленіе государства отъ церкви), но всю гражданско-правовую жизнь: метрикацію, бракъ.

[2]) BGB, § 1779, ср. рѣш. Reichsgericht'a 46, 50 въ изданіи BGB Achilles'a, 1920, S. 973. Гражданское уложеніе 1825 г. (но не Code Civil) излагаетъ это начало еще въ болѣе односторонней и рѣзкой формѣ, воспрещая быть опекуномъ нехристіанину надъ христіаниномъ, ст. 414, п. 6.

[3]) См. Литовскій законъ о праздничномъ отдыхѣ отъ 18 Ноября 1924 г., Vyriausybės Žinios, № 181.

времена послѣдней республики уже не было ни одного случая возведенія кого-либо въ дворянское достоинство, такъ что самое право главы государства на такое возведеніе подвергается сильному сомнѣнію. Въ Германіи дворянство—hohe Adel, niedere Adel,—выдѣлялось настолько, что дворянская семья могла быть даже особымъ юридическимъ лицомъ, обладающимъ спеціальными правами по отношенію къ имуществу (Hausverfassung). Рожденіемъ и принадлежностью къ высшему роду опредѣлялся бракъ, наслѣдованіе, опека, судебная правоспособность. Дворяне отличались отъ низшихъ состояній—Bürgerstand, Bauerstand—тѣмъ, что для первыхъ, наприм., были поводы къ разводу иные, что они не могли взыскивать Schmerzensgeld, т. е. денежнаго вознагражденія за обиду, доступнаго низшимъ классамъ. Эти послѣднія различія отмѣнило еще Герм. Гражд. Уложеніе. Остальное въ области такого неравенства уничтожили событія 1919 г. и слѣдующихъ годовъ, оставивъ незначительныя различія (титулъ, оружіе). Отмѣнено прежнее право дворянства на прибавленіе почетнаго слова „Herr“ даже въ оффиціальныхъ бумагахъ („der Herr Kläger“). Титулы и означенія дворянъ, напр., „Fürst“, „Graf“, „von“ составляютъ нынѣ части фамиліи и больше раздаваемы быть не могутъ [1]). Въ Россіи изъ оффиціально числившихся четырехъ сословій: духовенства, дворянства, городскихъ обывателей — мѣщанъ и сельскихъ обывателей—крестьянъ, первое съ 1869 года не носило болѣе характера сословія, подъ которымъ разумѣлся разрядъ лицъ, имѣющій спеціальныя права и обязанности. По сословіямъ разно учреждалась опека — Дворянскія опеки, Сиротскіе суды. Неодинаковы были институты усыновленія, признанія расточителемъ, душевно больнымъ. Лица духовнаго званія ограничены были въ правѣ обязываться по векселямъ, заниматься торговлей и промысломъ, въ правѣ быть повѣренными [2]). Учреждать заповѣдныя имѣнія могли только потомственные дворяне. Все это нынѣ отходитъ въ область исторіи. По Литовской Конституціи, съ происхожденіемъ не могутъ связываться ни привиллегіи, ни умаленіе правъ [3]). Отмѣнены сословія и все то, что они порож-

---

[1]) Reichsverfassung, § 109. Въ нѣкоторыхъ государствахъ въ пользу высшаго дворянства и членовъ владѣтельныхъ фамилій еще существуютъ понынѣ особыя права, что касается браковъ, подсудности и проч. Многими преимуществами пользуются дворяне Англіи—duke, marquees, Earl, Viscount.

[2]) Уст. о векс., ст. 2, Уст. о Сост., Т. IX, ст. 399, 431, п. 1, Уст. Гражд. Судопр., ст. 45 п., 3 и ст. 246, п. 4. О другихъ ограниченіяхъ см. т. XIV Уст. о Прес. и Пред. прест., ст. 78.

[3]) Ст. 10.

дали въ отношеніи правоспособности лицъ. Ограниченія на духовныхъ лицъ могутъ быть налагаемы церковными правилами по чину церковнаго служенія, но не государственными законами. Крестьяне въ Россіи—большинство населенія—составляли особое сословіе, подъ ними разумѣлись всѣ люди, не принадлежавшіе къ другимъ правамъ состоянія, приписанные къ сельскому обществу или волости въ качествѣ единственнаго признака состоянія (Синайскій). Крестьяне имѣли особые суды, свое наслѣдственное право, свои обычаи. Ограниченія крестьянъ вытекали изъ обладанія надѣльными землями. Послѣднія были предоставлены крестьянамъ въ собственность, но должны были обезпечивать обязанности, лежащія на этихъ участкахъ по отношенію къ правительству и бывшимъ помѣщикамъ. Такъ какъ надѣльныя земли служили цѣлямъ сохраненія жизни и быта крестьянъ, то въ правовыхъ стѣсненіяхъ, наложенныхъ на эти земли, нѣкоторые юристы не усматриваютъ ограниченій въ собственномъ смыслѣ, такъ какъ цѣль этихъ стѣсненій огражденіе крестьянъ отъ обезземеленья (Гамбаровъ, Кассо). Въ Литвѣ было разъяснено въ административномъ порядкѣ въ 1919 г., что законы о „надѣльныхъ земляхъ“ остаются въ силѣ, именно потому, что имѣютъ спеціальную задачу, лишенную сословно-ограничительнаго характера. Относительно желающаго пріобрѣсти крестьянскій надѣльный участокъ должно быть установлено, что онъ самъ умѣетъ обрабатывать подобныя земли или же его предки это умѣли [1]). Однако съ подобнымъ разъясненіемъ трудно согласиться. Ограниченіе въ правѣ продавать свое имущество, хотя бы только касательно круга лицъ—пріобрѣтателей есть все же умаленіе правъ. Точно также является особой привилегіей создаваемое для опредѣленной категоріи лицъ исключительное право покупки этихъ земель. Все это грѣшитъ противорѣчіемъ принципу равенства и безсословности, являясь остаткомъ недопустимой болѣе опеки закона надъ входившими прежде въ особую группу, а теперь вполнѣ равноправными гражданами и ихъ землевладѣніемъ [2]).

---

[1]) Циркуляръ Мин. Юстиц., Vyriausybės Žinios 1919, Nr. 5.

[2]) Поскольку крестьянинъ не былъ связанъ съ надѣломъ особыя стѣсненія правъ на немъ и ранѣе не лежали. Поселяне—собственники могли руководствоваться обычаями и въ наслѣдованіи имуществомъ, составлявшимъ ихъ личную собственность, но это не было прочнымъ правиломъ и обязательнымъ порядкомъ. Въ спорныхъ дѣлахъ о крестьянскихъ наслѣдствахъ должны были примѣняться общіе законы о наслѣдствѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда тяжущимися не указано существованіе обычая или когда указаніе на обычай приз-

Новѣйшее время порождаетъ организаціи хозяйственнаго и соціальнаго характера, какъ союзы ремесленниковъ, работодателей, рабочихъ, купцовъ, адвокатовъ, домовладѣльцевъ и проч., для защиты и расширенія своихъ правъ, для политической и экономической борьбы и для внутренняго совершенствованія[1]). Прежнія сословныя единицы возникали на почвѣ добровольныхъ соглашеній и обычаевъ вполнѣ независимо и лишь впослѣдствіи, съ развитіемъ абсолютизма, вошли въ составъ государства, какъ интегральныя его части. Нынѣшнія организаціи строятся по приватной иниціативѣ и суть образованія частноправовыя. Спеціально хозяйственныя цѣли достигаются особыми соединеніями для экономической взаимопомощи—кооперацією. Широкое развитіе кооперативной дѣятельности оказываетъ вліяніе не только на экономику, но затрагиваетъ нерѣдко правовую сферу, создавая особое положеніе для членовъ, участниковъ кооперативныхъ соединеній. То же относится къ соединеніямъ политическаго характера, политическимъ группамъ и партіямъ. Цѣль партіи выходитъ изъ предѣловъ частныхъ

навалось недоказаннымъ: рѣш. гражд. 1885 г., № 3, 1880 г., № 174. По законамъ 9 Ноября 1906 г. и 14 Іюня 1910 г. надѣленный участокъ составляетъ собственность того, за кѣмъ онъ записанъ по землеустроительнымъ актамъ. Такъ какъ въ этихъ законахъ ничего не говорится о днѣ переходѣ правъ, то позволительно считать, что моментъ возникновенія права собственности отодвигается ретроспективно ко времени фактическаго полученія участка въ обладаніе, тѣмъ болѣе, что и до этого крестьянинъ въ сущности имѣлъ право собственности, только ограниченное выкупными платежами, общинностью обладанія и пр. Уничтоженіе общинности само по себѣ не создало новыхъ правъ пріобрѣтенія, а только—по аналогіи съ раздѣломъ—утвердило индивидуальное обладаніе отдѣльныхъ лицъ. Поэтому, послѣ изданія упомянутыхъ законовъ очистился путь къ признанію полной и неограниченной личной собственности за прежними обладателями. Бывшимъ надѣльнымъ землямъ должны быть сообщены всѣ качества личной собственности, не исключая и свойствъ родовыхъ имуществъ (Гедда, Крестьянскіе, надѣльные подворные участки, какъ имущество родовое, Журн. Мин. Юст. 1913 г., Ноябрь). Къ этому же склоняется и Синайскій, Русское Гражд. Право, в. I, 1917, стр. 73, Contra „Право“ 1913 г., № 12, стр. 789, опирающееся на 13 ст. Общ. Полож. о крестьянахъ и 1184 ст. X т. I ч. Этого послѣдняго мнѣнія придерживаются и нѣкоторые Литовскіе суды, думается, безъ достаточнаго основанія.

[1]) Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 76.

интересовъ, но достиженіе этой цѣли можетъ связываться съ созданіемъ частно-правовыхъ организацій—юридическихъ лицъ. Политическое преобладаніе партіи часто порождаетъ особыя права этихъ организацій, а иногда и частныхъ лицъ, входящихъ въ партію. Въ процессѣ жизни незамѣтнымъ образомъ образуются новыя привиллегированныя лица и группы. Задача правового государства заключается въ томъ, чтобы неустанно и строго проводить разграниченіе сферъ политической и правовой, не давая возможности возрожденія прежнихъ связанныхъ съ принадлежностью къ извѣстной группѣ правъ въ образѣ новыхъ политическихъ „сословій":— парламентскихъ и иныхъ партій. Старыя stand'ы погибаютъ безвозвратно, но не умираетъ стремленіе человѣка преобладать и властвовать надъ человѣкомъ же, въ той или иной формѣ, не только экономически и политически, но и юридически.

Иностранцы.

Что иностранцы вполнѣ правоспособны, это теперь аксіома. Отмѣнены ограниченія прежнихъ временъ, въ силу которыхъ иностранецъ подпадалъ своей личностью и своимъ имуществомъ подъ господство каждаго, исчезло право властелина на наслѣдство послѣ умершаго иностранца (droit d'aubaine), существовавшее во Франціи до 1819 года. Нѣтъ болѣе права на извѣстный процентъ съ имуществъ, поступающихъ изъ — за границы, которое затрагивало главнымъ образомъ иностранцевъ. Отпали существовавшія ограниченія иностранцевъ въ торговлѣ, въ пріобрѣтеніи поземельной собственности, въ правѣ судебной защиты. Поскольку рѣчь идетъ не объ особыхъ правомочіяхъ, которыя по самому существу могутъ быть присвоены только кореннымъ гражданамъ, какъ избирательное право, право государственной службы и общественныхъ занятій (адвокатура), а о возможности пріобрѣтенія общихъ правъ, иностранецъ вполнѣ равенъ туземцамъ. Онъ болѣе не „гость", подпадающій подъ охрану по началамъ ксенолассіи, какъ въ древности, не полурабъ, зависящій отъ милости властителя государства, въ которомъ онъ пребываетъ. Однако, многое въ данномъ случаѣ еще и нынѣ зависитъ отъ междугосударственныхъ договоровъ и началъ взаимности, а также отъ дружественнаго или враждебнаго состоянія государствъ.

По германскому праву и старой практикѣ, если въ какомъ-либо государствѣ умалены права германскихъ гражданъ, Правительство можетъ распорядиться, чтобы противъ гражданъ этого государства было

создано анологичное положеніе [1]). Великая война принесла Германіи нѣкоторыя стѣснительныя измѣненія въ отношеніи правъ иностранцевъ, особенно подданныхъ der alliierten und associierten Mächte [2]). Точно также по Гражд. Улож. 1825 года иностранцы пользуются гражданскими правами наравнѣ съ туземцами съ нѣкоторыми лишь изъятіями, касающимися опекунства, свидѣтельства при совершеніи оффиціальныхъ актовъ, задолженности и подсудности, и съ сохраненіемъ трактатовъ, а также принципа взаимности въ случаяхъ какихъ-либо ограниченій[3]). Во Франціи въ эпоху Великой революціи иностранцы были вполнѣ уравнены въ правахъ съ французами, но впослѣдствіи первые обладали правоспособностью подъ условіемъ взаимности. Нынѣ по законамъ Франціи иностранецъ, получившій разрѣшеніе на постоянное жительство, имѣетъ неограниченную правоспособность, другіе иностранцы пользуются тѣми правами, какія представлены на родинѣ иностранца французамъ по трактатамъ [4]). Въ Англіи не существуетъ болѣе прежнихъ законовъ о воспрещеніи иноземцамъ пріобрѣтать недвижимости на англійской территоріи. По русскимъ законамъ иностранцы пользовались „общей защитой и покровительствомъ“ законовъ, будучи во многомъ приравнены къ кореннымъ подданымъ[5]). Насколько сильна была тенденція уравненія, видно изъ того, что Сенатъ старался разъяснять „изъятія“ иностранцевъ изъ дѣйствующаго права по принципу ограничительной интерпретаціи.

---

[1]) Такимъ же образомъ до 1882 г. въ Германіи исполнялись рѣшенія судебныхъ мѣстъ Россіи по принципу взаимности, а затѣмъ съ измѣненіемъ въ томъ году (рѣш. Сената по д. Теодориди) русской практики Германскій Reichskanzler распорядился не исполнять болѣе русскихъ судебныхъ рѣшеній.

[2]) Германія обязалась: не трактовать этихъ подданныхъ ниже гражданъ другихъ государствъ, а вообще для иностранцевъ не создавать „neue Beschränkungen im Erwerbsleben, die nicht schon am 1 Iuli 1914 in Kraft waren... es sei denn, dass auch alle Inländer der Einschränkung unterworfen werden, Art. 276, см. Rosenbaum, Der Vertrag von Versailles, Inhalt und Wirkung, 1921, S. 105.

[3]) Стт. 11, 12, также стт. 13 и 14.

[4]) Code civil, art. 11 et 12.

[5]) Рѣш. гражд. 1894 г. № 62. По рѣш. гражд. 1909 г. № 75 иностранцамъ вполнѣ принадлежитъ право на пріобрѣтеніе имущества всѣми способами, на судебную защиту, причемъ субъектомъ процессуальныхъ правъ въ нашихъ су-

Однако, „изъятій“ было немало. Иностранцамъ воспрещалось селиться въ нѣкоторыхъ мѣстахъ и пріобрѣтать тамъ недвижимость всѣми способами, кромѣ наслѣдованіи ex lege. По закону 14 Марта 1887 г. иностранцы ограничены были въ правѣ пріобрѣтенія собственности на недвижимыя имущества, а равно въ правѣ владѣнія и пользованія этими имуществами, т. е. даже въ наймѣ, арендѣ ихъ, въ 21 губерніи. Не допускался залогъ этихъ имуществъ иностранцамъ. Невозможно было также наслѣдованіе иностранцевъ въ таковыхъ по закону или завѣщанію: полученныя этимъ путемъ недвижимыя имущества должны были быть проданы русскому подданному въ теченіе трехъ лѣтъ по пріобрѣтеніи наслѣдства [1]). Въ началѣ войны, а именно 2 февраля 1915 г., для подданныхъ непріятельскихъ странъ создано было ограниченіе въ правѣ землевладѣнія и землепользованія во всей Россіи. Это обрушилось даже и на „выходцевъ“ изъ помянутыхъ странъ, т. е. лицъ, которые фактически уже были русскими подданными. Въ то время, какъ „мирныя“ стѣсненія иностраннаго землевладѣнія имѣли въ виду борьбу съ иноземнымъ засиліемъ и касались главнымъ образомъ мѣстъ, болѣе всего доступныхъ этому вліянію—окраинъ, военные законодательные скорпіоны должны были дать выходъ чувству негодованія, вызванному „дерзкимъ“ объявленіемъ войны Россіи, причемъ, по содержанію своему, ихъ дѣйствіе предполагалось продлить чуть ли не и на время послѣ войны [2]). Прочія правила, касающіяся иностранцевъ, обуславливаются ихъ особымъ положеніемъ, какъ таковыхъ, такъ что порою получается даже нѣчто вродѣ привиллегій. Такой характеръ имѣетъ, по справедливому замѣчанію Синайскаго, законъ, въ силу котораго наслѣдники умершихъ у насъ иностранцевъ, находящіеся заграницею,

---

дахъ признается даже иностранное правительство. Иностранцы вправѣ вступать въ договоры и обязательства, Законы о состояніяхъ, IX т., ст. 830. Доступны иностранцамъ узаконеніе, усыновленіе—на равныхъ основаніяхъ съ туземцами (приведенное рѣш. гражд. 1894 г. № 62, Синайскій, X т., I ч., ст. 163, законъ 12 Марта 1891 г.), права, связанныя съ личностью и семьей. Генеральное начало „общей законовъ защиты и покровительства“ иностранцевъ—IX т., ст. 822.

[1]) Синайскій, русское гражданское право, 1917 г., стр. 48.

[2]) Одновременно судебная практика стала ограничивать подданныхъ воюющихъ враждебныхъ государствъ въ правѣ судебной защиты, что увѣнчалось знаменитымъ рѣшеніемъ Общаго Собранія Сената 1915 г. № 1, отнявшимъ у этихъ совершенно jus in judicium standi.

вызываются для принятія наслѣдства черезъ публичныя вѣдомости, издаваемыя на нѣмецкомъ языкѣ, и срокъ къ предъявленію требованій на наслѣдство пребывающимъ какъ въ Европѣ, такъ и въ другихъ частяхъ свѣта, полагается двухлѣтній [1]).

Если и въ самые послѣдніе годы законодатель по отношенію къ иностранцамъ прибѣгаетъ къ извѣстнымъ ограничительнымъ мѣропріятіямъ, то послѣднія объясняются требованіями переживаемаго момента и носятъ провизорный характеръ. Эти мѣропріятія должны устранить препятствія къ возстановленію потрясенной и еще неокрѣпшей государственной жизни либо затруднить наплывъ чуждыхъ, а то и прямо нежелательныхъ элементовъ въ страну или же преслѣдуютъ какія-либо другія специфическія цѣли, какъ проведеніе земельныхъ реформъ и пр. [2]).

До недавняго времени повсюду съуживалась дѣятельность и правоспособность иностранныхъ совокупностей—юридическихъ лицъ. Для возникновенія таковыхъ требовалась спеціальная административная санкція. Нынѣ она почти повсемѣстно устранена, такъ какъ печальный опытъ показалъ не

---

[1]) X т. I ч., ст. 1247, Синайскій, Русское гражданское право, в. I, 1917, стр. 49.

[2]) Это сказывается на примѣрѣ вновь образованныхъ Прибалтійскихъ государствъ. Въ Литвѣ иностранецъ проживаетъ лишь съ особаго разрѣшенія властей и съ уплатой въ казну опредѣленной суммы. Ему воспрещается, въ видѣ общаго правила, пріобрѣтеніе земель въ собственность. Онъ можетъ арендовать землю въ городахъ, а внѣ городовъ-лишь для созданія особыхъ культурныхъ участковъ, съ разрѣшенія Министра Земледѣлія, и для промышленныхъ цѣлей, съ разрѣшенія этого Министра по соглашенію съ Министромъ Финансовъ. Законъ о Земельной Реформѣ Žemės Reformos Įstatymas, § § 66, 67, 68. Прежнимъ закономъ Литвы временно воспрещено иностранцамъ пріобрѣтеніе недвижимыхъ имуществъ, Laikinasis įstatymas apie Lietuvos pilietybę, § 4, безъ согласія Кабинета Министровъ, Vyr. Žin. 1920 № 26. Въ Латвіи не дозволяется иностранцамъ — физическимъ и юридическимъ лицамъ — пріобрѣтать недвижимость въ городахъ, поселеніяхъ и на пограничной полосѣ, аренда же, иное пользованіе и управленіе недвиижимостью таковой въ этихъ мѣстахъ допускается лишь съ особаго каждый разъ разрѣшенія правительства: законъ 2 іюня 1927 г., Vadybas Vestnesis, 1927 г., № 21.

только безполезность, но и вредъ подобной административной опеки [1]). Можно отмѣтить, попутно, что въ эпоху инфляціи въ Германіи замѣчавшееся стремленіе бороться противъ массового перехода недвижимостей къ чужеземцамъ отразилось именно на чужеземныхъ юридическихъ лицахъ. Гамбургскій законъ 20 февразя 1920 г. потребовалъ государственнаго разрѣшенія при пріобрѣтеніи земельныхъ участковъ юридическими лицами, кромѣ ю. л. публичнаго права. Этимъ, въ обходъ Версальскаго договора, открылась возможность ограничить землевладѣніе иностранныхъ юридическихъ лицъ. По нашимъ законамъ, дѣятельность акціонернаго общества, сводящаяся исключительно къ продажѣ изготовляемыхъ заграницей предметовъ или же судоходству между нашими и иностранными портами, допускается безъ всякой провѣрки и безъ особаго разрѣшенія. Въ другихъ случаяхъ разрѣшеніе обуславливается необходимостью для власти убѣдиться, что общество существуетъ по законамъ своей страны, и позаботиться объ охраненіи какъ фискальныхъ интересовъ, такъ и правъ туземныхъ кредиторовъ по отношенію къ имуществу этихъ юридическихъ лицъ [2]). Остается въ силѣ также процессуальная кауція для иностранцевъ, при отсутствіи конвенціи объ отмѣнѣ ея, т. е. необходимость для истца—иностранца обезпечить судебныя издержки на случай проигрыша дѣла въ нашемъ судѣ [3]).

Солидарность народовъ, нѣсколько подавленная войной, теперь вновь воспрянувшая, приведетъ къ устраненію изъ кодексовъ послѣднихъ остатковъ одіознаго отношенія къ иностранному гражданину. Ничто такъ не унижаетъ государство и не вредитъ его интересамъ и престижу, какъ преслѣдованіе иностранцевъ. Въ эпохи обостренныхъ политическихъ отношеній гоненіе на чужеземца диктуется часто импульсами, а не логикой, въ мирныя эпохи оно—результатъ эгоистической и недальновидной политики. Временное Правительство, принявъ власть, тотчасъ же занялось вопросомъ объ устраненіи всякаго безправія иностранныхъ гражданъ. Кое-что было сдѣлано, а затѣмъ предположено было приступить къ работамъ по передачѣ этого предмета на окончательное рѣшеніе проектировавшагося Учредительнаго Собранія.

---

[1]) Grasso, Principii di diritto internazionale, 1896, p. 281.

[2]) Высочайше утвержден. 8 Іюля 1888 г. Положеніе Комитета Министровъ, Собраніе Узаконеній 23 сент. 1888 г. № 93, ст. 873, законъ 9 ноября 1887 г., Мышъ, Объ иностранцахъ въ Россіи, Шалландъ, „Право“ 1902 г., № 21, Бѣляцкинъ, Война и Правосудіе, 1915 г., стр. 12.

[3]) Уст. Гражд. Судопр., ст. 571 п. 5.

Дѣеспособность.

Если правоспособность, какъ самое призваніе къ юридическимъ актамъ, есть, въ извѣстныхъ границахъ, правомочіе общее и безусловное, то дѣеспособность—способность совершать дѣйствіе съ правовымъ эффектомъ, Handlungsfähigkeit—предполагаетъ опредѣленное фактическое состояніе, которое не одинаково присуще людямъ. Дѣеспособность знаменуетъ способность къ самостоятельному выраженію воли по предмету созданія, измѣненія или прекращенія частныхъ правъ [1]).

---

[1]) Ср. Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, т. I, 1910 г., стр. 134, 159 и сл., и (особенно) рѣш. гражд. 1896 № 44. Классическое опредѣленіе дѣеспособности, данное германскими цивилистами начала XIX в., какъ „обладанія и пользованія дѣйствительнаго или возможнаго нашими правами", оплодотворило новѣйшую юриспруденцію и господствуетъ въ ней понынѣ. Santagello Spotto, Diritto civile, 1924, p. 15 („Il possesso ed uso presente o possibile dei nostri diritti" . . . a) il possesso o investitura del diritto; b) l'uso o esercio d'esso). Ehrlich, ссылаясь на выводы современной науки, называетъ дѣеспособностью „die Fähigkeit, in die durch das geltende Recht gewährleisteten Verhältnisse zu treten und die dadurch gewährte Möglichkeit rechtlichen geschützten Vorteil zu geniessen". Ehrlich суживаетъ это понятіе разложеніемъ его на составныя части, именно: на способность осуществлять политическія права, вступать въ признанныя закономъ семейныя отношенія, пріобрѣтать имущественныя права и обладать ими, притязать на правовую защиту личности, свободы, жизни и тѣла (Die Rechtsfähigkeit, 1909, S. 1, 2). Дѣеспособность порою трудно отличить отъ правоспособности. Французское право и то и другое обнимаетъ общимъ именемъ „capacité civile". Исторія русской практики изобилуетъ случаямм смѣшенія этихъ понятій. О дѣеспособности (безъ опредѣленія ея)—рѣш. гражд. 1905 г. № 42, 1901 г. № 120. Полное игнорированіе различій между правоспособностью и дѣеспособностью—рѣш. гражд. 1896 г. № 44, также отч сти и литература, см., напр., Палибинъ. Опека по расточительности. Журн. Мин. Юст. 1911 г. № 9, стр. 265. Германское право проводитъ различіе, Schmidt, Bürgerliches Recht, 1927, s. 29 f. Gierke, Deutsches Privatrecht. B. I, 1895, s. 356 f., Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, B. I, 1927, s. 37 f. Также Пр. Гр. Ул. стт. 1 и 6. Весьма опредѣленно Schw. ZGB. (Art. 11 и 12), указывающее отличительное свойство правоспособности: „Rechtfähig ist jeder Mann"; Handelsfähigkeit, по Schw. ZGB, besitzt wer mündig und urteilsfähig ist. Art. 13. По существу разграниченіе имѣетъ юридическое и соціальное значеніе. Проблемы правоспособности и

Человѣкъ выростаетъ не сразу, умственныя и волевыя потенціи его, необходимыя для дѣеспособности, проявляются лишь впослѣдствіи, до поры до времени онъ или совершенно не дѣеспособенъ или обладаетъ ограниченной дѣеспособностью. Кромѣ того, у вполнѣ взрослаго человѣка можетъ быть временное или постоянное ослабленіе умственныхъ и волевыхъ способностей, какъ то бываетъ у безумныхъ и сумасшедшихъ, либо только волевыхъ, какъ у слабонервныхъ, расточителей: дѣеспособность этихъ лицъ подлежитъ также особой нормировкѣ. Спеціальная охрана правъ и интересовъ указанной категоріи лицъ и надѣленіе ихъ въ случаѣ надобности замѣстителями и представителями—опекунами вытекаетъ изъ соціальной политики, стремящейся къ защитѣ слабыхъ и неспособныхъ противъ болѣе сильныхъ и приспособленныхъ, безъ чего правильное общежитіе было бы невозможно.

Въ отношеніи в о з р а с т а существуетъ предустановленный моментъ, съ котораго начинается совершеннолѣтіе. Совершенный сегодня правовой актъ даннаго лица можетъ быть признанъ дѣйствительнымъ, а еще вчера лицо это было недѣеспособно. Это неизбѣжный результатъ связыванія послѣдствій дѣйствія человѣка съ возрастомъ, еще болѣе разительный, если принять во вниманіе неодинаковость интеллектуальнаго развитія людей. У человѣка волосъ на волосъ не похожъ, тѣмъ болѣе несходенъ человѣкъ съ человѣкомъ. Современное право безсильно найти

дѣеспособности идутъ по совершенно различнымъ линіямъ, затрагиваютъ различныя области юридической мысли и правной политики. Правоспособны и дитя и безумный и nasciturus, послѣдній въ опредѣленныхъ предѣлахъ. Дѣеспособенъ, но не правоспособенъ былъ прежній рабъ. Дѣеспособенъ иностранецъ, даже въ той сферѣ, гдѣ онъ лишенъ правоспособности,—особенно насколько онъ дѣйствуетъ для другихъ. Что терминологія здѣсь не вполнѣ удовлетворительна,это безспорно. Непривлекательно слово „способность“ для тѣхъ изслѣдователей, по мнѣнію которыхъ правами надѣляетъ государство: какъ же говорить о „способности“ къ правамъ и актамъ, напр.,юридическихъ лицъ? — недоумѣваютъ они. Однако, это мало убѣдительно.Въ частности, юридическія лица на самомъ дѣлѣ—особыя соединенія тѣхъ же физическихъ лицъ, „персоны съ той же волей, хотя и не въ строго—психологическомъ смыслѣ“, Waldecker, Allgemeine Staatslehre,1927, S.103. Бѣдность нашей терминологіи—результатъ общихъ причинъ, „муки слова“. „Холоденъ и жалокъ нищій нашъ языкъ“. Это парадоксальное замѣчаніе поэта, увы, оказывается довольно реальнымъ въ сферѣ права. Во всякомъ случаѣ, стремленіе нѣкоторыхъ найти въ данномъ отношеніи болѣе подходящіе термины только усуглубляетъ мысль о „нищетѣ“ юридическаго языка.

выходъ изъ этого положенія, за невозможностью конкретизировать для каждаго въ отдѣльности начальный предѣлъ его фактической дѣеспособности. Приходится мириться съ общими рамками, лишь нѣкоторые коррективы вноситъ право. Въ индивидуальныхъ случаяхъ дается возможность нѣкоторыми законодательствами (но не нашимъ) пріурочить совершеннолѣтіе къ иному, болѣе раннему моменту, чѣмъ общій: venia aetatis, Jahrgebung. Когда дѣятельность неполнолѣтняго по своему характеру особенно затрагиваетъ чужіе интересы и моральныя чувства людей, какъ при деликтахъ, не только создается болѣе ранній срокъ отвѣтственности, но еще до этого срока отъ суда зависитъ приравнить делинквента относительно этой отвѣтственности къ вполнѣ дѣеспособнымъ лицамъ. Наконецъ, право дѣлаетъ выводы изъ того, что всѣ нормы о неполнолѣтнихъ ограждаютъ интересы послѣднихъ, а не кого-либо иного. Актъ, выгодный для неполнолѣтняго, безъ обремененій и обязанности для него, другимъ контрагентомъ не можетъ быть оспоренъ [1]). Никакихъ правъ изъ нормъ о неполнолѣтнихъ не должны извлекать посторонніе, особенно дѣйствующіе недобросовѣстно. Но и самъ неполнолѣтній можетъ лишиться этихъ выгодъ, если дѣйствуетъ не bona fide. По достиженіи совершеннолѣтія, лицо въ состояніи одобрить акты, совершенные имъ ранѣе этого времени,—которые въ такомъ случаѣ получаютъ полную силу ex tunc [2]).

Въ прежнія эпохи въ Европѣ не было точно опредѣленнаго пункта времени для совершеннолѣтія: послѣднее наступало различно для мужчинъ и женщинъ, въ зависимости отъ степени развитія, неодинаково для сиротъ и имѣющихъ родителей. Считались съ тѣмъ, какъ владѣлъ оружіемъ мужчина, могла ли женщина посѣщать церковь и проч. Такъ какъ все это носило довольно произвольный характеръ, то впослѣдствіи вступили въ силу болѣе прочные шаблоны, не безъ вліянія рецепціи римскаго права. Сроки были разные для дворянъ и гражданъ, для обычной дѣеспособности и для вступленія въ бракъ, колебались между 12 и 21 годомъ, а иногда близко подходили къ римскому возрасту въ 25 лѣтъ. Фиксированный въ эпоху французской революціи возрастъ совершеннолѣтія въ 21 годъ вошелъ затѣмъ въ Code Civil и въ Германскіе законы. Въ Швейцаріи совершеннолѣтіе—20 лѣтъ. Venia aetatis,

[1]) Это было принято еще Общепрусскимъ Земскимъ правомъ, 1, 4, § 21, 22, затѣмъ перешло въ другіе кодексы, BGB, § 107 и стало нынѣ общимъ правиломъ.

[2]) Ср. Св. Приб., ст. 355 и 356, имѣющія обще-правовое значеніе, также опредѣленіе Меж. Департамента 30 ноября 1892 г., по д. Маснека, у Нолькена, Св. Гражд. Зак. Губ. Приб., 1915, примѣч. автора подъ статьей 355.

въ прежнее время даваемая королями, нынѣ въ Германіи можетъ быть предоставлена, если того требуютъ особыя условія, опекунскимъ судомъ— Vormundsschaftsgericht. По другимъ законодательствамъ, напр. Англіи, Швейцаріи, venia aetatis дается при вступленіи въ бракъ: Heirat macht mündig [1]). Наконецъ, извѣстенъ былъ когда-то и предѣльный крайній возрастъ, за которымъ наступало лишеніе дѣеспособности. Старецъ, не умѣющій владѣть оружіемъ, исключался изъ списка людей: его можно было убить и нерѣдко дѣйствительно убивали, какъ безполезное существо. Этотъ обычай существовалъ во многихъ мѣстахъ, между прочимъ въ Малороссіи, въ которой принято было вывозить старца зимою на салазкахъ въ лѣсъ, гдѣ онъ и оставлялся. Нынѣ старчество производитъ юридическія послѣдствія только въ пользу старца, вродѣ права достигшаго 60 лѣтъ отказаться, наряду съ женщиной, отъ опеки [2]). Больные, калѣки, юродивые, глухонѣмые могутъ быть признаны неспособными осуществлять права, и тогда къ нимъ назначается опекунъ, въ противномъ случаѣ они пользуются полной дѣеспособностью наравнѣ со здоровыми.

Относительно психически ненормальныхъ дѣйствуютъ общія нормы о волеизъявленіяхъ и недостаткахъ такового. Къ этимъ лицамъ, въ соотвѣтственныхъ случаяхъ, опредѣляются опекуны такъ же, какъ къ расточителямъ, запойцамъ и т. д.

Наши законы полную дѣеспособность признаютъ въ возрастѣ 21 года (въ XVII столѣтіи въ Россіи совершеннолѣтіе наступало въ 20 лѣтъ).

---

[1]) Не останавливаясь здѣсь на иныхъ случаяхъ сокращенія сроковъ совершеннолѣтія, какъ при составленіи завѣщанія, выдачѣ векселей, о чемъ упоминается въ соотвѣтствующихъ отдѣлахъ права, слѣдуетъ отмѣтить что при возмѣщеніи вреда за неправомѣрныя дѣянія BGB, по примѣру римскаго права, въ возрастѣ отъ 7 до 18 лѣтъ, предписываетъ суду ставить вопросы о разумѣніи содѣяннаго, до 7 лѣтъ освобождая отъ всякой отвѣтственности. Въ прежнія времена передъ мальчикомъ ставились яблоко и золотая монета: если онъ брался за яблоко, то признавался неотвѣтственнымъ (J. Grimm, R. Hübner). Нынѣ сознательность изслѣдуется по общимъ судейскимъ методамъ, аналогичнымъ тѣмъ, какіе примѣняются въ уголовныхъ дѣлахъ.

[2]) BGB, 1786 п., Abs. 2, Schw. ZGB, Art. 383, Abs.1. Въ неблагопріятномъ положеніи старость можетъ оказаться по причинамъ такого свойства, какъ установленіе предѣльнаго возраста для судей, чиновниковъ, Abbau и пр. Въ Германіи V. O. betreffend Reichspersonalabbau vom 27 Oktober 1923: Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1927, S. 46.

многія права, не распорядительнаго свойства, предоставляются уже въ 17 лѣтъ, нѣкоторыя—съ достиженіемъ 14 лѣтъ [1]). Главнымъ образомъ имѣется въ виду отвращеніе отъ неполнолѣтнихъ вредныхъ послѣдствій, могущихъ произойти отъ совершаемыхъ ими юридическихъ актовъ. Не дается повода къ признанію, въ ущербъ неполнолѣтнему, недѣйствительнымъ акта, идущаго ему на пользу. Таковы указанія Сената въ значительномъ количествѣ рѣшеній [2]). Фактъ вступленія въ бракъ несовершеннолѣтняго не имѣетъ у насъ значенія для дѣеспособности [3]). Такимъ образомъ, въ виду болѣе раннихъ сроковъ для права вступленія въ бракъ, а именно 18 лѣтъ для мужчинъ, 16 для женщины, можно быть отцомъ семейства и все таки не имѣть способности для совершенія самыхъ обыкновенныхъ юрид. дѣйствій (Гамбаровъ). Не играетъ роли ошибочное предположеніе несовершеннолѣтняго о своемъ правѣ на совершеніе акта безъ участія попечителя.

Лицо, признанное душевно-больнымъ по подлежащемъ освидѣтельствованіи Врачебной Управой и утвержденіи ея поста-

---

[1]) О связанныхъ съ трехвозрастіемъ неполнолѣтія неопредѣленностяхъ и затрудненіяхъ см. объясненія къ Пр. Гр. Ул., кн. 1, 1903 г., стр. 23 и сл. Самъ Пр. Гр. Ул. фиксируетъ одинъ возрастъ совершеннолѣтія—въ 21 годъ.

[2]) Ничтожны обязательства неполнолѣтняго, принятыя имъ на себя, но не обязательства, выданныя въ пользу неполнолѣтняго совершеннолѣтнимъ лицомъ, рѣш. гражд. 1876 г. № 933. Избирать себѣ защитника и представителя по уголовному дѣлу неполнолѣтній вправѣ, безъ участія опекуновъ и попечителей, рѣш. угол. 1879 г. № 288, 1870 г. № 116, Случевскій, Учебникъ русскаго уголовнаго процесса, 1895, стр. 291. До 14 лѣтъ—это малолѣтніе: надъ ними учреждается опека. Отъ 14 до 18 лѣтъ—несовершеннолѣтніе: они могутъ просить о назначеніи къ нимъ попечителя вмѣсто опекуна, а въ возрастѣ отъ 17 до 21 г. къ несовершеннолѣтнему назначается только попечитель. Отъ 17 до 21 года несовершеннолѣтніе ограничены въ самостоятельномъ, безъ попечителя, установленіи долговыхъ отношеній и вообще въ принятіи на себя обязательствъ, въ распоряженіи капиталами и недвижимыми имуществами. Но они могутъ безъ участія попечителя совершать акты, необходимые для „управленія имѣніемъ“, т. е. для извлеченія изъ имущества своего выгодъ, доходовъ и %%,—а завѣщаніе не вправѣ дѣлать даже съ согласія попечителя. Стт. 220, 211, 222, 770, 1019 X т. I ч., рѣш. гражд. 1875 г. № 398., Змирловъ. О недостаткахъ и пр., Ж. Гр. и Уг. Пр. 1883 г., № 2, стр. 158—159.

[3]) Рѣш. Гражд. 1875 г. № 348.

новленія (въ прежнее время Сенатомъ, а нынѣ въ Литвѣ Верховнымъ Трибуналомъ), приравнивается къ малолѣтнему, подпадающему опекѣ. Это продолжается до признанія такого лица здоровымъ путемъ новаго освидѣтельствованія въ томъ же порядкѣ. Труднымъ представляется вопросъ о дѣеспособности въ моментъ такъ называемыхъ свѣтлыхъ промежутковъ, lucida intervalla. По мнѣнію нѣкоторыхъ, въ эти промежутки дѣеспособность возстанавливается полностью [1]). Сенатъ высказывается въ противоположномъ смыслѣ самымъ категорическимъ образомъ, отрицая дѣеспособность при существованіи опеки: „никакія возраженія противъ этого и никакія доказательства, кѣмъ бы и гдѣ бы они ни представлялись, въ уваженіе не принимаются“ [2]). Взглядъ Сената формально, быть можетъ, и правиленъ: опека надъ психически ненормальнымъ снимается лишь тѣмъ способомъ, какимъ она была назначена. Но жизнь доказываетъ, что иногда, несмотря на полное выздоровленіе подопечнаго, опека все же тяготѣетъ оффиціально годами, а иногда и пятилѣтіями. Подопечный ведетъ дѣла и хозяйство, торгуетъ. Въ случаѣ, разсмотрѣнномъ Сенатомъ, лицо, оффиціально состоявшее подъ опекой по психической болѣзни, открыло чугунно-литейный заводъ, принимало заказы, участвовало въ техническихъ комиссіяхъ города. Чувство справедливости подсказываетъ необходимость въ нѣкоторыхъ случаяхъ, особенно если просвѣтлѣніе

---

[1]) Право, 1910 г. № 6, докладъ фонъ-Брикмана, Синайскій. Въ Германіи, при существованіи опеки—keine Berücksichtigung von lucida intervalla, Heilfron, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 1, 1920, S. 91. Въ Англіи бывали случаи признанія дѣйствительными обязательствъ и завѣщаній лицъ, находящихся въ домѣ умалишенныхъ, на томъ основаніи, что таковыя совершены были съ здравымъ смысломъ. Вообще, въ Англіи центръ вниманія обращается не на опеку, а на дѣйствительное состояніе въ моментъ совершенія акта: вліяніе умственнаго разстройства на содержаніе того или иного акта должно быть конкретно въ каждомъ казусѣ установлено. Умственное разстройство — mental derangement — формально удостовѣрено: — въ тоже время судъ вправѣ признавать его не настолько выраженнымъ и крайнимъ, so pornounced or extreme,—чтобы разрушить силу совершеннаго акта— Chase, Blakstane's Commentaries on the laws of England, 1926, p. 597, Слонимскій, Умственное разстройство и его значеніе въ правѣ гражданскомъ и уголовномъ, 1879, стр. 10 и 11. Къ такому широкому пониманію въ свое время склонялся въ Россіи Побѣдоносцевъ, Курсъ Гражд. права, 2, 1896 г., стр. 551.

[2]) Рѣш. Гражд. 1901 г. № 120.

продолжительное, предоставить суду возможность считать дѣеспособность возстановленной.

Что касается подозрительнаго больного, который въ надлежащемъ порядкѣ психически-разстроеннымъ не былъ признанъ, то у него дѣеспособность предполагается, пока не будетъ доказано противное въ отдѣльномъ казусѣ [1]). Можетъ быть и такъ, что судъ найдетъ юр. акты такого лица ничтожными по отсутствію дѣеспособности, а соотвѣтственное учрежденіе объявитъ это лицо здоровымъ и откажется учредить опеку.

Нѣмые и глухонѣмые пребываютъ подъ опекой до 21 года, а затѣмъ они пріобрѣтаютъ дѣеспособность—, какъ признано Сенатомъ, если грамотны. „Освидѣтельствованіе глухонѣмыхъ имѣетъ цѣлью не удостовѣреніе въ наступленіи глухонѣмоты или исцѣленія отъ нея, а въ томъ, можетъ ли свидѣтельствуемый свободно изъяснять свои мысли и изъявлять свою волю или же лишенъ этой способности“ [2]). Какъ справедливо указываютъ юристы (Синайскій), позволительно доказывать, что нѣмой или глухонѣмой получилъ возможность и иными средствами, мимо грамотности, пріобрѣтать знанія, понятія и выражать волю, что является вопросомъ факта [3]).

Расточительность опасна, какъ угроза интересамъ не только самого расточителя, но его и семьи, а также всего общества, ведущаго борьбу съ безпорядочнымъ растрачиваніемъ имущества а порою просто съ безмѣрной роскошью. Расточительность можетъ выражаться и въ одномъ и во многихъ актахъ, хотя въ указѣ 1-го Департамента Сена-

---

[1]) Рѣш. гражд.1877 № 209, 1869 г. № 235.

[2]) Рѣш. гражд. 1899 г. № 116.

[3]) Освидѣтельствованіе нѣмого и глухонѣмого, совершаемое тѣмъ же порядкомъ, что и изслѣдованіе психическаго состоянія, влечетъ то послѣдствіе, что освидѣтельствуемый либо подпадаетъ подъ опеку либо, при удовлетворительномъ результатѣ, приравнивается къ несовершеннолѣтнему, т. е. къ нему назначается попечитель, ст. 381 X т. ч. I. Во всякомъ случаѣ, разъ подвергшись осмотру, такое лицо освобождено окончательно не будетъ, стало быть, иногда ему лучше вовсе не свидѣтельствоваться... По другимъ законодательствамъ, нѣмые и глухонѣмые (такъ же, какъ и слѣпые и вообще имѣющіе физическіе недостатки) могутъ совершать дѣйствительные акты, пока не будетъ доказано, что эти лица во время совершенія требуемаго дѣянія не имѣли надлежащаго представленія о цѣли его и не могли опредѣлительно выражать свою волю, Св. Приб., ст. 2915.

та [1]) почему-то упоминается, что „расточительность не есть какое-либо опредѣленное дѣйствіе, направленное на невыгодное пользованіе имуществомъ, а цѣлый рядъ подобныхъ повторяющихся дѣйствій". Однако правильно то, что требуется установить „признаки безумной или разорительной роскоши". Расточительность близка къ психической ненормальности, хотя съ послѣдней не совпадаетъ. Расточитель, если онъ не душевно больной, подвергается дѣйствію правилъ объ опекѣ по малолѣтству [2]). Цѣль учрежденія опеки надъ расточителемъ—воспрепятствовать ему разорить окончательно себя и семью, путемъ совершенія распорядительныхъ актовъ по имуществу [3]). Кромѣ того въ расточительности законъ видитъ источникъ эвентуальныхъ обмановъ и иныхъ преступленій со стороны лицъ, вступающихъ съ расточителемъ въ соглашеніе по имуществу, и стремится предотвратить таковыя по началамъ пресѣченія и предупрежденія преступленій вообще. Никакихъ другихъ особыхъ цѣлей, вродѣ напоминающихъ хотя бы косвенно утвержденіе принципа „соціальной функціи собственности" (Duguit, Покровскій), нашъ законъ не ставилъ себѣ.

Расточитель вправѣ предпринимать дѣйствія, въ которыхъ нѣтъ и не можетъ быть опасности напрасной траты имущества. Онъ ищетъ и отвѣчаетъ на судѣ самостоятельно, но не вправѣ самъ оканчивать

---

[1]) 1910 г. № 2620, изложенъ у Тютрюмова, Законы гражданскіе, подъ ст. 374[1].

[2]) См. объ этомъ ст. 20 Уст. Гражд. Судопр., рѣш. гражд. 1876 г. № 389, 1899 г. № 56, I. Покровскій, Проблема расточительства, Сборникъ памяти Шершеневича, 1915, стр. 133. Опека надъ расточителемъ учреждается и отмѣняется, формально, по образцу опеки надъ безумными и пр., съ устраненіемъ въ настоящее время всего сословнаго. Ограниченіе дѣеспособности наступаетъ въ моментъ признанія, а не фактическаго учрежденія опеки, рѣш. гр. 1895 г. № 58, contra Синайскій,—или, еще точнѣе, въ моментъ, когда послѣдовало опредѣленіе подлежащаго установленія о признаніи расточительности, не ожидая утвержденія опредѣленія высшей инстанціей: упомянутое рѣш. гражд. инстанціей 1905 г. № 43. Это вполнѣ понятно и основательно: хотя законъ предписываетъ налагать запрещенія на имѣніе расточителя еще до учрежденія опеки, но фактически эти запрещенія могутъ надолго задержаться и коснуться не всего имущества расточителя, такъ что всякое промедленіе подчасъ дѣлало бы самыя мѣропріятія безплодными, было бы „смерти подобно".

[3]) Рѣш. гражд. 1905 г. № 43, Уст. о пред. и пресѣч. преступл., ст. 150.

дѣло примиреніемъ, дѣлать уступки или совершать другіе распорядительные акты. По той же причинѣ за расточителемъ признано право составить завѣщаніе, передающее имущество лишь послѣ смерти (хотя на практикѣ были случаи недобросовѣстной эксплоатаціи расточителя въ этой области) [1].

Надъ должникомъ, объявленнымъ несостоятельнымъ, учреждается конкурсное управленіе, которое вѣдаетъ всѣ его имущественныя дѣла. Съ момента объявленія начинается дѣйствіе ограниченій[2]. Продолжаются они лишь на время существованія конкурса, послѣ же этого должникъ „является неограниченнымъ распорядителемъ своего имущества“ [3]. Несостоятельный должникъ умаленъ въ своихъ правахъ настолько, насколько это необходимо для огражденія правъ его кредиторовъ, не больше [4]. За нимъ сохраняется область личныхъ правоотношеній, съ активной и пассивной судебной легитимаціей въ ней, право совершать такіе акты, какъ наемъ квартиры, отправленіе службы. Съ объявленіемъ должника несостоятельнымъ, онъ теряетъ право быть повѣреннымъ по прежнимъ довѣренностямъ, но вправѣ принимать новыя довѣренности. Несостоятельный можетъ защищать свои права на имя, фирму, свободу (вопросы личнаго задержанія, свойства несостоятельности) и уполномочивать на то другихъ. Возможно предъявить искъ объ элементахъ къ несостоятельному, который имѣетъ свой заработокъ. Несостоятельность—преимущественно торговая (банкротство), но она бываетъ и гражданская. Въ то время, какъ опека по расточительности встрѣ-

---

[1] Дѣйствительность выдвигаетъ характерные явленія, которыя позволительно было бы назвать „обратной расточительностью“, именно, случаи ненормальной, экстроординарной скупости. Недавно промелькнуло извѣстіе объ одной весьма богатой женщинѣ, чуть не умершей отъ голода вслѣдствіе скупости. Въ этихъ случаяхъ, быть можетъ, также умѣстно было бы назначеніе опеки для заботы объ индивидуумѣ? Но они такъ рѣдки, что право еще проходитъ мимо нихъ.

[2] Рѣш. гражд. 1895 г. № 58, 1874 г. № 869. Иначе рѣш. 1879 № 366 („съ момента публикаціи)“.

[3] Рѣш. гражд. 1906 г. № 9.

[4] Рѣш. гражд. 1906 г. № 30, 1903 г. № 22, 1896 г. № 19 („сдѣлки, совершенныя несостоятельнымъ во время производства дѣла о несостоятельности, если они не нарушаютъ правъ конкурсныхъ кредиторовъ дѣйствительны“), см. также Добровольскій, Практика б. 4-го и Судебнаго Департамента и т. д. по дѣламъ торговымъ, т. I, 1908 г., стр. 366.

чается сравнительно рѣдко, вслѣдствіе все же уменьшающихся, надо сказать, стимуловъ къ прежней роскоши и мотовству, несостоятельность въ разныхъ ея видахъ восходитъ нынѣ на разсмотрѣніе судовъ довольно прогрессивно.

Въ общемъ, наши законы о дѣеспособности отражаютъ взгляды старыхъ временъ. Нормы о неполнолѣтнихъ приспособлены были къ сословнымъ установленіямъ императрицы Екатерины II. Психическая ненормальность интересовала законодателя съ точки зрѣнія служилой, чѣмъ и объясняется столь сильное участіе администраціи въ разрѣшеніи вопроса о наличіи душевной болѣзни. Въ дѣлахъ о расточительности полицейская точка зрѣнія „пресѣченія и предупрежденія" преобладаетъ надъ цивильной.

De lege ferenda необходимо установленіе единаго возраста въ 21 годъ, съ правомъ на эмансипацію въ порядкѣ судебнаго разбирательства. Должно быть расширено право суда при разсмотрѣніи споровъ, касающихся дѣеспособности неполнолѣтняго. Только судъ можетъ рѣшить, насколько добросовѣстно дѣйствовали контрагенты, насколько данный юрид. актъ клонится къ пользамъ и выгодамъ неполнолѣтняго, имѣетъ ли онъ юридически—дѣловой характеръ или же относится къ обычнымъ житейскимъ дѣйствіямъ, не предполагающимъ вовсе особой дѣеспособности, какъ покупка ученикомъ тетради и книжки, услуженіе мальчика для посылокъ и порученій, для дѣтскихъ танцевъ и т. п. Точно также степень сознательности неполнолѣтняго при причиненіи вреда можетъ и долженъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшать судъ, не стѣсняясь возрастомъ причинителя—делинквента (въ счетъ не идетъ, конечно, дѣтство до 10 лѣтъ, изъятое изъ отвѣтственности какъ уголовными, такъ и гражданскими законами) [1]. Опредѣленіе дѣеспособности душевно-больного, психически-слабаго, расточителя и др., должно быть въ будущемъ также предоставлено всецѣло суду [2]. Вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ цивилистовъ [3] и по пра-

[1] Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 7.

[2] Практика не рѣшалась на изложенный выводъ о правѣ суда свободно опредѣлять деликтоспособность неполнолѣтняго, не дѣлаютъ этого вывода и нынѣшніе суды въ Литвѣ, хотя законъ ему не противорѣчитъ. Въ настоящее время нѣкоторую аналогію даютъ стт. 40 и 41 Угол. Улож. о вмѣненіи неполнолѣтнимъ уголовно-наказуемыхъ дѣяній, по опредѣленнымъ возрастамъ. Но въ гражданскихъ дѣлахъ право суда шире.

[3] Фонъ-Бринкманъ, Ограниченіе правоспособности (?) по безумію и сумасшествію, Журн. Мин. Юст., 1908 г., № 6, стр. 133 и сл.

вильному заключенію практики, единственнымъ критеріемъ недѣеспособности должно остаться и впредь отсутствіе способности управлять своими дѣлами, хотя бы это было только слабоуміе. Вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ точнымъ образомъ отграничить опеку надъ д. б. отъ вопроса о самой дѣеспособности. Суду должно быть предоставлено право расширить понятіе психическаго нездоровья, подводя подъ него пораженіе или ослабленіе не только умственныхъ способностей, но и воли, сильныя нервныя потрясенія, депрессіи и другія психопатологическія проявленія—Hemmungen,—препятствующія человѣку осуществлять право (Mut verloren alles verloren). Въ расточительности надлежитъ оттѣнить цивильноправовую точку зрѣнія ограниченія. Больше вниманія слѣдуетъ обратить на нравственный и общественный вредъ расточительности. Законъ долженъ требовать отъ суда разграниченія актовъ безупречныхъ или даже полезныхъ для правовой сферы расточителя отъ актовъ вредныхъ и убыточныхъ, въ какую бы форму послѣдніе ни облекались.

Все, касающееся расточительности, должно быть примѣнено и къ запойцамъ (привычнымъ пьяницамъ) [1].

Мѣстожительство.

Каждое лицо не только принадлежитъ къ извѣстному государству (гражданство), обладаетъ именемъ и гражданскимъ состояніемъ, но и должно имѣть опредѣленное мѣстожительство. Легко представить себѣ, что получилось бы, если бы у людей не было постояннаго мѣстожительства: твердый правопорядокъ едва ли былъ бы мыслимъ. Тѣмъ не менѣе, есть лица безъ мѣстожительства—бродячій элементъ.

Къ мѣстожительству пріурочиваются опредѣленныя права и обязанности, оно имѣетъ большое значеніе для опредѣленія правоспособности лицъ. Рядъ административныхъ и политическихъ правъ и обязанностей, подсудность, исполненіе по обязательствамъ, юридическое положеніе въ смыслѣ международнаго права, совершеніе разныхъ юридически — релевантныхъ дѣйствій, какъ публичное оповѣщеніе, и пр. — все это находится въ зависимости отъ мѣстожительства. Wo ein Mann Wohnung hat, da muss er antworten. Jeder Mann ist schuldig zu antworten, wo sein Topf wallt und sein Haus raucht. Лицо можетъ

[1] Schw. ZGB весьма основательно присоединяетъ сюда въ качествѣ нововведенія еще и порочный образъ жизни—lasterhafter Lebenwandel, inconduite, Scostumatezza (Art. 370). Подъ нимъ разумѣется поведеніе, не только угрожающіе нуждой и бѣдностью самому субъекту, но и опасное для третьихъ лицъ. Curti—Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, 1911, S. 306.

переходить и переѣзжать изъ одного мѣста въ другое, мѣнять свое пребываніе, но одно мѣсто трактуется какъ его перманентное въ юридическомъ отношеніи мѣстонахожденіе, составляя его домицилій. Это мѣсто законы и отмѣчаютъ въ качествѣ мѣстожительства, ибо съ нимъ лицо болѣе всего связано. Существуетъ различіе между временнымъ, случайнымъ пребываніемъ даннаго лица—residence,—къ которому также пріурочиваются извѣстныя юридическія послѣдствія, и мѣстожительствомъ, гдѣ основанъ очагъ и центръ жизни субъекта и откуда никто не отлучается иначе, какъ въ видѣ исключенія и по особой надобности [1]). Въ мѣстожительствѣ иногда различаютъ первоначальный домицилій—domicil of origin,—въ которомъ проживалъ отецъ даннаго лица во время рожденія послѣдняго, и домицилій по избранію—domicil of choice—, т. е. избранный себѣ лицомъ послѣ оставленія первоначальнаго домицилія (англійское право). Значеніе этого разграниченія состоитъ въ томъ, что въ виду требованія обязательнаго домицилія для каждаго гражданина, съ оставленіемъ избраннаго домицилія возстанавливается первоначальный домицилій, пока не будетъ обрѣтенъ новый [2]). Континентальное право, мирясь и съ бездомицильнымъ состояніемъ, не знаетъ ни указаннаго разграниченія, ни его консеквенцій. Въ отличіе отъ добровольнаго мѣстожительства—domicilium voluntarium—,домицилій иногда опредѣляется самимъ закономъ—domicilium necessarium. Къ послѣднему относится мѣстожительство недѣеспособныхъ, которые, вслѣдствіе отсутствія самостоятельной воли, должны довольствоваться мѣстожительствомъ, избираемыхъ для нихъ представителемъ—опекуномъ [3]).

Для понятія мѣстожительства требуется: формальное избраніе его и осуществленіе на дѣлѣ—фактическое обоснованіе поселенія въ данномъ мѣстѣ. Такъ, Германскій Кодексъ предполагаетъ поселеніе съ намѣрені-

---

[1]) Римскіе юристы, опредѣляя domicilium, какъ мѣсто, избранное лицомъ, въ качествѣ средоточія его дѣлъ, указывали, что это именно то мѣсто, отсутствіе съ котораго называется путешествіемъ. Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 50, видитъ въ мѣстожительствѣ „quel luogo in cui una persona giuridicamente deve sempre trovarsi, per essere presente alla legge“ („мѣсто, въ которомъ персона должна всегда находиться юридически, чтобы быть на лицо передъ закономъ“).

[2]) Schuster, The principles of German law, 1907, p. 26.

[3]) Необходимость этого различенія оспаривается: Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 1922, p. 204. На самомъ дѣлѣ его въ концѣ концовъ проводитъ и самъ Planiol.

емъ постоянно проживать, то же вытекаетъ изъ Code civil [1]). По этимъ кодексамъ домицилій измѣняется путемъ новаго поселенія съ намѣреніемъ отмѣнить старое мѣстожительство. По французскому законодательству это намѣреніе устанавливается оповѣщеніемъ чиновниковъ гражданскаго состоянія коммуны, какъ оставляемой, такъ и вновь избираемой, и всевозможными другими данными [2]). У насъ опредѣленіе даетъ Уставъ Гражд. Судопр., по которому „постоянное мѣстожительство полагается тамъ, гдѣ кто по своимъ занятіямъ, промысламъ, имуществу или по службѣ, военной и гражданской, имѣетъ осѣдлость и домашнее обзаведеніе“ [3]). По смыслу нашихъ законовъ должно быть фактическое поселеніе, связанное съ волей сдѣлать мѣсто поселенія центромъ своихъ жизненныхъ отношеній—соединеніе моментовъ объективнаго и субъективнаго, corpus et animus remanendi. Поэтому ученикъ или студентъ, живущій для цѣлей образованія въ чужомъ городѣ, домицилія здѣсь не пріобрѣтаетъ. Не будетъ домицилія во многихъ случаяхъ поселенія при служебныхъ командировкахъ, при лѣченіи и т. д. Волевымъ актомъ сопровождается и измѣненіе мѣстожительства. Пока лицо не перемѣнило надлежащимъ образомъ свой домицилій, приходится считаться со старымъ мѣстожительствомъ: послѣднее принимается во вниманіе и въ случаяхъ сомнѣній относительно новаго мѣстожительства [4]). Что касается домицилія, устанавливаемаго по законнымъ признакамъ, безъ участія воли, то по нашимъ законамъ мѣстожительство жены считается при мужѣ, дѣтей—при отцѣ, внѣбрачнаго ребенка—при матери, для состоящихъ подъ

---

[1]) BGB, § 7 (сопоставленіе Abs. 1 и 3), Code civil, Art. 102 и 103, также Codice civile, art. 16 и 17. Французскіе юристы, впрочемъ, сосредаточиваютъ вниманіе болѣе на объективномъ признакѣ и со времени Pothier характеризуютъ domicile, какъ мѣсто, ou une persone a etabli siège principal de la demeure et de ses affaires, см. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 1922, p. 198 Также, приблизительно, и Пр. Гр. Ул., ст. 8.

[2]) См. Гражд. улож. 1825 г., стт. 26, 27, 28 и 29.

[3]) Ст. 204. Сенатъ относитъ окончательное заключеніе суда о постоянномъ мѣстожительствѣ лица къ области „фактовъ“, не подлежащихъ кассаціонной провѣркѣ, но самое понятіе постояннаго мѣстожительства считаетъ „юридическимъ“, рѣш. гражд. 1888 г. № 72.

[4]) Jouiton, Simples explications sur le droit civil, 1904, p. 50.

опекой и попечительствомъ мѣстожительство избирается съ согласія законныхъ представителей. Договоръ мужа съ женой о раздѣльномъ жительствѣ законъ объявляетъ недѣйствительнымъ, запрещая всякіе акты, клонящіеся къ самовольному разлученію супруговъ. Однако, самъ законъ признаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ разномѣстную жизнь супруговъ. Это бываетъ не только тогда, когда супругъ по католическому обряду постановленіемъ духовнаго суда отлученъ отъ стола и ложа, но и тогда, когда супруги живутъ раздѣльно вслѣдствіе оказавшейся невозможности совмѣстной жизни [1]). Домашній слуга имѣетъ жительство тамъ, гдѣ проживаетъ его работодавецъ, по мѣсту службы, но не обязанъ слѣдовать за работодавцемъ, при перемѣнѣ послѣднимъ домицилія, ибо это было бы недопустимымъ ограниченіемъ правъ и свободы слуги [2]). Для военно-обязанныхъ и военно-служащихъ мѣстожительствомъ является мѣстонахожденіе гарнизона, а если послѣдній находится внѣ страны, — мѣсто послѣдняго нахожденія гарнизона. Лица, которыя отъ насъ уѣзжаютъ за-границу, будучи обязаны тамъ по своей должности пребывать, имѣютъ мѣстожительство въ нашемъ столичномъ городѣ, однако это домицилій только субсидіарный. Для отбывающихъ наказанія мѣсто отбыванія и есть домициліи [3]). Возможно ли существованіе нѣсколькихъ домицилій? Еще со времени римскаго права это допускалось; также и нынѣ это не возбраняется законодательствами Европы, что вполнѣ основательно оправдывается жизнью [4]). Дозволяетъ два или нѣсколько мѣсто-

---

[1]) Ст. 103[1] X т. 1 ч., по ред. 12 марта 1914 г. Въ Англіи, въ виду недопущенія раздѣльнаго жительства супруговъ, домицилій жены считается при мужѣ и тогда, когда она фактически живетъ отдѣльно. Jenks, Digeste de droit civil anglais, t. 1, 1923, p. 2, Chase, Blakstones commentaries of the laws of England, 1926, p. 111. Этого не признаетъ континентальное право (и наше).

[2]) Ср. Св. Приб., ст. 4219 г.

[3]) Contra Schw. ZGB, Art. 26.

[4]) BGB, § 7, Art. 2, Schmidt, Bürgerliches Recht, 1927, S. 36, Св. Приб., ст. 3073. Также англійская и французская практика. Однако—см. Schw. ZGB, Art, 26, Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 1922, p. 239: Il y a changement de domicile et non pas addition d' un second au primier;въ послѣд. Santangello Spotto, Diritto civile, 1922, p. 239. Частные случаи немъ смыслѣ и возможнаго злоупотребленія множественнымъ домициліемъ въ области международно-правовыхъ отношеній устраняются обыкновенно соотвѣтствующими спеціальными нормами.

жительствъ и наше право [1]). Ограничивается ли соединенный домицилій только случаями добровольнаго мѣстожительства, такъ думаютъ нѣкоторые (Дювернуа)? Едва ли. Domicilium necessarium бываетъ также двойственный, тройственный. Жена, живущая при мужѣ, можетъ вмѣстѣ съ нимъ на лѣто переѣзжать въ другой городъ (на дачу, въ курортъ), неполнолѣтній въ состояніи имѣть два или нѣсколько центровъ обзаведенія и т. д.

Добровольный домицилій фиксируется иногда по договорамъ и обязательствамъ какъ облигаторный для контрагента, но такой облигаторности присуще относительное значеніе. Соглашеніе о домициліи имѣетъ тотъ смыслъ, что нарушеніе перваго влечетъ за собой обязанность возмѣщенія вреда и убытковъ, но не что-либо другое. Между тѣмъ нѣкоторые кодексы расширяютъ дѣйствіе условленнаго домицилія, такъ что получается для многихъ актовъ „мѣстожительство“ безъ фактической резиденціи. Такъ, по Гражд. Улож. 1825 г., если въ какомъ-либо актѣ договаривающіеся стороны либо одна изъ нихъ изберутъ для исполненія этого акта другое, а не дѣйствительное ихъ мѣстожительства, въ такомъ случаѣ всякое ходатайство касательно исполненія этого акта можетъ быть предъявлено въ избранномъ мѣстѣ жительства и въ судѣ этой же мѣстности [2]). По нашему праву въ тѣхъ случаяхъ, когда требуется обязательное оповѣщеніе, посылка такового по условленному мѣстожительству не является релевантнымъ актомъ. Можно условиться о мѣстѣ подсудности въ установленномъ гражданскимъ процессомъ порядкѣ, но нельзя это сдѣлать относительно мѣста вученія увѣдомленій суда. Начало фактичности въ нашемъ законѣ о домициліи болѣе выдержано.

Отличая отъ домицилія временное пребываніе, законъ нашъ, однако, связываетъ и съ временнымъ пребываніемъ извѣстныя правовыя послѣдствія, какъ подсудность въ нѣкоторыхъ случаяхъ [3]), освидѣтельствованіе въ случаѣ душевной болѣзни и проч.

Въ прежнее время законамъ извѣстно было еще мѣстожительство in subsidium, примѣнительно къ признакамъ сословнымъ и классовымъ—приписка къ обществу. Въ положеніяхъ о припискѣ, помѣщенныхъ въ IX т. Св. Зак. [4]), заключался смѣшанный характеръ, отчасти административно-

[1]) Ст. 1085 X т. I ч., ст. 205 Уст. Гражд. Судопр., рѣш. гражд. 1876 г. № 487.

[2]) Ст. 35.

[3]) Ст. 32, 106 Уст. Гражд. Судопр.

[4]) Ст. 518 и сл., 550, 556, 701 и сл., 738 и сл.

цивильный, отчасти — административно цивильно-политическій (Дювернуа) [1]. Со времени введенія судебныхъ уставовъ въ Россіи цивильный характеръ мѣстожительства сталъ преобладать. Въ настоящее время административно-политическое мѣстожительство, какъ особое понятіе, должно считаться не существующимъ болѣе.

Задача современнаго законодателя заключается въ упроченіи домицилія, какъ частно-правового института и составной части правоспособности. Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ интересахъ гражданскаго оборота неизбѣжно нѣкоторое ограниченіе свободы перемѣннаго опредѣленія мѣстожительства, соблюденіе извѣстныхъ формальностей и требованій, имѣя въ виду интересы третьихъ лицъ, которыхъ такая свобода можетъ коснуться. На этотъ, именно, путь стало Французское и Швейцарское законодательство.

Соединеніе лицъ (юридическое лицо).

Не одинъ лишь человѣкъ, но и животныя соединяются вмѣстѣ для цѣлей, достиженіе которыхъ единичному существу оказывается не подъ силу и невозможнымъ. У животныхъ это совершается инстинктивно; у людей—не только подъ вліяніемъ инстинкта, но и сознательно, путемъ соглашеній явныхъ или молчаливыхъ; у животныхъ—въ видѣ исключенія, у людей—по общему правилу. Вся человѣческая жизнь имѣетъ въ своей основѣ принципъ единенія и общежитія. Исторія застаетъ нѣкоторые виды человѣческаго объединенія готовыми, и праву остается лишь изучать таковые и квалифицировать, иные, наоборотъ, возникаютъ лишь впослѣдствіи, такъ сказать, на глазахъ человѣчества [2]. Если два человѣка или больше соединены въ сферѣ правовой дѣятельности простой связью количества лицъ, то имѣется множество субъектовъ правъ и обязанностей: два или нѣсколько собственниковъ одного и того же имущества, нѣсколько купцовъ, торгующихъ совмѣстно и т.д. Но ради удоб-

[1] Нѣчто вродѣ этого существовало и въ старой Европѣ: прикрѣпленіе къ общинѣ, округу—Gemeindeangehörigkeit, Gebietsangehörigkeit.

[2] Союзы первоначально были такого рода, что они и зарождались и существовали самостоятельно, не какъ продуктъ спеціальнаго человѣческаго творенія—collegia necessaria —а затѣмъ стали возникать и такіе союзы, которые образовываются волей людей—collegia voluntaria. См. интересныя замѣчанія объ этой эволюціи въ прошломъ и настоящемъ европейскихъ обществъ у Дювернуа, Чтенія по гражданскому праву, т. I, в. 2, 1898 г. стр., 372—383.

ства или по инымъ причинамъ, совокупность можетъ выступать въ оборотѣ какъ одинъ субъектъ, что бываетъ особенно тогда, когда количество соединяемыхъ такимъ образомъ персонъ мѣняется. Въ такомъ случаѣ получается такъ называемое юридическое лицо, которое является не чѣмъ инымъ, какъ соединеніемъ лицъ, съ имуществомъ или безъ него, для достиженія опредѣленныхъ болѣе или менѣе постоянныхъ матеріальныхъ или не-матеріальныхъ цѣлей, въ предѣлахъ закона [1]). Древнему праву, въ томъ числѣ римскому, собственно, чуждо было понятіе юридическаго лица въ нынѣшнемъ смыслѣ слова. Старый Римъ зналъ право общей собственности (или иное общее вещное право), мыслимое какъ раздѣльное либо нераздѣльное. Въ обязательственныхъ правоотношеніяхъ существовало понятіе societas, также не совпадавшее съ представленіемъ о юридическомъ лицѣ. Въ средніе вѣка союзы, напр., брачные трактовались, какъ нѣчто самостоятельное въ гражданскомъ оборотѣ — die gesamte Hand,— съ единымъ хозяйствомъ, единой собственностью и едиными кредиторами. Христіанство ввело понятіе фингированнаго юридическаго лица, независимаго отъ входящихъ въ его составъ физическихъ лицъ и возможныхъ перемѣнъ въ составѣ—епископства, Папскій Престолъ, Sedes Apostolica,—дабы имѣть возможность преемственно связывать права съ институтомъ, а не съ персонами (entia). Современное юридическое лицо болѣе не фактивное Einzelperson, но живое соціаль-

---

[1]) Довольно распространенная дефиниція: юридическое лицо это все то, что, не будучи физическимъ лицомъ, признается со стороны объективнаго права способнымъ, въ виду опредѣленной цѣли, быть субъектомъ права (Шершеневичъ, Русское Гражданское права, 1912 г., стр. 137), — стремится все понятіе юридическаго лица уложить въ прокрустово ложе негативнаго опредѣленія. Дефиниція эта страдаетъ не игнорированіемъ того—какъ утверждаютъ сторонники психологической теоріи права, готовые надѣлить правами всякое „существо",—что субъектами правъ могутъ быть, будто бы, и животныя и призраки, а тѣмъ, что она не даетъ никакого ни теоретическаго, ни практичнаго содержанія и субстрата данному понятію. Выходитъ почти такъ, что юридическое лицо есть отличающійся отъ физическаго лица... иксъ. Enneccerus опредѣляетъ юридическое лицо als Organisationen, d. h. Vereinigungen und Veranstaltungen zu bestimmten Zwecken, die als Rechts und Willenssubiekte anerkannt sind. Но самъ Enneccerus, подъ „организаціями" разумѣетъ здѣсь простую „абстракцію" (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1 B., 1 Abt., 1909, S. 255).

ное существо, реализующее свою дѣятельность при посредствѣ особыхъ органовъ, дѣеспособное и деликтеспособное (Schreuer).

Юридическія лица публичнаго права, дѣятельность которыхъ и самое возникновеніе регулируются оффиціальнымъ правомъ, осуществляютъ интересы государственные, религіозные, самоуправленія, а также науки, какъ университеты и отдѣльные факультеты [1]). Сюда относится и само государство. Частное право примѣняется къ этимъ юридическимъ лицамъ постольку, поскольку они выступаютъ въ оборотѣ какъ субъекты приватныхъ отношеній, пріобрѣтая приватныя права и обязанности (понятіе государство замѣняется тогда понятіемъ фискъ). Юридическія лица частнаго права,—товарищества и компаніи, общественныя, культурныя и благотворительныя группы и учрежденія, политическія партіи, клубы, артели и пр.—подчинены частному праву въ отношеніи возникновенія, дѣятельности и прекращенія существованія. Юридическое лицо, составленное изъ лицъ физическихъ для достиженія цѣлей идеальныхъ или имущественныхъ либо тѣхъ и другихъ вмѣстѣ, есть кооперація—Verein Здѣсь центръ тяжести въ связи лицъ (universitas personarum). Напротивъ, учрежденіе, Stiftung, возникающее, какъ и корпорація, путемъ соглашеній, но также · одностороннимъ волеизъявленіемъ при жизни или на случай смерти, имѣетъ въ виду преимущественно достиженіе идеальныхъ цѣлей, научныхъ, человѣколюбивыхъ, предназначеніемъ для того опредѣленнаго имущества (universitas bonorum). Задачи эти осуществляются простой выдачей имущества, денегъ либо инымъ способомъ—лѣченіемъ, содержаніемъ, просвѣщеніемъ (больница, сиротскій домъ, народный университетъ [2]).

Какъ и всякій субъектъ права, юридическое лицо имѣетъ свою волю, которая получаетъ выраженіе не черезъ соединеніе, какъ таковое,

---

[1]) См. Уставъ Литовскаго Университета — Universiteto Statutas, § 52. Тамъ, гдѣ церковь отдѣлена отъ государства, религіозныя общины и организаціи причисляются обычно къ юрид. лицамъ частнаго права. Expressis verbis объ этомъ—Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., которое къ Juristischen Personen des Privatrechts относитъ die bürgelichen, religiösen, frommen etc, ст. 16, нѣм. изд. Heinsheimer 1928 г.

[2]) Въ частномъ правѣ трактуется обычно лишь о юридическомъ лицѣ въ формѣ товарищества, кооперації или учрежденія. Но жизнь вырабатываетъ рядъ другихъ соединеній для осуществленія единой или многихъ задачъ, Таль, Очерки промышленнаго права, 1916 г., стр. 49.

а черезъ его органъ, т. е. правленіе, комитетъ. Такъ какъ право создано для людей, то въ правовомъ оборотѣ могутъ выступать только люди. Иногда эта роль недоступна человѣку или неосуществима по фактическимъ причинамъ—пола, возраста, по безвѣстнему или простому отсутствію, по техническимъ условіямъ вслѣдствіе значительности и перемѣнности состава лицъ, порою вообще желательно дѣйствовать черезъ иныхъ субъектовъ, не выдвигая себя на первый планъ внѣшнимъ образомъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто функціонированіе черезъ другихъ, будь то представители или органы. Поэтому юридическое лицо ничего особеннаго въ смыслѣ правовой конструкціи, собственно, не представляетъ.

Быть можетъ, лучше было бы пользоваться въ данномъ случаѣ терминологіей не—юриста, „профана“, который подъ юридическимъ лицомъ разумѣетъ лицо, способное къ правамъ и обязанностямъ, независимо отъ того, есть ли это одинъ человѣкъ или соединеніе многихъ, а то, что именуется въ правѣ „юридическимъ лицомъ“, отличать другимъ названіемъ. (Если такъ понимать юридическое лицо, то, въ сущности, нынѣ, съ точки зрѣнія права и государства, всѣ — „юридическія лица“, чего не было въ прежнее время, когда рабы, напр., такого качества имѣть не могли, а были только „физическими лицами“ въ настоящемъ смыслѣ слова). Но термины слишкомъ укрѣпились, чтобы можно было думать объ измѣненіи.

Личность, съ ея свойствами, расширенная въ существѣ своемъ, стоитъ въ центрѣ понятія совокупности, именуемой юридическимъ лицомъ, связь съ „людьми“ въ юр. лицѣ имѣется, хотя бы она и казалась менѣе ощутимой. Это—акціонеры и товарищи въ акціонерныхъ компаніяхъ и товариществахъ, граждане въ государствѣ, призрѣваемые бѣдные въ благотворительномъ учрежденіи, богадѣльнѣ [1]). Иногда наличность людей, субъектомъ правъ, въ соединеніи—чувствуется самымъ

---

[1]) Что бѣдные, воспитанники, ученики и иные дестинатаріи могутъ быть въ данномъ случаѣ субъектами правъ, это не только не противорѣчитъ правосознанію, но, напротивъ, имъ вполнѣ подтверждается. Contra Jarra, Ogólna teorija prawa, 1922, str. 328. Не только въ юридическихъ лицахъ, но и во многихъ другихъ правовыхъ институтахъ, связь лицъ съ правоотношеніемъ можетъ казаться призрачной. Завѣщатель оставляетъ свое имущество „бѣднымъ“ данной мѣстности: пусть будетъ недостаточно опредѣленности въ такомъ распоряженіи, „бѣдные“ все же являются носителями правъ. Во

отдаленнымъ образомъ, напр., въ случаѣ установленіи стипендіи или преміи за открытіе и заслугу. Но и здѣсь субъекты правъ—люди, а не какая либо абстракція или фикція, не само соединеніе. Эти субъекты правъ въ моментъ возникновенія юр. лица могутъ быть фактически еще неизвѣстны или даже не существовать до поры до времени, какъ то бываетъ при внесеніи денежныхъ суммъ на созданіе будущаго общества или учрежденія, фонда. Однако, право жизненное, а не конструктивное, заботится не только о существующемъ, но и о будущемъ, находя формы для защиты интересовъ имѣющихъ въ грядущемъ явиться носителей правъ.

Съ изложенной точки зрѣнія, коль скоро принять во вниманіе, что въ юридическихъ лицахъ рѣчь идетъ о группировкѣ тѣхъ же живыхъ людей, съ нѣкоторыми только варіаціями въ правахъ и обязанностяхъ, что, стало быть, нѣтъ вовсе необходимости въ конструированіи какихъ-то особыхъ „новыхъ лицъ", что внѣ понятія человѣка никакихъ другихъ субъектовъ правъ не существуетъ, старый споръ о сущности юрид. лица и основаніи его правоспособности значительно теряетъ въ своей остротѣ. Споръ этотъ, едва ли не самый острый во всей теоріи частнаго права, далъ результаты, далеко не соизмѣримые со затраченной на него учеными энергіей. Въ общихъ чертахъ, онъ сводится къ слѣдующему.

Со старыхъ временъ нѣкоторые юристы указывали, что правомочіямъ юрид. лица недостаетъ реальнаго субъекта, который могъ бы считаться ихъ обладателемъ, могъ бы ими наслаждаться, geniessen. Поэтому необходимо создать искусственно лицо вымышленное, съ которымъ связывались бы права и обязанности фиктивнымъ образомъ. Это и есть т. назыв. теорія фикціи, возникшая на почвѣ римскаго права, получившая распространеніе въ началѣ XIX в. въ Германіи, гдѣ она нынѣ отвергнута въ общемъ, и все еше лелѣемая романскими юристами. Эта теорія правильно отмѣчаетъ, что субъектомъ правъ является человѣкъ, какъ таковой, но лишь когда имѣетъ мѣсто опредѣленное соединеніе людей, она въ такомъ соединеніи усматриваетъ „фикцію" новой личности. По поводу теоріи „фикціи" можно замѣтить: конечно, соединенія—общества, корпораціи—сами по себѣ не въ состояніи „наслаждаться", но наслаждаются входящіе въ эти соединенія лица, напр., члены клуба. Таковымъ лицамъ принадлежитъ господство въ области благъ юридическаго лица, а это и есть главный

всякомъ исключительномъ правѣ субъектомъ воздержанія отъ нарушенія являются „всѣ": понятіе еще болѣе неопредѣленное, но все же имѣющее юридическую окраску.

признакъ правомочія. Соединенія людей не вымыселъ, не фикція, а живое реальное явленіе, живая реальная сила. По справедливому указанію первыхъ критиковъ названной теоріи, различать по признаку фикціи физическія и юридическія лица это то же, что въ антропологіи дѣлить людей на дѣйствительныя человѣческія существа и Vogelscheuche—садовыя пугала [1]). Критики „фиктивной" теоріи оказались, однако, столь же уязвимыми, когда они, не ограничиваясь критикой, пожелали выдвинуть свою теорію разграниченія. Тогда этимъ садовымъ пугаломъ оказалось понятіе „цѣлевого имущества". По этой новой теоріи, имущество можетъ принадлежать кому-либо,—тогда мы имѣемъ обыкновенное лицо, или чему-либо, —тогда получится юридическое лицо. Такимъ образомъ субъектомъ имущества оказывается не только кто-нибудь, но и что-нибудь, т. е. ничто, ибо „что-нибудь" не можетъ имѣть никакихъ правъ по современнымъ представленіямъ. Теорія „цѣлевого имущества" не считается съ интересами не—матеріальными, какъ будто все дѣло только въ имуществѣ. Она упускаетъ изъ виду, что существуютъ юридическія лица, у которыхъ вообще нѣтъ или еще нѣтъ никакого имущества. Она признаетъ цѣль только за „цѣлевымъ имуществомъ", какъ будто ея нѣтъ въ имущественномъ комплексѣ каждаго лица. Она смѣшиваетъ представительство съ самой личностью, будучи вынужденной допускать, что въ „цѣлевомъ имуществѣ" осуществляется воля его органовъ [2]). Выдвинутое затѣмъ ученіе о такъ называемыхъ соціальныхъ организмахъ проводитъ мысль о юридическихъ лицахъ, какъ живыхъ разновидностяхъ, обладающихъ своей особой самостоя-

---

[1]) Въ своей работѣ „Juristische Person und aufgegebenes Grundstück", 1927, Wolff, ссылаясь на прежніе свои выводы, повторяетъ „dass die juristische Person nur eine fingierte, keine wahre Person ist", но съ большими оговорками, (S. 33 ff.). Къ теоріи „фикціи" готовъ примкнуть и Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1 B., 2 Abt., 1909, S. 225.

[2]) Олицетвореніе „имущества" склоненъ видѣть въ юрлицѣ Planiol, который настаиваетъ на необходимости замѣнить le mythe de la personalité позитивнымъ признакомъ, и таковымъ должно быть коллективное имущество, la propriété collective: Traitê élémentaire de droit civil, t.I, 1922, p. 935 Обзоръ теорій юр. лицъ см. у Gierke, Deutsches Privatrecht, B. I, 1895, S. 463 ff, новѣйшихъ—Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, B. 1, 1927, S. 58—84 (обстоятельный очеркъ).

тельной волей, своими желаніями и своей честью [1]). „Антропоморфическое“ ученіе о живомъ организмѣ, въ сущности, мало прибавляетъ къ другимъ теоріямъ „пугалъ“, тѣмъ болѣе, что „ни отъ пожертвованія, ни отъ подписи министра не рождается никакого организма, кромѣ развѣ бумажки“ (Петражицкій).

Нѣкоторыя теоріи либо доходятъ до полнаго отрицанія юридическаго лица либо повергаютъ проблему въ туманную и довольно безплодную метафизику. Наконецъ многіе юристы совершенно отказываются отъ теорій юридическаго лица, дѣлая отсылки къ другимъ областямъ науки либо констатируя окончательно безсиліе въ этомъ вопросѣ. Такъ, Кистяковскій[2]) заявляетъ, что центръ тяжести разграниченія между отдѣльнымъ человѣкомъ и юридическими лицами—общественными организаціями лежитъ въ „естествознаніи“, „психологіи“ и „соціологіи“, а Duguit[3]) объявляетъ проблему юридической личности „неразрѣшимой“.

Въ послѣднее самое время появились такъ называемыя Relationstheorien изъ которыхъ одна превращаетъ юр. лицо въ простое отношеніе—Relation—между его членами и къ третьимъ лицамъ, а другая видитъ реальный смыслъ не „въ созданномъ для цѣлей порядка понятіи юридическаго лица“, а въ „интериндивидуальной связи членовъ“ (корпораціи), обусловливающей относительное единство волевыхъ актовъ [4]).

Приходится,быть можетъ,признать, что въ юр. лицахъ наилучшая теорія—это отсутствіе всякой спеціальной теоріи. Существуетъ ли на самомъ дѣлѣ какіе-то особые, правомъ забронированные, субъекты—Scheuchen,

---

[1]) „Ueber den menschlichen Individuen setzen die menschlichen Verbände in mannichfach abgestufter Daseinsordnung das Leben fort . . . Sociale Organizmen mit Haupt und Gliedern . . . und diese realen Verbandsheiten . . . sind es, die als Verbandspersonen in das Recht treten“, Gierke, Deutsches Privatrecht, B. 1, 1895, S. 468, также Dernburg, Das bürgerliche Recht d. deutschen Reichs und Preussens, B 1, 1902, S. 64. Это ученіе вошло въ BGB и Schw. ZGB, порождая немало споровъ и контраверзъ на почвѣ практическихъ выводовъ о правѣ—и дѣеспособности подобнаго рода „lebendige Gemeinwesen“:

[2]) Понятіе субъекта права, 1903 г., стр. 12 и сл.

[3]) Общія преобразованія Гражданскаго права со времени Кодекса Наполеона, изд. 1919 г., стр. 13.

[4]) Haff, Institunionen des deutschen Privatrechts, 1927, S. 70.

наряду съ человѣкомъ и съ нимъ конкурирующія (розыскиваемыя, какъ будто, тамъ же, гдѣ пребываютъ Гейневскіе боги, обитатели „промежуточныхъ пространствъ міра“)? Не правильнѣе ли считать, что все, запечатлѣнное чертами „субъекта“ и „лица“, есть только человѣкъ или— соединеніе людей? Если послѣднему въ извѣстныхъ цѣляхъ правовыми нормами и сообщаются нѣкоторыя особенности, то въ основѣ и существѣ оно все же совокупность индивидумовъ, не болѣе [1]. Человѣкъ опредѣляетъ собою и юридическое лицо. Сочетая свои личныя и имущественныя отношенія съ прочими людьми, онъ создаетъ разныя формы соединеній, входя въ которыя онъ не отказывается отъ своей индивидуальности, не отдаетъ ея на служеніе другому. Эти соединенія по существу могутъ рѣзко разграничиваться между собою въ зависимости отъ конкретныхъ задачъ и цѣлей. Это можетъ быть и торговый домъ для извлеченія прибыли, и стипендія для учащихся, и фондъ для изобрѣтателей и благодѣтелей человѣчества. Объединяетъ все это въ понятіи юридическаго лица то, что въ этихъ организаціяхъ: а) въ видѣ общаго правила actor можетъ отличаться отъ правно-заинтересованнаго, и б) субъекты правъ и обязанностей въ своей множественности, способной при томъ измѣняться, такъ сгруппированы между собою, что выступаютъ во внѣ, какъ единое лицо [2].

Соединеніе, именуемое юридическимъ лицомъ, имѣетъ правоспособность, вправѣ искать и отвѣчать на судѣ, пріобрѣтать и отчуждать имущество, заключать договоры и обязательства, получать наслѣдство. Оно можетъ претендовать на защиту своего имени, какъ матеріальной

---

[1] Еще Ihering отчасти признавалъ истинными субъектами юр. лица (Verbandsvermögens) die zu dessen Genuss berufene einzelnen Menschen. Въ ассоціаціи онъ видѣлъ солидаризацію интересовъ, въ противность противоборствующему эгоизму, по принципу: Sein Vorteil mein Vorteil, mein Vorteil sein Vorteil, см. Recht und Sitte, S. 131 ff. Указываютъ, что Ihering въ отдѣльныхъ случаяхъ отступалъ отъ своего взгляда трактуя юр. лицо als „mechanischen Rechtsträger“. Но дѣло, конечно, не въ частностяхъ, а въ принципіальномъ подходѣ.

[2] Характерны слова Ehrenzweig'a, приводимыя Wolff'омъ: „Der Praktiker wird in zweifelhaften Fällen gut tun, die Frage der juristischen Persönlichkeit zunächst auf sich beruhen zu lassen, um sich den Weg zur sachgemässen Lösung der einzelnen praktischen Fragen nicht durch willkürliche Konstruktionen su verlegen“. Это глубоко вѣрное замѣчаніе Wolff называетъ Bankrott der Lehre von der juristischen Person, („Juristische Person“ etc, 1927, S. 34).

цѣнности и цѣнности также не-матеріальной, а въ извѣстныхъ предѣлахъ и на защиту своей чести. Юр. лицо можетъ нанимать служащихъ и само обязываться къ выполненію служебныхъ дѣйствій и порученій, быть повѣреннымъ [1]). Всѣ эти права и обязанности связываются съ соединеніемъ, какъ таковымъ. Но въ конечномъ счетѣ они принадлежатъ, разумѣется, не самому абстрактному соединенію, а входящимъ въ него членамъ, отношеніе которыхъ къ соединенію можетъ быть и болѣе тѣснымъ (торговый домъ) и менѣе тѣснымъ (акціонерное общество). Это не препятствуетъ тому, чтобы въ юридическія отношенія по договорамъ и обязательствамъ и пр. соединеніе вступало при надобности и съ этими членами на тѣхъ же основаніяхъ, что съ третьими лицами [2]). Юридическое лицо въ состояніи совершить и правонарушеніе: оно деликтоспособно и несетъ отвѣтственность. Въ прежнія времена за деликты отвѣчали цѣлые города, а также въ круговой порукѣ отдѣльные жители. „Haust du meinen Juden, so haue ich deinen Juden"—это репрессія города противъ города за неправомѣрное притѣсненіе иностранныхъ купцовъ. Нынѣшняя отвѣтственность юрид. лица за деликты вытекаетъ изъ общности дѣйствій, если таковыя совершаетъ вся совокупность—всѣ члены союза, общее собраніе—или изъ понятія о дѣйствіяхъ представителя, когда вредъ причиненъ органомъ—правленіемъ.

Что юридическое лицо имѣетъ и личныя права, это оспаривается (Шершеневичъ), но безъ достаточнаго основанія. Къ этимъ личнымъ правамъ относится, между прочимъ, власть союза надъ своими членами: это власть всѣхъ надъ каждымъ. Сюда принадлежитъ право исключать своего сочлена, въ предѣлахъ, устанавливаемыхъ уставами союзовъ. Право исключенія покоится на частномъ правоотношеніи союза съ членами, могущемъ, стало быть, сдѣлаться предметомъ разсмотрѣнія Гражданскаго суда, въ случаѣ спора (искъ о признаніи членомъ союза [3]). Не могутъ быть присвоены юридическимъ лицамъ правомочія, тѣсно связанныя съ индивидуальной личностью и разсчитанныя именно на

---

[1]) Рѣш. гражд. 1882 г. № 156.

[2]) Опредѣленно выражено въ англійскомъ правѣ, Jenks, Digeste de droit civil anglais, 1923, p. 9, но принципъ—всеобщаго характера.

[3]) По Пр. Гр. Ул., юр. лицо это товарищества, общества и установленія, которыя могутъ отъ своего имени пріобрѣтать права по имуществу, принимать на себя обязательства, искать и отвѣчать на судѣ, ст. 13. Между тѣмъ въ объясненіяхъ сами редакторы, ссылаясь на практику континен-

послѣднюю, какъ права семейственныя, права пола, возраста и родства [1]). Не обвиняется и не карается юридическое лицо за преступленіе, но оно можетъ быть привлечено какъ гражданскій отвѣтчикъ по преступленіямъ своего органа, членовъ правленія. Правда, порою высказываются мнѣнія, даже нѣкоторыми выдающимися криминалистами, что юридическое лицо способно совершать преступленія и подвергаться наказаніямъ, но это пока только отдѣльные голоса.

То, что юридическимъ лицамъ воспрещаются иногда пріобрѣтенія свыше извѣстной мѣры, теоретически можетъ считаться ограниченіемъ правъ, умаленіемъ полноправія, но практически это дѣлается въ интересахъ общаго блага, чтобы не сосредоточивать большихъ имуществъ въ „мертвыхъ рукахъ". Въ Пруссіи легаты и дары въ пользу юридическаго лица на сумму свыше 50 тысячъ марокъ допускаются лишь съ разрѣшенія высшихъ властей —законъ 28 марта 1922 г. Критерій общей пользы прилагается и къ стѣснительнымъ мѣрамъ, касающимся пріобрѣтенія нѣкоторыми юридическими лицами недвижимости, независимо отъ суммы. По нашему закону церквамъ и монастырямъ достаются недвижимыя имущества безмезднымъ способомъ только съ разрѣшенія законодательной власти[2]). Какъ разъяснено былоСенатомъ,Высочайшимъ соизволеніемъ на такія пріобрѣтенія не совершается въ подобныхъ случаяхъ самый переходъ права собственности къ одаряемому отъ жертвователя, а только устанавливается право принять жертвуемое имущество [3]). Правительственныя учрежденія, а равно всякаго рода заведенія духовныя и свѣтскія, пріобрѣтаютъ имущество съ предварительнаго разрѣшенія высшихъ административныхъ властей [4]).

та и Англіи, упоминаетъ цѣлый рядъ личныхъ правъ, принадлежащихъ юр. лицу: принятіе и исключеніе членовъ, право на имя, фирму, печать, jura domicilii, авторское право, право непрерывнаго существованія подъ особымъ названіемъ и пр., Кн. 1, 1903, стр. 112.

[1]) Schw. ZGB, Art. 53: „Die jurtstischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natuerlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandschaft, zur notwendigen Voraussetzung haben.

[2]) Ср. 985 ст. X т. I ч. Это ограниченіе направлено противъ экономическаго могущества церкви, оказавшагося въ свое время опаснымъ для свѣтской власти и повлекшаго за собой секуляризацію церковныхъ имуществъ (Синайскій). Die Kirche hört nie auf, Erbe zu sein.

[3]) Рѣш. гражд. 1887 г. № 80.

[4]) Ст. 981 X т. I ч.

Въ отношеніи акціонерныхъ обществъ существовавшія ранѣе общія ограниченія національнаго (и вѣроисповѣднаго) характера нынѣ отмѣнены, но таковыя продолжаютъ дѣйствовать что касается иностранцевъ, для ослабленія личнаго и имущественнаго вліянія послѣднихъ на промышленность страны. Во время міровой войны въ Россіи умалены были въ этомъ отношеніи еще права гражданъ воевавшихъ противъ Россіи государствъ, что было затѣмъ отмѣнено Временнымъ Правительствомъ: законъ 10 марта 1917 г.

Юридическое лицо дѣйствуетъ на основаніи уставовъ или статутовъ. Дѣятельность его начинается юридически съ самого момента приступа къ операціямъ. Но если для операціи требуется обязательно утвержденіе устава (концессіонная система) или регистрація статута (явочная, или нормативная система), то до этого утвержденія или регистраціи юридическое лицо не способно пріобрѣсти какія-либо права и требованія. Нѣтъ у него до этого и обязанностей, которыя могутъ падать только на отдѣльныхъ участниковъ, хотя бы они дѣйствовали именемъ юридическаго лица. Однако, необходимо оберегать интересы третьихъ добросовѣстныхъ лицъ, не освѣдомленныхъ о формальныхъ дефектахъ юридическаго лица. Такія третьи лица вправѣ осуществлять полученныя ими по отношенію къ этому юридическому лицу права такъ, какъ будто бы оно вполнѣ легально существовало, если оно дѣйствовало фактически открытымъ образомъ. Въ частности, они имѣютъ и искъ о возмѣщеніи вреда и убытковъ, понесенныхъ ими благодаря дѣятельности такого нелегальнаго юридическаго лица [1]). При осуществленіи функцій юридическаго лица всѣ его члены — собраніе артели, товарищи торговаго дома, общее собраніе акціонеровъ—принимаютъ рѣшенія единогласно или по большинству голосовъ, въ зависимости отъ статутовъ или характера дѣятельности. Общая репрезентація юридическаго лица отличается отъ опеки въ томъ отношеніи, что юридическое лицо дѣеспособно и при помощи своихъ органовъ функціонируетъ и выражаетъ свою волю непосредственно, между тѣмъ какъ неполнолѣтній, напр., дѣеспособностью не обладаетъ и именно потому замѣняется въ оборотѣ опекуномъ. Своеобразіе юридическаго лица заключается въ томъ, что его функціи предусматриваются законами и актами, но, осуществляя свою дѣятельность, юридическое лицо является такимъ же правомочнымъ, какъ и лицо физическое [2]). Эта правомочность юридическаго лица имѣетъ тенденцію раздвигаться и находитъ предѣлы только

---

[1]) Jenks, Digeste de droit civil anglais, t. 1, 1923.

[2]) Рѣш. гражд. 1882 г. № 42, 1880 № 201.

тамъ, гдѣ совершаемое имъ дѣйствіе явно противорѣчитъ его природѣ и назначенію. Собственно говоря, юридическое лицо, какъ комплексъ лицъ физическихъ, расширенное „лицо", въ принципѣ обладаетъ способностью къ юридическимъ актамъ въ полной мѣрѣ. Но въ огражденіе интересовъ частныхъ лицъ, членовъ юридическаго лица, актъ, заключающій въ себѣ отступленіе отъ цѣли юр. лица, его спеціальности, становится для нихъ оспоримымъ, что не означаетъ, однако, ограниченіе дѣеспособности (а тѣмъ болѣе правоспособности) юридическаго лица. Только въ томъ случаѣ, когда дѣятельность юридическаго лица въ цѣломъ отступаетъ отъ уставныхъ цѣлей — научное общество превращается въ торговое учрежденіе, — таковая признается незаконной во всемъ объемѣ самимъ государствомъ (Покровскій, Рязановскій). Практикой подтверждено, что для признанія той или другой операціи дозволенной акціонерному обществу, нѣтъ надобности, чтобы эта операція была прямо поименована въ уставѣ: для этого необходимо лишь, чтобы она не была воспрещена общимъ закономъ или уставомъ общества и не выходила за предѣлы тѣхъ задачъ, для достиженія которыхъ учреждено общество [1]). Ту особо ограниченную, спеціальную правоспособность юридическихъ лицъ, о которой говорятъ нѣкоторые русскіе цивилисты именемъ Сената, послѣдній на самомъ дѣлѣ не подчеркивалъ, опредѣляя, напротивъ, правомочія этихъ лицъ почти всегда льготно и возможно широко. Римское право, держась строго точки зрѣнія представительства, считало и юридическое лицо недѣеспособнымъ—Vertretertheorie. Нынѣ господствующее мнѣніе признаетъ за юридическимъ лицомъ не только правоспособность, но и дѣеспособность, реализуемую юридическимъ лицомъ черезъ свои органы—Organstheorie. Это различіе во взглядѣ на дѣеспособность юридическаго лица играло особо значительную роль въ вопросѣ отвѣтственности за неправомѣрныя дѣйствія, которую Vertretertheorie возлагаетъ на представителя, по аналогіи съ опекуномъ, въ то время какъ Organstheorie считала отвѣтственнымъ само юридическое лицо. Но такъ какъ къ мысли о возложеніи на юридическое лицо правовыхъ послѣдствій деликтовъ представителей его стали склоняться въ интересахъ справедливости и сторонники Vertretertheorie, то разграниченіе вообще стало терять свое значеніе [2]). Нынѣ трудно спо-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1911 г. № 95, 1909 г. № 106, 1908 г. № 105, см. также 1901 г. № 127, 1882 г. № 42, 1880 г. № 246, т. XI ч. 2. Св. Зак. Уст. Кред., О кредитныхъ Установленіяхъ частныхъ и обществ., стт. 93, 8.

[2]) Ср. Schw. ZGB, Art 35.

рить противъ того, что коллективъ, извлекающій выгоды изъ дѣйствій своихъ органовъ или представителей—все равно,—не вправѣ отказаться нести отрицательныя послѣдствія. Юридическое лицо отвѣчаетъ какъ по волеизъявленію своихъ органовъ — представителей, такъ и по правонарушенію, совершенному ими по управленію въ отношеніи третьихъ лицъ. Принципъ этотъ опредѣленно выраженъ въ современныхъ законодательствахъ[1]. Въ Германіи юридическое лицо компенсируетъ вредъ, причиненный правленіемъ или членомъ правленія durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene zum Schadensersatz verpflichtende Handlung. То же относится и къ учрежденіямъ, и къ фиску и къ соединеніямъ офиціальнаго права: Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts[2]). Само собою разумѣется, что, кромѣ органовъ-представителей, юр. лицо для выполненія работъ и порученій можетъ имѣть обыкновенныхъ довѣренныхъ и повѣренныхъ, которые ничѣмъ не отличаются отъ представителей физическихъ лицъ и за дѣйствія которыхъ юр. лицо несетъ отвѣтственность по общимъ правиламъ.

Изъ того, что юридическое лицо въ оборотѣ трактуется какъ нѣчто самостоятельное, выводится необходимость какого-либо акта, который знаменовалъ бы существованіе такого лица. Возникновеніе (и самое фукціонированіе) соединенія, именуемаго юридическимъ лицомъ, обставлено нѣкоторыми формальностями. Тамъ, гдѣ существуетъ до сихъ поръ концессіонная система, для открытія дѣятельности юридическаго лица требуется разрѣшеніе властей. Поскольку индивиды объединяются для осуществленія сообща идеальныхъ, экономическихъ и иныхъ цѣлей, надъ ними создается особая опека, свидѣтельствующая о порядкахъ стараго полицейскаго государства. Замѣна концессіонной системы явочной, т. е. внесеніемъ юр. лица въ особый реестръ съ созданіемъ учредительнаго акта, является прогрессомъ въ области правъ юридическаго лица[3]). Въ Германіи концессіонная система просуществовала до 1870 г. и затѣмъ отмѣнена была для всѣхъ юридическихъ лицъ, кромѣ

---

[1]) По „теоріи органа“ органы юр. лица дѣйствуютъ „непосредственно, въ противоположность представительству“. Однако, правленіе банка или акціонернаго общества есть тотъ же представитель, только болѣе перманентный; разница между органомъ и представителемъ скорѣе количественная, чѣмъ качественная.

[2]) BGB, § 31.

[3]) Явочный порядокъ удовлетворяетъ практическому требованію опредѣленности и извѣстности: изъ реестра выдается справка каждому желающему.

учрежденій (Stiftungen). Учрежденія возникаютъ, по Германскому закону, на основаніи письменнаго акта между живыми, на основаніи завѣщанія либо наслѣдственнаго договора и требуютъ для открытія дѣйствій согласія государственной власти. Корпораціи съ идеальными цѣлями нуждаются лишь во внесеніи въ регистръ Amtsgericht'a. Акціонерныя общества и подобныя экономическія организаціи возникаютъ formlos. Хозяйственныя организаціи другого рода, по соображеніямъ хозяйственно-политическимъ, не могутъ обойтись безъ дозволенія. Фискъ, церковь, коммунальныя учрежденія и другія установленія оффиціальнаго права подчинены, что касается организаціи и дѣятельности, публичному праву [1]). Во Франціи различаются юридическія лица публичныя и частныя, а между послѣдними корпораціи и учрежденія. Издавна союзы и общества во Франціи учреждались безъ разрѣшенія, строже смотрѣли на акціонерныя общества и другія подобныя хозяйственныя единицы. По законамъ 21 іюля 1865 г., 21 марта 1884 г. и 1 апрѣля 1898 г. нѣкоторыя категоріи юридическихъ лицъ могли свободно возникать во Франціи,—между прочимъ, профессіональные синдикаты и общества взаимнаго кредита. Законъ 1901 г. создалъ еще больше облегченій въ этомъ отношеніи. Во главу угла поставлено нынѣ признаніе общеполезности—reconnaisance d'utilité publique. При наличности этого условія всѣ формальности для возникновенія юридическаго лица отпадаютъ. Необщеполезныя учрежденія пользуются сравнительно меньшей свободой. Наконецъ, религіозныя конгрегаціи, по соображеніямъ политическимъ, нуждается въ особомъ разрѣшеніи. Въ польскомъ правѣ возникновеніе юридическихъ лицъ регулируется въ административномъ порядкѣ. Относительно акціонерныхъ обществъ Торговый Кодексъ требуетъ разрѣшенія правительства [2]). Французско-Польскій законъ дѣлаетъ выводы изъ устарѣлой точки зрѣнія „фиктивныхъ лицъ", но жизнь внесла много новаго и здороваго [3]).

---

[1]) BGB § 21, 22, Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 85. Разрѣшеніе, когда оно требуется, даетъ союзное государство, но для общества, имѣющего свое мѣстопребываніе за-границей, необходимо дозволеніе центральной власти.

[2]) Въ нынѣшней Польшѣ введена реестровая система. Dekret 8 lutego 1919 r. o rejestrze handlowym, см. Prawo Cywilne, wyd. Towarzystwa prawniczego w Warszawie, Jarra, Ogólna teorija prawa, 1922, str. 325. Для учрежденія fundacij тотъ же законъ требуетъ разрѣшенія соотвѣтствующаго Министра.

[3]) Въ Швейцаріи хозяйственные союзы вносятся въ реестръ, идеальныя общества возникаютъ по вольной частной иниціативѣ (система „самозарожденія"). Континентальному

У насъ идеальныя общества по закону 4 марта 1906 г. должны зарегистрироваться въ установленномъ порядкѣ на основаніи особаго устава, проектъ котораго представляется административной власти. Послѣдняя, разсмотрѣвъ уставъ, либо регистрируетъ, либо отказываетъ. Это—регистраціонная (явочная) система, такъ какъ, съ провозглашенной свободой союзовъ, административная власть вправѣ нерегистровать уставъ только при наличности законныхъ причинъ, что подлежитъ провѣркѣ суда [1]). При образованіи другихъ обществъ и союзовъ, со спекулятивными цѣлями, проектъ устава представляется Министру для утвержденія, съ момента котораго и возникаютъ права юридическаго лица (система концессій). Такая же (концессіонная) система удержана для акціонерныхъ обществъ [2]) Возникновеніе послѣднихъ обуславливается разрѣшеніемъ либо министра либо даже законодательной власти, если этимъ акц. обществамъ предоставляются какія-либо исключительныя права въ изъятіе изъ общаго закона (конечно, эти исключительныя права должны быть согласованы съ конституціоннымъ закономъ о гражданскомъ

праву неизвѣстно англійское разграниченіе между corporations aggregate и corporations sole. Подъ первыми въ Англіи понимаютъ нѣчто, напоминающее нѣмецкое Genossenschaft, т. е. совокупность лицъ, характеризующуюся самостоятельностью правъ и обязанностей, подъ вторыми образованіе, отличающееся отъ входящихъ въ него лицъ (университетъ, церковь, епископство). Корпораціи нуждаются въ разрѣшеніи, но торговыя общества на паяхъ — joint-stock-companies возникаютъ по системѣ внесенія въ реестръ, съ выполненіемъ нѣкоторыхъ формальныхъ требованій. Учрежденія образуются въ видѣ trust, заключающагося въ томъ, что частной персонѣ ввѣряряется осуществить нужды опредѣленныхъ лицъ—дестинатаріевъ.

[1]) См. изданный въ Литвѣ законъ объ обществахъ—Įstatymas 1919 m. spalių mėn. 10 d. Подъ обществомъ (союзомъ, партіей и т. д.) этотъ законъ разумѣетъ соединеніе нѣсколькихъ лицъ, поставившихъ себѣ ясную цѣль общей работы и дѣйствующихъ на основѣ договорнаго соглашенія, по соотвѣтственнымъ статутамъ для достиженія этой цѣли (послѣдняя не можетъ быть—полученіе матеріальныхъ выгодъ, § 1 и примѣч.).

[2]) Т. X ч. I ст. 2139 и сл.; регистрація установлена для торговаго дома (т. е. товарищества полнаго или на вѣрѣ), который не иначе можетъ быть открытъ и получить „торговое и гражданское знаменованіе“, какъ по внесеніи выписи изъ учредительнаго акта въ купеческую или городскую управу, Т. XI, ч. 2 Уст. Торг. Судопр. ст. 59.

равенствѣ). Уставъ учрежденія частнаго права—больницы, училища и пр.—нуждается въ утвержденіи со стороныго сударственной власти—законодательнаго органа, либо министра, либо, въ менѣе важныхъ случаяхъ, мѣстнаго начальства. Уставы благотворительныхъ установленій, общественныхъ и частныхъ, утверждаются Начальникомъ Главнаго Управленія по дѣламъ мѣстнаго хозяйства, а за отсутствіемъ такового въ настоящее время — Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ, при требованіи же особыхъ преимуществъ, не предусмотрѣнныхъ законами—законодательнымъ учрежденіемъ (концессіонная система) [1]. (Полныя и коммандитныя товарищества въ качествѣ юридическихъ лицъ, регистрируются въ самоуправленіяхъ).

Въ то время, какъ существованіе физическаго лица кончается смертью, юридическое лицо, не умираетъ. Eine Gemeinde stirbt nicht. Отъ смерти своихъ членовъ юр. лицо по общему правилу, не погибаетъ. То, что въ физическомъ лицѣ производится какъ правовой результатъ смертью, въ юридическомъ лицѣ пріурочивается къ прекращенію функціонированія [2]. Такое прекращеніе не вызываетъ перехода комплекса къ другому лицу. Юридическое лицо прекращается съ отпаденіемъ основанія существованія. Подобный результатъ наступаетъ прежде всего при истеченіи срока, если юридическое лицо учреждено на срокъ, при потерѣ имущества, коль скоро это—учрежденіе, посвятившее имущество на опредѣленныя цѣли или на извѣстный фондъ, при принятомъ самимъ юридическимъ лицомъ рѣшеніи прекратить существованіе, наконецъ, при отнятіи права функціонировать Правительствомъ по законнымъ причинамъ [3]. При ликвидаціи юридическаго лица оно считается утратившимъ

---

[1]) См., между прочимъ, Св. Зак. Т. X, ч. I, стт. 386, 1470, т. XIII, Уставъ объ общественномъ призрѣніи, ст. 443. По изданнымъ Временнымъ Правительствомъ въ мартѣ и апрѣлѣ 1917 г. постановленіямъ, идеальные союзы освобождены вообще отъ формальностей: требуется регистрація лишь тогда, когда имѣется въ виду пріобрѣтать и отчуждать недвижимое имущество и пользоваться правомъ искать и отвѣчать на судѣ. Для союзовъ торгово-промышленныхъ—акціонерныхъ обществъ и пр.—осталась разрѣшительная система. Неспекулятивныя хозяйственныя единенія—кооперативныя товарищества—подчинены системѣ регистраціи. Эти постановленія не обязательны для нынѣшней Литвы, въ которой дѣйствуютъ лишь тѣ русскіе законы, которые изданы были до 1914 г.

[2]) Отпаденіе пожизненнаго пользованія юридическаго лица—BGB, § 1061: Steht der Niessbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser; см. также HGB, § 306.

[3]) Измѣненіе и уменьшеніе числа участвующихъ не

дѣеспособность съ момента учрежденія ликвидаціонной комиссіи, въ дальнѣйшемъ дѣйствуетъ на судѣ и внѣ суда сама ликвидаціонная комиссія въ лицѣ назначенныхъ или избранныхъ ликвидаторовъ [1]). Судьба вакантнаго имущества прекратившагося юридическаго лица предусматривается въ учредительномъ актѣ. Отсутствіе такого постановленія въ учредительномъ актѣ можетъ создать трудную юридическую проблему. Обычно имущество дѣлится при прекращеніи частнаго общества, союза или товарищества между участниками либо, если это учрежденіе, культурное, благотворительное, учебное, передается въ казну. Но коль скоро общество преслѣдовало идеальныя цѣли общеполезнаго характера и имущество не служило для личныхъ выгодъ и удобствъ его членовъ, то оно поступаетъ по распоряженію власти, для употребленія по назначенію, наиболѣе отвѣчающему цѣли общества [2]). Послѣднее требуется началомъ соціальной солидарности, издавна признаннымъ на Западѣ и у насъ. При невозможности осуществить это назначеніе, имущество неизбѣжно поступитъ въ пользу государства, но отнюдь не по выморочному праву, какъ думаютъ нѣкоторые и отчасти Gierke [3]): ни о наслѣдованіи, ни даже только объ аналогіи наслѣдованія здѣсь говорить не приходится. Въ Англіи право короны на извѣстное участіе въ достояніи прекратившагося юридическаго лица и спеціально въ его personal pruperty,

---

мѣняетъ существа юридическаго лица; можетъ остаться всего одно лицо. См. рѣш. гражд. 1832 г. № 151.

[1]) Ср. Jenks, Digeste de droit civil anglais, t. 1, 1923, p. 10 Это оспаривается. Такъ, Латвійскій Сенатъ примѣнительно къ нормамъ X тома I ч. разъяснилъ, что ликвидація общества, до ея окончанія, не уничтожаетъ его юридическаго лица, которое продолжаетъ свое существованіе, при чемъ какъ представители такового выступаютъ ликвидаторы или ликвидаціонная комиссія, Senata Civila Kasacijas Departamenta spriedumi 1921 г. № 60, также Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, т. 1, изд. 1924 г., стр. 359. Однако, такое юридическое значеніе можетъ быть присвоено лишь Администраціи, цѣль которой—возстановленіе дѣлъ предпріятія, но не Ликвидаціонной комиссіи, по своему характеру болѣе подходящей къ Конкурсному управленію.

[2]) Врем. правила объ обществахъ и союзахъ,—т. XIV, по прод. 1906 г. Уст. о Пред. Прест., прил. къ ст. 118[1],—ст. 29, Įstatymas apie draugijas, § 16.

[3]) Deutsches Privatrecht 1895, S. 659.

т. е. преимущественно движимости (goods, money and all other movables), издавно установилось, незыблемо.

Ученіе о юридическихъ лицахъ подвергается основательной и прогрессивной разработкѣ на Западѣ. У насъ дѣйствующіе законы почти совершенно не упоминаютъ о юридическомъ лицѣ [1]). Въ томъ, что наши гражданскіе законы не обмолвились словами „юридическое лицо", сказалось, несомнѣнно, вліяніе Code civil, откуда черпали наши законодатели. Отсутствіе же въ Code Civil указаній на юридическія лица, по объясненію французскаго юриста (Avril), „соотвѣтствуетъ взглядамъ политическихъ дѣятелей революціоннаго періода, которые возлагали исключительно на государство и на его органы заботы о достиженіи общественныхъ цѣлей, считая частныя учрежденія и соединеніе лицъ безполезными и скорѣе „даже вредными" [2]). Практика наша реагировала на вопросъ о юридическомъ лицѣ также весьма слабо, что бывало не разъ предметомъ жалобъ со стороны судебныхъ дѣятелей [3]). Насколько въ этой области проявлялся иногда хаосъ мыслей, видно изъ того факта, что раздавались оффиціально и полуоффиціально голоса за то, чтобы „вовсе запретить пріобрѣтеніе недвижимыхъ имуществъ юридическимъ лицамъ: компаніямъ, товариществамъ и пр.", между прочимъ, для борьбы съ иностранцами. [4]) Между тѣмъ, роль и функціи, хозяйственныя и иныя, юридическаго лица нынѣ неизмѣримо высоки. Количество юридическихъ лицъ растетъ, въ виду усложненія жизни и возникновенія новыхъ проблемъ, экономическихъ и духовныхъ, осуществленіе которыхъ предполагаетъ соединеніе людей воедино. Стародавней „фикціи" тѣсно въ условіяхъ нынѣшняго времени. Въ основѣ

---

[1]) Выраженіе „юридическое лицо" попадается въ Сенатской практикѣ, см. рѣш. гражд. 1882 г., №№ 151, 42, а также въ нѣкоторыхъ сепаратныхъ узаконеніяхъ, но не въ общемъ законѣ. Не существуетъ это выраженіе оффиціально и во французскомъ законѣ. Напротивъ, оно опредѣленно фигурируетъ въ BGB, § 21 ff, еще опредѣленнѣе въ Св. Приб., ст. 713, Schw. ZGB, Art. 52 ff, Čeho-Slov., § 78 сл., Пр. Гр. Ул., ст. 13 и сл. Терминъ „юридическое лицо" упомянутъ былъ въ русскихъ основныхъ законахъ, изд. 1906 г., въ отдѣлѣ „О правахъ и обязанностяхъ Россійскихъ подданныхъ", ст. 80.

[2]) Кассо, Къ столѣтію Кодекса Наполеона, 1904 г., стр. 11.

[3]) См., inter cetera, Замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, 1891 г., стр. 228.

[4]) Ів., стр. 292.

юридическаго лица лежитъ идея расширенной правоспособности, побѣда надъ слабостью и смертностью отдѣльнаго человѣка, необходимость кооперації и взаимопомощи. Если въ прежнія времена личность была связана въ своей волѣ, прикрѣплена къ союзамъ и организаціямъ, государственнымъ, родовымъ, религіознымъ и пр., что значительно тормозило непринужденныя соединенія людей, то нынѣ всѣ эти путы отпадаютъ, и юридическіе коллективы вступаютъ въ періодъ полнаго расцвѣта. Все это постулируетъ правовую свободу человѣческихъ организацій, независимость ихъ отъ начальственной опеки. Съ другой стороны, обширныя предпріятія носятъ въ себѣ зерно опасности для лицъ, желающихъ принять въ нихъ участіе и попадающихъ тутъ часто какъ въ сѣть, въ которой вышивается узелъ за узломъ для уловленія. Поэтому необходимъ тотъ или иной государственный контроль [1]). Кромѣ того государство сильно затрагивается въ своихъ жизненныхъ нервахъ такими соединеніями, какъ культурныя общества, политическія партіи, профессіональные союзы и проч., и не такъ легко склонно предоставитъ имъ безмѣрное поле дѣятельности. Задача заключается въ дифференціаціи отдѣльныхъ соединеній по характеру ихъ дѣятельности („отдѣленіе овецъ отъ козлищъ“) и въ правильномъ сочетаніи принципа свободы личности и гражданской дѣятельности съ началомъ, въ которомъ находитъ свою охрану публичный интересъ, salus rei publicae.

Среди юридическихъ лицъ особую роль играютъ товарищества, т. е. совокупности лицъ, соединяющихъ извѣстныя имущества, имущественныя блага либо трудъ въ общее дѣло для достиженія опредѣленной, дозволенной закономъ цѣли, которая заключается преимущественно въ извлеченіи прибыли [2]). Цѣль товарищества объединяетъ участниковъ его, единство выражается и въ распредѣленіи какъ выгодъ, такъ и риска и отвѣтственности. Участіе отдѣльныхъ лицъ можетъ быть и не равное, но нѣтъ товарищества, въ которомъ на одного выпадала бы вся прибыль или всѣ убытки, или въ которомъ нѣкоторые участвовали бы имуществомъ либо трудомъ, а другіе не доставляли бы ни того, ни другого.

---

[1]) По заключенію Сената, рѣш. 1882 г. № 151, уставы компаній пишутся и издаются не только для огражденія правъ акціонеровъ, но и для огражденія правъ третьихъ лицъ.

[2]) Ученіе о товариществахъ, играющихъ роль главнымъ образомъ въ коммерціи, относится всего болѣе къ спеціальной области торговаго права, здѣсь можно касаться ихъ лишь въ общихъ чертахъ. Отличіе торговаго товарищества отъ цивильнаго выявляется въ юрисдикціи и въ подчиненіи перваго торговымъ законамъ и обычаямъ, а второго—общимъ нормамъ.

Конкретно товарищеская совокупность выливается въ форму: 1) товарищества полнаго, 2) товарищества на вѣрѣ, 3) акціонернаго общества. Изъ нихъ акціонерное общество (продуктъ новѣйшаго времени), въ которомъ субъекты въ неограниченномъ заранѣе числѣ участвуютъ лишь долевымъ капиталомъ, представляется наиболѣе типичнымъ юридическимъ лицомъ. Товарищество полное, состоящее изъ двухъ или нѣсколькихъ лицъ, вполнѣ равноправныхъ и равнообязанныхъ передъ третьими лицами,—первымъ явившееся на историческую арену,—и товарищество на вѣрѣ, имѣющее одного или нѣсколько полныхъ товарищей и, кромѣ того вкладчиковъ, участвующихъ лишь взносами, представляютъ собою нѣчто среднее между юридическимъ лицомъ и простымъ соединеніемъ физическихъ лицъ, аналогичнымъ понятію общей собственности. Товарищество фигурируетъ въ оборотѣ какъ самостоятельное лицо, пріобрѣтаетъ права и несетъ отвѣтственность въ такомъ качествѣ, но все это до извѣстнаго предѣла, за которымъ начинаются права и обязанности простыхъ сособственниковъ, совладѣльцевъ и сопользователей. Въ товариществѣ субъектъ правоотношеній одинъ, въ противоположность общей собственности,—товарищество имѣетъ своихъ вѣрителей и должниковъ, отличныхъ отъ вѣрителей и должниковъ самихъ товарищей. Вѣритель товарища не вправѣ требовать исполненія отъ товарищества или зачесть свой долгъ товариществу претензіей къ товарищу (и наоборотъ). Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent (Ulpianus). Но самостоятельность товарищества теряется, коль скоро оно юридически или фактически не въ состояніи само дѣйствовать, осуществлять свои права или выполнять свои обязанности: въ такомъ случаѣ на сцену выступаютъ отдѣльные товарищи. Поэтому не только при прекращеніи, но и при несостоятельности или даже простой неоплатности товарищества претензіи третьихъ лицъ должны удовлетворять товарищи, какъ солидарные должники[1]). Дѣйствуютъ товарищи

---

[1]) Это принципъ дѣйствующаго нашего права. Еще проще (и практичнѣе) смотрятъ на дѣло тѣ законодательства, которыя создаютъ отвѣтственность товарищей совокупно между собою и съ самимъ товариществомъ—Gesamtsschuldner,- такъ что вѣритель вправѣ, по своему усмотрѣнію, обращаться цѣликомъ или частью къ товариществу и къ каждому товарищу, одновременно или послѣдовательно, до полученія полнаго удовлетворенія, Ср. Handelsgesetzbuch, § 128, Erläuterungen, Litthauer — Mosse, 1920, S. 139, Пр. О П., ст. 734, см. Св. Приб., ст. 4313. Во Франціи, такъ же, какъ и у насъ

не черезъ органы, а непосредственно въ лицѣ товарищей, являющихся презумитивными представителями одинъ другого—jus fraternitatis—, насколько изъ существа правоотношеній (товарищескаго соглашенія) не вытекаетъ иное [1]). Будучи не органомъ осуществленія чужихъ интересовъ, а лицомъ, творящимъ интересъ собственный, товарищъ не вправѣ претендовать и на вознагражденіе за веденіе дѣлъ, разумѣется, если противоположное не вытекаетъ изъ договора, обычая, свойствъ товарищества. Право товарища быть освѣдомленнымъ о ходѣ дѣла настолько безусловно, что соглашеніе о воспрещеніи ему знакомиться съ операціями т-ва, обозрѣвать книги, получать свѣдѣнія и пр., признается почти во всѣхъ законодательствахъ недѣйствительнымъ. Не принадлежитъ товарищу право требовать отчета отъ другихъ товарищей, равныхъ съ нихъ хозяевъ, для которыхъ такой отчетъ былъ бы излишне стѣснительной и ничѣмъ не оправдываемой обязанностью.

въ Литовской части бывш. Сувалской губ.—въ товариществахъ не-коммерческихъ товарищи не подлежатъ солидарной отвѣтственности за долги товарищества, а отвѣчаютъ въ равныхъ доляхъ, хотя бы фактически ихъ доли были иныя; указанная солидарность имѣетъ мѣсто въ торговыхъ товариществахъ. Кредиторы вправѣ обратить свое требованіе къ товарищамъ, не ожидая несостоятельности или неоплатности товарищества. Code civil, Код. Нап., 1862, Кодексъ Торговый, ст. 22, Dalloz, Dictionnaire pratique de droit, p. 1344, № 62, p. 1349, №№ 131, 132 Кредиторъ не лишенъ также права и здѣсь одновременно требовать и съ самого товарищества и съ отдѣльныхъ товарищей,— съ послѣднихъ въ томъ, что съ нихъ причитается: въ этомъ смыслѣ долженъ быть понимаемъ (хотя это и оспаривается) законъ о солидарной отвѣтственности, Code Civil, Код. Нап., 1202.

[1]) Предполагается, что товарищи взаимно предоставили другъ другу управлять дѣлами одинъ за другого—это старый выводъ европейской практики о дѣйствіяхъ товарищей „вмѣстѣ либо порознь". Но товарищъ вправѣ воспротивиться всякому такому дѣйствію другихъ товарищей пока оно не исполнено. Обязывать сотоварища по отношенію къ третьимъ лицамъ товарищъ можетъ безъ полномочія только въ торговыхъ товариществахъ, но не гражданскихъ. См. Code Civil, Код. Нап., 1859, (1—2) и 1862, Кодексъ Торговый, ст. 22. Впрочемъ, въ новѣйшее время, для огражденія интересовъ отдѣльныхъ товарищей, усваивается мысль о необходимости, въ видѣ общаго правила, согласія всѣхъ товарищей на управленіе дѣлами товарищества и вступленіе въ обязательства: BGB § 709, Abs. I, Schw. OR.,) Art. 534, Abs. I. При этомъ также оговаривается, что въ случаѣ, если въ договорѣ обусловлено рѣшеніе вопросовъ

Старое римское право отрицало за товариществомъ — societas — свойство юридическаго лица. По стопамъ римскаго права пошло большинство европейскихъ кодексовъ, въ томъ числѣ и Германское право, по которому имущество товарищества есть лишь что-то обособленное, принадлежащее всѣмъ товарищамъ zur gesamten Hand. Однако, подъ вліяніемъ оборота, особенно торговаго, пришлось измѣнить точку зрѣнія. Многія правовыя системы, въ томъ числѣ французская, итальянская, бельгійская и отчасти наша стали признавать юридическими лицами сначала товарищества торговыя, а затѣмъ и всѣ другія [1]). Хотя въ принципѣ вполнѣ основательно трактовать товарищество какъ юрид. лицо касательно возникающихъ въ товариществѣ юридическихъ отношеній, внутреннихъ и внѣшнихъ, но все же необходимо дѣлать отступленія въ тѣхъ случаяхъ, когда прямолинейное примѣненіе этого начала не соотвѣтствовало бы существу товарищескаго единенія и правопорядку.

При нѣкоторомъ сходствѣ разныхъ видовъ товариществъ между собою и съ акціонерными обществами, существуютъ здѣсь и коренныя различія. Въ полномъ товариществѣ каждый товарищъ получаетъ прибыль и несетъ убытокъ соразмѣрно своей долѣ участія, отвѣчая за всѣ долги товарищества солидарно съ другими при невозможности взысканія съ самого товарищества. Кредиторы участника полнаго товарищества вправѣ обращать взысканія на ликвидаціонную долю своего должника, т. е. на ту цѣнность, обычно денежную сумму, которая причиталась бы послѣднему,

---

по большинству голосовъ, то при сомнѣніи большинство исчисляется по количеству участниковъ, BGB, § 709, Abs. 2, Schw. OR, Art. 534, Abs. 2. Дѣйствующій нашъ законъ, повидимому, склоняется къ точкѣ зрѣнія общаго согласія, ср. X т. I ч. ст. 546, но практика толкуетъ законъ льготнѣе для третьихъ лицъ, чѣмъ для товарищей, что въ условіяхъ нашего обихода не заслуживаетъ упрека, Рѣшеній по большинству голосовъ нашъ законъ не допускаетъ. Между тѣмъ это часто неизбѣжно и безспорно желательно de lege ferenda, насколько рѣчь идетъ объ актахъ управленія.

[1]) Иногда товарищество считается юридическимъ лицомъ лишь съ момента внесенія въ соотвѣтственный реестръ, Англійскій Companies Act. 1862, Пр. ОП., стт. 723, 770. Дѣйствующее наше право не различаетъ въ этомъ отношеніи товариществъ регистрированныхъ и нерегистрированныхъ. Опредѣленно говорится о товариществахъ, какъ юридическихъ лицахъ, въ рѣш. гражд. 1909 г. № 100, 1908 г. № 49, 1907 г. № 61, также 1881 г. № 31.

если бы онъ добровольно вышелъ изъ товарищества. Въ предвареніе возможности этого взысканія не возбраняется налагать аресты на имущество товарищества на основаніи правилъ о заарестованіи общей собственности по претензіямъ къ сособственнику. Въ товариществѣ на вѣрѣ права и обязанности socius'овъ принадлежатъ товарищамъ, но не вкладчикамъ. Послѣдніе получаютъ прибыль и несутъ расходы сообразно взносу, отвѣчая по обязательствамъ товарищества въ размѣрѣ условленнаго вклада. Возникаютъ и полное товарищество и товарищество на вѣрѣ путемъ договора, заключаемаго на письмѣ [1]), и подъ опредѣленной фирмой, указывающей на существованіе товарищества. Прекращается и то и другое товарищество, помимо случаевъ истеченія сроковъ, достиженія цѣли, общаго согласія и др., также при смерти, несостоятельности или иномъ отпаденіи одного изъ товарищей (но не вкладчика), развѣ бы изъ договора, предварительнаго либо послѣдующаго, или другихъ обстоятельствъ вытекало противоположное.

Акціонерное общество образуется по особому уставу изъ акціонеровъ, участіе которыхъ ограничивается вкладами — акціями равной величины. Въ размѣрѣ акціи акціонеръ получаетъ выгоды и несетъ отвѣтственность. Уставы акціонерныхъ обществъ предусматриваютъ фирму, цѣль общества, основной капиталъ, права и обязанности учредителей, права владѣльцевъ акцій, управленіе, общія собранія, ревизію, надзоръ, ликвидацію. Въ акціонерномъ обществѣ преобладаетъ начало капиталистическое, соединенное съ элементомъ всеобщности, создающимъ возможность участія широкихъ (и не-купеческихъ) круговъ. Но и личный элементъ не затушевывается совершенно, ибо акціонерамъ предоставляется извѣстное участіе въ дѣлахъ акц. о-ва (общее собраніе и пр.). Отмѣчается личный моментъ особенно въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ: („компаніи составляются изъ многихъ лицъ") [2]). Французское право, такъ же, какъ и Германское [3]), относятъ всякое акціонерное общество къ торговымъ, на

[1]) Рѣш. гражд. 1907 г. № 14, 1872 г. № 617, X т. I ч. ст. 2132.

[2]) X т. I ч., ст. 2131, также Литовскій законъ объ акц. обществахъ, Akcinių bendrovių įstatymas 31 spalių 1924, § 1 по большей части („grupė asmenų"). Напротивъ, западно-европейскіе законы, подчеркиваютъ капитал. моментъ, участіе mit Einlagen auf das in Aktien verlegte Grundkapital, HGB, § 178, еще болѣе—Пр. ОП., ст. 781, Ср. Loebers, Tirdniecibas tiesibu parskats, Riga, 1926, p. 119.

[3]) HGB, § 210. Abt. 2.

основаніи того, что чаще всего бываетъ въ жизни. Однако, мыслимо и не торговое акціонерное общество. Акц. о-во не всегда Handelsgeschäft, „купецъ": оно можетъ имѣть вмѣсто фирмы обыкновенное гражданское названіе, и учреждается оно, кромѣ производства торговли и промысловъ, „вообще для всякаго рода не воспрещенныхъ закономъ предпріятій" [1].

Нѣчто, напоминающее, хотя и довольно отдаленно, акціонерное общество, представляютъ собою получившіе нынѣ широкое распространеніе на Западѣ общества съ ограниченной отвѣтственностью—Gemeinschaften mit beschränkter Haftung, GMBH. Сущность послѣднихъ въ томъ, что,—какъ и въ акціонерныхъ обществахъ,—права и отвѣтственность опредѣляются только взносомъ, но въ нѣкоторыхъ особыхъ положеніяхъ, напр., при исчезновеніи или уменьшеніи основнаго капитала, участникъ GMBH. обязывается къ доплатамъ и подлежитъ дополнительной отвѣтственности. Имѣются еще кое-какія отличія персональнаго характера. GMBH. возникли впервые въ Германіи, по закону 20 мая 1898 г., въ цѣляхъ международной конкуренціи, и дали благопріятные результаты. Равномѣрное сочетаніе капитала и личной иниціативы (кооперації) подняло хозяйственное значеніе и престижъ этихъ обществъ; ихъ теперь въ Германіи въ три раза больше, чѣмъ акц. обществъ. Въ Польшѣ, гдѣ они введены были въ 1919 году, до конца 1921 г. зарегистрировано по одной Варшавѣ 1200 такихъ обществъ съ ограниченной отвѣтственностью [2].

---

[1] Пр. ОП., ст., 782.

[2] Namitikewicz, Podręcznik prawa handlowego, 1922, str. 305. Что касается акц. обществъ, то по поводу таковыхъ можно замѣтить еще слѣдующее. Какъ основательно указано Латвійскимъ Сенатомъ (рѣшеніе 1925 г. 31 января, приведенное въ изданіи Kanradi Walter, Izvilkumi no Latvijas Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumiem, 1 turp., l. 93, безъ обозначенія N), по содержанію русскаго закона правиламъ объ акціонерныхъ обществахъ, въ противность правиламъ о личныхъ товариществахъ, присвоенъ характеръ обязательныхъ нормъ, jus cogens, но ни въ такомъ случаѣ не диспозитивныхъ, такъ какъ этимъ правиламъ присущъ элементъ публичнаго права. Не въ меньшей мѣрѣ это положеніе пріемлемо въ настоящее время у насъ. —Внутри акціонерныхъ организацій охрана правъ участниковъ часто идетъ въ плоскости публично-правовой защиты слабаго меньшинства. Движеніе въ пользу огражденія правъ остающихся въ меньшинствѣ акціонеровъ началось въ Германіи въ восьмидесятыхъ годахъ прошлаго вѣка, какъ реак-

Особыя личныя права.

Кругъ интересовъ индивидуума направленъ къ поддержанію и подкрѣпленію его личности. Даже въ томъ случаѣ, когда индивидуумъ дѣйствуетъ исключительно по альтруистическимъ побужденіямъ, онъ удовлетворяетъ извѣстную духовную свою потребность.

Если одни интересы имѣютъ объективированный характеръ и сосредоточиваются въ отношеніяхъ по предметамъ, находящимся внѣ личности, а другіе связаны съ самой личностью, какъ общимъ источникомъ, образуя право и дѣесопособность, то въ особую группу должны быть выдѣлены еще интересы субъективной индивидуальности, какъ таковой, интересы самой личности, поскольку они въ состояніи дать основаніе для правоотношеній: жизнь, здоровье, честь, имя, духовныя проявленія и пр. Эти послѣдніе интересы на крайней линіи могутъ имѣть настолько внѣшне

ція противъ развившагося недобросовѣстнаго грюндерства, вслѣдствіе котораго многочисленные обладатели небольшихъ капиталовъ, будучи вовлечены въ акціонерныя общества, легко становились жертвами обмановъ и авантюръ. См. объ этомъ Winkler—Krämer, Der actienrechtliche Minderheitschutz, 1928, S. 37. Однимъ изъ наиболѣе надежныхъ орудій борьбы противъ эксплоатаціи мелкихъ акціонеровъ со стороны крупныхъ является право акціонера на оспариваніе постановленій общаго собранія акціонеровъ путемъ особаго судебнаго иска. HGB, § 271. Искъ этотъ не ограничивается строго сферой матеріальныхъ интересовъ даннаго истца, а охватываетъ болѣе широкія цѣли поддержанія легальной дѣятельности акціонернаго общества вообще. Такой истецъ приравнивается, при осуществленіи имъ своего домогательства въ судѣ, въ нѣкоторомъ родѣ, даже къ „органу“ юридическаго лица. О подобномъ искѣ не упоминаютъ спеціально ни законы X т. I ч. объ акціонерныхъ компаніяхъ и обществахъ, ни измѣнившій эти законы Статутъ, изданный въ Литвѣ 31 октября 1924 г., хотя послѣдній,—въ числѣ прочаго, оставилъ себѣ прямой задачей, именно, защиту правъ мелкихъ капиталистовъ—акціонеровъ. Akcinių bendrovių istatymas, Vyt. Žin. 1925 m. № 179, Бѣляцкинъ, Гражданское право Литвы, „Право и Хозяйство“, 1925 г. № 1, стр. 8. У насъ акціонеръ можетъ дѣйствовать въ предѣлахъ общей охраны гражданскихъ правъ: постановленіе общаго собранія акціонеровъ, состоявшееся съ нарушеніемъ закона или устава, онъ вправѣ оспаривать предъявленіемъ иска въ судѣ, примѣнительно къ 1 ст. уст. гражд. судопр. Рѣш. гражд. 1901 г. № 127, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922 г., стр. 379.

выраженный характеръ, что составляютъ матеріальную цѣнность въ оборотѣ, какъ напр., продукты духовнаго творчества—авторскія права, которыя принимаются многими (infra) даже за чисто имущественныя права. Поскольку интересъ заключается въ проявленіяхъ человѣческой субстанціи, не мыслимыхъ безъ индивидуума и его существомъ полностью опредѣляемыхъ, составляющихъ интегральную часть личности,—вытекающія изъ этого интереса правомочія, по общему правилу, не подлежатъ свободному отчужденію, отъ нихъ нельзя отказываться. А если отчужденіе и отказъ что касается нѣкоторыхъ изъ нихъ и возможны, въ видѣ исключенія, то во всякомъ случаѣ въ особыхъ границахъ и при особыхъ условіяхъ. Не теряются эти правомочія истеченіемъ какой либо давности.

Право субъекта на продукты своего духовнаго творчества есть авторское право. Авторское право даетъ автору исключительное правомочіе по отношенію къ его литературному, музыкальному или художественному произведенію. Авт. право—явленіе новѣйшихъ эпохъ, новѣйшей культуры, выработавшей правильное представленіе о продуктахъ духовнаго творчества и индивидуальныхъ правахъ. Древніе народы не имѣли представленія объ охранѣ правъ автора; поэты, въ томъ числѣ и самъ Гомеръ, пѣли свои стихи, странствуя по городамъ и весямъ, и получали за это „доброхотныя даянія“ растроганныхъ слушателей. Римскому праву авторскія права также чужды были, тѣмъ болѣе, что въ старомъ Римѣ, вообще, не признавалось право на вознагражденіе за духовный трудъ: врачи, адвокаты, художники и пр. получали не „плату“, а „благодарность“ (гонораръ). Въ средніе вѣка защищалось право издателя, а не автора: послѣдній—„какъ спѣлый фруктъ вылеживался на соломѣ“, по выраженію знаменитато писателя; интересы автора игнорировались закономъ. Издательская защита стала наиболѣе интенсивной по изобрѣтеніи книгопечатаніи. Привиллегіи, которыя получали издатели, гарантировали имъ исключительное право на сбытъ даннаго произведенія и тѣмъ устраняли вредную для нихъ конкуренцію. Могъ добиться такой привиллегіи въ особыхъ случаяхъ и самъ авторъ, на правахъ издателя [1]). Въ пору Великой Французской революціи дана была автору общая защита его правъ, привиллегіи были уничтожены (1793). За авторомъ было признано „право собственности“ на его произведенія, при единодушномъ одобреніи общества. Впослѣдствіе это понятіе „авторской собственности“ распространилось по всему цивилизованному міру.

[1]) Первой привиллегіей считаютъ выданную автору въ Венеціи въ XV в.

Въ XIX вѣкѣ идея „авторской собственности" поблекла въ свѣтѣ новаго ученія о личномъ характерѣ авторскаго права, выдвинутаго главнымъ образомъ юристами Германской школы. По утвержденію послѣднихъ, сущность авторской защиты заключается въ томъ, что произведеніе искусства есть продуктъ духовнаго творчества автора, аттрибутъ его личности, его имени и авторской части, ein Stück seiner Persönlichkeit, Namens und seiner Autorehre, а само авторское право—персональное притязаніе, право на сообщеніе своихъ чувствъ, мыслей и идей, ein ausschliessliches Mitteilungsrecht [1]). Рядомъ съ этимъ стало развиваться теченіе (французское) о правахъ общества на прозведеніе искусства. Установленіе исключительныхъ правъ въ пользу автора крайніе представители этого теченія уподобляли обиранію общества [2]). Указывали, что общество даетъ начало авторскому творчеству, взращиваетъ послѣднее и потому имѣетъ участіе въ продуктахъ этого творчества Мысль эта, конечно, можетъ быть ослаблена ссылкой на то, что и работы въ другихъ областяхъ предполагаютъ общественный импульсъ, предшествующіе образцы и пр., что однако, не исключаетъ существованія абсолютныхъ и неограниченныхъ правъ на результаты этихъ работъ. Но—и это собственно всего важнѣе—общество кровно заинтересовано въ произведеніяхъ искусства, составляющихъ основу культуры, въ матеріальной доступности ихъ для массъ.

Нынѣ въ авторскомъ правѣ должны быть оттѣняемы личные и имущественные интересы автора, съ одной стороны, и право общества, съ другой. Поэтому позволительно говорить о лично-имущественно-общественныхъ свойствахъ авторскаго права.

Въ Россіи эта мысль нашла себѣ признаніе и подтвержденіе въ постановленіяхъ Положенія объ авторскомъ правѣ 20 Марта 1911 г., кодифицированныхъ въ X т. I ч. [3]). Въ Россіи охрана авторскихъ правъ смѣшивалась раньше съ полицейскими нормами о цензурѣ, объ общественной нравственности, и лишь мало по малу авт. право выдвигалось на арену, какъ самостоятельный институтъ. Россія не вѣдала издательскихъ привиллегій, но западно-европейская мысль объ авторѣ—собственникѣ

---

[1]) Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1860, S. III ff, Бѣляцкинъ, Новое авторское право, въ его основныхъ принципахъ, 1912, стр. 30 сл.

[2]) Proudhon, Les majorats litteraires, 1868, p. 38.

[3]) Стт. 699^{1}—695^{75}.

была воспринята цѣликомъ прежними русскими законами, почему и нормы авторскаго права помѣщены были приложеніемъ къ 420 ст. X т. I ч. Даже Пр. Гр. Ул. называетъ авторское право „собственностью“ (литературной, музыкальной, художественной) и помѣщаетъ его въ отдѣлѣ „вотчинныхъ правъ“, какъ это ни странно для его составителей, стремившихся стать во всемъ на высоту современныхъ требованій западнаго права. Только Положеніе 20 Марта 1911 г. отвергло окончательно мысль о „собственности“ автора. Нельзя, однако, сказать, чтобы личныя и общественныя черты института въ достаточной мѣрѣ выдвинуты были и въ этомъ законѣ [1]).

Споръ объ авторскомъ правѣ и его сущности еще далеко не конченъ. До сихъ поръ имѣются юристы—ряды ихъ, правда, порѣдѣли,—которые не прочь считать авторское право монополіей, привиллегіей, дарованіе которой должно быть дѣломъ государства (Шершеневичъ, Schönberg, также франц. Cour de cassation: „privilége exclusif d'une exploatation temperaire“) [2]). Ясно полное противорѣчіе понятія „привилегіи“ всему укладу современности и самой природѣ авторскаго права. Еще больше находится сторонниковъ стараго взгляда о „правѣ собственности“ на произведенія искусства [3]). Эти ученые пренебрегаютъ очевидностью, что авторское право не заключаетъ въ себѣ никакого матеріальнаго субстрата, неизбѣжнаго для всякой „собственности“. Теорія „собственности“ встрѣчаетъ острую критику [4]).

[1]) Положеніе объ авторск. правѣ 20 марта 1911 г. отражаетъ вліяніе иностранныхъ законовъ, особенно германскаго отъ 19 іюня 1901 г. (о произведеніяхъ литературы и музыки) и 1 января 1907 г. (о произведеніяхъ художества и фотографіи). Съ своей стороны, европейскіе законы объ авторскомъ правѣ носятъ печать интернаціональныхъ стремленій объединенія авторскаго права, завершившихся созданіемъ въ Бернѣ въ 1886 г. особой международной организаціи „Union international pour la protection des oeuvres literaires et artistique“, члены которой (государства Европы, однако, безъ Россіи), между прочимъ, обязались предоставить гражданамъ договаривающихся странъ авторскія права на основаніяхъ, равныхъ съ правами своихъ собственныхъ гражданъ.

[2]) Lepaule, Les droits de l'auter sur son oeuvre, 1927, p. 15.

[3]) Copinger, The law of Capyright, 1909, p. 1 Cohler, Das Autorrecht, 1880, S. 37, его же Urheberecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1907, S. 1.

[4]) „Что за странная собственность, которая лишена одного изъ характерныхъ свойствъ своихъ—вѣчности—и которая не воплощается въ тѣлесномъ объектѣ“! Lepaule, ib., p. 14.

Однако, ополчающіеся противъ этой теоріи, какъ противъ узкаго и рутиннаго примѣненія традиціонныхъ представленій юриспруденціи къ оригинальному по существу соціально-юридическому явленію, впадаютъ часто въ другую непослѣдовательность, сосредоточивая все вниманіе исключительно на имущественной сторонѣ авторскаго права и видя въ немъ „право на доходы“ отъ произведенія искусства. Не можетъ быть сомнѣнія, что въ авторскомъ правѣ превалируютъ моменты персональные, обусловленные интимной близостью автора съ его духовнымъ дѣтищемъ—, пусть даже сюда примыкаютъ также элементы и матеріальной выгоды. Большинство современныхъ законодательствъ, рѣшительнѣе, чѣмъ это дѣлаетъ наше Положеніе, подчеркиваютъ эти персональныя черты авторскаго права [1]). Въ меньшей мѣрѣ это выражено во Французскомъ законѣ, однако практика и во Франціи не упускаетъ случая отмѣтить, что въ авторскомъ правѣ центръ тяжести не столько въ матеріальной сторонѣ, сколько въ личной связи автора съ произведеніемъ—vinculum spirituale [2]).

Но произведеніе искусства разсматривается съ точки зрѣнія правопритязаній не только автора. Законные интересы всего общества ограничиваютъ право автора, обусловливаютъ рядъ притязаній перваго по отношенію къ творческому произведенію. Въ результатѣ общественное право дѣлаетъ право автора срочнымъ, провизорнымъ. Съ истеченіемъ промежутка времени право автора отпадаетъ, произведеніе становится общественнымъ достояніемъ, такъ что каждый можетъ свободно пользоваться имъ въ извѣстныхъ предѣлахъ. Это, съ своей стороны, приводитъ къ удешевленію произведенія искусства, въ виду отпаденія авторскаго гонорара, къ устраненію авторскихъ запретовъ и пр. Мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ выморочностью: ни казна, ни иныя учрежденія преемниками авторскихъ правъ не становятся [3]). Это именно особое право общества [4]).

---

[1]) Касался ихъ еще до изданія новаго закона Сенатъ, отмѣтившій, между прочимъ, что трудъ автора можетъ имѣть значеніе для послѣдняго „и внѣ матеріальной выгоды, которую таковой приноситъ ему“, Рѣш. Гражд. 1909 г. № 110.

[2]) Въ только что вышедшей (упомянутой выше) работѣ Lepaule, Les droits de l'ateur sur son oeuvre, 1927, указывается: „Nous préférons penser, avec les juristes éminents... que le droit de l'auteur sur son oeuvre est un droit intellectuel, „la liberté personelle de l'auteur sous un de ses aspects, l'indépendance d'exercice de ses facultés“ (ссылка на Bertauld) p. 17.

[3]) Mothes, Das Recht an Schrifft—und Kunstwerken, 1913, S. 29.

[4]) Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ, 1912 г., стр. 118 и сл. Въ историческомъ про-

Специфическія свойства авторскаго права сказываются въ его предметѣ, субъектѣ, содержаніи.

Ближайшимъ объектомъ авторскаго права является произведеніе литературы, музыки либо художества. Нѣтъ надобности останавливаться на томъ, что этимъ объектомъ служитъ не экземпляръ книги, не картина, а то, что составляетъ вѣчнаго искусства содержаніе — изложеніе книги, композиція картины (Дювернуа). Это—всякій выразившійся во внѣшней формѣ творческій актъ человѣческаго духа, способный удовлетворить интеллектуальныя и эстетическія потребности. Все, что въ словесности, звукахъ, изображеніи носитъ печать оригинальнаго творчества—хотя бы въ малой степени—можетъ стать предметомъ авторскихъ правъ [1]). Словесное произведеніе — это литература, научная или беллестристическая, рѣчь, рефератъ, сообщеніе, даже, письмо съ литературнымъ содержаніемъ и пр., въ исключительныхъ случаяхъ самое заглавіе работы, если въ немъ есть оригинальность и творчество, а также переводъ чужихъ литературныхъ произведеній. Сдѣланный кѣмъ-либо переводъ чужого произведенія не препятствуетъ другимъ самостоя-

---

цессѣ развитія авторскаго права появленіе концепціи „авторской собственности“ имѣла въ свое время то значеніе, что выдвинула автора, дотолѣ обрѣтавшагося въ тѣни, на арену правовой жизни. Авторское право получило полное признаніе, наряду съ прочими правами, что привело къ улучшенію положенія „рыцарей духа“,—писателей, художниковъ, композиторовъ. Торжество „личнаго права“ авторовъ узаконило ихъ моральные интересы. Наконецъ, и общество получило удовлетвореніе въ признаніи и его правомочій и въ утвержденіи его участія въ каждомъ великомъ и маломъ произведеніи. Ухудшается ли отъ всего этого положеніе искусства и науки? Не будетъ ошибкой, если вмѣстѣ съ другими дадимъ на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ: для процвѣтанія творчества и знаній развитіе института авторскаго права, если только оно идетъ правильнымъ путемъ, имѣетъ благотворное значеніе.

[1]) По мнѣнію Lepaulle, охраняется не идея, а только форма ея выраженія; оберегать идею означало бы воспрещать всякую новую работу, мѣшать прогрессу (cit, 24). Но помимо того что, какъ самъ Lepaulle указываетъ, отдѣленіе идеи отъ формы трудно, а—мы скажемъ—часто и невозможно, выразившаяся во внѣ идея, если она не таится только въ психикѣ автора, а получила внѣшнее выраженіе, можетъ явиться такимъ творчествомъ, котораго индивидуальность не зависитъ отъ формы. Впрочемъ, правильныя границы здѣсь можетъ найти только судъ по конкретнымъ даннымъ, а priori установленный закономъ или теоріей масштабъ мало пригоденъ.

тельно переводить то же произведеніе. Право самого автора на переводъ— право ограниченное: оно длится только 10 лѣтъ со дня появленія подлинника и обусловлено заявленіемъ автора на заглавномъ листѣ или въ предисловіи о сохраненіи за собой этого права. Но и въ послѣднемъ случаѣ авторъ долженъ издать переводъ не позже, какъ черезъ пять дней послѣ опубликованія оригинала [1]). Переводчикъ, если это не самъ авторъ, обязанъ получить разрѣшеніе автора. Касается ли это также произведеній иностранныхъ авторовъ, другими словами, дозволяется ли свободно переводить у насъ произведенія заграничныхъ авторовъ,—вопросъ, вызвавшій въ Россіи въ свое время нескончаемые споры и контраверзы. Въ пользу „свободы переводовъ" высказывались, главнымъ образомъ, соображенія не строгаго права, а соціальной политики, именно, указывали, что Россія нуждается, и притомъ болѣе, чѣмъ какая-либо другая европейская страна, въ просвѣщеніи массъ, однимъ изъ средствъ котораго можетъ быть безпрепятственное распространеніе въ государствѣ переводной иностранной литературы, безъ оплаты гонорара автора оригинала. Хотя съ этой утилитарной точкой зрѣнія можно было бы оперировать, въ той или иной степени, и нынѣ у насъ, но положеніе все же значительно измѣнилось: усиленіе контакта съ другими народами, эволюція правъ „иностранца", ростъ культуры, правосознанія и общественной морали — все это говоритъ за неизбѣжность признанія у насъ, на почвѣ дѣйствующаго нашего права, за иностраннымъ авторомъ исключительныхъ правъ не только на подлинникъ, но и на переводъ такового, на общемъ основаніи нашихъ законовъ, подобно тому, какъ это признается повсемѣстно на Западѣ [2]).

---

[1]) Ст. 695^{33} X т. I ч.

[2]) Въ частности, относительно писемъ слѣдуетъ замѣтить, что они могутъ быть изданы, по закону, лишь съ обоюднаго согласія автора и лица, которому были писаны, если не предназначались авторомъ къ напечатанію, Ст. 695^{28} X т. I ч. Это правильно въ отношеніи писемъ не-литературнаго содержанія, но таковые ничего общаго съ авторскимъ правомъ, собственно, не имѣютъ. Для писемъ литературныхъ требованіе согласія адресата, устанавливаемое закономъ, несправедливо и нераціонально, тѣмъ болѣе, что намѣреніе автора публиковать впослѣдствіи свои письма не всегда постигаемо объективно. Что касается рѣчей, то законъ оговариваетъ, что только публичныя рѣчи, произнесенныя въ законодательныхъ и общественныхъ собраніяхъ, дозволяется публиковать безъ разрѣшенія автора, въ газетныхъ и другихъ отчетахъ, ст.

Музыкальное произведеніе—звуковое отраженіе идей и чувствъ, запечатлѣваемое при помощи нотъ. Возможна музыкальная импровизація, еще не переложенная на ноты (какъ возможна, впрочемъ, и импровизація, еще не переведенная на бумагу). Художественное произведеніе — изображеніе представленій и предметовъ внѣшняго міра, какъ эти послѣдніе отражены фантазіей художника,—въ картинахъ, портретахъ, эскизахъ. Законъ относитъ сюда также техническіе планы, чертежи и рисунки, какъ заключающіе въ себѣ интеллектуальное творчество. Фотографія—скорѣе область механическаго воспроизведенія, а не творческаго, предметъ ремесла, не искусства. Однако, законъ признаетъ авторское право на фотографическія и имъ подобныя произведенія, при соблюденіи извѣстныхъ требованій, какъ означеніе фирмы, года выпуска и пр. Кинематографія основана, въ общемъ, на фотографіи, но цѣли первой художественныя: конструкція кинематографическаго воспроизведенія таитъ въ себѣ черты творчества. Естественно и справедливо ставить кинематографію въ рядъ съ литературой, музыкой и художествомъ въ смыслѣ авторской защиты.

Субъектомъ авторскаго права является авторъ или авторы, когда ихъ нѣсколько [1]). По смерти автора субъектъ авт. правъ—его генеральный правопреемникъ. На наслѣдникѣ авторское право сосредоточивается въ ограниченномъ размѣрѣ, постольку, поскольку это согласуется съ идеей представительства личности. Наслѣдникъ не только извлекаетъ выгоды изъ произведенія, но охраняетъ и защищаетъ не-матеріальныя права, неприкосновенность и честь произведенія [2]). Субъектомъ авторскихъ правъ не является издатель, къ нему переходитъ лишь осуществленіе имущественной стороны авторскаго права. Однако, законъ говоритъ о переходѣ по договору

695[38] X т. I ч. За предѣлами этого, даже самая незначительная рѣчь, произнесенная гдѣ бы то ни было, если только она отражаетъ мысли и чувства и можетъ имѣть какое-либо общее значеніе въ смыслѣ творчества (юбилейное или застольное слово), составляетъ предметъ авторскаго права. Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ, 1912, стр. 82 и сл., 78 и сл.

[1]) Если совокупное произведеніе состоитъ изъ отдѣльныхъ самостоятельныхъ частей, каждый авторъ удерживаетъ право на свою часть, но распоряженіе общимъ произведеніемъ требуетъ согласія всѣхъ соавторовъ, ст. 695[15] X т. I ч.

[2]) Нельзя дѣлать измѣненія въ произведеніи безъ согласія наслѣдника умершаго автора, за исключеніемъ особыхъ случаевъ.

„авторскихъ правъ". На самомъ дѣлѣ отчуждаемы лишь экономическія выгоды проистекающія изъ авторскаго права, но не самое право въ цѣлости. Не можетъ, авт. право безъ согласія автора или его наслѣдниковъ быть пріобрѣтено путемъ взысканія по долгамъ. Законъ не терпитъ, чтобы кто-либо въ состояніи былъ сдѣлаться субъектомъ авторскихъ правъ принудительно, черезъ публичную продажу [1].

Художнику принадлежитъ авторское право на художественныя произведенія, исполненныя имъ по заказу, „за отсутствіемъ другого соглашенія", какъ говоритъ законъ. Такимъ образомъ допускается мысль о возникновеніи авторскаго права въ лицѣ заказчика. Это противно природѣ авторскаго права, какъ права личнаго, могущаго принадлежать только автору.

Съ истеченіемъ сроковъ защиты авторскихъ правъ, субъектомъ послѣднихъ является общество. Хотя разсужденіе объ обществѣ, какъ субъектѣ права, имѣетъ привкусъ извѣстной неопредѣленности, но все же нельзя отрицать, что общество, какъ и государство, можетъ обладать въ нѣкоторой степени правами. Ощущается надобность въ надлежащей организаціи защиты правъ общества, въ созданіи представительства законныхъ интересовъ его.

Еще въ то время, когда авторское право не угасло въ лицѣ автора или его наслѣдниковъ, общество имѣетъ нѣкоторую долю участія въ правѣ на произведеніе. Въ пользу общую допускается воспроизводить чужой трудъ въ опредѣленныхъ предѣлахъ, напр., въ комментаріяхъ и учебныхъ хрестоматіяхъ. Законъ открываетъ возможность дѣлать и нѣкоторыя другія заимствованія изъ произведенія. Но все это при условіи указанія источника, дабы не прерывалась связь автора—vinculum spiritualae съ его твореніемъ даже внѣшнимъ образомъ. Можно пользоваться чужимъ произведеніемъ для созданія новаго. Не возбраняется публичное пополненіе, безъ согласія композитора, его музыкальнаго произведенія, если исполненіе не преслѣдуетъ цѣлей наживы, если оно совершается во время народныхъ празднествъ, либо если выручка предназначена исключительно для благотворительныхъ цѣлей и исполнители не получаютъ вознагражденія.

По содержанію своему авторское право есть исключительное правомочіе всѣми способами воспроизводить, опубликовывать и распро-

---

[1] См. X т. 1 ч., ст. 695^{10}, рѣш. гражд. 1913 г. № 12 и 17. По личному свойству права автора оно не подлежитъ, вообще, никакой принудительной экзекуціи (описи, аресту и пр.) со стороны кредиторовъ. „Нельзя работать одновременно для потомства и для судебнаго пристава" (Вандеръ).

странять произведеніе, между прочимъ, переводить литературное произведеніе при условіи оставленія за собою авторомъ этого права въ особой оговоркѣ, публично ставить [1]), перерабатывать изъ повѣствовательной формы въ драматическую и обратно. Автору музыкальнаго произведенія принадлежитъ кромѣ публичнаго исполненія произведенія, если на экземплярахъ помѣщено указаніе, что композиторъ оставилъ за собой это право,—составленіе сокращеній, извлеченій, попури, переложеніе на механическія ноты, диски, пластинки и т. д. [2]). Распространеніе путемъ безпроволочнаго телеграфа—радіо—есть одинъ изъ новѣйшихъ мощныхъ способовъ использованія произведенія, литературнаго и музыкальнаго, и несомнѣнно имѣетъ отношеніе къ содержанію авторскаго права. Самая передача по радіо ничѣмъ существенно не отличается отъ обыкновеннаго воспроизведенія, составляла правомочіе автора либо его правопреемника. Сложнѣе вопросы о воспринятіи—réception. По мнѣнію Lepaulle, надо различать рецепцію частнымъ лицомъ путемъ своего аппарата для домашняго использованія, когда „aucune perception ne sera possible", и рецепцію антрепенеромъ спектаклей, собирающимъ публику въ театрѣ, владѣльцемъ кафе, большого магазина и т. п., когда права автора должны дѣйствовать въ полной мѣрѣ [3]). Мысль въ основѣ своей правильная; но, справедливо принимая къ сердцу права автора, Lepaulle въ то же время, однако, игнорируетъ интересы общества, столь сильно себя заявляющіе въ радіо-передачѣ. Разрѣшеніе проблемы принадлежитъ будущему и, повидимому, облегчится тѣмъ, что эксплоатацію радіо—передачъ берутъ на себя большія обществен. организаціи [4]).

---

[1]) Въ Германіи авторы имѣютъ исключительное право размножать произведеніе und gewerbmässig zu verbreiten, Gesetz betreffend das Urheberecht etc. 1901, § 11, во Франціи — faire vendre et distribuer leur ouvarge, законъ 1903 г., въ Англіи—to produce or reproduce the work or any substantial part therof in any material form whatoever and in any language, The Copyright, 1911, см. Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ, 1912 г., стр. 38 и 39.

[2]) Исключительное право публичной постановки можетъ оказаться слишкомъ стѣснительнымъ для общества: цѣлесообразно было бы установить, что коль скоро произведеніе правомѣрно уже поставлено, въ дальнѣйшемъ авторъ resp. издатель можетъ требовать только гонораръ, но не воспрещать самую постановку.

[3]) Les droits de l'auteur sur son oeuvre, 1927, p. 246, 247.

[4]) Конгрессъ международной литературы и художествен-

Авторъ вправѣ уступить осуществленіе своихъ правъ (по терминологіи закона, „уступить авторское право“) другимъ. Требуется письменная форма договора. Кромѣ того автору дается право—по уважительнымъ причинамъ прекратить договоръ объ уступкѣ, съ возмѣщеніемъ издателю издержекъ по изданію [1]). Вообще, всякая уступка имѣетъ ограниченный смыслъ, именно пріобрѣтателю (издателю) отдается лишь то, что необходимо для осуществленія его правъ не болѣе [2]). Въ остальномъ права сохраняются за авторомъ, у котораго всегда есть остатокъ, сколько бы уступочныхъ актовъ онъ ни совершилъ, такъ что объ „отчужденіи“ авторскихъ правъ въ строгомъ смыслѣ говорить не приходится.

Законъ защищаетъ само авторство, воспрещая, между прочимъ, выдавать чужое произведеніе за свое, даже безъ цѣлей матеріальной наживы, охраняетъ множество другихъ интересовъ автора чисто личнаго свойства, не дозволяетъ опубликовывать, безъ согласія автора, содержаніе еще не появившагося въ свѣтъ произведенія.

Черезъ 50 лѣтъ послѣ смерти автора право послѣдняго, въ качествѣ исключительнаго правомочія, считается отпавшимъ, и каждый можетъ воспроизводить и распространять его произведеніе свободно [3]).

ной ассоціаціи въ іюнѣ 1925 г. выпустилъ коммуникатъ о желательности введенія во всѣхъ законодательствахъ слѣдующихъ двухъ правилъ: 1) L'emission radio-électrique d'une oeuvre litteraire, dramatique ou musicale n'est licite qu'avec l'autorisation de l'auteur ou des ses ayant droit, 2) En outre, la diffusion dans un lieu public de l'exécutiont ransmise par voie radioéléctrique est soumise au droit de l'auteur comme toute exécution publique. Дѣйствительность покажетъ, насколько этотъ призывъ найдетъ откликъ въ государствахъ.

[1]) Въ отношеніи анонимныхъ произведеній или изданныхъ подъ псевдонимомъ 50-ти лѣтній срокъ исчисляется со дня появленія произведенія (за неизвѣстностью дня смерти автора). Но если до истеченія этого срока авторомъ либо правопреемниками его заявлено будетъ авторское право на произведеніе, то они вступаютъ въ свои права на общемъ основаніи, см. 695[17] X т. I ч.

[2]) Hoffmann, das Reichsgesetz über das Verlagsrecht, 1925, S. 12, Бѣляцкинъ, Новое авторское право и т. д., 1911, стр. 54 и сл.

[3]) Для повременныхъ и сборныхъ изданій—газетъ, журналовъ, сборниковъ, календарей, срокъ авторской охраны сокращенъ до 25 лѣтъ и исчисляется онъ къ тому же со дня появленія въ свѣтъ изданія; для перевода, сдѣланнаго авторомъ произведенія, фиксированъ срокъ въ десять лѣтъ со времени

Сроки авторскаго права, какъ установленные въ пользу общества, суть преклюзивные, дѣйствующіе безъ перерыва. Они ни въ чемъ не были измѣнены у насъ и минувшей войной, какъ то имѣло мѣсто, напр., во Франціи, въ которой законъ 8 февр. 1919 г. пролонгировалъ сроки охраны произведеній, появившихся на свѣтъ до 1-го января 1921 г.[1]).

Право на жизнь ограждается въ уголовномъ и гражданскомъ порядкѣ отъ посягательствъ. Жизнь съ негативной стороны опредѣляется нѣкоторыми натуралистами, какъ постоянная борьба человѣка со смертью. Право на поддержаніе жизни и здоровья предполагаетъ право на воздухъ, свѣтъ, питаніе. Это не только естественныя, но и позитивныя права. Всѣмъ памятный смотритель тюрьмы, по изображенію сатирика, искавшій „регламентовъ“ на предметъ выдачи пищи арестованнымъ („по естеству кушать хочется, въ регламентахъ этого нѣтъ“), могъ бы найти отвѣтъ, именно, въ правѣ человѣка... на жизнь. Къ праву на существованіе относится также свобода переселеній и передвиженій. Съ положительной стороны жизнь заключается въ эмоціяхъ не только физическаго, но и духовнаго и нравственнаго свойства. Эмоціи эти даютъ импульсъ къ развитію, совершенствованію и вмѣстѣ съ тѣмъ создаютъ соотвѣтственныя притязанія и правоотношенія между людьми.

Изображеніе человѣка, отражающее во внѣ его видъ—выраженіе лица, фигуру, осанку—представляетъ собою правоохраненный интересъ. Законъ даетъ защиту праву на собственное изображеніе: портретъ, фотографію и пр. Гражданинъ можетъ требовать, чтобы его изображеніями не злоупотребляли, публично ихъ не выставляли, не соединяли съ другими изображеніями, безъ его согласія. Нарушеніе права на изображеніе можетъ произойти не только путемъ фотографіи, рисунковъ, гипса и т. п., но и посредствомъ загримированія артиста на сценѣ. Каррикатура—оскорбленіе чести, если имѣетъ обидный для изображаемаго видъ или соединена съ неприличными, непристойными для публичности предметами. Она бываетъ и опозореніемъ, когда содержитъ указаніе на преступный или антиморальный образъ дѣйствій изображаемаго. Это можетъ быть символической клеветой, (подобно, напр., обмазыванію дегтемъ воротъ, указывающему, по народнымъ нравамъ, на безнравственное поведеніе обитательницы дома). При отсутствіи всего этого

появленія подлинника, подъ условіемъ напечатанія перевода въ теченіе пяти лѣтъ со времени изданія подлинника.

[1]) Болѣе подробно о нашемъ авторскомъ правѣ, его сущности, предметѣ и субъектѣ и защитѣ см. Бѣляцкинъ, Новое авторское право и т. д., 1912, особенно стр. 35—103.

каррикатура сама по себѣ представляется нарушеніемъ личнаго права на изображеніе. Но тутъ выступаетъ на сцену другая сторона вопроса—общественная заинтересованность. Изображенія и портреты выдающихся, а то и обыкновенныхъ государственныхъ и общественныхъ дѣятелей, знаменитыхъ и видныхъ людей, могутъ имѣть всеобщее значеніе. Подобный публичный моментъ налицо и въ другихъ случаяхъ: интересъ правосудія, науки, искусства и даже простой сенсаціи. При такомъ положеніи элементъ публичный можетъ превалировать надъ частнымъ. Во всякомъ случаѣ, оба элемента должны найти извѣстное сочетаніе: самовольное использованіе изображенія позволительно лишь настолько, насколько это оправдывается реальной потребностью, дѣйствительной публичной надобностью. По германскому закону 9 января 1907 г., изображенія могутъ быть распространяемы или публично выставляемы только съ согласія изображаемаго, а послѣ его смерти въ теченіе 10 лѣтъ требуется согласіе его близкихъ: супруга, дѣтей, иногда родителей. Однако, никакого согласія не нужно при такихъ изображеніяхъ, распространеніе и выставленіе которыхъ имѣетъ въ виду охрану безопасности или правопорядка, при изображеніяхъ историческихъ, при изображеніи собраній, публичныхъ засѣданій и пр., а также во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда использованіе изображенія, сдѣланнаго по заказу, преслѣдуетъ высшія цѣли искусства [1]).

При защитѣ права на изображеніе считаются главнымъ образомъ съ неправомѣрнымъ выпускомъ изображенія въ оборотъ, демонстрированіемъ и раздачей. Но нарушеніе имѣетъ мѣсто нерѣдко и безъ этого. Такъ, артистка требуетъ воспретить помѣщеніе ея портрета съ неугодными ей, неподходящими „коллегами“ или въ такомъ видѣ, что она является „шокированной“, безотносительно къ публичности выставленія портрета. Сама съемка можетъ быть, при отсутствіи дозволенія, двойной неправомѣрностью: прямымъ оскорбленіемъ личности и посягательствомъ на чужое изображеніе. Ворвавшіеся въ комнату умирающаго Бисмарка фотографы были наказаны за вызовъ домашнему миру и, кромѣ того, присуждены, по предъявленному къ нимъ иску, къ уничтоженію пластинокъ и всѣхъ копій [2]).

Съ каждымъ человѣкомъ неразлучно имя, какъ обозначеніе его личности для установленія тожества. Подлежитъ защитѣ интересъ, связанный съ именемъ: право на имя. Имя состоитъ изъ „имени“ въ тѣсномъ смыслѣ, Name, получаемаго при рожденіи отъ родителей или

[1]) Kunstschutzgesetz, §§ 22—24.

[2]) Simeon, Bürgerliches Recht, I, 1923, S. 66.

опекуновъ, и фамиліи (Familiennаme), пріобрѣтаемой самимъ рожденіемъ. Жена получаетъ при бракѣ фамилію мужа (см. Семейственное право). Иногда имя и фамилія назначаются въ административномъ порядкѣ („найденыши", подкидыши"). Въ виду того, что лицо обрѣтаетъ имя непроизвольно, можетъ возникнуть вопросъ о перемѣнѣ послѣдняго. Обыкновенно законодательства допускаютъ мѣнять фамилію, но не имя въ тѣсномъ значеніи, однако такое ограниченіе ничѣмъ не оправдывается („что въ имени тебѣ моемъ?") [1]). Перемѣна имени допускается, когда для этого имѣются вѣсскія основанія. Послѣднія могутъ корениться въ соображеніяхъ политическихъ, національныхъ, историческихъ и даже въ болѣе или менѣе серьезныхъ мотивахъ простого благозвучія. Перемѣна имени—распорядительный актъ, требующій дѣеспособности, за недѣеспособныхъ дѣйствуютъ опекуны, по общимъ правиламъ. Лица, подвергшіяся значительному уголовному осужденію, обыкновенно не получаютъ права на перемѣну именъ: для такихъ лицъ это могло бы создать источникъ злоупотребленій. Вообще, законъ предвидитъ возможность недобросовѣстности при отказѣ отъ своего имени и домогательствѣ новаго—и принимаетъ соотвѣтствующія мѣры. По поводу ходатайствъ объ измѣненіи именъ предоставляется заинтересованнымъ подавать протесты, а по удовлетвореніи ходатайства предъявлять иски объ убыткахъ или о воспрещеніи носить новое имя [2]).

Право на имя сводится къ исключительному обладанію именемъ, съ возможностью воспрещенія пользованія другимъ путемъ исковъ [3]). Поводъ

---

[1]) Иногда имя, данное при рожденіи, приходится мѣнять вмѣстѣ съ происшедшей перемѣной пола, что бываетъ рѣдко, но бываетъ,—а также при принятіи другого вѣроисповѣданія.

[2]) По законамъ прежней Россіи не предусматривалась перемѣна не только имени въ тѣсномъ смыслѣ, но и фамиліи. Такая перемѣна могла быть достигнута лишь путемъ особыхъ сепаратныхъ распоряженій Верховной власти. Новыя правила изданы были въ Литвѣ закономъ отъ 31 января 1922 г. Vyr. Žinios 1922 Nr. 79, Pavardžių keitimo įstatymas. По этому закону, мѣнять можно фамилію, разрѣшеніе даетъ Кабинетъ Министровъ, о возбужденномъ ходатайствѣ публикуется, срокъ для предъявленія иска двухлѣтній со дня постановленія о перемѣнѣ. Германскій законъ допускаетъ возможность перемѣны не только фамиліи, но и имени въ тѣсномъ смыслѣ. Законъ 29 окт. 1920 г., также Schw. ZGB, Art. 30, Erläuterungen Cutri-Forrer, 1911, S. 33: „Eine Aenderung liegt vor, wenn der Familienname oder der Vorname oder beide durch neue ersetzt werden".

[3]) Это право новѣйшей формаціи. Въ древнія времена

къ предъявленію иска и права на имя можетъ быть побужденіе чисто идеальное, семейное, интересъ особой привязанности, не граничащій однако съ капризомъ или чрезвычайной чувствительностью. Объективное основаніе, несомнѣнно, имѣется въ воспрещеніи называться фамиліей мужа бывшей женѣ при признаніи брака недѣйствительнымъ. Но перемѣнившій свою фамилію не вправѣ уже использованію таковой съ чьей-либо стороны препятствовать. Нарушеніе права на имя можетъ выразиться въ формѣ словеснаго или документальнаго спора, а также въ какомъ-либо иномъ дѣйствіи, какъ напр., замазываніи фамиліи на вывѣскѣ.

имя нигдѣ не регистрировалось, его можно было свободно мѣнять, пользованіе чужимъ именемъ не составляло ни нарушенія, ни преступленія. Римское право не трактовало о правѣ на имя. Въ средніе вѣка въ Европѣ, когда укрѣпилась государственная власть и потребовался учетъ гражданъ для государственныхъ и иныхъ цѣлей, начали воспрещать перемѣну именн чисто полицейскими мѣрами. Позднѣе возникла мысль, развитая въ XIX в., объ охранѣ связанныхъ съ именемъ частныхъ правъ. Правда, значительный толчекъ этому дало желаніе оградить имя коммерческихъ предпріятій—фирму—отъ недобросовѣстнаго использованія посторонними лицами. Но и самостоятельный интересъ, матеріальный и моральный, вытекающій изъ пользованія именемъ, какъ таковымъ, сталъ привлекать къ себѣ вниманіе со стороны науки права. Старый взглядъ былъ, однако, настолько крѣпокъ, что до послѣдняго времени выдающіеся германскіе юристы отказывались признавать это право, считая неправильное употребленіе чужого имени и споры объ этомъ предметомъ вѣдѣнія администраціи. Напротивъ, во Франціи и наука и практика единодушно отстаивали это право и, чтобы подвести подъ него прочный фундаментъ, окрестили его „правомъ собственности на имя". Другими словами, здѣсь дѣйствовалъ тотъ же процессъ мысли, который проявился когда-то во Франціи по отношенію къ авторскому праву и долженъ былъ вывести послѣднее изъ ничтожнаго прежняго бытія на степень важнаго правомочія, водворить его въ семью гражданскихъ правъ. Въ настоящее время и во Франціи и въ другихъ странахъ ученіе объ имени, какъ о „собственности", отвергнуто, за отсутствіемъ и здѣсь какого-либо матеріальнаго субстрата, который можно было бы отдѣлить отъ лица: имя признается и охраняется, какъ особое благо, личное право, внѣ зависимости отъ вещественныхъ цѣнностей, которыя имя въ состояніи косвенно создавать. Утвержденію этого новаго взгляда много способствовали представители ученія о такъ наз. „индивидуальныхъ правахъ" (Kohler), которые дифференцировали въ группы отдѣльныхъ правомочій - все, что касается индивидуальной личности, какъ

Право на имя принадлежитъ и юридическому лицу [1]), обладающему постояннымъ индивидуализированнымъ обозначеніемъ.

Не дается право на прозвище, — случайное названіе, подъ которымъ кто-либо извѣстенъ въ публикѣ, но можетъ быть право на псевдомнимъ литературный, артистическій и художественный, т. е. на то имя, которымъ данное лицо именуется въ качествѣ писателя, журналиста, на сценѣ и пр. вмѣсто дѣйствительнаго имени. Въ отличіе отъ настоящаго имени, которое дается и регистрируется, псевдонимъ избирается самимъ лицомъ, по своему вкусу и для опредѣленнаго назначенія, а также мѣняется по свободному желанію, не будучи нигдѣ оффиціально отмѣчаемъ. Еще отличіе въ томъ, что псевдонимъ можетъ быть передаваемъ, насколько такая передача не противорѣчитъ добрымъ нравамъ и не является желаніемъ ввести кого-либо въ заблужденіе.

Если псевдонимъ перманентенъ и извѣстенъ какимъ-либо общественнымъ кругамъ, то защита его представляетъ реальный интересъ [2]).

таковой. Въ правѣ на имя стали видѣть не право на слова, обозначающія имя, а право особаго символическаго изображенія словами самой личности, неотъемлемое отъ послѣдней. Торжества своего эта идея достигла въ BGB, § 12 котораго гласитъ: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem andern bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen". Въ Германіи законъ даетъ надежное орудіе суду въ дѣлѣ зищиты нарушеннаго права на имя, широко понимая это право. Code civil и Код. Нап. не ввели постановленій по данному предмету, но французская судебная практика не менѣе щедро, чѣмъ и Германія, предоставляетъ средства защиты этого права потерпѣвшему, основываясь на общихъ нормахъ закона и права. Въ Англіи оберегается за-

[1]) Рѣш. Герм. RG, 74—114, у Achilles'a, BGB, S. 8.

[2]) Юридическая охрана псевдонима представляетъ большія трудности, въ виду сравнительно малой опредѣленности этого понятія. Съ одной стороны, многіе совершенно отрицаютъ существованіе такой защиты, отчасти, именно, считаясь съ указанными трудностями, съ другой стороны, нѣкоторые готовы дать правовую охрану псевдониму даже если онъ использованъ былъ только одинъ разъ. Германскіе юристы во главу угла ставятъ наличность einer „persönlichen Interesses". Весьма распространена защита псевдонима во Франціи и Италіи. Во всякомъ случаѣ, псевдонимъ—личное право sui generis, подлежащее отграниченію отъ прочихъ персональныхъ правъ.

Имя, принадлежащее предпріятію—по большей части коммерческаго, но иногда и чисто цивильнаго свойства—есть фирма, также заключающая въ себѣ опредѣленные элементы личнаго права. Фирма, подъ которой лицо физическое или юридическое ведетъ предпріятіе и которое всегда мыслится совокупно съ предпріятіемъ, обезпечиваетъ извѣстную репутацію между кліентами, потребителями и пр. Очевиденъ такимъ образомъ и матеріальный интересъ, связанный съ фирмой. Какъ разъяснилъ Сенатъ, принятіе кѣмъ-либо по предпріятію однородному фирмы, по однозвучію или внѣшнему виду тождественной съ фирмой уже существующей, нарушаетъ интересы владѣльца этой фирмы, исключительное право пользованія которой подлежитъ возстановленію путемъ судебной защиты [1]). Стало быть, фирма подлежитъ защитѣ одновременно и какъ личное благо и какъ благо имущественное. Регистрація, въ качествѣ условія огражденія права на фирму, является требованіемъ лишь отдѣльныхъ законодательствъ, къ которымъ наше право въ этомъ отношеніи не примыкаетъ[2]). По общему же правилу, фирма, какъ правовое достояніе, пользуется охраной въ предѣлахъ охраны правъ вообще [3]) По экономическому значенію фирмы, ее можно отчуждать,

---

комомъ торговое имя—trade name—,но не обычное гражданское т. е. (въ противоположность французской практикѣ) дѣлается различіе между nom de commerce и nom de famille — Trade Marks Act 1905, Campbell, Principles of english law, 1907, p. 235, 237, 529, 531—535, Jenks, Digeste de droit civil anglais, t. II, 1923, p. 34. Но все же и англійская практика признаетъ частно-правовое значеніе обыкновеннаго имени въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, напр., при заключеніи брака, см. Jenks, ib, p. 127, для замужней женщины, а общеизвѣстная интенсивная и экстенсивная охрана всякаго личнаго права въ Англіи распространяетъ свое несомнѣнное вліяніе и въ данномъ вопросѣ. Швейцарія даетъ каждому искъ объ установленіи—Feststellung—его права на имя при спорѣ съ чьей либо стороны, а при нарушеніи присвоеніемъ имени потерпѣвшій вправѣ домогаться воспрещенія даннаго присвоенія—Unterlassung dieser Anmassung,—возмѣщенія вреда, въ томъ числѣ и не-матеріальнаго, wo die Art der Beeinträchtigung es rechtfertigt, Schw, ZGB, Art. 29. Дѣйствующее наше право спеціально объ общей цивильной защитѣ права на имя не упоминаетъ, но нельзя сомнѣваться въ томъ, что и наши законы (X т. I ч., стт. 684, 685, 574 и др.) настолько объемлющи, что суды не встрѣтятъ препятствій къ самой широкой защитѣ права на имя.

[1]) Рѣш. 4-го Д-та 1883 г. по д. Дурунча, см. Добровольскій, Практика по дѣламъ торговымъ, 1908 г., т. 2. стр. 113.

[2]) Въ Германіи—GBH, § 30.

[3]) Ст. 1 Уст. Гражд. Судопр. Само собою разумѣется,

назначать въ пользованіе на опредѣленное время и передавать по наслѣдству. Но все это только совмѣстно съ предпріятіемъ: фирма, какъ и имя, не имѣетъ изолированнаго бытія въ оборотѣ [1]). Понудительной экзекуціи при исполненіи судебнаго рѣшенія, при конкурсѣ, и пр. фирма не подлежитъ по своимъ свойствамъ личнаго права, такъ что въ этихъ случаяхъ предпріятіе отчуждается цѣликомъ или частями безъ фирмы.

Право на честь находитъ себѣ признаніе въ гражданскихъ и уголовныхъ законахъ. Особой охраной пользуется женская честь и женское цѣломудріе. Ограждается отъ посягательствъ и честь дѣловая, съ которой связаны имущественные и моральные интересы. Право на честь дается также юридическому лицу, хотя буква законовъ весьма скупа на этотъ счетъ: упоминаются преимущественно государственныя (на Западѣ еще конституціонныя) учрежденія [2]). Честь всякаго юридическаго лица, его достоинство, кредитъ—часто все это синонимы—нуждаются въ интенсивной защитѣ, истинный смыслъ дѣйствующаго нашего права этому не противится.

Право человѣка на извѣстную скрытность частной сферы своего существованія должно находить признаніе со стороны государства. Древніе правители не завѣшивали оконъ своихъ, дабы и домашнее времяпрепровожденіе свое не скрывать отъ управляемыхъ. Но гражданинъ имѣетъ право на тайну приватныхъ проявленій жизни и дѣятельности.

что нарушеніе права на фирму, какъ и права на имя вообще, карается также уголовными законами, коль скоро имѣются налицо признаки наказуемаго обмана или иного преступленія. Такое правомочіе пострадавшаго признается и обычнымъ правомъ (Шершеневичъ).—По указанію Гольмстена, потерпѣвшему нарушеніе фирмы принадлежитъ по нашему закону: искъ о запрещеніи нарушителю пользоваться чужою фирмою (ставить ее на вывѣскѣ, бланкѣ, подписи и клеймѣ) и искъ о вознагражденіи за убытки, причиненные заимствованіемъ (Очерки по русскому торговому праву, 1895 г., стр. 57).

[1]) См. BGB § 23, Пр. Гр. Ул., ст. 1337, Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 88.

[2]) Уголов. Улож., § 154, Герм. Str. GB. §§ 186, 197, Amtlicher Entwurf e. allg. deutsch. Str. GB, 1925 §§ 290, Abs. 2, 100, Abs. 3. Шире смотрѣла на дѣло статья 1040 прежняго Улож. о Нак., предусматривавшая оскорбительный отзывъ объ „обществѣ“. См. также Пр. Гр. Ул., Объясненія, кн. 1, 1903 г., стр. 112: „Законъ охраняетъ честь юридическихъ лицъ отъ оскорбленій“.

Безпрепятственное выраженіе мнѣній и сужденій, свобода слова и многія другія проявленія индивидуальности—Ausflüsse der Persönlichkeit—, неприкосновенность жилища—все это охраняется нашеи конституціей съ ея гарантіями основныхъ правъ личности.

Въ общемъ, право еще далеко въ этой области отъ какой либо стройной системы[1]). Все же надо сказать, что число личныхъ правъ и значеніе ихъ растетъ, по мѣрѣ развитія понятія о гражданинѣ: имъ принадлежитъ будущее въ частномъ правѣ. Правильная организація охраны этихъ правъ во многомъ зависитъ отъ упорядоченія судебной защиты. Весьма важную роль играютъ такъ называемые установительные иски — Festellungsklagen. Подтверждается въ данномъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, настоятельность введенія у насъ исковъ о воспрещеніи будущихъ нарушеній, съ созданіемъ возможности возлагать на отвѣтчика штрафы и аресты за каждое будущее нарушеніе, по примѣру германскихъ Unterlassungsklagen. Расширеніе судейскаго права и, въ частности, свободнаго судейскаго усмотрѣнія при опредѣленіи размѣра убытковъ, предоставленіе суду возмѣщать и неимущественный (моральный) вредъ въ опредѣленныхъ размѣрахъ,—все это неизбѣжно при надлежащей охранѣ личности и ея спеціальныхъ правъ.

---

[1]) Изъ дѣйствующихъ кодексовъ только Калифорнское гражданское уложеніе опредѣленно упоминаетъ о личныхъ правахъ, какъ обособленной категоріи, отражая англо-саксонскую практику, издавна благопріятствовавшую всесторонней охранѣ такъ назыв. personal rights. По названному Уложенію, всякое лицо пользуется защитой не только противъ посягательствъ на его свободу, здоровье, противъ оскорбленій и диффамацій, но вообще противъ „нанесенія ущерба его личнымъ отношеніямъ“ — injury to his personal relations. Стт. 31—41.

ВЕЩНОЕ ПРАВО.

В е щ и.

Среди благъ, находящихся въ сферѣ господства людей, слѣдуетъ особо выдѣлить в е щ и, т. е. предметы, которые лежатъ внѣ личности человѣка, будучи доступны человѣческому обладанію—(не исключая и животныхъ). Совокупность вещей образуетъ имущество, но послѣднее — понятіе болѣе широкое, такъ какъ охватываетъ активъ и пассивъ, т. е. также долги и обязательства. Характерная черта имущества—это возможность сведенія его на деньги [1]). Поэтому и вещью, по общему правилу, будетъ все то, что доступно денежной оцѣнкѣ, хотя нѣкоторыя вещи, Affectionssachen, не поддаются переводу на „металлъ", по крайней мѣрѣ съ субъективной точки зрѣнія. Самъ человѣкъ ни въ какомъ смыслѣ не является вещью: онъ субъектъ, а не объектъ права. Но и тѣло человѣка и части его тѣла не суть вещи. Однако, то, что можетъ безвредно и безболѣзненно быть отдѣлено отъ человѣческаго тѣла, способно фигурировать въ оборотѣ, какъ вещь. Продажа женской косы парикмахеру дѣйствительна, какъ и всякая иная продажа; нельзя домогаться принудительнаго снятія косы, не можно требовать интереса, въ случаѣ уклоненія отъ передачи ея. Въ такомъ же смыслѣ является вещью, искусственная нога человѣка, золотая пломба въ зубахъ. Обязательства, безъ исполнительной силы, допустимы въ отношеніи этихъ предметовъ.

Сюда же относятся соглашенія о тѣлѣ и фигурѣ, касающіяся использованія таковыхъ не для безнравственныхъ цѣлей, а для нуждъ науки, искусства (натурщицы), ремесла (манекенъ) и проч. Нѣтъ права на трупъ или, что еще хуже, „права собственности на трупъ". Но если трупъ распался, то можно говорить объ отдѣльныхъ частяхъ его какъ „вещахъ":—скелетъ, мумія (Schreuer). Никакія притязанія по отношенію къ трупу со стороны родственниковъ недопустимы, развѣ бы таковыя основывались на какомъ либо реальномъ интересѣ семейственнаго характера, какъ желаніе похоронить въ фамильномъ склепѣ, избраніе способа уничтоженія трупа. Вообще же, погребеніе, анатомированіе, бальзамированіе регулируются нормами публичнаго права. Какое значеніе имѣютъ волеизъявленіе лица о продажѣ своего тѣла послѣ смерти на научныя изслѣдо-

[1]) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, I, 1922, p. 652, 653.

ванія, на благотворительныя или соціальныя надобности („изъ кожи сдѣлать барабанъ, который использовать при исполненіи національнаго гимна", какъ распорядился одинъ богатый чудакъ—американецъ)? Это суть акты правового значенія на случай смерти, имѣющіе свойства завѣщательныхъ распоряженій (не-вещественнаго характера).

Къ вещамъ принадлежатъ не только тѣлесные предметы, но въ извѣстныхъ предѣлахъ и предметы нетѣлесные—res, quae tangi non possunt. Послѣдніе не доступны нашимъ внѣшнимъ чувствамъ и постигаются лишь понятіями—concetti astratti. Что такое нетѣлесныя вещи, это опредѣляется оборотомъ. Только оборотъ можетъ указать, какіе изъ этихъ вещей и въ какихъ предѣлахъ способны быть объектомъ права. Такъ, фирма въ качествѣ предмета права мыслима лишь въ связи съ предпріятіемъ, какъ его составная часть. Торговая тайна, дѣловая репутація совершенно исключаются изъ объектовъ права, представляя собою лишь извѣстныя отношенія экономической важности, но не вещи (хотя это и оспаривается юристами) [1]).

Напротивъ, объектомъ права можетъ быть требованіе, возникающее изъ обязательства—diritti su diritti [2]). Сюда же относится извѣстный типъ рекламы, а также модели, промышленные рисунки, этикеты, далѣе, механическія ноты, напѣтыя матрицы и пластинки, какъ особое промышленное (нематеріальное) достояніе фабриканта [3]), и многое другое, рождаемое прогрессомъ, наукой, искусствомъ, техникой. BGB въ одномъ случаѣ опредѣляетъ вещи, какъ „körpeliche Gegenstände", но въ другихъ постановленіяхъ объектомъ права считаются и такъ называемыя Realrechte, т. е. права на чужую недвижимость [4]). Французское право широко признаетъ невещественные предметы, какъ объекты права, относя къ нимъ пользовладѣніе недвижимостью, обязательства, акціи и паи въ товариществахъ, всякаго рода ренты и пр. [5]). Наше право исходить преимущественно изъ понятій корпоральной вещи. Въ то же время оно знаетъ и многіе безтѣлесные предметы—объекты права: право требованія по обязательствамъ, иски, право на фирму, сервитуты и т. д. Все это

[1]) См. объ этомъ Brugi, Instituzioni di diritto civile italiano, 1923, p. 154.

[2]) Ср. Čecho-Slov § 287, Die Sachen werden nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit eingeteilt, in materielle und immaterielle (z. B. Rechte), также Motivenbericht, S. 447.

[3]) Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ, 1913 г., стр. 90.

[4]) § 90, ср. § 96.

[5]) Code civil, Код. Нап. 526, 529, 1607, 1689, 2075.

входитъ въ понятіе имущества, объемлющее какъ вещи въ тѣсномъ смыслѣ слова, такъ и всякаго рода права и безтѣлесныя блага [1]).

Сущность разграниченія сводится къ тому, что владѣніе и вытекающія изъ него послѣдствія—особая защита, пріобрѣтеніе по давности —допускаются закономъ только въ отношеніи матеріальныхъ вещей[2]). Но это не мирится съ правосознаніемъ, которое не усматриваетъ принципіальнаго различія, напр. между владѣніемъ лѣсомъ и владѣніемъ правомъ прохода черезъ чужіе луга.

Отчужденіе безтѣлесныхъ вещей не считается по нашему закону продажей, невозможно, по общему правилу, и принудительное взысканіе съ нихъ по искамъ и претензіямъ[3]). Все это значительно стѣсняетъ гражданскій оборотъ. Расчлененіе понятія вещи на res corporalis и res incorporalis построено было впервые римскимъ правомъ и означало развитіе юридическихъ представленій о res. Дювернуа иронически (по адресу римскихъ юристовъ) замѣчаетъ, что до этого „современнымъ юристамъ трудно было бы додуматься". На самомъ дѣлѣ это расчлененіе практично, жизненно и по нынѣшнимъ условіямъ прогресса неизбѣжно. Кромѣ права собственности, являющагося абсолютнымъ воплощеніемъ всѣхъ правомочій касательно предмета и потому отождествляемой съ самой вещью, имѣются другія права на вещь, могущія быть, съ своей стороны, объектами правомочій,—какъ закладное право и пр. То же относится къ правамъ на чужія дѣйствія, облигаціямъ, бумагамъ на предъявителя. Изобрѣтенія въ области мысли и духа доставляютъ въ оборотъ все новые и новые виды этой категоріи безтѣлесныхъ вещей.

Къ безтѣлеснымъ вещамъ относятъ также совокупность отдѣльныхъ предметовъ—universitas rerum distantium,—мыслимую, какъ нѣчто единое: библіотека, стадо, складъ товаровъ. Однако, въ юридическомъ смыслѣ въ подобныхъ совокупностяхъ нѣтъ чего-либо особеннаго, что отличало бы ихъ отъ отдѣльныхъ вещей, образующихъ такую совокупность. Юридическія отношенія—право собственности, владѣніе, купля и пр.—пріурачиваются не къ понятію библіотеки, какъ таковой, а къ отдѣльнымъ книгамъ библіотеки. „Собирательныя вещи" имѣютъ значеніе при экономическомъ учетѣ понятій, принимаются и во вниманіе для опредѣленія конкретныхъ отношеній, напр.: стадо объемлетъ, кромѣ

---

[1]) Ср. Св. Приб., стт. 529, 535. Въ разговорной рѣчи слово „вещь" означаетъ больше, чѣмъ res corporalis („Водевиль есть вещь, а прочее все—гиль").

[2]) См. рѣш. гражд. 1903 г. № 31.

[3]) См., однако, рѣш. гражд. 1915 г., № 72 (обращеніе взысканія на право содержать аптеку).

имѣющагося налицо скота, также скотъ, въ данную минуту отсутствующій (изъ стада). Но это уже относится къ истолкованію словъ и выраженій закона или волеизъявленія[1]).

Имущественная масса—universitas juris—,какъ умственная совокупность правъ и обязанностей даннаго лица, предназначаемаго для какой-либо цѣли, можетъ быть разсматриваема сама по себѣ въ качествѣ вещи и въ такомъ случаѣ должна быть относима къ res incorporales. Типомъ подобной res можетъ служить предпріятіе со всѣми относящимися къ нему активомъ и пассивомъ. Возможна купля—продажа или залогъ цѣлаго предпріятія. Французскій законъ 1909 г. допускаетъ залогъ предпріятій, какъ отдѣльной имущественной массы, Прусскій законъ 8 іюня 1902 г.—залогъ желѣзныхъ дорогъ—Eisenbahn—oder Kleinbahnunternehmen. Нашъ законъ не содержитъ подобныхъ постановленій: у насъ допускается купля или залогъ только ликвидаціонной части, но не всего предпріятія, что вредитъ обороту и дѣлу кредита. Въ Россіи былъ изданъ въ 1916 г. законъ о переходѣ торговыхъ предпріятій, имѣвшій въ виду, однако, не облегченіе передачи, а совершенно иную цѣль, именно, защиту интересовъ кредиторовъ отъ недобросовѣстныхъ дѣйствій и распоряженій съ предпріятіями въ цѣляхъ избѣжанія платежа долговъ.

Вещь, часть внѣшней природы, предполагаетъ самостоятельное существованіе, ограниченное предѣлами, и, какъ упомянуто выше, доступность обладанія для человѣка. Ограниченность обусловливаетъ правовой интересъ rem sibi habendi, доступность—raison d'être всякаго права. Луна, звѣзды, метеоръ (пока онъ не упалъ на землю) не могутъ быть вещами, какъ предметы, по отношенію къ которымъ исключается всякая мысль о желаніи обладать. Не суть вещи въ правовомъ смыслѣ открытое море, воздухъ, но фигурируютъ въ качествѣ таковыхъ прибрежная морская полоса, нагрѣтый воздухъ во вмѣстилищѣ. Земельныя пространства путемъ соотвѣтственнаго распредѣленія становятся предметами частного господства, вещами. Лишены свойства „вещей" предметы никому и ни на что ненужные, по отношенію къ которымъ нѣтъ интереса обладанія (немножко

---

[1]) Сложныя вещи, представляющія собою механическое и техническое соединеніе отдѣльныхъ частей внѣшней природы или отдѣльныхъ предметовъ, какъ домъ—universitas rerum coherentium—въ юридическомъ смыслѣ являются обыкновенными вещами, ничѣмъ не отличающимися отъ другихъ. Искусственнымъ соединеніемъ являются почти всѣ предметы, подвергающіеся человѣческой перераб ткѣ, и выдѣлить ихъ въ особую группу нѣтъ, конечно, никакой надобности.

песку, негодная бумажка, снѣжная баба) Однако, интересъ и цѣнность слѣдуетъ понимать въ смыслѣ не только чего-то существующаго, но и возможнаго въ будущемъ. „Вчера, напр. мой рѣчной песокъ, не представлялъ цѣнности, служилъ для меня только помѣхой, и я позволялъ его брать кому угодно, а сегодня изобрѣтенъ способъ дѣлать изъ рѣчного песку чрезвычайно твердый и дешевый кирпичъ, и песокъ мой внезапно становится большой цѣнностью“ (Е. Трубецкой). Кромѣ того, цѣнность есть понятіе относительное. Выброшенная мною на улицу тряпка для меня не вещь, но вещь для тряпичника, собирающаго разный хламъ для опредѣленной экономической цѣли. То же съ грибами въ лѣсу: они ненужны собственнику лѣса, но ихъ собираютъ посторонніе для продажи. Область человѣческихъ интересовъ распространяется и на имѣющее возникнуть въ будущемъ: — предметами оборота являются и будущій урожай и предназначенный для вырубки, еще не выросшій, лѣсъ и шерсть на животномъ, и волосы, который срѣжетъ человѣкъ (роскошная шевелюра). Все это вещи въ юридическомъ значеніи. Наука, техника и хозяйство приспособили къ служенію для человѣка въ качествѣ „вещей“ и нѣкоторыя силы природы, какъ электричество. Въ свое время Германскій Reichsgericht разъяснилъ, что электричество не есть предметъ, такъ какъ въ немъ отсутствуетъ понятіе „движимой вещи“[1]). Въ виду протеста противъ этого рѣшенія со стороны выдающихся юристовъ и въ виду создавшагося общаго впечатлѣнія въ странѣ отъ безнаказанности похищенія электрической энергіи былъ изданъ (въ 1900 г.) спеціальный законъ о похищеніи электрической „работы“. Какъ учитъ техника, рѣчь идетъ здѣсь, однако, не о „работѣ“, а объ опредѣленномъ количествѣ „матеріи“, производящей работу. Электричество такъ же, какъ и водные пары, даже осязаемо; и то и другое безспорно—вещи съ точки зрѣнія права.

Если въ извѣстныхъ случаяхъ вещь понимается въ юриспруденціи шире обычнаго житейскаго представленія, то, съ другой стороны, многія вещи изъемлются изъ сферы права и правового воздѣйствія, какъ находящіяся внѣ оборота: res extra commercium. Это происходитъ отъ того, что либо подобныя вещи суть общее достояніе, какъ свѣтъ, воздухъ, проточная вода, либо прямой законъ переноситъ ихъ изъ частнаго обладанія въ пользу общую, какъ улицы, большія дороги, городскія стѣны, городскія ворота и пр. Нѣкоторыя вещи, не будучи изъяты ихъ оборота цѣликомъ, участвуютъ въ немъ ограниченно и условно, напр., сильнодѣйствующіе яды,

[1]) Str. G. B., § 242.

спиртные напитки свыше извѣстной крѣпости, оружіе, воинская аммуниція и пр. Вещи, предназначенныя для религіозныхъ или похоронныхъ цѣлей, участвуютъ въ оборотѣ какъ бы одной стороной: онѣ могутъ находиться въ обладаніи церквей, монастырей, синагогъ, похоронныхъ братствъ, общинъ, быть предметами обладанія и совершенно частныхъ лицъ, напр., приватные молитвенные дома[1]). Но распоряженіе и пользованіе этими предметами происходитъ по заранѣе установленнымъ началамъ, соотвѣтственно религіознымъ и духовнымъ представленіямъ населенія. Право на мѣсто въ молитвенномъ домѣ или даже на кладбищѣ представляетъ собою вещное право, ограниченное въ предѣлахъ своихъ опредѣленнымъ назначеніемъ [2]).

Многія изъятыя изъ оборота вещи считаются собственностью государства, городскихъ либо сельскихъ общинъ и организацій и предназначены служить общимъ цѣлямъ (право участія общаго). Если и возникаетъ изъ этого пользованія притязаніе, то оно относится къ правамъ публичнымъ, а не частнымъ, почему и не можетъ быть защищаемо обычнымъ судебнымъ порядкомъ настолько же, насколько защищаются частныя права. Частно правовая защита дается лишь въ суженномъ видѣ: рѣчь можетъ итти о взысканіи убытковъ за нарушеніе (Lehmann). Вещи внѣ оборота легко смѣшать съ имуществомъ, которое находится у государства на частномъ правѣ и по отношенію къ которому государство выступаетъ въ качествѣ экономической единицы: государственныя зданія и земли, оффиціальныя предпріятія [3]). Вся суть

---

[1]) Существованіе домовой церкви допускается по Уставу о Констит. только до кончины лица, для котораго учрежденіе ея дозволено, а послѣ кончины его, если не послѣдуетъ дозволеніе на существованіе церкви, всю принадлежность церкви слѣдуетъ по распоряженію епархіальнаго начальства оказать въ собственность церкви приходской, ст. 49, прим. Это распространяется теперь одинаково на всѣ частные молитвенные храмы.

[2]) По Французскому праву нѣкоторыя изъ этихъ вещей, образующихъ domain public — подчиняются всецѣло публичному праву, а именно domain public national— море, порты, національныя дороги, крѣпости, извѣстныя публичныя зданія и сооруженія, domain public departemental, domain public communal—желѣзныя дороги департаментовъ и коммунъ, грунтовыя дороги, улицы, кладбища. См. подробнѣе у Boeuf, Résumé de droit civil, t. 1, 1925, p. 514, 515.

[3]) 406 ст. X т. 1 ч. сливаетъ воедино (неправильно) подъ названіемъ „имуществъ государственныхъ“ то, что принадлежитъ государству на правѣ публичномъ, въ публичныхъ цѣ-

въ предназначеніи вещи, по ея экономическому, соціальному и юридическому характеру. Вообще, нѣтъ предметовъ, которые по природѣ своей были бы внѣ оборота. Если имущество предназначено для публичныхъ цѣлей и надобностей, оно extra commercium, объектъ общаго обладанія, но вещи, служащія приватнымъ интересамъ, хотя бы и государства, въ смыслѣ оборотоспособности подчинены общимъ правиламъ гражданскаго закона. Предназначеніе вещи можетъ измѣняться по причинамъ естественнымъ и правовымъ.

Дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя истекало раньше изъ того, что однѣ вещи могутъ быть перемѣщаемы, а другія нѣтъ[1]). Признакъ перемѣщаемости былъ вполнѣ удовлетворителенъ въ прежнія времена. Нынѣ многія „недвижимыя" вещи могутъ быть перемѣщаемы средствами, добытыми наукой и техникой. Хотя въ этомъ отношеніи еще немного достигнуто, но уже признакъ оказывается недостаточно надежнымъ. Поэтому правильнѣе такое опредѣленіе: недвижимыя вещи—это земля со всѣмъ тѣмъ, что образуетъ съ ней составную часть. Развивая эту мысль, можно сказать, что къ недвижимости относятся прежде всего земельные участки, другими словами, части земной поверхности, находящіяся въ обладаніи субъектовъ правъ. Далѣе, сюда принадлежитъ то, что прочно и навсегда соединено съ землей, а именно, всякаго рода сооруженія, какъ каменный домъ, затѣмъ все, что образуетъ постоянную принадлежность земли--постройки, и, наконецъ, такіе предметы, какъ растущій лѣсъ, хлѣбъ на корню и проч., которые составляютъ до момента отдѣленія единую вещь съ землей. Право присоединяетъ къ этому также пространство надъ участкомъ — воздушный столбъ — и подъ участкомъ, въ глубинѣ земли, все это настолько, насколько простирается интересъ управомоченнаго (отнюдь не usque ad sidera, какъ думали римляне). Все прочее въ области вещей есть движимость. Свойство движимой вещи присуще также предмету, который только въ будущемъ предназначенъ къ пере-

---

ляхъ,—судоходныя рѣки, большія дороги, морскіе берега—и то, чѣмъ государство обладаетъ на чисто частномъ основаніи—земли, лѣса, зданія, заводы.

[1]) Дѣйствующій нашъ законъ при классификаціи вещей замѣняетъ терминъ „вещь" терминомъ „имущество": X т. 1 ч., стт. 383 исл. Тоже замѣчается въ нѣкоторыхъ другихъ законодательныхъ, напр., Св. Приб. Въ этомъ выразился старый взглядъ о томъ, что имущество состоитъ изъ однѣхъ только вещей, см. Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen, I, 1889, S. 137.

мѣщенію и отнятію, а временно связанъ съ недвижимостью: лѣсъ на срубъ, строеніе на сносъ. По BGB недвижимость — это именно Grundstück, а то, что не есть земельный участокъ и является вещью, составляетъ движимость [1]).

Различеніе недвижимыхъ и движимыхъ вещей имѣютъ то значеніе, что для тѣхъ и другихъ устанавливаются неодинаковыя правоотношенія что касается пріобрѣтенія, наслѣдованія, подсудности, право— и дѣеспособности лицъ и пр. Только недвижимости, какъ часть государственной территоріи, могутъ подлежать государственному отчужденію и государственному присвоенію. Только въ отношеніи къ нимъ создаются ограниченія для иностранцевъ. Судебная защита правъ на недвижимости сильнѣе и интенсивнѣе [2]).

На практикѣ возникаютъ большіе споры о томъ, относить ли постройку къ недвижимымъ или движимымъ предметамъ. Сенатъ объявляетъ недвижимостью такія постройки, которыя находятся въ перманентной, а не преходящей связи съ землею, поэтому передвижная лавка„ по

---

[1]) Ср. § 1551, Abs. 2, Пр. Гр. Ул., ст. 32, Schw. ZGB, Art. 655, 644, Abs. 2, 400, Abs. 1. По французскому праву вещи („имущество") считаются недвижимыми по природѣ, назначенію или отношенію съ другими предметами, а движимыми—по природѣ или опредѣленію закона. Code civil, Код. Нап., 517, 527. Въ Англіи дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя не имѣетъ серьезнаго значенія. Гораздо важнѣе различеніе вещей реальныхъ — real, пользующихся особыми преимуществами наслѣдственнаго характера, и личныхъ—personal, такими привиллегіями не снабженныхъ. Насколько рѣчь идетъ о res corporales, real property близко подходитъ къ недвижимостямъ. См. Campbell, Principles of English law, 1907, p. 98, 99. X т. I ч. относитъ къ недвижимости земли, 384 ст., подъ которыми слѣдуетъ разумѣть участки, предназначенные для построекъ, засѣва или иныхъ цѣлей, либо пустопорожніе. Что не можетъ быть названо недвижимостью, есть движимость. Перечисленіе въ законѣ отдѣльныхъ движимыхъ предметовъ имѣетъ характеръ примѣрнаго, неисчерпывающаго перечня, стт. 401 и 402.

[2]) Различны формы обладанія движимостью и недвижимостью. Первая предполагаетъ фактическое отношеніе къ вещи. Владѣніе движимымъ предметомъ есть или самъ титулъ собственности — Code civil, Код. Нап., — или предположеніе собственности—X т. I ч.. — (см. дальше). Обладаніе недвижимостью нуждается въ соотвѣтственной записи въ крѣпостныхъ или ипотечныхъ книгахъ (кадастръ). Не только право собственности на недвижимость под-

самому свойству своему не составляетъ недвижимости“ [1]). Точно также временные балаганы, купальни, зимовки на бечевникахъ [2]) и т. д.“ — все это движимость. Вопросъ сложенъ что касается постоянныхъ построекъ и сооруженій, если они принадлежатъ не собственнику земли, а другому лицу. Очевидно, ихъ возможно трактовать недвижимостью лишь при наличности у обладателя ихъ какого-либо постояннаго права на землю—вещнаго права [3]). Когда же это только право срочнаго пользованія, какъ наемъ и аренда, то въ сущности возведенныя строенія суть временныя, предназначенныя презумптивно впослѣдствіи къ сносу, и потому должны считаться движимостью. Частнымъ случаемъ примѣненія этого принципа является законъ 24 дек. 1912 г., по которому строеніе чиншевика составляетъ самостоятельную недвижимость. Къ движимымъ имуществамъ относитъ нашъ законъ и всевозможныя требованія по обязательствамъ, независимо отъ того, обезпечены ли эти требованія залогомъ или нѣтъ: залогъ есть не что иное, какъ придаточный привѣсокъ къ главному требованію и самостоятельнаго значенія не имѣетъ. Что касается правъ на чужія вещи, то они являются движимостью или недвижимостью, смотря по тому, каковы въ этомъ отношеніи самыя вещи. Это признается вполнѣ опредѣленно западными кодексами. Подтверждаютъ такую мысль и редакторы Пр. Гр. Ул.: „Свойства вотчиннаго права, какъ движимости, такъ и недвижимости, опредѣляются въ достаточной степени движимымъ или недвижимымъ свойствомъ самого имущества, составляющаго предметъ

лежитъ внесенію въ книги, но и измѣненіе такового, прекращеніе его, а также ограниченія и обремененія. Однако, нѣкоторыя права на недвижимость существуютъ безъ внесенія въ книгу. Кромѣ того, не всѣ недвижимости фактически зарегистрированы въ ипотечныхъ и крѣпостныхъ книгахъ. Законъ не противится такому „вольному“ состоянію имущества. Но невнесенная въ книгу недвижимость не можетъ быть законнымъ образомъ отчуждена. Кромѣ того для третьихъ лицъ обязательно лишь то правовое состояніе, которое обозначено въ книгахъ. Впрочемъ, послѣднее распространяется только на ипотечную систему, но не касается существующаго у насъ нотаріальнаго крѣпостного порядка, при которомъ, въ случаѣ несоотвѣтствія дѣйствительнаго состоянія права съ записью въ книгѣ, отдается предпочтеніе первому (ст. 691 X т. I ч.).

[1]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 703.

[2]) Ст. 3584 Уст. Пут. Сообщ.

[3]) Ср. Пр. гр. Улож., ст. 35.

вотчиннаго права“ [1]). Такимъ же образомъ долженъ быть разрѣшенъ вопросъ и по смыслу дѣйствующаго нашего права. Право застройки законъ expressis verbis называетъ недвижимостью.

На почвѣ нашего права недвижимости отличаются отъ движимостей еще тѣмъ, что только первыя могутъ быть родовыя и благопріобрѣтенныя, между тѣмъ какъ движимость всегда благопріобрѣтенная. Родовыя, иначе наслѣдственныя имущества — это доставшіяся собственнику по наслѣдству, какъ родственнику [2]). Къ родовымъ законъ относитъ: а) имущества, дошедшія по праву законнаго наслѣдованія, б) имущества, дошедшія отъ перваго ихъ пріобрѣтателя, хотя и по духовному завѣщанію, но къ такому родственнику, который имѣлъ бы по закону право наслѣдованія, в) имущества, доставшіяся по купчимъ крѣпостямъ отъ родственниковъ, коимъ дошли по наслѣдству изъ того же рода [3]). Родовыя имущества не подлежатъ безмездному переходу при жизни или на случай смерти помимо ближайшихъ законныхъ наслѣдниковъ [4]), а будучи проданы чужеродцу, могутъ подлежать выкупу. Право выкупа родовыхъ имуществъ создаетъ неопредѣленность обладанія и обезцѣниваетъ имущество. Оно —несправедливая льгота для родственниковъ и напрасное стѣсненіе правъ для третьихъ лицъ. Въ XIX в. вездѣ въ Европѣ право выкупа родового имущества отмѣнялось, въ Пруссіи, между прочимъ, указомъ 1807 г.,—а съ тѣмъ вмѣстѣ стали стираться послѣдніе слѣды института родовыхъ, или наслѣдственныхъ имуществъ. Ни BGB, ни Schw. ZGB объ этомъ институтѣ не упоминаетъ [5]). Институтъ родовыхъ имуществъ

---

[1]) Объясненія, кн. 1, 1903 г., стр. 164.

[2]) Законъ трактуетъ о родовомъ „имуществѣ“, имѣя въ виду, конечно, вещь, т. е. то, что принадлежитъ субъекту на правѣ собственности.

[3]) X т. 1 ч., ст. 399. Родовой характеръ, присущій имѣнію, не можетъ быть уничтоженъ соглашеніями. Свойство имущества, доставшагося владѣльцу, какъ родовое, не измѣняется вслѣдствіе исходатайствованія имъ крѣпостного свидѣтельства по давности владѣнія, рѣш. гражд. 1906 г. № 38, также 1911 г. № 56.

[4]) Т. X ч. I, стт. 867, 996, 1001.

[5]) Въ старой Европѣ родовыя имущества знаменовали собой принадлежность имущества роду и возможность вступленія родственниковъ въ случаѣ отчужденія такого имущества чужеродцу. Нельзя было не только дарить и завѣщать родовое имущество, но и продавать его чужеродцу. Послѣдній запретъ былъ даже сильнѣе, ибо продажа еще болѣе, чѣмъ

является нынѣ у насъ такимъ же отжившимъ свой вѣкъ, какъ на Западѣ. Хотя законъ 3 іюня 1912 г. расширилъ у насъ право распоряженія родовыми имуществами на случай смерти, но все же законъ о родовыхъ имуществахъ вредитъ свободѣ оборота, безъ надобности ограничивая собственниковъ. Находя свои источники въ помѣстной службѣ дворянъ и перейдя затѣмъ и на другія сословія, институтъ родовыхъ имуществъ долженъ былъ въ Россіи обезпечить интересы рода, дать какъ будто то, что другія законодательства предоставляютъ въ формѣ обязательной доли (Pflichtteil). Но и эта цѣль на самомъ дѣлѣ не достигалась хотя бы уже потому, что продажа род. им. свободно допускалась. Зато жизнь обогатилась рядомъ утонченныхъ фиктивностей, практикуемыхъ со стороны тѣхъ, которые стремятся обойти необыкновенный запретъ дарить и завѣщать, связанныхъ съ этой категоріей имуществъ. Пр. Гр. Ул. отмѣняетъ родовыя имущества (и вводитъ „обязательную долю"). У насъ отмѣна стоитъ на очереди, хотя никакой обязательной доли дѣйствующее наше право не признаетъ.

Только къ движимости относятся, въ общемъ, res fungibiles, т. е. предметы, опредѣляемые числомъ, мѣрой или вѣсомъ и составляющіе части цѣлаго рода вещей—родовыя или замѣнимыя вещи (рожь, мука, деньги, товары вообще). Движимая вещь, фигурирующая въ оборотѣ, какъ нѣчто обособленное, опредѣляемое специфическими индивидуальными качествами, есть вещь незамѣнимая. — Sachindividuum (мебель, картины, скотъ). Для недвижимостей это дѣленіе имѣетъ весьма ограниченное значеніе, хотя нельзя отрицать, что будущее можетъ

безмездное отчужденіе, угрожала роду. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ Франціи, напр., дареніе такого имущества было свободно, продажа же безъ разрѣшенія родственниковъ влекла за собою право выкупа. Съ распадомъ рода и феодализма сталъ распадаться и институтъ родовыхъ имуществъ на Западѣ. Въ частности, во Франціи институтъ этотъ поддерживался королями, для укрѣпленія экономическаго и политическаго положенія сторонниковъ монархіи, во время же революціи онъ былъ уничтоженъ. Въ настоящее время по французскому закону всякое постороннее лицо, даже если бы ему уступилъ свое право наслѣдникъ, можетъ быть устранено отъ раздѣла наслѣдства съ возвращеніемъ ему цѣны. Это все, что осталось отъ института родовыхъ имуществъ въ нынѣшнемъ французскомъ правѣ. См. Code civil, Код. Нап., 841, Курдиковскій, Объ ограниченіяхъ права собственности на недвижимыя имущества по закону, 1904 г., стр. 373 и 374.

внести въ этомъ отношеніи большія измѣненія. При возвратѣ предмета займа или поклажи, при возмѣщеніи вреда за уничтоженіе вещи, весьма важно знать, была ли отданная или уничтоженная вещь замѣнимая или незамѣнимая. Такъ, при займѣ rei fungibilis должникъ обязанъ вернуть вещи одинаковаго рода и добротности[1]). Продавцы извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей не освобождаются отъ обязанности исполненія, если погибла предназначенная къ продажѣ часть, ибо „родъ погибнутъ не можетъ", развѣ бы установлено было, что все количество даннаго родового предмета исчезло изъ оборота (въ извѣстное время или въ извѣстномъ мѣстѣ). Считать ли вещь замѣнимой или незамѣнимой, часто зависитъ отъ намѣренія сторонъ. Порою вещь такъ тѣсно связана съ владѣльцемъ, что о замѣнѣ вообще не можетъ быть рѣчи. Это— Affectionssachen (семейныя драгоцѣнности, брилліанты покойной матери). Даже простая записная книжка—воспоминаніе о войнѣ или фотографическій снимокъ могутъ имѣть для даннаго лица цѣнность предмета особаго пристрастія, не говоря уже о фотографическихъ карточкахъ съ надписями, автографахъ и пр. Въ этомъ случаѣ и возмѣщеніе цѣны или возвратъ другой подобной вещи не есть способъ удовлетворенія. Нѣкоторое значеніе здѣсь можетъ имѣть возмѣщеніе моральнаго (не матеріальнаго) вреда.

Потребляемая вещь есть такая, которая по естественному или хозяйственному состоянію предназначена для уничтоженія или отчужденія (дрова, хлѣбъ, деньги, товары), другія вещи суть непотребляемыя. Французское право опредѣляетъ потребляемыя вещи какъ такія, dont on peut fair usage sans les consommer comme l'argent, les grains, les liquers[2]). Юридически подъ потребляемыми разумѣются тѣ вещи, сущность которыхъ именно заключается не въ пользованіи и владѣніи, а въ потребленіи и передачѣ, но отнюдь не такія, которыя потребляются отъ использованія, какъ одежда, автомобиль. Потребляемыя вещи могутъ быть предметами займа, но не ссуды. Герм. законъ, считая потребляемыми вещами, „bewegliche Sachen, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräusserung besteht, указываетъ, что сюда относятся и вещи, составляющія товарный складъ или другую совокупность, которой bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung der einzelnen Sachen besteht[3]). Конечно, такіе предметы, какъ товары и машины, если и могутъ счи-

[1]) BGB, § 607, см. также 651, 740.

[2]) Code civil, Код. Нап., 587, также 1874.

[3]) BGB, § 92.

таться потребляемыми вещами, то не для того, кто пріобрѣтаетъ ихъ для своихъ надобностей.

Понятія „потребляемая вещь“ и „замѣнимая вещь“ не тождественны. Деньги суть вещи и потребляемыя и замѣнимыя, также и нѣкоторые другіе предметы. Но машина—вещь незамѣнимая и въ то же время потребляемая—на складѣ машинъ [1]).

Въ смыслѣ физическомъ каждая вещь дѣлима, но юридически и экономически многія вещи считаются недѣлимыми. Это бываетъ тогда, когда самъ законъ по тѣмъ или инымъ соображеніямъ, требуетъ, чтобы данная вещь фигурировала на оборотѣ какъ единая и цѣльная, либо когда вещь не можетъ быть раздѣлена на части безъ нарушенія стоимости и цѣнности (алмазъ, животное, карета, автомобиль). Можно говорить о дѣлимости и недѣлимости также и res incorporales: послѣднія недѣлимы, если отдѣльныя части ихъ не въ состояніи быть предметами юридическихъ отношеній: право залога, нераздѣльный долгъ. Значеніе разграниченія между дѣлимыми и недѣлимыми вещами заключается въ томъ, что при всевозможныхъ раздѣлахъ и распредѣленіяхъ не можетъ быть разъединена недѣлимая вещь. Разграниченіе это играетъ роль при толкованіи договора, въ обязательствахъ вообще, при принудительномъ отчужденіи, наслѣдованіи и пр. Уничтоженіе общности въ недѣлимомъ имуществѣ происходитъ путемъ денежныхъ или иныхъ компенсацій, путемъ продажи вещи и раздѣла вырученной суммы [2]). Германскій законъ допускаетъ раздѣлъ въ натурѣ при условіи, что предметы ohne Verminderung des Wertes in gleichartige... Teile zerlegen lassen. Нѣкоторые земельные участки нераздѣльны вслѣдствіе воспрещенія парцелляціи [3]). Рядъ не подлежащихъ раздѣлу имуществъ созданъ въ нынѣшней Польшѣ, въ связи съ земельной реформой 10 lipca 1919 г. [4])

[1]) Наши законы различаютъ тлѣнныя и нетлѣнныя вещи, понимая подъ первыми вещи, подвергающіяся истребленію, быстрому изнашиванію или порчѣ, каковы „жемчугъ, мѣховыя и другія платья, съѣстные и всякіе припасы, подверженные скорой порчѣ“. На продажу тлѣнныхъ вещей опекуны въ спеціальномъ разрѣшеніи не нуждаются. Стт. 405, 277, п. I X т. I ч. Вещь тлѣнная можетъ быть и непотребляемая, напр. жемчугъ.

[2]) Cp. Code civil, Kod. Нап., 827, Zoll, Prawo civilnie, 1922, str. 65.

[3]) BGB § 752, Einführungsgesetz, Art. 119, Abs. 2, Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 99.

[4]) X т. I ч. причисляетъ къ нераздѣльнымъ предметамъ: фабрику, заводъ и лавку, золотые пріиски, желѣзныя дороги, стт. 393 и 395. Хотя законъ говоритъ о недѣлимой недвижи-

Дѣлимость и недѣлимость вещи зависитъ во многомъ отъ назначенія, какое даетъ послѣдней собственникъ: оно можетъ мѣняться и варьироваться.

Такъ, при недѣлимости дома, какъ такового, допустимо все же установленіе отдѣльныхъ правъ собственности на квартиры и на цѣлые этажи— эксдивизія (contra Синайскій). Въ Германіи, гдѣ издавна допускалась эксдивизія, Stockwerkseigentum, при введеніи BGB признаны были въ силѣ лишь существовавшія до тѣхъ поръ отношенія этого рода, которыя и должны регулироваться нынѣ nach den bisherigen Gesetzen. Въ дальнѣйшемъ BGB Stockwerkseigentum воспретилъ, не взирая на протесты лучшихъ юристовъ, какъ Gierke и др. Отклонило эксдивизію, въ общемъ, и швейцарское право. Напротивъ, признаетъ ее французское право, австрійское; высказалась за нее наша юридическая литература и кассаціонная практика. [1]). Мыслимо дѣлить дома и на горизонтальныя части, съ установленіемъ прочныхъ внѣшнихъ знаковъ раздѣленія и каждую такую часть отдѣльно продавать, пріобрѣтать по давности владѣнія. Городскіе дворы относятся закономъ къ раздѣляемымъ имуществамъ (при чемъ

мости, однако путемъ интерпретаціи сюда можно подвести и движимость, Васьковскій, Руководство къ толкованію и примѣненію закона, 1913, стр. 134. Домъ, но не городской дворъ, недѣлимъ, см.рѣш. гр. 1889 г. № 40, 1912 г. № 8. Нераздѣльное имущество нельзя дробить, закладывать по частямъ, стт. 1396, 1633. При раздѣлѣ наслѣдства нераздробляемое имущество идетъ одному наслѣднику, обязанному удовлетворить другихъ деньгами: ст. 1324.

[1]) См. обо всемъ сказанномъ E.G., Art. 182, Schw. ZGB, Art. 675, Abs. 2, Curti-Forrer, Cit., S. 546, 696, Schreuer, cit. S. 151, Синайскій, Русск. Гражд. право, I, 1917, стр. 75, Кассо, Зданія на чужой землѣ, стр. 1432 (сомнѣніе этого послѣдняго автора относительно того, не противорѣчитъ ли у насъ эксдивизія принципу „Superficies solo cedit", отпадаетъ, такъ какъ рѣчь идетъ во всякомъ случаѣ не о конкурренціи правъ собственниковъ участка и строителя). Между прочимъ, въ рѣш. гражд. 1869 г. № 10 Сенатъ нашелъ правильнымъ удовлетвореніе иска о признаніи права собственности по давности владѣнія на подвалъ подъ чужой лавкой. Взглядъ литовскихъ судовъ на communio pro diviso довольно сдержанный, скорѣе несочувственный. Будущее покажетъ, пойдетъ ли наша практика дорогой, избранной Германско-Швейцарскимъ правомъ, т. е. по пути призрачныхъ опасеній за „коллизію правъ собственниковъ", или же откликнется на актуальную жизненную потребность и дастъ ей соотвѣтственное удовлетвореніе.

это касается какъ не застроенныхъ) такъ и застроенныхъ, дворовъ [1]). Отъ недѣлимыхъ вещей нужно отличать такія, которыя, принадлежа разнымъ собственникамъ, соединены между собою крѣпкой связью, ненарушимой безъ существеннаго вреда, и которыя подлежатъ дѣйствію особыхъ правовыхъ принциповъ (mesculanca, specificato).

Вещь можетъ состоять изъ нѣсколькихъ частей, изъ которыхъ каждая имѣетъ значеніе отдѣльнаго предмета: тогда говорятъ о составныхъ частяхъ. Составныя части, напр., автомобиля суть: колеса, шины, моторъ, вдѣланные часы, сидѣнья и пр. Составная часть не мыслится въ оборотѣ отдѣльно и самостоятельно: фактически невозможно отдѣлить ее безъ поврежденія и безъ измѣненія существа предмета, юридически—она интегрально примыкаетъ къ вещи, составляя съ нею нѣчто единое. Поэтому составная часть всегда раздѣляетъ правовую судьбу всего предмета на нее не можетъ быть обращено принудительное взысканіе отдѣльно отъ главной вещи (арестъ машинъ на заводѣ). Однако, и здѣсь многое зависитъ отъ того служенія, какое дается вещи по планамъ ея хозяина. Возможны добровольныя уступки составныхъ частей, напр., продажа лѣса на срубъ, когда право на предметъ—лѣсной матеріалъ возникаетъ лишь съ момента отдѣленія его собственникомъ, а до того существуетъ требованіе [2]). Мѣрою вещей является человѣкъ: въ его власти опредѣленіе назначенія своей вещи въ предѣлахъ допустимаго правопорядкомъ.

Если одна вещь только восполняетъ вторую, то первая есть принадлежность. Принадлежности автомобиля: запасныя шины, запасное количество бензина, инструменты для приведенія въ дѣйствіе, движенія и исправленія и пр. Грань между составной частью и принадлежностью часто стирается, порою она только относительная, количественная. Однако, принадлежность всегда что-то не самостоятельное, не равновеликое, а служебное, подчиненное. Поэтому поставленную въ домѣ кафельную или электрическую печь правильнѣе относить не къ составнымъ вещамъ, какъ думаютъ нѣкоторые, а къ принадлежностямъ. Принадлежность характеризуется по отношенію къ главной вещи связью органической (растительность, минералы), механической (строенія на землѣ), экономиче-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 8 (по мнѣнію Синайскаго, изложенное положеніе спорно). Фактически дворы раздробляются и парцеллируются.

[2]) Ельяшевичъ указываетъ на возможность найма одной части, одного этажа дома, Практ. и Теорет. Ком., в. 2, 1913, стр. 52, но есть ли домъ самъ по себѣ составной предметъ, весьма сомнительно.

ской (инвентарь, луга при мельницѣ), легальной, т. е. создаваемой самымъ закономъ (заемное письмо касательно долга [1]). Нѣкоторыя законодательства считаютъ принадлежностью только движимыя вещи, что едва ли основательно [2]). Принадлежность въ юридическомъ отношеніи слѣдуетъ судьбѣ главной вещи. Поэтому актъ отчужденія главной вещи распространяется и на принадлежности. Не допускается арестъ принадлежностей особо отъ главной вещи. Можетъ-ли принадлежность быть предметомъ собственности другого лица, кромѣ собственника главной вещи? Многіе юристы рѣшаютъ вопросъ положительно [3]). Кодексы въ большинствѣ даютъ отвѣтъ отрицательный [4]). Правильнымъ представляется разсужденіе, что только prima facie можно говорить въ данномъ случаѣ о принадлежности, что здѣсь имѣется не presumptio juris et de jure, а только presumptio juris, другими словами, заинтересованное лицо можетъ доказывать, что принадлежность не составляетъ собственности того, кому принадлежитъ главное имущество. Поэтому съ пріобрѣтеніемъ права собственности на имѣніе предполагается переходъ къ пріобрѣтателю принадлежностей имѣнія, пока противное не будетъ доказано [5]). Аналогично съ тѣмъ, что было сказано о составныхъ

---

[1]) См. BGB, § 952.

[2]) Такъ, BGB указываетъ: Zubehör sind bewegliche Sachen, § 97. Но само Герм. право относитъ къ принадлежностямъ горнаго промысла земельные участки; филіальныя отдѣленія торговыхъ предпріятій оно считаетъ принадлежностью Hauptniederlassung, Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 101.

[3]) См. Ельяшевичъ, Практ. и Теор. Ком., 2, 1913, стр. 56, также и Сенатъ, рѣш. гражд. 1896 г. № 2.

[4]) Code Civil, Код. Нап. 52, Codice Civile, 413. Примыкаетъ къ послѣднему рѣшенію и Пр. Гр. Ул. Косвенно отрицаетъ характеръ принадлежности за чужими вещами Čecho-Slov, признавая, что машины завода не суть принадлежности, если въ оффиціальныхъ книгахъ отмѣчено, что таковыя принадлежатъ другимъ лицамъ, § 295.

[5]) См. Пр. Гр. Ул., Объясненія, т. I, 1903, стр. 169. Дѣйствующіе наши законы опредѣляютъ понятіе принадлежности Казуистически—принадлежности земель суть: строенія и сооруженія, состоящія въ земляхъ рѣки, озера, пруды, произведенія, на поверхности земли обрѣтающіяся, нѣдра и пр., Хт. X ч. I, стт. 386 и 387, принадлежности фабрикъ: постройки, посуда, земли пр., ст. 388. Мельница—принадлежность земли, но бываетъ и земля принадлежностью мельницы, напр., поля съ засѣвами для мельничныхъ работъ: все зависитъ отъ размѣровъ того и другого, хозяйственныхъ цѣлей и пр. (то же

вещахъ, собственникъ можетъ въ извѣстныхъ предѣлахъ измѣнить экономическое или иное назначеніе вещи—принадлежности. Допускается отчужденіе главной вещи безъ принадлежностей и послѣднихъ безъ главной вещи, развѣ бы невозможно было фактическое отдѣленіе, напр. принадлежность оказалась бы „предметомъ, неспособнымъ или не подлежащимъ самостоятельному гражданскому обращенію“ [1]). Съ этой оговоркой возможенъ закладъ принадлежности безъ главной вещи [2]).

Все, что отдѣляется или подлежитъ отдѣленію отъ вещи, какъ ея приращеніе, безъ нарушенія ея цѣлости и сущности, составляетъ плоды. Таковы, между прочимъ, урожаи, деревья, срубаемыя періодически согласно извѣстному плану [3]), камни, снимаемые съ поверхности участка или добываемые изъ глубины. Сюда же относится и приплодъ отъ животныхъ. Плоды—движимость, на которую отдѣльное право собственности пріобрѣтается съ момента отдѣленія ихъ отъ плодоприносящей вещи, Muttersache. Пока плоды, находящіеся на плодоприносящей вещи, принадлежатъ собственнику послѣдней, они составляютъ единый предметъ съ Muttersache, и, собственно, плодовъ въ юридическомъ смыслѣ нѣтъ. Поэтому франц. право причисляетъ „несобранные съ деревьевъ плоды“ къ „недвижимостямъ“ [4]) Вопросы возникаютъ въ томъ случаѣ, когда эти плоды, съ одной стороны, и плодоприносящая вещь, съ другой, принадлежатъ различнымъ лицамъ. Пожизненное владѣніе, аренда даютъ право на плоды, но quid juris—при прекращеніи этихъ отношеній? Очевидно, для признанія права на плоды за субъектомъ временнаго владѣнія (или пользованія) въ случаѣ отпаденія такового рѣшающимъ является отдѣленіе ихъ къ этому моменту въ нормальныхъ условіяхъ. Поэтому сложенный камень, добытый арендаторомъ изъ земли до окончанія аренды, составляетъ его собственность. Получающій плоды отъ чужого имущества

въ отношеніи фабрикъ). Принадлежности домовъ суть: части оныхъ, составляющія внутреннюю и наружную отдѣлку, и тѣ украшенія, которыя невозможно отдѣлить отъ зданія безъ поврежденія, ст. 389. Здѣсь смѣшиваются „принадлежность“ и „составная часть“. Принадлежность (юридическую) корабля составляютъ корабельные документы, стт. 151 и 152 Уст. Торг., также X т. I ч., стт. 424, 603, Уст. Гражд. Судопр., ст. 1110. Принадлежность (юридическая) недвижимыхъ имуществъ —владѣнные указы, грамоты, крѣпости и проч., ст. 390.

[1]) Рѣш. Гражд. 1876 г. № 216.

[2]) Contra Ельяшевичъ, Практ. и Теорет. Ком., 1913, стр. 57.

[3]) Code civil, Код. Нап., 521.

[4]) Code civil, Код. Нап., 520 (1).

безъ законнаго основанія, напр. фактическій владѣлецъ, по общему правилу, обязанъ ихъ возвратить, за вычетомъ потраченныхъ на полученіе плодовъ издержекъ, но размѣры обязанности по возврату варьируютъ въ зависимости отъ свойствъ владѣнія, его добросовѣстности или недобросовѣстности (infra).

Плоды, получаемые путемъ обработки, носятъ иногда названіе промышленныхъ [1]). Въ качествѣ плодовъ трактуются въ правѣ и доходы съ капитала, т. е. проценты и дивиденды—юридическіе плоды, согласно установившейся старой терминологіи. Къ юридическимъ плодамъ относятся также въ извѣстныхъ отношеніяхъ доходъ отъ пользованія вещью или правомъ, напр. арендная плата [2]).

По отношенію къ юридическимъ плодамъ разграниченіе правъ разныхъ владѣльцевъ производится по разсчету времени обладанія и по срокамъ взносовъ періодическихъ платежей. Полученная пожизненнымъ пользователемъ аренда впередъ подлежитъ возврату, считая съ момента прекращенія пожизненнаго владѣнія.

Сущность права на вещь.

Право на вещь, вещное право можетъ принадлежать любому лицу, какъ право собственности, право владѣнія, либо—только опредѣленному, индивидуальному субъекту, какъ реальный сервитутъ, управомоченнымъ котораго является лишь собственникъ даннаго имущества [3]). Въ отличіе отъ обязательственнаго права, въ которомъ господствуетъ принципъ свободы соглашеній, число вещныхъ правъ не считаютъ безпредѣльнымъ, находя, что такая безпредѣльность могла бы стать въ противорѣчіе съ принципомъ собственности, которая, хотя и можетъ быть сжимаема, но не безгранично. Соціальными функціями собственности и ея охраной обусловливаютъ numerus clausus вотчинныхъ правъ. Какъ разсуждали въ своихъ Мотивахъ составители Проекта нынѣшняго Германскаго Уложенія, „die Zahl der dinglichen Rechte ist... notwendig eine geschlossene“ [4]). Весьма опредѣленнымъ образомъ эта мысль получила

---

[1]) Code civil, Код. Нап., 583.

[2]) Ср. BGB. § 100.

[3]) Терминъ „вещное право“ въ нашемъ законѣ не упоминается и допущенъ лишь въ кассаціонной практикѣ Сената, рѣш. гражд. 1909 г. № 115, 1892 г. № 107, 1887 г. № 109, 1868 г. № 229, Гуляевъ, Русское гражданское право, 1911 г., стр. 113. Широко распространенъ этотъ терминъ въ Литовскихъ судахъ.

[4]) См. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, 152.

свое выраженіе въ Пр. Гр. Ул., фиксирующемъ слѣдующія вотчинныя права: право собственности, право въ чужомъ имуществѣ, залогъ и закладъ, авторскія права, привиллегіи, фирму и товарные знаки [1]). Если изъять авторскія права, привиллегіи и фирму, какъ имѣющія характеръ личныхъ правъ (товарные знаки относятся къ торговому праву)— то вещныя права должны свестись: къ собственности, сервитутамъ и повинностямъ [2]). Къ этому добавляютъ т. наз. акцессорныя реальныя права, или вещныя обезпеченія—залогъ и закладъ—, далѣе т. наз. эмфитевтъ (у насъ чиншевое право) и владѣніе[3]). Еще надлежитъ присоединить сюда право застройки.

Однако, слѣдуетъ замѣтить, что строгость принципа ограниченности списка вещныхъ правъ нынѣ нарушается усложняющимся и развивающимся оборотомъ и растущей многогранностью интересовъ не только экономическихъ, но и общественно-моральныхъ и иныхъ. Ничего удивительнаго нѣтъ поэтому въ томъ, что на имущество падаетъ иногда ограниченіе не предусмотрѣнное numerus'омъ и тѣмъ не менѣе вполнѣ дѣйствительное, коль скоро такое ограниченіе поддерживается какимъ-либо важнымъ требованіемъ личнаго или общественнаго свойства. Отчуждая участокъ, собственникъ можетъ выговорить, чтобы этотъ участокъ не предназначался для неподходящихъ цѣлей, какъ устройство непристойныхъ гуляній, непотребныхъ домовъ и пр. Такой интересъ порою не менѣе важенъ, чѣмъ „право прохода“ или другой „сервитутъ“ для собственныхъ надобностей. Мыслимо установить на имуществѣ указаннаго рода ограниченія въ пользу общества, отдѣльныхъ или многихъ лицъ. Такъ, сенатомъ разъяснено, что стѣсненіе права торговли питьями на проданномъ участкѣ опредѣляется какъ вещное обремененіе недвижимости, при чемъ означенное ограниченіе безусловно обязательно не только для лицъ, согласившихся на таковое при покупкѣ участка, но и для третьяго лица[4]). Эти разъясненія вызвали въ научной литературѣ критику, съ нашей точки зрѣнія совершенно несправедливую: нѣтъ осно-

---

[1]) Ст. 704.

[2]) Ст. 159 Нот. Полож., сама не устанавливаетъ никакихъ вещныхъ правъ, а имѣетъ въ виду тѣ, которыя указаны общимъ закономъ.

[2]) Borueuf, Résumé de droit civil, 1925, p. 300, см. Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, ч. 1, 1896 г., стр. 121 и сл. Въ настоящей работѣ залогъ и закладъ отнесены къ обезпеченію правъ, а владѣніе къ ученію о собственности.

[4]) Рѣш. Гражд. 1914 г. № 82, см. также 1913 г. № 36.

ванія упрекать Сенатъ за то, что онъ прислушивается къ запросамъ практики и къ темпу жизни, жертвуя въ данномъ случаѣ старыми традиціями юриспруденціи, отчасти для тѣхъ же соціальныхъ достиженій.

По содержанію своему вещное право заключается въ непосредственномъ и исключительномъ господствѣ надъ вещью, чѣмъ оно отличается отъ обязательственнаго права, въ которомъ интересъ къ вещи осуществляется черезъ посредство другого лица, путемъ дѣйствія послѣдняго или „терпѣнія"—Geduldеn. Имѣя въ виду, что всѣ правоотношенія существуютъ только между людьми, вещное право надлежитъ отличать тѣмъ, что въ немъ корреспондирующимъ субъектомъ обязанностей является всякое мыслимое лицо, между тѣмъ какъ въ обязательственномъ правѣ въ качествѣ такого субъекта фигурируетъ опредѣленное лицо. Изъ этого вытекаетъ абсолютное (исключительное) свойство вещнаго права, какъ антитеза относительности обязательственнаго права. Вещное право характеризуется, съ негативной стороны, какъ право устранять отъ притязаній на данную вещь всѣхъ безъ изъятій лицъ. Вслѣдствіе такого свойства вещнаго права, а также его активности и объективной постигаемости, оно въ случаяхъ коллизіи превалируетъ надъ обязательственнымъ правомъ, являющимся болѣе всего внутреннимъ отношеніемъ между двумя субъектами. При столкновеніи различныхъ правъ на одно и то же имущество „право обязательственное безусловно уступаетъ праву вещному"[1]). По принципу нашего законодательства, вслѣдствіе обязательства передать право на вещь вѣритель не можетъ простирать свое требованіе непосредственно на таковую, а имѣетъ лишь право на удовлетвореніе со стороны должника, и если бы эта вещь была въ рукахъ посторонняго лица, то вѣритель не имѣлъ бы законнаго основанія отыскивать ее изъ владѣнія этого лица[2]). Нужно, однако, строго отличать категорію явленій, когда обязательство фигурируетъ лишь внѣшнимъ образомъ, по причинѣ симуляціи дѣйствительнаго волеизъявленія и акта или по инымъ причинамъ, въ существѣ же имѣется прямое отношеніе къ вещи, а не къ лицу. Такъ, допустимо требованіе о признаніи закладной принадлежащей не указанному въ ней залогодержателю, а другому лицу, устанавливающему принадлежность ему тѣхъ денегъ, уплата которыхъ обезпечена этимъ актомъ, напр.—женѣ, которой предположено было предоставить права по закладной, на самомъ дѣлѣ означенной именемъ мужа[3]) Такія

[1]). Рѣш. Гражд. 1886 г. № 52, 1882 г. № 59.

[2]). Голевинскій, О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, 1872 г. стр. 5.

[3]). Рѣш. гражд. 1912 г. № 34.

закладныя встрѣчаются часто въ обществахъ и товариществахъ, которыя по разнымъ соображеніямъ совершаютъ ихъ не на свое имя, а на имя своихъ служащихъ, директоровъ правленія. Здѣсь происходитъ не превращеніе обязательства въ вещное требованіе, какъ ошибочно думаютъ нѣкоторые, а лишь возстановленіе лица дѣйствительнаго обладателя. Въ этихъ же предѣлахъ можетъ быть измѣненъ, въ порядкѣ иска, и субъектъ собственности, не взирая даже на крѣпостныя записи, коль скоро судъ найдетъ, что истиннымъ собственникомъ является не записанное въ книгахъ лицо, а другое.

Слѣдуетъ замѣтить, что отличіе вещныхъ правъ отъ обязательственныхъ не всегда возможно провести рѣзко: существуютъ вещно-обязательственныя права, какъ аренда. Поскольку въ послѣдней заключается элементъ вещный—осуществленное пользованіе—, она имѣетъ первенство передъ арендой, существующей въ формѣ одного соглашенія. Арендаторъ, фактически принявшій имущество, не можетъ быть устраненъ лицомъ, которое обладаетъ только договоромъ аренды, хотя бы и болѣе ранняго происхожденія.

Вещныя права, заключая въ себѣ высшую мѣру господства человѣка надъ предметами и наиболѣе интенсивную степень правомочій, имѣютъ большое значеніе для государства, особенно что касается вещныхъ правъ на недвижимости, съ которыми связаны важные публичные интересы. Земельные участки составляютъ, въ общемъ и цѣломъ, государственную территорію; они ограничены въ своемъ количествѣ. Удовлетворяя всѣ нужды человѣка въ первыя эпохи исторіи, земля впослѣдствіи, все болѣе и болѣе заселяемая людьми, становится весьма цѣнной, сама по себѣ, и важной для разрѣшенія проблемъ коллективной жизни. Съ ростомъ населенія все болѣе и болѣе выдвигается вопросъ о землевладѣніи. Противники собственности вообще, всѣ стрѣлы свои направляли именно, противъ собственности земельной (George). Въ Россіи землевладѣніе было краеугольнымъ общественно-политическимъ вопросомъ разныхъ временъ и эпохъ, до послѣднихъ событій („Земля и Воля“). Война и революція, съ своей стороны, обострили отношенія по земельной собственности. Еще при Временномъ Правительствѣ сдѣланъ былъ вызовъ строю, основанному на частномъ обладаніи землями. Указомъ Министра Юстиціи отъ Мая 1917 г. пріостановлено было впредь до особаго распоряженія совершеніе крѣпостныхъ актовъ по добровольнымъ соглашеніямъ о переходѣ права собственности и иныхъ вещныхъ правъ на сельско-хозяйственные участки. Нынѣ вещныя права на недвижимости терпятъ ограниченія со стороны удовлетворенія новыхъ соціальныхъ нуждъ. Наивысшую мѣру этихъ ограниченій

сосредоточиваетъ въ себѣ аграрная реформа, съ ея тенденціей общей экспропріаціи правъ на земельныя имущества въ пользу опредѣленныхъ категорій — неимущихъ [1]).

Право собственности.

Право собственности, которое даетъ неограниченное господство (понимаемое въ смыслѣ хозяйничанія) надъ вещью въ предѣлахъ закона, является наиболѣе сильнымъ отображеніемъ вещнаго права. Законъ не въ малой степени урѣзываетъ правомочія собственника въ пользу другихъ и въ пользу общую. Но, за предѣлами этихъ урѣзокъ, собственность безгранична, какъ въ отношеніи осуществленія, такъ и въ отношеніи круга лицъ, которыя обязываются ее признавать. Собственникъ

[1]) Задачей земельной реформы, проведенной нынѣ въ Литвѣ закономъ, было, съ одной стороны, ослабить крупное землевладѣніе, въ виду его непомѣрнаго вліянія на судьбы страны, и съ другой—надѣлить землею элементы общества, оставшіеся безъ средствъ къ существованію, разоренные войной и революціей и могущіе представитъ опасность для общественнаго спокойствія. Аграрная реформа покоилась на принципахъ соціальной справедливости. Она ставила себѣ цѣлью лишить имѣющихся въ сравнительно маломъ количествѣ обладателей большихъ помѣстій ихъ владѣній и раздробить послѣднія между огромной массой „безземельныхъ“ и „малоземельныхъ“. Въ видѣ оффиціальнаго мотива приведено также желаніе создать подходящія условія земельнаго хозяйства и огосударствленіе тѣхъ земельныхъ имуществъ, которыя государство въ состояніи использовать и оберечь лучше, чѣмъ частныя лица (Введеніе къ закону). Такой мотивъ, несомнѣнно, навѣянъ изъ тѣхъ мѣстъ, гдѣ производится крайній экспериментъ подчиненія собственности частныхъ лицъ собственности государства. Этотъ прекрасный замыселъ земельной реформы (насколько прекрасно всякое мечтаніе) на дѣлѣ въ Литвѣ мало осуществлялся и едва ли много въ этомъ отношеніи будетъ достигнуто въ грядущемъ.—Частному обладателю оставляется земли не болѣе 80 гектаровъ, крупные арендные договоры, по общему правилу, прекращаются. За вычетомъ указанной нормы, прочая земля идетъ въ земельный фондъ, къ которому прибавляются еще казенныя земли, земли, привиллегированнымъ путемъ въ прежнее время полученныя, церковныя земли и нѣкоторыя другія. Собственникамъ предположено дать за взятыя земли вознагражденіе особыми государственными обязательствами. Вознагражденіе не полагается лицамъ, у которыхъ отнята земля въ аграрный фондъ по причинѣ участія ихъ въ войскахъ, дѣйствовавшихъ противъ Литвы или ея независимости,—а также за земли, принятыя у

воленъ использовать вещь и не использовать, воленъ ее уничтожить, если отъ этого не грозитъ опасность отдѣльнымъ лицамъ или всему коллективу. Wer die Häfen macht, kann sie auch zerbrechen. Насколько уничтоженіе собственникомъ вещи своей противно добрымъ нравамъ или вредно для общественнаго порядка и благополучія, дѣйствіе собственника можетъ быть признано неправомѣрнымъ и воспрещено оффиціальными мѣрами, но этотъ вопросъ примыкаетъ больше къ области публичнаго права. Отказаться отъ своей вещи никому не дозволено постольку, поскольку законъ (наше дѣйствующее право въ частности) не признаетъ безхозяйныхъ предметовъ.

Эластичность права собственности—Elaszität des Eigentums—заключается въ томъ, что при отдѣленіи отъ него какихъ—либо правомочій по адресу третьихъ лицъ, какъ владѣніе, пользованіе и пр., сервитутовъ и иныхъ вещныхъ правъ оно сохраняетъ какъ бы центростремительную наклонность, тенденцію принять прежнее свое положеніе, такъ что всякое дальнѣйшее отпаденіе этихъ правомочій идетъ ему на пользу [1]).

крестьянъ послѣ освобожденія ихъ отъ крѣпостной зависимости въ Россіи, для присоединенія къ землямъ помѣщиковъ. Изъ земельнаго фонда выдается безземельнымъ и малоземельнымъ лицамъ, въ томъ числѣ и бывшимъ мелкимъ арендаторамъ, отъ 8 до 20 гектаровъ въ условную собственность на особыхъ, льготныхъ основаніяхъ выплаты стоимости. Кромѣ того земли идутъ въ пользу школъ, больницъ, учрежденій соціальнаго свойства. Принимаются во вниманіе и интересы промышленности и экономической культуры. Самое выполненіе въ жизни реформы возложено на министерство Земледѣлія, для чего при немъ создано въ центрѣ особое Управленіе земельной реформы, а на мѣстахъ — уѣздные земельные распорядители и комиссіи.—Изъ аграрной реформы не усматривается прямо, устанавливаетъ ли она на будущее нормальный типъ земельного права и земельной собственности, не превышающей 80 гектаровъ, или же реформа является только однократнымъ раздѣломъ земельныхъ участковъ. Та же неясность существуетъ, впрочемъ, и въ аналогичныхъ аграрныхъ реформахъ другихъ странъ, напр., Польши, см. Zoll, Prawo Civilnie, 1921, str. 60—62. Очевидно, правильнѣе взглядъ на земельную реформу, какъ на созданіе неизмѣннаго порядка аграрной собственности, не только въ настоящемъ, но и въ послѣдующемъ.—Нѣтъ надобности искать особыхъ метафизическихъ или историческихъ оправданій земельной реформы, вродѣ того, что „земля ничья“ или „земля раньше

[1]) Въ отношеніи пожизненнаго пользованія это высказано Сенатомъ въ рѣш. гражд. 1892 г. № 11.

На собственности покоится современный государственный и общественный строй. Ограниченное количество предметовъ, служащихъ къ удовлетворенію потребностей, и необходимость добывать ихъ путемъ затраты силъ и способностей раскрываетъ въ человѣчествѣ уже на первыхъ ступеняхъ развитія инстинктъ собственности, наряду съ инстинктомъ самосохраненія. Этотъ собственническій инстинктъ свойственъ въ той или иной степени всякому живому существу, но у людей, въ извѣстной стадіи коллективнаго объединенія, собственность освяща-

---

никому не принадлежала". Безполезно также стремленіе подвести какой-либо специфически-юридическій фундаментъ земельной реформѣ ссылкой на разницу, существующую будто бы между землей и другими благами. Съ точки зрѣнія права какъ защищеннаго интереса, нѣтъ принципіальнаго несходства между земельными цѣнностями и другими благами. И если тѣмъ не менѣе землевладѣніе подвергается столь значительному воздѣйствію и ограниченію со стороны реформы, то происходитъ это не по требованіямъ права, а въ силу неумолимой практической предрѣшенности и жизненной нужды. Salus rei publicae Summum jus esto. Въ такомъ качествѣ аграрная реформа является переходнымъ мѣропріятіемъ, „накипью времени", а отнюдь не нормальнымъ выраженіемъ правового развитія, какъ не является нормальнымъ для человѣческаго организма необходимость хирургическаго вмѣшательства. См. о земельной реформѣ въ Литвѣ—Žemės Reformos Įstatymas 1922 m. kovo mėn. 29 d., V. Ž. 1722 № 83, Žemės Reformos Įstatymui vykdyti instrukcija V. Ž. 1922 № 102, Žemės Reformos istatymo vykdymo planas, V. Ž. 1922 № 102, Žemės ref. vykdyti įstaigų organizacijos įstatymas 1922 m. gegužės mėn. 18 d., V. Ž. 1922 m. № 90, а также Žemės reformos įstatymo pakeitimas 1924 m. balandžio mėn. 14 d. Еще до земельной реформы, а именно, закономъ 18 августа 1920 г., V. Ž. 1920 m. № 45, воспрещено было, въ интересахъ предстоящей таковой реформы, имѣть частному лицу лѣса болѣе 25 гектаровъ: Žemės reformos įvedamasai įstatymas 1920 m. rugpiūčio mėn. 14 d., V. Ž. 1920 m. № 45. — Въ столь же значительныхъ размѣрахъ, какъ въ Литвѣ, аграрная реформа проведена была въ Латвіи и Эстоніи (въ послѣдней, впрочемъ, земельная реформа не чужда была тенденцій чисто націоналистическихъ, выразившихся въ борьбѣ противъ сосредоточенія крупныхъ участковъ въ рукахъ неэстонцевъ, главнымъ образомъ, нѣмцевъ). Въ Германіи земельные законы 1919 и 1923 г. г. имѣли въ виду лишь нѣкоторую помощь нуждающимся въ землѣ лицамъ. Самая реформа дѣйствуетъ здѣсь не на всемъ пространствѣ государства, а лишь тамъ, гдѣ имѣются въ опредѣленномъ количе-

ется чувствомъ общественности, какъ основа порядка, какъ правовой принципъ- Въ настоящее время собственность признается въ качествѣ жизненнаго отношенія, покоющагося на спеціальной этикѣ. (Отсюда столь странно звучащая для нѣкоторыхъ „священная собственность“) [1]).

Собственность провозглашается неотъемлемымъ достояніемъ, уступающимъ только общественнымъ надобностямъ [2]). Италіанскій конституціонный законъ гласитъ: Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabile. Въ Германіи RV, согласно своей исходной точкѣ зрѣнія, что „строй хозяйственной жизни долженъ соотвѣтствовать началамъ справедливости, имѣя цѣлью гарантировать всѣмъ достойное человѣка существованіе“, объявляетъ собственность обезпеченной въ конституціи [3]).

Отрицающія собственность политическія системы на самомъ дѣлѣ этого института съ корнемъ вырвать не въ состояніи, сами подвергаясь ея дѣйствію въ той или иной формѣ, прямо или косвенно. Поскольку такія ученія освѣщаютъ слабую сторону института собственности, они имѣютъ свое благотворное значеніе. Но если изъ нихъ раскрывается стремленіе уничтожить собственность насильственно, оно осуждено на бесплодіе и наноситъ прямой ущербъ равенству гражданъ, свободѣ и морали.

ствѣ большіе участки извѣстнаго размѣра. Въ земельный фондъ берутся только земли, плохо оборудуемыя обладателями, пустоши, участки, пріобрѣтенныя для спекуляцій, особенно во время войны, и пр. Германская реформа исходитъ, главнымъ образомъ, изъ нуждъ самого земельнаго промысла.

[1]) Еще прежніе философы отмѣтили, что въ человѣкѣ живетъ здоровое чувство себялюбія и эгоизма, заставляющее его собирать и охранять блага. Оно же порождаетъ знанія, соціальное единство и нравственность, личную и общественную. Индивидууму весьма скоро открывается истина, что благо единаго зависитъ отъ блага многихъ и всѣхъ. Это относится нынѣ не только къ отдѣльнымъ лицамъ, но и къ цѣлымъ странамъ и государствамъ. Безъ здороваго эгоизма („heiliger Egoismus“) велѣнія морали были бы безсильны и обезкровлены. Истинное себялюбіе—Selbstliebe—, въ хорошемъ смыслѣ, совершенно морально, внѣ его нѣтъ стремленія къ чести и обладанію. „Себя“ любить означаетъ въ этомъ случаѣ любить на самомъ дѣлѣ лучшее „я“ и вѣрный разумъ свой, который предписываетъ, чтобы мы думали не только о себѣ, но и о ближнихъ, а наши выгоды видѣли тамъ, гдѣ обрѣтается счастье прочихъ людей (Kirchner).

[2]) Code civil, Код. Нап., 545.

[3]) §§ 151, 153. Также Литовская Конституція, § 21.

Слѣдующимъ образомъ опредѣлилъ собственность англійскій юристъ Austin: „a right to use or deal with same given subject in a manner, or to an extent, wich, though not unlimted, is indefinite". Это означаетъ, что собственность не ограничивается въ заранѣе начертанныхъ предѣлахъ, но и не безконечна. Идея стѣсненія правъ собственника на пользу общую проходитъ красной нитью черезъ всю исторію, до нашихъ дней, мѣняются только формы да, пожалуй, размѣры этихъ стѣсненій. Но служебность собственности должна пониматься не въ смыслѣ жертвованія послѣднею ради Молоха общественности или, какъ теперь выражаются, „хозяйственности", не такъ, какъ будто существовало бы, кромѣ личности, еще особое живое существо, коллективъ съ самостоятельными правами и интересами, чуждыми правъ и интересовъ индивидуума, а въ смыслѣ соціальной эволюціи правъ собственника, превращающей ихъ въ одну изъ функцій общественности ради блага не только индивидуума, но и всѣхъ. Поэтому ученіе о трансформаціи права изъ статическаго „абсолюта" въ динамическую функцію (Hedemann) либо о превращеніи права въ общественную „обязанность" (Dugui) на самомъ дѣлѣ „переворота" въ юриспруденціи не дѣлаетъ. Статическая и динамическая стороны собственности постоянно учитывались всѣми юристами, которые стояли не на „конструктивной", а на реально-житейской платформѣ права. Создаваемые нынѣ въ юриспруденціи вокругъ вопроса о правѣ собственности страстные споры (и „фразеологія") во многомъ обязаны войнѣ и революціи и должны быть отнесены къ явленіямъ переходнымъ въ правѣ. Стабильность понятія права собственности подтверждается, между прочимъ, положеніемъ вещей въ государствахъ, успѣвшихъ оправиться отъ войны и послѣдующихъ событій, а также въ странахъ, оставшихся нейтральными во время войны.—Что касается, въ частности, указанія, что къ понятію собственности „долженъ быть привлеченъ какой-нибудь могущественный факторъ, представляющій собою общество" [1]) то мысль эта также не новая, хотя и касается, несомнѣнно, весьма важной проблемы контроля общества надъ использованіемъ гражданами частныхъ правъ, особенно наиболѣе цѣнныхъ для коллектива [2]).

При современномъ устройствѣ общества никто не можетъ быть лишенъ собственности противъ своей воли. Такъ называемая

---

[1]) Гедеманъ, Трансформація понятія собственности, 1924, стран. 29.

[2]) См. мое „Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ", 1911, стр. 119-121.

экспропріація, т. е. принудительное отчужденіе имущества, когда того требуетъ указанная въ законѣ общественная или государственная потребность, не есть ослабленіе принципа собственности. Экспропріація утверждаетъ то генеральное начало, что общіе интересы должны превалировать надъ частными и, въ случаѣ дѣйствительной коализіи, первымъ дается безспорное преимущество.

Экспропріація — установленіе новѣйшаго происхожденія. Римское право совсѣмъ не знало экспропріаціи либо, во всякомъ случаѣ, знало только отдѣльные ея виды (Schreuer, Baron), какъ, напримѣръ, сносъ строеній частныхъ лицъ для общественныхъ надобностей и пр. Современныя законодательства значительно расширяютъ право экспропріаціи, но въ то же время стремятся создать гарантіи для собственника, дабы у него не было отбираемо имущество подъ предлогомъ коллективной нужды.

Экспропріировать возможно какъ недвижимость, такъ движимость, хотя преимущественное значеніе экспропріація имѣетъ въ отношеніи недвижимостей. Подвергаются экспропріаціи земли, строенія, повозки, автомобили, лошади, фуражъ, предметы питанія и, вообще, первой необходимости [1]). Могутъ быть экспропріированы (кромѣ собственности) вещныя и личныя права на имущество—право пользованія, сервитутъ—или установлены такія права въ порядкѣ экспропріаціи, для производства работъ по устройству подъѣздныхъ путей, для установки снѣжныхъ защитъ и пр. Общеполезная цѣль, ради которой экспропріируется имущество —это обычно проведеніе линіи желѣзной дороги, затѣмъ вообще эксплоатація дорогъ сухопутныхъ и водяныхъ, прорытіе каналовъ, проведеніе мостовъ, устройство памятниковъ, военныхъ сооруженій и укрѣпленій, аэропланныхъ станцій, орошеніе, оздоровленіе мѣстности и даже украшеніе и улучшеніе [2]). Сюда же принадлежатъ всякаго рода реквизиціи предме-

---

[1]) Иногда отнятые предметы предназначаются для уничтоженія, напр. зачумленныя животныя (abatage), Boeuf, Resumeé de droit civil, 1925, p. 344. Loi du 21 juin 1898, Dalloz, Dictionnaire pratic de droit, p. 1301, № 52 s.

[2]) Италіанскіе законы 1883, 1903, 1905 и 1916 г.г., см. Brugi, Instituzioni di diritto civile Italiano, 1923, p. 315. У насъ правила объ экспропріаціи изложены были въ стт. 575—608 X т. I ч. Эти статьи почти цѣликомъ замѣнены нынѣ въ Литвѣ закономъ 29 апрѣля 1922 г., въ общемъ, однако, не отступившимъ отъ принципіальныхъ началъ прежняго закона, а лишь опредѣленнѣе и точнѣе формулировавшимъ эти начала. Новый законъ допускаетъ, въ принудительномъ порядкѣ, либо отчудить, либо принять на время недвижимое имущество или создать въ немъ право участія, все это какъ для нуждъ

товъ въ военное и революціонное время, хотя бы и для преходящей цѣли [1]). Квартирный кризисъ, недостатокъ въ мѣстахъ поселенія, военная и повоенная продовольственная и иная разруха привели у насъ къ широкому примѣненію права экспропріаціи,—но все это не въ видѣ уклона въ сторону какого-либо крайняго соціальнаго ученія, а на базисѣ спеціальныхъ указаній законовъ и общаго смысла послѣднихъ. Уплата собственнику (управомоченному)—существенная предпосылка экспропріаціи—реализуется по установленной процедурѣ, съ принятіемъ во вниманіе всѣхъ его интересовъ („справедливое вознагражденіе"). Заключеніе объ экспропріаціи, Enteignungsbeschluss, производится въ

государства, такъ и для общественныхъ надобностей, съ обязательной уплатой деньгами или, по соглашенію сторонъ, равноцѣннымъ другимъ имуществомъ. При экспропріаціи части имущества уплачивается не только цѣна отчуждаемаго, но и та сумма, на которую вслѣдствіе отчужденія понизилась стоимость оставляемой собственнику доли. Собственникъ отчужденнаго имущества обязанъ, безъ особаго вознагражденія, соорудить и содержать въ исправности въ назначенныхъ мѣстахъ мосты, дороги, перевозы и пр., для огражденія отъ убытка и неудобствъ того предпріятія, въ пользу котораго происходитъ отчужденіе. Отчужденіе производитъ соотвѣтственный Министръ. Если достигнуто соглашеніе съ собственникомъ о цѣнѣ, то сейчасъ же составляется купчая. Когда же такого соглашенія не достигнуто либо сумма вознагражденія недостаточна для покрытія ипотечныхъ долговъ, то имущество подвергается описи по правиламъ Уст. Гражд. Судопр. и оцѣнкѣ со стороны особой комиссіи. Собственникъ можетъ заявить споръ противъ оцѣнки въ теченіе двухъ недѣль, что влечетъ новый пересмотръ со стороны коммиссіи и эвентуально, если споръ признанъ основательнымъ, новое рѣшеніе, противъ котораго вторичнаго возраженія не допускается. Когда со стороны собственника спора не было и для уплаты вознагражденія, назначеннаго комиссіей, не требуется испро-

[1]) См. Св. Воен. Пост., кн. XVIII. Contra Stobbe (Lehmann), по мнѣнію котораго реквизиція не относится къ Enteignung, будучи лишь Eigenthumsentziehung zwecks Beteiligung eines vorübergehenden Bedürfnisses, наряду съ отнятіемъ предмета собственности для уничтоженія при эпидеміяхъ, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2 B, 1 Halbb., 1897, S. 506. Тоже Пр. Гр. Ул., Объясн., кн. 3, т. I, 1903, ст. 147. Тѣмъ не менѣе, экспропріація вовсе не исчерпывается сполна случаями отчужденія предмета для постоянныхъ цѣлей; съ другой стороны, очевидна аналогія между отобраніемъ зачумленнаго скота для уничтоженія и экспропріаціей (supra).

формѣ постановленія Верховной (законодательной) власти, другими словами, путемъ изданія спеціальнаго закона [1]).

Право собственности, какъ было сказано, даетъ субъекту возможность поступить съ вещью по усмотрѣнію, для осуществленія своего интереса, при чемъ предѣломъ этой свободы является нарушеніе правъ другихъ. Послѣднее само по себѣ ни въ какой не предполагается, а должно быть установливаемо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ (Vermutung der Freiheit des Eigenfums). Поэтому собственникъ участка,

---

шеніе особаго кредита, дѣло заканчиваетъ Министръ, утвердивъ оцѣнку, въ противномъ случаѣ оно направляется въ Кабинетъ Министровъ, который, со своей стороны, пересмотрѣвъ вновь все дѣло, направляетъ его (если найдетъ нужнымъ, конечно, самое отчужденіе за обозначенную цѣну) въ законодательное учрежденіе для изданія потребнаго закона. Отчужденное имущество впослѣдствіи можетъ оказаться ненужнымъ: въ такомъ случаѣ прежній собственникъ имѣетъ преимущественное право покупки. Особыя правила, разсчитанныя на облегченіе и быстроту, установлены для экспропріаціи въ пользу желѣзныхъ дорогъ, принадлежащихъ казнѣ или частнымъ обществамъ, и въ цѣляхъ обороны страны. Įstatymas del atliginimo už priverčiamą nekilnojamųjų turtų nusavinimą, už laikiną jų paėmimą ir už sudarymą teisės dalyvauti jų naudojime, Vyr. Žin. 1922 m. № 87.

[1]) X т. I ч. имѣетъ въ виду преимущественно экспропріацію недвижимости, какъ наиболѣе важное и частое явленіе. Пр. Гр. Ул. идетъ еще дальше и желаетъ устранить принудительное отчужденіе движимости, въ качествѣ общаго правила, допуская, однако, въ то же время нѣкоторые отдѣльные случаи экспропріаціи и движимыхъ предметовъ. Объясненія кн. 3,т. I стр. 148, 1903 г. Ни конституція Литвы, ни другіе положительные законы наши не воспрещаютъ примѣнять нормы объ экспропріаціи и къ движимостямъ. Нѣкоторый намекъ на экспропріацію движимости заключается въ ст. 606 X т. I ч. об. Не знаетъ этого разграниченія и франц. право: Code civil, Kod. Нап. 545, см. также Постановленіе Совѣта Управленія Царства (Польск.) 6 (18) іюня 1852 г. у Ставскаго, Гражд. зак. Губ. Ц. П., т. 2, 1905, стр. 248. Правила о порядкѣ производства отчужденія и уплаты вознагражденія относятся во многомъ къ нормамъ публичнаго и процессуальнаго права. Редакторы Пр. Гр. Ул. предполагали, что эти правила должны были бы быть включены въ отдѣлъ охранительнаго судопроизводства. По дѣйствующему нашему праву участіе суда совершенно исключается, что составляетъ

вправѣ производить работы надъ участкомъ и подъ участкомъ, пока этимъ не причиняетъ вреда кому-либо. Собственникъ можетъ воспретить проводку электрическихъ проволокъ надъ участкомъ, производство раскопокъ на участкѣ или подъ таковымъ. Но эти притязанія должны оправдываться дѣйствительнымъ интересомъ и отнюдь не составлять безпредметной прихоти и каприза. Вообще, воздушное пространство принадлежитъ къ участку лишь настолько, насколько это обусловливается назначеніемъ участка и практическимъ интересомъ собственника, какъ такового [1]). Собственникъ не вправѣ противиться постороннимъ дѣйствіямъ на такой высотѣ его владѣній, гдѣ противодѣйствіе не имѣло бы разумного смысла (пролетъ аэроплана). По Герм. Telegraphengesetz отъ 18 Декабря 1899 г. телеграфное вѣдомство управомочено протягивать проводы черезъ воздушное пространство чужихъ земельныхъ участковъ, съ обязанностью соотвѣтственнаго возмѣщенія вреда. Здѣсь слабый интересъ собственника реагируетъ въ видѣ притязанія на компенсацію, но уступаетъ въ существѣ болѣе сильному интересу государства и общества[2]).

слабую часть закона. Относительно функцій суда въ дѣлахъ объ экспропр. въ раіонѣ б. Царств. Польск. — см. приведенное Постановл. Совѣта Упр. Царства 1852 г., стт. 11 и др., и Уст. Гражд. Судопр., стт. 1797 и 1798. См. также правила объ экспропріаціи, съ участіемъ суда, у Ставскаг, въ приложеніи № 27 къ ст. 545 Код. Нап.

[1]) Ср. Геллеръ, Право собственности на воздушное пространство, Журн. Мин. Юст. 1911 г. № 8, стр. 91, 107, рѣш. гражд. 1887 г. № 93. Въ публичномъ правѣ и международныхъ отношеніяхъ этотъ интересъ опредѣляется нуждами государства, политическими, экономическими, военными, административными и иными (Staatshoheit). См. Döring, Internationales Recht der Privatluftfahrt 1927, S. 14 ff, тамъ же указаніе на многочисленные интернаціональные договоры, регулирующіе между отдѣльными государствами безпрепятственное воздушное сообщеніе.

[2]) Изданный въ 1921 г. въ Литвѣ законъ—Susiekimo orų įstatymas—устанавливаетъ, кратко, правила воздушнаго сообщенія и въ первую голову подчеркиваетъ, что воздушное пространство находится „въ вѣдѣніи государства“, Vyr. Žin. 1921 m. № 75. Конечно, рѣчь идетъ о воздушномъ пространствѣ, находящемся внѣ сферы обладанія (интереса) частныхъ собственниковъ.

Правомочія собственника въ ихъ общемъ составѣ не могутъ быть разложены на части, какъ не можетъ быть разложено на части движеніе. Но обычно законодательства и теорія выдѣляютъ въ особыя группы: владѣніе, пользованіе и распоряженіе [1]). Принимая это расчлененіе, слѣдуетъ, однако, помнить, что оно не чуждо искусственнаго схематизма, при чемъ самое перечисленіе отнюдь не исчерпывающее.

Владѣніе представляется какъ содержаніе вещи въ сферѣ своего господства. Въ лицѣ собственника владѣніе есть интегральная часть собственности, способъ осуществленія послѣдней. Владѣніе, отдѣльное отъ собственности и не основанное на правѣ, данномъ собственникомъ, есть фактическое состояніе, къ которому однако, пріурочиваются закономъ опредѣленныя юридическія послѣдствія (объ этомъ дальше). Пользованіе, соединенное съ собственностью, есть приспособленіе вещи собственникомъ къ своимъ нуждамъ, извлеченіе доходовъ. Отдѣленное отъ собственности, пользованіе — производное право. Такое пользованіе имѣетъ свои вѣхи, въ отличіе отъ пользованія собственника, которое является безграничнымъ. Такъ, кто получилъ пользованіе участкомъ, вправѣ собирать плоды лишь въ размѣрѣ, необходимомъ для личныхъ надобностей, не болѣе [2]). Поэтому италіанскіе юристы отличаютъ l'uso отъ il godimento (собственника). „Пользованіе“ соединяется съ владѣніемъ, однако мыслимо и безъ него: въ такомъ случаѣ первое заключается въ осваиваньи плодовъ [3]). Распоряженіе есть право отчужденія имущества и право измѣненія его состоянія, фактическаго и юридическаго (передача отдѣльныхъ правомочій другимъ). Распоряженіе сливается съ понятіемъ собственности, не имѣя отдѣльнаго существованія. Если собственникъ окончательно лишенъ права распоряженія, а не только ограниченъ въ немъ, то этимъ самое право собственности отнимается [4]). Дѣйствующее наше право не создаетъ законныхъ ограниченій въ отчужденіи вещей, на подобіе тому, какъ это декретируетъ, напр., французскій законъ 30 марта 1887 объ охранѣ историческихъ памятниковъ относительно нѣкоторыхъ предме-

---

[1]) Ст. 420 X т. I ч.

[2]) Codice Civille, Art. 521, ср. Cod. Civil., Код. Нап. 633.

[3]) Code Civil., Код. Нап., 630.

[4]) Мейеръ, Руск. Гр. Пр., изд. 1915 г. стр. 234.

товъ. Ограниченіе собственника въ правѣ отчужденія можетъ возникнуть у насъ лишь въ силу волеизъявленія (завѣщанія, дара). Никакихъ сомнѣній не вызываетъ наложеніе на вещь такого ограниченія временнаго характера. Установленіе ограниченія постояннаго свойства путемъ волеизъявленій — prohibition perpétuelle—не допускается французской судебной практикой на томъ основаніи что la libre disposition des biens est un attribut estentiel de la propriété [1]). У насъ подобнаго рода prihibition perpétuelle лишь въ томъ случаѣ не имѣетъ силы, если представляетъ собою какое-либо особое, чрезмѣрное ограниченіе личности или создаетъ что-либо невозможное, неосуществимое въ экономическомъ отношеніи либо противорѣчитъ добрымъ нравамъ или правопорядку. Естественно, что въ большинствѣ случаевъ одно изъ этихъ условій будетъ налицо, такъ что такое ограниченіе, въ особенности, если оно превышаетъ жизнь пріобрѣтателя, не будетъ имѣть силы и у насъ (завѣщательныя распоряженія подобнаго рода касаются ученія о завѣщаніяхъ).

Въ синтезѣ изложенныхъ трехъ главныхъ правомочій собственникъ получается право на вещь со всѣми ея составными частями, принадлежностями и плодами [2]), со всѣмъ, что на ней произрастаетъ естественнымъ путемъ, какъ трава, лѣсъ, или благодаря труду и искусству, какъ рожь, фруктовыя деревья.

Но, какъ было уже замѣчено, нетрудно представить себѣ рядъ другихъ правовыхъ возможностей, принадлежащихъ собственнику, которыя выходятъ за сакраментальную черту „владѣнія, пользованія, распоряженія". Нѣкоторыя изъ нихъ заслуживаютъ особаго вниманія. Такъ, право на ископаемое и добываемое въ нѣдрахъ можетъ принадлежать собственнику земли. Безъ разрѣшенія послѣдняго, по нашему закону, никто не вправѣ искать на его землѣ руду, золото, серебро, добывать торфъ и каменья, металлы и минералы, соль и проч.[3]) Поиски и разработка золотосодержащихъ песковъ и рудныхъ мѣсторожденій, добыча нефти, принадлежатъ собственнику, а съ его согласія и другимъ лицамъ[4]). Такимъ образомъ у насъ дѣйствуетъ горная

---

[1]) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 1922, p. 730, Boeuf, Resumé de droit civil, 1925, p. 357.

[2]) Стт. 424 и 425 X т. I ч.

[3]) Уст. Горн. ст. 194, 195.

[4]) Уст. Горн., стт. 424, 521.

свобода—принципъ классическій. Во Франціи, по закону 1810 г. только такія ископаемыя, какъ carrières, каменоломни, предоставлены были собственнику, а что касается mines, рудниковъ, то государство оставило за собой право отдавать ихъ другимъ лицамъ безвозмездно. Это принципъ феодальный[1]). Въ Италіи въ отдѣльныхъ мѣстахъ по отношенію къ ископаемымъ примѣняются то принципъ классическій, то феодальный, то индустріальный (послѣдній утверждаетъ право на ископаемое за лицомъ добывающимъ). Въ правѣ на нѣдра надлежитъ выдѣть одно изъ послѣдствій собственности на землю, другими словами, спеціальное правомочіе на разработку, въ результатѣ которой получаются вещи для собственника (Синайскій)[2]). Поэтому отдѣленіе этого права не есть отчужденіе части собственности, а особый видъ уступки вещей, по (нѣкоторой) аналогіи съ продажей плодовъ.

Такое же значеніе имѣетъ право рыбной ловли и право охоты. Дикія животныя, водящіяся въ состояніи естественной свободы на чьей-либо землѣ, до момента фактическаго присвоенія ихъ собственникомъ земли, чужды сферѣ его права, а также его обязанностей (отвѣтственности)[3]). Напротивъ, такъ называемое береговое

---

[1]) Законъ 9 сентября 1919 г., вызванный финансовыми нуждами, еще болѣе расширилъ во Франціи власть государства по отношенію къ рудникамъ. Они отнынѣ либо разрабатываются самимъ государствамъ либо передаются имъ для разработки частнымъ лицамъ и учрежденіямъ или коммунамъ за извѣстное вознагражденіе въ пользу казны съ устраненіемъ всякой безмездности.

[2]) Въ такомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать указанное въ 424 ст, X т. I ч. „право владѣльца“ на все, что заключается въ нѣдрахъ“. Въ рѣш. гражд. 1912 г. № 96 Сенатъ впервые усмотрѣлъ въ правѣ на разработку нѣдръ чужой земли „особое вотчинное право“, тяготѣющее на имѣніи. Это рѣшеніе expressis verbis отзываетъ прежнее „знаменитое“ кассаціонное рѣшеніе 1902 г. № 36 по дѣлу Кожина о томъ, что предоставленіе права разработки заключающихся въ нѣдрахъ земли ископаемыхъ должно быть отнесено въ куплѣ-продажѣ движимаго имущества. Ранѣе, именно въ рѣш. гражд. 1903 г., № 67, Сенатъ допустилъ такое юридическое положеніе, что „право на поверхность земли и право на разработку нѣдръ разъединены и въ такомъ видѣ составляютъ самостоятельныя права двухъ лицъ“, но никакого новаго опредѣленія сущности этого „права на разработку нѣдръ“, тогда еще не далъ, находясь подъ вліяніемъ „Кожинскаго“ рѣшенія.

[3]) Рѣш. Гражд., 1909 г. № 49, 1904 г. № 69. Во многихъ странахъ изданы спеціальныя правила о правѣ охоты,

право не указываетъ на какую-либо спеціальную функцію собственности, со спеціальными результатами, какъ можно было бы думать prima facie, а есть право собственности въ общихъ проявленіяхъ („владѣніе", „пользованіе" и пр.) по отношенію къ берегу и пространству подъ водою [1]). Прибрежному собственнику принадлежитъ земля подъ водою отъ берега до середины рѣки. При обмелѣніи рѣки или измѣненіи русла происходитъ естественное увеличеніе прибрежныхъ участковъ съ обѣихъ сторонъ, причемъ такой результатъ знаменуетъ не пріобрѣтеніе какого-либо новаго права, а лишь внѣшнюю трансформацію предмета собственности. Обнаженное дно принадлежитъ прибрежнымъ собственникамъ, какъ выражается Пр. Гр. Ул., каждому въ части соразмѣрно береговой линіи его имѣнія до середины покинутаго рѣкою русла [2]). Если бы рѣка вся, т. е. обоими берегами, вошла въ предѣлы даннаго участка, то собственникъ послѣдняго пріобрѣлъ бы право исключительнаго пользованія водами этой рѣки въ границахъ своего имущества, а собственникъ противоположнаго участка, лишившись берегового права, сохранилъ бы за собою, кромѣ права на обсохшую землю до середины прежняго русла рѣки, еще и при-

полицейскаго свойства. Во Франціи по закону 3 мая 1844 г. возбраняется охотиться, коль скоро охота не открыта для всѣхъ или не предоставлена особо разрѣшеніемъ компетентнаго органа власти. Когда охота производится на чужомъ участкѣ безъ разрѣшенія собственника, охотникъ все же пріобрѣтаетъ право собственности на пойманную дичь, съ обязанностью возмѣстить ущербъ собственику, см. Boeuf, Resumé de droit civil, 1925, p. 392. По нашему закону, охота дозволяется лишь въ назначенное время, за чѣмъ наблюдаетъ полиція, св. зак., т. II, Общ. Учр. Губ., ст. 681 п. 28, см. также т. XII, 2 ч., Уст. сельск. хоз., стт. 321—1072. Въ видѣ исключенія разрѣшается охота лѣснымъ сторожамъ, т. VIII, ч. 1, Уст. лѣсной, ст. 70. Лѣсная стража не допускаетъ охоты въ недозволенное время, ib, ст. 77 п. 1. Для охоты на чужой землѣ требуется письменное дозволеніе собственника, Уст. сельск. хоз., ст. 333. Найденная у виновнаго (охотящагося безъ такого дозволенія) дичь отдается собственнику участка или эвентуально арендатору охоты, а если неизвѣстно, гдѣ убита дичь, продается или уничтожается, по распоряженію полиціи, ib. ст. 353. Это, несомнѣнно, съ одной стороны, чрезмѣрное „обогащеніе" собственника (арендатора) за счетъ охотника и съ другой— значительное умаленіе права послѣдняго.

[1]) Рѣш. Гражд. 1900 г № 76.

[2]) Ст. 766, см. Code civil, Код. Нап., 537 (1), рѣш. гражд. 1900 г. № 76.

тязаніе на проведеніе къ рѣкѣ дороги, если онъ черезъ измѣненіе теченія лишился доступа къ рѣкѣ. Таково разъясненіе Сената [1]), какъ выводъ изъ сущности взаимныхъ правъ собственниковъ на прибрежные участки. Исходя изъ тѣхъ же соображеній, законъ дѣлитъ образовавшійся на рѣкѣ островъ — между прибрежными собственниками по линіи, проводимой черезъ островъ вдоль рѣки по теченію. Стало быть, островъ, находящійся цѣликомъ между этой линіей раздѣла и однимъ берегомъ, составляетъ исключительную принадлежность собственника этого берега. Если островъ возникъ вслѣдствіе раздѣленія теченія рѣки на рукава, онъ составляетъ собственность того, въ чьемъ участкѣ возникъ [2]).

Владѣніе.

Владѣнію—фактической связи съ вещью—очерчена въ юриспруденціи своя область консеквенцій и результатовъ: его можно разсматривать, какъ отдѣльный, самостоятельный институтъ.

Владѣніе соединяется съ намѣреніемъ обладать предметомъ [3]). Римскіе юристы не выработали единой формулы владѣнія, а, по разнообразію проявленій такового, предоставили все рѣшенію самой жизни. И нынѣ по той же причинѣ нѣтъ точнаго опредѣленія для понятія

---

[1]) Указанное рѣш. гражд. 1900 г. № 77.

[2]) Ср., между прочимъ, Пр. Гр. Ул., стт. 770, 771. По Cod. Civil, Код.Нап., 560—563, изложенныя положенія объ образовавшемся островѣ примѣняются лишь въ отношеніи рѣкъ несудоходныхъ. Что же касается рѣки большой, то получившійся на ней островъ составляетъ собственность государства (если не принадлежитъ кому-либо по акту или въ силу давности), рукавами образованный островъ и на большой рѣкѣ не отнимается у собственника участка. Наши законы этого разграниченія не дѣлаютъ. Ст. 409 X т. 1 ч., по которой къ государственнымъ имуществамъ относятся острова, вновь открываемые, какъ видно изъ ея источниковъ, имѣетъ въ виду острова на морѣ и не касается острововъ, образовавшихся на рѣкѣ. См. Пр. Гр. Ул., Объясн., кн. 3, т. 1, 1902 г., стр. 118. По нѣкоторымъ законодательствамъ, при занятіи рѣкою новаго русла собственникъ послѣдняго получаетъ отъ государства компенсацію, ибо рѣка сама считается государственной собственностью, чего не знаетъ наше право, по которому русло и судоходныхъ, такъ называемыхъ знатныхъ рѣкъ, составляетъ достояніе собственниковъ земель, черезъ которыя протекаютъ.

[3]) Никоновъ, Actio Spolii, 1908 г., см. стр. 282.

владѣнія. Подъ это понятіе подойдетъ всякое положеніе наше по отношенію къ вещи, отвѣчающее нашему желанію имѣть надъ нею власть (въ указанномъ выше значеніи хозяйничанія). „Сидѣть на землѣ"—народное символическое выраженіе владѣнія участкомъ. Несомнѣнно, воззрѣнія трудового народа на владѣніе уже общепринятыхъ представленій, и это создаетъ на практикѣ неисчислимыя затрудненія. Въ обыденной жизни важенъ „подсчетъ вѣроятностей" обладанія[1]). Порою отсутствуетъ одинъ лишь моментъ, а онъ-то и является предопредѣляющимъ. Римское право не признавало владѣнія за охотникомъ, застрѣлившимъ звѣря, который продолжалъ бѣжать, или за лицомъ, зацѣпившимъ багромъ плавающій въ рѣкѣ предметъ и пр., вслѣдствіе того соображенія, что multa accidere potest ne possideant. Мыслимо владѣть черезъ представителя, обладающаго вещью для представляемаго, который и является фактическимъ владѣльцемъ. Наслѣдникъ пріобрѣтаетъ владѣніе наслѣдодателя, иногда не только не продолжая фактическаго состоянія, но и не зная о немъ. Владѣющій не для себя, а для другого, имѣетъ детенцію (держаніе). Таково владѣніе временнаго хранителя. Владѣніе можетъ быть соединено съ собственностью[2]) либо съ другимъ правомъ въ отношеніи вещи, но оно весьма часто существуетъ и отдѣльно отъ подобныхъ правъ; имѣетъ владѣніе даже воръ. А отдаетъ похищенную у Б вещь на одинъ день В: В имѣетъ детенцію, Б—собственность, А—владѣніе. Всегда предполагается при сомнѣніи, что каждый владѣетъ самъ для себя и по титулу собственника[3]). Отличаютъ еще владѣніе правами, состоящее въ фактическомъ осуществленіи таковыхъ въ свою пользу. Такъ, Франц. право видитъ въ владѣніи la detention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit[4]). По разъясненію Сената, дѣйствующему нашему праву „чуждо понятіе владѣнія правами, на которое нѣкоторыя иностранныя законодательства распространяютъ дѣйствіе давности владѣнія, допуская, напр., пріобрѣтеніе сервитутовъ въ силу долговременнаго осуществленія таковыхъ"[5]). Это догматически правильное положеніе нуждается, какъ мы уже видѣли, въ коррективахъ съ принципіальной точки зрѣнія, de lege ferenda.

---

[1]) Юшкевичъ, Храненія (custodia), какъ основаніе владѣнія движимостью, 1907, стр. 6, 17.

[2]) Самое право собственности наши законы называютъ „вѣчнымъ и потомственнымъ владѣніемъ" или просто „владѣніемъ" („общее владѣніе" вмѣсто—„общая собственность").

[3]) Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 223.

[4]) Code Civil, Код. Нап., 2228.

[5]) Рѣш. Гражд. 1903 г. № 31.

Слуга, resp. служащій имѣетъ детенцію, или владѣніе (для хозяина) въ цѣляхъ сохраненія—Gewahrsam. Похищеніе вещи такимъ служащимъ есть кража, въ то время, какъ похищеніе ввѣренной вещи служащимъ, имѣющимъ самостоятельное владѣніе, является присвоеніемъ. Къ служащимъ этой второй категоріи относятъ, напр., управляющаго отдѣленіемъ торгового предпріятія. Суть дѣла, впрочемъ, не въ отсутствіи хозяина при служащемъ, а въ обособленности функцій послѣдняго, такъ что и обыкновенный служащій можетъ совершить растрату, если хозяйскія вещи переданы въ его владѣніе, а не только во временную детенцію.

То владѣніе, которое не связано ни съ собственностью, ни съ другимъ какимъ-либо титуломъ, представляетъ ли собою въ дѣйствительности только фактъ, какъ думаютъ нѣкоторые? Если бы это было такъ, оно не входило бы вовсе въ систему юриспруденціи, не занимающейся изученіемъ чистыхъ фактовъ. Что это владѣніе—явленіе правовое, подтверждается тѣмъ, что оно охраняется закономъ, въ опредѣленныхъ предѣлахъ, и можетъ привести, при извѣстныхъ условіяхъ и данныхъ, къ собственности, по прошествіи установленнаго промежутка времени (давность). Владѣніе движимостью создаетъ презумпцію собственности. Владѣніе переходитъ по наслѣдованію, а послѣднее составляетъ совокупность правъ, а не фактовъ. Въ прежнія времена владѣніе считалось за тѣмъ, кто обладалъ физической вещью на правахъ собственника, com animo rem sibi habendi. Такъ было въ Римскомъ правѣ [1]). Каноническое право прибавило владѣніе правами. Новѣйшее время усвоило германскую точку зрѣнія, въ силу которой не дѣлается принципіальнаго различія между способами владѣнія, лишь бы обладаніе носило самостоятельный характеръ въ экономическомъ или иномъ отношеніи. Простое обладаніе для другого (представляемаго) исключается изъ области владѣнія. При этомъ различные виды владѣнія имѣютъ и разныя юридическія свойства въ отношеніи защиты и другихъ послѣдствій. По BGB владѣніе предполагаетъ фактическое обладаніе—tatsächliche Gewalt,

---

[1]) Римъ впервые выработалъ начала института владѣнія. Уже въ самыя раннія эпохи usus—квалифицированное владѣніе на правѣ собственности — приводитъ къ usucapio, т. е. пріобрѣтенію собственности по давности. Впослѣдствіи usus давалъ право на защиту, введенную преторскимъ эдиктомъ главнымъ образомъ противъ насилія и самоуправства. Съ теченіемъ времени защита была распространена и на неквалифицированное владѣніе (Schreuer).

безотносительно къ основанію осуществленія этого обладанія [1]). Такъ же обстоитъ вопросъ и въ англійскомъ правѣ (Schuster) и въ другихъ законодательствахъ, не исключая и нашего.

Теорія и практика различаютъ нѣсколько категорій владѣнія.

Если субъектъ владѣнія самъ таковое осуществляетъ фактически, то говорятъ о владѣніи „непосредственномъ", въ противномъ случаѣ владѣніе есть „посредственное". То и другое владѣніе могутъ существовать одновременно. Такъ, собственникъ арендуемаго участка имѣетъ посредственное владѣніе, арендаторъ—непосредственное. Непосредственный владѣлецъ, хотя бы и временный, даже при наличіи посредственнаго признается, наряду съ послѣднимъ, въ качествѣ управомоченнаго къ актамъ, которые законъ связываетъ съ владѣніемъ, какъ юридическія послѣдствія такового. Этимъ непосредственный владѣлецъ отличается отъ простого детентора, напр., несамостоятельнаго служащаго, не имѣющаго ни владѣнія ни вытекающихъ изъ него правомочій. Владѣніе на правѣ собственности, независимое владѣніе, отграничивается отъ владѣнія для другого, зависимаго владѣнія. Независимый владѣлецъ обладаетъ вещью cum animo rem sibi Abendi, т. е. съ намѣреніемъ быть собственникомъ, хотя на самомъ дѣлѣ можетъ таковымъ и не быть. То обстоятельство, что въ большинствѣ случаевъ такой владѣлецъ и есть самъ собственникъ, способствовало широкой постановкѣ защиты владѣнія. Въ историческомъ процессѣ идея „владѣнія — собственности" чуть ли не создала весь интитутъ защиты владѣнія. Владѣніе независимое, съ одной стороны, и зависимое, съ другой, не являютъ собою чего-либо неизмѣннаго; они могутъ преобразовываться. Независимый владѣлецъ часто становится зависимымъ, и наоборотъ. Захватчикъ начинаетъ платить хозяину арендную плату или иначе признавать свою подчиненность. Арендаторъ прекращаетъ платежъ аренды и дѣйствуетъ какъ собственникъ (такъ что его владѣніе способно превратиться въ собственность по давности).

Если нѣсколько лицъ владѣютъ совмѣстно, то получается общее владѣніе. Каждый такой совладѣлецъ владѣетъ всей вещью въ идеальной долѣ. Это важно не только что касается третьихъ лицъ, но и что касается внутреннихъ отношеній. Имѣютъ ли квартиронаниматели дома владѣніе, отдѣльное и совмѣстное? Общаго владѣнія домомъ у нихъ нѣтъ помимо хозяина, которому одному только принадлежитъ владѣніе, если таковое не передано имъ другому, напр., арендатору дома. Квартиронаниматели имѣютъ отдѣльное владѣніе на свои квартиры [2]).

[1]) § 854.

[2]) Нѣкоторыя законодательства распространяютъ понятіе

Владѣніе пріобрѣтается путемъ фактическаго поступленія вещи во власть лица (corpus possessionis), имѣющаго намѣреніе обладать имъ (animus possidendi). Если вещью ранѣе никто не владѣлъ, пріобрѣтатель имѣетъ первоначальное владѣніе (плавающее бревно, дикій звѣрь). Точно также первоначальное владѣніе должно признавать за лицомъ, самовольно овладѣвшимъ вещью безъ согласія собственника. Въ прочихъ случаяхъ, когда владѣніе получается отъ другого, по соглашенію съ нимъ, оно будетъ производное. При пріобрѣтеніи владѣнія черезъ представителя, свойства владѣнія обсуждаются по его дѣйствіямъ и намѣреніямъ. Владѣніе, пріобрѣтаемое для другого лица безъ уполномочія послѣдняго, считается для него пріобрѣтеннымъ лишь съ его одобреніемъ, положительнымъ или молчаливымъ [1]).

Переходъ владѣнія происходитъ не только черезъ передачу самой вещи, но и черезъ врученіе тѣхъ средствъ, которыя дѣлаютъ возможнымъ владѣніе. Лицо, уже обладающее фактически вещью по той или иной причинѣ, въ состояніи пріобрѣсти владѣніе и безъ особой передачи [2]).

Отказъ отъ вещи посредствомъ оставленія или передача ея другому или же, наконецъ, непроизвольная потеря господства надъ нею прекращаютъ владѣніе. Владѣніе почитается продолжающимся со времени его пріобрѣтенія до его прекращенія, причемъ не требуется ни постоянно возобновляемое намѣреніе владѣть имуществомъ, ни непрерывное пользованіе.

Правовыя свойства владѣнія выражаются, — кромѣ извѣстныхъ послѣдствій, о которыхъ рѣчь будетъ отдѣльно, — въ томъ, что оно ограждается отъ посягательствъ, отъ насильственнаго воздѣйствія и вообще нарушенія со стороны всѣхъ, въ томъ числѣ и самого собственника.

Эта особаго рода защита владѣнія путемъ спеціальныхъ исковъ— actio recuperandae possessionis, когда владѣніе цѣликомъ отнято, и

владѣнія введеніемъ въ него табулярнаго, или книжнаго владѣнія, признаваемаго за лицомъ, вписаннымъ въ книгу, безотносительно къ тому, кто владѣетъ на самомъ дѣлѣ. См. Zoll, Prawo cywilne, str. 69. Нашему праву чуждо это отличное отъ „факта“ „книжное“ владѣніе.

[1]) Пр. Гр. Ул., ст. 880.

[2]) См. Schw. ZGB, Art. 922, 924.

actio retinendae possessionis, когда нарушитель только угрожаетъ своими дѣйствіями чужому владѣнію, безпокоитъ владѣльца, — диктуется интересами общаго мира и общественной морали. Созданное фактическимъ владѣніемъ положеніе, отражающее внѣшній правопорядокъ, можетъ быть устранено, въ случаѣ неправости владѣнія, только соотвѣтственнымъ вмѣшательствомъ суда, по иску заинтересованнаго. До этого само владѣніе даетъ титулъ и притязаніе противъ всякаго нарушителя [1]).

Въ прежнее время многіе усматривали основаніе защиты владѣнія въ томъ, что фактическій владѣлецъ предполагается собственни-

---

[1]) Обиліе теорій объ основаніи защиты владѣнія—общеизвѣстное обстоятельство. Paris vaut messe! Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія столь часты, настолько излюблены и въ то же время настолько своеобразны, что стоило потрудиться надъ объясненіемъ происхожденія ихъ. Но тутъ-то больше всего сказалось изреченіе: „quot capita, tot mentes“. Puchta даже послалъ проклятіе всѣмъ, кто, не принявъ его объясненія защиты владѣнія, попытается создавать дальнѣйшія теоріи въ этомъ направленіи. „Анафема“, конечно, не помогла: каждый мало-мальски значительный теоретикъ старался и старается нынѣ воздвигать свой собственный фундаментъ защитѣ владѣнія. Въ общемъ, однако, можно прослѣдить нѣсколько крупныхъ теченій. Именно, по одному ученію, нарушеніе владѣнія есть всегда нападеніе на собственность, либо реальную, либо вѣроятную. По другому, владѣніе есть состояніе, охраняемое закономъ, который въ пріобрѣтеніи владѣнія, хотя бы только фактическаго, видитъ нѣкоторый прообразъ пріобрѣтенія собственности, путемъ оккупаціи и традиціи, а въ продолженіи фактическаго владѣнія обстоятельство, ведущее къ полученію права собственности черезъ usucapio (см. Puchta, Pandekten, 1877, S. 196.) По третьему взгляду—нарушеніе владѣнія отождествляется съ покушеніемъ на чужое спокойствіе и вмѣстѣ съ тѣмъ на общій миръ. Всѣ эти ученія сходятся въ признаніи владѣнія правомъ и въ упрощеніи способа воздѣйствія противъ нарушителя, путемъ особаго иска, причемъ согласно послѣднему взгляду это—искъ личный. Нужно замѣтить, что изъ изложенныхъ ученій почти безраздѣльно царитъ на практикѣ именно послѣднее, какъ наименѣе доктринерское, наиболѣе объемлющее, отвѣчающее общественной этикѣ и престижу коллективной власти. Нарушеніе всякаго владѣнія есть самоуправство, не въ техническомъ, а въ широкомъ смыслѣ, такое же недозволенное дѣяніе, какъ и причиненіе убытковъ (X т. 1 ч., ст. 531, Уст. Гражд. Суд., ст. 34).

комъ (теорія Іеринга, у насъ Побѣдоносцевъ). Будучи въ исторической перспективѣ достаточно обоснованнымъ, этотъ взглядъ непригоденъ для жизни вслѣдствіе съуженія имъ круга лицъ, пользующихся защитой. Нынѣ, при защитѣ владѣнія, во главу угла нужно ставить идею соціальнаго порядка и соціальной добропорядочности. Никто самъ себѣ не судья, никто не долженъ отбирать находящееся въ чужомъ обладаніи вещь, даже если онъ считаетъ ее своей, самоуправно [1]). Идея всеобщаго мира проходитъ красной нитью черезъ эволюцію института защиты владѣнія въ Россіи, въ которой именно охраненіе внѣшняго покоя отъ самоуправныхъ дѣйствій привело къ защитѣ всякаго владѣнія законнаго или незаконнаго, какимъ бы оно ни было. Защита владѣнія впервые создана была Учрежденіемъ о Губерніяхъ при императрицѣ Екатеринѣ II, въ образецъ взятъ былъ Литовскій статутъ. При насильственномъ отобраніи земли потерпѣвшій могъ обратиться въ полицію, для предварительнаго разбора дѣла и возстановленія нарушеннаго порядка. Впослѣдствіи, съ введеніемъ судебныхъ уставовъ, защита владѣній перешла въ вѣдѣніе мировыхъ судей. Требовалось только одно: реакція потерпѣвшаго должна была быть по возможности немедленная, чтобы, съ одной стороны, легко было въ безспорномъ порядкѣ констатировать нарушеніе и съ другой — владѣніе нарушителя въ свою очередь не стало утвердившимся фактомъ. Поэтому въ началѣ фиксированъ былъ 2-хъ недѣльный срокъ для начатія дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Затѣмъ срокъ этотъ замѣненъ былъ шестимѣсячнымъ, нынѣ онъ—годовой [2]).

Въ древнемъ Римѣ владѣльческая защита, даваемая преторомъ путемъ интердикта и воспрещенія насилія—vim fieri veto—касалась исключительно такихъ истцовъ, которые могли основываться на фактѣ владѣнія независимаго. Неудобство этой прямолинейности обнаружилось въ томъ, что владѣніе часто оказывалось внѣ защиты, въ виду незаинтересованности въ ней собственниковъ, отдавшихъ вещь другимъ [3]). Мало по малу сталъ пользоваться защитой и закладопринимателъ и нѣкоторые иные производные владѣльцы. Нынѣшнее право,

---

[1]) Англійское право гласитъ: „Bare possession constitutes a sufficient title te enable a party enjoing it to obtain legal remedy against a mere wrongdoer".

[2]) П. 2 ст. 29 Устава Гражд. Судопр.

[3]) Арендаторъ, трактуемый какъ простой detentor, не вправѣ былъ добиваться интердикта, а долженъ былъ при dejectio обращаться къ тѣмъ, отъ имени кого держалъ вещь. Попытка со стороны нѣкоторыхъ ученыхъ оспорить это на

дающее защиту всякому владѣльцу, безъ различія, болѣе отвѣчаетъ потребностямъ жизни и справедливости. Опираясь на наше дѣйствующее право, Пр. Гр. Ул. выражаетъ этотъ принципъ такимъ образомъ: „Всякое, даже незаконное владѣніе охраняется закономъ отъ самовольнаго нарушенія, пока это владѣніе не будетъ прекращено надлежащимъ по закону распоряженіемъ о передачѣ имущества отъ владѣющаго имъ другому лицу“ [1]). По разъясненію Сената, лицу, владѣющему имуществомъ по договору найма, неотъемлемо принадлежитъ защита владѣнія судомъ [2]). У насъ отвергнута цѣликомъ старая римская концепція о защитности только одного самостоятельнаго, независимаго, владѣнія (contra Анненковъ, Шершеневичъ), Отъ этой концепціи отказался въ самое послѣднее время и Св. Приб., стоящій въ общемъ на позиціяхъ римскаго права, а именно, по новеллѣ 1925 г. держатель получилъ право владѣльческой защиты и приравненъ въ этомъ отношеніи къ вполнѣ самостоятельному владѣльцу [3]). Въ нашей судебной практикѣ давно установился взглядъ, что зависимый владѣлецъ въ состояніи защищаться искомъ о возстановленіи владѣнія, но только не противъ собственника, отъ котораго онъ имущество получилъ, или лицъ, производя-

---

основаніи источниковъ не увѣнчались успѣхомъ. См. Азаревичъ, Система римскаго права, т. I, 1887, стр. 359. Общія средства защиты—vim vi repellere, искъ объ обидѣ—были, конечно, недостаточны, тѣмъ болѣе, что разъ лишившись имущества отъ руки нарушителя, арендаторъ уже не въ состояніи былъ самостоятельно вернуть таковое.

[1]) Ст. 882. Въ Германіи защиту получаютъ также Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer etc., BGB, §§ 868, 861, 862. Взглядъ этотъ усвоило и Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., см. стт. 485, 499 и комментарій къ ст. 485 въ нѣм. изд. Heinsheimer 1928. Въ томъ же духѣ Schw. ZGB, Art. 927, Abs. 1, 928.

[2]) Рѣш. Гражд. 1871 г. № 600.

[3]) Синайскій, Основы Гражданскаго Права, в. 2, 1926, стр. 11. Только французское право строго держится необходимости владѣнія „въ качествѣ собственника“, nec vi, nec clam, nec precario, см. Code civil, Код. Нап., 2228 и сл. Это подтверждено во Франціи и процессуальнымъ закономъ, Code de procédure civil, Art. 23 („possession paisible... a titre non précaire“). Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать — для мѣстъ, гдѣ дѣйствуетъ Код. Нап.,—стт. 29, п. 2, и 1489 Уст. Гражд. Судопр.

щихъ отъ послѣдняго свое право. Сенатъ призналъ, что владѣльческій искъ непримѣнимъ къ отношеніямъ между собственникомъ и арендаторомъ, въ виду того, что ихъ отношенія регулируются договоромъ [1]). Пр. Гр. Ул. формулируетъ эту мысль еще болѣе широко: „Не имѣетъ владѣльческихъ исковъ ни собственникъ противъ производныхъ отъ него владѣльцевъ, ни эти послѣдніе противъ собственника и другихъ лицъ, производящихъ свое владѣніе отъ того же собственника“ [2]). Такого ограниченія не знаютъ иностранныя законодательства, оно и не раціонально съ точки зрѣнія нынѣшней идеи защиты владѣнія. Не можетъ измѣнить въ этомъ отношеніи что-либо и существованіе договора, вопреки мнѣнію Сената, разъ мы находимся здѣсь всецѣло въ области „фактическихъ отношеній“. Напротивъ, вполнѣ правильно разъясненіе Сената о томъ, что къ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія не относятся требованія о выселеніи изъ квартиры неисправнаго квартиранта, хотя бы и по истеченіи срока контракта. ибо тутъ рѣчь идетъ не о нарушеніи владѣнія, а о неисполненіи обязательства по договору (сдать имущество) [3]). Защита владѣнія идетъ такъ далеко, что она дается и въ двойномъ видѣ—а именно: одновременно и фактическому обладателю и хозяину вещи [4]). Къ ней могутъ прибѣгнуть и совладѣльцы между собою, конечно, насколько дѣло не касается правовыхъ вопросовъ. Поэтому устраненіе однимъ совла-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1872 г. № 467, 1877 г. № 244.

[2]) Ст. 886.

[3]) См. рѣш. гражд. 1872 г. №№ 1021 и 394. Въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ Сенатъ проводилъ иной взглядъ, а именно, что по окончаніи срока договора начинается будто бы новое владѣніе „самовольное, основанное на правонарушеніи“, рѣш. гражд. 1879 г. № 401, 1869 г. № 1271. Этотъ послѣдній взглядъ поддерживаетъ (неосновательно) Гуляевъ, Искъ о возстановленіи нарушаемаго владѣнія въ практикѣ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената, Журн. Мин. Юст. 1910 г. № 3, стр. 47 и сл.

[4]) Schw. ZGB („Sind Sie beide Besitzer“), Синайскій, Русское Гражданское Право, 1, 1917, стр. 139. Ср. Зап. Мин. Юст. по проекту кн. V Гражд. Улож. (обязательственное право) отъ 14 октября 1913 г,, стр. 102. По Пр. ОП., въ нетерпящихъ отлагательства случаяхъ наниматель даже обязывается предъявить поссессорный искъ, ст. 317, абз. 7,

дѣльцемъ другого отъ общаго имущества даетъ владѣльческую защиту, но сюда не относятся споры о размѣрѣ долей и связанныхъ съ ними доходовъ [1]).

Если владѣть можно какъ движимымъ, такъ и недвижимымъ имуществомъ, что никѣмъ не оспаривается, то, казалось бы, и владѣльческій искъ долженъ былъ бы также распространяться одинаково на то и другое имущество. Такъ именно рѣшаютъ вопросъ нѣкоторыя законодательства expressis verbis [2]). Другіе кодексы, какъ Св. Приб. и Пр. Гр. Ул. [3]), ограничиваютъ владѣльческую защиту лишь недвижимостями. Третьи не упоминаютъ о разграниченіи, изъ чего надо заключить, что имѣются въ виду и движимыя и недвижимыя вещи (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.) [4]). Характерно, впрочемъ, что такое же отсутствіе постановленія по этому предмету въ Code Civil истолковано французской практикой въ смыслѣ противоположномъ, т. е. въ смыслѣ защиты только недвижимости. Равнымъ образомъ и Сенатомъ разъяснено было, что такъ какъ въ спорахъ относительно движимаго имущества, по точному смыслу 534 ст. X т. I ч., разрѣшенію подлежитъ вопросъ не о владѣніи этимъ имуществомъ, а о самомъ правѣ собственности на оное, то эти дѣла не подлежатъ разсматриванію въ порядкѣ 4 п. 29 ст. Уст. Гражд. Судопр., т. е. владѣльческій искъ по отношенію къ такому движимому имуществу недопустимъ [5]). Какъ разъ мотивъ неизбѣжности разрѣшенія въ этомъ случаѣ вопроса dominii приводится и французской практикой, а именно: въ движимости possession vaut

---

[1]) Пр. Гр. Ул., Объясненія, кн. 3, т. I, 1902 г., стр. 491.

[2]) Codice civile, art 695 („di una cosa mobile od immobile").

[3]) Ст. 884.

[4]) BGB, §§ 858ff, Schw. ZGB, Art. 927ff, Čecho-Slov. § 317. Мотивы къ герм. проекту, т. III, 32, приведенные въ Пр. Гр. Улож., Объясненія, кн. 3, т. I, 1902, стр. 479.

[5]) Рѣш. гражд. 1890 г. № 128, 1883 г. № 24, 1875 г. № 26. См. Тютрюмовъ, Гражданскій Процессъ, 1925, стр. 82, Будкевичъ, Новая теорія владѣнія, 1895 г., стр. 8, 50, 64. Contra Шершеневичъ, Васьковскій, а также Никоновъ, Actio Spolii, 1908 г., стр. 290. У Никонова примѣръ, приводимый Шершеневичемъ: весною на берегу рѣки по ошибкѣ грузится чужая барка; собственнику въ горячее время дорогъ каждый день, и онъ предпочтетъ доказывать передъ мѣстнымъ судомъ свое владѣніе этой баркою, чѣмъ собирать доказательства своего права собственности на нее и ѣхать въ городъ для предъявленія иска въ окружномъ судѣ.

titre, почему при нарушеніи владѣнія таковой долженъ быть предъявляемъ искъ петиторный, а не поссессорный. Однако, нельзя не признать, что и по отношенію къ движимости общественный строй заинтересованъ бываетъ въ провизорномъ возстановленіи порядка, нарушаемаго произведеннымъ въ насильственной или иной формѣ посягательствомъ на чужое владѣніе, особенно принимая во вниманіе наличность въ оборотѣ движимыхъ вещей, мало отличающихся отъ недвижимости, какъ различнаго рода снаряженія, инсталляціи и пр. Хотя обращеніе въ судъ съ владѣльческими исками по отношенію къ движимостямъ рѣже практикуется, но и для этихъ болѣе рѣдкихъ случаевъ нельзя исключить поссессорные иски, имѣющіе столь высокое общественно-моральное значеніе.

Презумпція собственности не служитъ исчерпывающей гарантіей для владѣльца движимости въ смыслѣ охраны его отъ самоуправныхъ и вообще нарушительныхъ дѣйствій. Не всегда потерпѣвшій можетъ претендовать на собственность. Кромѣ того презумпція собственности, какъ правильно замѣчено при составленіи Пр. Гр. Ул., въ сущности, вѣдь, свойственна и владѣнію недвижимостью. Въ чемъ же конечное различіе? Едва ли можно на немъ серьезно настаивать съ точки зрѣнія теоретической или практической.

Защита владѣнія сводится либо къ отобранію вещи отъ нарушителя и передачѣ ея владѣльцу, либо, если владѣніе встрѣчаетъ только помѣхи,—къ ихъ устраненію; въ обоихъ случаяхъ допустимо также взысканіе убытковъ[1]). Сущность поссессорнаго процесса заключается въ томъ, что въ немъ разсматриваются лишь вопросы фактическаго владѣнія истца и самовольнаго нарушенія со стороны отвѣтчика, вопросъ о собственности не подлежитъ разрѣшенію[2]). Исключаются

---

[1]) BGB, § § 861, 862. Въ качествѣ легальнаго средства, кромѣ обращенія въ судъ, можетъ быть и сила, употребляемая владѣльцемъ для отнятія своего предмета и воспрепятствованія нарушенію. Требуется, чтобы сила была пущена въ ходъ лишь немедленно послѣ нарушенія. Совершенно обычно употребленіе силы для отнятія движимой вещи у похитителя, застигнутаго in flagaranti delicto. Движимость допустимо отбирать насильственнымъ удаленіемъ нарушителя. Предписывается, чтобы при этой самозащитѣ не было со стороны защищающагося такого насилія, которое не оправдывается обстоятельствами. Schw. ZGB, Art. 926, Abs. 3. Но все это—одинъ изъ видовъ примѣненія гражданской самозащиты вообще, о чемъ рѣчь особо въ своемъ мѣстѣ.

[2]) Дѣло здѣсь, стало быть, вовсе не въ распредѣленіи onus probandi, какъ рѣшилъ Литовскій Верховный Трибуналъ, ука-

возраженія о собственности даже въ формѣ встрѣчнаго иска. Допустить подобнаго рода встрѣчный искъ значило бы парализовать поссессорную защиту [1]).

По Schw. ZGB, отвѣтчикъ, опирающійся на сейчасъ же заявленное возраженіе о лучшемъ правѣ, въ силу котораго онъ могъ бы вновь домогаться полученія вещи, вправѣ отказаться отъ возвращенія ея [2]). Это положеніе, навѣянное, повидимому, нѣкоторымъ образомъ теоріей презумпціи собственности, не пріемлемо въ видѣ обязательной директивы ни у насъ, ни вообще тамъ, гдѣ законы стоятъ на точкѣ зрѣнія „охраненія общественнаго мира".

Отвѣтчикъ по поссессорному иску вправѣ выдвинуть такія обстоятельства, которыя подкрѣпляютъ правомѣрность его дѣйствій, устраняютъ самовольность нарушенія владѣнія [3]). Съ другой стороны, истецъ не въ состояніи, конечно, оперировать фактами, которыхъ, in abstracto, не могъ бы выдвинуть самъ собственникъ: тамъ, гдѣ нѣтъ законнаго господства (res extra commercium и пр.), тамъ и фактическое

завшій, что въ поссессорномъ искѣ достаточно истцу доказать фактъ нарушеннаго владѣнія „а уже отвѣтчикъ, защищающійся правомъ собственности, долженъ таковое доказать": 1921-XII-10 sprendimas, „Teisė", 1922 № 2, p. 51. На самомъ дѣлѣ никакое доказательство права собственности въ поссессорномъ искѣ не допускается, Ст. 73 Уст. Гр. Судопр.

[1]) См. разъясненіе, преподанное на почвѣ X т. I ч. Латвійскимъ Сенатомъ, Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumi, 1922 g. № 33. Contra Исаченко, Мировой Судъ, 1913, стр. 246. Отдѣльный искъ о правѣ собственности, самъ по себѣ, не препятствуетъ ходу дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, кѣмъ бы изъ сторонъ первый ни былъ предъявленъ. Иначе по французскому праву (code civil, Код. Нап.), гдѣ поссессорный искъ покоится на презумпціи собственническихъ правъ и гдѣ кумуляція владѣльческаго и петиторнаго исковъ не допускается. Ср. Code de procédure civil, art. 25: le possessioire et le petitoire ne seront jamais cumulés, 26: le demendeur au petitoire ne sera plus recevable a agir au possessoire. Равнымъ образомъ отвѣтчикъ по поссессорному иску не вправѣ предъявить петиторный искъ до окончанія перваго дѣла (art. 27).

[2]) Art., 937.

[3]) Ср. BGB § 863. Впрочемъ, въ Германіи отвѣтчикъ слишкомъ свободенъ и въ возраженіяхъ и во встрѣчныхъ искахъ, вслѣдствіе чего владѣльческій искъ терпитъ почти полное крушеніе. Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1927, S. 131.

обладаніе не подлежитъ защитѣ. Въ этомъ, какъ указали еще Ihering и Bruns, findet eine gewisse Parallele zwischen dem Eigenthum und Besitzeschutze statt [1]). При нѣкоторыхъ условіяхъ привлеченному по поссессорному иску доступно возраженіе—простое или въ видѣ встрѣчнаго иска—о наличности у него основанія самому домогаться отъ истца возстановленія нарушеннаго владѣнія. Это вполнѣ естественно и понятно: право не можетъ превратиться въ игру.

Самый искъ поссессорный предъявляется въ мировыхъ установленіяхъ, не взирая на цѣну его, какъ было указано, въ теченіи года со дня нарушенія. Установленіе особаго срока вполнѣ логично и практикуется повсемѣстно по тому соображенію, что потерпѣвшій нарушеніе владѣнія, пропустивъ извѣстный промежутокъ времени безъ заявленія своего требованія, тѣмъ самымъ какъ бы превращаетъ нарушителя въ управомоченнаго владѣльца, благодаря своей собственной небрежности [2]). Schweigendem Mund ist nicht zu helfen. Естественно, съ этой точки зрѣнія, что по истеченіи срока истецъ никуда со своимъ требованіемъ обращаться болѣе не въ состояніи, не можетъ онъ, въ частности у насъ, начать дѣло въ Окружномъ судѣ, какъ предполагали нѣкоторые въ прежнее время, не отдавая себѣ надлежащаго отчета къ существѣ поссессорнаго иска [3]). (Дальнѣйшее относится къ нормамъ процессуальнаго права).

Владѣлецъ, если онъ только владѣлецъ, т. е. лишенъ того титула, который служитъ основаніемъ къ переходу собственности или другого вещнаго права (договоръ, наслѣдованіе, судебный актъ, экспропріація и пр.), хотя и пользуется условной охраной, долженъ, однако, вернуть имущество въ конечномъ счетѣ управомоченному по законному требованію послѣдняго. Такимъ управомоченнымъ является обычно собственникъ, иногда владѣлецъ производный. Но имъ можетъ быть даже владѣлецъ фактическій, имѣющій поссессорный искъ.

---

[1]) См. Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, 1874, S. 288. Опредѣленно эта мысль выражена въ Бразильскомъ Гражданскомъ Уложеніи 1 января 1916 г., ст. 505, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[2]) Chase, Blackstone's Commentaries on the laws of England, 1926, p. 373.

[3]) См. a sensu contrario рѣш. гражд. 1897 г. № 79, 1889 г. № 44, Шершеневичъ, Учебникъ Русск. гражд. права, 1912, стр. 253; pro—BGB, § 864, Abs. 1., Schw. ZGB, Art. 929, Abs. 2. Schmidt, Bürgerliches Recht, 1927, S. 307. Срокъ не давностный, а преклюзивный, Schmidt, ib.

Возвратъ имущества происходитъ по основаніямъ, которыя разнятся между собою въ зависимости отъ того, было ли опороченное владѣніе добросовѣстнымъ или недобросовѣстнымъ. Добросовѣстный владѣлецъ мыслится законами по образу истиннаго хозяина, хотя и временнаго: за всѣ дѣйствія, совершенныя такимъ владѣльцемъ по отношенію къ имуществу, даже вредоносныя и неразумныя, онъ отвѣтственности передъ управомоченнымъ не несетъ. Это обусловливается, съ одной стороны, необходимостью охранять всякую добросовѣстность, составляющую основу правильной гражданской жизни и съ другой—сознаніемъ презумптивной небрежности управомоченнаго въ обращеніи со своимъ достояніемъ, которымъ овладѣло постороннее лицо безъ всякой своей вины. Важно только, что добросовѣстный владѣлецъ дѣйствовалъ „seinem vermuteten Rechte gemäss [1]), т. е. такъ, какъ онъ поступилъ бы съ этимъ имуществомъ, если бы оно дѣйствительно было его собственное. Ни за уничтоженіе имущества, ни за уменьшеніе его цѣнности не отвѣтственъ добросов. владѣлецъ. Вообще, не приходится говорить въ данномъ случаѣ о какой-либо его винѣ, ибо въ гражданскомъ правѣ не допускается вина индивидуума по адресу самого себя. Точно также нѣтъ отвѣтственности добр. влад. и за безмездное отчужденіе имущества, если только это нормальный даръ. Въ отношеніи послѣдняго обстоятельства могутъ возникнуть на практикѣ споры: они разрѣшаются судомъ по соображеніи индивидуальныхъ обстоятельствъ, съ принятіемъ во вниманіе нравовъ, обычаевъ и пр. Такъ напр., нельзя поставить на одну линію даръ благотворительному учрежденію и даръ дочери по случаю выхода замужъ. Во второмъ случаѣ исполненіе семейной обязанности можетъ быть уподоблено полученію эквивалента.

Всѣ плоды со времени ихъ отдѣленія, ископаемыя со времени добычи принадлежатъ добросовѣстному владѣльцу за время спокойнаго владѣнія, т. е. до начатія управомоченнымъ судебнаго спора о своемъ правѣ [2]). Добросовѣстный владѣлецъ не только не обязанъ возвратить уже полученные за періодъ такого спокойнаго владѣнія доходы, но имѣетъ право и на недополученные доходы (повременные платежи и др.), причитающіеся за этотъ періодъ. Добросовѣстный владѣлецъ оставляетъ имущество безъ невыгодныхъ для себя послѣдствій за самое владѣніе (иначе какой же онъ былъ „временный собственникъ“?). Онъ вправѣ

---

[1]) Schw. ZGB., Art. 938.

[2]) Онъ дѣлаетъ плоды своими—„siens“, Code civil, Код. Нап., 549, Dalloz, Dictionnaire pratique de droit, p. 1188.

отъ управомоченнаго, домогающагося возврата имущества, съ своей стороны потребовать уплаты за произведенныя необходимыя и полезныя затраты на имущество [1]), причемъ нѣкоторыя законодательства, напр., Швейцарское (но не наше), даютъ добросовѣстному владѣльцу право не возвращать имущества до покрытія этихъ расходовъ [2]). За другія издержки онъ на вознагражденіе притязать не вправѣ. Но все прибавленное и присоединенное къ имуществу, не имѣющее значенія необходимаго или полезнаго измѣненія, можетъ онъ взять обратно, насколько это осуществимо безъ значительнаго вреда для имущества. Однако, и въ этомъ случаѣ онъ обязанъ за свой счетъ привести имущество въ тотъ видъ, какой таковому присущъ былъ до присоединеній и прибавленій [3]). Если добр. влад. полу́чилъ плоды, онъ долженъ ихъ стоимость вычесть изъ требуемой отъ управомоченнаго суммы вознагражденія. Иначе это было бы недопустимымъ обогащеніемъ.

Иначе обстоитъ дѣло съ недобросовѣстнымъ владѣніемъ. Недобр. владѣлецъ отвѣчаетъ за гибель и поврежденіе вещи, освобождаясь только при наличности такихъ независящихъ обстоятельствъ, которыя не могутъ быть вмѣнены ему въ вину въ какомъ бы то ни было отношеніи. Нѣкоторые кодексы усиливаютъ эту отвѣтственность, возлагая ее на недобр. владѣльца и тогда, когда имущество погибло или повреждено вслѣдствіе случайнаго событія, развѣ будетъ доказано, что все это произошло бы отъ названнаго событія и при нахожденіи имущества во владѣніи собственника (управомоченнаго) [4]) Въ оправданіе приводятъ тотъ доводъ, что, завладѣвъ сознательно чужимъ имуществомъ, недобросовѣстный владѣлецъ тѣмъ самымъ принялъ на себя добровольно и весь рискъ за это имущество. Это въ принципѣ правильно, но въ категорической и безусловной формѣ такое предписаніе можетъ оказаться иногда черезчуръ ригористическимъ и несправедливымъ. Правильнѣе, въ концѣ концовъ, всѣ вопросы о послѣдствіяхъ гибели и поврежденія предмета въ данномъ случаѣ отдавать на разрѣшеніе суда по свободному усмотрѣнію, согласно конкретнымъ обстоятельствамъ [5]). Недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ

---

[1]) Рѣш. Гражд. 1875 г. № 455.

[2]) Schw. ZGB, Art. 939.

[3]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 900.

[4]) См. Пр. Гр. Улож., ст. 895, абз. 2.

[5]) Иллюстрація. Домъ, бывшій въ недобр. владѣніи, сгорѣлъ отъ пожара, начавшагося въ сосѣдней постройкѣ. Соб-

за ущербъ, получающійся для вещи вслѣдствіе виновнаго завладѣнія ею или невозможности возвратить ее управомоченному [1]). Правила о возмѣщеніи вреда и убытковъ находятъ себѣ соотвѣтственное общее примѣненіе, mutatis mutandis. За доходы, полученные недобр. владѣльцемъ съ имущества въ періодъ своего господства, онъ несетъ полную отвѣтственность такъ же, какъ и за тѣ доходы, которые по его винѣ не реализованы. Недобросовѣстный владѣлецъ не имѣетъ права требовать возврата расходовъ въ тѣхъ границахъ, въ которыхъ такое право принадлежитъ осуществляющимъ чужіе интересы примѣнительно къ предполагаемой волѣ собственника [2]). Нед. владѣлецъ можетъ домогаться возмѣщенія лишь такихъ расходовъ, которые неизбѣжны были для собственника (управомоченнаго).

По правиламъ о недопустимости незаконнаго обогащенія на чужой счетъ, какъ добросовѣстный, такъ равно и недобросовѣстный владѣлецъ обязаны вернуть все, полученное ими за имущество, какъ его эквивалентъ или часть стоимости. Сюда относятся, между прочимъ, продажная цѣна, такъ же, какъ и суммы, выданныя подъ залогъ или закладъ имущества (если послѣдніе не подлежатъ уничтоженію) [3]).

Что же представляютъ собою въ юриспруденціи владѣніе добросовѣстное и владѣніе недобросовѣстное, чѣмъ они отличаются другъ отъ друга? Положительное право на это отвѣта не даетъ, исходя изъ того, что это вопросъ фактическаго состава обстоятельствъ (guestio facti).

ственникъ дома утверждаетъ, что онъ застраховалъ бы домъ или же могъ бы отстоять его отъ огня со своими служащими и пр. Не всегда такія утвержденія являются рѣшающими, даже если они по существу вѣрны.

[1]) Ср. BGB, §§ 989, 990 и 992.

[2]) Zoll, Prawo Gyvilne, 1921, str. 71.

[3]) Однако, не всѣ законодательства въ одинаковой мѣрѣ разграничиваютъ между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ владѣніемъ. Изложенныя начала присущи главнымъ образомъ континентальному праву, въ томъ числѣ нашимъ дѣйствующимъ законамъ. Напротивъ, въ Англіи добросовѣстный владѣлецъ также обязанъ вернуть собственнику все, полученное за время владѣнія, какъ если бывъ дѣйствительности владѣлъ самъ собственникъ; никакой „фактическій“ владѣлецъ не можетъ разсчитывать на выгоды, плоды и доходы, будучи обязанъ таковые вернуть, со всѣми убытками. Англійское право исходитъ изъ того, что всѣ послѣдствія случайностей и эвентуальностей падаютъ въ данномъ случаѣне на собственника, а на лицо, незаконно владѣвшее чужимъ имуществомъ, по какой бы причинѣ послѣднее ни произошло.

Добросовѣстность и недобросовѣстность относятся къ психическимъ переживаніямъ, но послѣднія обнаруживаются во внѣ по конкретнымъ даннымъ и предположеніямъ (хотя и не всегда точно). Обычно добросовѣстные владѣльцы—это тѣ, которые получили имущество безъ вѣдома о неимѣніи ихъ праводателями права на передачу. Въ нашей дѣйствительности сюда присоединяется еще значительная категорія владѣющихъ имуществомъ (недвижимымъ) на основаніи неформальныхъ актовъ и договоровъ, непризнаваемыхъ закономъ достаточными для пріобрѣтенія права собственности. Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ, рождаемыхъ у насъ внѣшней неупорядоченностью землевладѣнія и нотаріата, владѣніе, само по себѣ не отвѣчающее закону, но въ то же время непротиворѣчащее волѣ управомоченнаго и съ ней согласное, можетъ быть признано добросовѣстнымъ [1]). Напротивъ, всякій, кто зналъ или даже въ состояніи былъ знать при требуемой отъ членовъ общества рачительности, что его владѣніе не находитъ въ себѣ оправданія ни въ самомъ законѣ, ни въ какомъ-либо серьезномъ актѣ, ни въ иныхъ юридически—релевантныхъ условіяхъ и можетъ быть въ любой моментъ прекращено, какъ неправомѣрное и самовольное, есть владѣлецъ недобросовѣстный. Самый фактъ возможности освѣдомиться о неправомѣрности владѣнія потому ставится въ минусъ владѣльцу, что правопорядокъ требуетъ строгой внимательности къ чужимъ правамъ и интересамъ. Понятно, какую важную роль при разрѣшеніи всѣхъ этихъ деликатныхъ вопросовъ играетъ справедливое судейское усмотрѣніе. Состояніе добросовѣстности не есть перманентное, оно можетъ измѣняться, превращаясь въ такомъ случаѣ въ недобросовѣстное, со всѣми проистекающими отсюда послѣдствіями (mala fides superveniens). Бываетъ ли положеніе, когда владѣніе, сначала недобросовѣстное, дѣлается потомъ добросовѣстнымъ? Теоретически это мыслимо, напр., захватчикъ имущества черезъ нѣкоторое время ошибочно вообразилъ, что онъ пріобрѣлъ это имущество по титулу наслѣдованія. Но право не можетъ признавать подобнаго, такъ сказать, самоаминистрированія недобросовѣстности, и болѣе подходящей для такого казуса является старая формула: quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescerее non potest. Другими словами, на поставленный вопросъ надлежитъ дать отрицательный отвѣтъ.

Со времени врученія владѣльцу повѣстки о вызовѣ въ судъ по иску управомоченнаго, добросовѣстность привлеченнаго во всякомъ случаѣ отпадаетъ, если дѣло окончится въ пользу истца. Самый вызовъ въ судъ долженъ возбуждать во владѣльцѣ сомнѣніе въ его добросовѣстности, побудить его къ осторожности въ обращеніи съ

[1]) См. рѣш. гражд. 1875 г. № 455.

имуществомъ, къ воздержанію отъ распоряженій, которыя могутъ нарушать законные интересы эвентуальнаго управомоченнаго, къ сохраненію для послѣдняго доходовъ и т. п. [1]).

Заключая очеркъ о владѣніи, отмѣтимъ, что подобно старому англійскому праву, дѣйствующій нашъ законъ упоминаетъ о владѣніи и о правѣ на владѣніе, отдѣльномъ отъ собственности. По прежней англійской доктринѣ, на данную вещь одинъ могъ имѣть the possession, второй—the right of possession, третій—the right of property. Нынѣ эта доктрина отброшена, и законъ знаетъ только the possession—владѣніе—и the right of possession—право на владѣніе, символизирующее собственность, ownership [2]). Хотя нашъ законъ продолжаетъ разграниченіе, но оно лишено внутренняго значенія: и у насъ существуетъ владѣніе собственника и владѣніе не-собственника, третье—право на владѣніе, какъ нѣчто самостоятельное, отличное отъ права собственности, на самомъ дѣлѣ никогда не имѣло серьезнаго содержанія и нынѣ его въ особенности не имѣетъ.

---

[1]) Пр. Гр. Ул., Объясненія, кн. 3, т. 1, 1902, стр. 538. X т. 1 ч. (стт. 523, 524) разграничиваетъ еще владѣніе законное и незаконное, понимая подъ первымъ, согласно толкованію юристовъ, владѣніе собственника, а подъ вторымъ—владѣніе того, кто пріобрѣлъ имущество установленнымъ въ законѣ способомъ, не сдѣлавшись, однако, собственникомъ. Законъ никакихъ дальнѣйшихъ выводовъ изъ этого разграниченія не дѣлаетъ, оставаясь въ этомъ отношеніи на почвѣ простой механичности и теоретичности. Пр. Гр. Ул. сохраняетъ это разграниченіе главнымъ образомъ „изъ побужденія законодательной этики". Въ наше время, указываютъ редакторы проекта, немало попытокъ со стороны разныхъ ученій отрицать основанія правъ вообще и собственности въ частности, почему и желательно, съ точки зрѣнія права, противуставить этимъ ученіямъ дальнѣйшее сохраненіе твердыхъ понятій о законности и незаконности фактическихъ отношеній (См. Объясн., кн. 3, т. I, 1902 г., стр. 464). Такой способъ укрѣпленія „законности" и „собственности" довольно примитивнаго свойства. Европейскія законодательства въ общемъ указаннаго разграниченія не знаютъ. Оно еще имѣло бы нѣкоторый резонъ тамъ, гдѣ для пріобрѣтенія по давности владѣнія требуется justus titulus, законное основаніе владѣнія, чего, во всякомъ случаѣ, нѣтъ у насъ. Указаніе 531 ст. X т. I ч. на защиту владѣнія всякаго, даже незаконнаго, имѣетъ историческое значеніе (Синайскій). Права и обязанности добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца разсматриваются обыкновенно сквозь призму отношеній незаконныхъ владѣльцевъ къ законнымъ, но

[2]) Chase, Blakstone's Commentaries on the laws of England, p. 374.

Ограниченіе собственности.

Независимо отъ того, что собственникъ можетъ стѣснить себя въ своемъ правѣ путемъ договоровъ и обязательствъ, при жизни и на случай смерти, создавая т. наз. автономныя ограниченія, цѣлый рядъ стѣсненій создается самимъ закономъ въ интересахъ общежитія: легальныя ограниченія. Римское право недружелюбно относилось къ легальнымъ ограниченіямъ собственности, ставя въ центръ своего вниманія интересы собственника и видя въ каждомъ умаленіи его права лишь крайнюю необходимость и исключеніе. Среднѣвѣковое право, напротивъ, широко черпало изъ правомочій собственника въ пользу отдѣльныхъ лицъ, сосѣдей, властителей и пр. Нынѣшнее право, проникаясь соціальной идеей, заставляетъ собственника удѣлять весьма многое изъ правомочій послѣдняго какъ отдѣльнымъ индивидуумамъ, такъ и всему обществу и государству. Это касается въ первую очередь недвижимостей въ виду особо важнаго значенія ихъ для коллектива (государства). Собственникъ подвергается ограниченіямъ со стороны предписаній полицейск., санитарныхъ и пр. При постройкѣ и содержаніи домовъ онъ долженъ руководиться правилами о мѣропріятіяхъ противъ пожаровъ, болѣзней, преступности, подъ страхомъ иной разъ лишиться своей собственности за неисполненіе [1]). Даже такъ называемое общественное благолѣпіе даетъ

и здѣсь требуется соотвѣтствующій коррективъ. Какъ было указано выше, управомоченный нерѣдко опирается самъ не на „законъ“, дающій ему право, а всего лишь на фактическое владѣніе, которое къ тому же можетъ быть и „недобросовѣстнымъ“. А, пользуясь отъѣздомъ Б, захватилъ участокъ послѣдняго и владѣетъ. С, имѣющій отъ Б неформальный актъ объ уступкѣ собственности, поселяется на участкѣ, какъ хозяинъ. Узнавъ объ этомъ, А предъявляетъ поссессорный искъ къ С, который, будучи добросовѣстнымъ владѣльцемъ, вынуждается отдать имѣніе недобросовѣстному владѣльцу А и нести всѣ послѣдствія. Границы „законности“ и „незаконности“ владѣнія достаточно расплываются... Именно наше право переноситъ центръ тяжести съ justus titulus на bona fides.

[1]) Однимъ изъ образцовъ такихъ велѣній закона является у насъ Уст. Строит., согласно которому въ городахъ: а) между каменными домами, прилегающими одинъ къ другому, надлежитъ строить брандмауэры, т. е. каменныя сплошныя стѣны, б) деревянныя жилыя помѣщенія должны отстоять отъ лѣвой границы двора и отъ задней границы на извѣстномъ разстояніи, стт. 192, 199 (Пр. Гр. Ул. предполагалъ вначалѣ обоб-

поводъ къ извѣстнымъ требованіямъ отъ собственнпка — окрашивать стѣны домовъ и магазиновъ въ опредѣленный цвѣтъ, убирать рухнувшія постройки и т. д. (Въ нѣкоторыхъ городахъ Европы существуютъ цѣлыя улицы съ одинаковымъ устройствомъ и съ одинаковой высоты домами, образующими одну сплошную живую изгородь улицы съ обѣихъ сторонъ). Собственникъ обязанъ считаться съ интересами другихъ собственниковъ, руководясь принципами т. наз. сосѣдскаго права, въ основѣ котораго лежитъ доброе сожитіе. Свыше обычной мѣры, принятой въ данной мѣстности и при данныхъ условіяхъ, собственникъ не можетъ пускать отъ своихъ владѣній дымъ или что-либо подобное (газы) на участокъ сосѣда, подымать необычный шумъ на своемъ участкѣ. Въ такомъ отношеніи заинтересованными бываютъ не только сосѣди, но даже и посторонніе, напр. прохожіе и проѣзжіе, но это уже интересъ общій, защищаемый иными мѣрами, нежели частно-правовое воздѣйствіе. Не вправѣ собственникъ такъ строиться на участкѣ, чтобы разрушать сосѣднія постройки, рыть особенно глубоко, подымать стѣны чрезмѣрно высоко и т. д. Законъ въ данномъ случаѣ не даетъ заранѣе никакихъ готовыхъ формулъ для разрѣшенія споровъ, предоставляя такимъ образомъ все суду.

Критеріемъ служитъ сочетаніе, на началахъ конкретной справедливости, интересовъ сторонъ и вмѣстѣ съ тѣмъ требованій общаго блага. Собственникъ напрасно сталъ бы противиться выстройкѣ большихъ зданій, сооруженій, фабрики, особенно въ мѣстахъ крупно населенныхъ, съ явной угрозой для находящейся вблизи ветхой и слабой постройки, но онъ вправѣ претендовать на принятіе возможныхъ мѣръ или на вознагражденіе. Само-собою разумѣется запрещеніе собственнику предпринимать такія дѣйствія на своемъ участкѣ, которыя клонятся спеціально къ причиненію вреда сосѣду (частный видъ шиканы).

Когда ограниченіе установлено въ общихъ интересахъ, налицо имѣется область отношеній публично-правовыхъ. Нашъ законъ говоритъ въ данномъ случаѣ о „правѣ участія общаго“. Право участія общаго не есть особое гражданское право, а представляетъ собою чистое ограниченіе собственника. Впрочемъ, это оспаривается. Прежде нѣ которые считались здѣсь со спеціальнымъ важнымъ правомъ „пользовщика“ (выраженіе по Далю). Нынѣ распространяется мысль о личномъ

щить и расширить эти правила, распространивъ ихъ, между прочимъ, также на деревню, но впослѣдствіи совершенно отказался отъ мысли о помѣщеніи подобной статьи въ гражданскомъ кодексѣ).

его правѣ. Контраверза по поводу этой послѣдней теоріи будетъ разгораться все сильнѣе и сможетъ, по нашему убѣжденію, дать положительные результаты лишь тогда, когда выяснятся въ своей сущности и предѣлахъ и будутъ приведены въ какую-либо систему личныя права индивидуума.

По разъясненію Сената, противъ нарушенія собственникомъ права участія общаго приходится прибѣгать къ содѣйствію только правительственныхъ учрежденій, на обязанности которыхъ возлагается забота о безпрепятственномъ использованіи этого „общаго участія". Въ случаѣ, когда преграждение проѣзда черезъ дорогу зависитъ отъ возведенной на ней постройки, охраненіе права участія общаго, по разъясненію Сената, должно выразиться въ распоряженіи подлежащей власти о сносѣ постройки, безъ возможности обращенія въ судъ. Точно также чины судоходнаго надзора могутъ въ законныхъ предѣлахъ устранять своими собственными распоряженіями препятствія, чинимыя судоходству береговыми владѣльцами или другими лицами. Всѣ дѣла, касающіяся предмета пользованія улицами и площадями, возбуждаемыя самими городскими общественными управленіями или частными лицами, а равно правительственными или иными учрежденіями подлежатъ разрѣшенію въ порядкѣ административномъ [1]). Административныя мѣста и административный судъ, гдѣ онъ имѣется, рѣшаютъ эти вопросы окончательно. Однако, изъ общаго пользованія подлежитъ выдѣленію особое частное право владѣльца участка, смежнаго съ тѣмъ участкомъ, на которомъ лежитъ общее пользованіе—Anliegerecht. Германская практика признаетъ это частное право и возможность защиты его судомъ. Правда, многіе юристы и противъ этого возражаютъ, находя, что у владѣльца смежнаго участка имѣется лишь особый экономическій интересъ, а не особое право. Но, именно, этотъ „особый экономическій интересъ" и въ состояніи дать основу для гражданскаго правопритязанія. Нашими законами охрана правъ смежныхъ владѣльцевъ на недвижимость общаго пользованія предоставлена административнымъ властямъ [2]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1906 г. № 39, 1886 г. № 9, рѣш. общ. собр. 1910 г. № 23, 1908 г. №3 9. Единственнымъ исключеніемъ изъ этой судебной практики является рѣш. 1870 г. № 414, въ которомъ Сенатъ призналъ, противно смыслу ст. 39 Уст. Гр. Суд., подвѣдомственнымъ мировому суду искъ объ открытіи проселочной дороги общаго пользованія, Вормсъ и Ельяшевичъ, Практ. и Теор. Ком., 2, стр. 343.

[2]) Прак. и Теор. Ком., 2, стр. 342. Такая охрана, по существу — наблюденіе за надлежащимъ исполненіемъ повинности. Поскольку при общемъ пользованіи

Общее пользованіе заключается въ проѣздѣ и проходѣ по дорогамъ, улицамъ, водянымъ путямъ и бечевникамъ и пр. Собственникъ участка, черезъ который пролегаетъ дорога общаго пользованія, не вправѣ затруднять чѣмъ бы то ни было пользованіе этой дорогой. Онъ можетъ эксплоатировать свой участокъ, извлекая изъ него всѣ выгоды, производить раскопку подъ дорогой, вынимать глину и др. предметы изъ нѣдръ, не препятствуя проходу и проѣзду, а когда дорога освободится, т. е. проѣзда и прохода больше не будетъ, собственникъ возстанавливается въ своемъ неограниченномъ обладаніи. Послѣднее представляется консеквенціей того генеральнаго начала, что стѣсненіе правъ собственника, — частнаго лица, государства или самоуправленія—въ пользу общую обусловлено лишь предѣлами надобности, по миновании которой отпадаетъ и ограниченіе. Собственникъ не долженъ препятствовать власти, завѣдующей дорогой, производить на ней работы и сооруженія, имѣющія цѣлью содержаніе, улучшеніе и исправленіе пути [1]). Вправѣ ли собственникъ противиться такимъ дѣйствіямъ на проходящей черезъ его участокъ дорогу общаго пользованія, которыя превышаютъ нормальный проѣздъ и проходъ, напримѣръ, автобусному сообщенію? Думается, что нѣтъ, ибо все дѣло сообщенія по такой дорогѣ подлежитъ вѣдѣнію административныхъ властей и ими регулируются цѣликомъ и самостоятельно. На рѣкахъ, каналахъ и озерахъ, составляющихъ водные пути сообщенія общаго пользованія, прибрежные собственники не могутъ затруднять ни въ какой мѣрѣ судоходство и сплавъ. Въ прежнее время кассаціонная практика разъясняла, что признаніе какой-либо рѣки судоходной или сплавной происходитъ каждый разъ согласно особому правительственному постановленію, „по убѣжденіи въ общей для промышленности надобности [2]). Впослѣдствіи Сенатъ измѣнилъ свой взглядъ и нашелъ, что дѣло не въ правительственномъ распоряженіи: „водный путь почитается открытымъ для общаго пользованія, коль скоро онъ въ естественномъ своемъ состояніи безъ особыхъ искусственныхъ приспособленій пригоденъ для производства по оному судоходства, сплава или гонки лѣса и дровъ“ [3]). Это указаніе ближе къ истинѣ

причиненъ вредъ пользовщику, послѣдній имѣетъ право на искъ въ судебномъ порядкѣ. Это касается общаго пользованія вообще (Гинсъ, Право на предметы общаго пользованія, 1925, стр. 41), но въ особенности—Anliegerecht.

[1]) Рѣш. гражд. 1889 г. № 6, 1882 г. № 90.

[2]) Рѣш. гражд. 1884 г. № 3, 1878 г. № 16.

[3]) Рѣш. гражд. 1906 г. № 39.

уже потому, что правительственныя распоряженія о которыхъ говорилось въ старыхъ рѣшеніяхъ, иногда необычайно трудно найти, а порою они вовсе не существуютъ. (Самая надобность можетъ быть не только промышленная, но и иная). Къ воднымъ путямъ, по толкованію Сената, относятся также морскія воды, безъ различія того, входитъ ли море цѣликомъ въ предѣлы государства или же простирается внѣ предѣловъ его,—а также заливы, бухты, рейды, гавани и порты, которые омываются морскими водами [1]). Всѣ эти водные пути требуютъ наличности такъ называемаго бечевника,—оставленія свободнымъ извѣстнаго пространства земли вдоль берега для бечевой тяги судовъ и плотовъ, выгрузки товаровъ и другихъ нуждъ судоходства. Содержаніе въ исправности бечевника относится къ вѣдѣнію Правительства (Министерства Путей Сообщенія). Обычно администрація опредѣляетъ каждый разъ и ширину бечевника, предоставляемаго собственникомъ [2]). Всякое произвольноепользованіе бечевникомъ, въ томъ числѣ устройство пристаней, не можетъ имѣть мѣста. По аналогіи съ бечевникомъ оставляется пространство земли для пристанища рыболововъ и для другихъ надобностей рыболовства на рѣкахъ, озерахъ, каналахъ, а также моряхъ, открытыхъ для вольнаго судоходства [3]).

Изъ изложеннаго вытекаютъ предѣлы права участія общаго. Это участіе всегда обусловливается дѣйствительной, реальной потребностью [4]). Съ одной стороны, пользовщикъ не долженъ производить дѣйствія, превышающія общія надобности, напр. прокладывать трубы, проводить проволоки и пр., ссылаясь на то, что для него эти дѣйствія необходимы, а для собственника безразличны, ибо на все это требуется прямое дозволеніе послѣдняго. Съ другой стороны, всякое отпаденіе или сокращеніе „общаго участія“ по какимъ бы то ни было причинамъ идетъ въ пользу собственника и его правъ.

Въ отличіе отъ перечисленныхъ ограниченій, имѣющихъ публичное свойство, ограниченія собственности въ пользу сосѣдей носитъ характеръ частно-правовой [4]). Послѣднія образуютъ „право участія частнаго“, по терминологіи нашего закона. Право участія частнаго можетъ быть отмѣняемо и измѣняемо соглашеніями заинтересованныхъ лицъ съ собственникомъ. Связанныя съ пр. уч. частн. ограниченія основываются на томъ, что, какъ правильно указываетъ Сенатъ, немыслимо

---

[1]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 30, 1903 г. № 101.

[2]) У насъ до 10 сажень, Уст. Пут. Сообщ., ст. 360.

[3]) См. Пр. Гр. Ул., ст. 785.

[4]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 129, X т. I ч., стт. 442 и сл.

было бы общежитіе безъ права сосѣдства — безъ обязанностей сосѣдей взаимно поступаться неограниченностью своего обладанія [1]). Такимъ образомъ здѣсь рѣчь идетъ не о какихъ-либо особыхъ частныхъ правахъ, какъ при сервитутахъ, а именно объ ограниченіи права собственности. Между тѣмъ практика всегда допускала смѣшеніе: сенатъ относилъ къ „участію частному“ (а не сервитутамъ) право владѣльца дома производить ремонтъ со стороны двора своего сосѣда, право поставить телефонные столбы по дорогѣ, пролегающей по землѣ смежнаго владѣльца [2]). Какъ и сервитутъ, право участія частнаго проявляется въ направленіи положительномъ — пользованіи собственника господствующей недвижимости и отрицательномъ—допущеніи этого пользованія собственникомъ обремененной недвижимости [3]). Но въ то время, какъ сервитутъ есть слѣдствіе соглашенія, право участія частнаго—правомочіе, создаваемое самимъ закономъ для частныхъ лицъ, но не черезъ нихъ. Въ этомъ грань между однимъ и другимъ.

Ограниченія правъ собственниковъ во взаимномъ пользованіи проточной водой—для собственныхъ надобностей, для надобностей сельскаго хозяйства и промышленности, для осушительныхъ и оросительныхъ цѣлей —касаются спеціальной области такъ называемаго воднаго права. Въ Россіи издавались правила о поземельныхъ отношеніяхъ въ такихъ мѣстностяхъ, гдѣ существуетъ искусственное орошеніе. При опредѣленіи взаимоотношеній собственниковъ въ данномъ случаѣ можно пользоваться, конечно, общеизвѣстными мѣстными обычаями [4]). Собственники имѣній, изъ которыхъ одно лежитъ выше, другое ниже, должны оставлять естественный ходъ проточной воды свободнымъ, безъ взаимнаго обремененія и съ устраненіемъ преградъ. Въ случаѣ надобности провести воду черезъ чужое имѣніе по трубамъ и каналамъ либо приставить какія-либо сооруженія къ бе-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1902 г. № 126.

[2]) Рѣш. гражд. 1893 г. № 90, 1899 г. № 57, 1913 г. № 36.

[3]) Рѣш. гражд. 1913 г. № 36, 1899 г. № 74, 1892 г. № 92, 1879 г. № 302.

[4]) Рѣш. гражд. 1879 г № 243.—X т. I ч. относитъ водное право къ праву участія частнаго, прим. 2 къ ст. 442. Изданный въ Литвѣ законъ объ осушкѣ земель даетъ право спуска воды на сосѣдніе участки, когда безъ этого обойтись невозможно или очень трудно. Установлены правила меліораціи, предусмотрѣно участіе администраціи (Министерства Земледѣлія), указаны способы взаимнаго вознагражденія собственниковъ за потери и убытки: законъ отъ 16 Декабря 1921 г., V. Ž. 1921 m. № 75.

регу этого имѣнія и пр., это допускается дѣлать съ принятіемъ во вниманіе справедливыхъ интересовъ собственника имѣнія. Никто не можетъ быть запертъ въ предѣлахъ своего участка такъ, чтобы не имѣть выхода къ сѣти общихъ дорогъ. Поэтому очутившійся въ подобномъ положеніи собственникъ вправѣ требовать отъ сосѣдей, за соотвѣтственное вознагражденіе и съ уваженіемъ ихъ справедливыхъ интересовъ, отведенія ему дороги черезъ ихъ владѣнія, поскольку это необходимо для нормальной эксплоатаціи участка (Notweg)[1]. На тѣхъ же основаніяхъ (съ учетомъ интересовъ и съ вознагражденіемъ) могутъ быть прокладываемы газовыя трубы, электрическіе провода надъ землей и подъ землей. Воспрещается дѣлать скатъ крыши, а также направлять нечистоты и проч.—на участокъ сосѣда, строить печи, конюшни, помойныя ямы на такомъ разстояніи отъ сосѣда, чтобы препятствовать ему пользоваться его участкомъ. Собственникъ вправѣ, если это ему дѣйствительно мѣшаетъ, вырвать корни чужого дерева на своемъ участкѣ и сорвать перевѣшивающіяся на таковой вѣтви чужого дерева, забравъ даже въ свою пользу находящіеся на нихъ плоды—überhängende Aeste[2]. Воспрещается устраивать окна, просвѣты и балконы на дворъ или крышу сосѣда въсвоемъ домѣ, если послѣдній находится на границѣ сосѣдняго участка. Но когда приняты мѣры къ обезпеченію сосѣда отъ риска и неудобствъ, наприм., имѣются на окнахъ желѣзныя рѣшетки для огражденія отъ проникновенія на сосѣдніе участки и стекла сдѣланы изъ непроницаемаго для глазъ матеріала (особыхъ свѣтлыхъ кирпичиковъ), то указанный запретъ не дѣйствуетъ[3].

---

[1]) BGB § 917 f, Code civil, Код. Нап. 682, (съ нѣкоторыми измѣненіями во Франціи по закону 20 août 1881). Schw. ZGB, Art. 694 Čech. Slov., § 335, X т. 1 ч., стт. 448—451. Das vordere Gut gibt dem hinteren Weg und Steg.

[2]) Čech. Slov., § 336.

[3]) Праву участія частнаго придавалось у насъ столь большое значеніе, что законъ не прочь былъ даже ввести особый искъ о защитѣ этого права, по аналогіи съ владѣльческимъ искомъ, съ тѣмъ, чтобы по иску о защитѣ участія частнаго разсматривались также только фактическія отношенія, чтобы и этотъ искъ былъ личнымъ искомъ и предъявлялся, какъ и владѣльческій искъ, въ теченіе года, въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ. Эту попытку, только попытку, можно констатировать въ статьяхъ 29 и 34 Уст. Гражд. Судопр. Законъ 15 іюня 1912 г. замѣнилъ въ ст. 29 Уст. Гражд. Судопр. слова „иски о правѣ участія частнаго“ словами „иски о нарушеніи права уча-

Перечислить всѣ виды ограниченія собственника по началамъ сосѣдскаго права представляется и невозможнымъ и ненужнымъ. Хотя нѣкоторые кодексы, даже новѣйшіе, силятся дать такое перечисленіе,— но оно всегда оказывается только примѣрнымъ, и суду приходится дополнять его. Чѣмъ руководствуется судъ въ этомъ случаѣ? Мѣстными обычаями и обыкновеніями, сравнительной важностью интересовъ, добрыми нравами, моралью, справедливостью. Къ этому сводится сущность сосѣдскаго права.

Пара иллюстрацій послужитъ къ разъясненію сказаннаго. Нѣкоторые кодексы содержатъ правило, что недозволяется на участкѣ рыть такъ глубоко, что сосѣдній участокъ теряетъ необходимое равновѣсіе, развѣ бы роющій озаботился о безопасности сосѣдняго участка[1]). Но, скажемъ, ставятся холодильные склады для нуждъ мѣстнаго населенія, отъ чего грозитъ опасность фундаменту сосѣдняго деревяннаго дома: можно ли остановить работы, если фундаментъ не поддается укрѣпленію? Едва ли. Выше была рѣчь объ этомъ въ связи съ ограниченіями собственности вообще и было указано извѣстное право терпящаго стѣсненіе собственника на вознагражденіе. Такое вознагражденіе

стія частнаго", чѣмъ какъ будто еще болѣе подчеркнулъ тенденцію сближенія этихъ исковъ съ владѣльческими. Къ счастью, однако, все это не достигло цѣли. „Къ счастью" потому, что созданіе еще особой владѣльческой защиты „участія частнаго" привело бы къ излишнимъ компликаціямъ, которыя далеко не окупились бы выгодами такихъ исковъ (практика ими мало дорожитъ). Что попытки о которыхъ здѣсь говорится, не удались, видно изъ того, что фактически законъ все же трактуетъ о нарушеніи „права" участія частнаго, стало быть рѣчь совершенно не можетъ итти о какомъ-либо фактическомъ состояніи. Такого же взгляда и Ельяшевичъ, по мнѣнію котораго иски о правѣ участія частнаго—иски петиторные, а не поссессорные и подвѣдомственны мировой юстиціи по тому, главнымъ образомъ, основанію, что требуютъ мѣстнаго изслѣдованія, Право участія частнаго и его защита, 1914, стр. 17, 4 19 и сл. Contra В. Л. Исаченко, считающій, неправильно, данные иски такими же владѣльческими, какъ и иски о нарушеніи владѣнія. Въ виду того, что въ Литвѣ дѣла о недвижимости подвѣдомственны, по цѣнѣ иска, мировымъ судьямъ, искъ о нарушеніи права участія частнаго—вещный искъ—предъявляется у мирового судьи въ теченіе года на всякую сумму, а по истеченіи этого срока—лишь въ предѣлахъ подсудности. (Остальное относится къ процессу).

[1]) BGB, § 909, Пр. Гр. Ул., § 69, Schw. ZGB, Art. 685.

обязанъ выдать и хозяинъ холодильниковъ: для собственниковъ во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣется нѣчто напоминающее по результатамъ принудительное „отчужденіе“. Нѣкто, строя, захватилъ случайно клочекъ земли сосѣда—слѣдуетъ ли снести все зданіе, можетъ быть многоэтажное, въ угоду собственнику сосѣдняго застроеннаго участка (Ueberbau)? Отвѣтъ дается самой постановкой вопроса. Денежная сумма будетъ удовлетворительной компенсаціей для потерпѣвшаго, безъ надобности разрушать, развѣ бы судъ констатировалъ особые интересы и обстоятельства, требующіе иного поведенія. Редакторы Пр. Гр. Ул. основательно требуютъ, чтобы судъ при разрѣшеніи данныхъ споровъ проявилъ въ числѣ прочаго „должное уваженіе къ праву собственности“. Такимъ образомъ суть не въ томъ, чтобы множить нормы сосѣдскаго права и создавать казуистику, яркимъ примѣромъ которой являются постановленія X т. I ч. Законъ долженъ формулировать только самыя общія положенія, которыя наполнитъ конкретнымъ содержаніемъ жизнь и разумная практика [1]).

Общая собственность.

Вещь можетъ принадлежать не одному, а двумъ или нѣсколькимъ собственникамъ: общая собственность.

Condominium, общая собственность получается или помимо воли участниковъ, какъ результатъ судебнаго рѣшенія, случайнаго совпаденія —общей находки, соединенія вещей, или въ силу соглашенія, когда два или нѣсколько лицъ пріобрѣтаютъ совмѣстно какую-либо вещь. Одинъ изъ видовъ общей собственности первой категоріи возникаетъ, между прочимъ, тогда, когда два участка оказываются раздѣленными и внезапнымъ появленіемъ между ними полосы, вала и пр.: на вновь образовавшееся пространство земли создается condominium собственниковъ этихъ участковъ, развѣ бы изъ внѣшнихъ признаковъ или знаковъ вы-

[1]) Нѣкторыя общія директивы такого рода даетъ Schw. ZGB, 684 гласитъ: Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller Einwirkung auf das Eigentum des Nachbars zu enthalten. Art. 693, Čechoslow. § 399. Въ остальномъ, однако, и Schw. ZGB. держится тутъ системы перечисленія. Также и Čecho-Slov. Особенности этихъ двухъ кодексовъ въ томъ, что они считаютъ нужнымъ подчеркнуть возможность измѣненія въ отдѣльныхъ случаяхъ взаимоотношеній сосѣдей по участкамъ при наступившихъ впослѣдствіи новыхъ обязательствахъ, Schw. ZGB, Art. 693, Čecho-Slow. § 339.

текало заключеніе, что новообразованіе принадлежитъ исключительно какому-либо одному собственнику. Такъ именно разрѣшается вопросъ по существу общей собственности, такъ разрѣшаетъ его expressis verbis германское и англійское право [1]). Въ виду указанной двойственности нѣкоторое различіе между тѣмъ и другимъ видомъ общей собственности должно существовать въ правѣ. Однако, во многихъ кодексахъ различіе это не проводится, и по отношенію къ общимъ видамъ кондоминіума дѣйствуютъ совершенно одинаковыя правила. Общая собственность бываетъ: дѣлимая по частямъ (общая полоса земли) и недѣлимая, когда каждому сособственнику принадлежитъ идеальная доля во всемъ предметѣ (половина дома). Общая собственность можетъ быть еще болѣе интимнаго характера, какъ напр. общая собственность супруговъ— Gemeinschaft zur gezamten Hand. Въ этомъ случаѣ каждый участникъ имѣетъ право не на долю, а на цѣлую вещь, наряду съ другими участниками [2]). Въ нашемъ правѣ этотъ послѣдній видъ общей собственности лишенъ практическаго значенія (и въ дальнѣйшемъ изложеніи въ виду не имѣется) [3]).

Сущность общей собственности заключается въ томъ, что каждый изъ соучастниковъ имѣетъ равное право на каждую часть цѣлаго предмета и равную долю въ обязанностяхъ по отношенію къ предмету, если нѣтъ указаній—въ договорѣ, завѣщаніи, самомъ законѣ – на иное соотношеніе. Каждому собственнику вещь принадлежитъ въ умственной долѣ, такъ что раздѣляется, какъ характерно поясняетъ Св. Пр., „лишь одно содержаніе права“ [4]).

---

[1]) BGB, §§ 821, 922, Schuster, The principles of German civil law, 1907, p. 390.

[2]) BGB § 1437, Schw. ZGB., Art. 652. Ср. Св. Приб., ст. 927 п. 3, запрещающій такой видъ собственности, по общему правилу; однако для супруговъ иначе: ст. 79.

[3]) Оригинальнымъ видомъ общей собственности является домъ, раздѣленный вертикально на нѣсколько явственныхъ частей, подъ общей крышей, съ общимъ дворомъ. Отдѣльные этажи или отдѣльныя квартиры дома могутъ принадлежать разнымъ лицамъ (см. выше). Во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣется довольно сложная юридическая конструкція. Повидимому, эти лица обладаютъ самостоятельными правами на части дома или квартиры и, за вычетомъ этого, общей собственностью на весь домъ съ принадлежностями.

[4]) Ст. 927, Синайскій, Основы гражданскаго права, в. II, 1926, стр. 65.

Въ виду общности правомочій участникъ condominium'a долженъ пользоваться вещью такъ, чтобы не нарушать правъ остальныхъ участниковъ. Поэтому, напр., занятіе сособственникомъ въ общемъ домѣ квартиры противъ воли другихъ сособственниковъ неправомѣрно и влечетъ, по требованію послѣднихъ, выселеніе. Предполагается взаимное уваженіе правъ со стороны лицъ, соединенныхъ между собою общностью обладанія.

Управленіе общимъ имуществомъ совмѣстное: каждый сособственникъ отдѣльно можетъ производить только такіе акты управленія, которые при данныхъ условіяхъ оказываются необходимыми и неизбѣжными для сохраненія имущества или же являются обычными дѣйствіями, какъ забота о древесныхъ насажденіяхъ и пр. При отсутствіи согласія по поводу существенныхъ способовъ управленія спорные вопросы, по логикѣ вещей, должны разрѣшаться по большинству голосовъ, исчисляемому соотвѣтственно размѣру долей [1]).

Въ отдѣльности собственникъ управомоченъ дѣйствовать, когда требуется охранить общую вещь отъ посягательствъ со стороны третьихъ лицъ. Такъ какъ членъ condominium'a по идеѣ имѣетъ на вещь цѣлостное право, которое ограничивается только правомъ прочихъ сособственниковъ, то ему принадлежитъ недѣлимое притязаніе на выдачу вещи, кѣмъ либо-постороннимъ присвоенной, на возстановленіе нарушеннаго владѣнія вещью, на снятіе съ нея неправильно положеннаго ареста (contra Литовскій Верховный Трибуналъ) и т. п.

Дѣйствія распорядительнаго свойства,—отчужденіе или обремененіе предмета общей собственности, требуютъ согласія всѣхъ участниковъ [2]). Распоряженіе одного участника можетъ имѣть силу настолько, насколько оно санкціонируется спеціальными законами (напр. постановленіями о товариществахъ), гдѣ таковыя имѣются. У насъ этихъ спеціальныхъ зако-

---

[1]) Такъ предписываетъ BGB, § 745, Пр. Гр. Ул., ст. 818, Schw. ZGB, § 647. Однако X т. I ч. чуждо это правило: дѣйствія по управленію требуютъ у насъ общаго согласія, ст. 554. Сенатъ разъяснилъ, что согласіе собственника должно имѣть въ виду не вредъ, а пользу имущества, что всякій отказъ есть отвѣтственный актъ, въ случаѣ невыгодности его для общаго имущества, рѣш. 1880 № 274, 1887 г. № 29, а пререканія по этому поводу подлежатъ разрѣшенію Суда, 1891 г. № 113. См. также Пр. Гр. Ул., Объясненія, кн. 3, т. I, 1902, стр. 276. Однако, все это неудовлетворительно для устраненія возникающихъ споровъ, столь частыхъ и острыхъ.

[2]) BGB, § 747, X т. I ч., ст. 546.

новъ нѣтъ. Устанавливаемое нѣкоторыми кодексами запрещеніе соучастнику отчуждать и обременять не только цѣлую вещь, но и часть ея безъ общаго согласія представляется излишнимъ, какъ само собою разумѣющееся[1]).

Во всѣхъ случаяхъ, когда требуется согласіе сособственника, оно можетъ быть явно выраженное или молчаливое, конклюдентное.

Каждый соучастникъ вправѣ отчудить свою идеальную долю, не испрашивая согласія другихъ соучастниковъ[2]) Можетъ быть продана съ публичныхъ торговъ идеальная доля соучастника за его долги. Соучастникъ заинтересованъ личностью другихъ соучастниковъ: свободная перемѣна лицъ могла бы отразиться на его выгодахъ, экономически или морально. Поэтому соучастникъ имѣетъ право преимущественной покупки отчуждаемой постороннему (но не между собою и не съ публичныхъ торговъ) доли. Это право—Vorkaufsrecht—личное, не вещное. Нарушеніе его не препятствуетъ переходу права собственности, а создаетъ лишь притязаніе на возмѣщеніе вреда и убытковъ[3]). Какъ строго личное право, право имущественной покупки неотчуждаемо и не переходитъ по наслѣдству[4]).

Слѣдуетъ замѣтить, что право преимущественной покупки, именно, въ виду указанныхъ тѣсныхъ предѣловъ его дѣйствія, на практикѣ имѣетъ маловажное значеніе. Поэтому новѣйшіе кодексы этого права не устанавливаютъ, оговаривая, съ другой стороны, что участникъ общей собственности можетъ распоряжаться своей долей настолько, насколько этимъ не нарушается право другого участника[5]). Они даютъ суду широкое право усмотрѣнія при рѣшеніи спора сторонъ объ отчужденіи доли, въ достаточной мѣрѣ гарантируя этимъ права сособственниковъ.

Естественный выходъ изъ общей собственности — это раздѣлъ, либо по соглашенію участниковъ, либо по закону черезъ судъ. Право раздѣла вытекаетъ отъ того, что, допуская вступленіе въ общую собственность, законъ допускаетъ и выступленіе изъ нея, не понуждая

---

[1]) Не вправѣ сособственникъ, безъ согласія другихъ собственниковъ, настолько измѣнить предметъ condominium'a, чтобы получилась новая вещь, Dalloz, Dictionnaire pratique de droit, p. 1186.

[2]) Рѣш. гражд. 1903 г. № 142.

[3]) Рѣш. Гражд. 1835 г. 103, 559, Пр. Гр. Улож., Объясненія, кн. 3, т. I, 1902, стр. 304.

[4]) BGB § 514, также у насъ.

[5]) Čecho-Slov. § 411, ср. Schw. ZGB. Art. 648, Abs. 1.

самъ никого къ общности и не давая другому права на понужденіе кого-либо къ этому. Быть въ общей собственности или не быть (и домогаться выдѣла)--дѣло свободнаго самоопредѣленія каждаго. Если сособственникъ самъ не ограничилъ себя срокомъ, то требовать отъ него, чтобы онъ вѣчно пребывалъ въ общей собственности вопреки своему желанію, не представляется резона. По ученію Сената, судебный раздѣлъ примѣняется только при наслѣдованіи, въ случаѣ же пріобрѣтенія имущества въ общую собственность по купчимъ или другимъ подобнымъ актамъ общіе собственники какъ бы заранѣе отказались отъ дѣлежа и потому не могутъ обращаться въ Судъ за раздѣломъ[1]). Это своеобразное рѣшеніе полно произвольныхъ допущеній и совершенно не соотвѣтствуетъ жизненнымъ условіямъ. Почему, пріобрѣтая въ общую собственность имущество, участники тѣмъ самымъ должны отказаться навсегда отъ раздѣла? Чѣмъ отличается въ этомъ отношеніи наслѣдованіе,—напр., отъ дара при жизни? Развѣ общая собственность не можетъ быть „вынужденной“ и въ другихъ случаяхъ, кромѣ наслѣдованія? Наконецъ, если вначалѣ у пріобрѣтателей и было предположеніе обладать постоянно сообща, то развѣ основаніе къ раздѣлу, и притомъ весьма уважительное, не можетъ возникнуть впослѣдствіи? Съ теченіемъ времени Сенатъ нѣсколько отступилъ отъ своего ригористическаго взгляда, допустивъ исковое ходатайство о раздѣлѣ, если въ договорѣ или актѣ пріобрѣтенія не выражено отказа отъ права раздѣла и если общее имущество по свойству своему можетъ быть раздѣлено[2]). Между тѣмъ, какъ разъ дѣйствительность отказа отъ права раздѣла стоитъ подъ большимъ сомнѣніемъ: Сенатъ также въ этомъ вопросѣ допустилъ, надо думать, погрѣшность. Право раздѣла настолько естествнное право для участниковъ общей собственности, что предварительное соглашеніе о непользованіи имъ едва ли можетъ оставаться въ силѣ. Европейскіе кодексы допускаютъ договоръ объ отказѣ отъ раздѣла лишь на извѣстный предѣльный срокъ. (5 лѣтъ) [3]). Безсрочный отказъ отъ права раздѣла переступалъ бы предѣлы допустимаго для индивидуума отреченія отъ своихъ основныхъ правомочій и могъ бы оказаться въ противорѣчіи съ правами личности.

Раздѣлъ производится по началу: что допускаетъ дѣленіе, дѣлится, а въ остальномъ призывается на помощь денежный уравнитель.

---

[1]) Рѣш. гражд. 1871 г. № 32.

[2]) Рѣш. 1876 г. № 255.

[3]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 826, Cod. Civil, Код. Нап., 815 (2), Schw. ZGB., Art. 650, Abs.

Могутъ быть устанавливаемы при раздѣлѣ сервитуты и ограниченія (дорога). Въ случаѣ надобности производится продажа имущества съ публичнаго торга [1]).

Поощряя всякого рода соединенія, какъ акціонерныя общества, товарищества и пр., организуемыя для постоянныхъ цѣлей, законъ относится безъ сочувствія къ простой общей собственности [2]). И это не потому, какъ думаютъ нѣкоторые, что „современная тенденція гражданско-правого общества, основаннаго на принципѣ собственности индивидуальной, не благопріятна для института общей собственности [3]). На самомъ дѣлѣ оборотъ одинаково, если не больше, благопріятствуетъ общей собственности, которая,—когда она протекаетъ нормально—, представляется развитіемъ не только имущественныхъ, но и личныхъ силъ индивидуума (jus fraternitatis). Но скептическое отношеніе закона къ общей собственности находитъ свое основаніе, повидимому, въ другомъ обстоятельствѣ чисто эмпирическаго характера, а именно, въ свидѣтельствѣ опыта о легкости возникновеніи споровъ и недоразумѣній по общей собственности (condominium mater rixarum). Въ борьбѣ съ послѣднимъ обстоятельствомъ нѣкоторые кодексы додумываются даже до того, что въ случаѣ роковыхъ недоразумѣній между сособственниками назначается судомъ особый завѣдывающій для управленія общей собственностью, въ интересахъ участниковъ. Нашъ законъ не идетъ такъ далеко въ опекѣ надъ сособственниками. Не имѣетъ нашъ судъ требуемаго простора при разграниченіи правъ собст-

---

[1]) X т. I ч. по образцу франц. права, Cod. Civil. Код. Нап., 815 и сл., устанавливаетъ техническія правила судебнаго раздѣла лишь для наслѣдственнаго имущества: ст. 1317 и сл. По X т. I ч. раздѣлъ наслѣдства совершается въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства. Охранительный порядокъ непримѣнимъ къ раздѣлу не—наслѣдственному. Что касается судебнаго раздѣла не-наслѣдственной вещи, то и таковой допущенъ по ученію практики, но только въ формѣ иска (безъ давности). Разъ практика пошла на эту уступку, то очевидно, что даваемыя закономъ о наслѣдственномъ раздѣлѣ общія директивы фактическаго распредѣленія могутъ имѣть примѣненіе mutatis mutandis и въ исковомъ дѣлѣ о раздѣлѣ не—наслѣдственнаго condominium.

[2]) См. Пр. Гр. Ул., Объясненія, кн. 3, т. I, 1902 г., стр. 260, тамъ-же ссылка на ст. 313 прежняго Полож. о вз. гражд.

[3]) Синайскій, Основы гражданскаго права, II, 1926 г., стр. 64 и сл.

венниковъ, при фиксированіи способовъ эксплоатаціи имущества и т. д. Что же касается раздѣла, то юристы склонны видѣть въ немъ осуществленіе „конечной цѣли—отдѣльной собственности, которая содѣйствуетъ и свободѣ личности и общему благу". Если это и не безспорная максима, то все же надо ожидать отъ закона всяческаго содѣйствія раздѣлу общей собственности, при чемъ и тутъ должно быть представлено значительное поле усматрѣнія—freies Ermessen—суду. При этомъ не должны быть упущены изъ виду также законные интересы третьихъ лицъ.

Пріобрѣтеніе права собственности.

Способъ пріобрѣтенія права собственности есть первоначальный, когда право собственности зарождается въ данномъ лицѣ самостоятельно, безъ перехода отъ другихъ лицъ, и производный, — когда это право возникаетъ по преемству. Во второмъ случаѣ право собственности пріобрѣтается, по общему правилу, вмѣстѣ со всѣми обремененіями, лежащими на имуществѣ, чего нѣтъ при пріобрѣтеніи первоначальномъ. Часто не легко опредѣлить, имѣемъ ли мы дѣло съ первоначальнымъ или произвольнымъ способомъ. Такъ бываетъ, между прочимъ, при экспропріаціи и отбираніи земель для нуждъ аграрной реформы [1]).

Производные способы пріобрѣтенія права собственности.

Переходъ права собственности на движимыя вещи совершается путемъ различныхъ актовъ и договоровъ: купли, даренія и пр. Но этимъ дѣло не исчерпывается. Въ то время, какъ нѣкоторые считаютъ

---

[1]) Такъ какъ при земельной реформѣ имущество берется для общественныхъ нуждъ высокой важности и во имя послѣднихъ, то трудно говорить о какомъ-либо гражданскомъ правопреемствѣ. Никакія другія правоотношенія между государствомъ, отбирающимъ землю въ аграрный фондъ и дѣйствующимъ въ качествѣ субъекта публичного права, съ одной стороны, и прежнимъ собственникомъ, съ другой, по существу не создаются, кромѣ обязанности вознагражденія, имѣющаго также характеръ не столько уплаты принудительно-договорной цѣны, сколько мѣры удовлетворенія за потерю. Лежащія на имуществѣ обремененія, арендные контракты и пр. погашаются государствомъ по тому же началу удовлетворенія потерь частныхъ лицъ. Въ Литвѣ эти выводы можно сдѣлать, вникая въ смыслъ соотвѣтствующихъ постановленій Закона о земельной реформѣ отъ 29 марта 1922 г., между прочимъ, вступительной вставки,ст. 53 объ уничтоженіи арендныхъ договоровъ, статей 57—64 о способахъ вознагражденія—и другихъ.

достаточнымъ оконченный договоръ или оконченное обязательство для перехода права собственности на движимость, по примѣру римскаго права, остальные признаютъ необходимой еще и передачу вещи—традицію. Традиція предполагаетъ врученіе вещи съ намѣреніемъ, чтобы получатель превратился въ собственника. Переходъ собственности по однимъ соглашеніямъ болѣе простъ, но влечетъ за собою часто крупныя осложненія по неуловимости момента перехода, болѣзненно отражаясь на правахъ третьихъ лицъ, между тѣмъ какъ традиція придаетъ переходу черты внѣшней очевидности и крѣпости. Въ большинствѣ современныхъ кодексовъ передача составляетъ необходимое условіе перехода права собственности на движимости [1]). По Австрійскому кодексу само заключеніе договора создаетъ только притязаніе на отдачу вещи и на уплату цѣны, собственность же переносится съ момента передачи. Французское право пріурочиваетъ переходъ права собственности на движимость къ моменту соглашенія [2]). Нынѣшнее Польское право измѣнило эти нормы и перешло всецѣло на точку зрѣнія „традиціи“ [3]). На почвѣ нашего права вопросъ споренъ, но есть основаніе принять господствующую на Западѣ точку зрѣнія „традиціи“ [4]).

Традиція совершается прежде всего фактической передачей владѣнія вещью (traditio longa manu) между присутствующими или

---

[1]) BGB, § 929, Abs. 1, Пр. Гр. Ул., ст. 839, Schw. ZGB, § 714, Čecho-Slov., § 397.

[2]) Code civil, Код. Нап., 1138, а также ст. 1583, считающая продажу совершившейся, коль скоро послѣдовало согласіе о предметѣ, цѣнѣ, „хотя бы предметъ и не былъ еще переданъ“.

[3]) Zoll, prawo cyvilne, 1921, str. 81.

[4]) X т. I ч., впрочемъ, достаточно осложняетъ вопросъ. Цѣлый рядъ статей указываетъ на пріобрѣтеніе права собственности передачей имущества: 707, 991, 992, 1378, 1386, 1510, 1523. Съ другой стороны, ст. 1531 предписываетъ, при продажѣ, уклоняющагося отъ передачи продавца понуждать къ тому судомъ (по требованію покупщика), стало быть, разсуждаютъ нѣкоторые юристы, право собственности пріобрѣтается уже съ момента заключенія договора. Нужно согласиться, что цѣль ст. 1531 болѣе скромная, а именно: утвердить возможность принужденія нарушителя договора къ исполненію такового, см. Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912 г., стр. 289. Сенатъ первоначально горячо отстаивалъ именно французскую точку зрѣнія, но впослѣдствіи сталъ склоняться въ отдѣльныхъ случаяхъ къ противоположному взгляду: рѣш. гражд. 1884 г. № 6, 1885 г. № 27. Въ одномъ изъ послѣднихъ рѣшеній по вопросу о принудительныхъ мѣ-

же отдачей ея по назначенію, указываемому отсутствующимъ пріобрѣтателемъ. Символическая передача владѣнія — врученіе ключей, закладного свидѣтельства, ломбарда, провозныхъ документовъ —также вполнѣ достаточна. Сюда же относится установка знаковъ, напр. клеймъ на деревьяхъ въ лѣсу. Если вещь уже находится почему-либо у пріобрѣтателя, то имѣетъ мѣсто traditio brevi manu, т. е. традиція совершается путемъ одного соглашенія о передачѣ, ничего больше не требуется. То же, если вещь и послѣ традиціи должна оставаться у передающаго (constitutum possesorium): въ этомъ случаѣ мѣняется, такъ сказать, основаніе пребыванія вещи—вмѣсто собственности, наприм., получается наемъ.

Традицію совершаетъ собственникъ вещи, а не кто либо иной: nemo in alium plus juris transferre potest, quam ipse habet. По римскому праву собственникъ виндицировалъ вещь, гдѣ бы ее ни находилъ: ubi rem meam invenio ibi vindico. Пріобрѣвшій вещь отъ не-собственника честнымъ путемъ, qui bona fide emit possessionemque ex ea cusa nactus est, имѣлъ только пріоритетъ передъ другими, худшими владѣльцами, но не передъ собственникомъ. Принципъ былъ слѣдующій: простой владѣлецъ предпочитается невладѣльцу, титулованный (cum titulo) владѣлецъ — простому, а собственникъ — всѣмъ [1]). Однако, цѣлый рядъ изъятій ослабляетъ это правило въ настоящее время. Не можетъ быть отобрана вещь у добросовѣстно пріобрѣвшаго ее, хотя бы не отъ собственника, а отъ такого лица, которому послѣдній только довѣрилъ вещь или которому она досталась инымъ путемъ. Все это въ предположеніи, что вещь не выбыла отъ собственника путемъ уголовно-наказуемаго дѣянія, иначе общественный интересъ подавитъ частный. По отношенію къ третьимъ лицамъ владѣлецъ движимости считается собственникомъ, и потому традиція, совершенная такимъ владѣльцемъ, должна разсматриваться, въ указанныхъ выше условіяхъ, равносильной передачѣ самымъ собствен-

---

рахъ взысканія Сенатъ остановился на способахъ укрѣпленія правъ собственности вообще и призналъ, что для пріобрѣтенія права собственности необходима „передача движимаго имущества или денегъ“, рѣш. гражд. 1909 г. № 58. Точно также Латвійскій сенатъ признаетъ по X т. 1 ч. основаніемъ перехода права собственности на движимостьпередачу—priekšmeta nodošanu jeguveja rokas—Senata civila Kasacijas Departamenta spriedumi 1921 g. № 12.

[1]) Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, 1874, S. 28.

никомъ [2]). Полученіе движимости при посредствѣ органовъ власти на публичныхъ торгахъ, аукціонахъ составляетъ praesumtio juris et de jure добросовѣстности: покупщикъ пріобрѣтаетъ въ этомъ случаѣ вещь независимо отъ того, кто ея настоящій собственникъ, на основаніяхъ, какъ и всякій другой добросовѣстный пріобрѣтатель. Еще строже это правило дѣйствуетъ для денегъ и бумагъ на предъявителя, держатель

---

[1]) BGB, §§ 932, 935. На почвѣ французскаго права оперируютъ въ данномъ отношеніи съ выраженнной въ законѣ формулой, приравнивающей владѣніе движимостью, если оно добросовѣстное (см. опред. IX Деп. Сената 1875 г. № 15, у Ставскаго, Гражд. Законы Царства Польск., т. I, 1905 г. стр. 527, Dalloz, Dictionaire pratique de droit, p. 1065, № 35) правооснованію: — „en fait de meubles la possession vaut titre", Code civil, Код. Нап., 2279. Такъ какъ оспаривать право владѣльца движимой вещи допускается, по разъясненію практики, лишь въ ограниченныхъ предѣлахъ, именно, когда онъ обязанъ вернуть вещь по личному иску или же обладаетъ ею по деликту либо квази-деликту, Dalloz ib, № 34, то въ большинствѣ случаевъ подобный владѣлецъ оказывается забронированнымъ противъ постороннихъ притязаній. Названная формула франц. права перенесена и въ нашъ дѣйствующій законъ, именно, въ ст. 534 X т. I ч , гласящую: „движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ",—съ добавленіемъ „доколѣ противное не будетъ доказано". Послѣднее значительно обезцѣниваетъ самую идею. Фактъ владѣнія движимостью знаменуетъ у насъ только видимость права и играетъ роль нынѣ лишь въ опредѣленныхъ отношеніяхъ (при распредѣленіи бремени доказыванія на судѣ, при описи и арестѣ по взысканіямъ и при нѣкоторыхъ иныхъ положеніяхъ). Однако, наша практика не отвергаетъ возможности добросовѣстнаго пріобрѣтенія собственности на движимую вещь отъ не-собственника. Рѣш. гражд. 1884 г. № 6: „Если только движимость поступила отъ хозяина въ постороннее владѣніе не вслѣдствіе кражи или иного преступленія, то хозяинъ не вправѣ требовать отобранія этой движимости отъ третьяго лица, купившаго таковую добросовѣстно отъ владѣльца ея, хотя бы послѣдній продалъ таковую противу воли хозяина". См. также рѣш. гражд. 1880 г, №№ 291, 302, 303. Большинство кодексовъ даетъ виндикаціонный искъ противъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя собственнику украденныхъ и потерянныхъ вещей, BGB, § 1007, Abs. 2 Пр. Гр. Ул., ст. 774, Code civil, Код. Нап., 2279. Указаніе на „потерю" практически немного прибавляетъ, но принципіально правильно и послѣдовательно. Тотъ же смыслъ имѣютъ ст. 923 Св. Приб. и § 347 Čecho-Slov.

которыхъ въ отношеніи дѣйствительности совершенной имъ передачи вполнѣ и безусловно уподобляется собственнику [1]), а вопросъ объ иномъ „правомочномъ" собственникѣ совершенно подыматься не можетъ.

Въ общемъ, защита добросовѣстности въ нынѣшнее время идетъ такъ далеко, что есть тенденція формулировать генеральный принципъ (безъ ограниченій): пріобрѣвшій движимую вещь bona fide отъ кого бы то ни было становится собственникомъ, если эта вещь находилась въ владѣніи отчудившаго [2]).

Несомнѣнно, первоначальные корни изложеннаго начала защиты добросовѣстности надо искать въ торговлѣ, которая, по самому духу своему, ставитъ непоколебимость пріобрѣтеній, совершенныхъ въ доброй вѣрѣ, выше вытекающаго изъ собственности порядка [3]). Но это начало, мало по малу, внѣдряется и въ гражданскую жизнь, какъ надежный оплотъ общаго оборота, способствуя поддержанію и укрѣпленію послѣдняго.

При такомъ положеніи настоящій собственникъ можетъ оказаться „ограбленнымъ" во имя покровительства честности и добросовѣстности, однако онъ какъ будто бы долженъ пенять на себя: вещь ускользнула изъ его рукъ скорѣе всего по его оплошности, неосмотрительности, дѣловой неумѣлости! Но вотъ налицо кража или грабежъ. Кто виноватъ? Не само ли государство, не сумѣвшее оградить собственника отъ преступленія? Общественность вопіетъ о возстановленіи нарушеннаго порядка: собственность торжествуетъ надъ всѣми прочими интересами, вещь виндицируется.

---

[1]) Zoll, Prawo ciwilne, 1921, str. 83.

[2]) Schw. ZGB, Art. 714, Abs. 2. Добросовѣстность означаетъ въ изложенныхъ отношеніяхъ, что пріобрѣтателю, не было извѣстно и не могло быть извѣстно, что уступившій ему вещь на самомъ дѣлѣ права отчужденія не имѣлъ. Такъ какъ принадлежащія государству вещи отчуждаются на основаніи точныхъ законовъ, невѣдѣніемъ которыхъ никто, по общему правилу, отговариваться не можетъ, то принципъ добросовѣстнаго пріобрѣтенія отъ несобственника по отношенію къ этимъ вещамъ имѣетъ фактически болѣе ограниченное примѣненіе. Однако, провозглашеніе генеральнаго начала, что „государственныя учрежденія вправѣ виндицировать всякій предметъ, выбывшій неправильно изъ ихъ обладаніи, даже отъ всякаго добросовѣстнаго пріобрѣтателя", было бы чрезмѣрной, недопустимой привиллегіей для казны.

[3]) Cp. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 127.

Англійское право даетъ рядъ своеобразныхъ нормъ по данному предмету. Между прочимъ, вещь купленная на аукціонѣ, рынкѣ, въ магазинѣ — market overt — виндицируется, если установлено, что у собственника она была украдена (Sale of Goods Act. 1893), въ противоположность континентальному — въ томъ числѣ и нашему — праву, допускающему въ этомъ случаѣ изъятія. Даже бумаги на предъявителя могутъ быть въ Англіи виндицированы у банкира или мѣняльщика, если была публикація о потерѣ и держатель не обратилъ на нее вниманія. Украденныя бумаги на предъявителя возвращаются собственнику отъ всякаго пріобрѣтателя, не исключая добросовѣстнаго (Bill of Exchange Act. 1882) [1]. Во всемъ прочемъ Англія признаетъ право законнаго пріобрѣтенія за лицомъ, получившимъ вещь, хотя и отъ продавца съ дефективнымъ титуломъ, но въ доброй вѣрѣ [2], Англія знаетъ цѣлый рядъ иногда довольно мелкихъ презумпцій въ этомъ отношеніи. Такъ, принимается во вниманіе, что вещь куплена въ открытомъ магазинѣ изъ главныхъ, а не изъ заднихъ дверей, и пр. Конечно, англійскіе судьи умѣютъ использовать всѣ эти правовые ньюансы для дѣловой и справедливой постановки взаимоотношеній.

То, что для движимости есть традиція, для недвижимостей это — укрѣпленіе. Въ виду особой роли, какая до сихъ поръ приписывается недвижимости, устанавливается крѣпостной или ипотечный способъ перехода послѣдней, чѣмъ имѣется въ виду создать условія твердости гражданскаго оборота. Сущность этой системы заключается въ томъ, что недвижимость со всѣми принадлежностями, ограниченіями, служебностями и т. д., какъ единое цѣлое, фигурируетъ въ книжной записи и въ такомъ же видѣ посредствомъ соотвѣтственныхъ отмѣтокъ переносится отъ лица къ лицу по волеизъявленіямъ при жизни и на случай смерти. Такимъ образомъ, при переходѣ недвижимости, кромѣ юридическаго основанія или титула—продажи и пр.—неизбѣжно еще совершеніе крѣпостной или ипотечной записи. Нѣкоторыя законодательства (Германское) допускаютъ возможность одного заявленія сторонами вотчиннымъ установленіямъ о состоявшемся соглашеніи относительно внесенія въ вотчинныя книги. Другія, въ томъ числѣ и дѣйствующій въ б. Сувалкской губерніи Вотчинный уставъ 1818 г.,

---

[1]) На континентѣ (также у насъ) спеціальныя правила, статуты и уставы рѣшаютъ вопросъ иначе, а именно, въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя бумаги на предъявителя, украденной у собственника (не говоря уже объ утерянной имъ).

[2]) Schuster, The principles of German civil law, 1907, p. 399.

требуютъ предварительнаго акта. Послѣдній совершается сторонами въ оффиціальномъ учрежденіи (у Нотаріуса, въ ипотечной канцеляріи), затѣмъ утверждается (старшимъ Нотаріусомъ) или вносится въ ипотечныя книги[1]). По совершеніи первоначальнаго акта участники уже не вправѣ отъ него произвольно отказываться, сторонѣ управомоченной предоставляется просить объ утвержденіи акта (внесеніи въ ипотечныя книги), но до этого собственность остается у отчуждателя[2]).

Приходится упомянуть какъ о системѣ „ипотечной", дѣйствующей въ областяхъ прежней Польши, такъ и о существующей у насъ системѣ „крѣпостной".

Ипотечныя книги ведутся соотвѣтственными ипотечными учрежденіями. Запись производится на основаніи постановленія ипотечнаго суда, но согласно ходатайству. Всякій собственникъ имѣетъ свой листъ въ книгѣ (реальное начало).[3]) Ипотечныя книги состоятъ изъ трехъ частей: договорной книги, собранія документовъ, пріобщенныхъ къ договорной книгѣ, и ипотечнаго указателя[4]). Старшинство записи, при наличности нѣсколькихъ просьбъ о внесеніи, считается по моменту, когда подана въ ипотечный судъ просьба: prior tempore potius jure. То, что записи дѣлаются по распоряженію ипотечнаго суда,

---

[1]) Въ виду того, что во время войны въ Литвѣ Нотаріусы во многихъ мѣстахъ выѣхали, былъ изданъ впослѣдствіи законъ о признаніи въ судебно-исковомъ порядкѣ крѣпостными тѣхъ домашнихъ актовъ на недвижимость, которые совершены были въ мѣстѣ, гдѣ отсутствовали нотаріусы и по причинамъ военныхъ событій, если въ этихъ актахъ принимали участіе лица, занимающія общественныя должности или вообще общественные дѣятели: Įstatymas 1919 m. Rugpiučio 18 d. „Участіе" названныхъ лицъ Литовскій Верховный Трибуналъ понимаетъ весьма широко и льготно (какое бы то ни было, не только въ качествѣ свидѣтелей, но и въ качествѣ составителей документа).

[2]) При наличности акта неформальнаго можно домогаться путемъ иска внесенія акта въ ипотечныя книги, рѣш. гражд. 1896 г. № 10, но никакой искъ не допускается о внесеніи акта въ крѣпостныя книги старшаго Нотаріуса.

[3]) По Германской системѣ отдѣльный листъ дается каждому имуществу, такъ что при наличности у собственника нѣсколькихъ недвижимостей ему отводится нѣсколько листовъ. Это облегчаетъ третьимъ лицамъ ознакомленіе съ юридическимъ положеніемъ имущества въ статикѣ и динамикѣ.

[4]) Ст. 14 Ипотечнаго Устава 1918 г.

гарантируетъ ихъ вѣрностъ. Ипотечныя книги ведутся публично, т. е. открыты для каждаго, такъ что всякій долженъ, въ случаѣ спора, считаться освѣдомленнымъ о правовомъ состояніи имущества. Ипотечнымъ книгамъ присущи матеріальная явность и публичная достовѣрность. Съ одной стороны, запись въ книгахъ есть необходимое общее условіе пріобрѣтенія права собственности на недвижимость [1]). Съ другой стороны, дѣйствуетъ презумпція, что запись отражаетъ истинное положеніе, что правомочіе соотвѣтствуетъ тому, что записано [2]). Эти два принципа приводятъ къ ряду важныхъ послѣдствій. Кто не озаботился внесеніемъ въ ипотеку своего права, стѣсненъ въ осуществленіи такового: онъ не можетъ, хотя бы фактически обладалъ имѣніемъ, охранять его владѣльческимъ искомъ, если оно ипотековано за другими [3]), не въ состояніи совершать распорядительные акты. Наконецъ, можетъ онъ и совершенно лишиться этого имѣнія, будучи вынужденъ уступить мѣсто другому, успѣвшему внести запись въ свою пользу. Zoll приводитъ такой примѣръ. А записанъ собственникомъ, В пріобрѣлъ право собственности по давности владѣнія. С, объ этомъ не зная, купилъ у А имѣніе и сдѣлалъ запись въ ипотечной книгѣ: собственность В отпадаетъ [4]). Всякій пріобрѣтатель, дѣйствовавшій добросовѣстно и на основаніи имѣвшейся ипотечной записи, получитъ имущество безповоротно, чѣмъ

---

[1]) При наслѣдованіи, экспропріаціи, принудительномъ исполненіи и судебномъ рѣшеніи управомоченный получаетъ право собственности, въ видѣ исключенія, еще до внесснія въ ипотечныя книги, но распоряжаться имѣніемъ онъ можетъ лишь по внесеніи. Schweiz ZGB, § 656 Abs. 2. Предполагается, что общеизвѣстность, которая создается книгами, въ перечисленныхъ случаяхъ гарантируется въ достаточной мѣрѣ гласностью перехода.

[2]) Ипотечный Уставъ 1818 г., ст. 30, рѣш. гражд. 1899 г. № 114.

[3]) Schw. ZGB, contra-Zoll, Prawo civilne, 1921, str. 89.

[4]) Западная Европа знаетъ, впрочемъ, только т. наз. книжную давность, т. е. давность съ помощью ипотечной записи. Эта давность имѣетъ примѣненіе, наприм., когда кто нибудь, будучи записанъ въ ипотечную книгу, но не обладая надлежащимъ титуломъ, провладѣетъ давностный срокъ: онъ станетъ собственникомъ безспорнымъ, хотя къ этому еще не привела ипотечная книга. См. Бернгефтъ и Колеръ, Гражданское право Германіи, 1910, стр. 124.

нарушается и въ отношеніи недвижимости древній принципъ nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet [1]). Могутъ быть споры и иски объ уничтоженіи записей въ ипотечной книгѣ, разбираемые судомъ. Принимаются письменные протесты противъ произведенныхъ записей, заносимые въ ипотечныя книги и игращіе роль впослѣдствіи при разрѣшеніи вопроса о добросовѣстности пріобрѣтенія [2]).

При крѣпостной системѣ актъ совершается у нотаріуса (любого), а затѣмъ утверждается Старшимъ Нотаріусомъ того судебнаго округа, гдѣ имущество находится [3]). Старшій Нотаріусъ удостовѣряется въ подлинности и законности акта, совершеннаго нотаріусомъ и представляемаго въ выписи изъ актовъ послѣдняго [4]), дѣлаетъ отмѣтку объ утвержденіи на выписи и пріобщаетъ выпись къ крѣпостной книгѣ, отмѣчая объ этомъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Это и есть утвержденіе. При

---

[1]) Ср. Бернгефтъ и Колеръ, Гражданское право Германіи, 1910, стр. 127.

[2]) Во Франціи дѣйствуетъ законъ объ ипотекѣ 23 марта 1855 г., модицифированный и пополненный послѣдующими узаконеніями, въ общемъ немногимъ отличающійся отъ изложенныхъ въ текстѣ положеній (интересующихся отсылаю къ подробному изложенію въ статьѣ Mačys, Ypoteka, jos pagrindai ir santvarka, Teisė, 1927, p. 29 ir sek.). По германскимъ порядкамъ ипотечныя книги ведутся общинными органами, или же (въ Пруссіи) нисшими судами. Акты, содержащіе заявленія о записи, должны быть совершены или засвидѣтельствованы оффиціальнымъ образомъ. Не всѣ событія, порождающія право собственности, вносятся въ книги, нѣкоторыя, какъ напр., принудительный переходъ имѣнія, обходятся безъ этого. По дѣйствующимъ въ быв. Сувалской губерніи законамъ, предварительный актъ совершается у нотаріуса (Нот. Пол., ст. 241) и вносится затѣмъ въ ипотечную книгу особымъ ипотечнымъ отдѣленіемъ при окружномъ судѣ. Если актъ совершенъ нотаріусомъ, не имѣющимъ пребыванія въ мѣстѣ, гдѣ находится ипотечное отдѣленіе, къ которому относится данная недвижимость, то актъ долженъ быть предварительно утвержденъ предсѣдателемъ Окружного суда,. То же, когда недвижимость вовсе не значится въ ипотечныхъ книгахъ и запись, связанную съ актомъ, приходится дѣлать въ первый разъ. Внесенныя въ ипотечныя книги права пріобрѣтаютъ вещный характеръ, не внесен-

[3]) Нотар. Полож. Ст. 157 и сл.

[4]) Суд. Уст. съ изложеніемъ разсужденій, 1867 г., ч. III, стр. 362.

покупкѣ съ публичнаго торга вся эта процедура замѣняется тѣмъ, что опредѣленіе суда объ укрѣпленіи имѣнія представляется Старшему Нотаріусу, который совершаетъ актъ, отмѣчая его въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Такимъ образомъ получается купчая крѣпость при куплѣ, раздѣльный актъ при раздѣлѣ, и данная крѣпость при пріобрѣтенія съ публичнаго торга, по давности и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ[1]). Принципъ записей, какъ и при ипотечной системѣ, реальный, т. е. каждому имѣнію отводится отдѣльный листъ, въ который и записывается правовое состояніе имѣнія, принадлежность, ограниченіе и всѣ наступающія перемѣны. Недостатки дѣйствующей крѣпостной системы общеизвѣстны и весьма сильно чувствуется въ жизни. О нихъ упомянуто въ изданномъ въ 1896 г. Проектѣ Вотчиннаго Устава [2]). Совершеніе актовъ въ двухъ различныхъ мѣстахъ, у нотаріуса, а затѣмъ у Старшаго Нотаріуса, объяснялось отчасти особыми русскими условіями, между прочимъ, дальностью разстояній между уѣздами, съ одной стороны, и городами, въ которыхъ имѣются окружные суды, съ другой.

ныя суть только отношенія, обязывающія участвующихъ лицъ. Каждой недвижимости ведется отдѣльная книга, къ которой прилагаются всѣ нужные документы. Постороннія лица осматриваютъ записи лишь съ разрѣшенія секретаря ипотечнаго отдѣленія, при чемъ послѣдній предварительно убѣждается, что справка данному лицу дѣйствительно нужна для законныхъ цѣлей. Внесенная запись считается достовѣрной для третьихъ лицъ. Если записанный собственникъ уступитъ свое право одному лицу, а затѣмъ другимъ лицамъ, то право собственность пріобрѣтается тамъ, чье право внесено въ ипотечныя книги, а если права всѣхъ внесены, то право пріобрѣтаетъ тотъ, съ кѣмъ актъ ранѣе совершенъ (Mačys, cit, p. 17). Въ книги вносятся какъ самыя ограниченія и обремененія недвижимости, такъ и ихъ измѣненіе и уничтоженіе. Отсутствіе гласности и общедоступности записей—негативная черта этой системы. (Такая черта, впрочемъ, присуща и германскому закону, который также требуетъ отъ желающаго ознакомиться съ записями доказательства наличности къ тому законнаго интереса). Но и излишній формализмъ записи подвергается справедливой критикѣ въ ипотечной системѣ б. Сувалкской губ. Точно также правильно указывалось, что въ ипотечныя книги должны заноситься всѣ права, откуда бы они ни вытекали—изъ договора, закона или иныхъ основаній (нынѣ въ этомъ отношеніи господствуетъ полная неустойчивость).

[1]) Ст. 1165 Уст. Гражд. Судопр., 158 Нот. Пол.

[2]) Т. 1, стр. 18 и сл.

Сосредоточеніе обоихъ актовъ въ одномъ учрежденіи (какъ при ипотечной системѣ) упрощаетъ и удешевляетъ все производство. Недостаточная выясненность „существа и послѣдствій укрѣпленія“ и, между прочимъ, неопредѣленность момента, съ какого начинается пріобрѣтеніе права собственности, отзывается болѣзненно въ судебной практикѣ [1]). Отсутствіе гласнаго и публичнаго производства вліяетъ не только на права третьихъ лицъ, которыя часто при этомъ порядкѣ пріобрѣтаютъ только призракъ права, въ дѣйствительности не существующаго, но и на интересы самого собственника и его кредитъ. Крѣпостныя книги лишены начала явности и общей достовѣрности, т. е. тѣхъ основъ, на которыхъ главнымъ образомъ и долженъ покоиться оборотъ недвижимостей. Напротивъ, ипотечная система, созданная и развитая европейской практикой, проникнутая судебнымъ контролемъ, послѣдовательная и логичная, создала увѣренность и твердость въ гражданскомъ оборотѣ, обезпечивая въ достаточной мѣрѣ и частные интересы и общій правопорядокъ. При ипотечной системѣ не можетъ быть тѣхъ постоянныхъ ошибокъ и недоразумѣній, а подчасъ и хаоса, которые составляютъ отличительную особенность „крѣпостного“ порядка.

Первоначальные способы пріобрѣтенія права собственности.

Путемъ овладѣнія пріобрѣтается вещь, никому не принадлежащая или отъ которой собственникъ отказался. Такъ какъ по общему правилу, имущества никому въ отдѣльности не принадлежащія, составляютъ достояніе государства [2]), то въ государствѣ почти нѣтъ безхозяйныхъ ве-

---

[1]) Сенатъ противорѣчиво связывалъ переходъ права собственности то съ вводомъ во владѣніе, нынѣ совершенно потерявшимъ значеніе, то съ внесеніемъ акта въ крѣпостную книгу, то съ передачей утвержденнаго акта пріобрѣтателю. Иногда проводится сомнительная теорія раздвоенія момента перехода права собственности, а именно, по отношенію къ участникамъ онъ считается со дня совершенія акта у Нотаріуса, а по отношенію къ третьимъ лицамъ – со дня утвержденія (М. Винаверъ). При продажѣ съ публичныхъ торговъ, какъ учитъ Сенатъ, съ момента опредѣленія суда объ укрѣпленіи переходитъ къ покупщику право собственности, но съ обратной силой со дня торга, а передать имущество другому лицу и распорядиться покупщикъ можетъ лишь со дня выдачи данной (см. Синайскій, Русское Гражданское право, в. 1, 1918, стр. 168).

[2]) 406 ст. X т. 1 ч., ср. Čecho Slov., § 360.

щей въ обычномъ смыслѣ, особенно нѣтъ безхозяйныхъ недвижимостей, которыми можно было бы овладѣть. Весьма мало вещей выбрасывается собственникомъ: многое изъ того, что раньше оставлялось собственникомъ, какъ негодное, при нынѣшнемъ производствѣ идетъ въ дѣло, развѣ бы вещь дѣйствительно не имѣла никакой цѣны [1]). Главный контингентъ вещей, подпадающихъ подъ jus primi

[1]) Имущество военнаго непріятеля не подлежитъ болѣе свободному захвату. Оно можетъ быть взято по правиламъ международнаго и внутренняго военнаго права, при чемъ отъ захвата совершенно свободно достояніе не—комбатантовъ. Завладѣніе имуществомъ непріятеля внѣ установленныхъ правилъ или захватъ вещей невооруженнаго гражданина составляетъ не только гражданское правонарушеніе, но и тяжкое уголовное преступленіе. См. Пр. Гр. Ул., Объясненія кн. 3, т. I, 1902, стр. 397. Что касается конфискаціи—Fronung—, т. е. отнятія государствомъ предметовъ частной собственности въ видѣ наказанія лица за совершенное послѣднимъ преступленіе извѣстнаго рода, какъ государственная измѣна, или же въ связи съ враждебнымъ государству дѣйствіемъ этого лица, какъ служба въ непріятельскихъ войскахъ, то таковая конфискація, въ видѣ общей мѣры, отмѣняется нынѣ повсемѣстно. Конфискація несправедлива, больно затрагиваетъ интересы неповинныхъ людей (семьи и постороннихъ лицъ) и не отвѣчаетъ гражданскому чувству. Конфискація исчезаетъ изъ уголовныхъ кодексовъ. Во всякомъ случаѣ, она можетъ быть мѣрой самого исключительнаго свойства, въ переходное время. См. нѣчто сходное съ конфискаціей въ Литовскомъ законѣ о земельной реформѣ (Žemės Reformos Įstatymas, § 1, pp. d ir c., Žemes Reformos pakeitimas iš 1924 m. balandžio 14 d.), по которому отбирается, между прочимъ, земля гражданина въ томъ случаѣ, если онъ самъ или его наслѣдодатели служили въ мятежныхъ и непріятельскихъ войскахъ либо дѣйствовали активно противъ независимости Литвы (о чемъ упомянуто было выше). Конфискація другого характера, такъ называемая частная или отдѣльная, т. е. отбираніе орудій и плодовъ преступленія, запрещенныхъ къ изготовленію и распространенію предметовъ и пр., вполнѣ нормальна, какъ вытекающая изъ юридическихъ послѣдствій преступленія, Уг. Ул., § 36, Герм. Str. GB, § 40 (а также изъ правилъ спеціальныхъ уставовъ — акцизнаго и пр.). Обращеніе предметовъ конфискацій въ казну происходитъ по общимъ нормамъ пріобрѣтенія путемъ овладѣнія, Aneignungsrecht. Конфискуемые предметы суть тѣ, которые „in der Regel . . . dem Täter gehören“, Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 156, но они могутъ принадлежать и другому лицу: важно, что они исключительно приспособлены къ совершенію уголовнаго дѣянія.

occupantis — это дикія животныя и дикія птицы, а также рои пчелъ, рыба. Дикія животныя безхозяйны, какъ неподчиненныя ничьему господству, пока они находятся на свободѣ. Прирученные звѣри и птицы, дикія животныя и птицы въ зоологическихъ садахъ, рыба въ прудахъ не суть herrenloss. Пойманный или вообще находящійся in custodio звѣрь становится безхозяйными, когда оказывается на волѣ, развѣ бы хозяинъ неотступно и безъ перерыва его прослѣдовалъ [1]). Голуби, отлетѣвшіе отъ хозяина къ другому вмѣстѣ съ голубями послѣдняго, составляютъ собственность послѣдняго (согласно обычаю). Собственность на дикихъ животныхъ и птицъ путемъ овладѣнія въ состояніи пріобрѣсти только тотъ, кто имѣетъ право охоты въ данномъ мѣстѣ (Васьковскій). Убившій звѣря въ запретное для охоты на такихъ звѣрей время не получаетъ права собственности. Все это потому, что никто не можетъ извлечь правовыхъ выгодъ изъ своихъ незакономѣрныхъ дѣйствій [2]). Въ согласіи съ изложеннымъ, если кто либо при случайной встрѣчѣ съ опаснымъ дикимъ животнымъ убьетъ его, хотя бы и на чужой землѣ, онъ пріобрѣтаетъ право собственности [3]).

Res nullius составляетъ рыба, добытая ловлей въ морѣ или въ такомъ озерѣ, которое не составляетъ частной собственности, но отнюдь не въ рѣкѣ—въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ она соприкасается съ землями частныхъ собственниковъ: на рѣкахъ какъ судоходныхъ, такъ и несудоход-

---

[1]) Ср. BGB, § 960, Schweiz. ZGB, § 719.

[2]) При уступкѣ охотникомъ такого звѣря другому лицу, незнавшему о происхожденіи предмета, можетъ ли это лицо, стать собственникомъ по аналогіи съ добросовѣстнымъ пріобрѣтеніемъ отъ не-собственника? Представляется болѣе правильнымъ отрицательный отвѣтъ, а если требуется аналогія, то ее можно видѣть скорѣе въ передачѣ вещей, добытыхъ уголовно-наказуемымъ дѣяніемъ.

[3]) См. Пр. Гр. Ул., ст. 856, абз. 2: О пчелахъ Пр. Гр. Ул. постановляетъ слѣдующія правила: Пчелы принадлежатъ собственнику улья и онъ вправѣ преслѣдовать ихъ на чужой землѣ съ обязанностью вознаградить собственника земли за происшедшій отъ того убытокъ. Пчелинный рой, вылетѣвшій изъ улья, становится безхозяйнымъ, если собственникъ немедленно не приступилъ къ преслѣдованію его или отказался отъ преслѣдованія. Безхозяйныя пчелы становятся собственностью того, кто ихъ поймаетъ и помѣстить въ свой улей. Собственникъ вправѣ запретить ловлю безхозяйныхъ пчелъ на своей землѣ, подъ угрозой отобранія себѣ пойманныхъ пчелъ и взысканія вознагражденія за убытки. Стт. 857 и 858. Эти нормы Проектъ основываетъ главнымъ образомъ на дѣйствующихъ у насъ обычаяхъ (по Пахману).

ныхъ рыбная ловля принадлежитъ исключительно собственникамъ береговъ. Къ безхозяйнымъ вещамъ относится также жемчугъ и другіе предметы въ морской глубинѣ и въ озерахъ, не состоящихъ въ частной собственности: все это предоставляется въ „невозбранное для всѣхъ пользованіе“ [1]). Право требуетъ при occupatio наличности дѣйствительнаго обладанія предметомъ. Одной погони человѣка за дикимъ звѣремъ или захвата ускользающей вещи недостаточно для пріобрѣтенія путемъ завладѣнія. (см. выше).

Отъ овладѣнія слѣдуетъ отличать обрѣтеніе вещей, составляющихъ находку или кладъ. При находкѣ хозяинъ вещи существуетъ, но владѣніе имъ утрачено [2]). Находка влечетъ пріобрѣтеніе права собственности находчикомъ, если хозяинъ не обнаружится въ теченіе установленнаго закономъ времени. Въ противномъ случаѣ нашедшій имѣетъ только право на вознагражденіе [3]). Находка предполагаетъ случайность потери, т. е. то, что вещь оставлена, забыта, безъ воли сохранить ее или скрыть (Побѣдоносцевъ). Случайность должна быть съ той и съ другой стороны. Если съ одной стороны было намѣреніе положить вещь или съ другой взять вещь со знаніемъ, что она положена, то неимѣется находки [4]). Нѣтъ находки, когда у кого-либо выпалъ предметъ, а другой тутъ же его поднялъ, ибо такой предметъ еще не выбылъ изъ обладанія хозяина. Вещь не считается потерянной въ томъ случаѣ, если она украдена, хотя бы похититель потомъ обронилъ ее случайно или нарочно (contra Шершеневичъ) [5]). Не признаются

---

[1]) Правила о рыбѣ и жемчугѣ изложены въ т. XII св. зак., т. X ч. 2, Уст. Сельск. Хоз.: см. стт. 490 и 1053. Предметы, „падающіе съ неба“—метереолиты—законъ 1898 г., X т. ч. I стт. 410[1], признаетъ государственной собственностью, такъ что частная occupatio этихъ вещей невозможна.

[2]) Это большей частью собственникъ, но можетъ быть и лицо, владѣющее на другомъ основаніи.

[3]) Въ средніе вѣка находка причислялась къ государственнымъ регаліямъ.

[4]) Дѣло Мантейфеля I Общ. Собр. Сен. 1869 г., см. у Побѣдоносцева, Курсъ Гражданскаго права, ч. I, 1896, стр. 429. Мантейфель, прибывъ въ Петергофъ, поставилъ на улицѣ у забора свой саквояжъ, пошелъ кликнуть извозчика, а когда онъ вернулся, оказалось, что вещь взяли, какъ находку, прохожіе.

[5]) Воръ бросилъ украденную вещь на лѣстницѣ полицеискаго управленія, гдѣ ее поднялъ проходившій: Сенатъ отвергъ находку, рѣш. гражд. 1877 г. № 29.

находкой предметы, оставленные или забытые въ предѣлахъ чьего-либо custodium'a, въ чьемъ—либо домѣ, учрежденіи, въ театрѣ, у швейцара. Schw. ZGB говоритъ въ данномъ случаѣ о находкѣ in einem behwonten Hause oder in einer dem öfentlichen Gebrauch oder Verkehr dienenden Anstalt [1]). Русская судебная практика сюда причисляла пароходы, вагоны станціи, вокзалы и пр. [2]). Такое расширеніе понятія кустодіума встрѣтило справедливое возраженіе (Шершеневичъ, Тютрюмовъ). Извѣстны случаи, когда даже прохожіе, нашедшіе вещи между рельсами трамвая, лишались правъ на находку по тому, едва ли правильному, соображенію, что сторожа должны осматривать рельсы и утерянныя пассажирами вещи сдавать на храненіе.

Нашъ законъ постулируетъ, по разъясненію сената, еще неизвѣстность хозяина. Прочія законодательства этому обстоятельству значенія не придаютъ [3]).

---

[1]) Art. 720, Abs. 3.

[2]) Рѣш. гражд. 1902 г. № 51, 1897 г. № 16.

[3]) Code civil, Код. Нап., 717 (2), BGB, § 965, Schw. ZGB, Art. 720. Сенатъ неизмѣнно настаивалъ на признакѣ безвѣстности хозяина, требуя, чтобы находчикъ не только не зналъ, но и не могъ знать личность потерявшаго. Такая неизвѣстность должна быть въ моментъ находки, но не обязательна и впослѣдствіи, когда будутъ приняты мѣры къ розыску или когда сама вещь неожиданно укажетъ на хозяина. Рѣш. гражд. 1911 г. № 19. Надо сказать, что были указанія въ русской юридической литературѣ на то, что ст. 538 X т. I ч., упоминающая о неизвѣстности хозяина находки, относится только къ такой находкѣ, которая ведетъ къ пріобрѣтенію собственности, но не касается другихъ послѣдствій находки, въ томъ числѣ права на вознагражденіе при отысканіи хозяина (Муловъ, Кассо, Неизвѣстность хозяина найденной вещи, стр. 21). Эти указанія не только оправдываются вдумчивымъ чтеніемъ 538 ст., но и вполнѣ подтверждаются историческимъ толкованіемъ этой статьи, тѣми старыми указами, на которыхъ она основана, логикой вещей и примѣромъ иностранныхъ законодательствъ. Но практика прежней Россіи и наша нынѣшняя отъ разъясненія Сената не отступаетъ. За Сенатскій взглядъ —Синайскій, Русское гражд. право, I, 1917 г., стр. 193. Также Пр. Гр. Ул., ст. 859, трактующій не только о неизвѣстности хозяина, но даже о невозможности немедленно обнаружить его. Уг. Ул., хотя и упоминаетъ о неизвѣстности хозяина найденнаго имущества, но имѣетъ въ виду другія цѣли, именно: наложеніе наказанія за неизъявленіе о найденныхъ вещахъ, ст. 571, и за умышленное удержаніе или растрату тако-

Находчикъ обязанъ объявить о находкѣ администраціи, иначе онъ лишается права на вознагражденіе и возможности пріобрѣтенія права собственности. Но онъ не обязанъ отдать вещь администраціи (Побѣдоносцевъ). Хозяинъ, вызываемый путемъ публикаціи, явясь, получаетъ вещь, нашедшій имѣетъ личное требованіе о вознагражденіи [1]). При неявкѣ хозяина въ срокъ собственность считается за нашедшимъ и притомъ не со дня истеченія срока, а, ретроспективно, съ момента находки. Что касается вознагражденія за находку со стороны отыскавшагося своевременно хозяина, то не всѣ кодексы таковое одинаково признаютъ. Французское право его отвергаетъ совершенно. Schw. ZGB назначаетъ einen angemessenen Finderlohn, gratification equitable, безъ опредѣленія суммы, по усмотрѣнію суда въ случаѣ спора. BGB даетъ находчику 5% цѣнности, когда она не ниже 300 марокъ, и 1% съ дальнѣйшей суммы. По нашему закону находчикъ получаетъ одну треть стоимости находки [2]). Въ Св. Приб. вознагражденіе—по усмотрѣнію суда, но не свыше $^1/_3$ стоимости вещи. Само собою разумѣется, что всѣ издержки, потраченныя на то, чтобы достать предметъ находки, охранить его и пр., должны быть возмѣщены особо.

Нѣкоторые причисляютъ къ находкѣ еще такія вещи, которыя водою, вѣтромъ или иными силами природы либо вообще случайностями доставлены въ чье — либо обладаніе, а также такъ называемый пригульный скотъ Zuführung (Schweiz. ZGB). Нашъ законъ объ этомъ не упоминаетъ, но это не значитъ, что ему понятіе подобнаго рода находки чуждо [3]).

выхъ, ст. 572. При извѣстности хозяина въ этихъ случаяхъ налицо будетъ уже не спеціальное, а общее преступленіе присвоенія или растраты, иногда даже и кража, какъ указано было въ рѣш. угол. 1871 г. № 33 и 1870 г. № 103 (нѣкто, „замѣтивъ на мѣстѣ потерю бумажника, присвоилъ его себѣ со всѣмъ въ немъ содержащимся“). Необходимости извѣстности хозяина при всякой находкѣ Уг. Ул. не предрѣшаетъ. Напротивъ, въ мотивахъ отмѣчается, что уголовное законодательство не принимаетъ лишь одного признака опредѣленія, именно „неизвѣстности владѣльца“, такъ что „понятіе находки не устраняется отъ такого лишь, что нашедшій зналъ, кому найденное имущество принадлежитъ“, Объяснительная записка къ проекту Уг. Улож., VII, 1895 г., стр. 179.

[1]) Срокъ для явки хозяина: по BGB и Св. Приб. годъ, по BGB—5 лѣтъ, по X т. I ч.—6 мѣсяцевъ (законъ 23 Марта 1912 г).

[2]) Ст. 539 X т. I ч. (Конечно, если находчиковъ нѣсколько, это вознагражденіе опредѣляется имъ всѣмъ вмѣстѣ).

[3]) Относительно пригульнаго скота содержатся въ законѣ спеціальныя правила, въ которыхъ не упомнается прямо объ

Въ заключеніе нѣсколькихъ общихъ замѣчаній по адресу нашего закона о находкѣ.

Трудно, кажется, найти въ нашемъ частномъ правѣ, нормы, которыя такъ мало согласованы были бы съ общественной моралью, какъ этотъ законъ. Человѣкъ съ достоинствомъ, найдя чужую вещь, постарается отыскать хозяина изъ обыкновеннаго чувства людской солидарности, а не для матеріальныхъ выгодъ. Такой человѣкъ не будетъ требовать вознагражденія, за исключеніемъ развѣ потраченныхъ издержекъ, не станетъ домогаться права собственности на чужой предметъ [1]). Указываютъ, что потерявшій вещь долженъ быть чѣмъ-либо наказанъ за свое нерадѣніе. Но говоря уже о томъ, что не всегда здѣсь констатируется на самомъ дѣлѣ какая-либо вина, во всякомъ слу́чаѣ не въ пользу частныхъ лицъ должна быть эта кара, а въ пользу государства и общества. Столь частые споры о находкахъ, возникающіе у насъ въ виду непомѣрно высокаго возвращенія за таковую, упорное отстаиваніе „законныхъ“ притязаній съ одной стороны и уловки въ стремленіи уклониться отъ этихъ притязаній съ другой — все это даетъ нерѣдко на судѣ весьма непривлекательнаго свойства картины, мало содѣйствующія укрѣпленію нравовъ. Чѣмъ бы ни объяснять право на вознагражденіе: оплатой ли труда, какъ думаютъ нѣкоторые, въ томъ числѣ и Сенатъ [2]), хотя „труды“ при находкѣ не очень велики, или же наградой за честность находчика, не утаившаго вещи (Шершеневичъ и др.), хотя, казалось бы, честность не требуетъ матеріальной оплаты,—домогательство денегъ, да еще значительныхъ, за находку встрѣчаетъ скептическое къ себѣ отношеніе въ судьѣ съ развитымъ правосознаніемъ, а иногда даже возмущаетъ человѣческое чувство [3]). Отчасти по этой причинѣ практика старается ограничить число

эвентуальномъ правѣ собственности, а трактуется о вознагражденіи нашедшаго главнымъ образомъ за содержаніе скота: Прил. къ ст. 539 (прим. 1) X т. I ч., стт. I—II. Это приводитъ къ господству мнѣнія, будто объектомъ находки могутъ быть у насъ только неодушевленные предметы. Противъ этого съ основаніемъ Шершеневичъ: законъ подтвержденія названному мнѣнію не даетъ.

[1]) Характерно, что по римскому праву нашедшій вещь обязанъ былъ вернуть ее по назначенію—и только: Д. Гриммъ, Лекціи по догмѣ римскаго права, 1924, стр. 191. Не сказался ли здѣсь инстинктъ здоровой гражданственности древнихъ римлянъ?

[2]) Рѣш. гражд. 1890 г. № 99.

[3]) Петръ I приказалъ дать находчику „тринкгельдъ за труды“, т. е. на пропой: указъ его объ этомъ изъ Воин-

лицъ, могущихъ претендовать на вознагражденіе, но при этомъ она ударяется въ противоположную крайность, создавая неравенство между случайными обрѣтателями чужихъ вещей—privillegium odiosum—повышеннымъ требованіемъ качества „находчика“ и суживая понятіе „найденной вещи“ не только за счетъ находчиковъ, но и за счетъ . . . истинной мысли дѣйствующаго закона.

При утвержденіи за находчикомъ права собственности на найденную вещь практика стремится создать искусственныя презумпціи, а именно, исходитъ изъ того, что хозяинъ, не откликнувшись на публикацію, какъ бы отказался отъ своей вещи, такъ что находчикъ пріобрѣтаетъ ее владѣніемъ. На самомъ дѣлѣ хозяинъ даже часто не знаетъ о публикаціи, а отказываться отъ своей вещи не имѣетъ никакого основанія. Если вещь осталась безъ хозяина, гораздо правильнѣе былобы—de lege ferenda—не обогащать ею находчика, а отдать ее на государственныя и общественныя (обще-культурныя и обще-просвѣтительныя) надобности [1]). Что касается вознагражденія, то, даже устанавливая таковое для претендующихъ находчиковъ, слѣдовало бы назначать его по усмотрѣнію суда и не свыше опредѣленнаго максимума. При этомъ не должно играть роли, какъ въ дѣйствующемъ правѣ, извѣстность или неизвѣстность хозяина: находчикъ, знающій хозяина и доставившій ему вещь, не можетъ быть поставленъ въ худшее положеніе, чѣмъ незнающій. Обращенную, за неявкой хозяина, на общеполезныя цѣли вещь можно было бы возвратить отыскавшемуся впослѣдствіи хозяину, за извѣстными вычетами. Кромѣ того, необходимо установить особыя правила о находкахъ свойства научнаго, историческаго, археологическаго и пр. Послѣднее касается не только частнаго, но и публичнаго права.

Вещь, скрытая, какъ сокровище, хозяиномъ, котораго уже опредѣлить нельзя потому ли, что прошелъ большой промежутокъ времени (за древностью) или по другой причинѣ, составляетъ кладъ. Для понятія клада требуется такимъ образомъ прежде всего драгоцѣнность—(золото, серебро, брилліанты, деньги и пр.). Вмѣстилище составляетъ

скаго артикула 1716 г. перешелъ въ источники дѣйствующаго нашего закона о находкѣ. Справка довольно поучительная.

[1]) Menger,—Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 140 f.),—готовъ предоставлять находку (и кладъ) рабочимъ классамъ, которымъ, по его мнѣнію, принадлежитъ участіе въ правѣ на безхозяйныя вещи („Die natürlichen Berechtigten sind vielmehr in diesem Falle die arbeitenden Volksklassen“).

принадлежность клада, развѣ бы оно само по себѣ было „сокровищемъ“ и, стало быть, являлась частью, самостоятельной или составной, клада. Кладъ—движимость: если бы предметъ оказался присоединеннымъ къ недвижимости такъ, что составляло бы съ ней одну вещь, то ни о какомъ кладѣ нельзя было бы говорить[1]). Обыкновенно кладъ бываетъ зарытъ въ землѣ[2]). Нерѣдки, однако, случаи замурованія клада въ стѣнѣ и даже помѣщенія его въ движимомъ предметѣ—въ простѣнкахъ сундуковъ, между листами книгъ и т. д. Отъ этого онъ своихъ юридическихъ свойствъ не теряетъ[3]). При кладѣ—это самое существенное—хозяинъ не можетъ быть совершенно отысканъ, чего нѣтъ въ находкѣ. Кромѣ того, кладъ обыкновенно нарочито прячется, между тѣмъ какъ находка возникаетъ въ результатѣ чьей-либо случайной потери.

Предполгается, что сокровище клада скрыто въ отдаленное время[4]) почему вопросъ о его дѣйствительномъ хозяинѣ совсѣмъ не возникаетъ. Право собственности на кладъ признается за собственникомъ вещи, въ которой онъ найденъ. Нашедшему кладъ предоставляется требовать справедливой компенсаціи[5]). Во избѣжсніе неудобствъ общей собственности и раздѣла, предпочтительно вознагражденіе опредѣлять эвентуально: либо натурой, либо денежнымъ эквивалентомъ. Такъ и рѣшаетъ Пр. Гр. Ул., давая нашедшему $^1/_{10}$ долю въ видѣ права собственности или, если эта доля не можетъ быть выдѣлена безъ поврежденія

---

[1]) Ср. Dalloz, Dictionnaire pratique de droit, p. 1187.

[2]) X т. I ч., ст. 430, опредѣляетъ кладъ, какъ зарытое въ землѣ сокровище, но въ изданіи 1832 г. прибавлено было „и въ строеніяхъ“ или „иной чужой собственности“.

[3]) BGB § 984, Code civil, Код. Нап., 716, Св. Приб., ст. 744, Schw. ZGB, Art. 723. Таково же заключеніе и русскихъ юристовъ: Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, I, 1896, стр. 429, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922, стр. 165. Англійское право признаетъ кладомъ „gold or silver in coin or bullion, concealed in a house or in the earth or other private place, the owner thereof being unknown“. Пр. Гр. Ул., ст. 874, даетъ кладу неудовлетворительное опредѣленіе, какъ „вещей, зарытыхъ въ землѣ или задѣланныхъ въ стѣнѣ“. Брилліантъ, выпавшій изъ разрѣзаннаго яблока, не кладъ (а скорѣе находка).

[4]) BGB, § 984, Св. Приб., ст. 744, Schw. ZGB, Art. 723.

[5]) По BGB, § 984, полклада (общая собственность), также по Code Civil. Код. Нап., 716. Раздѣлъ клада между отыскавшимъ его и хозяиномъ мѣста предусматривался въ Литовскомъ Статутѣ. По Schw. ZGB, Art. 723, Abs. 3, вознагражденіе—не свыше половинной стоимости клада.

клада, право на вознагражденіе въ размѣрѣ одной десятой стоимости клада [1]). Изъ понятія клада, какъ decouverte par le pur effet du hazard, вытекаетъ принципіально, что если кому-либо было поручено собственникомъ вещи искать въ ней клада, первый не вправѣ претендовать на компенсацію. А тотъ, кто безъ вѣдома и дозволенія собственника предмета искалъ въ послѣднемъ клада и нашелъ, тѣмъ болѣе не можетъ требовать ея, что совершилъ деликтъ. Компенсація принадлежитъ только такому лицу, которое отыскало кладъ случайно или съ разрѣшенія собственника [2]).

Такъ какъ кладъ предполагаетъ „незапамятность", то съ нимъ не тождественны тѣ цѣнности, которыя кто либо „сунулъ", зарылъ, запряталъ въ нынѣшнее время, такъ сказать, на нашихъ глазахъ, при какомъ-нибудь несчастьи, при бѣгствѣ, особенно во время войны и революціи. Если такія цѣнности впослѣдствіи откроются, это будетъ не кладъ. Ихъ можно отнести къ находкѣ, но также cum grano salis, такъ какъ тутъ вещь не случайно забыта, а намѣренно оставлена. Собственникъ, доказавшій, что онъ еще и раньше зналъ, гдѣ эти цѣнности—verborgene Sachen—лежатъ, но не могъ или не желалъ принять ихъ, освобождается отъ уплаты нашедшему Finderlohn. Положеніе это выражено expressis verbis въ нѣкоторыхъ кодексахъ [3]), но оно пріемлемо и у насъ, какъ вытекающее изъ общихъ положеній права. При названномъ условіи этотъ собственникъ свободно получитъ свои вещи обратно, не потерявъ на нихъ права собственности, какъ при находкѣ [4]).

Право собственности на плоды получается собственникомъ плодоприносящей вещи (Muttersache) по первоначальному способу пріобрѣтенія. Это право возникаетъ въ моментъ отдѣленія плодовъ [5]). Такимъ же

---

[1]) Ст. 875.

[2]) См. Пр. Гр. Ул., стт. 875, 876. X т. I ч. не упоминаетъ вовсе о вознагражденіи находчика клада: послѣдній идетъ всецѣло собственнику (или владѣющему на правѣ собственности лицу, независимому владѣльцу) въ силу принципа принадлежности собственнику земли всего, что заключается въ ея нѣдрахъ. По англійскому праву кладъ поступаетъ государству, to the Crown, или лицу, получившему особое право отъ государства на свободный розыскъ драгоцѣнностей въ мѣстности, гдѣ кладъ найденъ.

[3]) Čecho-Slov, § 371 – 373, Св. Приб., §§ 742—743.

[4]) Contra Св. Приб.: совокупный смыслъ стт. 742, 739 и 743.

[5]) Такія произведенія земли, какъ лѣсъ, мыслятся либо составной частью имѣнія, либо плодами: эта разница выясняется, напр., при продажѣ, которая можетъ быть от-

первоначальнымъ пріобрѣтеніемъ будутъ послѣдніе у лица, имѣющаго на Muttersache самостоятельное вещное право, связанное съ пользованіемъ: пожизненное пользованіе, чиншевое право. То же можно сказать о добросовѣстномъ владѣльцѣ въ отношеніи плодовъ, собранныхъ до времени, когда вещь должна быть возвращена или когда добросовѣстность отпала. Чѣмъ создается то юридическое отношеніе, въ силу котораго добросовѣстный владѣлецъ пріобрѣтаетъ право на снятые плоды, коль скоро онъ не собственникъ главной вещи? Можно было бы вмѣстѣ съ Петражицкимъ видѣть здѣсь дѣйствіе экономическаго фактора, принципа хозяйственной magnae utilitatis. Можно было бы утверждать, нѣсколько варьируя ученіе Петражицкаго, что отнятіе этихъ плодовъ у владѣльца, не знающаго о порокахъ своего обладанія, поступающаго bona fide, вело бы къ разстройству его хозяйственныхъ плановъ, что эти плоды должны считаться попавшими въ его хозяйство и не могутъ быть извлечены безъ ущерба для такового [1]). Но слишкомъ усердная экономическая мотивація (составляющая отличительную черту многихъ ученій Петражицкаго) влечетъ за собою неудобства: въ растущей сложности и разнообразіи экономическихъ отношеній способны найти себѣ опору самые противоположные взгляды на вопросъ о распредѣленіи плодовъ. По мнѣнію редакторовъ Пр. Гр. Ул., добросовѣстному незаконному владѣльцу лишь въ видѣ снисхожденія къ его незнанію о чужомъ правѣ предоставляется не возвращать плоды, отдѣленные до полученія извѣщенія о правѣ собственности, но онъ не имѣетъ въ сущности права собирать плоды чужого имущества [2]). Съ этой точки зрѣнія для добросовѣстнаго владѣльца принципіально нѣтъ, собственно, никакого правового пріобрѣтенія плодовъ. Такое пониманіе не отвѣчаетъ сущности института добросовѣстнаго владѣнія, какъ заключающаго въ себѣ въ извѣстныхъ предѣлахъ, именно, черты дѣйствительнаго, а не призрачнаго права, о чемъ рѣчь была выше. И очевидно, что объясненіе этому праву добросовѣстнаго владѣльца на обрѣтеніе плодовъ въ тотъ моментъ, когда они становятся самостоятельнымъ предметомъ обладанія, слѣдуетъ въ концѣ концовъ искать тамъ же, гдѣ находитъ себѣ бытіе и оправданіе полученіе права собственности добросовѣст-

---

чужденіемъ лѣса, какъ части имѣнія, или же „сдѣлкою для извлеченія нормальнаго съ имѣнія дохода“. См. рѣш. гражд. 1905 г. № 142, Синайскій, Русское гражд. право, I, 1917 г., стр. 76.

[1]) См. „Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы“, 1897, между прочимъ, стр. 165.

[2]) Объясненія кн. т. I. 1902, стр. 383.

нымъ пріобрѣтателемъ отъ не-собственника и многія другія послѣдствія добросовѣстности, т. е. въ источникахъ этическихъ, а не экономическихъ.

Перечисленныя лица, т. е. собственникъ Muttersache, пожизненный владѣлецъ и пр. пріобрѣтаютъ право собственности на плоды со времени отдѣленія послѣднихъ.

Напротивъ, не имѣетъ первоначальнаго пріобрѣтенія лицо, получающее плоды въ силу временнаго соглашенія личнаго свойства: аренды, лѣсорубочнаго договора и пр. Право такого лица на плоды производно и наступаетъ въ моментъ традиціи, т. е. со времени фактической передачи, если вещь у него не находится во владѣніи, напр., при покупкѣ висящихъ плодовъ фруктоваго сада, пребывающихъ въ землѣ или разсыпанныхъ по землѣ камней,—или съ момента отдѣленія плодовъ, если вещью онъ владѣетъ: traditio brevi manu [1]).

Въ исторіи человѣчества въ различныя эпохи по отношенію къ плодамъ господствовали начала—то лично трудовое, то вещно—реальное. По первому началу, плоды идутъ, какъ первоначальное пріобрѣтеніе, въ пользу трудящагося. Этотъ принципъ—wer sät, der mäht,—особенно дѣйствовалъ въ средніе вѣка. Онъ приводилъ къ первоначальному пріобрѣтенію права собственности на плоды со стороны всякаго фактически обрабатывавшаго плодоприносящую вещь, кто бы онъ ни былъ, случайный замѣститель собственника, залогодержатель или иной подобный. Римское право, не высоко цѣнившее трудъ, держалось второго начала (называемаго капиталистическимъ), а именно: плоды шли только собственнику (и добросовѣстному владѣльцу). Современное вещному законодательство отдаетъ первоначальное право на плоды всякому обладателю. При нынѣшнемъ развитіи техники и науки трудъ въ дѣлѣ добыванія плодовъ отходитъ на второстепенное мѣсто [2]).

Собственникъ главной вещи имѣетъ право на все, что приросло къ ней либо прикрѣплено прочной связью, все равно—искусственно, работой человѣка, или естественнымъ путемъ. Поэтому, когда прилегающій къ рѣкѣ поземельный участокъ постепенно увеличивается отъ наносимой рѣкой земли и песка и получается намывъ—alluvio—, послѣдній

---

[1]) BGB, §§ 955, 956, Пр. Гр. Ул. §§ 845, 846, Code Civil Код. Нап., 547, 549, Schw. ZGB, Art. 756.

[2]) Schw. ZGB не упоминаетъ о плодахъ, какъ особомъ способѣ пріобрѣтенія права собственности, трактуя о нихъ въ связи съ отдѣльными институтами вещныхъ правъ, § 643 (объемъ права собственности), § 756 (Nutzniessung) и т. д.

принадлежитъ собственнику увеличившагося участка, по началу первоначальнаго пріобрѣтенія, кому бы ни принадлежала наносимая земля и песокъ. Когда же кусокъ земли отъ сосѣдняго участка сразу оторванъ рѣкой и присталъ къ данному участку, то это будетъ отрывъ (avulsio), большинствомъ юристовъ также отдаваемый на тѣхъ же основаніяхъ собственнику участка, къ которому онъ присталъ[1]). Французское право, напротивъ, признаетъ, за собственникомъ земли, отъ которой отпалъ отрывъ, право reclamer proprieté, въ теченіе одного года[2]). На такую же точку зрѣнія стало и Швейц. право, по которому Bodenverschiebungen bewirken keine Veränderung der Grenzen[3]). Какое рѣшеніе болѣе соотвѣтствуетъ истинѣ? Не будетъ, кажется, ошибочнымъ отдать предпочтеніе французско-швейцарской точкѣ зрѣнія. Отнятіе у собственника отрыва права на возвратъ такового могло бы оказаться по отношенію къ нему крайне несправедливымъ, приводя къ значительному уменьшенію, а иногда и полной потерѣ цѣнности и значенія его участка. Конечно, должны быть приняты во вниманіе и интересы собственника участка, къ которому присталъ отрывъ, но это уже вопросъ денежной компенсаціи и соотвѣтственнаго иного удовлетворенія справедливыхъ притязаній. Въ частности, онъ вправѣ требовать убрать отрывъ, дать дорогу къ рѣкѣ и т. п., но нѣтъ необходимости снабжать его правомъ собственности на то, что ему на самомъ дѣлѣ не принадлежитъ. Дѣйствующіе законы, X т. I ч., не содержатъ спеціальной нормы по данному предмету, такъ же, какъ не регулируетъ его и Германскій Кодексъ, дѣлающій отсылку къ мѣстному праву[4]). Но и на почвѣ нашего права нельзя не принять справедливой въ основѣ французской теоріи, такъ что и у насъ отрывъ долженъ оставаться за собственникомъ участка, отъ котораго полоса отпала (съ приведенными выше оговорками).

---

[1]) Левинъ, въ Теорет. и Практ. Ком. Вормса и Ельяшевича, 2, стр. 326, Тютрюмовъ, Анненковъ, Шершеневичъ, contra Васьковскій, Мейеръ, Русское гражданское право, изд. 1915 г., стр. 295. Въ согласіи съ господствующимъ мнѣніемъ рѣшаетъ вопросъ и Пр. Гр. Ул., предоставляющій прежнему собственнику право требовать отъ новаго вознагражденія (незаконнаго обогащенія), ст. 772, см. также Св. Приб., ст. 769, 770.

[2]) Code civil, Код. Нап., 559.

[3]) Schw. ZGB, Art. 660.

[4]) Eg., Art. 65.

За искусственно соединенныя съ его вещью предметы собственникъ даетъ компенсацію, кому слѣдуетъ, простирая на самые эти предметы свое право собственности, по тому же началу первоначальнаго пріобрѣтенія. Въ этомъ смыслѣ и въ этихъ предѣлахъ собственнику достается въ случаѣ насажденія и засѣва все насажденное и засѣянное. То же—что касается построекъ и сооруженій на поверхности земли и подъ землей. При несогласіи собственника грунта вознаградить за постройки и сооруженія того, кто ихъ воздвигъ, послѣдній вправѣ снести матеріалъ. Однако, уничтоженіе постройки можетъ оказаться вредоноснымъ для собственника земли съ экономической или иной точки зрѣнія. Когда это объективно подтверждается, застройщикъ, теряя притязаніе на самый матеріалъ: а) получаетъ вознагражденіе въ размѣрѣ, въ какомъ увеличилась цѣнность застроенной земли, если дѣйствовалъ добросовѣстно, и б) ни на что не вправѣ претендовать при недобросовѣстности своей. Построенное же въ томъ и другомъ случаѣ остается собственнику. Такимъ образомъ собственникъ грунта всегда можетъ уплатить стоимость постройки и пріобрѣсти ее себѣ, но онъ воленъ также возмѣстить только обогащеніе въ случаѣ а) или же отказываться отъ всякаго вознагражденія строителя въ случаѣ б) [1]). Эти положенія суть принципіальныя начала, дающія общее руководство во взаимоотношеніяхъ собственника и строителя. Что же касается спеціально состоянія даннаго вопроса въ системахъ позитивнаго права, то оно сводится, въ главныхъ чертахъ, къ слѣдующему.

По римскому праву собственникъ грунта былъ собственникомъ и постройки, безъ дальнѣйшаго, по праву приращенія. Это не вызывало сомнѣній. Въ средніе вѣка постройки на чужой землѣ считались движимостью или недвижимостью въ зависимости отъ конкретныхъ нуждъ. Существовала даже поговорка, что домъ по отношенію къ наслѣдникамъ движимая вещь, а по отношенію къ собственнику участка недви-

---

[1]) Порою защиту правъ строителя проводятъ такъ далеко, что онъ получаетъ даже право на землю подъ (или надъ) постройкой, что бываетъ тогда, когда собственникъ земли зналъ о добросовѣстности строителя и не противился возведенію постройки. При такой ситуаціи застроенный грунтъ передаютъ въ собственность строителя, который обязывается вернуть прежнему собственнику только обычную стоимость грунта. Это—точка зрѣнія современнаго польскаго права. Она чужда, конечно, нашему праву, подобныхъ преимуществъ строителя не создающему (хотя практика наша въ послѣднее время склоняется къ толкованію закона, именно, въ смыслѣ упомянутаго польскаго взгляда).

жимость. Наслѣдникъ въ движимости наслѣдовалъ въ постройкѣ, но собственникъ участка не вправѣ былъ по недоимкамъ строителя направлять свое взысканіе на зданіе [1]). Французская практика признаетъ построенный наемщикомъ домъ недвижимостью, собственностью наемщика, если изъ договора не вытекаетъ иное. BGB выражается характерно и сильно: Zu den Bestandteilen eines Grundstückes gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden sind. Das gleiche gilt von einem Gebäude oder anderen Werke, das in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden ist [2]). Здѣсь справедливо усматривается возможность существованія отдѣльнаго права строителя, независимо отъ правъ собственника участка [3]). Въ Англіи все построенное на участкѣ—fixtures—принадлежитъ его собственнику по правилу quidquid plantatur, solo cedit. Только то, что присоединено къ участку арендаторомъ или пожизненнымъ пользователемъ для цѣлей украшенія, торговли или агрикультуры, а также для домашнихъ нуждъ и удобствъ пользованія, остается въ собственности названныхъ лицъ, какъ personal property. Правило превращенія всего этого въ принадлежность земли вступаетъ въ дѣйствіе лишь тогда, когда присоединенное не будетъ убрано въ теченіе извѣстнаго періода (зависящаго отъ индивидуальныхъ условій казуса [4]). По дѣйствующему нашему праву судьба постройки опредѣлялась всегда по началу „superficies solo cedit". Законодатель стремился устранить дуализмъ обладанія. Этотъ принципъ дѣйствуетъ и нынѣ [5]). Иное можетъ вытекать изъ прямого постановленія закона, изъ договора либо обычая. Такъ какъ возведенныя на чужой землѣ постройки, при сомнѣніи, считаются ipso jure принадлежащими собственнику земли, то судъ, присуждая истцу собственность на землю, не вправѣ не присудить ему и постройки на ней, доколѣ застройщикъ не

---

[1]) Кассо, Зданія на чужой землѣ, 1905, стр. 10.

[2]) § 95.

[3]) См. также Schw. ZGB, Art. 644, 645, 676, Čecho-Slov, § 1058.

[4]) Chase, Blackstone's Commentaries au the laws of England 1926, S. 223, 226, 227, Schuster, The principles of german civil law, 1913, p. 401.

Въ Германіи fixtures, напротивъ, подходятъ подъ общее правило, съ сохраненіемъ за присоединившими при указанныхъ условіяхъ jus tollendi, Schuster, ib.

[5]) X т. I ч., ст. 334.

докажетъ, что по особому юридическому основанію, возведенныя постройки принадлежатъ ему (застройщику) на правѣ собственности [1]). Пока строеніе прикрѣплено къ землѣ, оно слѣдуетъ юридической природѣ послѣдней, развѣ бы возведеніе такового предназначалось, по существу отношенія, для провизорныхъ цѣлей. Въ послѣднемъ случаѣ постройка можетъ быть признана, по обстоятельствамъ дѣла, движимостью, что отнесено практикой даже къ такимъ строеніямъ, какъ каменное зданіе цирка на городской землѣ [2]). Правило „superficies solo cedi“ во всякомъ случаѣ не относится къ легкимъ постройкамъ кратковременнаго характера (навѣсамъ, купальнямъ и пр.), которыя всегда разсматриваются, какъ сооруженія, предназначенныя на сносъ, стало быть, движимыя вещи.

Изложенный порядокъ, отображающій старое римское начало, легко уживался въ прежней Россіи, странѣ съ преобладаніемъ земледѣлія, гдѣ главная роль принадлежала землѣ, а не строеніямъ, но и тутъ онъ не всегда оказывался желательнымъ. Нынѣ положеніе вещей мѣняется: зданія и сооруженія играютъ первостепенную роль и для жилья и для цѣлей промышленности. Нормы объ отношеніяхъ между собственникомъ земли и лицами, возведшими на ней постройку, ждутъ у насъ своего реформатора.

Новую регламентацію правъ обязанностей въ этой сферѣ создалъ у насъ законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки.

Право застройки [3]) состоитъ въ установленіи за лицомъ переходящаго по наслѣдству и отчуждаемаго вещнаго права имѣть строе-

---

[1]) Рѣшеніе Латвійскаго Сената (примѣнительно къ нормамъ X т. I ч.) 1926 г. № 28, см. изданіе Konradi-Walter, Izvilkumi no Latvijas Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumiem, I turp., l. 73, также рѣш. гражд. 1896 г. № 102, 1894 г. № 76.

[2]) Рѣш. гражд. 1902 г. № 62, см. также 1901 г. № 6. Въ рѣш. гражд. 1908 г. № 63 Сенатъ, принявъ во вниманіе прежнія свои разъясненія, нашелъ, что коль скоро возведенное на чужой землѣ строеніе приравнивается и при продажѣ его собственникомъ на сносъ и при залогѣ къ имуществу движимому, и коль скоро лицо, которому такое имущество заложено, вправѣ обращать его въ принудительную продажу, какъ движимость, то не представляется никакого основанія отвергать право и всякаго другого кредитора обратить, на общемъ основаніи, свое взысканіе на таковое. То же Сенатъ подтвердилъ въ рѣш. гражд. 1914 г. № 25.

[3]) X т. I ч., стт. 542[1] и сл.

нія надъ или подъ землей даннаго собственника (зданія, сооруженія). Право застройки возникло въ Европѣ по условіямъ жилищной нужды, великой, какъ извѣстно, и у насъ [1]). Нужду эту не могли и не могутъ устранить арендные договоры, какъ краткосрочные и имѣющіе обязательственный, а не вещный характеръ. Право застройки открываетъ путь для использованія земли, особенно свободныхъ плацовъ, собственникамъ ихъ, немогущимъ или нежелающимъ тратить средства на возведеніе домовъ, а застройщику даетъ возможность получить квартиры для себя и для сдачи въ наемъ, съ обезпеченіемъ продолжительнаго пользованія возведенной на чужой землѣ постройкой.

Необходимость упорядоченія отношеній собственника и застройщика чувствовалась съ давнихъ поръ. Въ средніе вѣка старались использовать для этого римскіе институты эмфитевта и суперфиція, особенно второй [2]). Однако, римское право таило въ себѣ неодолимыя препятствія въ этомъ отношеніи, ибо оно неизмѣнно считало всякую постройку принадлежностью земли—superficies solo cedit—, что было совсѣмъ неутѣшительно для застройщика. Въ эпоху великой французской революціи положеніе застройщиковъ не только не улучшилось, но, наоборотъ, потерпѣло большой кризисъ, подпавъ совершенно внезапно подъ политическій молотъ, ковавшій новыя теоріи индивидуализма. Послѣдній распространенъ былъ не только на сферу человѣческой личности, но и на имущественныя отношенія: онъ требовалъ „очищенія священной собственности“ отъ „плевелъ“ всякихъ ограниченій и постороннихъ притязаній, въ томъ числѣ и освобожденія ея отъ домогательствъ со стороны застройщика. Укрѣпился принципъ принадлежности постройки собственнику, и сдѣланы были послѣдовательные выводы изъ этого принципа. Собственникъ получилъ все; застройщикъ имѣлъ къ нему личный искъ изъ отношенія по обязательству. Европейскіе кодексы, Code civil, BGB, Schw. ZGB, только смягчили примѣненіе начала „superficies solo cedit“, но не въ силахъ были рѣшительно стать на сторону застройщика, взять его подъ свое покровительство противъ жажды пріобрѣтенія со стороны соб-

---

[1]) Впрочемъ, нѣтъ недостатка въ мнѣніяхъ, пріурочивающихъ его зарожденіе къ старымъ временамъ, чуть ли не библейскимъ.

[2]) Приводятъ какъ примѣръ, напоминающій право застройки, superficies на городской водопроводъ въ старомъ Римѣ: домовладѣльцы пользовались городской землей для проходившаго вдоль ихъ домовъ водопровода и вносили за это плату, solarium: Митилино, Право Застройки, 1914 г. стр. 14.

ственника. Западное законодательство такъ или иначе регулируетъ отношенія между собственникомъ и застройщикомъ, но весьма неудовлетворительно; достаточно сказать, что оно оставляетъ на волю сторонъ такіе, напр., важные вопросы, какъ вознагражденіе, срокъ.

Заложить прочный базисъ въ этомъ случаѣ взялъ на себя русскій законъ 1912 г., а затѣмъ германскій законъ 15 января 1919 г.—созданъ былъ новый институтъ, Platzrecht, право застройки [1]). Фундаментомъ этихъ новыхъ законовъ служитъ идея упроченія правъ застройщика, съ надлежащимъ огражденіемъ справедливыхъ интересовъ собственника грунта, а также третьихъ лицъ. Застройщикъ получаетъ самостоятельное правомочіе, которое объемлетъ не постройку и не грунтъ, а то и другое вмѣстѣ въ видѣ особаго вещнаго права въ чужомъ имѣніи. Застройщикъ въ состояніи свое право отчуждать и передать наслѣдникамъ, установить на немъ ипотеку, залоговое право; онъ получаетъ, по прекращеніи его права, компенсацію отъ собственника за все устроенное. Съ своей стороны, собственникъ пріобрѣтаетъ по окончаніи застройки новое право на постройку, при наличности извѣстныхъ условій.

---

[1]) Что касается Германіи, то, по указанію нѣмецкихъ юристовъ, въ ней издавна существовало особое установленіе —Erbleihe, въ силу котораго при возведеніи постройки на чужой землѣ, если постройка (фабрика, мельница) превосходила цѣнностью самый участокъ и строитель долгое время производилъ арендные платежи за участокъ, послѣдній становился собственникомъ и строенія и самого участка. Этотъ институтъ препятствовалъ пересадкѣ на германскую почву цѣликомъ началъ римскаго superficies, отразился на всемъ послѣдующемъ законодательствѣ Германіи и повліялъ на BGB, въ смыслѣ утвержденія во многихъ случаяхъ права собственности строителя на возведенную имъ постройку и признанія наслѣдственнаго права застройки—Erbbaurecht. Онъ же, отчасти, вдохновилъ и законодателя при изданіи закона 15 января 1919 г., въ основѣ котораго лежатъ развитыя и расширенныя постановленія BGB по этому предмету. Еще ранѣе, чѣмъ Германскій законъ 1919 г. (и Австрійскій законъ 1912 г.), главныя основанія Baurecht, какъ вещнаго права auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten, отчудимаго и наслѣдственнаго, формулировало Schw. ZGB, Art. 779. По Швейцарскому кодексу Baurecht составляетъ не особое, а обыкновенное вещное право, наравнѣ съ пользованіемъ и другими сервитутами; такъ же и по Св. Приб.: Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922, стр. 191.

Эти законы возымѣли огромное и благотворное дѣйствіе. Они внесли увѣренность и успокоеніе въ ту область отношеній, гдѣ раньше господствовалъ хаосъ, приводившій людей къ озлобленіямъ и даже преступленіямъ, не исключая поджоговъ и убійствъ. Они дали новое, чрезвычайно полезное примѣненіе капиталамъ, хотя бы и небольшимъ увеличили строительство, обезпечили трудовымъ элементамъ городского населенія возможность получить въ чужомъ имѣніи жилье на твердыхъ юридическихъ началахъ[1]).

У насъ правиламъ о выстройкѣ суждено играть еще и особую роль при условіяхъ стѣсненія свободнаго распоряженія землями, съ одной стороны, и въ связи съ увеличеніемъ населенія и прочими факторами расширенія жилищныхъ потребностей, съ другой.

Въ чемъ же сущность института права застройки?

Римскій superficies въ смыслѣ особаго правоотношенія былъ вещнымъ, наслѣдственнымъ и отчуждаемымъ правомъ пользованія и извлеченія выгодъ по отношенію къ постройкѣ, принадлежащимъ тому, кто возвелъ постройки на чужомъ участкѣ съ согласія собственника [2]). Въ общемъ, это примѣнимо и къ праву застройки, установленному нашимъ закономъ, однако наше право застройки, какъ уже сказано, касается не постройки только, а представляетъ собою особое право на чужую землю вмѣстѣ съ возведеннымъ на немъ строеніемъ. Отличительныя черты права застройки создаютъ для него особую юридическую квалификацію, какъ установленія sui generis. Оно разнится отъ аренды, при которой также возможно возведеніе построекъ, но которая есть обязательственное правоотношеніе, между тѣмъ какъ застройка—вещное право. Оно разнится отъ такого договора, какъ подрядъ, при которомъ

---

[1]) Значеніе права выстройки оцѣниваютъ даже тамъ, гдѣ законъ его почему-либо совершенно обходитъ. Такъ, во Франціи, въ которой еще Великая революція уничтожила superficies, видя въ немъ остатокъ феодализма,—не смотря на отсутствіе въ законѣ прямого упоминанія объ этомъ институтѣ, все же допускается наслѣдственная аренда съ возведеніемъ построекъ, весьма близко напоминающая superficies. Право на возведеніе постройки и сооруженій считаютъ вещнымъ правомъ, способнымъ даже быть предметомъ особой ипотеки, основываясь на нѣкоторыхъ общихъ положеніяхъ закона (Code civil, Код. Нап., 553). Но въ виду спорности вопроса и въ теоріи и въ практикѣ не приходится, конечно, говорить о широкомъ развитіи института во Франціи. Baurecht.

[2]) См. Митюковъ, Курсъ Римскаго права, 1902 г., стр. 132.

постройка производится для собственника, а не для строителя, хотя бы съ правомъ пользованія подрядчика на извѣстное время, какъ это практикуется часто у насъ [1]).

Хотя въ интересующемъ насъ правѣ рѣчь идетъ именно о „застройкѣ", однако объектомъ его можетъ быть не только требуемая для строеній часть земли, но также и та часть имѣнія, которая для строеній сама не нужна, а лишь полезна для эксплоатаціи послѣднихъ. Ограничить право застройки одной частью строенія или однимъ этажомъ дома нѣкоторые западные законы о постройкѣ прямо воспрещаютъ [2]). Čecho-Slov. объ этомъ не упоминаетъ, но, какъ видно изъ мотивовъ, не потому, что разрѣшаетъ вопросы положительно, а потому, что воспрещеніе само собою вытекаетъ изъ дѣйствующихъ нормъ о постройкахъ: Es ist bereit darin enthalten, das auf dieses Recht die für Gebäude geltenden Vorschriften Anwendung finden [3]) Если и нашъ законъ умалчиваетъ объ этомъ предметѣ, то едва ли это молчаніе можно истолковать, какъ запрещеніе. Какъ указывалось ранѣе, даже отдѣльная собственность на часть дома не всегда противорѣчитъ нашему праву. Что же касается пріобрѣтенія этажа или квартиры на правѣ застройки, то въ нашихъ условіяхъ это явленіе вполнѣ возможное и правомѣрное.

Право застройки можетъ принадлежать всякому лицу физическому или юридическому, имѣющему право пріобрѣтенія недвижимости [4]). Такъ какъ правомочія собственника, съ одной стороны, и застройщика, съ другой, совершенно самостоятельны, то каждый изъ нихъ въ состояніи своимъ правомъ свободно распоряжаться. Право постройки можетъ переходить по волеизъявленіямъ и съ публичныхъ торговъ. Оно можетъ быть обременено вещными долгами, но для установленія сервитута (права участія частнаго) требуется разрѣшеніе собственника [5]), ибо въ этомъ

---

[1]) По сравненію съ сервитутами (см. дальше) право застройки представляетъ тѣ особенности, что оно: въ отличіе отъ реальнаго сервитута, связывается съ лицомъ, а не имѣніемъ, но въ то же время, въ противоположность личному сервититу-узуфрукту, отчуждаемо и наслѣдственно.

[2]) Schweiz. ZGB § 675, Австр. зак. отъ 26 апрѣля 1912 г., ст. I, Абз. 3, Герм. зак. отъ 15 января 1919 г., § 1, Абз. 3.

[3]) Motivenbericht, S. 478.

[4]) X т. I ч., ст. 542[5], Герм. зак. отъ 15 янв. 1919 г., § 11, у Höniger-Cahn, BGB mit Nebengesetzen 1926, S. 589. Въ Литвѣ право застройки пріобрѣтается иностранцами лишь съ особаго разрѣшенія Кабинтта Министровъ, См. Lietuvos pilietybės įstatymo papildymas, Vyr. Žin., 1920 m. № 26.

[5]) Ст. 542[2] X т. I ч.

послѣднемъ случаѣ наряду съ застройщикомъ появляется новое лицо съ вещными правами. Застройщикъ пользуется всѣми правами защиты, въ ихъ числѣ и владѣльческимъ искомъ. Что касается права застройщика на распоряженіе и на передачу по наслѣдству, то по мнѣнію нѣкоторыхъ оно настолько безусловно, что: а) не допускается никакое ограниченіе, даже путемъ волеизъявленія, права отчужденія, б) невозможно пожизненное право застройки, какъ исключающее возможность перехода этого права къ наслѣдникамъ. Въ частности, по этому мнѣнію, соглашеніе объ ограниченіи отчуждаемости нарождаетъ лишь обязательство управомоченнаго, безъ вещнаго дѣйствія, безъ облигаторнаго значенія для третьихъ лицъ [1]). Однако, законъ не даетъ основанія для такого стѣсненія правъ собственника [2]). Послѣдній же бываетъ крайне заинтересованъ въ личности застройщика, почему весьма часто въ договорѣ и ставитъ отчужденіе въ зависимость отъ своего согласія. Собственникъ воленъ воспротивиться въ договорѣ не только отчужденію, но и залогу [3]). Что касается пожизненнаго права застройки, то, хотя прямого запрета для этого въ законѣ также нѣтъ, но оно находится въ противорѣчіи съ нормой, требующей для права застройки предѣльныхъ сроковъ [4]), почему, казалось бы, должно быть отвергнуто и у насъ.

Право застройки — договоръ срочный и возмездный. Срокъ — не менѣе 36 лѣтъ и не болѣе 99 лѣтъ (въ Австріи минимумъ 30 лѣтъ, максимумъ 80 лѣтъ). Договоръ застройки безсрочный, пожизненный или на срокъ менѣе 36 лѣтъ долженъ быть разсматриваемъ, какъ договоръ найма имущества съ возведеніемъ строеній [5]). Вознагражденіе не можетъ заключаться въ личныхъ услугахъ (кабала). Въ противоположность чиншевому праву, въ договорѣ застройки можно оговорить право измѣнять вознагражденіе еще и до истеченія срока. Взысканіе вознагражденія обезпечивается тѣмъ, что требованіе собственника въ

---

[1]) Митилино, Право застройки, 1914 г., стр. 69.

[2]) Ст. 542[2] X т. I ч., который оперируетъ въ данномъ случаѣ, говоритъ о правѣ отсуждать, завѣщать, обременять— и только.

[3]) Ср. §§ 5 и 6 Герм. Зак. отъ 15 января 1919 г.

[4]) Ст. 542[3].

[5]) См. Мейеръ, Русское гражданское право, изд. 1915 г., доп. Гольмстена, стр. 314, contra Герм. Зак. 1919 г. допускающій и безсрочное Erbbaurecht, См. Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 189.

извѣстныхъ предѣлахъ пользуется преимуществомъ удовлетворенія передъ другими долгами застройщика, хотя бы и обезпеченными правомъ застройки. При наличіи нѣсколькихъ застройщиковъ они уплачиваютъ вознагражденіе солидарно, если право нераздѣльно или если раздѣлъ произошелъ безъ согласія собственника [1]).

Договоръ о правѣ застройки совершается крѣпостнымъ порядкомъ. Каждому праву открывается особый листъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, какъ на особый земельный участокъ. Договоръ долженъ содержать указаніе, что рѣчь идетъ о правѣ застройки, и заключать въ себѣ всѣ существенныя условія, именно, срокъ права и вознагражденіе, а также срокъ, къ которому застройщикъ обязанъ возвести постройку [2]). Кромѣ того могутъ заключаться такъ называемыя произвольныя условія, оставляемыя на усмотрѣніе сторонъ [3]).

Застройщикъ имѣетъ право возвести постройку, но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ обязанъ это сдѣлать подъ страхомъ уничтоженія договора. Въ возведеніи постройки—сущность договора права застройки и интересъ для обѣихъ сторонъ. Застройщикъ вправѣ для возведенія и хозяйственнаго обслуживанія строеній пользоваться находящимся на занимаемомъ имъ участкѣ строительнымъ матеріаломъ. Ему не возбраняется пользоваться въ предѣлахъ своихъ нуждъ дворомъ, дорогами и пр.

Законъ не устанавливаетъ, какую именно постройку обязанъ выстроить застройщикъ: это должно быть указано въ договорѣ. Въ отношеніи характера постройки соглашеніе, конечно, является обязательнымъ, возведеніе иной, противорѣчащей соглашенію, постройки есть нарушеніе договора [4]). Когда же договоръ умалчиваетъ объ этомъ, размѣры и характеръ постройки оставляются на добросовѣстную волю застройщика. Воздвигнутая застройщикомъ постройка составляетъ его собственность, вопреки superficies римскаго права. Такой выводъ вытекаетъ изъ смысла закона [5]). Застройщикъ можетъ владѣть,

---

[1]) Ст. 542^{16}, Мейеръ, Русское гражданское право, изд. 1915, доп. Гольмстена, стр. 317.

[2]) Čecho Slov. устанавливаетъ для проведенія строительства 10-лѣтній періодъ, § 443.

[3]) 542^{4}.

[4]) Мейеръ, ib., доп. Гольмстена 316, Čech Slov. § 345.

[5]) Ст. 542^{17}, 542^{19}. Ср. Австр. Gesetz v. April 1912 betr. des Bauerechts, § 6. Abs. 2. Dem Bauberechtigten stehen am Bauwerk die Rechte des Eigentümers, также Синайскій, Тютрюмовъ, contra Мартыновъ, Ж. М. 10, 1913, № 10, стр. 71. Впро-

пользоваться, отдавать пользованіе другимъ, разрушать и вновь воздвигать [1]). Онъ вправѣ распорядиться постройкой отдѣльно отъ права застройки, но въ той лишь мѣрѣ, въ какой право на постройку принадлежитъ ему самому, т. е. съ одновременной передачей и обязанностей, въ томъ числѣ обязанности сноса въ предусмотрѣнныхъ закономъ о застройкѣ случаяхъ.

Право постройки прекращается нормально съ наступленіемъ срока. Въ этомъ случаѣ возникаетъ важный вопросъ о судьбѣ построекъ. Застройщикъ воленъ снести свои постройки, если только собственникъ не пожелаетъ оставить ихъ за собою съ полнымъ возмѣщеніемъ застройщика, т. е. съ выдачей ему того, чего онъ лишается отъ утраты возможности убрать постройку. Застройщикъ обязанъ снести постройки, коль скоро того потребуетъ собственникъ въ теченіе установленнаго въ законѣ времени (мѣсяцъ послѣ срока), иначе постройки остав ляются собственнику, съ правомъ послѣдняго, если онъ пожелаетъ, снести ихъ за счетъ застройщика. Особенность правоотношеній касательно постройки съ наступленіемъ срока заключается въ томъ, что при оставленіи постройки собственнику застройщикъ получаетъ не обогащеніе собственника какъ при простомъ застроеніи чужой земли, а связанную съ таковымъ оставленіемъ потерю, которая можетъ быть выше стоимости матеріала и работъ. Затѣмъ, собственнику не дано оставить себѣ постройки безъ вознагражденія при невозможности убрать ее, по той причинѣ, что въ отношеніи строителя не можетъ быть рѣчи о недобросовѣстности,—которая, напротивъ, нерѣдко констатируется при простомъ застроеніи. Наконецъ, при застройкѣ законъ устанавливаетъ сроки для сноса, для заявленій собственника застройщику о желаніи оставить для себя постройку или о томъ, чтобъ онъ убралъ ее [2]).

Застройщикъ имѣетъ право требовать прекращенія договора застройки до срока при невозможности пользоваться участкомъ сообраз-

---

чемъ, справедливо указываютъ, что это отвѣчаетъ и общимъ началамъ законовъ, признающихъ строенія принадлежностью земли лишь въ качествѣ презумпціи и не лишающихъ добросовѣстнаго владѣльца правъ собственника по отношенію къ воздвигнутой имъ постройкѣ на чужой землѣ, см. Митилино, Право застройки, 1914 г., стр. 167, рѣш. гражд. 1896 г. № 102.

[1]) Мейеръ, доп. Гольмстена, стр. 316, contra Мотивы закона, ib.

[2]) Ст. 542[19].

но его назначенію. Эта невозможность, по точному указанію закона, наступаетъ либо въ результатѣ экспропріаціи части участка для государственныхъ или общественныхъ надобностей, либо вслѣдствіе непреодолимой силы, сдѣлавшей неосуществимымъ выполненіе договора застройки. Юридическая судьба построекъ та же, что и при наступленіи срока: вины ни собственника, ни застройщика тутъ не имѣется, и прекращеніе договора ничѣмъ не отличается отъ нормальнаго окончанія его. Вправѣ до срока прекратить договоръ и собственникъ, когда застроенный участокъ ему необходимъ для разработки ископаемыхъ, драгоцѣнныхъ металловъ, нефти, соли, янтаря. Однако, прекращеніе не имѣетъ мѣста, если застройщикъ съ своей стороны изъявитъ желаніе возобновить пользованіе участкомъ по окончаніи разработки нѣдръ или согласится ограничиться пользованіемъ той частью участка, которая не нужна для таковой разработки [1]). И здѣсь судьба построекъ та же, ибо виновности ни съ чьей стороны нѣтъ, а причину отказа самъ законъ признаетъ уважительной [2]). Экспропріація участка или гибель его влекутъ за собою прекращеніе договора, но къ этому не ведетъ гибель построекъ, которыя могутъ быть поставлены вновь. Наконецъ, по общему правилу, прекращеніе происходитъ при совпаденіи въ одномъ лицѣ правъ застройщика и собственника, per confusionem. Какова судьба обремененій, лежащихъ на правѣ застройки при прекращеніи такового? Они остаются въ силѣ при совпаденіи [3]); они для собственника необязательны при отказѣ застройщика отъ своего права. При устраненіи застройщика собственникомъ для добыванія ископаемыхъ, обремененія остаются въ силѣ, но могутъ быть осуществлены лишь въ той мѣрѣ, въ какой это не препятствуетъ собственнику извлекать ископаемыя. Такимъ образомъ права лицъ, которымъ принадлежатъ обремененія—субъектовъ обремененій оказываются неустойчивыми, но это вытекаетъ изъ самыхъ свойствъ института права застройки. При отказѣ собственника по причинѣ эксплоатаціи ископаемыхъ страдаетъ субъектъ обремененія, но теряетъ и самъ застройщикъ. При отказѣ застройщика вслѣдствіе

---

[1]) Ст. 542[21].

[2]) Право собственника устранить управомоченнаго, если послѣдній вслѣдствіе злой воли или крайней небрежности значительно вредитъ сооруженіямъ и постройкамъ (Čecho-Slov., § 445), чуждо нашему закону, который въ этомъ случаѣ собственнику мѣръ защиты не даетъ. Уголовный законъ о поврежденіи чужого имущества, ст. 547 Уг. Ул., здѣсь конечно, непримѣнимъ.

[3]) См., впрочемъ, исключенія въ ст. 542[25].

частичной экспропріаціи или стихійныхъ явленій положеніе вещей—тождественное [1]).

Таковы въ общихъ чертахъ правила закона о застройкѣ и выводы изъ нихъ. Въ цѣломъ продуманныя и удовлетворительныя, нормы эти оставляютъ однако въ нѣкоторыхъ частяхъ пробѣлы и неопредѣленности. Въ частности, сравнительно много отдается усмотрѣнію сторонъ, вмѣсто точной и принудительной регламентаціи, къ чему долженъ главнымъ образомъ стремиться этотъ законъ, имѣющій въ виду не только частные интересы, но и, по преимуществу, соціальное благо. Конечно, дѣло жизни и практики пополнить пробѣлы и вложить въ нихъ подходящее содержаніе. Соціальная цѣль закона не должна быть упускаема изъ виду при толкованіи и примѣненіи этихъ нормъ. Какъ отдѣльныя постановленія закона, такъ и весь его смыслъ не оставляютъ сомнѣнія, что его punctum saliens — это желаніе оградить застройщика отъ притязаній собственника и пріобрѣтательныхъ тенденцій послѣдняго, съ сохраненіемъ, однако, основъ и устоевъ самой собственности, создать возможность для неимущихъ обезпеченія себѣ одного изъ первыхъ предметовъ необходимости—жилища и пристанища—и этимъ уменьшить количество бездомныхъ людей, опасныхъ для существованія общества и государства.

Когда принадлежащія разнымъ лицамъ вещи соединяются либо смѣшиваются помимо воли собственниковъ или же кѣмъ-либо совершенно перерабатывается чужая вещь, также внѣ воли собственника, то въ мірѣ появляются такіе новые предметы, право собственности на которые возникаетъ по первоначальному способу пріобрѣтенія. Кто же становится новымъ собственникомъ и въ какихъ предѣлахъ?

Старому римскому праву вопросъ былъ ясенъ: каждый собственникъ вправѣ требовать свою вещь изъ чужого неправаго владѣнія [2]), хотя бы она смѣшалась, соединилась съ другой вещью или оказалась переработанной и хотя бы приходилось при этомъ разъединять, разбивать и уничтожать вещи. Легко было дойти до того, что и скульпторъ долженъ отдать великолѣпный и дорогой бюстъ, сдѣланный изъ чужого мрамора, собственнику послѣдняго, что художнику нужно уничтожить изображеніе, выведенное на принадлежащемъ другому лицу холстѣ,

---

[1]) Въ томъ случаѣ, когда застройщикъ оставилъ бы свое право внѣ указанныхъ въ законѣ причинъ, наступаетъ дѣйствіе „совпаденія“, и обремененія остаются.

[2]) Наша 691 ст. X т. I ч.

чтобы вернуть послѣдній „чистымъ“ хозяину. Однако, тогда уже находились юристы, которые отстаивали противоположную точку зрѣнія—трудовую, по которой новая вещь образуетъ единственно собственность сотворившаго ее. Нынѣ вопросъ рѣшается не на основаніи прямолинейныхъ принциповъ раціоналистическаго и конструктивнаго характера, а по требованіямъ оборота, правопорядка и общественныхъ пользъ и нуждъ. Въ настоящее время, когда трудъ дорогъ и почетенъ, а соціальныя нужды быстро растутъ, задача заключается не въ уничтоженіи цѣнностей, а въ ихъ сохраненіи и умноженіи. Предметы, по поводу которыхъ возникаетъ споръ въ данномъ отношеніи, весьма часто относятся къ области искусства, науки и техники, особенно цѣнныхъ для общества. Поэтому правильное разрѣшеніе основныхъ пунктовъ спора невозможно безъ одновременнаго учета разнохарактерныхъ моментовъ какъ частныхъ, такъ и соціальныхъ—культуры и прогресса.

На первомъ планѣ стоитъ спецификація, т. е. такое воздѣйствіе на предметъ, при которомъ, благодаря переработкѣ его и приспособленію къ иному назначенію, получается другая вещь [1]). Почти всѣ законодательства одинаково даютъ спецификанту право собственности на вновь созданный предметъ при условіи, что цѣнность матеріала значительно ниже цѣнности затраченнаго труда или искусства [2]). Не считаться съ послѣднимъ обстоятельствомъ, т. е. съ цѣнностью матеріала, какъ то дѣлаетъ Пр. Гр. Ул. [3]), нельзя потому, что бываютъ случаи, когда трудъ или искусство совершенно ничтожны при специфи-

---

[1]) Характерно, что спецификація, столь занимавшая римскихъ юристовъ, сравнительно рѣдко затрагивала практику европейскихъ судовъ. Schuster указываетъ, что англійское право почти не знаетъ ни одного серьезнаго судебнаго рѣшенія по вопросу о спецификаціи, The principles of German, civil law, 1907, 402. Этотъ авторъ приходитъ къ выводу, что данная проблема is not of much practical importance. То же высказалъ въ Россіи Ельяшевичъ, Еще о спецификаціи по русскому праву, Право, 1913 № 13. Однако, дѣла о переработкѣ все же возникаютъ. Они носятъ часто сенсаціонный характеръ. Оживленіе отъ времени до времени наступаетъ въ этомъ вопросѣ; оно обнаружилось въ Россіи въ послѣдніе годы подъ вліяніемъ разъясненія Сената въ рѣш. гражд. 1912 № 3.

[2]) BGB, § 950, Code Civil, Код. нап., 570 и 571, Schweiz. ZGB, Art. 726, Abs. 1.

[3]) Ст. 851.

каціи и, стало быть, единственнымъ собственникомъ долженъ остаться хозяинъ матеріала. Примѣръ: чужое золото переработано въ незначительныхъ размѣрахъ, чужіе брилліанты отшлифованы, изъ роскошнаго сукна портной сдѣлать простую накидку. Само собою разумѣется, что спецификантъ, оставляя себѣ вещь, обязанъ вознаградить собственника матеріала [1]).

Надо, однако, имѣть въ виду, что сказанное о правахъ спецификанта касается главнымъ образомъ переработчика добросовѣстнаго и не можетъ быть въ безусловной формѣ примѣнено при недобросовѣстности послѣдняго. Въ самомъ дѣлѣ, всегда ли резонно отдать вещь преобразователю, скажемъ, тайно похитившему или инымъ неправомѣрнымъ способомъ добывшему матеріалъ? Съ другой стороны, отдача вещи хозяину матеріала во всѣхъ случаяхъ неправильнаго полученія спецификантомъ такового отъ собственника не означала ли бы порою недопустимое, vice versa, обогащеніе второго насчетъ перваго? Очевидно, въ этихъ казусахъ только судъ можетъ каждый разъ рѣшать, кому должна принадлежать переработанная вещь, въ зависимости отъ свойствъ ея и другихъ индивидуальныхъ обстоятельствъ. Такъ именно рѣшаетъ вопросъ Schw. ZGB [2]). Русскіе юристы въ большинствѣ склонялись къ признанію права собственности только за спецификантомъ (точка зрѣнія Пр. Гр. Ул. и стараго Юстиніанова права). Въ основу положена была та общая мысль, которую формулировалъ, между прочимъ, Сенатъ [3]) по поводу поворота исполненія судебнаго рѣшенія, а именно, что создается „фактическая невозможность, когда предметъ подлежащій отобранію отъ истца и возвращенію отвѣтчику, подвергся такому измѣненію, черезъ которое онъ получилъ совершенно новое назначеніе". Другіе, наоборотъ, находили болѣе правильнымъ утверждать право собственности на переработанную вещь за собственникомъ матеріала (Шершеневичъ). Разграниченіе между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ спецификантомъ не проводилось въ Россіи ни въ наукѣ права, ни въ судебной практикѣ [4]). Въ общемъ, судебная практика

---

[1]) Все это, конечно, можетъ быть измѣняемо соглашеніями сторонъ и актами управомоченнаго лица при жизни и на случай смерти.

[2]) Art. 726, Abs. 2.

[3]) Рѣш. Гражд. 1909 г. № 32.

[4]) Впрочемъ, проф. Ельяшевичъ склоненъ былъ придавать значеніе при спорѣ о спецификаціи вопросу о добросовѣстности спецификанта, ссылаясь на 626 ст. X т. I ч.: „Еще о спецификаціи по русскому праву", Право, 1913 г. № 9, стр. 544.

выдвинула у насъ въ отношеніи спецификаціи слѣдующія положенія: Тезисъ а)—собственникъ матеріаловъ, изъ которыхъ безъ его согласія другое лицо сдѣлало новую вещь, не имѣющую ничего общаго съ тѣмъ, изъ чего она сдѣлана и во что уже не можетъ быть обращена безъ значительной утраты своей цѣнности, не вправѣ удерживать эту вещь противъ воли этого лица—спецификанта—, а имѣетъ лишь право на взысканіе стоимости взятыхъ у него матеріаловъ и на возмѣщеніе убытковъ и, кромѣ того, право уголовнаго преслѣдованія, если матеріалы были взяты у него путемъ проступка или преступленія; тезисъ б)—собственникъ вещи, кѣмъ либо измѣненной, но лишь настолько, что она продолжаетъ быть тѣмъ же предметомъ, вправѣ требовать возвращенія ему вещи [1]).

На основаніи смысла нашихъ законовъ [2]) допустимо прибавить къ этому еще тезисъ в)—въ случаѣ несоразмѣрно высокой цѣнности матеріала сравнительно съ цѣнностью труда спецификанта послѣдній не вправѣ домогаться отдачи ему вещи. А затѣмъ, но уже de lege ferenda, по примѣру Schw. ZGB, умѣстно было бы еще одно дополненіе, а именно: тезисъ г)—при недобросовѣстности спецификанта суду предоставляется отдать новую вещь собственнику матеріала, даже не взирая на то, что стоимость труда превышаетъ стоимость матеріала.

При смѣшеніи—commixtio—и соединеніи — confusio—движимыхъ вещей, принадлежащихъ разнымъ лицамъ, имѣется также нѣчто новое, какъ при спецификаціи, но нѣтъ соревнованія между трудомъ и собственностью, а можетъ возникнуть лишь конкуренція двухъ матеріальныхъ цѣнностей. Если вещи разныхъ собственниковъ такъ соединены или смѣшаны между собою, что раздѣленіе ихъ невозможно или сопряжено со значительнымъ ихъ поврежденіемъ либо несоразмѣрнымъ трудомъ и несоразмѣрными издержками, то для участниковъ рождается общая собственность на новый предметъ, пропорціонально стоимости отдѣльныхъ вещей во время сліянія. Такимъ образомъ право собственности участника на его отдѣльную вещь теряется и взамѣнъ этого возникаетъ въ его лицѣ право на идеальную долю вновь образовавшагося объекта. При commixtio и confusio обѣ вещи, будучи каждая самостоятельной, образуютъ вмѣстѣ другой предметъ [3]). Если же commixtio или

---

[1]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 3.

[2]) X т. I ч., стт. 425, 618, 626, 634 и др.

[3]) Для comixtio приводятъ удачный примѣръ ссыпки зернового хлѣба въ товарные склады: въ послѣднихъ все зерно смѣшивается воедино, съ сохраненіемъ вещныхъ правъ отдѣльныхъ собственниковъ.

confusio таковы, что одна вещь является только принадлежностью или второстепенной составной частью другой, то весь новый предметъ—собственность хозяина главной вещи [1]).

Соотвѣтственная обязанность возмѣщенія вреда и возврата неосновательнаго обогащенія пополняетъ изложенныя правоотношенія по commixtio и confusio.

Сервитуты.

Сервитутъ, т. е. право субъекта на чужую вещь, въ силу котораго онъ пользуется извѣстной ея служебной стороной, бываетъ двоякаго свойства. Это можетъ быть служебность предметная, если вещь обслуживаетъ интересы имущества, правильнѣе—собственника послѣдняго, либо персональная, когда пользованіе вещью принадлежитъ данному индивидууму, какъ таковому. Въ первомъ случаѣ сервитутъ носитъ названіе р е а л ь н а г о—во второмъ—л и ч н а г о [2]).

При сервитутѣ реальномъ вещь, лишенная извѣстныхъ выгодъ, восполняетъ ихъ на счетъ другой вещи. Между двумя имуществами создается отношеніе имущества „господствующаго“ и имущества „служащаго“ (Гуляевъ). Управомоченнымъ по такому сервитуту является всякій собственникъ господствующаго участка, независимо отъ того, кто именно таковымъ является въ данный моментъ. Иллюстрація: право опирать свой домъ на стѣну сосѣда, имѣть балконъ на чужой дворъ, гнать скотъ на сосѣднее пастбище. Изъ личныхъ сервитутовъ выдѣляются по своему крупному практическому значенію такіе, какъ право

---

[1]) Schweiz. ZGB § 927, BGB § 947, Пр. Гр. Ул., стт. 849, 850, Пр. Гр. Ул. для такого отличія главной вещи отъ второстепенной предписываетъ руководиться стоимостью, однако могутъ быть и другіе признаки.

[2]) Отъ сервитута надо отличать „акты терпѣнія“, actes de simple tolerance, т. е. обыкновенное дозволеніе собственника, данное изъ любезности, дружбы либо по инымъ причинамъ (объ этихъ актахъ упоминаетъ, въ связи съ препятствіями къ пріобрѣтенію possession и собственности по давности владѣнія, Code Civil, Код. Нап., 2232; См. также Planiol, Traité élémentaire de droit civil, I, 1922, p. 930, Boeuf, Resumé de droit civil, 1925, p. 418). Таково разрѣшеніе собственника знакомымъ или даже всякому постороннему проходить черезъ участокъ, дворъ и пр Здѣсь никакое обязательное отношеніе, притязаніе или право на возраженіе не возникаетъ, сколько и въ какой формѣ такое пользованіе ни продолжалось бы.

пожизненнаго пользованія чужимъ имуществомъ, право постояннаго проживательства въ чьемъ-либо домѣ. Реальный сервитутъ имѣетъ, такъ сказать, чисто локальную природу и судьбу; онъ существуетъ вмѣстѣ съ имуществомъ, въ пользу котораго установленъ, съ нимъ вмѣстѣ только и можетъ быть отчуждаемъ и пр. Личный сервитутъ не мыслится внѣ даннаго субъекта и на другое лицо переходить не можетъ [1]). При отчужденіи имущества (главнаго или служебнаго, когда рѣчь идетъ о реальномъ сервитутѣ), добровольномъ или съ торговъ одинаково сохраняется сервитутъ. Въ этомъ постоянствѣ и неотторжимости сервитута—одна изъ основныхъ чертъ его.

Понятно, что сервитутъ отличается отъ найма, проникнутаго свойствами обязательственныхъ отношеній, временнаго характера. Не сходствуетъ сервитутъ и съ ограниченіемъ собственности въ пользу общую или частную; послѣднее создаетъ для собственника обязанность терпѣть стѣсненіе въ силу самого закона для обезпеченія интересовъ другихъ лицъ (сосѣдей) или общихъ нуждъ и представляется естественнымъ предѣломъ самого понятія права собственности, между тѣмъ, какъ сервитутъ есть индивидуальное отношеніе съ конкретнымъ содержаніемъ. Отъ права застройки сервитутъ отдѣляется тѣмъ, что первое связано съ лицомъ (застройщикомъ), а не съ вещью, чѣмъ расходится съ реальнымъ сервитутомъ, но въ то же время переходитъ по правопреемству, не въ примѣръ личному сервитуту. Сервитутъ въ извѣстномъ смыслѣ—жертва въ пользу другого, хотя бы и возмездная,— воздержаніе: не пряпятствуй провозу, проѣзду, гулянію на участкѣ, не

---

[1]) Реальный сервитутъ не подлежитъ передачѣ даже во временное пользованіе посторонняго лица. Личный сервитутъ возможно предоставитъ другому со стороны пользованія, но по особому разрѣшенію собственника имущества, на которомъ онъ тяготѣетъ, въ виду заинтересованности собственника именно въ личности субъекта сервитута, развѣ бы такая заинтересованность исключалась по объективнымъ даннымъ, ср. Пр. Гр. Ул., стт. 1009, 1021 и рѣш. гражд. 1892 № 11. Въ случаѣ раздѣла имѣнія, въ пользу котораго установленъ сервитутъ, послѣдній остается въ томъ же видѣ и на той же части, но когда и сервитутъ можетъ быть раздѣленъ, онъ пребываетъ на отдѣльныхъ частяхъ. Все это допускается настолько, насколько этимъ не ухудшается положеніе обремененнаго участка. При раздѣлѣ обремененнаго участка всѣ тѣ части имѣнія, которыя были внѣ сервитута, освобождаются отъ него, если сервитутъ лежалъ на одной части, въ противномъ случаѣ сервитутъ остается и на остальныхъ частяхъ. См. BGB, §§ 1025, 1026, Пр. Гр. Ул., ст. 1002.

поднимай постройку выше извѣстныхъ размѣровъ, не пускай дымъ и пр. Но положительное дѣйствіе, взятое на себя собственникомъ по отношенію къ другому, есть всегда обязательство. Поэтому возможенъ сервитутъ, предоставляющій собственнику одного имѣнія собирать валежникъ въ лѣсу другого имѣнія, но не будетъ сервитута, если собственникъ одного имѣнія обязывается періодически доставлять собственнику другого имѣнія валежникъ изъ своего лѣса (Шершеневичъ). Понятно, что „жертвенность" должна быть направлена на созданіе не противорѣчащихъ закону и морали цѣлей. Это положеніе считаютъ нужнымъ иногда особо оговаривать, но оно разумѣется само собою. Нельзя установить сервитутъ на провозъ и проѣздъ для контрабандистовъ [1]).

Пр. Гр. Ул. дѣлитъ сервитуты на поземельные и личные, относя къ первымъ право прохода и проѣзда, право пользованія водой, право пастьбы и прогона и т. п., а къ личнымъ—право пользованія и право жилья, а равно право охоты и рыбной ловли. При этомъ къ личнымъ сервитутамъ причисляются также всѣ тѣ поземельные сервитуты, которые могутъ приносить пользу лицу, хотя бы оно владѣло имѣніемъ [2]).

---

[1]) Boeuf, Résumé de droit civil, 1925, p. 487.

[2]) Стт. 100 и 1019. По Code civil, Код. Нап. сервитуты устанавливаются либо закономъ, въ пользу общественную или въ пользу приватныхъ лицъ, либо договоромъ, по волеизъявленіямъ частныхъ лицъ. Всѣ эти сервитуты могутъ быть городскіе и сельскіе, явные, существованіе которыхъ выражается внѣшнимъ образомъ—дверью, окномъ и пр., и неявные, состоящіе въ запрещеніи извѣстныхъ дѣйствій, напр. строить на извѣстной землѣ, т. е., vice versa, въ обязанности терпѣть опредѣленныя ограниченія,—постоянные, пользованіе которыми происходитъ безпрерывно, не требуя каждый разъ дѣйствія человѣка, напр. водопроводы, стоки, право на видъ, и непостоянные, пользованіе которыми предполагаетъ дѣйствія человѣка,—какъ право прохода, право пастбища и пр.: 686 и сл., Абрамовичъ, О крестьянскихъ сервитутахъ въ Губ. Западн., Прибалт. и Царства Польскаго, 1895 г., стр. 3. Св. Приб. различаетъ сервитуты вещные, между ними сельскіе (дороги, сѣнокосы, пастбища, ломка камня, добываніе песка, ловля рыбы и т. д.), домовые и личные: стт. 1103—1264. X т. I ч. знаетъ право въѣзда въ чужіе лѣса, т. е. право рубки строевого и дровяного лѣса для своихъ нуждъ, право на бортные ухожья, т. е. право ставить улья въ чужомъ лѣсу, охоту, рыбную ловлю и другіе промыслы, а также такіе реальные сервитуты, которые заключаются въ

Сервитуты устанавливаются не только добровольными актами при жизни и на случай смерти, но и самимъ закономъ. Существуютъ сервитуты и судебные, т. е. создаваемые путемъ судебнаго постановленія. Такъ, при судебномъ раздѣлѣ, въ виду нуждъ вновь образовавшихся имуществъ можетъ быть установленъ сервитутъ на одномъ имуществѣ въ пользу другого [1]). Дѣйствующему нашему праву, однако, судебные сервитуты чужды. Примѣромъ законнаго сервитута можетъ служить пожизненное пользованіе усыновителя благопріобрѣтеннымъ имуществомъ усыновленнаго, умершаго бездѣтно, пожизненное пользованіе родителей въ имуществѣ умершихъ бездѣтно дѣтей [2]).

Для пріобрѣтенія сервитута требуются тѣ же дѣйствія и формы, что и для пріобрѣтенія собственности, а именно: традиція при переходѣ сервитутовъ на движимость и крѣпостной актъ (ипотека) при передачѣ сервитута на недвижимость [3]).

Сервитутъ прекращается,—кромѣ обычныхъ способовъ погашенія правъ вообще,—путемъ оставленія его управомоченнымъ въ виду отпаденія интереса. Личный сервитутъ уничтожается, когда перестаетъ существовать лицо, т. е. со смертью физическаго лица, съ распаденіемъ юрид. лица [4]). При прекращеніи сервитута отмѣняется ограниченіе собственности и падаетъ сама собой отмѣтка о немъ въ крѣпостныхъ (ипотечныхъ) книгахъ.

обусловленномъ соглашеніемъ правѣ промыкать плотину къ чужому берегу, выводитъ окно на дворъ сосѣда, дѣлать скатъ крыши на участокъ сосѣда (все это вопреки законнымъ запрещеніямъ по началамъ „права участія частнаго“) и пр.: стт. 455, 463, 442, п. 2, Ельяшевичъ, Право участія частнаго и его защита, 1914, стр. 8. Право въѣзда можетъ быть установлено вновь только въ томъ случаѣ, если оно не существуетъ уже для кого-либо—правило, касающееся одинаково какъ казенныхъ, такъ и частныхъ лѣсовъ: рѣш. гражд. 1900 г. № 66.

[1]) Пр. Гр. Ул., ст. 1007.

[2]) X т. I ч., стт. 156, 1141, 1145.

[3]) Ср. рѣш. гражд. 1903 г. № 67. X т. I ч. знаетъ сервитуты, возникшіе вслѣдствіе „незапамятности“, т. е. такой продолжительности пользованія, которая съ трудомъ даетъ возможность опредѣлить время и причину его возникновенія— т. наз. угодья. Но наличность угодій должна быть подтверждена документами (писцовыми и другими книгами), а также въ нѣкоторыхъ случаяхъ межевыми книгами (стт. 457 и 458 X т. I ч.), рѣш. гражд. 1912 г. № 43, относящееся къ дореволюціонной эпохѣ.

[4]) Ср. BGB, § 1061, Пр. Гр. Ул., ст. 976.

Сервитуты возникли наряду съ собственностью и одновременно съ ней: фактическое использованіе чужой вещи всегда являлось неизбѣжнымъ, особенно въ отношеніяхъ къ недвижимости, при ограниченности земельной площади и близкомъ другъ отъ друга поселеніи людей. Распаденіе общиннаго землевладѣнія и возникновеніе личной поземельной собственности еще болѣе увеличили потребность въ сервитутахъ. Въ Россіи всѣ выгоды и удобства, какъ лѣса, мѣста звѣриныхъ промысловъ, назывались въ отношеніи пахотной земли, главнаго фонда существованія и богатства, у г о д ь я м и. Въ старые времена, когда государство дѣлило землю между частными лицами, оно создавало право угодій, т. е. въ сущности сервитуты. Затѣмъ, по мѣрѣ увеличенія количества такихъ угодій, стало обнаруживаться стремленіе ослабить или совершенно уничтожить сервитутную зависимость имѣній. Законъ заботился уже болѣе о крѣпости права собственниковъ, какъ составляющаго опору государства, упуская, однако, изъ виду, что сервитутъ въ сущности также одинъ изъ способовъ укрѣпленія собственности, такъ какъ всего болѣе обслуживаетъ именно собственность, укрѣпляетъ ея слабыя стороны [1]). Къ ликвидаціи земельныхъ сервитутовъ приступали неоднократно въ Россіи, для чего издавались особыя правила. Между прочимъ въ Лѣсномъ уставѣ [2]) имѣется указаніе на способъ уничтоженія лѣсныхъ сервитутовъ (права въѣзда) въ казенныхъ земляхъ, а именно: помѣщикамъ выдается въ собственность по двадцати пяти десятинъ на каждые сто четвертей ихъ земель [3]). Несомнѣнно, что вопреки стремленіямъ поло-

---

[1]) Въ серединѣ прошлаго столѣтія государство создавало для крестьянъ множество сервитутовъ въ западныхъ губерніяхъ на земляхъ польскихъ помѣщиковъ, дабы ослабить вліяніе послѣднихъ и расположить крестьянъ въ свою пользу. До сихъ поръ кое-гдѣ эти сервитуты еще сохранились понынѣ.

[2]) Ст. 680 и 680.

[3]) Постановленія о ликвидаціи сервитутовъ „лѣсныхъ“ и „выгонныхъ“ изданы въ Литвѣ въ іюлѣ 1922 г.: Įstatymas servitutams ir bendrosioms gamykloms likviduoti, Vyr. Žin. 1922 m., № 96. По этому закону, сервитуты, заключающіеся въ правѣ постояннаго полученія изъ лѣса дровъ, пней, хворосту и пр. уничтожаются такимъ образомъ, что обладателямъ этихъ сервитутовъ выдается взамѣнъ послѣднихъ опредѣленное количество лѣса, согласно установленной въ законѣ нормѣ. По соглашенію сторонъ, вмѣсто лѣса можетъ быть дана земля. Въ томъ же порядкѣ обладатели сервитута пастьбы скота получаютъ взамѣнъ сервитута земельную площадь (изъ разсчета количества головъ пасомаго скота). Земля отпускается

жить конецъ земельнымъ сервитутамъ, послѣдніе будутъ продолжать существовать въ той или иной формѣ: имъ должно найтись мѣсто „подъ солнцемъ“ права. О земельныхъ сервитутахъ идутъ судебные процессы и споры въ немаломъ количествѣ. Ни аренда, ни какой-либо другой договоръ не замѣнятъ того, что цѣнятъ въ сервитутѣ, дающемъ людямъ постоянство права и увѣренность обладанія. Съ другой стороны, какъ максимальную урѣзку права собственности, сервитуты приходится выдерживать въ извѣстныхъ предѣлахъ. Чрезмѣрное количество сервитутныхъ правъ можетъ наложить ярмо на право собственности и помѣшать развитію послѣдняго.

Изъ категоріи личныхъ сервитутовъ слѣдуетъ выдѣлить особо сервитутъ пользовладѣнія, узуфруктъ. Пользовладѣніе представляется, какъ обусловленное срокомъ или пожизненное, но во всякомъ случаѣ не превышающее жизни управомоченнаго, вещное право, дающее пользованіе чужой вещью съ извлеченіемъ изъ нея плодовъ, безъ измѣненія ея сущности и назначенія—salva rei substantia. Обычно пользовладѣніе устанавливается, и притомъ въ формѣ пожизненнаго пользованія, при наслѣдованіи, имѣя интимный семейный характеръ; но оно можетъ быть создано и волеизъявленіемъ inter vivos. Предметъ узуфукта—недвижимость и непотребляемая движимость, также деньги и даже цѣлыя предпріятіи [1]). При узуфуктѣ на капиталъ, узуфруктуаріи

въ томъ же мѣстѣ, гдѣ находится уничтожаемый сервитутъ, а если она неудобна, то въ другомъ мѣстѣ. Тѣ обладатели сервитутовъ, которые уже заключили договоры съ собственниками участка объ уничтоженіи сервитута и владѣютъ фактически даннымъ за таковой участкомъ, теряютъ свои сервитуты окончательно и считаются собственниками полученныхъ участковъ. Существованіе предусматриваемыхъ закономъ сервитутовъ и объемъ таковыхъ устанавливается документами, выданными при полученіи крестьянами надѣльныхъ земель, дополнительными къ этимъ документамъ актами, судебными рѣшеніями и другими документами, такой же юридической цѣнности, какъ перечисленные. При отсутствіи этихъ доказательствъ право на сервитутъ можетъ быть признано лишь за крестьянами тѣхъ деревень, въ которыхъ выдѣлъ изъ помѣщичьихъ усадебъ по прежнимъ законамъ остался еще незаконченнымъ, если крестьяне докажутъ какими-либо данными, въ томъ числѣ и свидѣтельскими показаніями, что до 1914 г. фактически пользовались сервитутами. Ликвидацію производятъ особыя землеустроительныя комиссіи.

[1]) Если бы создано было пользовладѣніе потребляемымъ предметомъ, то это означало бы узуфруктъ на деньги, которыя должны быть выручены отъ продажи этого предмета.

получаетъ лишь проценты, самъ капиталъ, наскольку онъ не необходимъ для оборота, отсылается въ кредитное учрежденіе. Заинтересованные могутъ условиться по предмету обращенія капитала въ тѣ или иныя процентыя бумаги или внесенія денегъ въ опредѣленное кредитное установленіе [1]). Такое же положеніе вещей получается при превращеніи вещи въ денежный капиталъ вслѣдствіе, напр, полученія страхового вознагражденія за погибшую вещь или при экспропріаціи: пользовладѣлецъ получаетъ лишь доходъ съ капитала, послѣдній же вносится на храненіе до окончанія пользовладѣнія [2]). Допускается возможность назначенія пользовладѣльцами нѣсколькихъ лицъ преемственно, лишь бы не создавалась неопредѣленность въ срокѣ сервитута [3]).

---

[1]) Пр. Гр. Ул., ст. 966, BGB § 1079, рѣш. гражд. 1896 г., № 15, 1898 г. № 15.

[2]) X т. I ч. ст. 589, п. 2. Можетъ быть еще пользовладѣніе правомъ или требованіемъ. Оно устанавливается въ отношеніи такихъ правъ и требованій, уступка которыхъ допускается по законамъ, къ нему находятъ соотвѣтственное примѣненіе правила объ уступкѣ требованій вообще. Такой пользовладѣлецъ получаетъ доходы и выгоды отъ права, напр., проценты съ долговой суммы, наемныя деньги: BGB, §§ 1070 — 1071, Schw. ZGB, Art. 745, Пр. Гр. Ул., ст. 982 и сл. Послѣдній создаетъ въ этомъ случаѣ еще особыя правила объ отношеніяхъ пользовладѣльца къ должнику и способахъ исполненія должникомъ обязательства, стт. 987, 988, о процентыхъ бумагахъ, дивидендахъ по нимъ, надписяхъ на нихъ, стт. 990-993. Ни дѣйствующее наше, ни французское право не упоминаютъ о пользовладѣніи правами. Однако, въ отношеніи французскаго права нѣкоторыя склонны допустить возможность такого узуфрукта на основаніи 581 ст. Code civil, трактующей объ узуфруктѣ въ движимыхъ и недвижимыхъ имуществахъ, въ связи съ 529 ст. того же Code civil, въ которой къ движимости причисляются также „обязательства и иски". Ср. для Италіи Gianturco, Instituzioni di diritto civile Italiano, 1919, p. 120; этотъ авторъ основывается на 509 ст. Codice civile, соотвѣтствующей Code civil, Код. Нап., 612 (пользовладѣніе всѣмъ имуществомъ или извѣстной долей).

[3]) Пр. Гр. Ул. примѣнительно къ взгляду своему на наслѣдственную субституцію требуетъ, чтобы въ этомъ случаѣ указанныя лица уже существовали всѣ во время установленія пользовладѣнія. Дѣйствующее право такого предписанія не содержитъ.

Само собою разумѣется, что пользовладѣлецъ долженъ обращаться съ вещью заботливо, вести правильное хозяйство, не обезцѣнивать имущество. Въ виду того, что страхованіе нынѣ является нормальнымъ, доступнымъ и общераспространеннымъ способомъ обезпеченія отъ убытковъ вслѣдствіе несчастіи и приключеній, на пользовладѣльцѣ лежитъ долгъ застраховать имущество. При этомъ, въ случаѣ гибели имущества и полученія страховой суммы таковая, должна идти на возстановленіе погибшаго (сгорѣвшихъ построекъ) [1]). По X т. I ч. въ арендныхъ договорахъ плата пользовладѣльцу можетъ быть установлена лишь на годъ и со взносомъ ея по истеченіи года. Арендный договоръ, заключенный безъ согласія собственника, дѣйствителенъ въ теченіе 3 лѣтъ послѣ смерти пользовладѣльца, если договоръ превышаетъ этотъ срокъ, но при условіи, что договоръ уже былъ осуществленъ до смерти пользовладѣльца [2]).

Узуфрактуарій воленъ отречься отъ своего права: тогда оно прекращаетъ свое существованіе еще до его смерти и на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и при смерти пользовладѣльца [3]).

Наслѣдственное пользованіе.

Съ самыхъ древнихъ временъ земли, особенно пусторожнія, отдавались безземельнымъ людямъ, желающимъ заниматься сельскимъ хозяйствомъ, въ продолжительную аренду за платежъ извѣстнаго канона. Чтобы заинтересовать этихъ лицъ въ сохраненіи и правильной обра-

---

[1]) См. рѣш. гражд. 1898 г. № 5, Пр. Гр. Ул., Объясненія кн. 5, т. 5, 1899, стр. 25.

[2]) Ст. 1692[1]. Законъ (ст. 533[7] п. 1 X т. I ч.) трактуетъ о передачѣ „пожизненнаго владѣнія“ другому лицу, вопреки основному началу о неотчуждаемости личнаго сервитута. Но несомнѣнно, что рѣчь идетъ здѣсь на самомъ дѣлѣ лишь о передачѣ осуществленія, что видно изъ пунктовъ 2 и слѣдующихъ той же статьи, см. рѣш. гражд. 1892 г. № 11.—На почвѣ нашего права ограждающія интересы собственника требованія къ узуфрукторію относительно надлежащаго пользованія имуществомъ въ значительной мѣрѣ ослабляются тѣмъ, что законъ не даетъ даже возможности истребовать отъ пользовладѣльца обезпеченій и гарантій въ соблюденіи правъ собственника подобно тому, какъ это устанавливаютъ многіе кодексы. Пр. Гр. Ул., ст. 972, также Cod Civil, Код. Нап., 601 и сл. Французское право предоставляетъ даже право требовать прекращенія самаго пользовладѣнія въ случаѣ злоупотребленій со стороны пользовладѣльца (618).

[3]) Рѣш. гражд. 1893 г. № 10, 1892 г. № 11.

боткѣ участка, создавалось для нихъ положеніе колонистовъ, а именно, они оставались на землѣ, пока правильно исполняли свои обязанности, и могли участки передавать другимъ при жизни и по наслѣдованію. Это было для обладателей крупныхъ владѣній средствомъ полученія большихъ доходовъ со своихъ земель (а иногда и съ другихъ недвижимостей). На этой почвѣ выросъ римскій эмфитевтъ, а впослѣдствіи—различныхъ видовъ наслѣдственное пользованіе землей въ Европѣ. Вѣчное потомственное пользованіе землями раздавалось королями и феодалами за вѣрную и успѣшную службу дворянамъ. Аналогично съ этимъ закрѣплялось крестьянское наслѣдственное землепользованіе, создаваемое въ интересахъ надѣленія безхозяйственныхъ крестьянъ землями, для обезпеченія возможности болѣе или менѣе сноснаго существованія этого обездоленнаго сельскаго элемента.. Такъ появлялся на свѣтъ, а потомъ получалъ широкое развитіе институтъ наслѣдственнаго пользованія землей—Erbpacht. Однимъ изъ сильныхъ рычаговъ движенія этого института впередъ было, начиная съ XV в., желаніе освободить крестьянъ отъ крѣпостной зависимости путемъ созданія для нихъ вѣчнаго найма, т. е. той формы отношенія къ землѣ, которая является, по выраженію Garsonnet, однимъ изъ возрастовъ собственности [1]). Затѣмъ начинается сильное теченіе противъ этой формы пользованія, какъ связывающей обѣ стороны, и тенденція выкупа въ собственность. Французская революція конца XVIII в. и революціи XIX в. могущественнымъ образомъ поддержали эту тенденцію, исходя изъ новаго лозунга, а именно, считая эти отношенія обреченнымъ на гибель пережиткомъ феодальнаго строя. Уже Code civil не включилъ ни одного параграфа о наслѣдственномъ пользованіи. Путемъ аграрныхъ реформъ и имъ подобныхъ мѣропріятій почти повсюду въ Европѣ обладатели такихъ контрактовъ нынѣ обратились въ собственниковъ или стали простыми арендаторами на срокъ, исчисляемый либо количествомъ лѣтъ либо количествомъ наслѣдственныхъ преемствъ. Новому возникновенію этой формы землепользованія не благопріятствуютъ ни экономика, ни обычаи, ни законы. Въ Россіи при условіяхъ, только отчасти напоминающихъ западныя-европейскія, составилось наслѣдственное пользованіе на земляхъ казенныхъ, городскихъ и частныхъ. Таковы были помѣстное владѣніе, возникшее при Петрѣ I, посессіонное владѣніе разными заводами и фабриками, отдача земельныхъ участковъ частнымъ лицамъ въ безсрочное оброчное содержаніе, начавшееся въ XVIII в. При расширеніи своихъ

---

[1]) Карышевъ, Вѣчно-наслѣдственный наемъ земель на континентѣ Западной Европы, 1885 г., стр. 12 и сл.

владѣній Россія встрѣтилась съ такимъ установленіемъ, какъ право вѣчно-чиншеваго пользованія, которое также пришлось признать и усвоить хотя и съ ограниченіями. Такимъ образомъ и Россія пришла къ различнымъ видамъ наслѣдственнаго пользованія землей, изъ которыхъ нѣкоторые сохранили свое значеніе до послѣднихъ временъ.

Такъ, казенное оброчное содержаніе—это передача земель частнымъ лицамъ на продолжительнѣйшіе сроки въ пользованіе за платежъ извѣстной суммы, оброка. Земли пахатныя, хозяйственныя заведенія, сады, мельницы, фабрики, могутъ быть отдаваемы даже въ вѣчное пользованіе, также участки для эксплоатаціи горнаго завода (посессія, съ середины прошлаго вѣка, впрочемъ, болѣе не возникающая)[1]). Актъ объ отдачѣ въ оброчное содержаніе совершается крѣпостнымъ порядкомъ[2]). Оброчный владѣлецъ вправѣ пользоваться состоящими въ его владѣніи недвижимостями, извлекать всѣ выгоды, не разрабатывая, однако, нѣдръ, безъ особаго дозволенія въ договорѣ,—передавать другимъ при жизни и по наслѣдованію, обременять залогомъ, сервитутами. При прекращеніи оброчнаго пользованія, за постройки и улучшенія въ размѣрѣ обогащенія земли оброчный пользовщикъ получаетъ вознагражденіе[3]).

Пр. Гр. Ул. создаетъ право наслѣдственнаго оброчнаго владѣнія въ видѣ общаго правила, опредѣляя его, какъ право, въ силу котораго одно лицо, оброчный владѣлецъ, имѣетъ вѣчное или срочное, не менѣе 3 лѣтъ, наслѣдственное владѣніе въ имѣніи другого лица съ обязанностью уплачивать сему послѣднему ежегодный оброкъ деньгами или произведеніями земли.

Право чиншевое — особое вещное и притомъ безсрочное право въ чужомъ недвижимомъ имуществѣ[4]). Чиншевикъ можетъ поль-

---

[1]) Уст. о Казен. обр. статьяхъ, ст. 1 и сл., Уст. Сельск. Хозяйства, прил. къ ст. 28, Уст. Горн., ст. 223 и сл., рѣш. гражд. 1887 г. № 9.

[2]) См. Уст. о Пошл., ст. 237.

[3]) Ср. Пр. Гр. Ул., стт. 927—941. Уставъ о пошлинахъ, ст. 243, прим. 1, рѣш. гражд. 1910 г. № 69, 1899 г., № 26, 1892 г. № 116. См. также Пр. Гр. Ул., Объясн., кн., 3, т. 2, 1902 г., стр. 45.

[4]) Рѣш. гражд. 1877 г. №№ 112 и 113. Какъ справедливо указано было въ юридической литературѣ, понятіе „вѣчности“ имѣетъ для чиншевого права относительный смыслъ и должно быть замѣнено понятіемъ „неограниченности“. Изъ

зоваться участкомъ, извлекая всѣ выгоды. Онъ въ состояніи продать, дарить, закладывать, передавать по наслѣдству свое право и, вообще, распоряжаться послѣднимъ, безъ согласія собственника [1]). Всѣ аттрибуты владѣнія чиншевика обсуждаются по тѣмъ же началамъ, которыя относятся къ владѣнію на правѣ собственности [2]). Уступка чиншевого права совершается крѣпостнымъ порядкомъ, уступка однихъ лишь домовъ и строеній—посредствомъ утвержденныхъ собственникомъ условій[3]). Обязанности чиншевика сводятся къ періодическому платежу извѣстной суммы чинша, размѣръ которой не подлежитъ повышенію. Неплатежъ чинша не ведетъ къ прекращенію пользованія, а даетъ только право на взысканіе. Хозяинъ участка сохраняетъ лишь право на взиманіе чинша и на званіе номинальнаго собственника земли [4]).

Надо замѣтить, что единственное право собственника на чиншъ представляется отчасти также довольно эфемернымъ, принимая во вниманіе свободу чиншевика распоряжаться своимъ правомъ, передавать его, по своему желанію, кому-угодно. Поэтому были попытки въ судебной практикѣ, при отчужденіи чиншевого права, сохранить отвѣтственность передъ собственникомъ за уплату чинша прежняго чиншевика наряду съ отвѣтственностью новаго пріобрѣтателя. Но прочной опоры въ дѣйствующемъ нашемъ законѣ эти попытки не находятъ.

Право чиншевого обладанія не должно быть смѣшиваемо не только съ арендным правомъ, возникающимъ изъ договора срочнаго найма, но съ иными формами временнаго и поворотнаго пользованія землей [5]).

Чиншевое право—„почти собственность“, хотя и не собственность,—ибо чиншевикъ владѣетъ отъ собственника, которому производитъ пла-

---

договора сторонъ или иного акта, обосновывающаго чиншевое право, можетъ вытекать прекращеніе чиншевого права при наступленіи извѣстныхъ особыхъ обстоятельствъ. Только обычныя условія и сроки чужды чиншевому праву.

[1]) Рѣш. гражд. 1877 г. № 110.

[2]) Рѣш. гражд. 1904 г. № 54, 1880 г. № 20.

[3]) Рѣш. гражд. 1904 г. № 54, Общ. Собр. 1912 г. № 19.

[4]) Онъ не вправѣ, между прочимъ, устанавливать какіе-либо сборы за торговли, промыслы и пр. съ жителей, даже по соглашеніямъ, заключаемымъ съ ними: подобные договоры или условія, какъ противныя закону, ничтожны, рѣш. гражд. 1892 г. № 135.

[5]) Рѣш. гражд. 1884 г. № 141, 1877 г. № 114.

тежи; но оно обширнѣе всѣхъ другихъ вещныхъ правъ (въ томъ числѣ римскаго права эмфитевта, при которомъ неплатежъ за пользованіе въ теченіе извѣстнаго періода времени приводило къ прекращенію правоотношенія, а отчужденіе права требовало согласія собственника). При всякомъ отпаденіи чиншевого права (отказъ чиншевика, смерть его безъ оставленія наслѣдниковъ по закону или завѣщанію) возстанавливаются цѣликомъ права собственника [1]).

Чиншевое право возникло впервые въ Польшѣ, гдѣ оно позаимствовано было изъ Германіи (Erbzins) приблизительно въ XIV в., когда Польша и Литва еще не были соединены. Чиншемъ—centus—въ Польшѣ называли плату за пользованіе нѣкоторыми земельными угодіями, земельную государственную подать. Но главнымъ образомъ этимъ терминомъ обозначали плату за пользованіе землею, срочное и безсрочное, пожизненное и наслѣдственное: отсюда возникло понятіе о владѣніи чиншевомъ въ смыслѣ пользованія оброчнаго [2]). Обыкновенно помѣщики выдавали своимъ колонистамъ особаго рода привиллегіи на наслѣд-

---

[1]) Особенности, бытовыя и историческія, чиншевого права сказываются и на способѣ доказыванія этого права, въ случаѣ спора. Именно, чиншевыя права, возникшія до 25 іюня 1840 г., могутъ быть устанавливаемы всѣми способами, въ томъ числѣ и свидѣтельскими показаніями. Это объясняется тѣмъ, что въ эту историческую дату былъ отмѣненъ Литовскій Статутъ для всѣхъ тѣхъ мѣстъ, гдѣ онъ ранѣе дѣйствовалъ въ Россіи, причемъ за прежними чиншевиками вмѣстѣ съ тѣмъ оставлены всѣ ихъ права, хотя бы таковыя основывались только на словесныхъ соглашеніяхъ, по принципу lex in praeteritum non valet. Возникшія послѣ этого чиншевыя права должны быть подтверждаемы, по началамъ русскаго законодательства, письменными актами. Однако, въ виду того, что въ обильномъ количествѣ чиншевыя права возникали и впослѣдствіи, безъ всякой письменности, то въ тѣхъ случаяхъ, когда самая возможность существованія чиншевыхъ отношеній не вызываетъ сомнѣній и таковое представляется вѣроятнымъ, именно, если рѣчь идетъ о мѣстности, гдѣ имѣются цѣлыя чиншевыя округи, допущено было и въ послѣдующее время опираться на свидѣтельскія показанія въ разъясненіе наличности чиншевого право у даннаго лица. См. рѣш. гражд. 1889 г. № 131.

[2]) „О чиншевомъ владѣніи въ городахъ и мѣстечкахъ губерній западныхъ и бѣлорускихъ“, Представленіе Главнаго управленія по дѣламъ мѣстнаго хозяйства Государственной Думѣ отъ 16 октября 1908 г., № 206, стр. 1.

ственное обладаніе землей съ платежомъ неизмѣняемаго чинша. Но независимо отъ привиллегій, чиншевыя отношенія создавались и по соглашеніямъ между собственниками и поселянами, примѣнительно къ обычаямъ, издавна дѣйствовавшимъ въ польскихъ и литовскихъ земляхъ и сложившимся преимущественно подъ вліяніемъ тевтонскаго-нѣмецкаго права, которое транспортировалось въ польское королевство иностранными поселенцами. Все это составляло особый видъ владѣнія землей безсрочнаго, потомственнаго, которое могло быть осуществляемо самостоятельно, какъ право вещное [1]). Въ XVIII в. съ присоединеніемъ отъ Польскаго Королевства къ Россіи губерній, гдѣ густо было чиншевое поселеніе, чиншевое право было санкціонировано русской властью. Чиншевыя отношенія сложились какъ въ городахъ, такъ и въ селахъ и мѣстечкахъ. Указы 25 іюня 1840 г. и люстраціонныя правила 20 октября 1867 года предписывали сохранять въ силѣ дѣйствующіе контракты и привилегіи жителей. Съ 1861 года идетъ теченіе въ сторону упраздненія чиншевого права: законодатель и въ Россіи сталъ взирать несочувственно на это зависимое владѣніе, какъ значительно стѣсняющее земельное господство. Положеніе 9 іюня 1886 г. о поземельномъ устройствѣ сельскихъ вѣчныхъ чиншевиковъ въ губерніяхъ Западныхъ и Бѣлорусскихъ имѣло намѣреніе прекратить чиншевыя отношенія, но законъ затронулъ на самомъ дѣлѣ только сельскіе чинши [2]). Законъ этотъ призналъ, что чиншевыя права могли возникнуть только до 1876 г., т. е. считая періодъ въ 10 лѣтъ до изданія закона. Онъ предоставлялъ особыя льготы и содѣйствіе правительства для обязательнаго выкупа чиншевиками земель [3]). Однако съ изданіемъ этого закона чиншевое право нисколько не ослабѣло (Шершеневичъ). Мало того, законъ, зафиксировавъ сущность чиншеваго права, какъ особаго, sui generis, вотчиннаго и безсрочнаго права, тѣмъ самымъ подвелъ даже болѣе прочный фундаментъ подъ этотъ институтъ тамъ, гдѣ онъ оставался, т. е. въ городахъ и мѣстечкахъ [4]).

---

[1]) Помянутое Представленіе Главнаго Управленія по дѣламъ мѣстнаго хозяйства, стр. 2, рѣш. гражд. 1884 г. № 141, 1879 г., №№ 109, 111.

[2]) О городскомъ чиншѣ см. рѣш. Общ. Собр. 1908 г. № 27.

[3]) Въ Вильнѣ до 1 іюня 1896 г. выкуплено 533 чиншевыхъ участка, площадью въ 224 десятины 1001 кв. саж., т. е. почти половина городскихъ чиншевыхъ земель, см. Представленіе Управл. по д. мѣстнаго хозяйства, стр. 23.

[4]) Были учреждены уѣздныя по чиншевымъ дѣламъ присутствія для установленія признаковъ чиншевого владѣнія и

Нынѣ въ Литвѣ приступлено весьма серьезно къ ликвидаціи чиншевыхъ отношеній путемъ выкупа. Къ этому приводитъ земельная реформа, съ одной стороны, и общее плачевное состояніе чиншевиковъ, съ другой. Чиншевое право въ городахъ и мѣстечкахъ въ томъ видѣ, какъ оно существуетъ до сихъ поръ, невыгодно для собственниковъ, но оно является прямымъ бѣдствіемъ для самихъ чиншевиковъ. Послѣдніе свыклись со своимъ широкимъ правомъ по отношенію къ землѣ, ограниченнымъ лишь отсутствіемъ права распоряженія землей и платежомъ чинша, но въ то же время они не имѣютъ ни твердости права, ни увѣренности въ немъ Чиншевики фактически стѣснены въ совершеніи всякихъ актовъ относительно своихъ правъ. Они находятся въ постоянныхъ спорахъ и тяжбахъ съ собственниками, стремящимися освободиться отъ нихъ и перевести ихъ въ разрядъ простыхъ арендаторовъ.

для утвержденія добровольныхъ соглашеній. Оттуда дѣла переходили въ Губернскія по крестьянскимъ дѣламъ присутствія А затѣмъ Правительствующій Сенатъ разрѣшалъ вопросы и недоразумѣнія, касающіеся правъ и обязанностей сельскихъ чиншевиковъ и вотчиниковъ. Доказывать чинш. право можно было только письменными, хотя бы и неформальными актами, въ томъ числѣ и платежными книжками, а за отсутствіемъ письменныхъ данныхъ принимались свидѣтели, но лишь при условіи, что спорный участокъ находился въ округѣ, населенный чиншевиками. Вопросы и споры между вотчинникомъ и чиншевикомъ, насколько они касались ихъ взаимныхъ юридическихъ отношеній, восходили, конечно, на разрѣшеніе судовъ на общемъ основаніи и не касались администраціи. Послѣдняя только устанавливала, принадлежитъ ли участокъ къ чиншевымъ или нѣтъ.

Обязательственное право.

Обязательство.

Ни въ одномъ правильно организованномъ обществѣ нельзя обойтись безъ того, чтобы одно лицо могло въ извѣстныхъ случаяхъ домогаться отъ другого того или иного дѣйствія или воздержанія. Для достиженія своихъ жизненныхъ нуждъ и цѣлей люди вступаютъ между собою въ отношенія, другъ друга обязываютъ, другъ у друга требуютъ доставленія, осуществляя все это на извѣстной соціальной базѣ. Это есть сфера обязательствъ [1]).

Еще римское право опредѣляло обязательство, какъ юридическую связь—juris vinculum, — создающую для индивидуума — кредитора въ широкомъ смыслѣ—право требовать отъ другого—должника въ широкомъ смыслѣ—выполненія какого-либо дѣянія. Собственно говоря, весь гражданскій правопорядокъ держится на обязанностяхъ однихъ по отшенію къ другимъ. Но въ однихъ случаяхъ эти обязанности общаго и чисто пассивнаго характера и заключаются въ воздержаніи всѣхъ и каждаго отъ вторженія въ чужую правовую сферу—въ чужую собственность или иныя вещныя права, въ другихъ — обязанность создается ad hoc по отношенію къ опредѣленнымъ субъектамъ, не касаясь другихъ лицъ. Объ обязательствѣ и говорится тогда, когда исполненіе можетъ чинить только данный субъектъ и нарушителемъ можетъ быть также только данный индивидуумъ. Правда, это разграниченіе не имѣетъ абсолютнаго характера. Съ одной стороны, нѣкоторыя вещныя права, какъ сервитуты, ограниченія собственности, весьма напоминаютъ взаимоотношенія между данными лицами. Съ другой стороны, въ обязательствѣ нетрудно констатировать нѣкоторыя черты всеобщности обязанности, въ томъ смыслѣ, что воздержаться отъ нарушеній долженъ не только субъектъ обязательства, но и постороннія лица. Если я помѣшаю умышленно кому-либо уплатить въ срокъ свой долгъ или вообще отрѣжу ему возможность исполнить свое обязательство, я совершу не-

[1]) Unus homo, nullus homo, Аристотелевская аутархія немыслима въ гражданской жизни. Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 326.

правомѣрное дѣяніе, именно, потому, что вторгся въ чужое правоотношеніе, отъ чего долженъ былъ воздержаться. Недаромъ современное право стремится къ общему началу необходимости въ гражданскомъ общежитіи добросовѣстности и уваженія къ правовымъ интересамъ другого, кто бы онъ ни былъ, контрагентъ или посторонній. Помимо этого есть цѣлый рядъ обязательствъ, которыя вообще мало отличаются отъ вещныхъ правъ. Таковы, напр. векселя, бумаги на предъявителя, процентныя бумаги, государственные банкноты. Здѣсь обязательство воплощается въ документѣ настолько, что самъ онъ является предметомъ оборота, и къ нему примѣнимы почти всѣ правила о вещахъ. (Поэтому говорятъ даже о правѣ собственности на вексель, на процентную бумагу). За всѣмъ тѣмъ разграниченіе между вещными и обязательственными правами не потеряло своего значенія: оно полно теоретическаго и практическаго смысла.

Обязательство имѣетъ предметомъ право на доставленіе, т. е. на дѣйствіе—Tun—или воздержаніе—Unterlassung. Дѣйствіе выражается въ дачѣ или совершеніи чего-либо. Воздержаніе входитъ въ область обязательства, если оно не есть нѣчто, устанавливаемое для всѣхъ общими нормами закона, морали, обычая („воздерживаться отъ бранныхъ словъ", какъ пишется на стѣнныхъ плакатахъ нѣкоторыхъ провинціальныхъ клубовъ). По разнородности объектовъ доставленія обязательства имѣютъ разнообразный характеръ. Такъ, когда доставленіе можетъ быть раздѣлено на части, мы говоримъ о дѣлимомъ обязательствѣ, въ противоположность недѣлимому, въ которомъ доставленіе едино и нераздробляемо. Недѣлимость бываетъ либо по самой природѣ предмета доставленія либо по тому назначенію, какое отдѣлено ему въ данномъ обязательствѣ. Въ недѣлимомъ обязательствѣ, въ которомъ участвуетъ нѣсколько должниковъ или нѣсколько вѣрителей, первые признаются совокупными должниками, а вторые совокупными кредиторами (солидарное обязательство)[1]). Если предметъ доставленія очерченъ общими признаками, опредѣляется мѣрой, вѣсомъ (извѣстное количество муки, столько-то товару), то это родовое обязательство, отличающееся отъ видового тѣмъ, что въ послѣднемъ предметъ доставленія точно опредѣленъ (такой-то столъ). При родовыхъ обязательствахъ естественъ вопросъ, какимъ образомъ конкретизируется предметъ обязательства въ случаѣ спора сторонъ, настаивающихъ на различныхъ качествахъ предмета. По установившейся

[1]) Пр. ОП., ст. 81, Roux, Résumé de droit civil, 1925, p. 97.

практикѣ предполагается, въ случаѣ отсутствія прямыхъ указаній въ самомъ обязательствѣ, среднее качество и средняя стоимость [1]). На первомъ планѣ при разрѣшеніи вопроса о родовомъ и видовомъ характерѣ обязательства стоитъ намѣреніе сторонъ, такъ сказать, ихъ волевое самоопредѣленіе. Стало быть, нѣтъ разъ навсегда объективно установленныхъ родовыхъ или видовыхъ доставленій. Стулъ—индивидуализированный видовой предметъ, но онъ можетъ быть однимъ изъ стульевъ склада, какъ совокупности родовыхъ предметовъ. Рожь—родовой предметъ, если не указано, что это, именно, рожь, находящаяся въ такомъ то закромѣ, въ такихъ то мѣшкахъ, подъ такими-то нумерами. Покупка еще не отмѣреннаго, но уже индивидуально обозначеннаго количества, напр., остатка находящагося на такомъ-то складѣ зерна, составляетъ не родовую, а видовую покупку съ субъективно неизвѣстнымъ, но объективно опредѣленнымъ доставленіемъ (H. Titze). При такихъ широкихъ границахъ дѣло суда, въ концѣ концовъ, рѣшать каждый разъ, какое доставленіе, родовое или видовое, имѣли въ виду стороны [2]). Родовой предметъ становится видовымъ путемъ спеціализаціи, путемъ выдѣленія предмета доставленія изъ общей массы. По правилу, изложенному въ BGB, если должникъ сдѣлалъ все, требуемое отъ него, для доставленія родового предмета, то обязательство ограничивается этимъ, именно, предметомъ [3]). Это начало вполнѣ пріемлемо въ качествѣ общаго принципа права, съ тѣмъ, однако, что должникъ выполнилъ при такой конкретизаціи требуемое отъ него соглашеніемъ, закономъ, обычаемъ и добрыми правами. Если съ одной стороны рамки понятія видового предмета способны расширяться—„одна корова изъ пяти стоящихъ въ стойлѣ“—то съ другой стороны, родовому доставленію могутъ быть поставлены извѣстные конкретные предѣлы—„желѣзо изъ такой-то мѣстности и такой-то выдѣлки“. Въ томъ случаѣ, когда опредѣленное количество должно быть выдано не вообще изъ какого-либо рода вещей, а изъ извѣстнаго запаса (въ такомъ-то складѣ, хранилищѣ, на такомъ-то суднѣ), имѣется ограниченное генерическое обязательство—beschrenktes Gattungsschuld [4]). При этомъ правило о

---

[1]) Ср. BGB, § 243, Abs. 1.

[2]) Особенно большое значеніе данное разграниченіе имѣетъ при гибели вещи и невозможности доставленія, въ виду того, что ссылка на пропажу родового предмета имѣетъ въ правѣ весьма ограниченное значеніе: genus perire non potest (о чемъ дальше).

[3]) § 243, Abs. 2.

[4]) См. Von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1924, I, S. 51.

среднемъ доставленіи понимается здѣсь въ смыслѣ средняго качества вещей данной мѣстности, данной выдѣлки, даннаго запаса.

Доставленіе, выражаемое въ денежной суммѣ, создаетъ особый видъ генерическаго обязательства—денежное обязательство, Schuldgeld. Послѣднее отличается отъ другихъ генерическихъ обязательствъ тѣмъ, что въ немъ нѣтъ ни субъективной, ни объективной неопредѣленности. Поэтому не можетъ быть рѣчи о выборѣ или сравнительной стоимости. Кредиторъ долженъ принять денежную сумму, въ какой бы формѣ она ни выразилась, въ бумажныхъ деньгахъ, золотѣ, серебрѣ, мѣди и т. д., за исключеніемъ развѣ того случая, когда должникъ прибѣгаетъ къ т. наз. шиканѣ, напр., нарочито уплачиваетъ мѣдью огромную сумму, дабы особо обременить кредитора, что бывало на практикѣ [1]). Но денежное обязательство все же родовое, а не видовое, ибо доставленіе опредѣляется количествомъ. Однако, и здѣсь волеизъявленіе можетъ придать доставленію видовыя свойства; можно отдать на храненіе деньги съ непремѣннымъ возвратомъ тѣхъ же денежныхъ знаковъ, подъ опредѣленными нумерами и пр., распорядиться въ завѣщаніи деньгами, хранящимися въ денежномъ шкафу. Въ широкомъ смыслѣ деньги составляютъ мѣру цѣнностей, являясь вслѣдствіе этого средствомъ оборота, въ тѣсномъ смыслѣ деньги—признанное государствомъ платежное средство. Деньги составляютъ основу финансовой жизни страны: нормы о деньгахъ, о чеканкѣ, эмиссіи, регулированіи курсовъ относятся преимущественно къ публичному праву, частное право касается денегъ лишь настолько, насколько рѣчь идетъ о приватныхъ взаимоотношеніяхъ. Какъ мѣра цѣнностей и платежное средство, деньги являются эквивалентомъ другихъ доставленій и средствомъ возмѣщенія вреда и интереса, но бываютъ, конечно, и прямымъ доставленіемъ по обязательству. Въ связи съ войной и революціей, вызвавшими разстройство финансовой системы и хозяйства вообще, вопросъ о деньгахъ, какъ платежномъ средствѣ, сильно обострился. Огромное, ненормальное колебаніе курса бумажныхъ денегъ создало полное несоотвѣтствіе между ихъ номинальной и дѣйствительной стоимостью. Хотя, по общему правилу, измѣненіе курса денегъ въ ту или другую сторону не вліяетъ на сумму денежнаго доставленія по обязательству, но происшедшее пониженіе стоимости бумажныхъ денегъ свелось къ тому, что послѣднія стали

---

[1]) Врачъ, которому паціентъ далъ за визитъ двадцатипятирублевую бумажку и попросилъ сдачи 22 руб.,—обидѣвшись малымъ гонораромъ, вернулъ сдачу мѣдными деньгами, которыя тутъ же собралъ по магазинамъ.

равняться почти нулю, когда въ эпоху инфляціи наводненъ былъ денежный рынокъ бумажными деньгами на астрономическія цифры. Денежныя обязательства повисли въ воздухѣ. Послѣдовавшее затѣмъ, какъ результатъ этихъ ненормальностей, введеніе новыхъ валютъ, приспособленныхъ къ золотому курсу, вызвало необходимость перевода старыхъ денежныхъ обязательствъ на новыя деньги. Пришлось уравновѣсить интересы кредиторовъ и должниковъ, разложить между ними потери отъ послѣдствій денежнаго переворота и обезцѣненія [1]).

---

[1]) Такими новыми деньгами являются въ Литвѣ литы (5 литъ=русскому золотому рублю). По закону 23 іюня 1923 г. обязательства девальвированы такимъ образомъ, что старый довоенный рубль равенъ одному литу. По долгамъ, возникшимъ послѣ 1 Сентября 1915 г., т. е. по введеніи, съ германской оккупаціей, остъ-марокъ и ауксиновъ, вознагражденіе полагается по соотвѣтственному курсу, но въ размѣрѣ 20% суммы. Это касается всѣхъ долговъ, изъ чего бы они ни вытекали, въ томъ числѣ и по закладнымъ. Но нѣкоторыя денежныя обязательства, какъ особо привиллегированныя, именно, по наслѣдованію, алиментамъ, пенсіямъ за несчастные случаи, деликтамъ и квази-деликтамъ (незаконному обогащенію) оплачиваются по золотому курсу сполна, т. е. считая 5 литъ за русскій рубль, либо, если такое обязательство образовалось послѣ 1 Сентября 1915 г., остъ-марками и ауксинами—по соотвѣтствующему курсу. Въ разсчетъ принимается во всѣхъ случаяхъ день возникновенія обязательства, время исполненія роли не играетъ. Проценты до дня востребованія, т. е., какъ можно думать, предъявленія иска въ судѣ, не начисляются. Кредитнымъ установленіямъ долги ауксинами или остъ-марками вносятся литами съ такимъ разсчетомъ, что одинъ литъ считается равнымъ 175 ауксинамъ или остъ-маркамъ. Законъ не касается долговъ, оплоченныхъ по соглашенію сторонъ, а также присужденныхъ окончательнымъ судебнымъ рѣшеніемъ. Къ оплатѣ приравнивается, надо думать, не только взносъ наличными деньгами, но и всякіе иные способы покрытія долга, какъ новація и проч. Иностранецъ получаетъ по началу взаимности, т. е. столько, сколько литовскимъ гражданамъ выдается въ его государствѣ, но не свыше нормы, установленной настоящимъ закономъ. См. Veikusiųjų Lietuvoje piniginių vienetų pakeitimo litais įstatymas, Vyriausybės Žinios, № 197. Законъ этотъ самостоятельный и спеціальный, непосредственно вызванный создавшимися въ странѣ условіями.—Въ Германіи законъ отъ 16 іюля 1925 г., (Aufwertungsgesetz) коснулся только нѣкоторыхъ обязательствъ, изъ которыхъ одни, поставленныя на первое мѣсто, именно, ипотечные долги, покрываются въ размѣрѣ 25%, дру-

Въ обязательствѣ устанавливается иногда доставленіе данной монетой: серебромъ, пятерками и т. д. Бываетъ и особая формула объ уплатѣ золотомъ – Geldsortenschuld. Послѣднему присуще свойство порою чего-то безусловно обязательнаго, порою—только модалитета, т. е. указанія, какимъ образомъ вычислить доставленіе. При сомнѣніи судъ рѣшаетъ, по индивидуальнымъ даннымъ и по цѣли обязательства, должно ли имѣть мѣсто одно только конкретное доставленіе золотомъ или же вспомогательно и другое, въ общей монетѣ. Денежное обязательство выражается въ деньгахъ страны [1]), иностранная валюта можетъ быть платежнымъ средствомъ, но не принудительнымъ. Нельзя расплачиваться безъ согласія вѣрителя иностранной валютой по какимъ бы то ни было обязательствамъ, кромѣ тѣхъ, въ которыхъ доставленіе, именно, обозначено иностранной валютой. Въ денежныхъ обязательствахъ съ иностранной валютой кредиторъ вправѣ требовать, а должникъ вправѣ доставлять въ иностранной валютѣ [2]). Иное можетъ быть оговорено въ волеизъявленіяхъ. Это теоретически правильное положеніе не принято Швейц. Обяз. правомъ, которое предоставляетъ должнику уплачивать монетой страны по иностранному денежному обязательству, насколько не обусловлено другое въ договорѣ. Такимъ образомъ въ Швейцаріи предоставляется самимъ контрагентамъ оговорить обязательность уплаты иностранной валютой. Оговорка производится словомъ „effectiv“ или инымъ подобнымъ выраженіемъ [3]). Что

гія — въ размѣрѣ 15% и менѣе. Призвано къ жизни особое установленіе для регулированія предусмотрѣнныхъ закономъ претензій (Aufwertungsfelle). Требованія, не охватываемыя прямо закономъ 16 іюля 1925 г., могутъ найти то или иное удовлетвореніе согласно общимъ нормамъ, съ принятіемъ во вниманіе свойствъ каждаго дѣла въ отдѣльности, на основаніи принципа Treu und Glauben (BGB, § 242), по рѣшеніямъ судовъ. См. §§ закона: 4 и сл., 33 и сл., 47 и сл., 51 и сл., 55 и сл., 59 и сл., 69 и сл., 62, Schmidt, Bürgeliches Recht, 1927, Anhang, а также Hermann, Das Gesetz über die Aufwertung von Hyphotheken und anderen Ansprüchen, 1925, S. 73. Послѣднее начало пріемлемо въ качествѣ универсальнаго принципа (Ср., между прочимъ, X т. I ч., ст. 1539) и дополненія для всѣхъ нынѣшнихъ законовъ относительно Aufwertung.

[1]) Ст. 1540 X т. I ч., Schw. OR., Art. 84, Abs. 1.

[2]) Пр. ОП., ст. 102.

[3]) Art. 84, Abs. 2. Принципіально—правильно рѣшаетъ вопросъ Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., по которому только тогда, когда должникъ не въ состояніи выполнить въ обусловленной валютѣ, таковая замѣняется ея

касается нашего дѣйствующаго права, то оно, повидимому, стоитъ на такой точкѣ зрѣнія, что денежные платежи могутъ быть производимы деньгами страны (по курсу) и въ томъ случаѣ, когда обязательство выражено на иностранную валюту [1]). Точно также по дѣйствующему нашему праву принудительное взысканіе по обязательству съ иностранной валютой производится валютой страны.

Замѣтимъ попутно что возбуждаемые валютными уплатами вопросы касаются отчасти болѣе общей проблемы такъ называемой „ликвидаціи" обязательственныхъ отношеній, т. е. превращенія сомнительнаго въ своей сущности, объемѣ и предметѣ обязательства въ стабильное, liquide Verbindlichkeit, для облегченія разсчетовъ контрагентовъ. Эта послѣдная проблема въ правѣ только затрагивается [2]), правильное разрѣшеніе ея, въ свою очередь, зависитъ во многомъ отъ расширенія судебнаго усмотрѣнія въ гражданскихъ дѣлахъ.

Въ обязательствѣ можетъ быть не одно, а нѣсколько доставленій, съ правомъ выбора любого: Wahlobligation, альтернативное обязательство. Plures res sunt in obligatione, sed una res in solutione. Такъ, нарушитель авторскаго права въ случаѣ противозаконнаго изданія посредствомъ тисненія обязанъ изготовленные экземпляры и спеціально для изданія изготовленныя орудія или передать автору по оцѣнкѣ или привести въ негодное къ употребленію состояніе [3]). Само волеизъявленіе сторонъ можетъ быть направлено на подобныя доставленія съ выборомъ („Въ награду любого возьмешь ты коня"). Купившій товары оставляетъ за собою право установить впослѣдствіи по своему избранію качество, размѣры и пр.—Spezifikationskauf [4]).

По западнымъ законодательствамъ въ альтернативномъ обязатель-

---

стоимостью въ денежной монетѣ, имѣющей хожденіе въ мѣстѣ исполненія обязательства, ст. 1534, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[1]) Стт. 1540, 1542 X т. I ч., ст. 46 Уст. о Векс., см. Объясненія къ Пр. Гр. Ул., кн. V, т. I, 1899 г., стр. 206.

[2]) См. Бразильское Гражд. Улож., стт. 1533 и сл.

[3]) X т. 1 ч., ст. 695^{24}.

[4]) Съ филологической точки зрѣнія утверждаютъ, будто альтернатива бываетъ только изъ двухъ предметовъ, слѣдующихъ одинъ за другимъ „какъ ночь за днемъ", of two things following on another regulary by tuans, as night alternates with day", The Encyklopaedia Britanica, „Alternation". Однако, это не безспорно, и Гладстонъ, напр., писалъ о „четырехъ альтернативахъ" (ib). Въ юридическомъ отношеніи наличность въ обязательствѣ не двухъ только, а и нѣсколько альтернативныхъ предметовъ—явленіе совершенно нормальное.

ствѣ, при сомнѣніи, право выбора принадлежитъ должнику [1]). Нельзя однако, сказать, чтобы это начало безусловно отвѣчало справедливости. Почему, при сомнѣніи, должникъ именно можетъ выбирать, почему такое покровительство обязанному? Со времени Savigny предпочтеніе, оказываемое должнику въ альтернативномъ обязательствѣ, объясняютъ тѣмъ, что разъ въ обязательствѣ какая-либо сторона осталась безъ опредѣленій, то, стало быть, это сдѣлано съ цѣлью дать должнику возможность направить ее въ этомъ отношеніи по своему усмотрѣнію [1]). Но это — изложеніе принципа, а не его объясненіе. Въ большинствѣ случаевъ право выбора опредѣляется имѣющей обнаружиться впослѣдствіи экономической или иной потребностью въ доставленіи, а не возможностью и разсчетами должника. Объ этой потребности можетъ судить болѣе всего кредиторъ, получающій доставленіе. Характерно, что при Specificationskauf всѣ одинаково признаютъ право выбора за кредиторомъ. Но Specificationskauf въ сущности—только одинъ видъ общаго рода обязательствъ съ выборомъ. При всемъ томъ и у насъ проводится взглядъ о правѣ выбора должника, хотя нашъ законъ заключаетъ цѣлый рядъ указаній, правда косвенныхъ, противоположнаго свойства [3]). По мнѣнію Шершеневича, право должника на выборъ вытекаетъ изъ того, что случаи сомнѣній вообще должны быть толкуемы въ пользу должника [4]). Однако, сомнѣніе можетъ быть устранено при указанномъ взглядѣ о руководствѣ потребностями. Кромѣ того толкованіе сомнѣній въ пользу обязаннаго есть само по себѣ нѣчто, отжившее свой вѣкъ въ правѣ, и съ осторожностью должно быть примѣняемо у насъ. Итакъ, предпочтительно признавать право выбора по альтернативному обязательству за кредиторомъ . . . противъ едва ли не господствующаго воззрѣнія? Возникаетъ мысль: не слѣдовало бы, въ концѣ концовъ, совершенно иначе поставить всю проблему, а именно, передавать разрѣшеніе опроса каждый разъ всецѣло свободному усмотрѣнію суда, какъ questio facti, ничего не предрѣшая заранѣе ни въ ту, ни въ другую сторону? Такой исходъ явился бы, быть можетъ, наиболѣе правильнымъ, собенно на почвѣ дѣйствующаго нашего права. Само собою разумѣется, что право выбора можетъ быть предоставлено соглашеніемъ данному

---

[1]) Schweiz. OR., Art. 72 Cecho Slow. § 834, BGB, § 2162, Code civil, Код. Нап., 1190, также Пр. ОП., ст. 100.

[2]) Пр. Гр. Ул., Объясн., кн. V, т. I, 1899 г., стр. 198.

[3]) X т. I ч., стт. 612, 614, 618, 673. 683.

[4]) Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912, стр. 460

контрагенту и даже третьему лицу. Это часто вытекаетъ не только прямо изъ волеизъявленія, но и конклюдентно изъ видимаго намѣренія сторонъ и иныхъ конкретныхъ данныхъ. Самый выборъ есть одностороннее связывающее заявленіе, требующее оповѣщенія противной стороны. Когда предметъ доставленія избранъ, наступаетъ концентрація обязательства, и послѣднее распространяется уже только на избранное, со всѣми послѣдствіями, изъ этого ытекающими, другой предметъ доставленія освобождается отъ обязательства. До выбора вѣритель имѣетъ притязаніе на альтернативное доставленіе, такое же притязаніе онъ въ состояніи заявить въ формѣ судебнаго требованія [1]). Предъявленіе исключительнаго притязанія на одинъ предметъ доставленія въ то время, когда выборъ принадлежитъ должнику, есть превышеніе права по обязательству, въ другихъ случаяхъ оно—конклюдентная концентрація.

Отъ обязательства съ выборомъ нѣсколько отличается обязательство, въ которомъ имѣется нѣсколько доставленій не равныхъ, а такихъ, изъ которыхъ одно главное, а другія только дополнительныя: факультативное обязательство, alternative Ermächtigung, facultas alternativa. Такъ, если установлено въ договорѣ, что кредиторъ а) получаетъ иностранную валюту или ея стоимость въ деньгахъ страны, либо б) указано въ завѣщаніи, то легаторій имѣетъ право на пожизненное содержаніе или денежный эквивалентъ, в) либо кто-нибудь обяжется выстроить другому новый домъ или отдать свой собственный старый, то главное доставленіе это, очевидно: въ первомъ случаѣ—иностранная валюта, во второмъ—пожизненное содержаніе, въ третьемъ—постройка новаго дома, другія же доставленія суть то, что нѣмцы называютъ Ersatzleistung. Какое же юридическое значеніе имѣетъ факультативное обязательство? Наличность въ такомъ обязательствѣ главнаго и второстепеннаго доставленія создаетъ для него нѣсколько своеобразныя консеквенціи. Въ факультативномъ обязательствѣ мыслится лишь одно доставленіе, о которомъ только и можетъ быть заявлено притязаніе въ судѣ и съ отпаденіемъ котораго отпадаетъ все обязательство. Una res est in obligatione, sed plures res sunt in solutione. Въ факультативномъ обязательствѣ нѣтъ такого предопредѣляющаго права выбора, какъ въ обязательствѣ альтернативномъ. Подобный выборъ въ первомъ можетъ и совсѣмъ не имѣть мѣста въ виду наличія главнаго доставленія: прямое требованіе этого главнаго доставленія не только не есть измѣненіе обязательства, но является нормальнымъ способомъ осуществленія такового. Сторона, пред-

[1]) Ср. ст. 388 Уст. Гр. Судопр.

ложившая или потребовавшая Ersatz, можетъ отказаться, если противная сторона еще не приняла предложенія или требованія, и настаивать въ этомъ послѣднемъ случаѣ на исполненіи въ главномъ предметѣ.

Доставленіе по обязательству въ своей неопредѣленности можетъ итти такъ далеко, что окончательное фиксированіе его будетъ предоставлено сторонѣ либо даже третьему лицу. Послѣднее рѣшаетъ выборъ, такъ сказать, безаппеляціонно. Напротивъ, участникъ обязательства долженъ рѣшать, какъ указываетъ BGB, [1]), nach dem billigen Ermessen, другими словами, справедливость его выбора можетъ быть оспорена и подлежать такимъ образомъ провѣркѣ со стороны суда.

Кромѣ заключающагося въ обязательствѣ доставленія, бываютъ еще такія, которыя сами собою вытекаютъ изъ сущности обязательства, безъ особой о томъ оговорки, но въ то же время имѣютъ тотъ или иной самостоятельный характеръ—дополнительныя доставленія. О нихъ упоминаютъ expressis verbis нѣкоторые кодексы. Но многія изъ такихъ дополнительныхъ доставленій могутъ и сами собою разумѣться, по смыслу обязательства. Такъ, кто обязанъ выдать совокупность предметовъ—Inbegriff von Gegenstanden—долженъ вручить также опись этихъ предметовъ. Обязанный дать отчетъ представляетъ всѣ оправдательные документы [2]).

Нѣтъ возможности перечислить исчерпывающимъ образомъ виды и роды доставленій по обязательству. Все разнообразіе жизненныхъ проявленій и потребностей человѣка можетъ служить матеріаломъ для возложенія на одно лицо дѣйствія или воздержанія въ пользу другого. При этомъ безразлично, идетъ ли рѣчь объ интересахъ имущественныхъ или неимущественныхъ. Ни наше право, ни другія законодательныя системы не требуютъ, чтобы по обязательству доставленіе было непремѣнно имущественнаго характера. Только Св. Приб. провозгласилъ, что дѣйствіе по обязательству должно имѣть матеріальную (экономическую) цѣнность [3]). Въ нѣкоторыхъ странахъ существуетъ и такое обязательство, какъ публичное (въ печати) извиненіе оскорбителя передъ

---

[1]) § 317.

[2]) BGB, § 260. Ср. ст. 911 Уст. Гр. Судопр. и Объясн. зап. 1863 г., ч. 2, стр. 26 и сл. BGB упоминаетъ также о притязаніи управомоченнаго на возвратъ издержекъ, сдѣланныхъ для опредѣленной цѣли, на освобожденіе отъ обязательства, въ которое онъ вступилъ по поводу этихъ издержекъ, § 257.

[3]) Ст. 2907. Эрдманъ (Обязательственное право Губ. Прибалт., 1908 г., стр. 7) старается нѣсколько смягчить это ри-

оскорбленнымъ. Отношенія семейныя даютъ поводъ къ установленію ряда обязательствъ чисто личнаго характера, безъ тѣни матеріализма (по поводу воспитанія дѣтей, личныхъ опекъ и т. д). Въ авторскомъ правѣ интимные моральные интересы закрѣпляются въ формѣ обязательственныхъ правоотношеній. Предметомъ доставленія по обязательству можетъ быть не только сфера вещественныхъ цѣнностей, но и все то, что касается жизни, здоровья, чести и всѣхъ вообще особыхъ личныхъ благъ человѣка.

Возникновеніе обязательства.

Обязанность доставить можетъ возникнуть либо потому, что того требуетъ самъ законъ либо въ силу волеизъявленія. Законъ не объединяетъ обязательства, прямо изъ его велѣній вытекающія, какими-либо общими признаками, а даетъ лишь отдѣльныя указанія (обязательства изъ личныхъ и семейственныхъ отношеній, обязательства изъ деликтовъ, незаконнаго обогащенія, веденія чужихъ дѣлъ безъ полномочія и пр.). Напротивъ, обязательства изъ волеизъявленій сведены къ извѣстнымъ основнымъ группамъ. Эти послѣднія обязательства и кладутся даже нѣкоторыми въ основаніе всей системы обязательственнаго права, съ указаніемъ лишь въ отношеніи другихъ отличительныхъ особенностей послѣднихъ.

На самомъ дѣлѣ, т. наз. обязательства изъ закона имѣютъ большое самовладѣющее значеніе, они растутъ съ ростомъ человѣческой солидарности и близости. Не только, напр., такая обязанность, какъ алиментарная, утверждается закономъ, но и общій долгъ взаимной поддержки, взаимной помощи проникаетъ въ правовую сферу, требуя юридическаго признанія. Въ настоящее время все еще господствуетъ мысль, что всякое обязательство есть результатъ извѣстнаго релевантнаго дѣянія. Мужъ обязанъ содержать жену въ силу факта заключенія брака, делинквентъ—возмѣститъ ущербъ вслѣдствіе виновнаго причиненія, контрагентъ по договору обязанъ доставить въ результатѣ волеизъявленія. Но мыслима—обязанность, берущая начало и изъ другихъ основаній соціально-нравственнаго и даже просто альтруистическаго характера: доставленіе помощи погибающему на морѣ или на сушѣ собрату—человѣку, содѣйствія путешественнику, попавшему въ затруднительное положеніе въ дорогѣ (согласно обычаямъ). Большая часть такъ назы-

---

гористическое требованіе Св. Пр., справедливо указывая, что даже въ Пандектной наукѣ вопросъ былъ споренъ.

ваемыхъ принудительныхъ договоровъ по реквизиціямъ и секвестрамъ, особыхъ доставленій въ пользу экономически слабыхъ, трудящихся, терпящихъ нужду матеріальную, жилищную и т. д., имѣютъ черты обязательствъ изъ велѣній закона. Будущее, быть можетъ, найдетъ общія черты для выдѣленія обязательствъ изъ велѣнія закона въ классовую, интегральную группу, подобно обязательствамъ изъ волеизъявленія (договора). Нынѣ обязательства изъ закона частью размѣщаются по соотвѣтственнымъ отдѣламъ права—семейственнаго, наслѣдственнаго и пр., частью разсматриваются въ обязательственномъ правѣ, какъ отдѣльныя обязательства, поскольку констатируются въ нихъ черты типическаго свойства, наряду съ отдѣльными типами обязательствъ изъ волеизъявленій [1]).

Что касается обязательствъ изъ волеизъявленія, то основаніемъ возникновенія таковыхъ является человѣческая воля, выраженная во внѣ [2]). Давшій извѣстное обѣщаніе долженъ его выполнить, поскольку другой обосновываетъ или можетъ обосновать на этомъ обѣщаніи свои правовые интересы. Обѣщаніе что-либо сдѣлать, громко объявленное въ чистомъ полѣ или данное самому себѣ, не есть обязательство. Самое большое это—обѣтъ. Но публичное обѣщаніе вознаградить за какое-либо дѣйствіе или заслугу—pollicitatio—создаетъ обязательство. Сдѣлав-

---

[1]) По объясненію составителей проекта нынѣшняго Герм. Гражд. Улож., изложенному въ Мотивахъ, обязательство рождается изъ соглашеній между живыми (договоровъ), изъ недозволенныхъ дѣяній и изъ „другихъ основаній“, подъ которыми слѣдуетъ разумѣть главнымъ образомъ незаконное обогащеніе и веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія. BGB значительно съуживаетъ точку зрѣнія, держась римскихъ образцовъ. По поводу обязательствъ, которыя вытекаютъ изъ вещныхъ, семейныхъ и наслѣдственныхъ отношеній и разсматриваются въ соотвѣтственныхъ книгахъ Уложенія. Мотивы указываютъ, что на эти обязательства распространяется общее ученіе о Schulaverhältniss (см. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 145 f.). Послѣднее вполнѣ резонно и пріемлемо въ качествѣ универсальнаго правового принципа (съ соотвѣтственными оговорками относительно тѣхъ или иныхъ индивидуальныхъ отличій указан. обязательствъ).

[2]) „Голое хотѣніе принадлежитъ къ области индивидуальной жизни . . . Юристы, на обязанности которыхъ лежитъ слѣдить за человѣческими поступками и регулировать ихъ, оставляютъ безъ вниманія волю самое по себѣ въ области и гражданскаго и уголовнаго права“, Менгеръ, Новое ученіе о нравственности, изд. 1906 г., стр. 40, 41, 42.

шій публичное заявленіе о согласіи выдать награду неизвѣстному лицу, которое что-либо новое откроетъ, перелетитъ первымъ черезъ океанъ на аэропланѣ и пр. и пр., этимъ самымъ, если соотвѣтственное лицо найдется и подойдетъ подъ объявленныя условія, считается вступившимъ съ нимъ въ соглашеніе уже въ моментъ объявленія. Сенатомъ было признано обязательнымъ обѣщаніе, сдѣланное въ публикаціи изобрѣтателемъ, предложившимъ 500 рублей преміи тому, кто изобрѣтетъ газъ, имъ изобрѣтенный [1]). Весьма обычны публичныя обѣщанія награды лицу, которое доставитъ потерянную или похищенную вещь. При этомъ законъ не можетъ не считаться съ самоцѣнностью человѣческаго обѣщанія, какъ такового, и предполагаетъ исполненіе человѣкомъ всего взятаго послѣднимъ на себя, что только имѣетъ черты юридически-релевантнаго дѣянія, объявляя всякое нарушеніе слова въ этомъ отношеніи неправомѣрнымъ.

По существу своему волеизъявленіе есть юридическій актъ, Rechtsgeschäft, направленный на созданіе правового отношенія, и предполагаетъ правовой эффектъ. Поэтому нѣтъ волеизъявленія въ юридическомъ смыслѣ, когда стороны имѣютъ въ виду достиженіе результата иначе, чѣмъ юридическими средствами, напр., путемъ честнаго слова или присяги (Thur). Отсутствуютъ юридическія свойства въ обѣщаніи передъ священникомъ или раввиномъ доставить въ чью-либо пользу, когда это обѣщаніе носитъ чисто-религіозный, нравственный характеръ.

Волеизъявленіе должно обнаружиться такимъ образомъ, чтобы другіе могли воспринять его, иначе оно относится только къ психическимъ переживаніямъ и не производитъ юридическаго дѣйствія. Оно должно найти внѣшнее выраженіе, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи важнѣйшихъ сторонъ желаемыхъ достиженій, essentialia negotii. При этомъ право приходитъ на помощь обороту тѣмъ, что создаетъ рядъ предположеній относительно несовершенно выразившейся воли. Оно даетъ возможность дѣлать заключенія, до опроверженія, изъ такого поведенія даннаго лица, по которому лишь косвенно можно судить о волеизъявленіи, но которое на самомъ дѣлѣ можетъ имѣть въ виду и другія цѣли. Къ подобнымъ фактамъ, конклюдентнымъ фактамъ, относится, напр., произведенная уплата наемныхъ денегъ за квартиру, дающая законное основаніе къ предположенію о существованіи договора найма, фактъ молчанія, приводящій въ извѣстныхъ случаяхъ къ презумпціи согласія: qui tacet, consentire videtur. Иногда законъ не допускаетъ

---

[1]) Рѣш. гражд. 1871 г. № 114. См. также 1880 г. № 135, Гуляевъ, Русское гражданское право, 1911 г., стр. 252.

никакого опроверженія, считая данные факты за безусловное свидѣтельство волеизъявленія (фикція волеизъявленія, praesumtio juris et de jure). Но право требуетъ себѣ дани, предписывая принимать во вниманіе добрую совѣсть и добрую вѣру и на основаніи этихъ началъ чинить и восполнять недостатки и пробѣлы волеизъявленія, насколько такое исправленіе допустимо вообще [1]). Волеизъявленіе — односторонній актъ; оно можетъ касаться правъ самого субъекта (завѣщаніе), но можетъ непосредственно вліять на правовую сферу другихъ лицъ (протестъ векселя). Оно порождаетъ обязательство, коль скоро заключаетъ въ себѣ доставленіе въ пользу другого—одностороннее обязательство. Но волеизъявленіе можетъ быть прямо связано съ волеизъявленіемъ другого лица: въ такомъ случаѣ имѣется актъ взаимнаго характера—договоръ.

Договоръ.

Наши законы смѣшиваютъ понятія „договоръ“ и „обязательство“, между тѣмъ договоръ есть только источникъ обязательства, но не само обязательство. Такое же смѣшеніе допускаетъ и Code civil, Код. Нап. Въ основѣ договора лежитъ соглашеніе сторонъ, какъ созидательная причина обязательства, т. е. конкурирующія волеизъявленія [2]). Договоръ всегда имѣетъ двѣ стороны: одну—обязывающуюся, другую—принимающую обѣщаніе. Не бываетъ одностороннихъ и двусторонніхъ договоровъ, какъ утверждаютъ многіе, а бываютъ договоры съ одностороннимъ обязательствомъ, когда доставленіе исходитъ отъ одной стороны—дареніе, долгъ—, и договоры съ двустороннимъ обязательствомъ, когда обѣ стороны обязаны къ взаимному доставленію—наемъ, купля—продажа [3]). Фактически въ договорѣ можетъ участвовать и нѣсколько

---

[1]) См. BGB, § 242.

[2]) Среди разнаго рода соглашеній различаютъ соглашенія, которыя создаютъ обязательственныя отношенія (obligatorischer Vertrag) и которыя таковыхъ не создаютъ (Vertrag). Къ послѣднимъ относятъ, напр., даръ, осуществленный передачей вещи, покупку съ немедленной реализаціей, т. е. съ принятіемъ вещи и уплатой цѣны. Англичане простыя соглашенія называютъ agreement, „соглашенія съ обязательствомъ“ — contract. Особенно большого значенія въ правовомъ смыслѣ это разграниченіе, впрочемъ, не имѣетъ.

[3]) См. въ Пр. ОП. о „двустороннихъ и односторонніхъ договорахъ“—ст. 3. Объ этой неправильности—Трепицынъ, Гр. Право Губ. Царства Польскаго и Русское въ связи съ Проектомъ Гр. Улож., общая часть обяз. права, 1914 г., стр. 3.

сторонъ. Примѣръ: соглашеніе многихъ лицъ въ общемъ правѣ—членовъ союза, участниковъ condominium'a: Beschlüsse, постановленія. Юридически, однако, мы и здѣсь имѣемъ только двѣ стороны, ибо одно волеизъявленіе всегда противоставляется другому, какъ теза и антитеза (я и не—я), такъ что говорить о многостороннемъ договорѣ, по примѣру нѣкоторыхъ юристовъ, представляется излишнимъ. Если договоръ таковъ, что права и обязанности только могутъ возникать на обѣихъ сторонахъ, но безъ необходимости, то онъ знаменуетъ собою нѣчто среднее между договоромъ съ одностороннимъ обязательствомъ и договоромъ съ двусторонними обязательствами—contractus bilateralis inaequalis. Такъ, по договору поклажи обязательство заключается въ сохраненіи вещей (договоръ съ одностороннимъ обязательствомъ), но поклажедатель можетъ условиться объ уплатѣ ему за храненіе. Точно также залогополучатель принимаетъ на себя нерѣдко извѣстныя обязательства въ отношеніи залогодателя (не рубить лѣсъ въ заложенномъ имѣніи при принятіи послѣдняго въ свое временное владѣніе). И при займѣ создаются порою нѣкоторыя обязанности займодавца: дѣлать, при наступленіи обусловленныхъ обстоятельствъ разсрочки и скидки, не давать взаймы кому-либо другому до погашенія долга и пр. Тамъ, гдѣ съ необходимостью вытекаетъ взаимность обязательствъ, договоры носятъ названіе синалагматическихъ: купля, наемъ, товарищество. Въ синалагматическомъ договорѣ обязательства тѣсно связаны; оно считается единымъ и неразрывнымъ. Доставленія фигурируютъ здѣсь въ юридическомъ смыслѣ слитно—Zug um Zug—, одно обусловливаетъ другое.

Какъ синтезъ волеизъявленій, договоръ, по общему правилу, распространяетъ силу лишь на субъектовъ волеизъявленій, на контрагентовъ. Однако изъ этого бываютъ исключенія. Невозможно обязаться, что кто-либо другой исполнитъ договоръ вмѣсто контрагента (о гарантіяхъ и поручительствѣ здѣсь рѣчи нѣтъ). Но можно условиться о доставленіи по договору другому лицу, не вѣрителю. Это будетъ договоръ въ пользу третьихъ лицъ. Римское право, исходя изъ раціоналистическихъ представленій, совершенно отвергало договоры въ пользу третьихъ лицъ. Neque stipulare neque emere vendere contrahere possumus ut alter suo nomine recte agat. До сихъ поръ на почвѣ римскаго права стоитъ англійское право, не допускающее стипуляцій въ пользу неучаствующихъ въ договорѣ лицъ (потребность въ такой стипуляціи, вызываемая жизнью, удовлетворяется въ Англіи путемъ созданія особаго рода посредствующаго полномочія—trust). Германское право знало отдѣльные случаи стипуляцій въ пользу третьихъ лицъ, а именно, стипуляцію въ пользу фиска, стипуляцію пожизненныхъ выдачъ данному,

постороннему для договора, лицу. Новое право въ отвѣтъ на практическую потребность открыло широкій доступъ этимъ договорамъ sui generis. Твердую базу дало имъ страхованіе жизни, по которому выгодополучателемъ является сплошь и рядомъ третье лицо. Нѣкоторые теоретики пытались ввести договоръ въ пользу третьихъ лицъ въ рамки существующихъ старыхъ договорныхъ отношеній, обезпечить ему здѣсь надежное мѣсто, хотя и подчиненное. Одни исходили изъ того, что въ такомъ договорѣ имѣются въ сущности два соглашенія: одно—между участниками главнаго договора, а второе—между ними и третьимъ лицомъ. Но это идетъ въ разрѣзъ съ очевидностью: договорное соглашеніе здѣсь, несомнѣнно, одно, причемъ право преемства между вѣрителемъ и третьимъ лицомъ нѣтъ, а иногда нѣтъ и никакого consensus'a съ третьимъ лицомъ. Точно также теорія negotiorum gestio, согласно которой вѣритель будто бы ведетъ дѣла третьяго лица безъ порученія, оказывается непріемлемой, такъ какъ нѣтъ аналогіи въ данномъ случаѣ съ какимъ бы то ни было представительствомъ [1]).

По договору въ пользу третьяго лица должникъ обѣщаетъ доставленіе другому лицу, которое является контрагентомъ съ самостоятельнымъ правомъ. Не будетъ поэтому, конечно, договора въ пользу третьихъ лицъ, когда третье лицо дѣйствуетъ въ качествѣ повѣреннаго (представителя), ибо въ этомъ случаѣ всѣ права по договору принадлежатъ не ему, а вѣрителю. Точно также, если третье лицо управомочено только принять доставленіе для передачи вѣрителю или съ зачисленіемъ на счетъ послѣдняго, имѣется не договоръ въ пользу третьяго лица, а договоръ съ доставленіемъ третьему лицу, Vertrag auf Leistung an Dritte, въ отличіе отъ настоящаго Vertrag zu Gunsten Dritter [2]). По договору auf Leistung третьему лицу послѣднему иногда предоставляется какая-либо выгода, какъ напр., при покупкѣ кѣмъ-либо кроватей съ доставленіемъ ихъ въ больницу. Но третье лицо можетъ быть въ этомъ случаѣ также лишь фактическимъ пріемщикомъ, безъ особыхъ пользъ для себя по договору (хотя и не безкорыстнымъ), что бываетъ, напр., при продажѣ товара съ обязательствомъ внести деньги экспедитору или въ банкъ на текущій счетъ (solutionis causa adjectio). Во всѣхъ этихъ договорахъ нѣтъ права третьяго лица, которое стоитъ въ сущности внѣ договора; субъектомъ договора является одинъ только вѣритель. На практикѣ трудно бываетъ отличить эти договоры отъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ, но дѣло суда рѣшить сомнѣніе

[1]) См. объ этихъ теоріяхъ у Трепицына, цит. стр. 317 и сл.

[2]) См. von Thur, cit., S. 624.

въ индивидуальномъ случаѣ [1]). Почти всѣми законодательствами признаются договоры въ пользу третьихъ лицъ (конечно, также и договоры auf Leistung an Dritte) [2]). Французскій законъ признаетъ клаузулу въ пользу третьяго лица въ договорѣ, совершаемомъ для себя, или при дареніи, дѣлаемомъ другому, стало быть, не въ формѣ отдѣльной стипуляціи [3]). Однако, французская практика широко допускаетъ самостоятельные договоры въ пользу третьихъ лицъ, особенно въ дѣлахъ о страхованіи, основываясь, повидимому, на общемъ смыслѣ законовъ [4]). Дѣйствующее наше право не упоминаетъ о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, но они вполнѣ согласуются съ разумомъ нашего законодательства. Сенатъ разъяснилъ, что допускается договоръ въ пользу третьяго лица, выгопріобрѣтателя, и что такой договоръ при страхованіи рабочихъ порождаетъ „самостоятельныя права застрахованныхъ лицъ“ [5]).

Не участвуя въ заключеніи договора, третье лицо вправѣ отка-

---

[1]) Ср. BGB, § 328, Abs. 1 и 2. Тамъ же примѣрная интерпретація: кто либо взялся удовлетворить чужого кредитора— ненастоящій договоръ въ пользу третьяго лица; установлена. уплата извѣстныхъ суммъ третьему лицу по договору страхованія жизни или пожизненной ренты—договоръ zu Gunsten Dritter, §§ 329, 330.

[2]) BGB, § 328 ff., Schw. OR., Art. 112 f., Čecho-Slow, § 910, 811, Пр. ОП., стт. 54—57, Св. Приб., ст. 3116.

[3]) „On peut . . . stipuler su profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soiméme ou d'une donation que l'on fait a un autre“, Code Civil, Код. Нап., 1121. Въ первой части законъ имѣлъ въ виду главнымъ образомъ то положеніе, когда кто-либо включилъ въ договоръ штрафную оговорку (неустойку) въ свою пользу на случай, если должникъ не доставитъ третьему, во второй (donatio sub modo) создается прямое право требованія для третьяго, см. Boeuf, Résumé de droit civil, 1925, p. 37.

[4]) Франко-Итальянская теорія дѣлаетъ изъ приведенной нормы столько изъятій, что въ концѣ концовъ юристы vogliano construire una teorija generale, по словамъ Brugi, Intituzioni di diritto civile Italiana, 1923, p. 522. См. также Planiol, Traité élementaire de droit civil, t. 2, 1923, p. 410 s.

[5]) Рѣш. гражд 1907 г. № 23, стт. 569, 1528, 1530 X т. I ч. См. также рѣш. гражд. 1906 г. № 36, 1882 г. № 4, 1877 г. № 372. Еще въ рѣш. гражд. 1887 г. № 258 Сенатъ призналъ возможнымъ установленіе въ договорѣ „нѣкоторыхъ“ правъ для третьихъ лицъ, потомъ путь былъ значительно расширенъ.

заться отъ выговореннаго въ его пользу. Если не предполагается такой отказъ, то уже съ момента заключенія договора для третьяго лица возникаютъ права, въ противномъ слу̀чаѣ пріобрѣтеніе права или вовсе не имѣетъ мѣста или можетъ возникать не въ моментъ заключенія договора, а въ какой либо другой моментъ. Такъ какъ предусмотрѣть заранѣе и установить, когда, именно, возможность отказа призюмируется и когда нѣтъ, оказывается немыслимымъ, то въ конечномъ счетѣ предоставляется разрѣшеніе этой задачи суду по конкретнымъ даннымъ. Другими словами, судъ рѣшаетъ, пріобрѣтаетъ ли само третье лицо право требованія по договору и съ какого момента (questio facti) [1]). При этомъ судъ руководствуется смысломъ договора и обыкновеніями, характеромъ доставленія и тѣмъ, чью пользу оно имѣетъ въ виду, etc. Отъ этой жизненной точки зрѣнія отступаетъ BGB [2]), а за нимъ и Пр. ОП. [3]), котóрые даютъ третьему лицу немедленно и непосредственно право на доставленіе. Это есть крайняя реакція германизма противъ ограничительной и устарѣлой французской точки зрѣнія, съ своей стороны основанной на римскомъ правѣ. Но жизнь ломаетъ радикализмъ и предписываетъ компромиссный путь. Дѣйствующее наше право, по общему его духу, допускаетъ возможность компромисса, т. е. обсужденія даннаго вопроса каждый разъ отдѣльно по фактическимъ даннымъ. Такъ, на основаніи конвенціи, устанавливающей обязанность желѣзной дороги разсчитаться съ контрагентомъ другой желѣзной дороги въ случаѣ убытка, правоотношеніе между этимъ контрагентомъ—третьимъ лицомъ и отвѣтственной жел. дорогой возникаетъ немедленно [4]). Такое же непосредственное право имѣетъ государственный рабочій въ отношеніи страхового общества [5]). Лицо, которому вкладъ долженъ быть выданъ послѣ смерти вкладчика изъ Сберегательной кассы, получаетъ право на вкладъ съ момента смерти вкладчика [6]). Обязательство уплатить чужой долгъ или удовлетворить претензіи чужихъ рабочихъ не создаетъ для кредитора и рабочихъ прямого права требованія съ обязавшагося.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда третьему лицу принадлежитъ право тре-

---

[1]) Čecho Slov. § 810, Abs. 2, Schw. OR., Art. 112, Abs. 2.

[2]) § 330.

[3]) ст. 54.

[4]) Казусъ, о которомъ трактуетъ рѣш. гражд. 1882 г. № 4.

[5]) Приведенное рѣш. гражд. 1907 г. № 23.

[6]) Уст. Кред., разд 5, ст. 56.

бованія къ должнику, оно является заинтересованнымъ наряду съ вѣрителемъ-промиссаромъ: оба они тогда имѣютъ на доставленіе притязаніе (въ томъ числѣ и искъ въ судѣ). Въ противномъ случаѣ субъектомъ права требованія является одинъ промиссаръ[1]).

Можетъ ли третье лицо быть неизвѣстнымъ или не существующимъ при заключеніи договора—это вызывало споры, но теперь вопросъ рѣшенъ утвердительно. Ясно, что до обнаруженія или рожденія этого субъекта либо до его возникновенія, если это юридическое лицо, всѣ права сохраняются за промиссаромъ. Сдѣланъ даръ кому-либо съ извѣстнымъ доставленіемъ въ пользу имѣющаго создаться юридическаго лица: доставленія вправѣ требовать даритель, его наслѣдники, а иногда и соотвѣтствующія установленія. Право требованія третьяго лица—когда оно существуетъ,—и право требованія самого промиссара не коллидируютъ, а образуютъ совмѣстное вѣрительство, отличающееся отъ обязательства съ солидарными кредиторами тѣмъ, что въ первомъ доставленіе, по самому существу, можетъ быть произведено только одному, т. е. третьему лицу, а не кому—либо изъ двухъ, какъ при солидарныхъ обязательствахъ[2]). Если третье лицо непосредственно заинтересовано въ доставленіи, то промиссара интересъ обыкновенно только косвенный, иногда даже чисто моральный, но каковъ бы этотъ интересъ ни былъ, онъ имѣетъ правовой характеръ. При принятіи третьимъ лицомъ договора, контрагенты уже не властны ни отмѣнить, ни измѣнить договоръ[3]), насколько имъ извѣстно о согласіи третьяго лица воспользоваться предоставленнымъ ему по договору правомъ. Это согласіе въ первую голову сообщается должнику. Но о немъ долженъ знать и кредиторъ[4]), въ интересахъ опредѣленности правоотношеній и во избѣжаніе невыгодныхъ для третьяго лица послѣдствій. До сообщенія должнику контрагенты вправѣ поступать съ договоромъ по своему взаимному усмотрѣнію, а иногда это усмотрѣніе, по характеру и содержанію

---

[1]) Третье лицо обратить свое требованіе къ промиссару, конечно, не вправѣ, см. Бутовскій, Договоры въ пользу третьихъ лицъ, Журн. Мин. Юст., 1910 г. № 10, стр. 26. Такое превращеніе промиссара въ обязаннаго къ доставленію допустимо лишь на основаніи особыхъ его правоотношеній съ третьимъ лицомъ, но не въ силу даннаго договора, въ которомъ единственный должникъ—это первоначальный дебиторъ.

[2]) Von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, 1925, S. 637.

[3]) Пр. ОП., ст. 55, Schw. OR., Art. 112, Abs. 3.

[4]) Contra Пр. ОП., цит. ст. 55.

договора, принадлежитъ и одному вѣрителю. Право требованія послѣ принятія принадлежитъ третьему лицу[1]). Но мыслимы случаи, когда и промиссаръ окажется непосредственно заинтересованнымъ въ доставленіи. Если онъ установитъ свой законный интересъ, вродѣ, напр., необходимости освободиться отъ направленныхъ противъ него невыгодныхъ юридическихъ послѣдствій недоставленія, отъ платежа неустойки, то, казалось бы, нѣтъ препятствій предоставить также ему право требованія и право иска и послѣ акцептацій со стороны третьяго лица. При отказѣ третьяго лица промиссаръ самъ воспользуется доставленіемъ, насколько это возможно по свойству договора и установленныхъ имъ правъ[2]).

Въ договорѣ въ пользу третьихъ лицъ существуютъ для должника два вѣрителя, поэтому онъ въ состояніи противъ каждаго представить свои возраженія, не только, стало быть, противъ своего контрагента, но и противъ третьяго лица. Пр. ОП. ограничиваетъ кругъ этихъ возраженій лишь тѣми, которыя вытекаютъ изъ самого договора[3]). На самомъ дѣлѣ могутъ быть и другія, лежащія внѣ договора, какъ возраженіе о зачетѣ и пр.

Какъ явленіе новаго времени, договоры въ пользу третьихъ лицъ требуютъ еще значительнаго освѣщенія. Стороны обычно сами подробно регулируютъ въ этихъ договорахъ свои права и обязанности, что является наиболѣе естественнымъ, такъ какъ мы имѣемъ здѣсь дѣло съ нормами чисто диспозитивнаго характера. Но широкое поле предоставляется также суду, отъ случая къ случаю создающему фундаментъ этого сложнаго, но призваннаго играть столь важную роль института.

---

[1]) Если третье лицо принятіемъ того, что въ пользу его выговорено, выразилъ свое согласіе на тѣ обязательства по договору, которыя постановлены въ его пользу, то оно получаетъ право защищать пріобрѣтенное подобнымъ договоромъ отъ всякаго нарушенія и можетъ, въ силу 693 ст. X т. I ч., искать отъ своего лица удовлетвореніе по такому договору: рѣш. гражд. 1878 г. № 257.

[2]) Пр. ОП., ст. 56. Характерно что, по Čechо Slow., § 811, при отказѣ третьяго лица право считается вообще не возникшимъ („als nicht erworben"). Если рѣчь идетъ о правѣ третьяго лица, то это само собой понятно. Что же касается промиссара, то такое послѣдствіе можетъ наступить для него лишь при отпаденіи третьяго лица по какой-либо причинѣ, что относится уже къ ученію о невозможности исполненія по обязательству.

[3]) ст. 57.

Свобода обязательствъ изъ волеизъявленій (свобода договоровъ).

Насколько обязанность не вытекаетъ изъ самого закона, каждый воленъ вступить въ обязательство и не вступить, брать на себя любое доставленіе, лишь бы обязательство не противорѣчило условіямъ, установленнымъ въ законѣ. Господствующимъ въ настоящее время является принципъ свободы обязательствъ изъ волеизъявленій, или то, что обыкновенно именуется свободой договоровъ (не совсѣмъ правильное суженіе понятія). Хотя законъ упоминаетъ отдѣльные договоры—куплю, наемъ и пр. и отдѣльныя обязательства изъ волеизъявленій недоговорнаго характера, какъ публичное обѣщаніе награды и т. п., но несомнѣнно, что это—перечни неисчерпывающіе. Всякій договоръ и всякое обязательство налагаютъ обязанность доставленія [1]), все равно предусмотрѣнъ ли договоръ и обязательство въ законѣ или нѣтъ, лишь бы они отражали дѣйствительное по закону волеизъявленіе. Въ то же время законъ никому не предписываетъ вступать въ обязательства, заключать договоры и не диктуетъ своихъ условій, по крайней мѣрѣ, въ видѣ правила. Это вторая сторона указанной свободы. Законъ не знаетъ принудительныхъ договоровъ, за нѣкоторыми исключеніями Послѣднія создаются необходимостью оградить какіе-либо особые соціальные интересы, а иногда даже спасти государство и общество отъ потрясеній, водворить нарушенное чѣмъ-либо мирное теченіе жизни. Къ такимъ принудительнымъ обязательствамъ (Contrahierungszwang) относятся отчасти также договоры по формулярамъ, по книжкамъ съ рабочими, съ ординардами въ сельскомъ хозяйствѣ, обязательные contrats-types по заранѣе установленнымъ для всѣхъ непреложнымъ правиламъ. Въ указанныхъ предѣлахъ принудительность выявляетъ желаніе закона создать извѣстный кругъ обязательныхъ и неприступныхъ отношеній, или, выражаясь словами Menger'a, минимумъ von Wohlwollen und Menschlichkeit in den Verkehrsbeziehungen der Staatsbürger [2]). Количество принудительныхъ договоровъ велико въ переходныя эпохи сильнаго подчиненія индивидуумовъ и ихъ воли центральной волѣ государства, огосударствленія, если можно такъ выразиться, частныхъ интересовъ и частныхъ благъ. Наоборотъ, по мѣрѣ ослабленія этой зависимости и обратнаго тяготѣнія въ сторону индивидуализма и автономіи частной личности, эти принудительныя обязательства все болѣе и болѣе ограничиваются предѣлами

[1]) X т. I ч. ст. 569.

[2]) Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 153.

самой крайней необходимости. Процессы продолжительные и болѣзненные!

Надо замѣтить, что юристы часто причисляютъ къ принудительнымъ договорамъ такія правоотношенія, которыя на самомъ дѣлѣ покоятся на факторахъ, имѣющихъ мало общаго съ умаленіемъ свободы волеизъявленій. Сюда относится, между прочимъ, обязанность большихъ транспортныхъ предпріятій, желѣзныхъ дорогъ, канализаціонныхъ обществъ и т. п. вступать въ юридическія отношенія съ каждымъ желающимъ. По мнѣнію Дернбурга и Синайскаго, то, что, монопольныя предпріятія—почта и др.—обязаны вступать въ договоры со всякимъ желающимъ, есть ограниченіе отрицательной стороны договорной свободы. На самомъ дѣлѣ такая обязанность не есть вовсе ограниченіе, а есть нѣчто вытекающее изъ содержанія концессій, съ которыми связаны монополіи, исключающія всякое произвольное соглашеніе. Она примыкаетъ, по идеѣ своей, скорѣе къ договорамъ въ пользу третьихъ лицъ. Что касается предпріятій и лицъ, предлагающихъ свои услуги публикѣ, о которыхъ также упоминаетъ Dernburg [1]), какъ извозчики, театры, продавцы лоттерей и пр., то невозможность для нихъ отступиться отъ сдѣланныхъ предложеній является отчасти результатомъ тѣхъ же концессій, отчасти слѣдствіемъ полицейскихъ мѣръ, направленныхъ къ огражденію публики отъ обмановъ. Точно также при предварительномъ соглашеніи о заключеніи будущаго договора имѣется налицо не принудительное обязательство, а только послѣдствіе волеизъявленія. Если нѣкоторыя законодательства даютъ право на основаніи такого предварительнаго договора—Vorvertrag—требовать вступленія въ главный договоръ—Hauptvertrag—даже въ судебномъ порядкѣ, въ то время, какъ другія, въ томъ числѣ наше, ограничиваются, при отказѣ обязанного, лишь предоставленіемъ потерпѣвшему возможности взысканія ущерба, то вся эта проблема относится къ предѣламъ оффиціальнаго воздѣйствія при неисполненіи обязательства. Принципъ Zwangscontrahierung здѣсь примѣненія не имѣетъ, такъ какъ принужденіе, какое бы то ни было, къ доставленію по основанному на волеизъявленіи обязательству, въ данномъ случаѣ къ заключенію договора, не есть то же, что принужденіе къ волеизъявленію.

Пойдетъ ли законодательство по пути расширенія свободы волеизъявленій и договоровъ или же jus cogens будетъ выдвигаться на первый планъ — это вопросъ направленія соціально-политической жизни коллектива въ грядущемъ. При современныхъ условіяхъ

---

[1]) Das bürgerliche Recht, 1899 г., S. 184.

свободный договоръ и свободное волеизъявленіе—главная пружина экономическаго и общественно-моральнаго уклада. Нынѣ всякое стѣсненіе этой свободы можетъ допускаться только какъ изъятіе, по прямому постановленію закона, и ни въ какомъ случаѣ не предполагается въ качествѣ общаго принципа.

Образованіе обязательства (заключеніе договора).

Когда обязательство возникаетъ изъ закона, моментъ его возникновенія и условія его эффективности указываются самимъ закономъ. Никто не въ правѣ отказываться незнаніемъ закона, никто не можетъ, по общему правилу, ссылаться на неизвѣстность ему о существованіи обязательства, вытекающаго для него изъ закона. При обязательствахъ изъ волеизъявленія громадное количество таковыхъ не возникаетъ вовсе въ виду отсутствія согласія противной стороны. За исключеніемъ случаевъ, когда самъ законъ придаетъ волеизъявленію силу уже въ моментъ возникновенія такового безъ какого-либо участія заинтересованнаго лица, всѣ другія обязательства изъ волеизъявленій предполагаютъ еще принятіе. Законъ и житейская порядочность требуютъ выполненія обѣщаній. Однако, законъ, какъ было уже указано, считается лишь съ такими обѣщаніями, на которыхъ кто-либо основалъ свои права или даже только надежды; отъ подобныхъ обѣщаній отказываться недопустимо. Обѣщаніе можетъ быть сдѣлано индивидуально данному лицу либо публично всѣмъ, кого это можетъ касаться (при Auslobung—обѣщаніи публичной награды. Акцептація постулируется и въ томъ и въ другомъ случаѣ [1]).

Положенія о вліяніи волеизъявленія на возникновеніе обязательства подлежатъ болѣе детальному разсмотрѣнію въ связи съ вопросомъ о заключеній договора.

Договоръ считается заключеннымъ, когда произошло соглашеніе воль—consensus. Consensus долженъ охватить всѣ существенныя стороны договора, essentialia negotii. Несущественныя стороны—negotii accidentalia—контрагенты могутъ оставить открытыми, договоръ отъ этого не потеряетъ въ своемъ дѣйствіи [2]). Однако, объективное несу-

[1]) Своеобразная точка зрѣнія Англіи заключается въ томъ, что только въ опредѣленныхъ договорахъ болѣе формальнаго характера, under seal, обѣщанія и волеизъявленія связываютъ, въ другихъ случаяхъ отъ послѣднихъ можно отречься до принятія. См. Schuster, The principles of German civil law., 1907, p. 97.

[2]) Пр. ОП., ст. 66, Schw. OR., Art. 1., BGB, § 154, 155.

щественное можетъ быть признано стороной имѣющимъ рѣшающее значеніе: судьей въ данномъ отношеніи является самъ контрагентъ. Поэтому участникъ договора вправѣ заявить о важности для него какого-либо предмета, и въ такомъ случаѣ послѣдній становится существеннымъ, входитъ въ negotia essentialia. Къ negotia accidentialia относится, между прочимъ, условіе объ особой формѣ договора. При оставленіи открытой—retervée—несущественной стороны договора, въ случаѣ спора, ее регулируетъ судья на основаніи общаго содержанія соглашенія и другихъ данныхъ.

Consensus предполагаетъ офферту—предложеніе, принятіе офферты—акцептъ и поставленіе оффереита въ извѣстность о принятіи. Въ договорѣ между присутствующими всѣ эти моменты сливаются воедино и такимъ путемъ происходитъ окончательное заключеніе договора. До достиженія соглашенія предложенія носятъ условный, необязательный характеръ и могутъ быть взяты назадъ. Это только переговоры о заключеніи договора, способные служитъ въ качествѣ доказательнаго матеріала впослѣдствіи при истолкованіи намѣренія сторонъ, осуществленнаго въ волеизъявленіяхъ. Однако, если предложившій далъ срокъ на размышленіе, онъ обязанъ выждать истеченія этого срока. Въ такомъ случаѣ это—офферта,—которая только во французскомъ и англійскомъ правѣ лишена всякаго юридическаго значенія, но въ другихъ законодательствахъ (Германія, Швейцарія), въ томъ числѣ и въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ, не можетъ быть произвольно отозвана. Fordern und bieten macht den Kauf. Ein Mann, ein Wort.

Въ договорахъ между отсутствующими, хотя и примѣняется, въ общемъ, тотъ же порядокъ, что и въ договорахъ между присутствующими, требуется, однако, еще соблюденіе особыхъ правилъ, обусловленныхъ временемъ и разстояніемъ и имѣющихъ въ виду устраненіе произвола между сторонами, обезпеченіе ихъ взаимныхъ справедливыхъ интересовъ. Въ договорахъ между отсутствующими, если офферта не сопровождается срокомъ, принимается во вниманіе промежутокъ времени, необходимый для полученія отвѣта почтой, телеграммой или инымъ способомъ, то время, въ теченіе котораго отвѣтъ можетъ быть ожидаемъ при нормальныхъ условіяхъ. Когда послѣдуетъ отмѣна офферты не позже момента ея полученія, офферта аннулируется, ибо въ этомъ случаѣ у получившаго ее нѣтъ законнаго интереса настаивать на существованіи договора. Бываетъ такъ, что офферта получается позже установленнаго для отвѣта времени: въ такомъ случаѣ она уничтожается, никакой обязанности не возлагается на контрагента реагировать на такое запоздавшее предложеніе (дѣловая коррект-

ность, развѣ, требуетъ выясненія этого недоразумѣнія передъ другимъ контрагентомъ). Не есть офферта предложеніе sine obligo, т. е. съ резервацiей безотвѣтственности за таковое: это только приглашеніе сдѣлать офферту [1]). Точно также чуждо значеніе офферты посылкѣ тарифовъ, прейсъ-курантовъ и т. п. Параллельно, нельзя говорить объ оффертѣ при выставкѣ товаровъ съ указаніемъ цѣнъ [2]).

При своевременной отправкѣ акцепта и несвоевременномъ его полученіи, сдѣлавшій офферту, если все это ему несомнительно видно и онъ отказывается отъ заключенія договора, обязанъ, подъ страхомъ возмѣщенія ущерба, немедленно увѣдомить противника о запозданіи и объ отмѣнѣ предложенія. Такъ же, какъ и при оффертѣ, отмѣна акцепта до полученія его по назначенію аннулируетъ его. Акцептомъ нельзя будетъ счесть отсутствіе отвѣта на офферту (молчаніе), даже если въ оффертѣ заключается такого рода угроза [3]). Акцептъ не можетъ быть условнымъ, срочнымъ, съ оговорками: такой осложненный акцептъ равносиленъ отказу и сохраняетъ силу новой офферты. Но акцептъ совершается часто безъ сообщенія о немъ лицу, сдѣлавшему офферту, такъ называемымъ фактическимъ волеизъявленіемъ, Willensbetätigung, если оферентъ заранѣе отказался отъ требованія такого сообщенія, желая немедленнаго доставленія по договору, или когда сообщеніе не требуется по содержанію договора, по обычаямъ и нравамъ. Фактическое волеизъявленіе заключается въ томъ, что контрагентъ приступаетъ къ доставленію по договору въ срокъ, соотвѣтствующій обстоятельствамъ соглашенія, delai convenable.

Дѣйствіе договора начинается съ момента, когда завершился фактическій составъ его образованія, стало быть, въ договорѣ между отсутствующими, требующемъ увѣдомленія о принятіи, съ момента, когда такое увѣдомленіе поступило къ сдѣлавшему офферту Vernehmungstheorie, doctrine of perception. (Также мѣсто поступленія этого увѣдомленія есть locus celebrationis contractus) [4]). Нѣтъ надобности, чтобы

---

[1]) Contra Schw. OR., Art. 7, Abs. 1.

[2]) Contra и здѣсь Schw. OR, Art. 7, Abs. 3.

[3]) Von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, 1925t S. 167.

[4]) Одной посылки увѣдомленія о принятіи, вопреки мнѣнію представителей теоріи выраженія воли—Ausfürungstheorie, doctrine of utterance, пріурочивающихъ завершеніе договора ко времени отправки такого увѣдомленія, недоста-

контрагентъ лично получилъ увѣдомленіе или даже вообще получилъ: достаточно, если оно принято его домашними или служащими, брошено въ его почтовый ящикъ, хотя бы даже затѣмъ и пропало. (Вопросы могутъ здѣсь возникать лишь при возмѣщеніи вреда и опредѣленій иныхъ послѣдствій виновныхъ дѣяній).

Наши законы, такъ же, какъ и французскіе, не содержатъ никакихъ постановленій касательно формированія обязательства и заключенія договора, такъ что все это подлежитъ разрѣшенію по общимъ началамъ права. Однако, громадное значеніе этого предмета въ гражданскомъ, (и еще больше спеціально въ торговомъ) обиходѣ настоятельно требуетъ законодательнаго вмѣшательства. При заключеніи договора столь часты нарушенія и уклоненія, culpa in contrahendo, споры о моментѣ возникновенія договора и пр. и пр.! Наша судебная практика, разбираясь въ данныхъ вопросахъ, въ общемъ, держится приведенныхъ выше началъ, но она несомнѣнно, значительно выиграетъ при регламентаціи. Само собою разумѣется, что здѣсь значительный просторъ долженъ быть предоставленъ судейскому усмотрѣнію.

Основаніе обязательства.

Обязательство изъ волеизъявленія, какъ всякое дѣяніе человѣка, имѣетъ свое основаніе, причину возникновенія, causa. Causa обязательства отличаютъ отъ мотивовъ, которые являются только побужденіями, часто весьма отдаленнаго характера, приведшими къ волеизъявленію. Такъ, мотивомъ доставленія извѣстнаго труда можетъ быть намѣреніе упражняться въ данной работѣ, укрѣпить мускулы, мотивомъ покупки дома — желаніе жить въ сосѣдствѣ съ кѣмъ-либо. Мотивы, по общему правилу, не играютъ роли въ обязательствѣ: они относятся къ области предположеній, надеждъ, особыхъ выгодъ. Causa—это то непосредствен-

---

точно, ибо сама по себѣ посылка цѣли не достигаетъ. Согласно разъясненію Сената, по Судебному департаменту, въ случаѣ нахожденія контрагентовъ въ разныхъ мѣстахъ, договоръ долженъ считаться составившимся съ того момента, когда оба контрагента узнали о согласіи, т. е. до обоихъ ихъ дошло извѣстіе о согласіи, причемъ со времени полученія извѣщенія о томъ, что контрагентъ согласился, отказъ является уже нарушеніемъ договора (опредѣленіе 7-го мая 1890 г. № 40, по дѣлу Блисмера съ тов. Балашинской Мануфактуры, см. А. Добровольскій, Практика Сената по торговымъ дѣламъ, т. 2, стр. 287. Ср. также Пр. Гр. Ул., Объясн., т. I, 1899 г., стр. 41.

ное юридическое основаніе, которое съ необходимостью присуще каждому обязательству. Causa продажи — полученіе денежной суммы. Вообще, causa въ имущественныхъ доставленіяхъ чаще всего совпадаетъ съ матеріальнымъ эквивалентомъ. Въ договорѣ займа, гдѣ эквивалентъ получается ранѣе, послѣдній есть казуальное основаніе долга [1]). Можетъ обязательство имѣть и нѣсколько основаній смѣшаннаго свойства. При отсутствіи эквивалента въ имущественномъ доставленіи его замѣняетъ намѣреніе одарить—animus donandi. Основаніемъ обязательствъ, имущественныхъ и неимущественныхъ, бываетъ также эквивалентъ не-матеріальный, духовный, моральный, выполненіе нравственнаго долга, отплата за невещественную услугу. Не противорѣчитъ закону выдача опредѣленной суммы или долгового обязательства женщинѣ за долгое съ ней сожительство [2]). Когда же совершенно отсутствуетъ указаніе на эквивалентъ, то говорятъ о сдѣлкахъ абстрактныхъ; къ нимъ относятъ вексель. Надо отличать случаи, когда обязательство несомнительно лишено всякаго основанія, отъ случаевъ, когда этого основанія только не видно. Въ первыхъ обязательство не можетъ имѣть юридической силы: оно было бы неправомѣрнымъ обогащеніемъ однако за счетъ другого. Законъ, дающій право требовать обратно доставленное sine causa, не можетъ обязывать къ доставленію sine causa. Иное дѣло, когда основаніе въ обязательствѣ только не получило выраженія, но вопросъ о его бытіи или небытіи самимъ обязательствомъ не разрѣшается. Въ такомъ случаѣ существуютъ двѣ возможности. Первая: обязательство заключаетъ въ себѣ намѣреніе доставить безъ обнаруженія правооснованія, и это вытекаетъ изъ самого обязательства. Не возбраняется контрагенту обязаться къ чему-либо, напр., къ выплатѣ извѣстной суммы, съ оговоркой или резерваціей, что онъ беретъ это на себя независимо отъ какихъ-либо правоотношеній. И не только въ формѣ векселя, но и въ формѣ другого акта. Стороны вправѣ позволить себѣ такую „тайну“, тѣмъ болѣе, что за нею обычно скрывается реальное основаніе обязательства. Этимъ они преграждаютъ путь возраженіямъ, облегчая самое требованіе, и не обнаруживаютъ того, что не должно увидѣть свѣта. Вторая возможность заключается въ томъ, что изъясненное намѣреніе не выражено

---

[1]) Пр. ОП., ст. 385, рѣш. гражд. 1869 г. № 254.

[2]) Судебная практика признала у насъ, что векселя, данные при такихъ обстоятельствахъ, не могутъ быть оспорены, какъ „безденежные“. Французская практика находитъ недозволеннымъ (but illicite) всякое обязательство, выданное en vue d'obtenir le maintien de relations de concubinage, см. Boeuf, Résumé de droit civil, t 2, 1923, p. 29

ни прямо ни косвенно въ абстрактномъ обязательствѣ. Въ такомъ случаѣ оно только презюмируется, и это значитъ, что должникъ не лишенъ права доказывать отсутствіе юридическаго основанія къ доставленію. Такимъ образомъ абстрактное обязательство даетъ право требовать всего, въ немъ указаннаго, оставляя лишь мѣсто, въ извѣстныхъ случаяхъ, для возраженія. Однако неуказаніе основанія не отнимаетъ силы у обязательства. Вообще, въ настоящее время разграниченіе между обязательствами „абстрактными“ и „конкретными“ играетъ сравнительно скромную роль. Schweiz. OR. устанавливаетъ: Ein Schuldbekentniss ist gültig auch ohne der Angabe eines Verpflichtungsgrunde [1]). На такой же точкѣ зрѣнія стоитъ Code Civil, Код. Нап.[2]). Не противорѣчатъ абстрактныя обязательства и нашему праву, хотя самъ законъ упоминаетъ только о нѣкоторыхъ изъ нихъ, между прочимъ, о векселѣ и бумагахъ на предъявителя [3]). Другія законодательства упоминаютъ объ основаніи по поводу тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ обязательствъ: займа и пр. [4]).

Какъ извѣстно, въ римскомъ правѣ стипуляція была чистымъ типомъ абстрактнаго обязательства. Впослѣдствіи въ Европѣ obligatio безъ указанія его основанія не допускалась (кромѣ векселя), дабы оградить неосторожныхъ людей отъ всевозможныхъ долговыхъ и иныхъ обремененій, принятыхъ на себя неразсчетливо, внѣ экономическихъ потребностей. Кромѣ того недружелюбное отношеніе къ абстрактнымъ обязательствамъ вытекало изъ возможности пользоваться ими fraudem legis, въ ущербъ закону, публичному и частному. Абстрактное обязательство, какъ отвлеченное отъ конкретныхъ отношеній пра-

---

[1]) Art. 17. Хотя здѣсь говорится о признаніи обязательства, но имѣется въ виду, по указанію швейцарскихъ юристовъ, установленіе обязательства вообще. Законъ въ данномъ случаѣ платить дань общепріятному обычаю писать обязательства въ формѣ признанія („подтверждаю долгъ“ вмѣсто „обязываюсь уплатить“). Von Tuhr, cit., S. 232.

[2]) 1132: Договоръ признается дѣйствительнымъ, хотя бы причина обязательства и не была въ немъ выражена.

[3]) Синайскій, Русское Гражданское Право, в. I, 1917 стр. 100, см. рѣш. гражд. 1895 г. № 92, 1871 г. № 15: „по нашимъ законамъ не требуется изъясненія въ долговыхъ обязательствахъ побудительныхъ причинъ ихъ возникновенія“).

[4]) BGB, §§ 780—782, см. Titzs, Bürgeliches Recht, Recht der Schuldenverhältnisse, 1923, S. 32. BGB. дозволяетъ Schuldversprechen безъ causa, съ условіемъ соблюденія письменной формы (780, см. также 781 и 782).

вопорядка, легче даетъ поводъ къ злоупотребленіямъ и обходу нормъ (Синайскій). Долговой документъ безъ указанія его causa не могъ быть въ прежнія времена ни основаніемъ требованія, ни достаточнымъ доказательствомъ [1]). Такая опека надъ должникомъ нынѣ признана излишней и вредящей обороту, а съ эвентуальной недобросовѣстностью современное право находитъ средство бороться. Опека эта противорѣчитъ идеѣ свободы соглашеній и волезизъявленій. Что касается спеціально векселя, то даже въ немъ прежнее строгое требованіе указанія на валюту, или по крайней мѣрѣ, упоминанія о ней нынѣ отпало [2]). Допущеніе абстрактныхъ обязательствъ облегчаетъ судебный процессъ взысканія, давая возможность созданія особыхъ облегченныхъ суммарныхъ производствъ, какъ наше понудительное исполненіе по актамъ. Дорогу къ абстрактнымъ обязательствамъ облегчила во многомъ торговля, родившая вексель, бумагу на предъявителя, банкноты, облигаціи. Нынѣ обязательства и съ болѣе слабо выраженнымъ основаніемъ и безъ всякаго указанія основанія возникновенія встрѣчаются весьма часто на практикѣ.

Форма обязательствъ.

Форма обязательствъ—устная или письменная. Къ формѣ не принадлежатъ дѣйствія и обряды, сопровождающіе соглашеніе, какъ удары по рукамъ при покупкѣ скота,—а также традиція при переходѣ права собственности. По общему правилу, обязательство можетъ быть выражено въ любой формѣ, но для нѣкоторыхъ требуется непремѣнно выраженіе на письмѣ. Въ странѣ, гдѣ грамотность сильно развита, требованіе письменности болѣе интенсивно, напротивъ, въ государствахъ со значительнымъ количествомъ неграмотнаго населенія устное обязательство—обычный способъ дѣловыхъ отношеній. Древне-римское право требовало при заключеніи договоровъ произнесенія извѣстныхъ словъ—certa verba—но соглашенія носили большей частью устный характеръ. Хотя договоры —mancipatio, stipulatio и др. постулировали опредѣленный способъ выраженія, но допускались, по исключенію, также обязательства, совершенныя обычнымъ путемъ: fides facta. Съ рецепціей внѣшнія формулы договора оказались устраненными, а съ тѣмъ вмѣстѣ ворвалась въ жизнь струя свободной формы, одновременно дѣйствовавшая ослаб-

---

[1]) von Tuhr, cit, S. 231.

[2]) Ст. 3 Вексельнаго устава, Коммент. къ Уставу о Векселяхъ Нолькена, 1909 г., стр. 38.

ляющимъ образомъ и на прежнія формальности германскаго договора. Нынѣ свобода формы находитъ свое ограниченіе только въ требованіи особаго закрѣпленія правоотношенія въ опредѣленныхъ случаяхъ — и въ спеціальныхъ общественно-государственныхъ нуждахъ (регистрація).

Преимущество письменной формы въ томъ, что она даетъ возможность при заключеніи договора лучше взвѣсить всѣ его стороны, не теряться въ пространствѣ, обезпечиваетъ возможность постоянной провѣрки правъ и обязанностей, стало быть, и лучшее исполненіе, а при возникновеніи спора представляетъ собою болѣе надежное доказательство. Она выгоднѣе для правъ и интересовъ третьихъ лицъ опредѣленностью своего выраженія во внѣшнемъ мірѣ. При большомъ количествѣ обязательствъ (торговля и промышленность) легче константировать ихъ и запомнить, когда они запечатлѣны на письмѣ. Но нельзя отрицать и неудобства письменности, создающей нерѣдко тяготѣніе къ буквѣ въ ущербъ дѣйствительной волѣ, и, кромѣ того, часто обременительной для контрагентовъ. Въ виду этого законъ требуетъ ея только для нѣкоторыхъ договоровъ, въ остальномъ ставитъ ее въ зависимость отъ воли контрагентовъ. Общее правило—возможность устанавливать волеизъявленія разными средствами, въ томъ числѣ свидѣтельскими показаніями, и лишь, какъ изъятіе, въ точно указанныхъ закономъ случаяхъ нужна письменная форма).

Такъ какъ обязательство совершается и словесно, то, при спорѣ, права и обязанности контрагентовъ по такому обязательству можно доказывать показаніями свидѣтелей. Что же касается случаевъ, когда письменность облигаторна, то требованіе закона о соблюденіи формы имѣетъ различное значеніе. Либо послѣдняя составляетъ существенную принадлежность обязательства, corpus negotii— обязательная форма, по терминологіи нашихъ юристовъ, Solamnitäts—form, либо она—только предустановленный способъ доказыванія— произвольная форма, Beweisform, и относится, стало быть, больше всего къ процессуальному праву, лишь косвенно затрагивая право матеріальное. Въ первомъ случаѣ отсутствіе документа порождаетъ недѣйствительность обязательства [2]). Во второмъ при отсутствіи доку-

---

[1]) Стт. 409, 410 Уст. Гр. Судопр., рѣш. гражд. 1910 г. № 100, 1904 г. № 1, 1877 г. № 281, BGB, § 125, Пр. ОП., ст. 13. Самымъ опредѣленнымъ образомъ — Schw. OR., Art. 11, Abs. 1, см. также Art. 320.

[2]) Von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, S. 208, Пр. Гр. Ул., Объясн., кн. 1, 1902 г., стр. 182. Анненковъ, Система Русскаго Гр. Пр., т. I., 1910 г., стр. 457 и сл.

мента по чрезвычайнымъ причинамъ, какъ пропажа его, допускается доказываніе иными способами, а самое правоотношеніе можно устанавливать, напр., признаніемъ. Порою содержаніе погибшаго документа не удастся фиксировать: отъ этого обязательству съ произвольной формой грозитъ потеря фактической, но не юридической силы: non jus tibi deficit, sed probatio. При обязательной формѣ несоблюденіе ея отнимаетъ притязаніе, освобождаетъ противника отъ всѣхъ обязанностей, отъ возмѣщенія вреда и пр. Къ этимъ актамъ, кромѣ векселя, чека, перевода, акцій, предъявительскихъ бумагъ, крѣпостныхъ документовъ на переходъ вещныхъ правъ, завѣщаній, отреченій отъ наслѣдства, можно отнести поручительство, цессію правъ по письменному акту, мировое соглашеніе, отчасти товарищескій договоръ, публичное обѣщаніе награды [1]). Обязательство съ произвольной формой, напр., долгъ по заемному письму, можно доказывать не только спеціальнымъ документомъ, но и письмами, телеграммами и пр. Иногда отсутствіе формы въ этихъ обязательствахъ покрывается самимъ фактомъ исполненія со стороны обязавшагося, чего, впрочемъ, не разрѣшаетъ дѣйствующее наше право [1]).

. Въ видѣ общаго дополненія къ вопросу о необходимости формъ при совершеніи обязательствъ слѣдуетъ замѣтить, что она касается только гражданскихъ судовъ и ни въ чемъ не связываетъ суда уголовнаго. Послѣдній властенъ выяснить и констатировать факты и обстоятельства совершенно свободно отъ реквизитовъ формы. Установленныя же уголовнымъ судомъ данныя въ состояніи затѣмъ использовать и судъ гражданскій въ предѣлахъ, очерченныхъ нормами о соотношеніи уголовнаго и гражданскаго процессовъ.

Письменная форма это прежде всего текстъ, т. е. контрактъ, телаграмма (но не телефонограмма), а затѣмъ подпись. Иногда содержаніе обязательства синтезируется изъ цѣлаго ряда бумагъ и писемъ. Отсутствіе подписи предполагаетъ незаконченность обязательства. Сом-

---

[1]) BGB, § 518, Abs. 2.

[2]) Пр. Гр. Ул. имѣлъ въ виду отнести къ послѣдней категоріи актовъ также продажу лѣса на срубъ на сумму свыше трехсотъ рублей, съ одной стороны въ виду распространенности и важнаго экономическаго значенія договоровъ о продажѣ лѣса на срубъ, а съ другой, въ виду того, что продажа лѣса на срубъ предусмотрѣна особо и въ проектѣ вотчиннаго устава (Пр. Гр. Ул., ст. 1729 въ сопоставленіи со ст. 1728, Объясненія, кн. V., т. I, 1899 г., стр. 431 и 432. Пр. ОП. этого постановленія не включилъ.

нительно, однако, чтобы можно было принимать это за презумпцію неопровержимую, хотя, съ другой стороны, вѣрно то, что почти всѣ кодексы категорически требуютъ подписи [1]). Въ договорахъ съ одностороннимъ доставленіемъ достаточно подписи обязавшагося, согласіе вѣрителя можетъ быть устное или молчаливое. Правило, что въ договорѣ съ двустороннимъ доставленіемъ обѣ стороны должны подписаться [2]), имѣетъ относительное значеніе Для правъ вѣрителя достаточно нахожденія у него договора съ подписью должника (арендный контрактъ, подписанный собственникомъ и переданный арендатору). Иногда вообще достаточно подписанія однимъ должникомъ (мировое соглашеніе на судѣ). Подпись на телеграммѣ можетъ быть только собственноручная [3]). Но должна ли подпись непремѣнно быть на телеграммѣ—вопросъ спорный. Казалось бы, если телеграмма писана рукою обязавшагося, отсутствіе подписи не вредитъ [4]). Замѣна въ письменномъ актѣ собственноручной подписи механическимъ изображеніемъ—литографія, факсимиле—допустима тамъ, гдѣ употребленіе его обычно въ оборотѣ, напр., при выпускѣ цѣнныхъ бумагъ (производимомъ въ большомъ количествѣ) [5]). Подпись можетъ быть и съ боку, а иногда даже на конвертѣ или оберткѣ. Все это, впрочемъ, оспариваютъ, требуя, чтобы подпись была непремѣнно въ концѣ текста или на послѣдней строкѣ. За неграмотныхъ подписываетъ въ установленномъ порядкѣ другой, кому они довѣрятъ. Одно удостовѣреніе мировымъ судьей на „мировой сдѣлкѣ“, своей подписью, согласія неграмотнаго неудовлетворительно [6]). Степень грамотности во вниманіе не принимается, достаточно умѣть подписать фамилію на какомъ либо—языкѣ (переводъ не требуется) [7]). Подписывающему за неграмотнаго рукоприкладчику слѣдуетъ указать на личную просьбу о томъ совершающаго актъ и на неграмотность послѣдняго. Подпись рукоприкладчика должна быть засвидѣтельствована судомъ, нотаріу-

---

[1]) BGB, § 126, Пр. Гр. Ул., кн. 1. ст. 59, Čecho-Slow. § 815, Schweiz. OR, Art. 13, Abs. 2, Art. 14, Code-Civil, Art.

[2]) ст. 1701 X т. I ч., рѣш. гражд. 1880 г. № 89. 1320, 1322.

[3]) Schw. OR., Art. 13, Čecho-Slov., § 815.

[4]) Contra von Tuhr., cit, S 212.

[5]) Schw. OR., Art. 14, Abs. 2.

[6]) Рѣш. гражд. 1880 г. № 89, contra 1873 г. № 65.

[7]) Рѣш. гражд. 1886 г. № 80.

сомъ или соотвѣтственнымъ должностнымъ лицомъ: чиновникомъ полиціи, сельскимъ старостой [1]). По прежнимъ правиламъ, если свидѣтельствующій подпись староста самъ былъ неграмотенъ, онъ могъ ограничиться, приложеніемъ печати [2]), теперь подобное положеніе вещей недопустимо.

Точно такого же порядка держатся при невозможности подписать актъ вслѣдствіе другихъ причинъ, какъ физическій недостатокъ, болѣзнь, еврейская суббота, „душевное волненіе“ и „предразсудокъ“, а также обстоятельство, которое по тѣмъ или инымъ соображеніямъ контрагентъ не желалъ обнаружить [3]). Подпись слѣпого требуетъ удостовѣренія, но можно обойтись безъ послѣдняго, если установлено, что слѣпой зналъ содержаніе документа [4]).

Дата и мѣсто заключенія договора могутъ отсутствовать. Въ этомъ случаѣ, а также когда они обозначены невѣрно, истинное мѣсто и время, при спорѣ, возстанавливаются другими данными.

Одна подпись безъ текста—бланкъ—не удовлетворяетъ законнымъ требованіямъ. Восполненіе впослѣдствіи текста на бланкѣ самимъ вѣрителемъ недопустимо (исключеніе—вексель) [5]).

Требуется ли передача письменнаго документа, вопросъ факта. Нерѣдко обязательство пребываетъ временно или даже постоянно у должника, въ его дѣловой сферѣ или у третьихъ лицъ: гонорарная росписка у адвоката, мировое соглашеніе въ протоколѣ суда.

Законъ допускаетъ участіе въ совершеніи письменнаго акта со стороны извѣстныхъ органовъ власти, а иногда предписываетъ облигаторно такое участіе, подъ страхомъ недѣйствительности акта. Къ актамъ этой послѣдней категоріи относятся, между прочимъ, крѣпостные акты и акты, подлежащіе явкѣ (регистраціи).

Различаются письменные документы домашніе, явочные,—удостовѣряемые нотаріусомъ—, и нотаріальные (публичные), всецѣло совершаемые нотаріусомъ. Подъ явочными актами слѣдуетъ разумѣть также

---

[1]) Рѣш. гражд. 1896 № 64, 1870 № 1898 и др.

[2]) Рѣш. гражд. 2875 г. № 130.

[3]) Ср. рѣш. гражд. 1908 г. № 78, ст. 112. Нот. Полож.

[4]) Слѣпой, но грамотный, по словамъ Сената, не считается „имѣющимъ одинаковое значеніе съ неграмотнымъ“, рѣш. 1883 г. № 86. Ср. 106 ст. Нот. Полож. Schw. OR., Art. 14. Abs. 3.

[5]) Это оспаривается швейцарскими юристами, von Tuhr, cit., 213,—но внѣ сомнѣнія на почвѣ нашего права.

и тѣ, въ которыхъ дѣйствительность обязательства зависитъ отъ явки къ регистраціи соотвѣтственному органу власти (Пр. Гр. Ул.)[1].

Спорные вопросы возникаютъ при отмѣнѣ, измѣненіи и дополненіи пйсьменнаго акта. Можно намѣтить въ этомъ отношеніи слѣдующія общія положенія. Отмѣна письменнаго обязательства производится любымъ способомъ, соблюденіе особой формы необязательно, развѣ бы законъ это предписывалъ (какъ напр., при отмѣнѣ завѣщанія). Катего-

---

[1]) Что касается нотаріата и его функцій, то объ этомъ трактуетъ Нотаріальное Положеніе 1866 г., нынѣ изд. 1914 г., и Временныя правила и формы для руководства Мировыхъ Судей, Нотаріусовъ и старшихъ Нотаріусовъ при примѣненіи Положенія о нотаріальной части. (Санкціи уголовнаго характера—въ Угол. Улож., стт. 672, 674). Нотаріусы распредѣлены по окружнымъ судамъ. При каждомъ окружномъ судѣ состоитъ еще старшій нотаріусъ. Старшіе нотаріусы собственно не несутъ нотаріальныхъ обязанностей: они только утверждаютъ крѣпостные акты и крѣпостные реестры. Имъ нотаріусы не подчинены, а потому называть нотаріусовъ „младшими“ не приходится. Всѣ нотаріусы, въ томъ числѣ и старшіе, подвѣдомственны окружному суду, которому приносятся жалобы на ихъ неправильныя дѣйствія (ст. 61, 64 Нот. Полож.). Нотаріусы ведутъ актовыя и реестровыя книги. Въ актовыя книги вносятся акты, совершаемые нотаріальнымъ порядкомъ, къ этимъ книгамъ относятся и крѣпостныя книги Старшаго Нотаріуса. Въ реестровыхъ книгахъ означаются нотаріусами совершаемые акты, протесты, засвидѣтельствованія и явки. Старшій нотаріусъ ведетъ одинъ реестръ для выдаваемыхъ имъ записей и копій, другой для крѣпостныхъ дѣлъ. Прочія книги имѣютъ второстепенное значеніе. Нотаріальный актъ (ст. 282 Нот. Полож.) совершается нотаріусомъ въ присутствіи свидѣтелей и вносится въ книгу, изъ которой выдается выпись. Въ потребныхъ случаяхъ (договоръ о недвижимости) эта выпись представляется старшему нотаріусу, который ее утверждаетъ, послѣ чего получается актъ крѣпостной. Старшій нотаріусъ при утвержденіи наблюдаетъ не только за тѣмъ, чтобы не были нарушены вещныя права третьихъ лицъ и публично-правовыя нормы, но и за тѣмъ, чтобы обязательства и соглашенія имѣли всѣ внѣшніе признаки соотвѣтствія законамъ (Синайскій). Явочные акты прѣдставляются нотаріусу для засвидѣтельствованія, цѣль котораго—подтвержденіе самоличности участвующихъ и ихъ законной правоспособности, а также непротивности содержанія акта закону. (Ст. 147 Нот. Пол., ст. 44 Временныхъ правилъ и формъ для руководства Мировыхъ судей, Нотаріусовъ и пр., Приложеніе къ ст. 708, прим. 2 X т. I ч., 4 сл.). Засвидѣтельствованіе дѣлается на самомъ

рически изложенное правило оговариваетъ едва ли не одно только Schw. OR.[1]). Измѣненіе обязательства есть въ сущности поставленіе одного обязательства на мѣсто другого, стало быть, соблюденіе формы неизбѣжно. При томъ не можетъ быть рѣчи о различеніи измѣненій существенныхъ и несущественныхъ, ибо, помѣстивъ то или иное опредѣленіе въ обязательство, контрагентъ тѣмъ самымъ призналъ его существенность. При дополненіи письменнаго акта, т. е. при установленіи какихъ-либо новыхъ предметовъ, о которыхъ главный договоръ не упомянулъ вовсе, слѣдуетъ, напротивъ, отличать существенное отъ не-существеннаго. Несущественное дополненіе, не противорѣчащее содержанію обязательства, позволительно сдѣлать не неформальнымъ образомъ. Если, напр., дано поручительство безъ указанія, какое именно изъ обязательствъ разныхъ лицъ обезпечивается, то восполненіе этого недостатка неформально невозможно: нуженъ новый актъ. Но если въ арендномъ контрактѣ на недвижимость не предусмотрѣна судьба какого-либо близлежащаго строенія, нужнаго для осуществленія аренды, то право пользованія имъ возможно ввести въ сферу дѣйствія договора даже простымъ словеснымъ соглашеніемъ. Всякія заявленія, которыя по договору или по закону сторона должна сдѣлать (Kündigung, отказъ), не нуждаются въ особой формѣ, если она не выговаривается прямо въ законѣ или договорѣ.

Дальнѣйшее относительно письменныхъ документовъ касается преимущественно гражданскаго процесса.

Не вездѣ письменные документы играютъ одинаковую роль въ гражданско-правовой жизни. Значеніе ихъ велико въ Англіи, во Франціи. Тенденція къ усиленію ихъ удѣльнаго вѣса замѣчалась и у насъ. По Франц. праву въ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ договора превышаетъ сумму или цѣнность ста пятидесяти франковъ, долженъ быть составленъ нотаріальный или частный актъ[2]). Что суды отдаютъ предпочтеніе письменности, это вполнѣ понятно: она остается желаннымъ средствомъ доказыванія по договорамъ и обязательствамъ. Однако, нельзя сочувствовать повышеннымъ требованіямъ въ этомъ от-

---

актѣ. Къ домашнимъ актамъ относятся и тѣ, на которыхъ нотаріусъ засвидѣтельствовалъ подписи сторонъ: рѣш. гражд. 1914 г. № 48, 1913 г. № 74, а также разъясненіе (на почвѣ Нотаріальнаго Положенія) Латвійскаго Сената, Senata Civila Kasacijas Departamenta Spriedumi, 1921 g., № 46.

[1]) Art. 119.

[2]) Code Civil, Art., 1341; въ торговыхъ дѣлахъ допускаются исключенія, ср. Кодексъ Торговый, ст. 109.

ношеніи. А къ нимъ многіе склонны. Если думаютъ этимъ достигнуть уменьшенія количества тяжбъ, то цѣль не оправдывается. Какъ это ни странно, но часто именно письменный документъ создаетъ почву для разномыслій, приводящихъ къ процессу. Поставленіе письменной формы въ зависимость отъ такого внѣшняго критерія, какъ высота стоимости договора, несовременно и несправедливо.

Слишкомъ усердное тяготѣніе къ письменности и пренебрежительное отношеніе къ другимъ видамъ доказательствъ открываетъ путь къ злоупотребленіямъ и чревато вредными вліяніями на народную мораль и народное правосознаніе.

Содержаніе обязательства.

Участники обязательства вправѣ вводить въ него любое содержаніе. Лишь бы обязательство было фактически и юридически осуществимо и этически допустимо, т. е. не находилось въ противорѣчіи съ человѣческими силами вообще и съ законами и добрыми нравами. Стороны вольны опредѣлять свои права и обязанности въ формѣ категорическаго постулата, вольны ставить ихъ въ связь съ будущими событіями: условія. Содержаніе обязательствъ, съ одной стороны, расширяется, распространяясь не только на существующіе, но и на ожидаемые только комплексы фактовъ, а съ другой—ему ставятъ предѣлы природа вещей, требованія закона и морали.

Условія.

Въ обычномъ разговорѣ, а иногда и въ законѣ, условіе понимается нерѣдко, какъ само обязательство или интегральная часть послѣдняго („заключить условіе“ вмѣсто заключить „договоръ“, „условіе“ о платежѣ арендныхъ денегъ). Въ юридическомъ смыслѣ, подъ условіе подходитъ обстоятельство, которое неизвѣстно участникамъ обязательства въ моментъ совершенія такового и отъ наступленія или ненаступленія котораго ставится въ зависимость возникновеніе, измѣненіе или прекращеніе обязательства. Если такое обстоятельство неминуемо должно наступить — напр. смерть —, нѣтъ условія. Здѣсь съ основаніемъ говорятъ о срокѣ (dies certus an incertus quando). Напротивъ, вступленіе въ бракъ есть условіе, по неопредѣленности этого событія и неизвѣстности его наступленія [1]). Нѣтъ условія также тогда, когда данное обстоятельство вообще не настанетъ („если имярекъ будетъ принятъ

[1]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 47.

на военную службу", а онъ мертвъ). Однако, могутъ быть случаи' когда обусловливаемое обстоятельство уже наступило, но участники объ этомъ не знаютъ. Таковъ заказъ предметовъ подъ условіемъ, что они окажутся сходными съ образцами, между тѣмъ, какъ самые предметы и образцы ихъ уже существовали и опредѣлились при заключеніи договора. Въ этихъ случаяхъ имѣется субъективная неизвѣстность и допустимо трактовать объ условіи. При этомъ, если обстоятельство можно считать наступившимъ (вещи сходны съ образцами), обязательство становится безусловнымъ. Въ противномъ случаѣ, т. е. при отсутствіи обусловленнаго обстоятельства, обязательство отпадаетъ. Застрахованъ домъ отъ пожара или пароходъ отъ гибели, а еще до заключенія страхованія домъ сгорѣлъ, пароходъ благополучно вернулся, о чемъ не знали ни страховщикъ, ни страхователь: страховое вознагражденіе будетъ выдано въ первомъ случаѣ, страхованіе прекратится—во второмъ. Согласно съ этимъ нынѣ, въ противоположность старымъ взглядамъ романистовъ, къ условіямъ относятся безспорно также событія, хотя и наступившія, но и еще невѣдомыя лицамъ, вступающимъ въ обязательство [1]). Достаточно неизвѣстности только на одной сторонѣ. Отъ другой стороны требуется, чтобы она дѣйствовала добросовѣстно, не вводила въ заблужденіе. Обѣщана была сумма денегъ студенту, если онъ выдержалъ экзаменъ. Студентъ доказалъ, что къ моменту обѣщанія экзаменъ имъ дѣйствительно выдержанъ и получилъ обѣщанное. Нѣтъ условія, когда обстоятельство само собою разумѣется по характеру обязательства („уплатить страховое вознагражденіе въ случаѣ пожара") или по закону—conditio juris. Иррелевантно условіе невозможное физически либо юридически или антиморальное [2]), Недѣйствительны такъ называемые потестативныя условія, т. е. тѣ условія, наступленіе или ненаступленіе которыхъ зависитъ исключительно отъ воли и усмотрѣнія

[1]) Такъ, Сенатъ трактуетъ о „каждомъ обстоятельствѣ", неизвѣстномъ участникамъ, нарочито не говоря о „будущемъ обстоятельствѣ", рѣш. 1875 г. № 415. Пр. ОП., ст. 34. Св. Приб., ст. 3150, Schw. OR., Art. 151, Abs. 1, Code civil, Код. Нап., 1181. Также англійское право, идущее еще дальше и понимающее подъ „condition" existence af any fact present or future, certain or uncertain. Напротивъ, BGB предполагаетъ невѣдомое будущее событіе, объективную неизвѣстность: § 158. См. Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1819, S. 58, Schuster, The principles of German civil law, 1907, p. 119.

[2]) Недѣйствительно условіе о составленіи кѣмъ-либо завѣщанія—captatorische Erbeinsetzung—или отказѣ отъ составленія такового, въ виду „свободы завѣщанія". Captatorias

участниковъ—si voluerim,— внѣ зависимости отъ дѣйствія постороннихъ причинъ. Но релевантно условіе, связанное съ дѣйствіемъ и усмотрѣніемъ третьяго лица: „если лицо пожелаетъ уѣхать въ Америку“ (Синайскій).

Особо стоятъ такъ называемыя „возложенія“, состоящія въ томъ, что должникъ беретъ на себя дополнительную обязанность, которою однако юридическія послѣдствія самого обязательства не обусловливаются. Въ „возложеніи“ правовыя отношенія создаются немедленно, право (а съ нимъ рискъ и прочее) возникаетъ сейчасъ же. Неисполненіе „возложенія“ даетъ право на искъ о понужденіи, объ убыткахъ, но не объ уничтоженіи обязательства. Домъ продается съ обязанностью не открывать въ немъ питейнаго заведенія, дѣлается даръ съ тѣмъ, что на благотворительныя дѣла пойдетъ доля дохода съ подареннаго предмета.

Въ виду того, что отъ даннаго комплекса фактовъ могутъ быть поставлены въ зависимость либо начало правоотношенія либо его конецъ, условія бываютъ отлагательныя и отмѣнительныя. При условіи отлагательномъ права и обязанности со времени наступленія условія возникаютъ, при отмѣнительномъ—прекращаются.

До наступленія условія имѣется выжидательный періодъ, Schwebezustand. Хотя права еще не возникали по отлагательному условію и не прекратились по отмѣнительному, но стороны находятся въ извѣстномъ состояніи связанности—Zustand der Gebundenheit; по условнымъ правамъ могутъ быть совершаемы всѣ законные акты и распоряженія въ предѣлахъ связанности. Можно эти права въ такомъ видѣ передавать при жизни и на случай смерти. Нарушеніе права въ условномъ состояніи—Anwartschaft—влечетъ за собою для потерпѣвшаго право на искъ и на возмѣщеніе вреда [1]).

При наступленіи ожидаемаго обстоятельства право окончательно пріобрѣтается по отлагательному условію и отпадаетъ по отмѣнительному (съ сохраненіемъ въ послѣднемъ случаѣ законныхъ интересовъ третьихъ добросовѣстныхъ лицъ). Возникновеніе права, какъ и его отпаденіе пріурочиваются, съ наступленіемъ условія, къ моменту

---

scripturas non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis. Ср. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3, 1879, S. 56.

[1]) Пр. Гр. Ул., Объясн., кн. 1. 1902 г., стр. 73 и сл.

заключенія обязательства [1]) Противное можетъ вытекать изъ волеизъявленія, изъ характера обязательства или изъ закона. Кромѣ того, принято руководствоваться въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ особыми презумпціями. Въ обязательствахъ о передачѣ вещи презумпція дѣлается въ зависимости отъ того, у кого должна находиться вещь до наступленія условія. Если у прежняго собственника, то за исходный моментъ перехода собственности берутъ, до доказательства противнаго, осуществленіе условія, такъ что плоды, уже собранные и полученные съ вещи до этого времени, не подлежатъ передачѣ новому пріобрѣтателю. Въ противномъ случаѣ, т. е. когда вещь отдается пріобрѣтателю сразу же, предпочтительно предположеніе о переходѣ права собственности и всѣхъ выгодъ, съ нимъ связанныхъ, уже въ моментъ передачи[2]).

Наступленіе или ненаступленіе условія опредѣляются по свойству обязательства, обычаямъ и нравамъ. Приходъ событій, съ которыми связано условіе, долженъ быть свободный, безъ злостнаго вмѣшательства участниковъ. Условіе считается наступившимъ, если оно не осуществилось по винѣ обязаннаго, и не наступившимъ (отпавшимъ), если обязанный недобросовѣстно содѣйствовалъ его наступленію [3]). Эта норма, существовавшая еще въ римскомъ правѣ, отвѣчаетъ справедливости и тому общему правовому принципу, что никто не долженъ извлекать выгоды изъ собственныхъ неправильныхъ дѣйствій. Препятствіе должно быть таково, что оно непосредственно повліяло на реализацію условія и само по себѣ носило неправомѣрный характеръ. Недостаточно одного созданнаго затрудненія; съ другой стороны, не можетъ быть

---

[1]) Это есть положеніе о ретроспективномъ дѣйствіи условія. Въ отношеніи отлагательнаго условія Code civil, Art. 1179, призналъ указанное положеніе въ категорической формѣ, разсѣявъ спорность этого вопроса, существовавшую по обще—германскому праву. Schw. OR., напротивъ, связываетъ правоотношенія съ моментомъ осуществленія условія, отвергая обратную силу—rückwirkende Kraft der Bedingung. Повидимому, также BGB., § 158. Пр. ОП. этого вопроса вовсе не разрѣшаетъ, ставя послѣдствія наступленія условія въ зависимость отъ „точнаго смысла договора“ (ст. 36, Abs. 1). Такое рѣшеніе вопроса здѣсь неудовлетворительно: „точный смыслъ договора“ часто безмолвенъ и никакихъ указаній не даетъ.

[2]) Ср. Пр. ОП., ст. 36, абз. 2, Schw. OR., Art. 153.

[3]) BGB, § 162, Пр. ОП., ст. 76, Code civil, Код. Нап., 1187, Schw. OR, Art. 156.

вмѣнено въ вину должнику, что онъ воспрепятствовалъ реализаціи условія, осуществляя свое собственное право [1]).

Условія являются естественнымъ результатомъ стремленія человѣка направлять свою правовую сферу по теченію событій и въ зависимости отъ нихъ опредѣлять свои интересы и потребности. Это есть расширеніе свободы личности человѣка въ сферѣ устроенія частно-правовыхъ отношеній. Условія относятся преимущественно къ будущему: индивидуумъ желаетъ овладѣть грядущимъ при помощи своихъ правовыхъ возможностей. Кромѣ того, включеніе условій въ обязательства даетъ орудіе воздѣйствія на чужую волю, заставляя ее приспособляться къ наступающимъ событіямъ. Наичаще условія встрѣчаются въ завѣщаніяхъ и дарственныхъ актахъ. Дѣйствующій нашъ законъ объ условіяхъ упоминаетъ въ связи съ дареніемъ [2]). Но несомнѣнно, что это только эпизодическій способъ трактованія предмета и что условія съ ихъ особенностями допустимы и въ другихъ случаяхъ, какъ вытекающія изъ общихъ основъ права.

Дефектныя обязательства.

(незаконныя, антиморальныя, невозможныя).

Незаконное, безнравственное или антиобщественное содержаніе дѣлаетъ обязательство ничтожнымъ [3]). Противозаконно обязательство не только тогда, когда оно имѣетъ противорѣчащій закону объектъ, но и тогда, когда закону не соотвѣтствуетъ его цѣль. Законъ требуетъ подходящаго поведенія: все, что направлено къ нарушенію его повелѣній, лишено силы и должно быть уничтожено съ привлеченіемъ виновныхъ въ подлежащихъ случаяхъ къ отвѣтственности. Никто не можетъ обя-

---

[1]) Должникъ обѣщалъ вѣрителю произвести извѣстное доставленіе, если послѣдній пріобрѣтаетъ данный участокъ земли, а потомъ участокъ самъ откупилъ. Если должникъ это сдѣлалъ со спеціальной цѣлью освободиться отъ доставленія, условіе наступило. Если же онъ купилъ участокъ потому, что таковой желали пріобрѣсти другіе, условіе отпало, не осуществилось.

[2]) X т. I ч., стт. 975, 1530.

[3]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 112, 1909 г. № 119, 1908 г. № 13, 1890 г. № 32, 1882 г. № 1851, 1867 г. № 411, Нот. Пол., ст. 90, Уст. Гр. Суд., стт. 457, 727. Пр. ОП., ст. 50, Code Civ., Код. Нап., 1131, 1133, Св. Приб., ст. 2922, Schw. OR, Art. 20.

зываться къ совершенію преступленій, къ чему-либо, нарушающему публично-правовые интересы, къ прямому посягательству на чужія права. Нельзя заранѣе освободиться въ договорѣ отъ послѣдствій своего запретнаго или вообще незаконнаго дѣянія, отъ возмѣщенія будущихъ убытковъ при умышленномъ неисполненіи обязательства, ибо все это давало бы лиценцію на совершеніе незаконностей [1]). Когда люди условились совершить кражу, всѣ обязательства, вытекающія изъ этого соглашенія, какія бы они ни были, не имѣютъ силы, не пользуются защитой закона („воръ у вора дубинку укралъ"). Но архитекторъ, выстроившій домъ на чужой землѣ по порученію даннаго лица, вправѣ требовать отъ послѣдняго вознагражденія, ибо работа архитектора не была направлена къ нарушенію законовъ, и онъ лишь затронулъ, притомъ косвенно, чужое частное право. Все это относится къ обязательствамъ, въ которыхъ возникаетъ вопросъ о законности самого предмета, самого доставленія. Что касается договоровъ и обязательствъ, недѣйствительныхъ потому, что ихъ побудительная причина есть достиженіе цѣли, запрещенной закономъ [2]), то къ нимъ относятся, между прочимъ, соглашенія, имѣющія въ виду причиненіе ущерба кредиторамъ. Такія соглашенія ничтожны, поскольку ими нарушаются законные интересы кредиторовъ. Законъ 3 іюля 1916 г. создалъ спеціальныя правила относительно признанія недѣйствительными договоровъ и обязательствъ, совершаемыхъ должникомъ съ цѣлью уклониться отъ удовлетворенія вѣрителей [3]).

---

[1]) Ср. 126 ст. Пр. ОП.

[2]) Ст. 1529 X т. I ч.

[3]) Просить объ уничтоженіи такого акта вправѣ вѣрители и представители конкурсной массы. Въ отношеніи этихъ лицъ актъ теряетъ силу, въ остальномъ онъ можетъ быть сохраненъ. Въ результатѣ признанія акта недѣйствительнымъ происходитъ поворотъ поступившаго къ третьему лицу имущества въ пользу конкурсной массы. Противъ супруга и близкихъ родственниковъ допускаются предположенія недобросовѣстности. Обязательство in fraudem creditorum опорочивается, если кредиторамъ уже причиненъ вредъ или если имѣется въ виду таковой причинить. Поэтому уступка части имущества (актива) одному кредитору въ цѣляхъ неплатежа другимъ уничтожается. Хотя законъ требуетъ,—чтобы налицо были признаки наступающей несостоятельности но это есть только презумпція недобросовѣстности, могущей быть установленной и другими путями. Продажа имущества родственнику или иному лицу, на самомъ дѣлѣ скрывающая безде-

Иногда самый договоръ, въ конкретномъ его видѣ, запрещается закономъ—запретное обязательство—, напр. обязательство о сложныхъ процентахъ. Сюда относятся воспрещенные договоры о продажѣ за-границу опредѣленныхъ предметовъ, въ которыхъ особенно нуждается государство, нѣкоторые акты относительно земель и лѣсовъ, валютные договоры и пр. Количество запретныхъ обязательствъ растетъ въ переходную эпоху во время смуты, ихъ было немало въ годы войны. Иногда объявленіе того или иного обязательства запретнымъ законъ предоставляетъ какому-либо органу власти.

Говоря о незаконныхъ обязательствахъ, слѣдуетъ имѣть въ виду-что если ничтожны договоры, совершаемые въ обходъ закона, касающагося фиска, положенія иностранцевъ, экономическихъ и финансовыхъ мѣропріятій государства и пр. и пр., то, съ другой стороны, многія постановленія полицейскаго и иного подобнаго характера, преслѣдующія совершенно индивидуальныя задачи, на бытіи обязательства не отражаются. Напр., запрещеніе открывать торговлю ранѣе установленнаго времени не имѣетъ, конечно, никакого отношенія къ совершенной въ запретное время продажѣ.

Въ общемъ, недѣйствительно обязательство, нарушающее запретъ закона или обходящее законъ, поскольку изъ содержанія самого закона не вытекаетъ иное [1]).

Обязательство имѣетъ безнравственное содержаніе – contra bonos mores –,когда предметъ его или цѣль не соотвѣтствуютъ морали, понимаемой, какъ минимумъ этическихъ представленій культурнаго и справедливаго человѣка. Принимается во вниманіе данный кругъ людей и господствующія въ обществѣ возрѣнія. Судья никоимъ образомъ не долженъ ставить въ центръ вниманія свои субъективныя представленія и вкусы, свой національный и политическій кругозоръ, а тѣмъ болѣе партійныя тенденціи и партійные лозунги. Но допустимо руководствоваться масштабомъ профессіональной этики для врачей, адвокатовъ (Von Tuhr). Какъ нельзя отговариваться незнаніемъ закона, такъ непозволительно ссылаться на незнаніе безнравственности совершаемаго. Государство не беретъ на себя прямой роли моралиста, но оно не

нежный переводъ для спасенія должника отъ кредиторскихъ взысканій—фиктивная продажа, fausse cause—, уничтожается судомъ. Должникъ и самъ вправѣ опорочить такой актъ основываясь на фактѣ уступки вещи sine causa, sans cause.

[1]) Ср. BGB, §§ 134, 309.

можетъ дать защиту и признаніе безнравственности, разрушительницѣ государства и общества. Высокая мораль гражданъ есть лучшій вѣнецъ государственности и потому составляетъ неизмѣнный дезидератъ права.

Обязательство не производитъ юридическаго эффекта, если предметъ его антиморальное дѣйствіе или воздержаніе либо цѣль его—антиморальное достиженіе. Право должно быть рѣшительно въ преслѣдованіи соглашеній contra bonos mores, соблюдая при этомъ, однако, необходимую мѣру: впаденіе въ излишнюю притягательность и ложную добродѣтель дѣлало бы законъ смѣшнымъ и извращало бы перспективу права.

Недѣйствительно обязательство вступить въ прелюбодѣйную связь или уплатить сумму денегъ за незаконныя половыя сношенія. Но доставка мебели для оборудованія дома непотребства—актъ юридически годный, ибо эксплоатація непотребства ни въ какомъ смыслѣ здѣсь поставщика не касается. Договоръ содержателя такого дома съ „жилицей“ ничтоженъ, но не договоръ съ прислугой и служащими (увы, были даже „юрисконсульты“ такихъ учрежденій). Къ категоріи соглашеній contra bonos mores относится inter cetera стачка на публичныхъ торгахъ—pactum de non licitando. Сюда же принадлежатъ обязательства, ограничивающія человѣка въ сферѣ его свободнаго опредѣленія, какъ личности и гражданина, въ религіи, гражданствѣ, политической оріентаціи, а также въ сферѣ судебной защиты. Не признано „законнымъ и подлежащимъ разсмотрѣнію“ обязательство подвергнуть себя аресту за неисполненіе договора [1]). Никакое обязательство перемѣнить вѣроисповѣданіе или не мѣнять его, вступить въ бракъ или не вступать, итти на военную службу или отказаться отъ нея не приводитъ къ правовымъ результатамъ. Но не возбраняется поставить какой-нибудь свой интересъ въ зависимость отъ одного изъ факторовъ приведенной категоріи, когда этотъ интересъ самъ по себѣ, по своей важности, можетъ быть противопоставленъ праву личности другого. Такъ, супругъ, отдавая имущество другому супругу, вправѣ оговорить: что получившій имущество долженъ отдать таковое другому лицу, если вступитъ въ новый бракъ. Также между родственниками можно возвратъ имущества обусловить перемѣной религіи (семейный интересъ) [2]). Нельзя обязы-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1873 г. № 717. См. по затронутому вопросу рѣш. гражд. 1879 г. № 22, 1876 г. № 290, 1871 г. № 945, Св. Приб., стт. 2366—2368, 3160.

[2]) См. рѣш. гражд. 1873 г. № 1074, 1879 г., № 27, ср. Св. Приб., ст. 2367.

ваться не прибѣгать къ помощи суда въ случаѣ нарушенія права, даже обязательство непремѣнно рѣшить споръ третейскимъ судомъ не лишаетъ права на искъ въ судѣ, но ничего недозволеннаго нѣтъ въ доставленіи, сдѣланномъ подъ условіемъ неоспаривать документа (завѣщанія) [1]). Признаются sittenwidrig обязательства чрезмѣрно стѣсняющія и хозяйственную дѣятельность человѣка, право на производство торговли или промысла, на проживаніе и занятіе. Въ этомъ отношеніи играетъ роль именно чрезмѣрность, устанавливаемая судомъ по индивидуальнымъ даннымъ. Продающій торговое предпріятіе обязывается не торговать тѣми же предметами въ данной мѣстности, отчуждающій аптеку —не открывать аптеки въ томъ же городѣ. Все это допускается въ предѣлахъ разумнаго интереса. Но никто не можетъ обязаться не заниматься нигдѣ и никогда приготовленіемъ лѣкарствъ по рецептамъ врачей [2]).

Не пользуется судебной защитой такое обязательство, которое зиждется исключительно на игрѣ (карты, лоттерея, пари). Будучи поддерживаемы голько внѣшнимъ стеченіемъ обстоятельствъ и не имѣя никакого реальнаго хозяйственнаго или иного корня, отношенія по игрѣ стоятъ внѣ правопорядка и закона, охраняющаго лишь серьезные и соціально нужные акты и соглашенія. Но, кромѣ этого, въ игрѣ, особенно такой, которая связана съ азартомъ, побѣдившій получаетъ отъ побѣжденнаго выгоды, иногда очень значительныя, безъ затраты общественно-полезнаго труда, безъ тѣни эквивалентности, по простой прихоти случая. Такого рода обогащенія насчетъ ближняго безнравственно. Нужно ли добавить, что игра легко приводитъ людей къ разореніямъ, несчастіямъ, личнымъ и семейнымъ, къ растратамъ и другимъ преступленіямъ? Есть достаточно основаній для признанія недѣйствительными, по противозаконности и антиморальности, обязательствъ изъ чистой игры. Современное право имъ отказываетъ

---

[1]) Рѣш. гражд. 1881 г. № 16.

[2]) О чрезмѣрности „сверхъ предѣловъ, закономъ установленныхъ или дозволенныхъ", трактуетъ Пр. Гр. Ул., кн. I, Объясн. кн. I, 1903 г., стр. 251, также von Tuhr, cit, 226: ограниченіе „in ungehöriger Weise oder zu wettgehendem Umfang". Характерно, что еще въ 1868 г. (рѣш. № 86) Сенатъ призналъ противорѣчащимъ 1529 ст. X т. I ч. и ничтожнымъ договоръ, по которому сельскому обществу поставлено было подъ страхомъ неустойки въ обязанность контрагентомъ не дозволять никому изъ домовладѣльцевъ открывать торговлю.

въ юридическомъ дѣйствіи [1]). Имѣются игры, воспрещенныя закономъ, другія игры дозволяются (тотализаторъ).

По нѣкоторымъ играмъ допускается даже предъявленіе иска. Къ послѣднимъ относится разрѣшенная лоттерея (выигрышъ выдается предметами), которая обычно преслѣдуетъ благотворительныя или иныя общеполезныя цѣли. Французское право даетъ искъ также по обязательствамъ изъ такой игры, которая имѣетъ цѣлью развитіе ловкости и физическихъ силъ, куда относятся упражненія оружіемъ, конскіе бѣга и скачки, игра въ мячъ и пр.—, впрочемъ, лишь участникомъ игры и съ предоставленіемъ суду отклонять требованія, которыя покажутся ему чрезмѣрными. Здѣсь важный интересъ и государственное поощреніе какъ бы покрываетъ дефектность обязательства, дѣлая его дѣйствительнымъ [2]). Новѣйшія законодательства этого изъятіи не приняли, отвергъ его прямо и Пр. Гр. Ул., какъ видно изъ разсужденій редакторовъ его, выражено оно опредѣленно въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ. Нашъ законъ не признаетъ договоровъ по игрѣ ни для участниковъ, ни для третьихъ лицъ, вступающихъ въ соглашеніе по поводу этой игры, признавая всѣ этого рода соглашенія противными благочинію [3]). Недѣйствителенъ долгъ по игрѣ, въ какой бы формѣ онъ ни выражался и подъ какимъ бы видомъ скрытъ ни былъ. Только такія обязательства, совершенныя для игры, сохраняютъ силу, которыя послѣдовали безъ знанія вѣрителя о такой цѣли займа, напр., заемъ для игры при невѣдѣніи о томъ займодавца [4]). Уплоченное и доставленное по игрѣ не можетъ быть

---

[1]) X т. I ч., ст. 2014, BGB, § 762, Пр. ОП., ст. 1105, Code Civil, Код. Нап., 1965, Schw. OR, Art. 513, Čecho-Slov., § 1270. Св. Приб. допускаетъ договоры по игрѣ „лишь постольку, поскольку они относятся до игры дозволенной“ стт. 4337, 4338, 4341.

[2]) Code Civil, Код. Нап., 1966, Codice civile, Art. 1802 Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 432.

[3]) Рѣш. гражд. 1904 г. № 83, 1883 г. № 57, также 1905 г. № 33. Ст. 1401 X т. I ч. воспрещаетъ, между прочимъ, продажу частныхъ промессовъ на лоттереи, имѣя въ виду, несомнѣнно, неразрѣшенныя лоттереи. Продажа билетовъ иностранныхъ лоттерей и выигрышныхъ займовъ не допускается въ странѣ безъ разрѣшенія Министра Финансовъ, Уст. о пред. и прес. преступл. т. XIV св. зак., ст. 265, рѣш. гражд. 1916 г. № 6.

[4]) X т. I ч,, ст. 2019, рѣш. гражд. 1872 г. № 591, 1869 г. № 969. Долгъ по игрѣ не присуждается не только заимодав-

требуемо обратно (это было бы еще болѣе безнравственно!) [1]). Развѣ бы выигравшій допустилъ преступленія или, (вообще), недозволенныя ухищренія: шулерство и пр.

Совокупный смыслъ нашихъ законовъ объ игрѣ ставитъ во главу угла, именно, принципъ антиморальности, поэтому судамъ приходится соблюдать крайнюю осторожность и поражать акты лишь настолько, насколько въ нихъ дѣйствительно констатируется противорѣчіе нормѣ, воспрещающей договоры и обязательства contra bones mores [2]). Тотъже принципъ антиморальности приводитъ къ возможности признавать у насъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, силу нѣкоторыхъ обязательствъ изъ игры, не по принципу дозволенности ея, какъ думалъ Побѣдоносцевъ

цу, но даже третьему лицу, къ которому перешло подобное заемное письмо, рѣш. гражд. 1879 г. № 368, Гуляевъ, Русское гражданское право, 1911, стр. 287. Изъ приведеннаго Сенаторскаго рѣшенія позволительно какъ будто заключить, что это распространяется и на вексель, перешедшій въ третьи руки. Если это такъ, выводъ Сената остается привѣтствовать: всякое обязательство, въ томъ числѣ и вексельное, должно быть въ данномъ случаѣ отвергнуто, не въ силу какого-либо возраженія, а какъ не возникшее вовсе, подобно обязательству подложному, вынужденному и пр.

[1]) Contra Шерщеневичъ и нѣкоторые другіе, вопреки прямому смыслу закона и требованію справедливости, см. Бронштейнъ, Натуральныя обязательства въ современныхъ правовыхъ системахъ, отдѣльный оттискъ изъ журнала „Вѣстникъ права", Апрѣль 1904 г., стр. 195.

[2]) Побѣдоносцевъ, характеризуя непрактичность нашего закона объ игорныхъ долгахъ, замѣтилъ: „Пользы отъ него не можетъ быть и нравственной, ибо онъ никого не въ силахъ удержать ни отъ игры, ни отъ сдѣлки по игрѣ; доказать происхожденіе долга отъ игры крайне затруднительно, и потому законъ приноситъ только вредъ, указывая недобросовѣстнымъ должникамъ способъ уклоняться отъ взысканія и тянуть дѣло", Курсъ гражданскаго права, ч. 3, 1896 г., стр. 339. Многое изъ этого вѣрно и для настоящаго времени, а можетъ именно для настоящаго времени, при общемъ пониженіи нравовъ и склонности къ недобросовѣстнымъ спорамъ и волокитамъ. См. знаменательное старое рѣш. гражд. 1878 г. № 288, въ которомъ Сенатъ предписываетъ суду въ дѣлахъ этихъ категорій, „не стѣсняясь внѣшней формой или названіемъ договора", „обсудить, было ли побудительной причиной заключенія договора достиженіе цѣли, противной законамъ, благочинію и общественному порядку".

и рѣшилъ Св. Приб., (дозволенность или недозволенность игры—это всецѣло дѣло полицейскихъ мѣропріятій), а по тому, насколько та или иная игра—не одна только забава или вредный азартъ, насколько она желательна и поощряется для развитія въ играющихъ полезныхъ способностей и силъ, энергіи, нужной для коллективныхъ достиженій, военныхъ, воздухоплавательныхъ и пр. Въ этомъ отношеніи мысль, которой руководились составители французскаго кодекса, до извѣстной степени ближе дѣйствующему нашему праву, чѣмъ германская точка зрѣнія, исходящая исключительно изъ соображенія отсутствія экономическаго содержанія. Почему бы, напр., отрицать обязательность обѣщанія какого-либо ревнителя общественнаго здоровья и сноровки объ уплатѣ опредѣленной суммы тому, кто выиграетъ партію въ спортивномъ состязаніи? Вѣдь, тутъ дѣло даже не всегда въ одномъ только „случаѣ“, а роль играетъ также безобидная тренировка и т. п. Казалось бы, въ наше время конвульсивныхъ соціальныхъ исканій во всѣхъ областяхъ и тѣсной связи роста индивидуума съ ростомъ коллектива, все, что таитъ въ себѣ зерно пользы и развитія личности въ какомъ-либо отношеніи и не одіозно по своей сущности, должно быть культивируемо и сохраняемо, а не обрекаемо на сокращеніе и уничтоженіе. Нѣтъ надобности видѣть что-либо запретное въ нормальныхъ преміяхъ, призахъ и наградахъ за оказательство въ спортѣ, дрессировкѣ, улучшеніи породы и пр.

Мыслимы и въ иной сферѣ аналогичные случаи, когда отсутствіе реальнаго интереса приводитъ къ недѣйствительности договора, приближая послѣдній въ юридическомъ смыслѣ къ договору игры, битья объ закладъ и пр. Обиліе такихъ случаевъ констатируется въ области страхованія имуществъ и жизни. (Страховой договоръ, какъ таковой, относящійся преимущественно къ операціямъ коммерческимъ, удобнѣе излагать въ торговомъ правѣ; здѣсь приходится коснуться лишь нѣкоторыхъ сторонъ этого договора, вѣрнѣе, отклоненій отъ него, имѣющихъ общее значеніе въ ученіи о дѣйствительности обязательствъ). Страхованіе, по своей сущности, представляется соглашеніемъ, въ силу котораго одна сторона — страховщикъ — за вознагражденіе — премію беретъ на себя уплату извѣстной суммы другому лицу—страхователю, —какъ компенсацію, если произойдетъ въ будущемъ опредѣленное случайное событіе — несчастье. При такой концепціи страхованія, въ немъ надо отличать дѣйствительный экономическій актъ реституціи и возмѣщенія отъ налетовъ чуждыхъ его цѣли элементовъ игры, пари и т. д. Сквозь призму договора пари разсматриваетъ стра-

хованіе „безъ интереса“ право континента и Англіи [1]). Когда страхуется имущественный интересъ: вещь отъ пожара, градобитія, кражи, взломовъ, будущая прибыль, долги отъ несостоятельности должника, самое страховое обязательство (перестрахованіе),—получаемая сумма страхового вознагражденія не должна превышать дѣйствительный ущербъ. И наука и законодательства всѣхъ странъ считаютъ страхованіе не чѣмъ инымъ, какъ только средствомъ охраненія наличнаго имущества отъ уничтожающаго дѣйствія несчастныхъ случайностей, превращенія физически-разрушаемаго имущества въ экономически неразрушаемое [2]).

Насколько въ договорѣ страховое вознагражденіе установлено выше эвентуальныхъ убытковъ, таковой въ превышающей части приравнивается къ договору игры и недѣйствителенъ. Однако, такой результатъ наступаетъ лишь при добросовѣстномъ заблужденіи страхователя, въ случаѣ же сознательнаго увеличенія имъ суммы имѣющаго получить вознагражденія, весь договоръ отпадаетъ, и даже не подлежитъ возврату внесенная премія [3]). (Страховыя общества послѣднее обыкновенно оговариваютъ expressis verbis, но умалчиваютъ лишь о случаяхъ, когда они сами сознательно страхуютъ въ преувеличенной суммѣ съ цѣлью полученія большей преміи). Чистый договоръ игры имѣется налицо, коль скоро имущество страхуетъ не собственникъ, а посторонній: такой договоръ ничтоженъ съ самаго начала и во всемъ объемѣ. Но вправѣ застраховать имущество залогодержатель (закладодержатель) для обезпеченія своихъ интересовъ. Поскольку онъ страхуетъ имущество въ суммѣ, превосходящей его требованіе, онъ въ остаткѣ является презумптивнымъ представителемъ собственника (negotiorum gestor). Это вытекаетъ изъ общихъ положеній закона и составляетъ обычно также

---

[1]) См. Jenks, Digeste de droit civil anglais, I, 1923, p. 206, 209, 212. Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 1438, нѣм. изд. Heinsheimer 1928. — Незаинтересованность имѣетъ въ страховомъ договорѣ еще другую сторону, именно, съ ней связана опасная жажда наживы, способная приводить людей къ преступленіямъ: поджогамъ, симуляціямъ кражъ и даже самоубійствамъ для доставленія близкимъ возможности полученія страхового вознагражденія. Но это не относится, конечно, къ страхованіямъ отъ града, молніи и многимъ другимъ видамъ имущественнаго и личнаго страхованія.

[2]) См. С. Е. Ліонъ, Договоръ страхованія по русскому праву, 1892 г., стр. 53,7.

[3]) Ср. Герм. законъ 20 мая 1908 г., Simeon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I Hälfte, 1923, S. 562, Пр. ОП., ст, 1038.

предметъ особыхъ соглашеній между кредитными установленіями и страховыми обществами, такъ что о какой-либо недѣйствительности на практикѣ здѣсь вопросъ почти не возникаетъ. Такимъ же презумптивнымъ представителемъ мыслится наниматель въ отношеніи собственника, сособственникъ въ отношеніи прочихъ участниковъ condominium'а, а также всякое лицо, несущее отвѣтственность за гибель или ухудшеніе вещи и заинтересованное въ сохранности ея [1]). Наниматель, страхующій даже отъ своего имени взятую въ наемъ вещь, поскольку онъ отвѣчаетъ передъ собственникомъ за цѣлость ея и въ размѣрѣ этой отвѣтственности,—также нйчего противозаконнаго не совершаетъ. Наконецъ, возможно допустить, что наниматель застрахуетъ и свой собственный имущественный интересъ. Сказанное касается также и поклажопринимателя, перевозчика, пользовладѣльца, застройщика и пр. И здѣсь объ отсутствіи interêt assurable не приходится трактовать. Иначе —когда какое-либо изъ перечисленныхъ лицъ перешагнуло предѣлы своей дѣйствительной (денежной) заинтересованности. Превышеніе интереса при страхованіи, создающее презумпцію—praesumptio juris et de jure — игры и поражающее договоръ недѣйствительностью, имѣется и въ случаѣ двойного страхованія одной и той же вещи у разныхъ страховщиковъ [2]), развѣ бы послѣдніе дали свое согласіе и тѣмъ подтвердили наличность интереса. Личное страхованіе не направляется непремѣнно къ возмѣщенію имущественнаго вреда, хотя юристы стараются уложить его въ прокрустово ложе вознагражденія за убытки— отъ потери здоровья, утраты трудоспособности, смерти кормильца и пр. Оно имѣетъ въ виду главнымъ образомъ обезпеченіе себя или близкаго человѣка, когда наступятъ извѣстныя обстоятельства, охватываемыя общимъ понятіемъ „несчастный случай", какъ смерть, болѣзнь,—но также старость (senectus morbus est) и даже вступленіе въ бракъ (Simeon). Поэтому, что касается страхованія по адресу третьихъ лицъ, то таковое допускается нѣкоторыми законодательствами только въ пользу членовъ семьи, страхованіе въ пользу другихъ лицъ недѣйствительно („игра"). Но это только исключеніе, по общему же правилу выборъ дестинатарія все же свободенъ. Страхованіе отъ смерти другого лица или отъ потери другимъ лицомъ трудоспособности не встрѣчаетъ никакихъ препятствій, если

---

[1]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 271, Положеніе о казенныхъ подр. и пост., стт. 49—51, Пр. Гр. Ул., Объясненія, кн. 5 т. 5, 1899, стр. 22 и сл., ср. рѣш. гражд. 1880 г. № 7, Dalloz, Dictionnaire pratique de droit, p. 118, Пр. ОП., ст. 1018.

[2]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 80.

это лицо—близкій членъ семьи, въ противномъ случаѣ требуется особое согласіе страховщика, даваемое по провѣркѣ дѣйствительной заинтересованности. Interêt assurable при страхованіи жизни долженъ существовать лишь въ моментъ заключенія договора; послѣдующее отпаденіе этого интереса не дѣлаетъ договоръ ничтожнымъ, не переноситъ его въ категорію рисковыхъ [1]). Запреты закона, направленные къ устраненію изъ страхованія элементовъ игры, могли бы быть легко обойдены, если бы свободно допускалось передача и перемѣна лицъ по страховымъ договорамъ. При личномъ страхованіи страхователь вправѣ замѣнить ранѣе назначенныхъ выгодополучателей иными: право на страховое вознагражденіе по личному страхованію на случай смерти или на случай дожитія можетъ быть уступлено другому лицу. Уступка страхового вознагражденія по имущественному страхованію, поскольку ею покрывается недопустимое страхованіе чужого имущества, недѣйствительна. Но это не относится въ простой цессіи права на страховое вознагражденіе по взаимнымъ расчетамъ цедента и цессіонарія, ничего противнаго закону въ себѣ не заключающей. Вообще же, при обсужденіи недѣйствительности договора изъ страхованія или связаннаго со страхованіемъ надо имѣть въ виду: а) что страхованіе-договоръ не только bonae fidei, но и uberrimae fidei, и потому всякая недобросовѣстность въ немъ должна быть пресѣкаема въ уголовномъ и гражданскомъ порядкѣ, б) цѣль страхованія-достиженіе выдвинутыхъ новымъ временемъ задачъ распредѣленія матеріальныхъ послѣдствій несчастій, приключеній и невыгодныхъ событій, почему исключается всякая возможность обогащенія на счетъ этого института путемъ обращенія его на путь лоттерей, игръ и азарта.

Изложенныя до сихъ поръ категоріи обязательствъ объявляются неосуществимыми со стороны закона и этики. Но обязательство также неосуществимо вслѣдствіе прямой невыполнимости самого доставленія, по спеціальнымъ причинамъ Это прежде всего невозможность фактическая, можетъ быть, и чисто физическая. Пловецъ переплываетъ рѣку, а иногда и проливъ, но невозможно переплыть океанъ. Немыслимо въ одинъ день попасть отъ насъ въ Америку даже на аэропланѣ, не говоря уже о нормальномъ сообщеніи, нельзя въ три дня построить и разрушить домъ, нельзя отдать несуществующую вещь. Impossibilium nulla est obligatio: обязательства съ невозможнымъ доставленіемъ не имѣютъ силы и стоятъ внѣ неправопорядка. Сюда примыкаетъ также невозможность по основаніямъ чисто юридическаго характера:

[1]) Jenks, cit., p. 207.

купля—продажа недвижимости безъ крѣпостного акта, принятіе на себя уголовной отвѣтственности за другого или штрафа за чужой проступокъ. Юридическая невозможность обязательства можетъ совпадать по своимъ послѣдствіямъ съ незаконностью обязательства, но все же отъ послѣдней отличается по самому свойству [1]). При юридической невозможности имѣется невозможность выполнить вполнѣ законное обязательство. Слѣдовало бы различать абсолютную и относительную невозможность. Первая будетъ тогда, когда невозможность обусловлена постоянными, перманентными обстоятельствами, вторая—когда эти обстоятельства преходящія. Сломанный мостъ, мѣшающій переходу, будетъ починенъ, и сообщеніе возстановлено, запретъ проѣзда со стороны властей, вызванный временными событіями, впослѣдствіи отпадетъ (военные и революціонные запреты). При относительной невозможности судьба доставленія можетъ быть поставлена въ зависимость отъ ожидаемыхъ перемѣнъ, а дѣйствіе обязательства только пріостановлено.

Наконецъ, всякая невозможность исполненія должна быть объективная и первоначальная, возникшая одновременно съ возникновеніемъ обязательства. Субъективная невозможность, т. е. обусловленная отсутствіемъ силъ и средствъ у даннаго должника, не дѣлаетъ обязательство недѣйствительнымъ. Послѣдующая невозможность относится къ вопросамъ исполненія обязательства, а не его дѣйствительности.

Обязательство можетъ быть незаконно, безнравственно, невозможно, въ одной части и вполнѣ удовлетворительно въ другихъ частяхъ. Въ такомъ случаѣ отпадаетъ первая часть, прочія остаются въ силѣ. Но это при условіи, что такое раздѣленіе мыслимо безъ нарушенія сущности обязательства, иначе оно по необходимости отпадаетъ цѣликомъ [2]). Это положеніе усвоено была еще со времени римскаго права: utile per inutile non vitiatur. Но оно отвергнуто, однако, BGB [3]), которое исходитъ изъ болѣе ригористической обратной презумпціи — недѣйствительности всего обязательства при недѣйствительности части. Принимая первую презумпцію, презумпцію дѣйствительности, критеріемъ ничтожности всего обязательства, по ничтожности части, слѣдуетъ считать заключеніе, что участники безъ этой части вообще не совершили

---

[1]) Von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1925, S. 227.

[2]) Рѣш. Гражд. 1909 г. № 101, 1891 г. № 82, 1878 г. № 235, 1873 г. № 717, 1872 г. № 13, Пр. Гр. Ул., кн. I, ст. 89, Св. Приб., ст. 2373, Schw. OR., Art. 20, Abs. 2.

[3]) § 139.

бы обязательства, что устанавливается по конкретнымъ даннымъ. Совершенъ заемъ съ процентами, которые оказались недѣйствительными: судъ долженъ рѣшить, состоялся ли бы заемъ или нѣтъ, если бы заинтересованный зналъ, что проценты отпадутъ, и въ первомъ случаѣ оставить въ силѣ заемъ безъ процентовъ, а во второмъ—уничтожить все обязательство [1]).

Обязательство, недѣйствительное по одному изъ указанныхъ основаній, ничтожно съ самаго начала, оно не существуетъ юридически. Каждая сторона возстанавливается въ положеніе, въ которомъ она находилась до совершенія обязательства. Произведенное доставленіе подлежитъ возврату. Недѣйствительное обязательство, по разъясненію Сената, не можетъ служить ни для одной изъ договаривающихся сторонъ источникомъ какихъ-либо правъ и обязанностей, на томъ обязательствѣ основанныхъ [2]). Но такъ какъ сдѣлать бывшее небывшимъ не могутъ сами боги, то признанное ничтожнымъ обязательство все же можетъ имѣть нѣкоторые положительные результаты для третьихъ добросовѣстныхъ лицъ, не знавшихъ о недѣйствительности. Да и самъ участникъ обязательства, если ему неизвѣстно было и не могло быть извѣстно о недѣйствительности, въ то время, какъ его контрагентъ зналъ о ней, вправѣ требовать отъ послѣдняго, по общимъ правиламъ возмѣщенія вреда, удовлетворенія въ такъ называемомъ отрицательномъ интересѣ, во всемъ томъ, чего первый лишился благодаря крушенію обязательства.

Нѣтъ надобности въ особомъ оспариваніи перечисленныхъ обязательствъ: они ничтожны по самому существу, судъ таковыми признаетъ ихъ ex officio. Когда обязательство содержитъ невозможное или когда нарушается публичный законъ, это понятно само собою [3]). Но и при посягательствѣ на частные интересы положеніе вещей, въ общемъ, то же, ибо обязательство отпадаетъ не столько по нарушенію частнаго интереса, сколько по обстоятельствамъ наличія злостныхъ намѣреній, dolus'a. Играющій здѣсь роль общественно-моральный

---

[1]) Замѣтимъ тутъ, что по указанію юристовъ, при недѣйствительности клаузулы о процентахъ (сложные проценты) предполагается всегда, что стороны обошлись бы и безъ процентовъ. Но такое общее допущеніе несправедливо, напр., для тѣхъ случаевъ, когда заемъ совершается исключительно въ виду процентовъ (городской заемъ).

[2]) Рѣш. Гражд. 1890 г. № 32.

[3]) Рѣш. Гражд. 1909 г. № 118, 1880 г. № 36, 1888 г. № 39, 1886 г. № 73, см., однако, 1905 г. № 94.

моментъ не можетъ имѣть релятивнаго значенія и быть поставленъ въ зависимость отъ усмотрѣнія потерпѣвшаго. Участіе стороны, ея помощь, одобреніе, неоспариваніе и т. д. не помогутъ [1]).

Недостатки волеизъявленій въ обязательствѣ.

Для дѣйствительности всякаго волеизъявленія необходимо сознательное отношеніе къ совершаемому и возможность руководствоваться своей волей. То, что въ уголовномъ правѣ устраняетъ вмѣняемость, въ частномъ правѣ аннулируетъ силу волеизъявленія. Для заключенія обязательства необходима не только здоровая и зрѣлая воля, но и надлежащее ея выраженіе и свобода ея отъ внѣшнихъ вліяній, устраняющихъ непринужденное и безошибочное опредѣленіе желаемаго. Свобода воли имѣется здѣсь въ виду, конечно, не въ метафизическомъ значеніи, а въ практическомъ смыслѣ понятія, какъ оно соотвѣтствуетъ общимъ представленіямъ о свойствахъ человѣческой дѣятельности и человѣческихъ поступковъ. При противорѣчіи содержанія обязательства дѣйствительной волѣ участниковъ можно говоритъ объ отсутствіи волеизъявленій, а стало быть, и обязательства. Такъ какъ волевые импульсы таятся глубоко въ психикѣ человѣка и часто недоступны праву, то нѣкоторые юристы пришли къ выводу, что при волеизъявленіи надо считаться съ тѣмъ, что заявлено, независимо отъ того, каково было внутреннее, интимное содержаніе воли. Это есть теорія проявленія воли —Erklärungstheorie, противополагаемая теоріи дѣйствительной воли—Willenstheorie: вторая теорія ставитъ на первый планъ волимое, а не выраженное. Современное право становится на путь примиренія этихъ крайностей. Оно признаетъ за общее правило дѣйствительность всего, что выражено, но въ то же время даетъ возможность, въ отдѣльныхъ случаяхъ, опровергать заявленія, не соотвѣтствующія истинной волѣ [2]).

---

[1]) Исключеніе представляютъ собой какъ будто договоры и обязательства in fraudem creditorum, уничтожаемые въ мѣру интересовъ кредиторовъ и оспариваемые лишь по ихъ иниціативѣ. Въ этихъ соглашеніяхъ центръ тяжести переносится на приватную заинтересованность. Ихъ, вообще, можно было бы выдѣлить въ особую, самостоятельную группу обязательствъ съ недѣйствительнымъ содержаніемъ.

[2]) Von Tuhr, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 1923, S. 52. Ни „волевая“ теорія, которая въ свое время отстаивалась Savigny („die Grundlage jeder Willenserklärung ist das Dasein des Wollens“), System des heutigen römischen

Когда оба участника выразили волю, отличающуюся отъ той, которую они на самомъ дѣлѣ имѣли, налицо симуляція. Симуляція означаетъ фикцію, если стороны не имѣли въ виду никакого реальнаго содержанія, и симуляцію въ тѣсномъ смыслѣ, если волеизъявленіе выраженное должно было скрыть другую волю, сторонами не выраженную,—притворное соглашеніе.

При фиктивномъ договорѣ, т. е. когда контрагенты на самомъ дѣлѣ не желали никакихъ перемѣнъ въ своихъ юридическихъ отношеніяхъ, волеизъявленія нѣтъ, и такой формально, для виду совершенный договоръ, считается несуществующимъ и не создающимъ для сторонъ никакихъ правъ и обязанностей [1]).

Симулятивныя обязательства всякаго вида обыкновенно преслѣдуютъ незаконную цѣль обойти какіе-либо правовые интересы и потому недѣйствительны не только по отсутствію надлежащаго волеизъявленія, но и по незаконности содержанія. Однако, въ соглашеніяхъ симулятивныхъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, иначе притворныхъ, можетъ быть судомъ возстановлена истинная воля сторонъ—conversatio—, если это не противорѣчитъ закону или добрымъ нравамъ. Въ такомъ случаѣ обязательство сохраняетъ силу, но превращается въ иной актъ: вмѣсто притворной купли—продажи—въ наемъ, вмѣсто прижизненнаго договора—въ обязательство на случай смерти. Plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur [2]). Но это при условіи доказанности, что стороны второго обязательства желали, какъ эвентуальнаго, на случай уни-

---

Rechts, 3, 1840, S. 237 ff., ни теорія „выраженія воли", сами по себѣ, не въ состояніи удовлетворить современные взгляды на сущность и природу юридическаго дѣйствія. Развитой оборотъ, покоющійся на bona fides, взаимной соціальной отвѣтственности, широкомъ контролѣ суда, побуждаетъ считаться не съ чѣмъ-либо апріорнымъ въ волеизъявленіяхъ, а съ эмпирической индивидуальной волей контрагента, въ ея субъективныхъ и объективныхъ особенностяхъ, какъ съ основнымъ пунктомъ всякаго обязательства. Такой взглядъ позволительно считать господствующимъ въ современной наукѣ права и въ судебной практикѣ.

[1]) X т. I ч., стт. 1528, 1528, 1529 2 п., рѣш. гражд. 1901 г. № 45, см. также разъясненіе нашего закона, данное Латвійскимъ Сенатомъ, Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumi 1922 g. № 45. Ср. Св. Приб., ст. 1951. Въ рѣш. 1891 г. № 62 допущено было Сенатомъ смѣшеніе фиктивныхъ и притворныхъ актовъ.

[2]) См. ст. 2114, X т. I ч., рѣш. гражд. 1901 г. № 45.

чтоженія перваго [1]). Притворство можетъ касаться не только самой сущности соглашенія, но и отдѣльныхъ его частей. Распространены симулятивные договоры, въ которыхъ актъ (продажа, залогъ и пр.) совершается на имя не дѣйствительнаго контрагента, а другого, подставного лица.

Весьма нерѣдко обязательство оказывается заключеннымъ потому только, что участникъ принялъ одинъ комплексъ фактовъ, входящихъ въ содержаніе обязательства, за другой, вслѣдствіе заблужденія собственнаго—ошибки или вызваннаго чьей-либо преднамѣренной дѣятельностью—обмана. Обязательство можетъ возникнуть въ результатѣ насилія, совершеннаго надъ субъектомъ—вынужденное волеизъявленіе. Волеизъявленіе, порожденное ошибкой, обманомъ или принужденіемъ, не производятъ юридическаго дѣйствія [2]).

Въ дальнѣйшемъ приходится замѣтить по этому поводу слѣдующее. Всѣ мы въ своей дѣятельности часто ошибаемся и результаты ошибокъ беремъ на себя, не перелагая ихъ на другихъ. Чѣмъ больше человѣкъ работаетъ, тѣмъ больше дѣлаетъ онъ ошибокъ, утверждаетъ обывательскій опытъ. О ш и б к а только тогда повліяетъ на дѣйствительность обязательства, когда она вполнѣ извинительна и касается важнѣйшихъ сторонъ обязательства. Человѣкъ, который ошибся въ своихъ разсчетахъ и мотивахъ, напр. купилъ имѣніе въ надеждѣ, что тамъ будетъ построена желѣзная дорога, или дѣлалъ запасы вещей въ предположеніи, что революція не кончится, а между тѣмъ желѣзной дороги нѣтъ, революція прошла,—либо жалокъ и смѣшонъ, либо легковѣренъ и неосторожденъ. О ничтожности обязательства возникаетъ рѣчь серьезно только тогда, когда произошла ошибка въ чемъ-то другомъ, а именно: въ лицѣ контрагента, если таковое имѣло значеніе, либо въ предметѣ обязательства, другими словами, въ тождествѣ и существенныхъ качествахъ субъекта или объекта. Существенность или несущественность рѣшается по конкретнымъ даннымъ, по обычаямъ и добрымъ нравамъ въ каж-

---

[1]) Ср. рѣш. гражд. 1912 г. № 33. Во всякомъ случаѣ, будетъ вполнѣ безупречнымъ замѣчаніе, что притворство ни въ какомъ случаѣ не служитъ порокомъ, если при этомъ нѣтъ намѣренія вредить третьимъ лицамъ или обойти какое нибудь законодательное опредѣленіе. См. Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 103, нѣмецк. изд. Heinsheimer 1928 г.

[2]) Рѣш. Гражд. 1890 г. № 9, 1884 г. № 28, 1878 г. № 83, 1875 г. № 858, 1873 г. № 1450, Пр. ОП., ст. 61, Code civil, Код. Нап., Art. 1109, Св. Приб., ст. 2953.

домъ отдѣльномъ казусѣ судомъ [1]). Важнымъ критеріемъ и здѣсь является то, что не будь ошибки, соглашеніе не состоялось бы, но не по причинѣ какой-либо прихоти контрагента, а по условіямъ самого обязательства. Такъ, при покупкѣ законъ считается съ ошибкой, касающейся цѣнности й годности объекта для обычнаго или предусмотрѣннаго въ договорѣ употребленія, стало быть, играетъ роль не отсутствіе тѣхъ или иныхъ качествъ, а измѣненіе самой категоріи предмета. Даже если ошибающійся самъ виновенъ въ ошибкѣ, допустивъ небрежность, все же, при указанныхъ выше условіяхъ, обязательство отпадаетъ. (По неосторожности участника договора или его служащаго указано не то лицо, не тотъ родъ товара). Но, разумѣется, иной результатъ получится, если объявившій волю свою зналъ о своей ошибкѣ и сознательно ее допустилъ. Въ такомъ случаѣ нѣтъ никакого основанія опорачивать обязательство.

Современное право удѣляетъ ошибкѣ много вниманія, исходя изъ развитія оборота съ его интенсивностью, быстротой и поспѣшностью. Римское право считало почти всякую ошибку неизвинительной: vigilantibus jus civile scriptum est. Снисходительное отношеніе къ серьезнымъ ошибкамъ и заблужденіямъ гармонируетъ нынѣ съ общимъ стремленіемъ утвержденія принципа Treu und Glauben (который идетъ такъ далеко, что добросовѣстное заблужденіе можетъ даже стать источникомъ пріобрѣтеній въ ущербъ управомоченнымъ, въ вещныхъ правоотношеніяхъ). Весьма часты ошибки въ телеграммахъ, при телефонныхъ передачахъ, при называніи именъ и нумерацій, при употребленіи коммерческихъ терминовъ и иностранныхъ словъ, при покупкахъ съ торговъ, при пріобрѣтеніи антикварныхъ художественныхъ картинъ, при постройкахъ и сооруженіяхъ изъ разныхъ сортовъ новѣйшихъ матеріаловъ и т. д. и т. д. [2]). Можно добавить, что въ особыхъ, самыхъ исключительныхъ случаяхъ извинительна даже ошибка въ юридической квалификаціи обязательства и въ правовыхъ нормахъ [3]). Именно: error

---

[1]) Рѣш. гражд. 1890 г. № 9, 1884 г. № 28, 1875 г. №858, ст. 1026 X т. I ч., Пр. ОП., ст. 29, BGB, §§ 119, 469.

[2]) См. Рѣш. Гражд. 1898 г. № 60, гдѣ приводятся нѣкоторые примѣры „ошибокъ".

[3]) Contra Шершеневичъ, который находитъ, что заблужденіе въ законѣ у насъ непростительно потому, что никто не можетъ отговариваться „невѣдѣніемъ закона", Учебникъ Русскаго Гр. Права, изд. 1914 г., стр. 196,

non nocet, если ошибка такова, что она произошла по винѣ другого лица, напр. консультанта, и была бы допущена всякимъ достаточно осмотрительно дѣйствующимъ въ подобныхъ случаяхъ человѣкомъ.

Обманъ опредѣляется въ уголовномъ правѣ, какъ использованіе ошибки другого, вызванной и поддержанной виновникомъ. Такой результатъ долженъ быть достигнутъ умышленно или сознательно созданіемъ въ потерпѣвшемъ ложныхъ представленій о фактахъ, либо извращеніемъ и сокрытіемъ истинныхъ фактовъ [1]). Это примѣнимо и къ обману въ цивильномъ смыслѣ, mutatis mutandis, но здѣсь не требуется наличія непремѣнно всѣхъ признаковъ, опредѣляющихъ уголовно-наказуемое дѣяніе. Свободная воля участника обязательства подрывается не только обманомъ уголовнаго свойства, но во всѣхъ случаяхъ, когда имѣется введеніе въ заблужденіе противной стороны—arglistige Täuschung—для склоненія ея къ заключенію обязательства, по выраженію Сената, „какъ посредствомъ ложныхъ удостовѣреній, такъ и черезъ умолчаніе истины“ [2]). Уголовный законъ преслѣдуетъ лишь самые злостные обманы, учитывая психическіе моменты, именно внутреннія побужденія и намѣренія виновника, степень сознательности, злостности и обдуманности, а затѣмъ принимаетъ во вниманіе систему дѣйствій, опасность результатовъ и пр. Частное право („гражданскій обманъ“) переноситъ центръ тяжести на вызванные въ обманутомъ волевые эффекты и степень порожденнаго въ немъ заблужденія. Въ гражданскомъ обманѣ не требуется ни желаніе причинить ущербъ, личный или матеріальный, ни надежда выгодъ.

Обманъ со стороны лица, въ обязательствѣ не участвующаго, посторонняго, поражаетъ обязательство, если о введеніи контрагента въ обманъ зналъ при заключеніи обязательства другой контрагентъ [3]). Когда же послѣднему не было извѣстно объ обманѣ, то обязательство можетъ подлежать обсужденію по началамъ простой

---

[1]) Lisst, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1921, S. 490.

[2]) Рѣш. Гражд. 1890 г. № 9, 1901 г. № 87, См. Пр. ОП., ст. 30,

[3]) „Зналъ“ это почти то же, что „долженъ былъ знать“: судъ всегда въ состояніи по даннымъ дѣла заключить, что сторона по своему развитію должна была знать, и въ подобныхъ случаяхъ „это невѣдѣніе приравнивается къ знанію“, Записка Мин. Юстиціи къ проекту книги V Гражданскаго условія (Обязательственное право) отъ 14 октября 1913 г., стр. 23.

ошибки. Въ отличіе отъ ошибки, при обманѣ, въ виду его одіозности, условія опороченія менѣе ригористичны для потерпѣвшаго („можно избѣгать ошибки, но трудно уберечься отъ обмановъ", говорится въ судебныхъ рѣшеніяхъ). Поэтому обязательство, вызванное обманомъ, ничтожно, если заблужденіе, имъ созданное, и не столь существенно или вовсе несущественно [1]), даже если онъ коснулся только болѣе или менѣе серьезныхъ мотивовъ заключенія обязательства. Но и обманъ долженъ касаться фактовъ возможныхъ, хотя на самомъ дѣлѣ и не существующихъ, и быть способными вызвать въ каждомъ представленіе о наличіи этихъ фактовъ. Крикливыя рекламы и хвастовство обѣщающаго, съ одной стороны, особая воспріимчивость обманутаго, его повышенныя ожиданія и надежды, съ другой — все, это исключаетъ часто возможность говорить о дѣйствительномъ обманѣ. Нельзя пенять ни на кого обманутому человѣку, слишкомъ легковѣрному, для котораго, по выраженію философа, одинъ граммъ желаній вѣситъ болѣе десяти центнеровъ доводовъ и соображеній. Но можно трактовать объ использованіи невѣжества и суевѣрій для цѣлей обмана.

Обманъ несознательный—неосторожное введеніе въ заблужденіе другого не есть обманъ въ техническомъ смыслѣ и можетъ создать только ошибку съ ея послѣдствіями, какъ напр., сообщеніе неправильныхъ свѣдѣній объ отходѣ поѣзда по небрежности. Умолчаніе о фактахъ считаютъ предопредѣляющимъ обманъ, если обманщику извѣстно, что эти факты удержали бы контрагента отъ заключенія обязательства, причемъ для умолчавшаго еще должна существовать спеціальная обязанность именно заявлять объ этихъ фактахъ [2]). Однако, это—questio facti, и молчаніе часто такой же злостный обманъ, какъ и прямыя заявленія. Изъ банка выданы деньги вмѣсто одного посѣтителя другому, который воспользовался ошибкой, „молча" получилъ деньги и ушелъ: налицо типичная форма обмана [3]).

---

[1]) Schw. OR., Art. 28.

[2]) Von Tuhr, cit., S. 266.

[3]) Напоминаютъ обманъ (хотя и не совсѣмъ совпадаютъ съ нимъ) случаи, когда кто-либо, злоупотребляя принадлежащей ему властью или оказываемымъ ему довѣріемъ либо пользуясь нуждой или легкомысліемъ другого, заключаетъ съ нимъ чрезмѣрно невыгодную для него сдѣлку. Пр. ОП. видитъ здѣсь особое, индивидуальное основаніе для оспариванія договора, нѣчто среднее между обманомъ и принужденіемъ, см. ст. 31 и Записку Мин. Юстиц. по пересмотру кн. V Гражд. Улож. (Обязательственное право) отъ 14 ок-

Принужденіе физическое, vis absoluta, когда контрагента обязываютъ вступить въ соглашеніе непосредственнымъ насиліемъ, „съ револьверомъ въ рукахъ", интересуетъ больше криминалиста, чѣмъ цивилиста. Для послѣдняго достаточно, что въ этихъ случаяхъ никто не можетъ говорить о волеизъявленіи: нѣтъ никакого консенсуса, а мѣсто его занимаетъ механическое воздѣйствіе. Психическое принужденіе, vis compulsiva, оказываемое преимущественно возбужденіемъ страха путемъ угрозъ, есть причина недѣйствительности волеизъявленія, если эти дѣйствія предпринимаются противоправнымъ способомъ въ отношеніи даннаго субъекта и сулятъ ему личный или имущественный вредъ. Оба вида принужденія признаны современными кодексами, такъ же, какъ и дѣйствующимъ нашимъ правомъ [1]). При этомъ безразлично, какой, именно, актъ вынуждается: вступленіе въ обязательство, отказъ отъ такового, выдача обезпеченія либо векселя по существующему долгу или что-нибудь иное. Даже платежъ долга, добытый принужденіемъ, можетъ быть оспоренъ, съ истребованіемъ обратно уплоченнаго. Этотъ выводъ нѣкоторые отвергаютъ, но безъ достаточнаго основанія [2]). Вопреки римскому правилу dolo facit qui petit quod redditurus est, нынѣ насиліе и самоуправство влекутъ за собой не только уголовную кару, но и пораженіе полученныхъ отъ этихъ дѣйствій гражданскихъ выгодъ, каковы бы эти выгоды ни были. Не требуется особая „объективная сила угрозы": важно, что угроза могла подѣйствовать на даннаго человѣка при данныхъ условіяхъ [3]). Угроза, способная

тября 1913 г., стр. 23, 24. По BGB въ данномъ случаѣ констатируется Verstoss gegen die guten Sitten, § 138, Abs. 2. Къ изложенной категоріи дѣйствій можно отнести также использованіе волевой или психической слабости другого. Въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ нѣтъ регламентаціи по данному вопросу. Наиболѣе яркія проявленія этого рода эксплоатаціи другого приходится иногда подводить подъ обманъ, что и имѣетъ мѣсто на практикѣ.

[1]) X т. I ч., ст. 702.

[2]) См. Гамбаровъ, Курсъ Гражданскаго Права, т. I, 1911, стр. 752.

[3]) Угроза должна быть неправомѣрная—widerrechtlich, BGB, § 123. Угроза „закономъ"—не угроза. Нѣтъ ничего запретнаго въ угрозѣ „поступить на военную службу", „перемѣнить религію". Угроза предполагается способной вызвать серьезный страхъ—metus non vani homi nis, gegründete Furcht, Code civil, Код. Нап. 1112, Čecho-Slov, § 797. Зло, которымъ угрожаютъ, не можетъ быть иное, какъ только значительное и реаль-

опорочитъ обязательство, исходитъ иногда и отъ посторонняго, третьяго лица и отъ недѣеспособнаго—умалишеннаго. Угрозы могутъ быть и не уголовнаго характера, лишь бы въ нихъ заключался незаконный или антиморальный элементъ. Къ такимъ, именно, угрозамъ, отнесено въ дѣлѣ, разсмотрѣнномъ Сенатомъ, возбужденіе въ сынѣ страха разложеніемъ въ домѣ трупа его матери, который еврейское общество отказалось предать погребенію на общественномъ кладбищѣ, если обществу не будетъ уплачена приличная сумма денегъ [1]). Даже если кто-либо воспользовался безвыходнымъ положеніемъ другого, напр., угрожающей ему извнѣ опасностью, и такимъ путемъ заставилъ его выдать обязательство, послѣднее можетъ быть признано вынужденнымъ и, стало быть, ничтожнымъ [2]).

ное — mal considerable et présent. См. Васьковскій, Учебникъ гражданскаго права, в. I, 1894, стр. 114, 115, по указанію котораго зло должно быть болѣе важнымъ (majoris malitatis), чѣмъ убытокъ, могущій призойти отъ совершенія договора. Голевинскій, О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ 1872, стр. 66—74: „зло должно быть значительное, осуждаемое нравственностью и недозволенное закономъ". Въ страхѣ—metus—порокъ воли больше, чѣмъ во внѣшнихъ дѣйствіяхъ, его вызвавшихъ, Planiol, Traité élémentare de droit civil, t. I. 1922, p. 104. При извѣстныхъ условіяхъ достаточно, если страхъ порожденъ былъ невѣжествомъ или суевѣріемъ. Въ юридической литературѣ приведенъ былъ случай, когда нѣкто, принявъ фантастическій внѣшній видъ, явился къ богомольной старухѣ въ образѣ Николая Чудотворца и заявилъ ей, что она должна выдать вексель, при чемъ испуганная старуха тутъ же вексель подписала. Чтобы страхъ былъ de nature a faire impression sur une personne raisanable, это требованіе франц. закона имѣетъ относительное значеніе: важенъ и здѣсь не абстрактный, а конкретный человѣкъ съ его свойствами. Въ виду растяжимости понятія „metus" BGB, а съ нимъ и его комментаторы не безъ основанія отказываются дать этому понятію точное опредѣленіе.

[1]) Рѣш. Гражд. 1901 г, № 21. Вначалѣ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній Сенатъ разъяснялъ, что на почвѣ дѣйствующаго права (X т. I ч. ст. 702) „основаніемъ къ оспоренію юридическихъ сдѣлокъ можетъ служить только такое принужденіе, которое карается уголовными законами, какъ преступленіе", а не „такъ называемое нравственное давленіе", рѣш. гражд. 1878 г. № 155, 1876 г. № 398 и 583, 1869 г. № 760. Впослѣдствіи Сенатъ справедливо отказался отъ этого взгляда.

[2]) Ср. ст. 491 Уг. Улож. Иллюстрація: лодочникъ, спасая изъ воды тонущаго, потребовалъ предварительно обѣщанія

Противоправность угрозы устраняется осуществленіемъ права или обязанности: угроза въ случаѣ неуплаты и неисполненія обратиться въ гражданскій судъ или возбудить уголовное дѣло, сообщеніе судебнаго пристава, что при невзносѣ денегъ должникомъ имущество послѣдняго подвергнется принудительной продажѣ. Но если при этомъ сознательно требуется болѣе того, что слѣдуетъ, налицо можетъ быть составъ понятія принужденія. Домогательство уплатъ или иного доставленія страхомъ оглашенія преступнаго либо позорящаго дѣянія относится къ разряду шантажныхъ дѣйствій [3]) и производитъ тотъ же результатъ въ юридическомъ смыслѣ, что и принужденіе.

Угроза при принужденіи должна быть направлена противъ жизни, здоровья, чести или имущества контрагента или лицъ, ему близкихъ [4]). Благо родственника, супруга и даже друга можетъ быть человѣку дорого, дороже личныхъ благъ, и право не должно это игнорировать. Но, съ другой стороны, угроза несерьезная, мнимая, угроза безъ дѣйствительнаго страха, не служитъ извиненіемъ для заключившаго обязательство. Бываютъ случаи, когда призракъ зла принимается за основаніе страха, и обязательство заключается для скорѣйшаго освобожденія отъ сомнѣній и раздумья. Въ гигантской цѣпи причинъ и слѣдствій человѣческихъ дѣяній тотъ или другой нажимъ, искусный и своевременный, на волю и совѣсть противника незамѣтно приводитъ къ желаемому результату. Такого рода принужденіе, не только не имѣющее преступнаго характера, но вообще вліяющее на психику лишь косвеннымн путями, нельзя безоговорочно признавать за поводъ къ разрушенію обязательства. Здѣсь умѣстно сказать о потерпѣвшемъ: quamquam coactus, tamen voluit. Сколько есть слабовольныхъ людей, которые, по разнымъ причинамъ, не прочь уговорить себя и другихъ, что совершили дѣловой актъ подъ вліяніемъ принужденія, котораго на самомъ дѣлѣ не было!

уплатить крупную сумму денегъ. Такъ какъ лодочникъ лишь исполнилъ возложенную на него закономъ обязанность, то онъ не вправѣ претендовать на особое вознагражденіе. Въ крайнемъ случаѣ, онъ могъ бы требовать лишь за потраченное время, трудъ и пр.

[3]) Ст. 615 Угол. Улож.

[4]) Рѣш. Гражд. 1901 г. № 21. Пр. ОП., ст. 28 исключилъ безъ достаточнаго основанія указаніе на близкихъ, содержавшееся въ первомъ проектѣ: См. Пр. Гр. Ул., ст. 61. Code Civil, Код. Нап., 1113 говоритъ о супругѣ, нисходящихъ и восходящихъ.

Лицо, имѣющее право просить объ уничтоженіи обязательства по дефектности воляизъявленія (ошибка, обманъ, принужденіе), вправѣ также отказаться отъ спора и принять на себя доставленіе по такому обязательству. Это относится всецѣло къ области частной автономіи. Volenti non fit iniuria. Подтвержденное обязательство пріурочивается по своимъ послѣдствіямъ ко времени его возникновенія, а не подтвержденія, развѣ бы изъ самого подтвержденія видно было, что оно есть въ сущности новое обязательство. Съ другой стороны, потерпѣвшій, желая воспользоваться правомъ уничтоженія такого дефектнаго обязательства, долженъ чѣмъ-либо реагировать, возразить, протестовать. Законодательства устанавливаютъ краткіе сроки, по истеченіи которыхъ предполагается подтвержденіе [1]). Дѣйствующее наше право этихъ сроковъ не знаетъ и никакихъ особыхъ обязанностей на потерпѣвшихъ не возлагаетъ [2]).

---

[1]) Въ Пр. ОП. сроки: годъ для ошибки, 10 лѣтъ для обмана и принужденія. Въ первоначальномъ проектѣ былъ одинъ срокъ—годовой: ст. 65. Сроки исчисляются со дня прекращенія принужденія или со дня открытія ошибки или обмана. По Code civ., Код. Нап., 1304—общій 10-лѣтній срокъ.

[2]) Приходится, впрочемъ, отмѣтить спеціальную, своеобразную черту X т. I ч., заключающуюся въ томъ, что онъ предписываетъ особый, довольно оригинальный срокъ и особый порядокъ для заявленія о принужденіи къ выдачѣ акта, именно: „въ случаѣ принужденія надлежитъ заявить о томъ окольнымъ людямъ или мѣстной полиціи того же дня, какъ оное произошло, и затѣмъ не далѣе третьяго или четвертаго дня, и отнюдь не болѣе недѣли послѣ того, просить о произведеніи разслѣдованія“, ст. 703. Соблюденіе этого срока и порядка нѣкоторые признаютъ ненужнымъ по тому соображенію, что это въ сущности норма процессуальная, отмѣненная съ введеніемъ Уст. Гражд. Судопр. (Совокупный смыслъ рѣш. гражд. 1907 г. № 21 и 1896 г. № 398). Сенатъ отрицаетъ, чтобы лицо, которому выдано обязательство по принужденію, въ случаѣ незаявленія о принужденіи въ семидневный срокъ, лишалось затѣмъ права доказывать недѣйствительность обязательства,—основываясь на томъ, что „о послѣдствіяхъ необъявленія о принужденіи по установленному ст. 703 порядку въ семидневный срокъ въ законахъ гражданскихъ не указывается“. Нельзя, кажется, сомнѣваться, что настоящая мысль закона — это желаніе убѣдиться каждый разъ въ серьезности и дѣйствительности принужденія, имѣя въ виду обывательскую психологію сообщать объ испытан-

Возраженіе о недѣйствительности изложенныхъ дефектныхъ обязательствъ допустимо во всякое время, доколѣ можетъ быть предъявлено требованіе по обязательству, такъ какъ возраженіе должника есть защита, а не нападеніе, и обусловлено притязаніемъ кредитора. По уничтоженіи обязательства стороны возстанавливаются въ первоначальное положеніе, съ тѣмъ, что при ошибкѣ контрагентъ, добивающійся уничтоженія, обязанъ возмѣстить ущербъ, понесенный другимъ контрагентомъ отъ того, что послѣдній считалъ добросовѣстно обязательство дѣйствительнымъ. Но такое возмѣщеніе вреда имѣетъ мѣсто только при наличности вины со стороны впавшаго въ ошибку. Это отвѣчаетъ началамъ права и справедливости и принято новѣйшими кодексами. При обманѣ и принужденіи потерпѣвшій, конечно, вправѣ взыскивать возмѣщеніе всего причиненнаго ему вреда [1]).

Исполненіе обязательствъ.

Обязательство налагаетъ обязанность исполнить. Исполненіе должно быть согласно намѣренію сторонъ, безъ посторонняго вмѣшательства. Должникъ не вправѣ взамѣнъ предмета обязательства представить при исполненіи какой-либо другой, хотя бы это былъ равный или даже лучшій [2]).

номъ принужденіи немедленно, при первой возможности. Законъ, такимъ образомъ, заключаетъ въ себѣ какъ будто наставленіе, обязательность котораго, однако, не соотвѣтствуетъ ни уголовнымъ законамъ, ни принципу свободы воли при соглашеніяхъ и обѣщаніяхъ, ст. 1528 X т. I ч., и уже совершенно не вяжется съ нынѣшнимъ широкимъ взглядомъ на принужденіе и его значеніе для опороченія обязательства. Съ этой точки зрѣнія практика обошла и срокъ, установленный въ 703 ст., несмотря на его категоричность, какъ обходила она другіе пережитки въ законахъ, оказавшіеся въ противорѣчіи съ основными началами и положеніями нашего же права.

[1]) Quid juris, если обѣ стороны дѣйствовали обманнымъ образомъ, что также нерѣдко бываетъ на практикѣ? Очевидно, при такомъ положеніи ни одинъ изъ контрагентовъ не вправѣ ссылаться на обманъ, для опороченія обязательства, а также взыскивать за вредъ и убытокъ. Опредѣленно объ этомъ говоритъ Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 97, нѣм. изд. Heinsheimer 1928 г.

[2]) Ср. Code Civil, Код. Нап., 1243, Бразильское Граж-

Исполненіе—вѣнецъ договоровъ и обязательствъ. Военное и революціонное время создало въ договорномъ правѣ рядъ актовъ со стороны государства интервенціоннаго характера: установлены были мораторіумы, отсрочки и разсрочки, измѣнены jure imperii правоотношенія сторонъ въ пользу должника. Но все это имѣетъ значеніе переходныхъ мѣръ и не нарушаетъ общаго принципа необходимости сообразоваться при исполненіи съ точной волей участниковъ. Исполненіе обязательства требуетъ рачительности со стороны участниковъ и добросовѣстности, а также нерасхожденія съ принятыми обычаями и дѣловыми порядками. Трехчленное дѣленіе вины при неисполненіи на culpa lata, culpa levis и culpa levissima въ настоящее время повсемѣстно оставлено [1]). Преимущественно же нынѣ во главу угла ставится соблюденіе принципа „Treu und Glauben", доброй вѣры и честности. Каждый долженъ, независимо отъ того, какъ ведетъ себя противникъ, корректно исполнять свои обязанности. Everybody to do his duty—на этомъ держится правопорядокъ.

Никто не можетъ оправдываться: „я безчестенъ потому, что безчестенъ мой контрагентъ". Однако, бываютъ случаи, когда неисполненіе одной стороны ставитъ подъ вопросъ исполненіе другой. Это имѣетъ мѣсто въ договорахъ синалагматическихъ, съ двустороннимъ доставленіемъ. Вправѣ ли контрагентъ, не добившійся исполненія, въ свою очередь отказать въ такомъ, напр. продавецъ имѣетъ ли законное основаніе не отдавать вещи вслѣдствіе неуплаты денегъ? Французское право даетъ отвѣтъ въ томъ смыслѣ, что фактомъ неисполненія договоръ не расторгается въ силу самого закона, а потерпѣвшая сторона вправѣ либо принудить виновную исполнить обязательство,—если это возможно,—либо требовать расторженія договора и вознагражденія за убытки. Это относится къ случаямъ какъ полнаго, такъ и частичнаго неисполненія. Возможность домогаться расторженія договора при неисполненіи противникомъ основана, какъ разъяснилъ Сенатъ въ рѣшеніи по

данское Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 863, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[1]) Gianturco, Instrtuzioni di diritto civila italiano, 1919 p. 166. Въ нѣкоторыхъ особыхъ категоріяхъ обязательствъ принимаются во вниманіе лишь нарушенія, сопровождающіяся „умысломъ" или „грубой неосторожностью", см. BGB, § 521. Такое пониженіе требованія съ должника имѣетъ мѣсто обыкновенно въ одностороннихъ обязательствахъ, по отношенію къ лицу, доставляющему выгоду другому безъ выгоды для себя (дареніе).

дѣлу б. Царства Польскаго, на началахъ справедливости, не допускающей, чтобы, при взаимномъ обязательствѣ, одна сторона оставалась связанной договоромъ, который другой стороной не исполняется [1]). Другія законодательства съ большей рѣшительностью опредѣляютъ послѣдствія неисполненія, предоставляя и другому контрагенту въ этомъ случаѣ уклониться [2]). И въ самомъ дѣлѣ, синалагматическій договоръ предоставляетъ собою единое, въ существѣ, и неразрывное правоотношеніе и подлежитъ исполненію съ обѣихъ сторонъ совмѣстно, Zug um Zug, почему основательно допустить, что неисправность одной стороны договора производитъ право другой воздержаться отъ исполненія. Контрагентъ вправѣ не исполнять потому, что не исполняетъ противникъ, вправѣ заявить о намѣреніи исполнить, когда это сдѣлаетъ и противникъ, и отказаться отъ исполненія потому, что отказался противникъ. Наша практика принципіально приняла эту точку зрѣнія, хотя и недостаточно опредѣленно. Въ одномъ изъ позднѣйшихъ рѣшеній Сенатъ выработалъ слѣдующее положеніе (согласно съ Пр. Гр. Ул.): „Въ двустороннемъ договорѣ каждая сторона вправѣ отказаться отъ исполненія, если другая сторона не исполняетъ лежащаго на ней обязательства, развѣ бы эта послѣдняя, въ силу договора, имѣла право исполнить свое обязательство впослѣдствіи". Сенатъ требуетъ, чтобы по договору было установлено, что право предоставляется одной сторонѣ, именно, какъ послѣдствіе принятой ею на себя обязанности, т. е. необходимо, чтобы была связь обусловленности между исполненіями. Но эта связь предполагается въ синалагматическихъ договорахъ, сущность которыхъ заключается въ томъ, что обѣ стороны обязываются такимъ образомъ, что доставленіе одного разсчитано на доставленіе другого [3]). Поэтому признанъ былъ у насъ арендаторъ свободнымъ отъ уплаты арендныхъ денегъ за имущество, не сдаваемое ему, вопреки договору, въ пользованіе; также подтверждено было, что заводчикъ можетъ отказаться отъ обусловленнаго предоставленія комиссіонеру монопольной продажи своихъ продуктовъ, если комиссіонеръ не выполнилъ принятой имъ на себя обязанности

---

[1]) Рѣш. гражд. 1903 г. № 42. Code civil, Код. Нап., 1184, также 1610, Codice civile, Art. 1469.

[2]) Пр. ОП., ст. 79, BGB, § 320, Schweiz. OR., Art. 107, 108.

[3]) Achilles, BGB, 1920, S. 163: Vorbemerkungen zum Titel „Gegenseitiger Vertrag".

продавать весь продуктъ завода [1]). Наконецъ, въ послѣднее время [2]) Сенатъ на томъ же основаніи призналъ за мастеромъ право не выдавать доставленную ему для починки вещь (автомобиль), если хозяинъ ея не уплачиваетъ причитающихся за починку денегъ,—не взирая на то, что наше право, вообще, отвергаетъ jus retentionis.

Конечно, изъ консенсуса или общаго содержанія договора могутъ вытекать иныя правила, которыя и подлежатъ въ такомъ случаѣ примѣненію. Между прочимъ, если контрагентъ взялся выполнить свою обязанность ранѣе другого, то онъ не имѣетъ основанія ждать, а долженъ исполнить по наступленіи времени независимо отъ исполненія со стороны этого другого.

Что касается частичной неисправности контрагента, то право другого отступиться и не исполнять зависитъ отъ существенности неисполненной части. При сравнительной незначительности ея нѣтъ достаточнаго основанія для потерпѣвшаго къ уклоненію отъ исполненія. Въ окончательномъ счетѣ вопросъ этотъ разрѣшается судомъ по смыслу всего договора, доброй совѣсти и намѣренiи сторонъ [3])

Вѣритель обязанъ сдѣлать все, отъ него зависящее, для возможности наилучшаго исполненія со стороны должника, особенно въ такихъ случаяхъ, какъ передача правъ на вещи или требованіе по трудовымъ обязательствамъ.

Должникъ увѣдомляетъ вѣрителя объ исполненіи, если это представляется необходимымъ по свойству исполненія и есть основаніе думать, что кредиторъ объ исполненіи можетъ не знать. По предмету исполненія должникъ обязанъ доставить условленное во всемъ объемѣ, ничего не оставляя. Долевое исполненіе вѣритель вправѣ не принимать, какъ и не вправѣ долевого исполненія домогаться. Въ исключи-

---

[1]) См. обо всемъ этомъ рѣш. гражд. 1910 г. № 59, 1895 № 62, 1880 г. № 214, 1875 г. № 146. Опредѣленіе судебнаго Департамента отъ 31 января 1892 г. въ сборникѣ А. Добровольскаго „Практика“, кн. 2, стр. 295 сл., X т. I ч. Полож. о казенныхъ подр. и поставкахъ, ст. 216, п. 8

[2]) Рѣш. гражд. 1913 г. № 37.

[3]) Пр. ОП., ст. 79, абз. 2, BGB, § 320, Abs. 2. Рѣш. гражд. 1913 г. № 2: „Контрагентъ, принявшій часть исполненія послѣ срока заказа, можетъ отказаться отъ принятія остальной его части, исполненный ей болѣе поздній срокъ, но онъ долженъ доказать при этомъ, что такое запоздалое исполненіе не представляетъ уже никакого интереса для заказчика“.

тельныхъ обстоятельствахъ допускается въ пользу должника разсрочка денежнаго требованія (мораторіумъ, вексель).

Вѣритель воленъ принять часть и въ то же время требовать немедленнаго исполненія остального. Предоставленное у насъ мировому судьѣ право разсрочки должникамъ [1]) имѣетъ въ виду споспѣшествовать примирительнымъ его задачамъ и въ настоящее время является въ нѣкоторомъ родѣ пережиткомъ, стоящимъ одиноко въ нашей правовой системѣ. Обязанность вѣрителя принять частичную уплату по векселю объясняется исключительнымъ характеромъ векселя, съ большимъ количествомъ отвѣтственныхъ лицъ, положеніе которыхъ законъ желаетъ по возможности облегчить принятіемъ отъ должника и части долга. По всѣмъ обязательствамъ не вексельнымъ вѣритель вправѣ отклонить частичное исполненіе, не обусловленное въ договорѣ, развѣ бы недостающая часть была сравнительно весьма незначительна. Также не обязанъ вѣритель принять часть, когда другая часть не признается: должникъ не имѣетъ права настаивать, чтобы вѣритель принялъ безспорную долю, выжидая разрѣшенія судомъ судьбы спорной [2]).

Въ прежнее время въ Европѣ судамъ давалось широкое право разсрочки уплаты. Это оставило слѣды во французскомъ законѣ, предоставляющемъ суду во вниманіе къ положенію должника и „съ крайней осмотрительностью“ назначать для платежа умѣренные сроки [3]). Отказъ отъ этого принципа въ большинствѣ странъ Запада вызванъ былъ данными опыта, засвидѣтельствовавшими трудность для суда найти твердый критерій при разсрочкахъ, а также тѣмъ, что снисхожденіе къ положенію одной изъ сторонъ въ обязательствѣ и отягощеніе другой вызываетъ нежелательное неравенство какъ въ отношеніи родовъ обязательствъ, такъ и въ отношеніи лицъ, участниковъ обязательствъ [4]). Тѣмъ не менѣе въ послѣднее время, въ связи съ общимъ кризисомъ и измѣненіемъ валютъ, явилась тенденція вернуть суду это право. Въ Литвѣ, согласно закону о платежѣ новыми деньгами, судъ вправѣ давать должнику разсрочку по уплатамъ старыхъ долговъ. Но все же и этотъ

---

[1]) Ст. 136 Уст. Гражд. Судопр.

[2]) См. BGB, § 266. Contra Schw, OR., Art. 69, Abs. 1, дающее право на полное требованіе только тогда, когда все обязательство безспорно (feststeht). На этой послѣдней точкѣ зрѣнія стояло и старое Германское право. См. Von Tuhr, cit., S. 420.

[3]) Code civil, Код. Нап., 1244.

[4]) См. Пр. Гр. Ул., Объясненія, V., т. I, 1899 г., стр. 193.

законъ носитъ исключительный специфическій характеръ. Исполненіе по частямъ допускается при принудительномъ взысканіи съ должника по судебному рѣшенію.

Вѣритель вправѣ отклонить исполненіе, когда ему дается другой предметъ, хотя бы вполнѣ сходный съ обѣщаннымъ или даже лучшій. Онъ не обязанъ доказывать интересъ именно въ условленномъ объектѣ. Съ другой стороны, и самъ вѣритель не вправѣ притязать на другой предметъ, ссылаясь на выгодность этого для должника. Такъ, работодатель не можетъ требовать отъ работника погашенія денежнаго долга работою, а не взносомъ денегъ [1]). Если съ согласія вѣрителя должникъ возьмется предоставить ему другой предметъ, обязательство считается исполненнымъ: datio in solutum. При обсужденіи свойства и качества новаго предмета принимается во вниманіе моментъ соглашенія о замѣнѣ. Этимъ новымъ объектомъ могутъ быть вещи, обязательства, освобожденіе отъ долга и пр. Въ случаѣ заявленія на новый предметъ притязаній съ чьей-либо стороны или же если онъ окажется потомъ негоднымъ, обязательство все же не возстанавливается; гарантіи третьихъ лицъ поручительство и т. п. отпадаютъ разъ навсегда, вѣрителю же остается право на возмѣщеніе вреда со стороны должника, по общимъ началамъ. Такимъ новымъ предметомъ бываетъ и право пользованія,—напр. передается временно лошадь, процентныя бумаги для полученія дохода въ погашеніе долга. Въ такомъ случаѣ обязательство считается исполненнымъ не въ моментъ передачи, а при полученіи полнаго удовлетворенія съ переданнаго предмета. Вѣритель имѣетъ на такой предметъ, до удовлетворенія своей претензіи, право, аналогичное закладу, исключающее притязанія другихъ, и не обязанъ выдать этотъ предметъ по принудительнымъ взысканіямъ кредиторовъ должника. Таковъ взглядъ нашей практики.

Уплата процентовъ входитъ въ самое обязательство и является дополнительнымъ, „принадлежностнымъ“ исполненіемъ [2]). Проценты причитаются вѣрителю на слѣдуемыя ему денежныя суммы либо согласно договора (договорные проценты) либо согласно закона (законные проценты). Когда ни договоръ ни законъ этого права не устанавливаютъ, притязаніе на проценты не существуетъ. Нельзя выводить это право изъ производившейся въ теченіе нѣкотораго времени упла-

[1]) Рѣш. гражд. 1873 г. № 930.

[2]) Рѣш. гражд. 1873 г. № 1602. Contra составители Пр. Гр. Ул., стремящіеся придать процентамъ значеніе какого-то „самостоятельнаго“ обязательства, Объясненія, V, т. 1, 1899 г., стр. 208.

ты процентовъ, какъ то дѣлаетъ Св. Приб.[1]). Должникъ только тогда можетъ предложить уплату капитала безъ процентовъ, если ихъ не причитается, иначе кредиторъ вправѣ отказаться. Болѣе подробныя правила о процентахъ касаются ученія о займѣ[2]).

Предметъ доставленія передается вѣрителю, развѣ бы изъ договора или закона вытекала передача третьему лицу. Вѣритель долженъ быть надлежащій, т. е. правоспособное лицо или его представитель либо, законный представитель недѣеспособнаго лица либо органъ юридическаго лица. Иначе должникъ вынужденъ будетъ вторично исполнить. Wer falsch zahlt, zahlt zweimal.

При неправильномъ въ отношеніи лица исполненіи, т. е. при доставленіи, совершенномъ по адресу неуправомоченнаго субъекта, должникъ свободенъ отъ какихъ-либо притязаній, если докажетъ, что въ этой неправильности былъ совиновникомъ самъ вѣритель. По справедливому заключенію юристовъ, было бы нарушеніемъ принциповъ доброй совѣсти, если бы вѣритель, вовлекшій должника на путь неправильнаго исполненія, затѣмъ домогался вторичнаго исполненія.

Въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ произведенное bona fide исполненіе путативному кредитору, если для такого исполненія имѣлось объективное основаніе, освобождаетъ отъ обязательства, хотя бы потомъ оказалось, что это—постороннее лицо, напр.: уплата мнимому наслѣднику.

Иногда управомоченнымъ на полученіе исполненія является другое лицо, не первоначальный участникъ обязательства, напр. при цессіи обязательства. Вѣрителю предоставляется указать какое-либо лицо, которому должникъ вправѣ доставить исполненіе. Этому лицу можетъ быть дано право оставить предметъ исполненія въ свою пользу. Въ такомъ случаѣ имѣются отношенія, напоминающія договоры въ пользу третьихъ лицъ, съ той разницей, что въ договорѣ въ пользу третьихъ лицъ послѣднія являются участниками договора съ самого начала, чего нѣтъ при исполненіи третьему лицу. Должникъ не властенъ отказать законному представителю довѣрителя—опекуну, органу юридическаго лица, но вправѣ отказать добровольно избран-

---

[1]) Ст. 3413. Впрочемъ, и здѣсь нѣкоторые усматриваютъ не „возникновеніе процентовъ“, а лишь доказательство въ процессѣ (признаніе): Эрдманъ, Обязательственное право губерній Прибалтійскихъ, 1908 г., стр. 310. Ср. ст. 3668.

[2]) См. о процентахъ Пр. ОП., ст. 103 и сл., Schweiz. OR. Art. 85, Abs. 1.

ному представителю вѣрителя, если отъ этого обязанность должника затрудняется. Существуетъ контраверза о томъ, обязанъ ли должникъ подчиниться указанію вѣрителя относительно полученія исполненія другимъ лицомъ — Anweisung auf Schuld. Эту обязанность признаетъ Schw. OR.,[1]) и отрицаетъ BGB [2]). Очевидно, вопросъ и тутъ рѣшается въ зависимости отъ того, ухудшается ли положеніе должника отъ Anweisung или не ухудшается: во второмъ случаѣ нѣтъ основанія должнику отказываться, въ первомъ, т. е. при ухудшеніи, онъ можетъ отклонить такой способъ исполненія. Третьимъ лицомъ, избраннымъ со стороны вѣрителя для полученія исполненія, фигурируетъ часто экспедиціонная контора, банкъ и пр. — Zahlstelle, solutions sausa adjectus.

Должникъ вправѣ исполнить черезъ представителя и служащихъ, или даже черезъ постороннее лицо, если существо обязательства не требуетъ личнаго исполненія. Въ такихъ договорахъ, какъ личный наемъ, приглашеніе адвоката, врача, архитектора самовольная замѣна исполнителя не допустима: si duo faciunt idem, non est idem. Но кто произведетъ уплату цѣны за купленную вещь, продавцу безразлично—, это можетъ сдѣлать любой банкъ (аккредитивъ). Однако при исполненіи третьимъ, постороннимъ, самъ должникъ можетъ протестовать, и вѣритель, не входя въ такомъ случаѣ въ обсужденіе интереса должника—таковой можетъ быть и нематеріальный—обязывается отклонить предложенное исполненіе [3]). По прежнему праву должникъ вправѣ

---

[1]) Art. 468, Abs. 2.

[2]) § 787.

[3]) Это вытекаетъ изъ общихъ началъ справедливости. См. Пр. ОП., ст. 84 Абз. 2, BGB § 267, Abs 2, contra Приб. Сводъ, ст. 3847: удовлетвореніе если предметъ требованія простирается не на личныя дѣйствія „можетъ быть производимо, вмѣсто должника, даже безъ его вѣдома и противъ его воли, постороннимъ лицомъ". Пр. ОП. даетъ право вѣрителю отклонить исполненіе въ данномъ случаѣ также тогда, „если постороннее лицо требуетъ уступки ему вѣрителемъ его требованія". Нововведеніе неудачное. Самыя соображенія редакторовъ перваго проекта по этому предмету принципіально неубѣдительны. Такъ, они разсуждаютъ: „Только такое исполненіе обязательства третьимъ лицомъ вмѣсто должника заслуживаетъ поощренія, которое вызывается нравственными побужденіями, а именно принятіемъ третьимъ лицомъ участія въ должникѣ, находящемся въ стѣснительномъ положеніи. Доказательствомъ же того, что исполненіе

былъ исполнить кредитору вѣрителя, безъ какихъ-либо ограниченій. Нѣкоторыя законодательства, какъ французское, даютъ кредиторамъ право требовать исполненія въ свою пользу отъ должниковъ своего должника. Это — одно изъ средствъ борьбы съ недобросовѣстнымъ должникомъ, который не желалъ бы требовать отъ своего должника, зная заранѣе, что выгоды пойдутъ кредиторамъ [1]). Однако такой принципъ не усвоенъ новѣйшимъ правомъ, и, повидимому, не безъ основанія. Легализація подобной принудительной замѣны была бы чрезмѣрнымъ вмѣшательствомъ въ гражданско-правовую сферу вѣрителя. Это допустимо только тогда, когда вѣритель признанъ несостоятельнымъ должникомъ. Могутъ быть исключительные случаи, когда должникъ имѣетъ законный интересъ и право уплатить вмѣсто вѣрителя его кредитору. Трудно не согласиться съ тѣмъ, что когда за неплатежъ аренды желаютъ выселить нанимателя вмѣстѣ съ сублокаторомъ, послѣдній вправѣ погасить домовладѣльческую претензію деньгами, слѣдуемыми съ него нанимателю,—противъ воли послѣдняго, — и освободиться такимъ образомъ отъ принудительнаго удаленія. Вообще, постороннее лицо, рискующее лишиться своего права вслѣдствіе какого-либо взысканія съ его вѣрителя, вправѣ удовлетворить взыскателя. Подобное вмѣшательство третьяго лица—исполненіе pro invito—можетъ произойти и по другому основанію, иногда не менѣе серьезнаго характера, чѣмъ опасность лишенія имущества и права. Таковъ взносъ срочнаго платежа банку, для предотвращенія публичной продажи, родственникомъ умершаго должника „въ видахъ охраненія чести и имущества близкаго лица“ [2]).

производится третьимъ лицомъ изъ такихъ побужденій, можетъ служить лишь то обстоятельство, что производящимъ это исполненіе лицомъ не требуется уступки принадлежащаго вѣрителю требованія“ (Пр. Гр. Ул., Объясненія, V, т. I, 1899, стр. 163). Между тѣмъ такое исполненіе третьяго лица часто производится по другимъ основаніямъ, также заслуживающимъ вниманія, напр., для спасенія чести клуба или общества, членъ котораго не платитъ долга. Здѣсь требованіе уступки претензіи никто не призналъ бы неумѣстнымъ. Впрочемъ, такое требованіе даже въ приведенномъ редакторами проекта примѣрѣ едва ли заключаетъ въ себѣ что либо недостойное.

[1]) Пр. ОП., ст. 85, BGB, § 268.

[2]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 339. Ср. Code Civil, Код. Нап., гдѣ установлено весьма широкое (пожалуй, даже слишкомъ широкое) право исполненія обязательства каждой заинтересованной въ немъ личностью“ и даже третьимъ лицомъ“, не „имѣющимъ въ немъ интереса“, 1236. По этому пути идетъ и Бразильское Гражд. Улож. 1 января 1916 г., стт. 930 и 931, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

Когда третье лицо, исполнившее за должника, заявитъ претензію на передачу ему права требованія, мы имѣемъ дѣло съ суброгаціей. Суброгація основывается на регрессѣ и черпаетъ силу въ общихъ нормахъ о возвратѣ неосновательнаго обогащенія, съ той разницей, что при суброгаціи нѣтъ надобности доказывать обогащеніе, а достаточно ссылаться на фактъ исполненія. Должникъ вправѣ возражать противъ суброгаціи, если исполненіе третьимъ лицомъ имѣло мѣсто вслѣдствіе полученія послѣднимъ эквивалента, по какой-либо обязанности или моральному долгу. Суброгація происходитъ путемъ соглашенія вѣрителя съ должникомъ или даже черезъ одно заявленіе должника вѣрителю. Такое заявленіе должно быть сдѣлано должникомъ не позже момента исполненія, въ цѣляхъ сохраненія такихъ дополнительныхъ обязательствъ, какъ поручительство, залогъ, не говоря уже о томъ, что подобное заявленіе послѣ ликвидаціи правоотношеній является вообще запоздалымъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ суброгація вытекаетъ изъ самого закона. Швейц. законъ признаетъ ее за третьимъ лицомъ, удовлетворившимъ кредитора, „wenn er (третье лицо) eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an der ihm das Eigentum oder ein beschraenktes dingliches Recht zusteht". Пр. ОП. даетъ возможность вступить въ права вѣрителя постороннему лицу, удовлетворившему вѣрителя при обращеніи взысканія на имущество, въ которомъ этому третьему лицу принадлежитъ право [1]). Дѣйствующее наше право о суброгаціи не упоминаетъ, судебная практика ея не признаетъ и не можетъ признать за отсутствіемъ закона. De lege ferenda необходимо и у насъ утвердить право третьяго лица на уступку ему требованія (обязательная цессія) въ случаѣ вынужденнаго создавшимся положеніемъ, угрожающимъ его праву, или какимъ-либо другимъ существенно-важнымъ обстоятельствомъ доставленія (уплаты), совершеннаго третьимъ лицомъ вѣрителю.

Исполненіемъ ликвидируется обязательственное отношеніе. Если обязательствъ нѣсколько и данное доставленіе можетъ быть обращено на покрытіе любого изъ нихъ, должникъ долженъ указать, какое именно обязательство онъ желаетъ ликвидировать. При отсутствіи такого указанія вѣритель произведетъ покрытіе по своему выбору, въ предположеніи, что для должника это безразлично. Когда же возникаетъ споръ, онъ разрѣшается на основаніи того принципа, что должнику, производящему дѣйствіе, въ данномъ случаѣ исполненіе, естественно добиваться всѣхъ выгодъ, которыя могутъ быть извлечены изъ

[1]) Ст. 85. Schw. OR, Art. 110, Abs. I, BGB, § 268, Abs. 3.

этого дѣйствія. Разрѣшать сомнѣнія въ данномъ случаѣ въ пользу должника, а не вѣрителя, соотвѣтствуетъ правно-политическимъ задачамъ поощрять исполненіе обязательствъ. Такимъ образомъ считается погашеннымъ прежде всего обязательство, подлежащее исполненію раньше, долгъ съ болѣе раннимъ срокомъ Во вторую очередь идетъ обязательство менѣе обезпеченное, затѣмъ обязательство болѣе обременительное, наконецъ старѣйшее по времени возникновенія. При полномъ, абсолютномъ равенствѣ требованій (долговъ), что бываетъ сравнительно рѣдко, каждое изъ нихъ погашается въ соотвѣтственной части, сообразно суммѣ претензіи [1]).

Обременительность требованія обсуждается съ точки зрѣнія положенія самаго должника, а не третьихъ лицъ. Такъ, имѣетъ преимущество, ceteris peribus, долгъ, взыскиваемый судомъ, долгъ съ неустойкой и пр. Но долгъ, обезпеченный поручительствомъ, подобной привилегіей не пользуется,—хотя это и оспаривается. Въ соображенія должника отстаиваніе интересовъ поручителя можетъ и не входить, а требовать отъ вѣрителя освобождать поручителя безъ достаточнаго основанія также несправедливо. При погашеніи по долгу, образующему капиталъ съ процентами, уплачиваемая сумма—недостаточная—, при сомнѣніи, обращается прежде всего на погашеніе процентовъ. Это не исключеніе изъ приведеннаго правила, такъ какъ здѣсь обязательство одно, а не два или нѣсколько [2]). Само же преимущество, отдаваемое процентамъ, объясняется сущностью процентнаго займа, имѣющаго въ виду доходное помѣщеніе капитала. При иномъ порядкѣ должникъ могъ бы все время погашать капиталъ, оставляя проценты, что было бы тѣмъ болѣе несправедливо въ отношеніи вѣрителя, что законъ воспрещаетъ ему взиманіе сложныхъ процентовъ.

Въ случаѣ спора фактъ исполненія обязанъ доказать должникъ. Имѣя въ виду эту надобность, должникъ при исполненіи можетъ тре-

[1]) BGB, § 366, Code Civil, Код. Нап., 1256, Schw ZGB., Art. 88. Čecho-Slov., § 1416. По Пр. ОП., ст. 108, платежъ въ случаѣ невозможности опредѣлить, къ какому долгу онъ относится, зачисляется прежде всего въ погашеніе того долга, который подлежитъ уплатѣ раньше другихъ, а если нѣсколько долговъ подлежатъ уплатѣ въ одно время, то—долга менѣе другихъ обезпеченнаго; если всѣ долги обезпечены одинаково, то—болѣе обременительнаго для должника, при одинаковой же обременительности долговъ—старѣйшаго по времени возникновенія и, наконецъ, при одновременномъ возникновеніи всѣхъ долговъ—въ погашеніе каждаго изъ нихъ по соразмѣрности.

[2]) См. Пр. Гр. Ул., Объясненія кн. V, т. 1, 1899, стр. 215.

бовать Zug um Zug квитанцію – росписку, будучи вправѣ до полученія ея не исполнять. Квитанція должна быть соотвѣтственнаго содержанія съ нотаріальнымъ, въ случаѣ надобности, удостовѣреніемъ. Вправѣ должникъ требовать также возвращенія документа, заключающаго его обязательство—Schuldschein—въ виду возможности утери квитанціи. Если вѣритель утверждаетъ, что документъ пропалъ, должникъ ограничивается полученіемъ отъ него соотвѣтствующаго письменнаго подтвержденія. Должникъ, исполнившій безъ истребованія квитанціи и Schuldschein, не можетъ уже затѣмъ претендовать въ чемъ-либо къ кредитору (ликвидированное дѣло) и ужъ, конечно, не вправѣ домогаться возврата даннаго въ исполненіе [1]). Предположенія, вытекающія изъ внѣшняго вида документа, серьезнаго значенія не имѣютъ. Надорванный документъ презумпціей уплаты не считается, развѣ бы на то существовалъ спеціальный обычай. Бумага рвется случайно, склеивается; дѣлать изъ этого какія-либо серьезные юридическіе выводы совершенно невозможно. Какъ указано Сенатомъ, для исковъ по изорваннымъ или надорваннымъ документамъ не можетъ быть установлено общее правило въ смыслѣ возложенія на истца или отвѣтчика onus probandi, а судъ долженъ самъ установить, имѣется ли случайная порча документа или же документъ нарочно испорченъ въ результатѣ уплаты [2]). Напротивъ, играютъ роль въ правовомъ обиходѣ такія презумпціи, какъ предположеніе уплаты за прежніе сроки, если выдана росписка въ полученіи на позднѣйшій срокъ, предположеніе произведенной уплаты за купленное въ наличный разсчетъ, если вещь фактически передана покупщику, предположеніе своевременности платежа по договору, если въ платежной квитанціи не обозначено даты уплаты,—и многія другія предположенія, выработанныя теоріей и практикой. Нельзя однако идти слишкомъ далеко въ этомъ отношеніи и признавать, наприм., какъ то дѣлаютъ нѣкоторые [3]), что когда дана квитанція въ уплатѣ капитала, то презюмируется, что уплочены и слѣ-

---

[1]) По векселю, чеку, цѣннымъ бумагамъ и другимъ подобнымъ документамъ исполненіе производится въ обмѣнъ на самый документъ, ибо должникъ иначе рискуетъ вторымъ платежемъ. При невручении такого документа уплатившій вправѣ домогаться либо отдачи документа либо возврата уплоченнаго.

[2]) Рѣш. гражд. 1884 № 119, 1876 г. № 111, 1871 г. № 1140, 1869 № 35.

[3]) Tuhr, cit. 440, также Schw. OR., Art. 89.

дуемые проценты. Вѣритель получаетъ то, что вноситъ должникъ, но въ этомъ нѣтъ намѣренія отказаться отъ остального. Если вѣритель не считаетъ нужнымъ протестовать и дѣлать Vorbehalt, почему онъ долженъ лишиться своего права? Для этого нѣтъ достаточнаго основанія,—во всякомъ случаѣ, на почвѣ нашей дѣйствительности.

Время и мѣсто исполненія.

Желая отдалить время исполненія, по соображеніямъ хозяйственнаго или иного свойства, стороны устанавливаютъ сроки. Послѣдніе исчисляются обыкновенно по календарю. Но они могутъ исчисляться также по какому-либо другому признаку, въ зависимости отъ обстоятельства, которое непремѣнно произойдетъ [1]). При этомъ бываетъ такъ, что либо достовѣрно, когда, именно, настанетъ обстоятельство (совершеннолѣтіе)—dies certus an et quando—либо моментъ его наступленія не извѣстенъ точно, напр., если это юбилейное празднество, день котораго еще не фиксированъ окончательно (dies certus an incertus quando).

Все это сроки, отличающіеся отъ условія тѣмъ, что въ послѣднемъ предполагается неизвѣстность самого наступленія событія. Кромѣ срока договорнаго можетъ быть срокъ легальный, указываемый закономъ. Возможенъ также срокъ, который по требованію договора или закона одна сторона даетъ другой для исполненія обязательства—Kündigungsfrist. При отсутствіи указанія на срокъ обязательство должно быть исполнено немедленно. Однако контрагентъ обязывается, соблюдая уважительный интересъ противника, требовать въ удобное для него время и въ случаѣ надобности выждать извѣстный періодъ (не врываться къ противнику въ квартиру „вмѣстѣ съ дверьми“). Часто стороны указываютъ срокъ приблизительно или въ неопредѣленныхъ выраженіяхъ („въ скорости“). Суду приходится тогда восполнять это обозначеніе фиксированіемъ справедливаго момента исполненія. Въ частности, выраженіе „исполнить по возможности“ является ли срокомъ или это означаетъ условіе, т. е. поставленіе исполненія въ зависимость отъ наличности у должника экономическихъ и иныхъ средствъ къ исполненію? Представляется правильнымъ разрѣшать этотъ вопросъ по содержанію обязательства. Если констатируется прямое намѣреніе отложить исполненіе до полученія должникомъ „возможности“, то обя-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 47.

зательство fäl ig не ранѣе наступленія таковой, какъ обязательство условное, а въ случаѣ смерти должника до этого отпадаетъ совершенно. Когда же имѣется въ виду только справедливое ожиданіе въ виду временной затруднительности должника, то это обычный полуопредѣленный срокъ, продолжительность котораго устанавливаетъ судъ по конкретнымъ даннымъ.

Срокъ преслѣдуетъ интересы либо обѣихъ сторонъ, либо одной, чаще всего должника. Diei adiectio in dubio pro reo est—въ случаяхъ сомнѣнія предполагается, что срокъ установленъ для пользы должника.

Когда срокомъ имѣется въ виду обезпечить только вѣрителя, послѣдній властенъ требовать и ранѣе срока. Въ противномъ случаѣ, т. е. при срокѣ, установленномъ для должника, вѣритель вправѣ требовать только тогда, если должникъ обязался представить обезпеченіе,— гарантію, поручительство, залогъ,—и этого не сдѣлалъ. Такой результатъ особо оговаривается нѣкоторыми законодательствами [1]). Но онъ разумѣется самъ собою, такъ какъ въ этомъ случаѣ должникъ не выполнилъ условія. Такъ какъ срокъ разсчитанъ на довѣріе къ должнику, то съ объявленіемъ должника несостоятельнымъ, сроки по всѣмъ его обязательствамъ считаются наступившими, хотя бы въ дѣйствительности время исполненія еще не пришло. Этимъ дается всѣмъ кредиторамъ одинаковая возможность получить соразмѣрное удовлетвореніе [2]).

Должникъ, при срокѣ, установленномъ исключительно въ его интересахъ, можетъ до наступленія такового исполнять или не исполнять, по своему желанію. Но, исполняя до срока, онъ не управомоченъ требовать скидокъ, исключенія учетныхъ процентовъ. Вопросъ объ учетѣ процентовъ предоставляется добровольному соглашенію сторонъ. Какъ указываютъ редакторы Пр. Гр. Ул., „въ нашихъ кредитныхъ установленіяхъ даже и долгосрочные процентные займы дозволяется уплачивать до срока, по усмотрѣнію заемщиковъ, съ процентами лишь за истекшее время“ [3]). Въ обычномъ договорѣ процентнаго займа долж-

[1]) Пр. ОП, ст. 94, Code civil, Код. Нап., 1188.

[2]) Уст. Судопр. Торг., ст. 412. Но это не распространяется на долги съ вещнымъ обезпеченіемъ — закладныя, — имѣющія самостоятельный источникъ удовлетворенія. Даже такой вещный кредиторъ, которому принадлежитъ право довзысканія съ остального, кромѣ обезпечительнаго, имущества дебитора, обязанъ выждать наступленія срока своей претензіи къ объявленному несостоятельнымъ должнику, ибо право довзысканія является не срочнымъ, а условнымъ правомъ.

[3]) Кн. V, I, 1899, стр. 188.

никъ не можетъ преждевременно вернуть занятую сумму, развѣ бы условленные проценты превышали опредѣленную, закономъ установленную норму. Проценты—это интересъ вѣрителя въ займѣ, срокъ въ процентномъ займѣ касается и вѣрителя, но если они выше извѣстнаго предѣла, предпочтеніе отдается правамъ должника [1]).

При наличности срока приходится взвѣсить, является ли онъ рѣшительнымъ, т. е. имѣющимъ въ виду доставленіе только къ опредѣленному моменту, или же онъ носитъ характеръ указанія предѣла, за которымъ начинается несвоевременность исполненія. Въ первомъ случаѣ по истеченіи срока участники вправѣ считать обязательство отпавшимъ (обязательство адвоката выступить по дѣлу въ судѣ въ такой-то день). Во второмъ—исполненіе можетъ имѣть мѣсто и послѣ срока, съ соотвѣтствующимъ возмѣщеніемъ вреда по общимъ правиламъ и съ другими законными послѣдствіями. Это различіе порою выражается въ договорѣ expressis verbis, порою косвенно подразумѣвается изъ его содержанія и свойствъ.

Срокъ обязательствъ подвергается измѣненіямъ (продолжается) при посредствѣ мораторіумовъ, имѣющихъ въ виду общее благо и охрану правопорядка въ опредѣленныя эпохи того или иного сильнаго потрясенія оборота вслѣдствіе войны, революціи, стихійныхъ бѣдствій [2]). Назначеніе администраціи по дѣламъ неоплатнаго должника влечетъ для кредиторовъ необходимость отсрочки своихъ претензій [3]), что объ-

---

[1]) X т. I ч., ст. 2023: „По займамъ, по которымъ условленное вознагражденіе за пользованіе капиталомъ превышаетъ ростъ узаконенный, должникъ имѣетъ право во всякое время, спустя шесть мѣсяцевъ по заключеніи займа, возвратить занятый капиталъ, съ тѣмъ однако, чтобы заимодавецъ былъ письменно предупрежденъ объ этомъ не менѣе, какъ за три мѣсяца". Пр. ОП., ст. 380, цѣликомъ воспроизводитъ эту норму.

[2]) Мораторіумъ былъ данъ въ Россіи въ 1905-1906 г. по случаю народныхъ волненій, въ 1910 г. въ Могилевѣ по случаю пожара, въ 1914 г. въ связи съ начавшейся войной.—Мораторіумъ частный, т. е. спеціально для даннаго лица—Specialindult —, въ настоящее время невозможенъ, какъ противорѣчащій Конституціи (§ 11 Lietuvos Konstitucijos). Судебные мораторіумы, раньше фигурировавшіе въ кодексахъ, какъ льготы для должника, равносильные спеціальнымъ мораторіумамъ,но даваемые не властью, а судомъ, нынѣ свелись почти исключительно къ судебной разсрочкѣ присужденнаго взысканія. Въ Россіи въ

[3]) Уст. Судопр. Торг., ст. 392, 395 сл.

ясняется желаніемъ закона дать должнику, угрожаемому по несостоятельности, возможность возстановить свои дѣла при содѣйствіи кредиторовъ и на пользу имъ.

Исполнивъ сознательно до срока свое обязательство. должникъ не вправѣ, конечно, домогаться обратно доставленнаго (volenti non fit injuria). Но можетъ ли онъ это дѣлать, если не зналъ о ненаступленіи срока? Предоставленіе ему такого права было бы отягощеніемъ неповиннаго вѣрителя, поэтому поставленный вопросъ рѣшается скорѣе отрицательно. Исполненіе ранѣе наступленія срока, по какой-бы причинѣ оно ни произошло, не даетъ должнику права на возвратъ [1]). Развѣ бы вѣритель допустилъ при этомъ неправильныя дѣйствія, вовлекшія должника въ такое преждевременное исполненіе

Надлежащее м ѣ с т о исполненія обязательства есть мѣсто, которое имѣли въ виду стороны. Это мѣсто либо прямо значится въ договорѣ либо указывается существомъ обязательства. Часто мѣсто заключенія

1916 г. судамъ было дано общее право отсрочивать или разсрачивать исполненіе обязательствъ, Синайскій, Основы Гражд. права, стр. 174. Генеральные мораторіумы давались на Западѣ съ самыхъ древнихъ временъ. Первый такой мораторіумъ былъ обнародованъ Юстиніаномъ по завоеваніи Италіи, затѣмъ извѣстенъ мораторій во Франціи въ XII в. противъ ростовщиковъ. Мораторіумы объявлялись послѣ 30-ти лѣтней войны въ XVII в., послѣ Тильзитскаго мира 1807 г, во Франціи во время войны 1870—1871 г., въ Австріи въ 1811 г. въ связи съ денежной реформой. Во время послѣдней войны мораторіумы объявлены были во всѣхъ почти воюющихъ государствахъ, кромѣ Германіи, и даже въ нѣкоторыхъ нейтральныхъ странахъ. Въ Литвѣ 17 ноября 1919 г. банкамъ и кредитнымъ установленіямъ „для облегчанія имъ возможности возобновить свою дѣятельность“ данъ былъ шестимѣсячный мораторіумъ по уплатамъ вкладовъ. Въ то же время предоставлено было судамъ давать по векселямъ и инымъ обязательствамъ такой же шестимѣсячный мораторіумъ должникамъ, по своему усмотрѣнію, „въ исключительныхъ случаяхъ“, когда окажется, что должникъ не въ состояніи сейчасъ же уплатить по сложившимся обстоятельствамъ: Įstatymas apie moratoriumą, Vyr. Žin., 1919 № 16.—До войны противъ мораторіумовъ появилось весьма сильное теченіе, въ виду того, что они добросовѣстнымъ должникамъ весьма мало полезны, вѣрителей сильно раздражаютъ и въ общемъ вредны для кредита, но война показала наибѣжность ихъ въ извѣстныхъ предѣлахъ. См. объ этомъ Elster, Moratorium въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, L. 8, S. 125.

[1]) Пр. ОП., ст. 96, BGB, § 813, Abs. 2.

обязательства и есть мѣсто его исполненія, но можетъ быть и иначе. На случай отсутствія указаній въ договорѣ законъ самъ опредѣляетъ мѣсто исполненія.

Мѣсто исполненія—Leistungsort—не всегда тождественно съ мѣстомъ доставки условленныхъ предметовъ—Erfüllungsort. Первое есть мѣсто осуществленія самого обязательства. Должникъ въ Ригѣ можетъ обязаться выдать партію вещей, подлежащую въ Ригѣ осмотру и принятію, а самыя вещи доставить за свой счетъ или за счетъ должника въ Шавли: Рига—мѣсто исполненія, Шавли—мѣсто доставки. Совпадаетъ ли въ отдѣльномъ случаѣ мѣсто исполненія и мѣсто доставки или же ихъ слѣдуетъ различать—это вопросъ факта.

Съ мѣстомъ исполненія связываются крупныя юридическія послѣдствія: право—и дѣеспособность участниковъ, подсудность, примѣненіе разногосударственныхъ и разномѣстныхъ законовъ, а также и обычаевъ etc. По общему правилу, усвоенному вначалѣ французскимъ правомъ, а затѣмъ и практикой другихъ государствъ, въ томъ числѣ и нашей, при сомнѣніи, мѣстомъ исполненія считается мѣсто жительства должника. Это вытекаетъ не изъ того, что въ случаѣ спора интересы обязаннаго должны доминировать, а изъ предположенія, что по мѣсту жительства должника, гдѣ находятся обыкновенно предметы и средства исполненія, легче и лучше опредѣлить ихъ значеніе и свойства, мѣстопребываніе же вѣрителя имѣетъ часто лишь случайный характеръ. За исходный моментъ принимаютъ обыкновенно мѣстожительство должника во время заключенія обязательства, позднѣйшія измѣненія исключаются изъ вниманія. Такимъ образомъ можетъ получиться несоотвѣтствіе между мѣстомъ исполненія по жительству должника и судебнымъ форумомъ, который совпадаетъ съ мѣстомъ послѣдняго жительства должника. Основательнѣе, при выборѣ, руководствоваться мѣстожительствомъ въ моментъ не заключенія, а исполненія договора. Коль скоро должникъ переселился, съ нимъ перемѣстились и предметы и средства исполненія, а прежнее пребываніе его теряетъ свое юридическое значеніе. При выборѣ. надо отдать предпочтеніе мѣстожительству должника въ моментъ исполненія, но такъ какъ должникъ можетъ произвольно переѣзжать съ мѣста на мѣсто, то вѣрителю должно быть предоставлено право отыскивать интересъ и ущербъ отъ перемѣны должникомъ своего прежняго жительства.

Въ мѣстѣ исполненія не должникъ обязанъ явиться къ вѣрителю, а послѣдній долженъ притти къ должнику за полученіемъ—Holschulden. Исключеніе дѣлается для денежныхъ уплатъ: ихъ должникъ обязанъ

доставить по мѣсту жительства вѣрителя—Bringschulden [1]). Все это и справедливо и гармонируетъ съ обычаями. По разъясненію Сената, мѣстомъ исполненія договора, когда исполненіе это заключается во взносѣ извѣстной суммы, надлежитъ признавать мѣсто „пребыванія лица, которому сумма должна быть уплочена, если между сторонами не послѣдовало по этому предмету другое соглашеніе“ [2]). По обязательствамъ изъ недвижимости исполненіе по самому существу должно совпадать съ мѣстонахожденіемъ таковой (купля—продажа земли). Въ томъ случаѣ, когда обязательство заключается въ передачѣ индивидуальнаго предмета, имѣющаго, стало быть, опредѣленное пребываніе, исполненіе должно произойти по мѣстонахожденію предмета [3]), опять-таки въ моментъ исполненія, съ указанной выше поправкой на перемѣну мѣста. Кромѣ того необходимо, чтобы участники при заключеніи обязательства знали, что вещь находится въ другомъ мѣстѣ. Иначе продавецъ могъ бы, когда она находится безъ вѣдома покупщика въ Америкѣ, ее тамъ предложить (von Tuhr). Всѣ эти нормы имѣютъ въ жизни только вспомогательное значеніе, ибо въ большинствѣ случаевъ мѣсто исполненія все же вытекаетъ изъ соглашенія и изъ всей обстановки обязательства.

Послѣдствія неисполненія по обязательствамъ.

Цѣль обязательства—исполненіе—не всегда достигается. Это происходитъ потому, что либо должникъ не производитъ слѣдуемаго съ него доставленія, либо со стороны вѣрителя встрѣчаются препятствія.

Что касается прежде всего препятствія со стороны вѣрителя, то оно заключается въ томъ, что изъ—за вѣрителя, его положенія, обстоятельствъ, связанныхъ съ его личностью, должникъ не въ состояніи свое-

---

[1]) И здѣсь нужно принимать во вниманіе мѣстожительство вѣрителя въ моментъ исполненія, съ той же оговоркой относительно возложенія на вѣрителя увеличившихся издержекъ доставки и другихъ послѣдствій въ случаѣ перемѣны имъ первоначальнаго мѣстожительства.

[2]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 835. Пр. ОП., ст. 90, абз. 2, BGB § 270, Code Civil, Код. Нап., 1247. Но это правило, въ свою очередь терпитъ исключеніе для платежа—(особаго рода)—по векселямъ, переводамъ, акціямъ, для уплатъ изъ государственныхъ и общественныхъ кассъ. См. Пр. Гр. Ул., Объясненія, V, т. I, 1899 г., стр. 182.

[3]) Шершеневичъ, Code Civil, Код. Нап., 1247, Handelsgesetzbuch, Art. 324, Abs. 2.

временно выполнить взятое на себя, несмотря на серьезное желаніе. Такое положеніе возникаетъ при отказѣ вѣрителя и всякаго рода его уклоненіяхъ. Довѣритель можетъ не принимать изъ побужденія получить лишніе проценты, вслѣдствіе отсутствія помѣщенія для отдаваемой вещи, по намѣренію не нести риска отъ существующей опасности, по невозможности принять исполняемое и пр. пр. Далѣе, сюда относится: неизвѣстность личности вѣрителя или его мѣстопребыванія, недѣеспособность его и отсутствіе законнаго представителя, а также основательное сомнѣніе относительно принадлежности права именно данному лицу изъ нѣсколькихъ претендующихъ на право по обязательству, т. е. создавшаяся неопредѣленность въ субъектѣ вѣрителя. По общему правилу, при невозможности исполненія по всѣмъ этимъ причинамъ—свойство ихъ въ данномъ случаѣ роли не играетъ—и вообще по обстоятельствамъ, лежащимъ въ лицѣ вѣрителя, должникъ освобождается отъ процентовъ, неустойки, отъ риска за пропажу вещи, но не отъ исполненія по обязательству. Послѣднее остается въ силѣ, развѣ бы обязательство заключалось въ такомъ доставленіи, которое и могло быть выполнено только въ назначенное время, а послѣ этого отпало само собой (убрать улицу къ пріѣзду иностранныхъ гостей). Если произошло отдѣленіе генерическихъ вещей, обязательство въ этомъ случаѣ превращается въ индивидуальное. Должникъ отвѣчаетъ только за умыселъ и грубую неосторожность. Въ договоры съ двустороннимъ доставленіемъ такая невиновная со стороны должника невозможность не лишаетъ его права требовать съ вѣрителя. Словомъ говоря, ни въ какомъ отношеніи положеніе должника не должно ухудшиться, если онъ добросовѣстно желалъ исполнить, но не могъ, потому что не было кому исполнить. Чтобы снять съ себя нареканія въ нежеланіи исполнить и обезпечить наилучшее доказательство своей невиновности, очутившійся передъ фактомъ такой неисправности вѣрителя должникъ можетъ внести предметъ исполненія въ депозитъ суда, насколько это вообще осуществимо по свойствамъ доставленія и характеру предмета исполненія, съ отнесеніемъ расходовъ по взносу на счетъ вѣрителя. Этотъ взносъ не есть обязанность и въ случаѣ спора должникъ можетъ иными способами, также свидѣтелями, доказывать невозможность исполненія по причинамъ, до вѣрителя относящимся. Это есть только „легчайшій способъ, которымъ должникъ можетъ удостовѣрить свою исправность[1])“.

---

[1]) Рѣш. гражд. 1874 г. № 302, см. также 1883 г. № 49, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922 г., стр. 263, Синайскій, Русское Гражд. право, в. 2, 1918, стр. 34, Schw. ⊙R., Art. 92.

Взносъ въ депозитъ не есть настоящее исполненіе, а будетъ таковымъ, когда вѣритель согласится принять внесенный въ судъ предметъ. Поэтому фактъ взноса не освобождаетъ поручителей, отвѣтственность которыхъ продолжается до погашенія обязательства. Судъ не провѣряетъ правильности взноса; такая провѣрка наступаетъ лишь впослѣдствіи, когда приходится имѣть сужденіе о виновности или невиновности должника въ неисполненіи или неисправномъ исполненіи обязательства. Только когда деньги вносятся въ погашеніе запрещенія на недвижимое имѣніе по закладнымъ, запрещеніе можетъ быть снято, ибо Старшій нотаріусъ, у котораго имѣется производство, самъ въ состояніи судить объ исполненіи [1]). Вносятся въ судъ, кромѣ наличныхъ денегъ, процентныя бумаги, документы и драгоцѣнныя вещи. Другіе предметы—не громоздкіе—могутъ быть также вносимы, если въ храненіи и сбереженіи ихъ нѣтъ особыхъ затрудненій. (О недвижимостяхъ, конечно, рѣчи не можетъ быть). Нѣкоторыя законодательства,—но не наше,—даютъ право помѣщать вносимыя въ депозитъ предметы на склады для храненія, такъ что различія между вещами громоздкими и негромоздкими по этимъ законодательствамъ вообще не дѣлается [2]).

Будучи суррогатомъ исполненія, взносъ въ депозитъ подчиняется правиламъ объ исполненіи что касается лицъ, времени и мѣста. Отсутствіе указанія на лицо можетъ быть только тогда, когда оно должнику неизвѣстно по основательнымъ причинамъ. Если мѣсто исполненія не обусловлено, не видно изъ содержанія обязательства, вообще неизвѣстно, должнику останется внести по мѣсту своего жительства [3]). Само собою разумѣется что по требованіямъ, обезпеченнымъ запрещеніемъ на недвижимое имущество взносъ производится по мѣсту нахожденія недвижимости. Вѣритель долженъ быть надлежащимъ образомъ оповѣщенъ о взносѣ [4]). Этого требуетъ добросовѣстность отношеній, ибо въ противномъ случаѣ вѣритель не въ состояніи былъ бы получить, въ случаѣ своего желанія и возможности. Но отсутствіе такого увѣдомленія не повредитъ должнику, если послѣднее оказалось невыполнимымъ по неизвѣстности вѣрителя, его мѣстонахожденія, или по другимъ заслуживающимъ вниманія обстоятельствамъ. Внесенное въ судъ должникъ вправѣ взять обратно, и

---

[1]) Ст. 1651 X т. ч. 1, рѣш. гражд. 1874 г. № 302. Пр. ОП., ст. 3.

[2]) Schw. OR., Art. 92, Abs. 2.

[3]) Уст. Гражд. Судопр., ст. 1460^{29}, Пр. ОП., ст. 117, абз. 3.

[4]) Уст. Гр. Судопр., 1460^{32}, Пр. ОП., ст. 118, абз. 3, BGB, § 374, Abs. 2, Code Civil, Код. Нап., 1264.

въ такомъ случаѣ взносъ считается не имѣвшимъ мѣста. Такое обратное полученіе исключается: а) когда должникъ заявилъ суду, что взносъ безвозвратенъ, б) когда вслѣдствіе взноса уничтожена отмѣтка о запрещеніи въ крѣпостныхъ книгахъ, в) когда вѣритель уже заявилъ о своемъ желаніи получить внесенное. Съ того момента, когда должникъ не въ состояніи взять обратно внесенное, онъ считается исполнившимъ обязательство [1]). Третьи лица, какъ поручители и пр., могутъ считать свои обязанности прекратившимися и въ случаѣ надобности добиваться признанія этого въ судебномъ порядкѣ. Вещи скоропортящіяся или требующія несоразмѣрныхъ издержекъ по храненію, должникъ, съ разрѣшенія суда, можетъ продать съ публичнаго торга за счетъ вѣрителя, со взносомъ вырученныхъ денегъ въ депозитъ суда [2]). Нѣкоторыя законодательства, однако не наше, идутъ дальше и даютъ такое право продажи должнику и тогда, когда предметъ доставленія вообще не можетъ быть внесенъ въ судъ [3]). Пр. Гр. Ул. устанавливаетъ еще нѣкоторыя новыя специфическія правила. Такъ, недвижимыя имущества, а также вещи, не имѣющія быть внесенными въ судъ, передаются по просьбѣ должника хранителю или временному управителю. Такой порядокъ чуждъ дѣйствующему нашему закону. Наконецъ, предусмотрѣнное нѣкоторыми кодексами правило о необходимости при взносѣ въ судъ испрашивать предварительно разрѣшенія послѣдняго также чуждо нашему праву. Такое разрѣшеніе суда нельзя не признать излишнимъ и нецѣлесообразнымъ въ виду того, что суду въ этомъ случаѣ приходится разрѣшать вопросъ о правильности взноса по одностороннему заявленію должника и предустанавливать юридическія отношенія для будущаго суда. Вообще, должникъ вноситъ предметъ исполненія за свой страхъ въ отношеніи юридическихъ послѣдствій, и ему нѣтъ надобности испрашивать на это особо у кого-либо лиценцію.

Во время войны и революціи должники, не имѣвшіе возможности доставить предметъ исполненія вѣрителю, вносили ихъ обычно въ судъ и даже въ банковскія учрежденія (деньги). Въ эпоху инфляціи должники это дѣлали для того, чтобы за малую цѣну освободиться отъ большихъ

---

[1]) Ср. Пр. ОП., ст. 120.

[2]) Уст. Гр. Судопр. 1460[38], [39], [40]. При прошеніи въ судъ должно быть предоставлено удостовѣреніе нотаріуса объ извѣщеніи вѣрителя или о невозможности такого извѣщенія (отъ представленія удостовѣренія должникъ освобождается въ случаѣ, когда вещь подвержена скорой порчѣ).

[3]) BGB, § 383.

обязанностей. Въ безчисленномъ множествѣ возникающихъ по этому поводу разномыслій и контраверзъ только суду остается приходить на помощь и отыскивать вѣрный масштабъ добросовѣстнаго разрѣшенія споровъ.

Должникъ находится въ состояніи неисправности — Verzug des Schuldners—, если по наступленіи времени онъ обязательства надлежащимъ образомъ не исполнилъ [1]).

Предварительно должно имѣть мѣсто напоминаніе, обыкновенное или судебное, со стороны вѣрителя, востребованіе отъ должника, что однако не является необходимостью при наличности срока или при очевидности послѣдняго по содержанію обязательства—dies interpellat pro homine [2]). Когда въ договорѣ срокъ исполненія имѣется, право на взысканіе наступаетъ автоматически со времени просрочки [3]).

Напоминаніе касается требованія извѣстнаго дѣйствія и происходитъ тогда, когда обязанность уже возникла, не ранѣе. Оно безцѣльно и ненужно въ такъ называемыхъ воздержаніяхъ, ибо въ нихъ обязательство заключается въ несовершеніи, non facere, а коль скоро совершено что-либо, имѣется уже нарушеніе, и, стало быть, надобность въ напоминаніи отпадаетъ.

---

[1]) Эта неисправность должника можетъ заключаться и въ томъ, что неисполнено доставленіе третьяго лица, обѣщанное первымъ. Ср. Schw. ZGB, Art 111, Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 929, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[2]) Облегчая положеніе вѣрителя, иногда исключаютъ требованіе о напоминаніи только въ обязательствѣ съ календарнымъ срокомъ; но это излишнее преимущество для кредитора, принимая во вниманіе, что срокъ можетъ стоять внѣ сомнѣнія также и по общему смыслу обязательства, хотя бы дата исполненія не была прямо указана.

[3]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 40, 1875 г. № 872. Первоначально (рѣш. гражд. 1871 г. № 854) Сенатъ признавалъ правило о томъ, что „кредиторъ долженъ требовать отъ должника исполненія обязательства“, общимъ постулатомъ, но впослѣдствіи отъ этого отказался. По нѣкоторымъ законодательствамъ, даже при срочномъ обязательствѣ иногда требуется напоминаніе, а именно: если срокъ выполненія выпадаетъ послѣ смерти должника, то наслѣдникамъ умершаго вѣритель обязанъ напомнить объ исполненіи. (Итал. Codice Civile, art. 1223, Gianturca, Instituzioni di diritto civile Italiano, 1919, p. 176). Наше право этой привиллегіи наслѣдниковъ не признаетъ.

Неисправность должника налагаетъ на него обязанность возмѣщенія вреда и интереса. При платежѣ денежной суммы неисправный должникъ обязанъ, въ видѣ убытковъ, уплатить проценты, узаконенные или договорные. Но въ извѣстныхъ случаяхъ, когда отъ неуплаты денегъ послѣдовали особыя потери, должникъ обязанъ возмѣстить и этотъ ущербъ [1]). Неисправный должникъ можетъ быть присужденъ, когда этого требуютъ особыя обстоятельства, къ возмѣщенію ущерба, связаннаго съ обезцѣненіемъ денегъ (Tietze). Такъ, согласно Betriebrätegesetz 29. IV. 1922, „Kommt der Arbeitgeber mit der Zahlung der Entschädigung in Verzug, so hat er dem Arbeitnehmer auch den aus Geldentwertung entstehenden Schaden zu ersetzen [2]). Вѣритель вправѣ, кромѣ возмѣщенія вреда, домогаться исполненія. Но если исполненіе оказывается лишеннымъ интереса, за невозможностью достиженія цѣли обязательства, то вѣрителю предоставляется просить о расторженіи договора и вознагражденіи за вытекающіе изъ неисполненія вредъ и убытки. Точно также при т. наз. Fixgeschäft, когда срокъ является абсолютнымъ и рѣшительнымъ, вѣритель избираетъ альтернативно расторженіе договора или исполненіе, по усмотрѣнію своему (то и другое съ возмѣщеніемъ вреда).

По договорамъ съ двустороннимъ доставленіемъ communis doctorum opinio требуетъ предварительно дачи неисправному должнику для исполненія справедливаго срока, по истеченіи котораго, если срокъ останется безплоднымъ, вѣритель можетъ отказаться отъ договора съ правомъ искать возмѣщенія [3]). Отъ предоставленія такого срока

---

[1]) Пр. ОП., ст. 141, BGB, § 228, Abs. 1, Schw. OR., Art. 106, contra Code civil, Код. Нап., § 1153.—Узаконенные проценты по дѣйствующему нашему праву—6%, по Пр. Гр. Ул. и Schw. OR.—5%, по BGB—4%. Согласно 1583 ст. X т. 1 ч., по заемнымъ обязательствамъ вѣритель за просрочку вправѣ требовать, кромѣ процентовъ неисправности, законную неустойку—3%, изъ чего редакторы Пр. Гр. Ул. склонны дѣлать выводъ, что ничего другого, а стало быть и убытковъ требовать нельзя. (Объясненія, V, 1, 1899 г., стр. 283). Для этого ограниченія прочнаго основанія въ законѣ нѣтъ. X т. 1 ч. широко допускаетъ всякую кумуляцію при неисполненіи, и трехпроцентная неустойка не можетъ препятствовать взыскивать и убытки, коль скоро они были неизбѣжнымъ результатомъ неисправности.

[2]) § 87.

[3]) Пр. ОП., ст. 143, BGB, Art. 107, § 326, Schw. OR. Это имѣетъ особое значеніе при такъ назыв. Sukzessionslieferungsverträge, гдѣ слѣдуетъ другъ за другомъ нѣсколько само-

вѣритель свободенъ, когда дѣло идетъ объ упомянутомъ выше Fixgeschäft'ѣ или же когда отъ этого значительно пострадали бы его интересы, а, быть можетъ, и совершенно исчезла бы надобность въ исполненіи. Наши дѣйствующіе законы объ изложенномъ срокѣ не упоминаютъ, выводить его можно изъ обычаевъ, гдѣ таковые существуютъ.

Весьма желательно у насъ введеніе, хотя бы путемъ судебной практики, обязательности такого предварительнаго срока въ потребныхъ случаяхъ.

По французскому праву вѣритель, добивающійся расторженія договора съ неисправнымъ должникомъ, вынужденъ обратиться въ судъ; при этомъ отвѣтчику можетъ быть, смотря по обстоятельствамъ, дана судомъ отсрочка [1]). Были также и у насъ попытки признавать здѣсь судебное разбирательство обязательнымъ. Все это даже при наличности въ договорѣ оговорки, что въ случаѣ неисполненія должникомъ вѣритель вправѣ отступиться отъ договора. Мотивировалось это предупрежденіемъ „самосудовъ". Но Сенатъ категорически и съ полнымъ основаніемъ отвергъ эту точку зрѣнія [2]). Какъ правильно указываютъ, справедливѣе, въ случаѣ неисполненія вѣрителя, посылать его въ судъ, а не пострадавшего вѣрителя. Особенно, можно къ этому прибавить, въ условіяхъ нашего столь тягучаго порою процесса.

Исполненіе отпадаетъ, когда оно оказалось невозможнымъ. Должникъ несетъ полную отвѣтственность при невозможности, по его винѣ происшедшей, т. назыв. виновной невозможности. Въ исключительныхъ обстоятельствахъ должникъ отвѣчаетъ и за невиновную невозможность. По общему правилу, при невиновной невозможности должника обязательство прекращается безъ невыгодныхъ для него послѣдствій, развѣ бы онъ особо обязался и въ этомъ случаѣ нести отвѣтственность за ущербъ. Однако, если должникъ получилъ за предметъ, доставить который невозможно, эквивалентную цѣнность (напр., денежную сумму), онъ обязанъ выдать ее вѣрителю—stellvertretendes commodum [3]). Невозможность признается неотвѣтственной, когда произошло событіе, котораго должникъ не могъ ни предвидѣть, ни предотвратить.

стоятельныхъ исполненій: при неисправности должника въ одномъ исполненіи кредиторъ можетъ отказаться отъ другихъ, если они не имѣютъ уже для него интереса (Tietze).

[1]) Code civil., Код. Нап., 1184.

[2]) Рѣш. гражд. 1881 г. № 90.

[3]) См. BGB, § 281, Abs. 1.

Такая невозможность должна быть абсолютная. Обязательство не уничтожается, если невозможность только относительная, устранимая, либо отпадающая до наступленія срока или условія [1]). Типичнымъ случаемъ невозможности является исчезновеніе индивидуально-опредѣленной вещи, служащей предметомъ доставленія, т. е. такое положеніе, когда при наступленіи момента исполненія обязательства эта вещь оказалась погибшей, изъятой изъ обращенія либо затерявшейся такъ, что ничего неизвѣстно о ея существованіи [2]). При безотвѣтственной невозможности доставить подобную вещь обязательство отпадаетъ согласно началу casum sentit dominus, т. е. собственникъ вещи никакихъ притязаній къ кому-либо предъявлять не въ состояніи. Но это не примѣняется къ вещамъ генерически опредѣленнымъ, ибо въ этомъ случаѣ при гибели части предметовъ даннаго рода возможно доставить другіе того же рода. Однако доставленіе генерическихъ предметовъ иногда оказывается неосуществимымъ, вслѣдствіе, напр., запретовъ ввоза или вывоза извѣстнаго рода товаровъ или матеріаловъ,—или чрезвычайнымъ затруднительнымъ, настолько затруднительнымъ, что превышаетъ всякія человѣческія силы и возможности. Въ этихъ случаяхъ позволительно также говорить о невозможности (экономической и проч.). При этомъ допустима ссылка должника на клаузулу rebus sic stantibus [3]), которая освобождаетъ отъ обязанностей при измѣненіи обстоятельствъ, бывшихъ во время заключеній договора, въ сторону непредвидѣнныхъ чрезмѣрно обременяющихъ трудностей. Если уже произошла конкретизація „родового предмета“ напр., мука выдѣлена и послана, но затѣмъ послѣдовала гибель этого предмета, должникъ можетъ быть свободенъ отъ дальнѣйшаго [4]). Затрудненіе заключается только въ опредѣленіи момента такой конкретизаціи (Tietze), но это уже вопросъ факта.

При альтернативномъ обязательствѣ, въ случаѣ невозможности доставить одинъ предметъ альтернативы, доставляется второй, третій и т. д. Должникъ взялъ на себя передачу лошади или денегъ: лошадь забрана на военныя надобности либо пала, in obligatione остаются деньги [5]).

---

[1]) Ср. BGB, §§ 308, 2171, Бразильское Гражд. Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 1091, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[2]) Объ этомъ—code civil, Код. Нап., 1302.

[3]) Brugi, Institutioni di diritto civile italiano, 1923, p. 694.

[4]) Ср. § 243 BGB, Abs. 2.

[5]) По отношенію къ каждому предмету альтернативнаго доставленія прочіе предметы того же доставленія имѣютъ

Въ чемъ заключается то событіе, которое должника освобождаетъ отъ отвѣтственности за неисполненіе, это устанавливаетъ судъ каждый разъ конкретно. Но нельзя не отмѣтить, что при современномъ развитіи знаній и техники отвѣтственность должника не уменьшается, а все болѣе и болѣе возрастаетъ, степень требовательности въ отношеніи предвидѣнія, предусмотрительности и обезопасенія повышается. Обыкновенно имѣютъ въ виду „случай", casus, cas fortuit. Однако, не всякая ссылка на „случайную невозможность" должна освобождать должника. Безусловно свободенъ онъ лишь тогда, когда неисполненіе находилось въ непосредственной связи съ тѣмъ, что принято называть непреодолимой силой—höhehre Gewalt, force majeure, vis major, т. е. съ такими явленіями, которыя по своей сверхъ-обычности недоступны человѣческому воздѣйствію и являются для индивидуумовъ всепокоряющей силой, разстраивающей нормальные планы обихода[1]). Таковы землетрясеніе, стихійныя бури, необыкновенные разливы рѣкъ, невѣдомыя и неизъученныя силы природы. Таковы и войны съ ея послѣдствіями, революціи, народныя волненія и смуты. Сюда же можно причислить запреты и распоряженія власти, вызываемыя чрезвычайными обстоятельствами [2]). Объявлено было въ свое время, что война есть vis major для обязательствъ, заключенныхъ до декрета о мобилизаціи. Подобнаго же рода объявленія дѣлались по отношенію къ революціи, гдѣ она происходила. Но юриспруденція руководствуется не только этими оффиціальными директивами, а и другими данными „непреодолимости".

Приключеніе и событіе съ характеромъ непреодолимой силы и является, собственно, „случаемъ" въ настоящемъ смыслѣ слова. Однако современное право говоритъ не только о vis major, но и о такъ называемомъ простомъ случаѣ, т. е. о томъ, что можно характеризовать,

---

характеръ чего-то условнаго, подчиненнаго, запасного. Поэтому должнику слѣдуетъ быть готовымъ, что въ случаѣ надобности, они должны быть всѣ представлены: гибель одного изъ нихъ приводитъ къ „мобилизаціи" другихъ.

[1]) Въ Англіи непреодолимая сила предполагается каждый разъ, когда неисполненіе или недолжное исполненіе обязательства не могло бы быть избѣгнуто даже при высшей степени рачительности обязаннаго, Schuster, The principles of german law, 1907, p. 153. Это—the acts „of God and the king's enemies".

[2]) См., между прочимъ, рѣш. гражд. 1910 г. № 29, 1907 г. № 1 и 76, 1906 г. № 1.

какъ обыкновенное стеченіе обстоятельствъ, возникшее внѣ „вины“ обязавшагося, подъ которой разумѣютъ какія-либо волевыя проявленія его. Казалось бы, справедливѣе возлагать на обязаннаго субъекта послѣдствія всѣхъ тѣхъ приключеній, которыя проявляются, хотя и безъ его прямой виновности, но въ сферѣ его личности и его житейскихъ отношеній. Взамѣнъ этого предписываютъ должнику „осмотрительность, свойственную заботливому хозяину“, осторожность, какую онъ примѣняетъ „въ своихъ собственныхъ дѣлахъ“. И только въ тѣхъ случаяхъ, когда на должникѣ лежитъ обязанность крайней заботливости или принятія особыхъ мѣръ предосторожности, онъ не отвѣчаетъ, если имѣла мѣсто непреодолимая сила [1]).

Спрашивается: не резонно ли домогаться отъ должника не въ исключительныхъ, а во всѣхъ случаяхъ, по общему правилу, „крайней заботливости“ и принятія всѣхъ мѣръ предосторожности? Вѣдь, это не только справедливо, но и необходимо для общественнаго развитія, для безопасности человѣческихъ благъ и правъ! Но старая точка зрѣнія, повидимому, еще долго будетъ доминировать въ правѣ, дѣля вѣрителей на привиллегированныхъ, теряющихъ свои претензіи лишь при „vis major“, и на рискующихъ своими требованіями при каждомъ „простомъ казусѣ“ съ неисправнымъ должникомъ.

Во всякомъ случаѣ юриспруденція стремится создать и нѣкоторыя ограниченія для неисправнаго должника въ этомъ отношеніи. Именно, невозможность должна быть объективная, т. е. недостаточно факта непредвидѣнія и непредотвращенія, необходимо отсутствіе возможности и обязанности предвидѣть и предотвратить и притомъ по волѣ и способностямъ не спеціально должника, а средне-человѣ-

[1]) Сенатская практика никогда не колебалась признавать, наряду съ непреодолимой силой, и простой, неквалифицированный случай вполнѣ достаточнымъ для освобожденія неисправнаго должника отъ отвѣтственности. Сенатъ говоритъ, между прочимъ, о „фактическомъ и юридическомъ уничтоженіи предмета“. Рѣш. гражд. 1913 г. № 39, 1871 г. № 313, 1869 г. № 1191, для договоровъ съ казной—1913 г. № 313. Также Гуссаковскій, Отвѣтственность за неисполненіе договора, Журн. Мин. Юст., 1913 г. № 8, стр. 22 и сл. („Если по состоявшемуся между сторонами соглашенію на должника возложена безусловная обязанность совершить опредѣленныя дѣйствія или предоставить своему контрагенту опредѣленныя права на какое-либо имущество, то и отвѣтственность его за неисполненіе такого обязательства представляется безусловною“.

свободенъ потому, что обязательство прекратило свое дѣйствіе: стороны (какъ и при первоначальной невозможности) возстанавливаются въ прежнее положеніе—in integrum. Нѣсколько иначе, когда изъ-за неисполненія должникомъ вѣритель не въ состояніи исполнить только въ части: вѣритель обязанъ остальное доставить, если того желаетъ должникъ, съ правомъ на соотвѣтствующую компенсацію.

При виновномъ неисполненіи, т. е. при отказѣ отъ исполненія или невозможности, вызванной виной должника, а также при неисправномъ исполненіи должникъ несетъ отвѣтственность за ущербъ по правиламъ о вознагражденіи за вредъ и убытки. Этотъ ущербъ долженъ быть прямымъ и непосредственнымъ результатомъ неисполненія. Должникъ обязанъ вернуть не только дѣйствительно причиненные убытки—damnum emergens—но и ту выгоду, которую получилъ бы вѣритель, если бы договоръ былъ надлежащимъ образомъ исполненъ. При наличности умысла или грубой неосторожности со стороны должника, нѣкоторыя законодательства даютъ вѣрителю право на взысканіе также не-матеріальнаго вреда, „хотя бы онъ и не подлежалъ точной оцѣнкѣ“ [1]). Отказавшійся отъ исполненія обусловленнаго дѣйствія должникъ рискуетъ тѣмъ, что вѣрителю будетъ предоставлено, если это оправдывается возможностью, произвести это дѣйствіе за счетъ должника съ разрѣшенія суда, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и безъ такого разрѣшенія. Кромѣ этого права вѣрителя, другого принужденія должника къ исполненію дѣйствія не дозволяютъ, давая вѣрителю лишь право на возмѣщеніе интереса й ущерба [2]). Нѣкоторыя законодательства допускаютъ арестъ должника въ извѣстныхъ случаяхъ особой его злостности [3]). Наше право предусматриваетъ личное задержаніе должника при коммерческой несостоятельности, причемъ эта мѣра имѣетъ опредѣленную цѣль, а

---

[1]) Пр. ОП., ст. 130. Съ этой точкой зрѣнія „примиряется“ М. Винаверъ въ своей критикѣ постановленій проекта, см. его „Общая часть ученія объ обязательствахъ въ Проектѣ Уложенія“, Ж. М. Ю., 1901 г. № 4, стр. 102 хотя и находитъ нѣсколько шокирующей „компенсацію психическихъ состояній денежными знаками“. О возмѣщеніи моральнаго вреда рѣчь особо въ отдѣлѣ объ обязательствахъ изъ неправомѣрныхъ дѣяній.

[2]) Code civil, Код. Нап., 1132, Schw. OR, Art. 98.

[3]) Въ Италіи такой арестъ существовалъ до 6 декабря 1877 г., а затѣмъ остался лишь какъ исключительная мѣра, Brugi, p. 696.

именно отнятіе у должника возможности скрыть имущество. Вообще же арестъ неисправныхъ должниковъ склонны нынѣ квалифицировать, какъ посягательство на свободу личности, но по существу своему онъ можетъ быть разсматриваемъ какъ извѣстный способъ воздѣйствія, цѣли котораго преслѣдуетъ и наказаніе [1]).

Вѣритель вправѣ устранить и уничтожить все, сдѣланное должникомъ въ нарушеніе обязательства, имѣющаго предметомъ несовершеніе, воздержаніе. Когда неисполненіе договора заключается въ уклоненіи отъ передачи индивидуальнаго предмета, вѣритель можетъ домогаться этой передачи въ судебномъ порядкѣ.

Ученіе о неисполненіи по обязательствамъ носило до послѣдняго времени слѣды стараго римскаго права Нынѣшнее время ознаменовалось заботами о выработкѣ новыхъ требованій справедливаго распредѣленія бремени ущерба отъ неисполненія между участниками.

Нежелательны съ точки зрѣнія здоровой общественности и правопорядка столько же послабленія для нарушителя обязательства (pacta sunt servanda), сколь и излишнее обремененіе должника дѣйствительнаго неповиннаго, могущее влечь экономическую гибель отдѣльныхъ лицъ и цѣлыхъ предпріятій.

Необходимо стремиться къ тому, чтобы не разрушать обязательства, а, наоборотъ, насколько возможно, утверждать ихъ силу. Въ этомъ отношеніи большое значеніе имѣетъ, между прочимъ, дача просрочившему должнику новыхъ сроковъ исполненія, что практикуется теперь на Западѣ, по примѣру Англіи, весьма широко и сыграло значительную роль въ дѣлѣ залѣчиванія экономическихъ ранъ войны и послѣдующихъ событій. Отсутствіе у насъ по этому предмету нормы не означаетъ нежеланія закона считаться съ подобными сроками, а является скорѣе пробѣломъ, который въ состояніи была-бы до извѣстной степени восполнить практика.

Наша судебная практика, мало стѣсненная предустановленными формулами и директивами, могла бы оказаться въ вопросахъ реакціи на неисполненіе договоровъ и обязательствъ наиболѣе приспособленной, если бы она рѣшилась сдѣлать шагъ по пути новѣйшихъ теченій въ данной области. Между прочимъ, это касается объема и способовъ возмѣщенія вреда и убытковъ, назначенія потерпѣвшему вознагражденія по свободному усмотрѣнію суда (Freie Ermessung), вознагражденія за вредъ нематеріальный и пр.

---

[1]) Личное задержаніе должника, объявленнаго несостоятельнымъ по торговлѣ, удержалось въ Литвѣ, Латвіи, ст. 410 уст. судопр. торг. Признаетъ таковое непротиворѣчащимъ Конституціи Литовской Верх. Трибуналъ.

Неустойка, задатокъ, отступное.

При вступленіи въ обязательственныя отношенія участники нерѣдко, не полагаясь на безукоризненное исполненіе со стороны противника, прибѣгаютъ къ гарантіямъ, укрѣпляющимъ и утверждающимъ силу обязательства. На первомъ мѣстѣ стоитъ—неустойка.

Неустойка, возложеніе на неисправнаго контрагента извѣстнаго обремененія на случай неисполненія или неисправнаго исполненія, чаще всего выражается въ уплатѣ денежной суммы. Но это можетъ быть и выдача другого предмета, а также отказъ отъ права, установленіе обязательства, словомъ, всякое уменьшеніе правъ обязавшагося въ пользу противника, а иногда и въ пользу третьяго лица (благотворительнаго учрежденія). Неустойка обезпечиваетъ любое обязательство, въ томъ числѣ и обязательство возмѣщенія вреда. Можно взять ее на себя и по чужому обязательству. Не будетъ противна закону обязанность продавца уплатить неустойку по акту купли—продажи, если впослѣдствіи какія-либо лица (его наслѣдники) начнутъ судебный споръ противъ продажи. Гарантируется неустойкой и не матеріальный интересъ, между прочимъ, обязательство не уничтожать довѣренности по безвозмездному порученію [1]).

---

[1]) Contra, отчасти, рѣш гражд. 1903 г, № 83. Нашъ законъ не допускаетъ неустойки по заемнымъ обязательствамъ, по которымъ самъ законъ устанавливаетъ неустойку (въ 3% со всей неуплоченной суммы), но это не распространяется на заемныя обязательства съ залогомъ недвижимости: стт. 1574, 1575 X т. 1 ч., рѣш. гражд. 1872 г. № 1225, 1871 г. № 1255, 1868 г. № 628. Contra Трепицынъ, Гражданское право и т. д., стр. 169 и сл. Ограниченіемъ неустойки при займѣ имѣется въ виду главнымъ образомъ парализовать обходъ закона о процентномъ максимумѣ съ сокрытіемъ высокихъ процентовъ подъ видомъ неустойки (Пергаментъ). Также недопустима неустойка въ договорахъ съ казной, для которыхъ установлена законная неустойка—штрафъ. Стт. 87 — 90 Пол. о Каз. подр. и поставкахъ. Однако значеніе всѣхъ этихъ запретовъ существенно ослаблено разъясненіемъ сената, что условіе о добровольной неустойкѣ не можетъ быть включаемо только въ самый текстъ такихъ договоровъ, для которыхъ по роду ихъ неустойка опредѣлена закономъ, но это нисколько не препятствуетъ въ обезпеченіе договоровъ сего рода заключать отдѣльныя по соглашенію сторонъ условія о неустойкѣ за неисполненіе тѣхъ договоровъ, рѣш. гражд. 1876 г. № 249, См. Трепицынъ, ib.

Обязательство уѣхать изъ квартиры въ случаѣ неплатежа наемныхъ денегъ не есть неустойка, но обязанность уплатить при этомъ по срокъ контракта можетъ быть разсматриваема какъ неустойка.

Неустойку обыкновенно оговариваютъ expressis verbis; однако иногда согласіе на условіе о неустойкѣ конклюдентно заключается въ извѣстномъ дѣйствіи, наприм., вступленіи въ артель, по статутамъ которой за нарушенія правилъ налагается неустойка—штрафъ.

Неустойку можно установить не только включеніемъ соглашенія о ней въ главное обязательство, но и отдѣльнымъ актомъ. Въ случаѣ передачи главнаго договора, безъ упоминанія о дополнительномъ неустоечномъ соглашеніи, возникаютъ трудности при опредѣленіи правъ цессіонарія на неустойку. Этотъ вопросъ разрѣшается, принимая во вниманіе индивидуальныя обстоятельства и исходя изъ акцессорной природы соглашенія о неустойкѣ. Такъ, если цессія произошла послѣ наступленія срока, то первоначальный вѣритель, уже пріобрѣвшій право на неустойку, считается, при сомнѣніи, передавшимъ ее вмѣстѣ съ главнымъ обязательствомъ. При цессіи досрочной предполагается, что цедентъ, уступивъ одинъ главный договоръ, отказался отъ права требованія неустойки, предоставивъ новымъ контрагентамъ регулировать этотъ предметъ и не сохранивъ неустойки также для себя, въ виду отсутствія возможности нарушенія его интереса [1]).

Форма соглашенія о неустойкѣ на Западѣ такая же, какъ и главнаго договора. По нашему дѣйствующему праву всякое соглашеніе о неустойкѣ должно быть письменное, хотя бы въ формѣ домашняго акта [2]).

Какъ обязательство дополнительное, неустойка слѣдуетъ судьбѣ главнаго обязательства и отпадаетъ вмѣстѣ съ нимъ. Все, что дѣлаетъ главное обязательство недѣйствительнымъ, порождаетъ недѣйствительность соглашенія о неустойкѣ; съ погашеніемъ главнаго обязательства—давностью, зачетомъ, новаціей и пр., погашается и соглашеніе о неустойкѣ. Невиновная невозможность исполненія, освобождая отъ обязательства, освобождаетъ и отъ неустойки [3]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1878 г. № 83.

[2]) Рѣш. гражд. 1869 г. № 41б и 418, также Пр. ОП., ст. 66

[3]) Всѣ эти максимы, теоретически безспорныя, не идутъ, однако, такъ далеко, чтобы закрѣпить безусловную и неразрывную связь неустойки съ главнымъ обязательствомъ: въ отдѣльныхъ правоотношеніяхъ эта связь можетъ быть нарушена. Указывая на такую возможность, сенатъ въ рѣш. гражд. отъ 17 декабря 1903 г. по дѣлу Б—р—П—скихъ замѣтилъ, что „нельзя считать законнымъ и правильнымъ то

О цѣли и задачахъ неустойки существуютъ различныя мнѣнія, чѣмъ обусловливаются и различные выводы о предѣлахъ дѣйствія соглашенія о неустойкѣ. Одни видятъ въ неустойкѣ средство побужденія контрагента исполнить, другія — штрафъ за неисполненіе, третьи—предваренные убытки, заранѣе исчисленные сторонами. На самомъ дѣлѣ эти мотивы могутъ руководить участниками при установленіи неустойки,—каждый въ отдѣльности и всѣ вмѣстѣ. Поэтому принятіе закономъ за исходный пунктъ только одного какого-либо мотива, естественно, не можетъ считаться удовлетворительнымъ. По усвоенному теоріей права и большинствомъ кодексовъ началу, при неисполненіи должникомъ вѣритель вправѣ требовать или уплаты неустойки или исполненія обязательства и убытковъ, а если неустойка назначена на случай ненадлежащаго исполненія, вѣритель можетъ требовать и неустойки и исполненія [1]). По мнѣнію редакторовъ Пр. Гр. Ул., совмѣстить неустойку, какъ эквивалентъ убытковъ, со взысканіемъ самыхъ убытковъ значитъ допустить двойное вознагражденіе за одни и тѣ же убытки и потому вѣритель долженъ ограничиваться либо одной неустойкой либо однимъ требованіемъ исполненія, но объ убыткахъ уже не можетъ быть рѣчи [2]). По французскому праву, согласно толкованію сената въ дѣлѣ, касавшемся б. Ц. Польскаго, договорною неустойкою опредѣляется впередъ тотъ размѣръ вознагражденія, свыше котораго потерпѣвшій не вправѣ требовать удовлетворенія за неисполненіе обязательства [3]). Напротивъ, по другимъ законодательствамъ въ сумму убытковъ, если они требуются, вѣритель долженъ зачесть сумму неустойки, такъ что неустойка есть минимумъ убытковъ [4]). Само собою разумѣется что соглашеніями можно все это измѣнить и, между прочимъ, обусловить, что въ случаѣ неисполненія неустойка взыскивается наряду съ требованіемъ исполненія.

предположеніе, что наслѣдодатель, завѣщавъ истцамъ заемныя письма, тѣмъ самымъ завѣщалъ имъ и неустоечныя записи. (Собраніе невошедшихъ въ оффиціальный сборникъ рѣшеній, изд. Пеньковскаго, стр. 259).

[1]) Пр. ОП., ст. 69, BGB, §§ 340—342, Code Civil, Код. Нап., 1229, 1230, Schw. OR., Art. 160. Бразильское гражд. улож. 1 января 1916 г., стт. 918, 919, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[2]) Объясненія, V, т. 1, 1899 г., стр. 142 и сл.

[3]) Рѣш. гражд. 1900 г. № 91.

[4]) BGB, § 243, Abs. 2, Schw. OR, Art. 161, Abs. 2.

Дѣйствующіе наши законы исходятъ изъ представленія русскаго обычнаго права, что неустойка есть штрафъ, или пеня за неисполненіе и ничего болѣе, хотя это въ старое время отрицалось [1]). Выводъ изъ такого штрафного характера неустойки—возможность, при сомнѣніи, кумуляціи, т. е. соединенія неустоечнаго требованія какъ съ требованіемъ о возмѣщеніи вреда и убытковъ, такъ и съ искомъ объ исполненіи [2]

Право за неустойку возникаетъ одновременно съ нарушеніемъ, наличность дѣйствительнаго ущерба не требуется. Оно существенно отличается отъ альтернативнаго обязательства, въ которомъ имѣется обязательство съ двумя предметами,—между тѣмъ какъ при неустойкѣ и

---

[1]) См. Сборникъ высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта за 1850—1851 г., стр. 378: „Неустойка не есть штрафъ, а какъ явствуетъ изъ II раздѣла IV кн. зак. гражд. (Свод. Зак. т. X) принадлежитъ къ числу дозволенныхъ постановленіемъ Правительства обезпеченій, договоровъ и обязательствъ".

[2]) Стт. 1585 X т. 1 ч. Рѣш. гражд. 1903 г. № 72: „Включенное въ договоръ условіе о неустойкѣ само по себѣ не устраняетъ ни требованія объ исполненіи самого обязательства, ни требованія о возмѣщеніи убытковъ. См. рѣш. гражд. 1873 г. № 539, 1869 г. № 310. Въ рѣш. 1905 г. № 52 Сенатъ нашелъ, что должникъ можетъ быть свободенъ отъ уплаты неустойки за ошибочный невзносъ 54 коп. по значительному договору, при чемъ Сенатъ сослался, между прочимъ, на „чувство справедливости, долженствующее всегда помогать судьѣ при разрѣшеніи сомнительныхъ случаевъ". М. Пергаментъ, Договорная неустойка и интересъ, 1899 г., признаетъ возможность кумуляцій de lege lata и горячо защищаетъ de lege ferenda общеевропейскій взглядъ „оцѣночной, а не штрафной или карательной" неустойки. По указанію М. Пергамента, кумулятивное начало въ институтѣ неустойки не соотвѣтствуетъ правовому сознанію или чувству современнаго культурнаго человѣка (стр. 244, 248). Знаменательно, что старая русская практика шла и въ этомъ вопросѣ инымъ путемъ, чѣмъ позднѣйшая. Такъ, дореформенный Сенатъ нашелъ, что истецъ, не оговорившій кумуляціи неустойки съ убытками, не вправѣ требовать вознагражденія убытковъ по той причинѣ, что „контрактомъ, кромѣ неустойки, ему никакого другого иска не предоставлено, а слѣдовательно при нарушеніи того контракта . . . никакого другого . . . взысканія положено быть не можетъ". Это заключеніе Сената одобрено Высочайше-утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта, Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Госуд. Совѣта за 1850—1851 г., стр. 395 и сл.

обязательство одно и объектъ одинъ. Поэтому, даже тамъ, гдѣ дозволяется требовать либо неустойки либо исполненія, вѣритель вправѣ предъявить искъ объ исполненіи и, при безуспѣшности взысканія, обратиться къ требованію неустойки [1]).

Основная черта всякой неустойки это—ея произвольность. Въ то время, какъ въ своихъ правоотношеніяхъ стороны обыкновенно исходятъ изъ той или иной дѣйствительной и адэкватной оцѣнки своихъ интересовъ, неустойка можетъ быть назначаема въ суммѣ ad libitum. Правда, во многихъ случаяхъ участникъ все же стремится антиципировать въ неустойкѣ свои эвентуальные убытки, но предусмотрѣть послѣдніе—дѣло весьма нелегкое, а часто и невозможное, и вѣрители обыкновенно значительно форсируютъ неустойку. Съ другой стороны, должникъ, надѣясь добросовѣстно на исполненіе, склоненъ соглашаться на самыя преувеличенныя суммы неустойки, и лишь потомъ ему приходится убѣдиться въ своей оплошности. И мы видимъ, что на практикѣ неустойки назначаются часто въ раздутыхъ суммахъ, особенно у насъ, при слабомъ развитіи чувства права. Во избѣжаніе напраснаго разоренія однихъ и необоснованнаго обогащенія другихъ, европейскіе кодексы вводятъ коррективъ, заключающійся въ томъ, что судъ можетъ по своему усмотрѣнію понизить установленную въ договорѣ сумму неустойки [2]). При пониженіи неустойки судъ руководствуется размѣрами

---

[1]) Также von Tuhr, cit., S. 668. При добровольномъ принятіи вѣрителемъ исполненія рождается весьма важный и спорный вопросъ о правѣ его взыскивать затѣмъ неустойку. По мнѣнію Синайскаго, „принятіе не надлежащаго исполненія главнаго обязательства (или по истеченіи срока) не прекращаетъ права на полученіе неустойки“, Русское гражданское право, в. 2, 1918, стр. 27. Рѣш. гражд. 1873 г. № 267, см. также 1873 г. № 1602. По BGB, если вѣритель принялъ исполненіе, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält, § 341, Abs. 3, также Св. Приб., ст. 3330. Думается, что отсутствіе категорическаго отвѣта на данный вопросъ въ дѣйствующемъ нашемъ законѣ даетъ право на заключеніе, что вопросъ, какъ относящійся къ міру внутреннихъ переживаній и къ области конклюдентныхъ дѣйствій, подлежитъ разрѣшенію только по конкретнымъ даннымъ дѣла (questio facti) согласно дѣйствительнымъ намѣреніямъ контрагентовъ. Касаясь налагаемаго на индивидуума штрафа, данный предметъ, по природѣ особо деликатный, требуетъ примѣненія къ нему началъ доброй совѣсти въ высшей мѣрѣ—uberrimae fidei.

[2]) BGB, § 344, Пр. ОП., ст. 70, Schw. OR, Art. 163. Въ

дѣйствительнаго ущерба и нарушенія, степенью добросовѣстности должника, принимаетъ во вниманіе всѣ справедливые интересы вѣрителя, въ томъ числѣ интересы не матеріальнаго характера, тотъ нравственный вредъ, который причиненъ ему неисполненіемъ. Нашъ законъ права суда на какое-либо пониженіе неустойки не знаетъ.

Общеизвѣстна роль неустойки: рѣдкій договоръ обходится безъ нея. Институтъ неустойки разметался у насъ во всѣ стороны, какъ деревья вѣтвями—требуется его нѣсколько упорядочить и привести въ пригодный для жизни видъ.

Замѣтимъ, прежде всего, что сколько бы ни возражали противъ штрафного характера неустойки, все же элементъ кары несомнѣнно наличествуетъ въ каждой неустойкѣ. Имѣется въ виду побудить контрагента къ исполненію и наилучшему исполненію страхомъ заранѣе фиксированныхъ невыгодныхъ матеріальныхъ послѣдствій, по вульгарной русской поговоркѣ: „Не бей его дубьемъ, а бей его рублемъ“. Въ этомъ сильная сторона неустойки, какъ фактора, способствующаго ненарушимости и „святости“ договоровъ и обязательствъ. Далѣе, учетъ убытковъ и возможность облегченія ихъ взысканія также играютъ немаловажную роль въ неустойкѣ, освобождающей отъ обязанности доказывать размѣры вреда, не говоря уже о возможности ввести въ составъ послѣдняго и моральный ущербъ. Въ общемъ, контрагенты предопредѣляютъ неустойку, въ первую очередь, на покрытіе будущихъ убытковъ, остатокъ идетъ насчетъ штрафа, пени, возмездія. Обычно неустойка превышаетъ эвентуальные убытки, но можетъ произойти и обратное. Съ принципіальной стороны, если убытки крупнѣе неустоечной суммы, потерпѣвшему надо дать возможность получить неустойку и взыскивать еще до покрытія дѣйствительнаго ущерба. Въ такомъ видѣ,—какъ изложено выше,—вопросъ рѣшается на Западѣ во всѣхъ государствахъ, кромѣ странъ романскаго типа, въ такомъ видѣ разрѣшеніе вопроса желательно и для нашей будущей реформы.

Бразильскомъ Гражд. Уложеніи это правило (проектировавшееся при составленіи проекта) оказалось замѣненнымъ по настоянію Палаты депутатовъ нормой о томъ, что неустойка не должна превышать цѣнности главнаго доставленія, ст. 920, нѣм. изд. Heinsheimer 1928, см. коммент. издателя къ этой статьѣ. Право суда на уменьшеніе размѣра неустойки оставлено лишь на случай, если главное обязательство уже отчасти исполнено. Это позаимствовано изъ французскаго права, (Code civil, Код. Нап. 1231) и составляетъ, какъ и тамъ, явную непослѣдовательность, такъ какъ неисполненной можетъ оказаться самая незначительная доля обязательства.

Что касается права суда на редукцію, то оно является неизбѣжнымъ, какъ орудіе борьбы съ ненормально-высокими неустойками, нерѣдко оскорбляющими правовое чувство. Юристы старались формулировать теорію о противорѣчіи такой неустойки добрымъ нравамъ, отчасти этотъ взглядъ нашелъ отраженіе и въ нѣкоторыхъ законодательствахъ (Швейцарскомъ). При такомъ взглядѣ опороченіе подобныхъ неустоекъ не нуждалось бы въ особой нормѣ закона. Однако, на самомъ дѣлѣ, довольно трудно усмотрѣть здѣсь прямое нарушеніе морали, разъ неустойка оговаривается на случай нарушенія, тѣмъ болѣе, что при признаніи безнравственности подобнаго соглашенія о преувеличенной неустойкѣ оставалось бы скорѣе совершенно его уничтожить, чѣмъ пользоваться редукціей. Редукція можетъ быть введена лишь закономъ. Она—также дезидератъ реформы нашего частнаго права.

Укрѣпленіе обязательства задаткомъ имѣетъ въ виду, во-первыхъ, гарантировать исполненіе—arra—и, во-вторыхъ, свидѣтельствовать о фактѣ завершенія договора—arra confirmatoria. Задатокъ дается при заключеніи договора либо послѣ этого—arra pacto perfecto—либо, наконецъ въ стадіи переговоровъ о заключеніи договора—arra pacto imperfecto data [1]). Въ смыслѣ arra confirmatoria задаткомъ иногда считаются даже предметы, не входящіе въ гражданскій оборотъ, какъ биржевая бляха извозчика, обязавшагося прибыть въ назначенный срокъ, паспортъ поступающей въ услуженіе горничной и пр. Но отдача подобныхъ предметовъ сама по себѣ юридическаго значенія не имѣетъ, а служитъ лишь доказательствомъ, въ случаѣ спора.

Задатокъ отличаютъ отъ аванса, который никакихъ особыхъ правоотношеній не создаетъ, знаменуя лишь (частичную) выплату впередъ того, что должно причитаться впослѣдствіи. Авансъ, если ему не дано иное назначеніе, подлежитъ зачету, поскольку уплата будетъ потомъ произведена, и возврату, поскольку стороны почему-либо возстанавливаются въ прежнее состояніе—in integrum restitutio. Что касается задатка, то онъ возвращается въ случаѣ отмѣны обязательства по обоюдному соглашенію или же при невозможности исполненія безъ вины обѣихъ сторонъ [2]). То же въ случаѣ признанія обязательства недѣйствительнымъ, внѣ вины участниковъ. При исполненіи задатокъ такъ же, какъ и авансъ, зачитывается, а если почему либо нельзя это сдѣлать, возвращается. Задатокъ долженъ гарантировать и вѣ-

[1]) Siber, Draufgabe, въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 9 L., 1926, S. 105.

[2]) Рѣш. гр. 1892 г. № 12, 1886 г. № 33, Пр. ОП., ст. 60.

рителя и должника. Если договоръ нарушенъ либо оказался недѣйствительнымъ по винѣ лица, давшаго задатокъ или получившаго таковой, то, по принятому въ наукѣ права положенію, въ первомъ случаѣ задатокъ теряется, во второмъ возвращается въ двойномъ размѣрѣ[1]). При этомъ сохраняется вполнѣ и право на возмѣщеніе вреда (съ зачетомъ задатка). Нѣкоторые кодексы принимаютъ эти положенія съ тѣмъ ограниченіемъ, что о возвратѣ двойного задатка не упоминаютъ[2]). Такимъ образомъ, эти послѣднія законодательства считаютъ задатокъ гарантіей только для получившаго его (вѣрителя). Къ точкѣ зрѣнія этихъ законодательствъ примыкаетъ и наше дѣйствующее право, согласно разъясненію практики[3]). Однако жизнь твердо держится обычаевъ о возвратѣ двойного задатка при винѣ получившаго: нежеланіе нашихъ судовъ съ этимъ считаться всегда является непонятнымъ для непосвященныхъ въ тонкости нашего закона. Пересмотръ этой судебной практики въ сторону существующихъ обычаевъ (на обычаи ссылается въ данномъ случаѣ, между прочимъ, Швейцарскій законъ объ обязательствахъ) былъ бы несомнѣнно шагомъ впередъ.

Въ большинствѣ случаевъ задаткомъ служатъ деньги, но имъ могутъ быть и другіе предметы[4]).

---

[1]) Ср. ОП., ст. 59, Code Civil, Код. Нап., 1590, Св. Приб. ст. 3366 Codice civile, Art. 1217, Čecho-Slow, Art. 836, Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 1923, p. 470.

[2]) BGB, § 338, Schw, OR., Art. 158. Enneecerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 2, 1910, S. 90.

[3]) Рѣш. гр. 1892 г. № 40, 1888 г. № 33, X т. 1 ч., стт. 1338, 1349, 1351, 1352, 1494, 1495, 1504, 1513, 1518, Уст. Гр. Судопр., стт. 1057, 1067, 1161, 1176. Также Эрштремъ, О задаткѣ, журн. Мин. Юст., 1912 г. № 8, стр. 130 („Практикѣ, большей частью, не придется признавать этого права" —на двойной задатокъ). Особо Кассо, вообще отвергающій за задаткомъ силу гарантіи, какъ для одной, такъ и для другой стороны: Запродажа и задатокъ, 1903 г. стр. 44. Возвратъ двойного задатка предусматривается нашимъ закономъ только для т. назыв. задаточныхъ росписокъ по покупкѣ недвижимостей, ст. 1688, X т. 1 ч., рѣш. гражд. 1892 г. № 12. При этомъ никакого дополнительнаго взысканія убытковъ по такимъ задаточнымъ роспискамъ не дозволяется, рѣш. гражд. 1904 г. № 29, такъ что возвратомъ двойного задатка (или эвентуально оставленіемъ въ свою пользу даннаго задатка) ликвидируются окончательно въ короткій срокъ всѣ отношенія сторонъ при неисполненіи, не въ примѣръ прочимъ обязательствамъ.

[4]) Пр. ОП. говоритъ о „денежной суммѣ", но безъ достаточнаго основанія.

Въ томъ случаѣ, когда участники выговорили себѣ право, каждый въ отдѣльности, отступиться отъ заключеннаго договора, съ выдачей противной сторонѣ соотвѣтственнаго удовлетворенія (денежной суммы), налицо имѣется такъ называемое отступное—arra poennintentialis, Reugeld. Отступное отличается отъ задатка тѣмъ, что оно уплачивается впослѣдствіи, а не при заключеній договора, не имѣетъ никакого отношенія къ условленной цѣнѣ договора и не даетъ права на взысканіе убытковъ при отказѣ отъ договора со стороны противника. Отступленіе считается состоявшимся съ момента заявленія объ этомъ противной сторонѣ и съ этого времени уже неотмѣнимо [1]). Грань между отступнымъ и задаткомъ, при сомнѣніи, проводитъ судъ по индивидуальнымъ даннымъ. Иногда задатокъ имѣетъ черты Reugeld. Именно, если въ договорѣ, заключенномъ съ выдачей задатка, постановлено, что стороны могутъ отступиться отъ договора, то, при сомнѣніи, задатокъ имѣетъ значеніе отступного. Въ этомъ случаѣ, при отказѣ со стороны давшаго задатокъ-отступное, послѣдній теряется, при отступленіи же противной стороны, неизбѣженъ возвратъ двойного размѣра, т. е. и того что получено, и отступного, но безъ права на убытки [2]).

Перемѣны въ обязательственныхъ правоотношеніяхъ (цессія).

Въ извѣстныхъ случаяхъ обязательство можетъ быть, по особому соглашенію, переведено съ одного лица на другое. Переводъ обязательствъ имѣетъ мѣсто при передачѣ всего комплекса правъ и обязанностей по наслѣдству—переходъ по закону. Но такой переводъ возможенъ и въ формѣ единичнаго акта по соглашенію между живыми—цессія.

По общему правилу, допустима замѣна вѣрителя, но не должника. Перемѣна личности должника происходитъ въ силу самого закона при наслѣдованіи, переходѣ обязанностей наймодавца къ новому пріобрѣтателю недвижимостей. Замѣна должника предусмотрѣна была закономъ 3 іюля 1916 г. о переводѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій, имѣвшимъ въ виду борьбу съ недобросовѣстными переводами предпріятій во избѣжаніе платежа долговъ [3]). Трансформація должника можетъ имѣть мѣсто и въ нѣкоторыхъ иныхъ исключительныхъ случаяхъ, въ

[1]) Само собою разумѣется, что и отступное можетъ выразиться не только въ деньгахъ, но и въ другихъ цѣнностяхъ.

[2]) См. Пр. ОП., ст. 62, Св. Приб., ст. 3367.

[3]) Въ Литвѣ этотъ законъ не дѣйствуетъ, его положенія предполагается ввести въ силу особой новеллой, выработан-

пользу кредиторовъ, напр., при ликвидаціи банка и принятіи на себя казной вмѣстѣ со вкладами и депозитами обязанности соотвѣтственнаго разсчета съ вѣрителями банка [1]). Если замѣна должника имѣетъ источникомъ соглашеніе, то правоотношенія между участниками опредѣляются договоромъ, въ которомъ долженъ участвовать, кромѣ нихъ, также новый вѣритель [2]).

Сущность цессіи заключается въ томъ, что вѣритель—цедентъ—передаетъ право требованія другому—цессіонарію—безъ испрошенія согласія должника. При согласіи или участіи послѣдняго имѣется уже другой институтъ—новація и пр.—, но не цессія. Экономическое значеніе цессіи зиждется на томъ, что цедентъ имѣетъ возможность ранѣе осуществленія обязательства и еще даже до наступленія момента требованія реализовать для себя обязательство путемъ извѣстныхъ уступокъ, въ то время какъ цессіонарій, пріобрѣтая право по обязательству, получаетъ такимъ образомъ средство помѣстить съ пользой капиталъ. Что касается должника, то онъ не заинтересованъ въ томъ, кому именно придется доставлять, пребывая въ состояніи, такъ сказать, правового нейтралитета. Съ другой стороны, цессія, удовлетворяя вѣрителя, даетъ возможность выждать съ принудительнымъ требованіемъ, такъ что косвенно она можетъ выгодно отразиться и на интересахъ должника.

Институтъ цессіи завоевалъ себѣ нынѣ крупное и почетное положеніе въ правѣ. Старому римскому праву, съ его незначительнымъ и вялымъ оборотомъ, институтъ цессіи былъ совершенно чуждъ. Обязательство крѣпко приковывалось къ лицамъ, замѣна которыхъ понималась какъ противорѣчіе сущности obligatio. Потребности, которымъ служитъ цессія, получали удовлетвореніе другимъ путемъ, обходнымъ. Совершался какъ бы новый договоръ между уступающимъ требованіе и принимающимъ его, а чтобы освободиться отъ необходимости участія должника, вступающій новымъ кредиторомъ въ обязательство получалъ отъ прежняго вѣрителя будто бы только право предъявленія иска, выступалъ въ роли мнимаго повѣреннаго, обращающаго затѣмъ полученную вы-

---

ной въ качествѣ проекта. По этому закону переводъ долговъ производится не въ одиночку, а во всей цѣлости, по списку, при чемъ сохраняется отвѣтственность отчуждающаго совокупно съ пріобрѣтающимъ.

[1]) См. рѣш. гражд. 1903 г. № 13.

[2]) Нѣкоторыя законодательства,—но не наше,—считаютъ нужнымъ оговорить письменную форму для подобныхъ соглашеній. См. Пр. ОП., ст. 164. Что при замѣнѣ должника

году въ свою пользу: procurator in rem suam—cessio. Но уже со времени Юстиніана цессія стала входить въ оборотъ самостоятельно,—причемъ цессіонарію давалась actio utilis взамѣнъ actio directa, которая принадлежала только цеденту. Въ новое время цессія получала окончательно свой обликъ и выросла въ могучее установленіе частнаго права. Цессія повсемѣстно—самобытный институтъ [1]); только французское право донынѣ трактуетъ ее, какъ часть купли-продажи [2]). Наши дѣйствующіе законы не содержатъ цѣльнаго института цессіи, существуютъ лишь разрозненныя постановленія о ней [3]). Эти постановленія объединены судебной практикой, стремившейся стать въ уровень съ европейскими правовыми ученіями въ этомъ вопросѣ.

Цессія практикуется обычно по требованіямъ, еще не достигшимъ стадіи исполненія, или обусловленнымъ, но она можетъ касаться также требованій присужденныхъ, какъ и находящихся въ фазѣ litis contestatio. Искъ доступенъ цессіи, если возможно цедировать лежащее въ его основѣ требованіе, при этихъ условіяхъ допустима передача и исполнительнаго листа [4]). Но уступка иска о вещныхъ правахъ (прежней „тяжбы") подчиняется правиламъ о переходѣ таковыхъ, а потому цессія подобнаго иска, происходящая вопреки названнымъ правиламъ, незаконна, если въ качествѣ искового требованія фигурируетъ самое вещное право (право собственности и пр.), а не какое-либо притязаніе

обязательство третьихъ лицъ—поручителей, закладодателей, отпадаютъ (Пр. ОП., ст. 166), это res naturalis: для нихъ главное обязательство въ этомъ случаѣ считается прекращеннымъ, и возлагать на нихъ отвѣтственность за новаго контрагента, конечно, нѣтъ основаній.

[1]) BGB, § 398 ff, Пр. Гр. Ул., стт. 153 и сл., Schw. OR. Art. 164 ff., Бразильское Гражд. Улож. 1 января 1916 г., стт. 1065 и сл., нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[2]) Code civil, Код. Нап., 1689 и сл.

[3]) Передача заемнаго письма—ст. 2058 X т. 1 ч., уступка корабельнаго условія—стт. 404 Уст. Торг., полиса морскаго страхованія—ст. 571, цессія по биржевымъ сдѣлкамъ—ст. 698, накладныхъ—ст. 78 общаго Устава жел. дор., см. также 1613 ст.

[4]) Рѣш. Гражд. 1880 г. № 49, 1876 г. № 100, особенно 1878 г. № 256, ср. BGB, § 413, Code civil, Код. Нап., 1689. Существовавшій въ прежнія времена въ Европѣ запретъ цедировать спорныя требованія нынѣ отпалъ; наше же право его никогда не знало.

на его эквивалентъ въ видѣ денежной компенсаціи или иного вознагражденія. Такъ какъ при неотчуждаемости права требованія не можетъ быть и цессіи, то послѣдняя исключается во всѣхъ притязаніяхъ, тѣсно связанныхъ съ личностью вѣрителя, какъ притязанія изъ отношеній семейственнаго характера, товарищества, порученія и довѣренности, по личнымъ услугамъ и работамъ, по имущественному найму и т. д.

Можно ли цедировать право на алименты? Поскольку рѣчь идетъ о самомъ алиментномъ правѣ, оно не отчуждаемо и не передаваемо, но допустима цессія уже причитающихся алиментныхъ платежей, составляющихъ предметъ особаго права, безъ примѣси личныхъ свойствъ. Будущія подобныя уплаты входятъ въ самую сущность правоотношенія по алиментаціи и потому, думается, не могутъ подлежать цессіи?

Также цессія жалованья и другихъ окладовъ должника не противорѣчитъ какому-либо закону[1]). Если въ отношеніи жалованья и т. п. созданы ограниченія для кредиторовъ при принудительномъ взысканіи [2]), то это не значитъ, что и добровольная передача должна быть въ чемъ-либо стѣснена. Передача жалованья, которое будетъ причитаться, и жалованья уже причитающагося, есть такой же способъ учета настоящихъ и будущихъ требованій, какъ и другіе виды цессіи.

Въ числѣ обстоятельствъ, устраняющихъ возможность цессіи, указывается иногда закономъ на обѣщанія вѣрителя должнику не уступать требованія. Но, какъ само собою разумѣющееся, это правило не нуждается въ особой оговоркѣ: нормамъ о цессіи нельзя отказать въ диспотивности.

Какъ уступка требованія, цессія мыслима лишь тогда, когда таковое съ своей стороны свободно отъ контръ-требованій, вполнѣ самостоятельно. Поэтому нѣтъ цессіи правъ контрагента по договору, связанныхъ съ притязаніями другого контрагента, доколѣ эти права не превратились въ опредѣлившіяся отдѣльныя требованія. Нельзя передавать договоръ купли-продажи, но можно уступить право на причитающуюся окончательно денежную сумму за проданное или на истребованіе очищеннаго отъ платежей предмета.

Обращаясь къ разсмотрѣнію существа и природы цессіи, слѣдуетъ признать, что она съ виду напоминаетъ договоръ купли-продажи, почему даже говорятъ о передачѣ права требованія „въ

---

[1]) Contra Пр. ОП., ст. 154, см. Пр. Гр. Ул., Объясн., V, т. 1, 1899 г., стр. 303.

[2]) Ст. 1084 и сл. Уст. Гр. Судопр.

собственность". Но такая терминологія неточна[1]). Вмѣсто тѣлесныхъ вещей, какъ то обычно бываетъ при куплѣ, объектомъ цессіи являются притязанія. Что въ договорѣ купли-продажи traditio, этимъ въ цессіи служитъ, отчасти, передача документа. Но если въ договорѣ купли-продажи непремѣнно предполагается полученіе денежной равноцѣнности, то цессія—хотя безденежность ея не предполагается—можетъ обойтись и безъ опредѣленнаго эквивалента (даръ). Преслѣдуемыя цессіей цѣли не играютъ роли для ея дѣйствительности, но вѣритель не лишенъ права доказывать, что цессія сдѣлана имъ притворно и что право полученія удовлетворенія по документу осталось за нимъ.

Цессія денежнаго долга можетъ быть орудіемъ платежа, въ этомъ огромная роль ея въ оборотѣ, какъ средства расширенія платежной способности путемъ использованія чужихъ доставленій, въ качествѣ замѣны собственныхъ уплатъ. Въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ цессія способна играть роль, напоминающую обращеніе денегъ. Цессія, создавая способъ дисконтированія чужихъ долговъ, открываетъ широкіе горизонты въ области кредита, является сильнымъ рычагомъ движенія такового.

Цедируемое требованіе, какъ цѣнность, переносится со всѣми его принадлежностями, со всѣмъ, что увеличиваетъ или уменьшаетъ эту цѣнность (accessorium sequitur suum principale). Къ цессіонарію переходятъ и недостатки требованія и всѣ выгоды, въ томъ числѣ обезпеченія, поручительство, залогъ, равно такія акцессорныя права, какъ старшинство притязанія и прочія привиллегіи, связанныя съ требованіемъ[3]). Все это, конечно, постольку, поскольку изъ содержанія цессіи не вытекаетъ иное, прямо или конклюдентно, либо поскольку эти акцессорныя права не связаны тѣсно съ личностью цедента[2]). Отпаденіе по какой-либо причинѣ акцессорныхъ правъ при цессіи имѣетъ различное значеніе. Именно, если акцессорное право — что-либо связанное съ личностью цедента, jus personale, оно исчезаетъ безслѣдно. Поручительство и залогъ, а также правомочія, создающія старшинство и преимущество, аннулируются (по аналогіи съ договоромъ въ пользу третьяго лица): первыя въ пользу поручителя и залогодержателя, вторыя въ пользу прочихъ кредиторовъ.

Какова судьба процентовъ по цедированному обязательству—вопросъ, порождающій нѣкоторыя разномыслія. Проценты за будущее

---

[1]) О близости цессіи съ куплей по взгляду X т. 1 ч.— см. стт. 402, 418, причисляющія требованія къ „вещамъ".

[2]) Рѣш. гражд. 1876 г. № 410.

[3]) BGB § 401, Пр. ОП., ст. 156. Code civil, Код. Нап., 1692, Schw. OR., Art. 170, Abs. 1.

время, внѣ сомнѣнія, принадлежатъ цѣликомъ цессіонарію, если не оговорено противное, въ чемъ согласны почти всѣ юристы. Это не потому, что недопустимо будто бы, какъ полагаютъ нѣкоторые, дѣлить обязательство, давая главный долгъ цессіонарію, а проценты цеденту, что ухудшило бы положеніе должника: уступка части права требованія вполнѣ легальна и ничего ненормальнаго въ себѣ не заключаетъ (infra). Право цессіонарія на будущіе проценты обусловливается существомъ цессіи, предполагающей, пока не будетъ доказано противное, что съ отдачей требованія отдано и все дополняющее его, т. е., значитъ, и право на проценты. Что касается процентовъ за прошлое время, то сторонники самостоятельности обязательства о процентахъ признаютъ право на такіе проценты за цедентомъ. Напротивъ, тѣ, которые въ процентахъ видятъ лишь принадлежность главнаго доставленія, отдаютъ ихъ въ данномъ случаѣ цессіонарію. Послѣднее представляется, несомнѣнно, болѣе основательнымъ, гармонируя и съ юридической природой процентовъ и съ житейскими презумпціями. При отсутствіи въ актѣ цессіи прямыхъ или косвенныхъ указаній на наросшіе проценты цедентъ предполагается согласившимся на полученіе ихъ цессіонаріемъ[1]).

Цессія производится письменно, о ней долженъ быть увѣдомленъ должникъ (нотификація). Должнику нужно имѣть свѣдѣнія объ уступкѣ, иначе онъ поступитъ правильно, удовлетворивъ прежняго вѣрителя. Существуетъ мнѣніе, что должникъ, уплатившій вѣрителю по заемному письму безъ истребованія акта или документа, не освобождается отъ отвѣтственности передъ добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ требованія. Это мнѣніе, принятое Сенатомъ[2]), грѣшитъ противъ существа договора цессіи и расходится съ житейской правдой. Оно переноситъ центръ тяжести заемнаго письма на моментъ обращаемости (по недопустимой аналогіи съ векселемъ), въ то время какъ заемное письмо есть по преимуществу доказательство. Аналогія добросовѣстнаго пріобрѣтенія отъ продавца не-собственника здѣсь также непримѣнима[3]). Въ противопо-

---

[1]) Ср. Пр. ОП., ст. 156, еще опредѣленнѣе Schw. OR., Art. 170, Abs. 3, a sensu contrario рѣшаетъ вопросъ Brugi, въ этомъ послѣднемъ смыслѣ и рѣш. гражд. 1880 г. № 256, принимающее презумпцію оставленія цедентомъ наросшихъ процентовъ за собой (съ чѣмъ согласиться не приходится).

[2]) Рѣш. гражд. 1876 г. № 410, 1873 г. № 1195, также Пр. Гр. Ул. 1-ой редакціи, Обяз. Право, ст. 144.

[3]) Конечно, если цедентъ уступилъ свое требованіе нѣсколькимъ лицамъ, преимущество ceteris paribus получитъ

ложность продажѣ, въ которой фигурируетъ только продавецъ и покупщикъ, въ цессіи прямо заинтересованными являются еще (третье лицо) должникъ, который совершенно не обязанъ предполагать возможность цессіи и до увѣдомленія его о таковой вправѣ разсчитаться съ кредиторомъ безъ соблюденія особыхъ формальностей, какъ полученіе обратно документа и т. д. Это оставляется всецѣло на волю самого должника. Напротивъ, умѣстно, чтобы цессіонарій принялъ всѣ мѣры къ своевременному увѣдомленію должника, иначе всѣ невыгодныя послѣдствія падутъ цѣликомъ на перваго. Съ другой стороны, должникъ, желающій воспретить вѣрителю цессію, долженъ прямо оговорить это въ документѣ, подъ угрозой въ противномъ случаѣ платить добросовѣстному цессіонарію[1]). Иное положеніе вещей могло бы существенно нарушать права добросовѣстныхъ пріобрѣтателей и такимъ образомъ вносило бы вредное колебаніе въ гражданскій оборотъ. Часто подобный запретъ имѣетъ мѣсто въ фиктивныхъ обязательствахъ, но, само собою разумѣется, что должникъ, упустившій помѣстить запретъ, будетъ отвѣчать по обязательству передъ пріобрѣтателемъ, не знавшимъ о фиктивности[2]).

Съ момента увѣдомленія о цессіи debitor cessus обязанъ доставить новому вѣрителю, все равно какимъ бы путемъ увѣдомленіе къ должнику ни дошло. Но въ случаяхъ сомнѣнія, существуетъ ли дѣйстви-

---

тотъ цессіонарій, которому переданъ заключающій въ себѣ титулъ документъ (см. Комм. Heinsheimer (1928) къ Бразильскому Гражд. Улож. 1 января 1916 г., подъ стт. 1069, 1070), почему цессіонарій поступитъ правильно, не оставляя у цедента такового документа, а потребовавъ его для себя при цессіи. Но это уже касается цедента и цессіонарія и не имѣетъ отношенія къ должнику.

[1]) Ср. BGB § 405, Пр. ОП., ст. 155, Schw. OR, Art. 167.

[2]) По существующему въ юриспруденціи взгляду, принятому французской судебной практикой, признается вообще недѣйствительнымъ всякій запретъ должника совершить цессію. Этотъ взглядъ относитъ право уступки къ неотчуждаемымъ правамъ, не поддающимся измѣненіямъ по соглашеніямъ сторонъ. См. критику редакторовъ Пр. Гр. Ул., указывающихъ справедливо на существенный интересъ, который можетъ имѣть должникъ въ томъ, чтобы требованіе не переходило къ постороннимъ лицамъ, Объясненія V, I, 1899 г., стр. 304 и сл. Указанный взглядъ о недѣйствительности соглашенія о неотчуждаемости права требованія грѣшитъ гипертрофіей отождествленія цессіи съ передачей соб-

тельно цессія, дебиторъ долженъ воздержаться отъ исполненія какъ первоначальному вѣрителю, такъ и цессіонарію, и въ потребныхъ случаяхъ внести предметъ удовлетворенія въ депозитъ суда.

Каковы отношенія между цедентомъ и цессіонаріемъ послѣ цессіи, это зависитъ отъ содержанія акта цессіи. Во всякомъ случаѣ цедентъ обязанъ передать цессіонарію документъ, подтверждающій требованіе, если таковой былъ выданъ, сообщить цессіонарію всѣ свѣдѣнія и данныя, нужныя для осуществленія требованія, и вообще оказывать зависимое и добросовѣстное содѣйствіе для осуществленія требованія. Передавая претензію, цедентъ не ручается за ея осуществимость, это всецѣло дѣло и забота цессіонарія. Цедентъ отвѣчаетъ передъ цессіонаріемъ только за дѣйствительность требованія и то лишь при условіи, что пріобрѣтателю во время уступки не было извѣстно о спорности или сомнительности требованія. Отвѣтственность цедента за юридическую годность претензіи—nomen verum—опредѣляется по началамъ возврата неосновательнаго обогащенія, стало быть, цедентъ, въ случаѣ обнаруженной недѣйствительности, обязанъ вернуть все имъ полученное за цессію. Очевидно, что при безвозмездной цессіи ни о какомъ возвратѣ не можетъ быть рѣчи. Помимо этого, добросовѣстный цессіонарій вправѣ взыскивать за вредъ убытки съ цедента, знавшаго о недѣйствительности въ моментъ цессіи. Однако, новѣйшія законодательства даютъ право лишь на проценты, издержки цессіи и иска, оказавшагося напраснымъ [1]). Условиться объ отвѣтственности также и при несостоятельности должника—nomen justum—предоставляется усмотрѣнію сторонъ, которыя вольны установить и самые предѣлы такой отвѣтственности [2]).

ственности, не говоря уже о томъ, что и на лицо, пріобрѣвшее „полное“ право собственности, могутъ быть возложены различныя ограниченія прежнимъ собственникомъ въ договорѣ отчужденія.

[1]) Schw. ⊙R., Art. 173, Abs., I, Čecho-Slov., § 1287, иначе (правильно) Пр. ⊙П., ст. 160, Абз. 2.

[2]) Пр. ОП. по этому поводу создаетъ такую нѳрму: уступившій требованіе лишь тогда отвѣчаетъ за состоятельность должника, когда къ тому обязался. При этомъ если требованіе уступлено до срока его исполненія, то уступившій требованіе отвѣчаетъ за состоятельность должника во время наступленія этого срока; если же уступка совершена послѣ срока исполненія, то уступившій требованіе отвѣчаетъ за состоятельность должника во время уступки требованія, ст. 161. Это ясное постановленіе проекта естественно вытекаетъ

Такъ какъ цессія, въ которой должникъ не участвуетъ, его правъ затронуть не можетъ, то всѣ возраженія, какія были у него противъ первоначальнаго вѣрителя до полученія увѣдомленія объ уступкѣ, онъ вправѣ приводить и противъ цессіонарія, пріобрѣтая также право на тѣ возраженія, какія онъ можетъ имѣть противъ самого цессіонарія. Но противъ добросовѣстнаго цессіонарія debitor cessus не въ состояніи выставить возраженіе о симуляціи какой бы то ни было, обязательства на сторонѣ цедента [1]).

Цессія отвѣчаетъ современнымъ тенденціямъ дѣлать оборотоспособнымъ всякое благо, въ томъ числѣ цѣнности, заключающія въ правахъ требованія. Поэтому, хотя цессія болѣе всего примѣнима при займахъ, то она должна быть допускаема и болѣе широко, насколько только позволяютъ ея естественные предѣлы. Наши гражданскіе законы, согласно старымъ воззрѣніямъ, упоминаютъ лишь о переходѣ заемныхъ писемъ, но практика на основаніи общаго смысла законовъ справедливо допустила передачу и всякихъ иныхъ требованій, въ соотвѣтственныхъ предѣлахъ. Этимъ практика пошла на встрѣчу одному изъ существеннѣйшихъ запросовъ жизни, ко благу вѣрителей, должниковъ и третьихъ лицъ. Расширеніе понятія цессіи открыло возможность циркуляціи въ оборотѣ такихъ обязательствъ, какъ бумаги на предъявителя, передаваемыя отъ одного къ другому даже безъ обозначенія лица вѣрителя. Однако цессія таитъ въ себѣ и опасныя стороны. Она легко можетъ сдѣлаться орудіемъ эксплоатаціи и обхода закона, особенно при, такъ сказать, паталогическомъ состояніи обязательствъ, при необходимости процессировать. Часто цессіей пользуется лишь для временной надобности взысканія, инкассированія: недобросовѣстные цессіонаріи легко могутъ злоупотребить оказаннымъ имъ довѣріемъ. Къ обходамъ приспособляются нерѣдко лица, не имѣющія права хожденія по чужимъ дѣламъ (прикрытіе довѣренности симулятивной цессіей). Здѣсь умѣстна борьба не только цивильная, но и мѣрами уголовнаго закона. Съ другой стороны, не трудно склонить тяжущагося къ передачѣ, особенно въ части, своего иска соблазномъ

изъ самого существа ручательства. Дѣйствующіе наши законы обо всемъ этомъ не упоминаютъ. Такимъ образомъ, если договоръ не даетъ на эти вопросы прямого отвѣта, то въ случаѣ спора судъ долженъ разрѣшить ихъ по фактическимъ даннымъ дѣла съ соотвѣтственнымъ примѣненіемъ общихъ началъ нашихъ законовъ о поручительствѣ, mutatis mutandis.

[1]) Ср. BGB, § 405.

скорѣйшаго и вѣрнѣйшаго выигрыша. Поэтому нѣкоторыя законодательства воспрещаютъ адвокатамъ и судебнымъ служащимъ, въ предѣлахъ судовъ, гдѣ имъ предназначена работа, быть цессіонаріями по искамъ и тяжбамъ (исключая права наслѣдованія) подъ страхомъ недѣйствительности цессіи и платежа убытковъ и издержекъ [1]).

Множественность вѣрителей и должниковъ.

Когда въ обязательствѣ фигурируютъ совмѣстно нѣсколько физическихъ или юридическихъ лицъ, то образуется общность, которая можетъ быть общностью: а) вѣрителей, б) должниковъ.

Еще въ древности обязательства множественнаго характера разсматривались какъ дѣлимыя и недѣлимыя. Послѣдними римскіе юристы особенно любили заниматься—и создали здѣсь нѣсколько типовъ. Именно, простое солидарное обязательство мыслилось, какъ заключающее нѣсколько отдѣльныхъ обязательствъ, столько, сколько лицъ, съ однимъ удовлетвореніемъ; корреальное обязательство, при нѣсколькихъ субъектахъ на той или другой сторонѣ, содержало не только одинъ предметъ удовлетворенія, но и одно обязательство. Кромѣ того совокупное обязательство съ нѣсколькими лицами, объединенными нераздѣльностью предмета доставленія, хотя и разсматривалось, какъ нѣчто отдѣльное, но больше всего примыкало также къ простой солидарности [2]). Эти категоріи разграничивались по своему происхожденію, по взаимоотношеніямъ участниковъ общности, но въ концѣ концовъ границы оказывались весьма субтильными съ точки зрѣнія практической, такъ что лучше и легче было трактовать объ ихъ сходствѣ и даже тожествѣ, чѣмъ о различіяхъ. Нѣчто въ родѣ римской системы выработало англійское право для совокупныхъ должниковъ: joint debtors – карреальные должники и persons liable „jointly and severally“,—солидарные должники. Въ Англіи разница сводится главнымъ образомъ къ

---

[1]) Codice civile, Art. 1458, Brugi, p. 664. Нашъ законъ содержитъ такой запретъ лишь для присяжнаго повѣреннаго, со всеобщимъ характеромъ, а не только для опредѣленныхъ судовъ, Учрежд. Судебн. Устан., ст. 402. Несомнѣнно, что это распространяется и на помощника присяжнаго повѣреннаго и на частнаго повѣреннаго.

[2]) См. объ этомъ Азаревичъ, Система римскаго права, т. 2, 1888 г., стр. 78 и сл., 86 и сл. Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, III, 1898, S. 198 ff., Эрдманъ, Обязательственное право, стр. 63 и сл.

тому, что въ видѣ правила (непримѣнимаго, впрочемъ, къ товариществамъ) при смерти одного изъ joint debtors наслѣдники его свободны отъ обязательства, чего нѣтъ во второмъ случаѣ. Но въ общемъ и въ Англіи дифференціація эта все болѣе и болѣе тускнѣетъ. Континентальное право усвоило лишь одинъ видъ обязательственной совокупности, подходящій всего ближе къ римскому простому солидарному обязательству—Gesamtgläubiger [1]). Такое же упрощеніе предмета констатируется и на почвѣ дѣйствующаго нашего права. Нынѣ важны не рафинированныя конструкціи, а практическіе результаты. Послѣдніе обнаруживаются прежде всего въ возможности достигнуть цѣлей болѣе надежнаго обезпеченія кредита созданіемъ отвѣтственности нѣсколькихъ лицъ. Это касается обязательства съ солидарными должниками, которыя и играютъ первостепенную роль. Но и солидарности вѣрительства отводится своя область примѣненія въ оборотѣ.

Какъ и въ римскомъ правѣ, въ настоящее время фигурируютъ множественныя обязательства съ доставленіемъ раздѣльнымъ или нераздѣльнымъ.

Въ дѣлимомъ обязательствѣ съ нѣсколькими вѣрителями каждый изъ нихъ вправѣ требовать свою долю—Teilgläubierschaft: таковы, между прочимъ, доли наслѣдниковъ. По логикѣ вещей, предполагается въ такомъ дѣлимомъ обязательствѣ право вѣрителя на соотвѣтственную часть, коль скоро она усматривается изъ самого обязательства, и въ случаѣ противномъ—на равную съ другими долю: nomina sunt ipso jure [2]). Но если каждому изъ вѣрителей принадлежитъ право требовать исполненія всего обязательства, тогда говорятъ о совокупныхъ вѣрителяхъ. Совокупность вытекаетъ либо изъ закона либо изъ содержанія обязательства. Къ обязательствамъ съ совокупными вѣрителями относится напр., право на доставленіе, принадлежащее двумъ инженерамъ, строющимъ совмѣстно мостъ, требованіе двухъ адвокатовъ съ общаго кліента. Таково-же право нѣсколькихъ лицъ, которымъ должникъ обязался доставить нераздѣльную вещь.

При совокупныхъ вѣрителяхъ дебиторъ можетъ удовлетворить любого, не заботясь о другихъ. Предполагается, что совокупные вѣрители представляютъ собою въ отношеніи должника нѣчто единое, въ составѣ котораго отдѣльный участникъ не можетъ имѣть передъ должникомъ особыхъ своихъ интересовъ, отличныхъ отъ интересовъ другихъ участниковъ. Иначе должникъ былъ бы вынужденъ не только испол-

---

[1]) BGB, 421, 428.

[2]) См. рѣш. гражд. 1861 г. № 1218.

нять, но и пещись объ огражденіи специфическихъ интересовъ отдѣльныхъ вѣрителей, что предоставлялось бы для него задачей, ему совершенно чуждой. Должнику нѣтъ надобности судить, какъ отзовется на другихъ вѣрителяхъ исполненіе одному изъ нихъ. Поэтому, естественно, что даже послѣ предъявленія иска, до момента удовлетворенія, должникъ вправѣ остановить свой выборъ на любомъ вѣрителѣ. По Пр. ОП. такой выборъ принадлежитъ должнику лишь „до предъявленія однимъ изъ вѣрителей иска“ [1]). Эта точка зрѣнія — Präventionsprinzip — покоится на желаніи гарантировать предъявившему искъ вѣрителю, что должникъ не разсчитается потомъ съ другимъ вѣрителемъ, быть можетъ, менѣе состоятельнымъ, съ котораго совѣрителямъ ничего получить нельзя будетъ и т. д. Такая опека надъ вѣрителемъ представляется излишней. Она идетъ въ ущербъ свободѣ усмотрѣнія должника, который къ тому же можетъ имѣть право зачета противъ избираемаго имъ вѣрителя и пр. Просрочка одного изъ совокупныхъ вѣрителей является просрочкой всѣхъ, сліяніе въ лицѣ одного погашаетъ обязательство по отношенію ко всѣмъ. Отказъ кредитора совокупнаго обязательства есть всегда субъективный, индивидуальный, иначе говоря это — нежеланіе участвовать въ совокупности. Поэтому такимъ отказомъ вѣритель исключаетъ только себя, безъ вліянія на права другихъ, требованіе которыхъ цѣликомъ сохраняется. Это оспаривается, но, думается, безъ достаточнаго основанія. Къ отказу приравнивается мировое соглашеніе. Но новація,—по юридическому дѣйствію своему равносильная удовлетворенію по обязательству,— будучи совершена съ однимъ изъ вѣрителей, тѣмъ самымъ устраняетъ притязаніе всѣхъ другихъ. Давность, протекшая въ отношеніи одного изъ вѣрителей, имѣетъ такое же значеніе, какъ и личный отказъ его: возраженіе о давности можно сдѣлать только противъ этого вѣрителя, но не противъ другихъ. Давность, прерванная для одного, не считается этимъ прерванной для прочихъ. Иной порядокъ вещей чрезмѣрно ухудшилъ бы положеніе вѣрителей, ставя одного въ зависимость отъ другихъ. Что касается судебнаго рѣшенія, то законная сила его въ отношеніи одного простирается ли на другихъ? Судебное рѣшеніе обязательно только для участниковъ процесса и ихъ правопреемниковъ. Совокупные вѣрители не состоятъ взаимно ни въ отношеніяхъ преемства, ни въ отношеніяхъ презумптивнаго представительства. Поэтому на поставленный вопросъ съ точки зрѣнія основъ процесса надлежитъ дать отвѣтъ

[1]) Ст. 195., также Code civil, Код. Нап., 1198 (иначе BGB, § 428).

отрицательный. Такой выводъ и вообще отвѣчаетъ справедливости и раціоналенъ, устраняя эвентуальныя недобросовѣстныя дѣйствія со стороны, совѣрителя въ пользу должника при веденіи процесса.

Въ какой мѣрѣ „совокупный вѣритель", получивъ удовлетвореніе, обязанъ выдать его другимъ, этотъ вопросъ рѣшается, конечно, въ первую голову содержаніемъ обязательства, которое большей частью предусматриваетъ, прямо или косвенно, этотъ предметъ. При сомнѣніи, предполагается раздѣлъ, при чемъ, въ случаѣ отсутствія указанія на размѣръ долей и невозможности его установить, доли совокупныхъ вѣрителей считаются равными.

Множественность должниковъ по дѣлимому обязательству производитъ отвѣтственность долевую, въ случаѣ сомнѣнія доли равныя. По совокупному обязательству должники отвѣчаютъ солидарно, т. е. всѣ за каждаго и каждый за всѣхъ, безраздѣльно. Это имѣетъ мѣсто, какъ и въ обязательствахъ съ совокупными вѣрителями,—когда предметъ доставленія недѣлимый или когда безраздѣльность доставленія опредѣляется закономъ по свойству обязанности или же, наконецъ, когда безраздѣльность вытекаетъ прямо или косвенно изъ самого соглашенія сторонъ. Къ обязательствамъ съ солидарной отвѣтственностью относятся, между прочимъ, обязательства изъ общей собственности, а также такъ называемыя кумулятивныя обязательства, возникающія тогда, когда кто-нибудь дѣлается въ отношеніи вѣрителя содолжникомъ вмѣстѣ съ другимъ лицомъ.

Нѣкоторые кодексы, какъ, напр., германскій, оговариваютъ, что если нѣсколько лицъ обязались вмѣстѣ къ дѣлимому доставленію, то они отвѣчаютъ, при сомнѣніи, совокупно и солидарно, als Gesamtschuldner [1]). Другія законодательства, въ томъ числѣ и наше право, считаютъ, наоборотъ, общимъ правиломъ долевую отвѣтственность, иными словами: совокупная отвѣтственность содолжниковъ (какъ и совокупное право совѣрителей) не предполагается, но должна быть положительно установлена въ законѣ либо въ волеизъявленіи (договорѣ, завѣщаніи) [2]).

---

[1]) BGB, § 427.

[2]) См. Пр. ОП., ст. 180, абз. 2. Code civil, Код. Нап., 1202, Schw. OR., Art. 143, Čecho-Slow., § 817 Бразильское Гражд. Уложеніе 1 янв. 1916 г., ст. 896. изд. Heinsheimer 1928, X т. I ч., ст. 1548. Рѣш. гражд. 1871 г. № 1218: „Солидарность признается лишь тогда, когда о ней постановлено въ самомъ договорѣ, въ противномъ же случаѣ каждый изъ контрагентовъ отвѣтствуетъ только за себя". Сенатъ въ этомъ рѣшеніи указываетъ выраженія, которыя преимущественно свидѣтель-

Солидарность опредѣляется конкретнымъ характеромъ доставленія, а не какими-либо общими свойствами обязательства. Поэтому неправильно утверждать, какъ то дѣлаютъ иногда, что для специфическихъ торговыхъ обязательствъ, напр., дѣйствуетъ принципъ обратный, а именно: презумпція должна быть на сторонѣ солидарности. Къ тому же ни одно законодательство не создало въ этомъ отношеніи какихъ-либо типическихъ различій между обязательствами торговыми и неторговыми. Нѣтъ надобности и основанія дѣлать это разграниченіе на почвѣ нашего права, вопреки частымъ требованіямъ, предъявляемымъ о томъ на практикѣ.

Сущность обязательства съ солидарной отвѣтственностью заключается въ такой юридической связи должниковъ, благодаря которой каждый солидарный должникъ замѣняетъ другихъ на отвѣтной сторонѣ и фигурируетъ здѣсь въ качествѣ субъекта обязанностей такъ, какъ будто бы онъ былъ единственнымъ. Съ другой стороны, вѣрители, въ интересахъ которыхъ солидарность обыкновенно устанавливается, именно, для облегченія и большаго обезпеченія требованія, лишь тогда используютъ эти выгоды, если будутъ имѣть возможность трактовать каждаго должника какъ исключительно отвѣтственнаго, во всей

ствуютъ о солидарности; „вообще и порознь“, „одинъ или каждый за всѣхъ и всѣ за одного или каждаго“, „другъ за друга“, „совокупно“, „вообще“, „нераздѣльно“ (послѣдній терминъ наиболѣе употребителенъ наряду съ терминомъ „солидарно“). См. также рѣш. гражд. 1875 г. № 647, 1890 г. № 67, 1907 г. № 69. Нашъ законъ упоминаетъ о солидарной отвѣтственности ex lege участниковъ товарищества, членовъ ликвидаціонной комиссіи акціонернаго страхового общества за убытки, причиненные обществу ихъ дѣйствіями по ликвидаціи, а также нѣсколькихъ желѣзныхъ дорогъ за пропажу и поврежденіе перевозимаго груза, X т. 1 ч., ст. 2134, ст. 16 прил. къ ст. 2200 (примѣч.), Общ. Уст. жел. дор., ст. 118. Члены одного присутствія, соопекуны, нѣсколько администраторовъ, повѣренныхъ и соуправляющихъ дѣлами, сопоручители отвѣчаютъ „поголовно“, а не солидарно—помянутое рѣш. гражд. 1871 г. № 218. Для членовъ правленія общества или товарищества Сенатъ устанавливаетъ (едва ли основательно) своеобразную отвѣтственность за неправильное распоряженіе или упущеніе по аналогіи съ отвѣтственностью за преступныя дѣянія и простыхъ поручителей, т. е. „съ правомъ должниковъ на предварительное ея раздѣленіе подъ условіемъ взысканія съ каждаго изъ нихъ того, что недополучено отъ другихъ“,—называя эту отвѣтственность также „солидарной“, рѣш. гражд. 1886 г. № 24.

цѣлости. Но должникъ, на которомъ тяготѣетъ солидарная съ другими отвѣтственность, кромѣ интересовъ общихъ всѣмъ, имѣетъ порою свои личные интересы, которые могутъ сами собою подразумѣваться, могутъ быть очерчены въ обязательствѣ или созданы для него спеціально вѣрителемъ. Итакъ: всякій актъ должника служитъ правамъ другихъ содолжниковъ, поскольку онъ предпринятъ для цѣлей исполненія или облегченія общаго обязательства; напротивъ, дѣйствіе не имѣетъ вліянія на права и обязанности другихъ, поскольку оно касается только личности даннаго должника и защиты его индивидуальныхъ правъ и интересовъ.

По солидарному обязательству каждый должникъ обязывается ко всему доставленію, но вѣритель получаетъ, конечно, только одинъ разъ. Вѣритель вправѣ требовать цѣлое или часть у всѣхъ одновременно, у нѣсколькихъ или одного, по своему усмотрѣнію и выбору, до суда, судомъ, при исполненіи и послѣ исполненія, пока не получитъ полнаго удовлетворенія по обязательству. За виновную просрочку одного изъ содолжниковъ вѣритель вправѣ взыскивать со всѣхъ остальныхъ. Исполненіе, зачетъ, сліяніе, datio in solutum, новація со стороны одного такого содолжника освобождаетъ и другихъ. Какъ и при совокупныхъ вѣрителяхъ, отказъ вѣрителя отъ одного солидарнаго должника не освобождаетъ остальныхъ, а мировое соглашеніе съ подобнымъ должникомъ приравнивается къ исполненію обязательства [1]). Давность, ея пріостановленіе и перерывъ въ отношеніи одного должника не касается другихъ. Судебное рѣшеніе, состоявшееся по спору одного изъ совокупныхъ должниковъ, не имѣетъ вліянія на остальныхъ[2]).

---

[1]) Само собою разумѣется, что возмездный отказъ можетъ быть признанъ судомъ при совокупныхъ должникахъ (какъ при совокупныхъ вѣрителяхъ) также равнымъ исполненію. Освобожденіе солидарнаго должника влечетъ освобожденіе прочихъ лишь тогда, когда такое послѣдствіе прямо выговорено или подразумѣвается само собою, ср. BGB, § 423, Бразильское Гражд. Улож. 1 янв. 1916 г., ст. 906, нѣм. изд. Heinsheimer 1928 и коммент. издателя къ указанной статьѣ. Иначе Code civil, Код. Нап., 1285.

[2]) Рѣш. гр. 1885 г. № 82, Пр. ОП., ст. 191, BGB, § 425, Abs. 2. На противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ Code Civil, Код. Нап., 1206, 1208, исходя изъ искусственной, раціоналистической идеи мнимаго представительства въ процессѣ и мало считаясь, повидимому, съ дѣйствительностью, съ возможностью злоупотребленій и пр. (см. выше о совокупныхъ вѣрителяхъ).

Каждый солидарный должникъ, привлеченный къ отвѣту въ судѣ, вправѣ предъявить возраженія, либо ему лично принадлежащія, либо общія всѣмъ должникамъ, напр., вытекающія изъ свойства обязательства, но не тѣ возраженія, которыя имѣетъ лично другой должникъ [1]).

Взаимныя отношенія совокупныхъ должниковъ между собою опредѣляются соглашеніемъ. При сомнѣніи предполагается, что исполнившій можетъ требовать соотвѣтственной компенсаціи отъ другихъ. Это вытекаетъ изъ общихъ основъ права,—изъ того же источника, откуда черпаются нормы о недопустимости незаконнаго обогащенія. Въ общій счетъ отвѣтственныхъ лицъ идутъ и тѣ, которыхъ освободилъ (безвозмездно) вѣритель [2]). Всѣ они отвѣчаютъ другъ передъ другомъ въ равныхъ доляхъ, при отсутствіи другихъ указаній и данныхъ. Равенство доводится до конца, до полнаго удовлетворенія исполнившаго должника за все лишнее—сравнительно съ другими—имъ данное и уплоченное. Насколько должникъ удовлетворилъ кредитора и ему принадлежитъ притязаніе къ другимъ содолжникамъ, къ нему ipso facto считается перешедшимъ право вѣрителя, но это право не должно быть использовано въ ущербъ послѣднему. Такъ, должникъ, уплатившій часть долга, не можетъ требовать какого-либо преимущественнаго права, напр. въ конкурсѣ, въ отношеніи остальнаго долга во вредъ первому вѣрителю [3]).

Совокупныя обязательства играютъ нынѣ гораздо болѣе значительную роль, чѣмъ они играли въ прежнее время. Особенное значеніе имѣютъ обязательства съ совокупными должниками, именуемыя пассивными солидарными обязательствами. Въ древнемъ Римѣ солидарное обязательство составляло нѣчто однократное, окончательно исчерпываемое отношеніемъ должниковъ къ вѣрителю, такъ что должники и послѣ исполненія никакихъ разсчетовъ и требованій другъ къ другу предъявлять не могли. При такихъ условіяхъ солидарныя обязательства носили часто случайный, эпизодическій характеръ. Правда, и нынѣ солидарное обязательство падаетъ иногда цѣликомъ на одного, въ томъ смыслѣ, что онъ, исполнивъ, не имѣетъ права регресса къ другимъ, отношеніе которыхъ къ обязательству лишь косвенное, какъ напр. при поручительствѣ и га-

---

[1]) Ср. Code civil, Код. Нап., 1208, Бразильское Гражд. Улож. 1 января 1916 г., ст. 911, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[2]) Ср. Code civil, Код. Нап., 1215, Бразильское Гражд. Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 914, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[3]) BGB, § 426, Schuster, The principles of German civil law, 1907, p. 207.

рантіяхъ. Но всего чаще нынѣшніе солидарные должники между собою связаны реальными интересами и дѣлятъ взаимно отвѣтственность передъ общимъ кредиторомъ. Эта связь рождаетъ vinculum juris, даетъ жизнь и существованіе новымъ обязательствамъ. Такое участіе многихъ лицъ въ обязательствѣ поддерживаетъ послѣднее, какъ колонны поддерживаютъ порталъ. На основѣ этой поддержки создается возможность упроченія и расширенія кредита. На высшей ступени этихъ отношеній возникли вексель и чекъ, по отношенію къ которымъ оказалось возможнымъ провозгласить, что „всякій, сдѣлавшій надпись, отвѣчаетъ такъ, какъ будто бы онъ самъ взялъ на себя обязательство".

Прекращеніе обязательствъ.

Достиженіе цѣли обязательства—исполненіе погашаетъ обязательство. Но это скорѣе реализація обязательства, чѣмъ прекращеніе. Какъ бы то ни было, въ виду того, что исполненіе относится къ самой сущности обязательствъ, о немъ приходилось говорить по другимъ поводамъ, въ связи съ способами удовлетворенія по обязательству, временемъ и мѣстомъ доставленія и т. д. Спеціально, касательно видовъ прекращенія обязательства, нужно упомянуть лишь о зачетѣ, совпаденіи и погасительномъ волеизъявленіи. Это наиболѣе типичные и частые случаи прекращенія обязательственныхъ правоотношеній. Детализировать эвентуальные случаи погашенія обязательства нѣтъ возможности и надобности.

Должникъ, съ своей стороны имѣющій требованіе къ вѣрителю, противоставляетъ это требованіе претензіи второго, съ устраненіемъ такимъ образомъ взаимныхъ дальнѣйшихъ разсчетовъ, если эти требованія равныя, или же,—при неравенствѣ притязаній,—съ соотвѣтственнымъ балансированіемъ въ ту или другую сторону, производитъ зачетъ, компенсацію, Aufrechnung, Verrechnung. Abgerechnet ist gut bezahlt. Зачетъ освобождаетъ должника отъ необходимости дѣлать усилія къ доставленію и затѣмъ предпринимать, въ свою очередь, шаги къ истребованію своего и создаетъ для него экономію силъ и расходовъ. Да и не позволительно требовать отъ человѣка, который самъ можетъ требовать въ такой же мѣрѣ. Это было бы нарушеніемъ элементарныхъ основъ справедливости [1]). Добросовѣстный вѣритель всегда предпочтетъ произвести зачетъ добровольно, тѣмъ болѣе, что всѣ выгоды отъ зачета для должника суть тѣ же выгоды и для вѣрителя, vice versa. Право, однако, даетъ извѣстныя директивы въ данномъ случаѣ не только

[1]) „Недопустимо, чтобы вѣроломный и неисправный должникъ извлекалъ процессуальную выгоду изъ того обсто-

потому, что иные вѣрители сочтутъ mala fide ненужнымъ произвести компенсацію, но и потому, что на практикѣ могутъ возникнуть недоумѣнія чисто объективнаго характера.

Зачетъ производится преимущественно въ денежныхъ требованіяхъ, но можно совершить его и при обязательствахъ съ другими предметами, опредѣленными мѣрой, вѣсомъ, т. е. относящимися къ родовымъ вещамъ. Требуется лишь, чтобы эти предметы не отличались другъ отъ друга по качеству (обусловленному соглашеніемъ). Нельзя зачитывать индивидуально опредѣленные предметы, хотя бы между ними было близкое сходство, напр. два стола. Зачитываемыя требованія должны быть однородныя, gleichartige Schulden,—такъ, чтобы доставленія можно было „исчислить" (aufrechnen)[1]). Нельзя зачесть рожь сукномъ. Насколько требованія дѣйствительно однородны—это questio facti. Не обязательна связь между требованіями и происхожденіе ихъ отъ одного основанія, это не есть conditio sine qua non даже при предъявленіи встрѣчныхъ исковъ, гдѣ реквизиты должны быть болѣе строгіе въ виду соединенія дѣлъ въ одномъ производствѣ [2]). Равнозначимость претензіи постулируетъ совпаденіе зачитываемыхъ требованій также по мѣсту исполненія. Въ виду того, однако, что здѣсь punctum movens есть опасеніе причиненія ущерба въ чемъ—либо пассивному субъекту зачета,—во многихъ случаяхъ зачетъ все же допускаютъ, съ соотвѣтствующей компенсаціей за расходы доставки и пр. Что касается времени, то, по мнѣнію нѣкоторыхъ, представляемое къ зачету обязательство можетъ не совпадать по сроку съ первоначальнымъ, а иногда даже не быть еще срочнымъ. Тѣмъ не менѣе, законодательства, въ томъ числѣ и наша судебная практика, допускаютъ зачетъ при условіи, что противоставляемыя другъ другу претензіи подлежатъ исполненію, sont exigibles. Въ силу этого зачетъ двухъ долговъ, изъ которыхъ одному срокъ наступилъ, а

ятельства, что онъ первый успѣлъ предъявить искъ — во вредъ соконтрагенту", Эрдманъ, Обязательственное Право, 1908 г, стр. 254. Въ римскомъ правѣ, гдѣ институтъ compensatio развивался медленно, первоначально рескриптомъ Императора было подтверждено, что exceptio doli управомочиваетъ судью принимать во вниманіе встрѣчныя притязанія отвѣтчика. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2, 1879, § 348, Not. 6.

[1]) См. BGB, § 387, Пр. ОП., ст. 168, Code Civil, Код. Нап., 1921, Schw. OR., Art. 120. Трепицынъ, цит., стр. 312, ср. рѣш. гражд. 1897 г. № 48.

[2]) Ст. 226 Уст. Гражд. Судопр.

другому еще нѣтъ, признается неосуществимымъ [1]). Съ нашей точки зрѣнія представляется резоннымъ въ отношеніи времени и мѣста различать, въ чью пользу то и другое установлено. Если срокъ созданъ исключительно въ пользу пассивнаго субъекта зачета (должника), послѣдній можетъ отказаться отъ срока въ интересахъ зачета. Въ противномъ случаѣ, т. е. когда срокъ обезпечиваетъ вполнѣ или отчасти выгоды активнаго субъекта, зачетъ исключается. Точно также не допускается зачетъ, коль скоро мѣсто исполненія обусловливается особымъ интересомъ вѣрителя, напр., деньги должны быть уплочены ему непремѣнно въ курортѣ (онъ же обязанъ уплатить въ своемъ постоянномъ мѣстожительствѣ). По соображеніямъ соціальнымъ нельзя представить что-либо къ зачету противъ претензіи объ алиментахъ, какъ источникѣ существованія, не подлежащемъ ни отчужденію ни умаленію какимъ бы то ни было принудительнымъ способомъ [2]). По соображеніямъ соціальной политики не допускается зачетъ противъ претензіи изъ деликта, дабы это не могло вліять въ какой бы то ни было мѣрѣ на склонность вѣрителя совершить уголовно-наказуемое дѣяніе противъ неимущаго и не платящаго должника въ разсчетѣ на зачетъ при требованіи о воз-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1888 г. № 14, Пр. ОП, ст. 168, Св. Приб. ст. 3553 и 3554, Code Civil, Код. Нап., 1921, 1292, BGB, § 327, Kommentar Achilles, 1920, 199, Schw. OR. Art. 12, Kommentar Oser, 1915, S. 362, Codice Civile, Art. 1287; весьма опредѣленно—Čecho-Slow. § 1334. Характеръ исполнимости не теряется при отсрочкѣ должнику претензіи.—Замѣтимъ попутно, что требованіемъ исполнимости имѣлось въ виду, между прочимъ, устранить зачетъ при т. наз. естественныхъ обязательствахъ (obligationes naturales) игравшихъ большую роль въ прежнее время и потерявшихъ значеніе въ современномъ правѣ.

[2]) Ср. Пр. ОП., ст. 175. По Германскому праву это выводятъ изъ болѣе широкаго правила о недопустимости погашенія зачетомъ требованій, на которыя не можетъ быть обращено принудительное взысканіе, BGB, § 394, Митюковъ, Compensatio, 1900 г., стр. 11. У насъ такое общее правило не пріемлемо, но особого практическаго значенія это не имѣетъ, такъ какъ „требованія, не подлежащія принудительному взысканію“,—это и суть у насъ, главнымъ образомъ, тѣ, которымъ присущъ алиментарный характеръ. Inter cetera, противъ требованій членовъ ссудо-сберегательныхъ, больничныхъ и иныхъ подобныхъ кассъ зачетъ допускается. Ср. BGB, § 394 (2 часть).

мѣщеніи вреда. Одинаково съ преступленіемъ трактуется въ данномъ отношеніи всякое умышленное недозволенное дѣяніе [1]).

Ограниченіе зачета вполнѣ понятно, когда домогающійся зачета представляетъ претензію, подвергшуюся аресту по взысканіямъ третьихъ лицъ. Должникъ безусловно не вправѣ предъявить къ зачету принадлежащее ему противъ вѣрителя требованіе, на предметъ котораго положенъ такой арестъ, если претензія вѣрителя возникла послѣ заарестованія. Въ противномъ случаѣ, т. е. когда эта претензія существовала еще до ареста, — вѣритель или должникъ произведетъ зачетъ и тѣмъ устранитъ кредиторскіе аресты. Что требованіе, противъ котораго заявляется зачетъ, обезпечено поручительствомъ или залогомъ (закладами) это зачету нимало не препятствуетъ. Не препятствуетъ и спорность претензіи, представляемой къ зачету. Ни наша практика, ни Пр ОП. въ отношеніи обезпеченныхъ или спорныхъ претензій ограниченій не знаетъ [2]). Наконецъ, немыслимъ зачетъ противъ требованій государства и юридическаго лица публичнаго права, вытекающихъ изъ отношеній не-цивильного права, какъ взысканіе налоговъ и другихъ податныхъ долговъ государствомъ и общиной [3]).

---

[1]) Все изложенное не касается обратнаго положенія, т.е. представленія одной изъ перечисленныхъ претензій (алиментной, изъ деликта и пр.) къ зачету противъ чьего-либо требованія, что, конечно, допустимо.

[2]) Рѣш. гражд. 1913 г. № 46 предполагаетъ безспорность не въ смыслѣ невозможности и недопустимости какого-либо спора противъ предъявленнаго требованія, а въ смыслѣ опредѣленности его въ предметѣ, времени, срокѣ и размѣрѣ. „Безспорность“ постулируется также рѣш. гражд. 1908 г. № 107, 1884 г. № 127, 1882 г. № 19. Иначе BGB, § § 394 и 390. Относительно спорности германскіе юристы оговариваются, что „nur begründete Einrede schliesst Aufrechnung aus, (Achilles). Однако, сомнительно, чтобы можно было провести грань надлежащимъ образомъ между спорными и неспорными претензіями въ данномъ отношеніи. Для уклоняющихся отъ зачета претензія противника всегда „спорная“. Практичнѣе избѣгать въ этомъ случаѣ ссылки на спорность и оставлять послѣдствія зачета „спорнаго“ требованія на страхъ и отвѣтственность зачитывающаго. Замѣтимъ при этомъ, что даже тѣ, которые требуютъ, чтобы зачитываемая претензія была „liquid, d. h. sicher und bestimmt“, находятъ достаточнымъ, что приведенныя противъ таковой возраженія признаны при постановленіи рѣшенія необоснованными; см. Комментарій Heinsheimer'a къ его изданію (1928) Бразильскаго Гражданскаго Уложенія 1 января 1916 г.,—подъ ст. 1010.

[3]) Это expressis verlis подтверждаютъ нѣкоторыя зако-

Могутъ ли быть предъявляемы къ зачету претензіи не собственныя, а третьйхъ лицъ? Поскольку третьи лица вправѣ исполнить за должника въ виду наличности у нихъ законного къ тому интереса, они въ состояніи представить къ зачету на общемъ основаніи и свои требованія къ вѣрителю [1]). По договору въ пользу третьихъ лицъ должникъ лишенъ права зачесть что-либо вѣрителю [2]), ибо доставленіе принадлежитъ по существу не вѣрителю, а третьему лицу. Но противъ третьяго лица нѣтъ препятствій должнику представить зачетъ.

При наличности у вѣрителя нѣскольскихъ притязаній, не покрываемыхъ сполна встрѣчнымъ требованіемъ должника, рефлектирующаго на зачетъ, поступаютъ по аналогіи съ наличностью многихъ претензій, подлежащихъ покрытію однимъ доставленіемъ, на основаніи правилъ о зачисленіи доставленій въ счетъ разныхъ обязательствъ.

Отъ права зачета возможно отказаться и заранѣе и при наступленіи этого права, по взаимному соглашенію и одностороннимъ актомъ. Все это постольку, поскольку отказъ не направленъ ко вреду третьимъ лицамъ.

Осуществляется право зачета путемъ соотвѣтственнаго заявленія на судѣ либо внѣ суда; судъ не вправѣ самъ, безъ такого заявленія, произвести зачетъ [3]). Заявленіе должно заключать въ себѣ категорическое требованіе зачета, необусловленное и безъ сроковъ. Фиксируя отношенія сторонъ, заявленіе неизбѣжно сопутствуетъ зачету, отличая этимъ зачетъ отъ права удержанія. У насъ нерѣдко раздаются голоса въ пользу допущенія зачета въ силу самого закона, даже безъ вѣдома должника, по примѣру французскаго права. Однако, этотъ порядокъ необходимо отвергнуть, какъ противорѣчащій экономической и частноправовой автономіи.

нодательства: Св. Приб. 3556, Schw. OR., Art. 125. Но само собою разумѣется, что государство и самоуправленія не могутъ терпѣть какіе-либо вычеты въ пользу частныхъ лицъ изъ источниковъ своего финансоваго существованія.

[1]) Ср. рѣш. гражд. 1910 г. № 21.

[2]) Пр. ОП., ст. 176, Schw. OR. Art. 122, Čecho-Slow., § 1336.

[3]) Ср. Пр. ОП., ст. 169, BGB, § 388, Schw. OR., Art. Abs. 1. Другія законодательства (см. Code civil, Код. Нап., 1290) стоятъ на точкѣ зрѣнія болѣе старой формаціи о зачетѣ ipso jure sine facto hominis. Фраза „compensatio ipso jure fit" (infelice fraza, по выраженію Brugi) принадлежитъ Юстиніанову кодексу.

Съ зачетомъ претензій послѣднія считаются прекращенными въ моментъ, когда наступила возможность зачета. Это имѣетъ значеніе для исчисленія процентовъ, для опредѣленія послѣдствій просрочки и т. д.[1]). Все, что дано контрагентомъ лишняго, какъ проценты или уплата за просрочку, по производствѣ зачета—,онъ вправѣ требовать обратно. Но переданное въ исполненіе онъ вернуть уже не можетъ, когда бы основаніе къ зачету открылось впослѣдствіи: исполненіемъ обязательство угасло, а съ тѣмъ вмѣстѣ отпали и притязанія по поводу зачета, своевременно не сдѣланнаго.

Приходится упомянуть еще о томъ, что зачетъ обычно дѣлится на законный, судебный и договорный. Изъ изложеннаго вытекаетъ,

---

[1]) Тутъ умѣстно замѣтить, что точку зрѣнія зачета sine facto hominis оправдываютъ главнымъ образомъ, тѣмъ, именно, соображеніемъ, что при ссылкѣ на зачетъ послѣдній надлежитъ считать совершившимся съ того времени, когда оба долга стали подлежащими зачету, Пр. Гр. Ул., объясненія, V, п. 1, 1899 г. стр. 333. Только что указанной общей презумпціей погашенія обязательства не въ моментъ заявленія, а въ моментъ наступленія права на зачетъ, указанная цѣль вполнѣ достигается.

[2]) X т. 1 ч. не содержитъ постановленій относительно зачета. О немъ упоминаютъ вскользъ ст. 1168 Уст. Гражд. Судопр., ст. 100 Уст. о промышл., ст. 494 Уст. Судопр. Торг. Судебная практика, въ общемъ, приняла всѣ основныя начала права зачета, какъ соотвѣтствующія духу и смыслу нашихъ законовъ. Въ рѣш. гражд. 1882 г. № 19, 1884 г. № 127 Сенатъ призналъ за обществомъ взаимнаго кредита право при заключеніи счетовъ произвести безъ суда зачетъ членскаго взноса и дивиденда на уплату векселей. Въ этихъ рѣшеніяхъ разъяснено общимъ образомъ, что зачетъ можно произвести безъ согласія кредитора, что зачитываемыя требованія должны быть однородны съ исполнительной силой, т. е. съ наступившимъ срокомъ уплаты. Требуется, кромѣ того, Сенатомъ не случайное, а основанное на правѣ обладаніе, противопоставляемое требованію предмета, и „равная безспорность требованій“. Въ рѣш. гражд. 1908 г. № 107 разъяснено, что по дѣйствующимъ законамъ, для силы зачета „наличности заявленія вѣрителю не требуется“. Выводъ о „равной безспорности“ зачитываемыхъ претензій сенатъ ничѣмъ не обосновываетъ, едва ли этотъ выводъ у насъ пріемлемъ. Точно также заключеніе о возможности обойтись безъ заявленія сенатъ подкрѣпляетъ ссылкой напримѣръ иностранныхъ законодательствъ, изъ которыхъ, однако, какъ было выше указано, новѣйшія не признаютъ механическаго зачета безъ волеизъявленія.

какъ мало значенія имѣетъ это дѣленіе на самомъ дѣлѣ. Въ частности относительно судебнаго зачета можно замѣтить, что поскольку дѣло касается заявленія о зачетѣ, сдѣланнаго при судебномъ разбирательствѣ, таковой ничѣмъ не отличается отъ обыкновеннаго зачета. Поскольку же имѣются въ виду зачетъ путемъ особыхъ судебныхъ средствъ—встрѣчныхъ исковъ—правила объ этомъ касаются ближайшимъ образомъ не матеріальнаго права, а процесса съ его особенностями [1]).

Сліяніе, иначе именуемое конфузіей, Vereinigung, т. е. совпаденіе въ одномъ лицѣ вѣрителя и должника, признаваемое повсемѣстно [2]) обстоятельствомъ, прекращающимъ обязательство, обычно происходитъ при наслѣдованіи, но можетъ имѣть мѣсто и въ другихъ случаяхъ. При сліяніи самыя средства, которыя служатъ удовлетвореніемъ по обязательству, принадлежатъ уже обязанному. Когда происходитъ отдѣленіе имущества, имѣющаго назначеніемъ удовлетвореніе по обязательству, отъ прочаго имущества вѣрителя, сліяніе не имѣетъ мѣста (въ наслѣдственномъ правѣ это должно быть разсмотрѣно особо). Прекращая обязательство, сліяніе освобождаетъ поручителей, залогодателей и пр.

Иногда сліяніе имѣетъ относительное дѣйствіе, не прекращая всего обязательства цѣликомъ, а лишь задѣвая его одной стороной. Именно, въ обязательствахъ съ совокупными кредиторами или совокупными должниками совпаденіе въ одномъ лицѣ кредитора и должника уничтожаетъ требованіе лишь въ долѣ вѣрителя, ставшаго должникомъ, или—должника, ставшаго вѣрителемъ [3]).

Сліяніе можетъ отпасть вслѣдствіе отпаденія основанія, напр., съ отмѣной наслѣдованія даннаго лица. Въ такомъ случаѣ обязательство

---

[1]) Уст. Гражд. Судопр., стт. 38, 39, 340—342.

[2]) BGB, §§ 425 и 429, Abs. 2, 1976. 1991, Abs. 2, Пр. ОП., ст. 177, Code civil, Код. Нап., 1300, Schw. OR., Art. 118, Čecho-Slow., § 1339.

[3]) См. Пр. ОП., ст. 189, Code civil, Код. Нап., 1209 г. По BGB, Vereinigung абсолютно прекращаетъ солидарное обязательство, а затѣмъ наступаетъ очередь за внутренними разсчетами участниковъ, §§ 425, 426,—также и по швейцарскому праву, Schw. OR., Art. 147, 148, Oser, Obligationenrecht, 1915, S. 392. Практически это приводитъ къ тѣмъ же результатамъ, что при первой конструкціи, только переносится центръ тяжести на формально-юридическую сторону. У насъ первая конструкція болѣе подходитъ, чѣмъ построеніе германскаго формализма.

возстанавливается, но отпавшія обезпеченія—поручительство и т. д. не воскресаютъ [1]).

Что договоры прекращаются по взаимному согласію сторонъ, это несомнительно. Имѣя въ виду различные интересы и по различнымъ соображеніямъ, контрагенты прерываютъ порою свои обязательственныя правоотношенія, находя ихъ ненужными, невыгодными, не отвѣчающими ихъ представленіямъ о морали, законности и пр.

Часто контрагенты, отмѣняя обязательство, ставятъ на мѣсто отмѣняемаго какое-либо другое: тогда происходитъ т. наз. новація, novatio. Новація прекращаетъ прежнее обязательство, если таково именно намѣреніе сторонъ—animus novandi,—что долженъ установить судъ [2]). Когда этого нѣтъ, оба обязательства существуютъ рядомъ, будучи направлены къ одной цѣли. Дѣло, конечно, не въ словахъ и выраженіяхъ. а въ содержаніи акта. Иногда контрагенты прямо и опредѣленно сохраняютъ силу прежняго обязательства. Существенно, что, какъ отказъ отъ права, новація никогда не презюмируется сама собою [3]). Сомнѣнія и споры возникаютъ при выдачѣ векселей въ покрытіе долга изъ другихъ обязательствъ: по куплѣ-продажѣ, по ликвидаціи наслѣдства и пр,

---

[1]) X т. 1 ч. говоритъ объ одномъ случаѣ сліянія, указаннаго въ ст. 1260, по которой сынъ, наслѣдующій отцу вмѣстѣ съ другими братьями и сестрами, долженъ принять на себя соотвѣтственную часть претензіи, которую онъ въ качествѣ вѣрителя имѣлъ къ отцу, и вправѣ взыскивать съ сонаслѣдниковъ лишь остальное. Этимъ частнымъ случаемъ подтверждается только общее правило о сліяніи (Шершеневичъ). Сліяніе въ качествѣ фактора погашенія обязательства упоминается Сенатомъ, какъ нѣчто „само собою разумѣющееся“, рѣш. гражд. 1869 г. № 1282.

[2]) Св. Приб., ст. 3579. Эрдманъ, Обязательственное Право, 1908: „Новація и понынѣ составляетъ способъ прекращенія правъ требованія“, стр. 270. Синайскій, Основы гражд. права 1926, предостерегаетъ противъ отождествленія новаціи съ уничтоженіемъ обязательства на томъ основаніи, что въ случаѣ недѣйствительности новаго обязательства старое сохраняетъ силу и нѣтъ болѣе обновленія, стр. 126. Но въ такомъ случаѣ и соглашеніе о прекращеніи обязательства не уничтожаетъ обязательства, ибо съ признаніемъ соглашенія ничтожнымъ тоже возстанавливается прежнее обязательство. Все, что можно отсюда заключить, это—что недѣйствительная новація не есть новація.

[3]) Ср. Code civil, Код. Нап., 1273. Boeuf, Résumé de droit civile, 1925, p. 123.

Обыкновенно дача векселей не преслѣдуетъ цѣлей новаціи, особенно если это дѣлается вскорѣ послѣ совершенія первоначальнаго акта, а имѣетъ въ виду большее обезпеченіе, учетъ и т. д. Anweisung ist noch keine Bezahlung. Новація будетъ тогда, если съ очевидностью ясно, что участники намѣрены были замѣнить обусловленное доставленіе кредитнымъ (вексельнымъ) обязательствомъ.

Новація производится различными способами, но нѣкоторыя ея формы типичны. Всего чаще съ принятіемъ на себя должникомъ новаго обязательства, въ отношеніи личности контрагента остается все по старому. Но новація можетъ выразиться также въ подставѣ другого дебитора: кто-либо самъ становится добровольно на мѣсто прежняго должника—expromissio, или это происходитъ по иниціативѣ послѣдняго—delegatio. Все это должно быть съ согласія вѣрителя, съ его соизволенія на замѣну, иначе не будетъ эффекта новаціи, и старый должникъ останется отвѣтственнымъ наряду съ новымъ[1]). Новація, далѣе, выражается въ видѣ подстава иного вѣрителя, по соглашенію контрагентовъ, съ цѣлью исключить перваго вѣрителя изъ обязательства. Простое указаніе должникомъ лица, которое произведетъ исполненіе, либо вѣрителемъ—замѣстителя, имѣющаго фактически получить доставленіе, подъ новацію не подходитъ[2]).

Съ прекращеніемъ обязательства новаціей прекращается также отвѣтственность поручителей (и залогодателей), не сохраняясь въ новомъ обязательствѣ безъ особаго согласія послѣднихъ.

Отказъ отъ права по обязательству имѣетъ часто характеръ безвозмездный и безкорыстный. Но основаніемъ такого отказа можетъ служить также полученіе иной выгоды взамѣнъ, либо вообще опредѣленный интересъ. Таковъ отказъ отъ довѣренности, договора порученія, товарищескаго договора, страхового вознагражденія и т. д. Порою отказъ самопроизволенъ, порою основанъ на соглашеніи; мотивы его—то матеріальные, то не-матеріальные. Нерѣдко отказъ носитъ характеръ мирового соглашенія. Односторонній отказъ по договору съ двусторонним доставленіемъ иногда трансформируетъ самый договоръ, напр., отказъ продавца отъ денегъ за купленную вещь превращаетъ куплю въ даръ. Отказъ не долженъ ухудшить ни въ чемъ правовое положеніе лица, въ чью пользу онъ состоялся[3]).

---

[1]) Сюда относится, между прочимъ, отношенія, вытекающія изъ векселя, чека, тратты, залога, перевода предпріятія.

[2]) Ср. Codice civile, Art. 1273.

[3]) Иллюстрація: нѣкто, отказавшись отъ эквивалента за

Отказъ выражается не только expressis verbis, но и въ формѣ конклюдентныхъ дѣйствій—молчаливый отказъ. Молчаливый отказъ символизируется часто возвратомъ должнику документа, подтверждающаго обязательство. Но одного факта нахожденія документа у должника недостаточно: вѣритель можетъ опровергнуть правомѣрность этого факта.

Разновидностью отказа отъ права по обязательству можно считать отреченіе истца отъ иска о доставленіи по обязательству. Возраженіе ученыхъ сводится въ данномъ случаѣ къ тому, что истецъ отказывается отъ притязанія на судебную защиту, а не отъ самого требованія[1]), которое остается и можетъ быть, напр., зачтено отвѣтчику впослѣдствіи (compensatio). Такой взглядъ не соотвѣтствуетъ, однако, сущности прекращенія судебнаго иска: таковое приравнивается по юридическимъ послѣдствіямъ къ отказу въ искѣ. Желающій сохранить право и подчеркнуть отказъ лишь отъ даннаго процесса оговариваетъ это, въ согласіи съ судопроизводственными законами, въ своемъ заявленіи о прекращеніи („съ правомъ возобновленія"), чѣмъ резервируетъ за собою не только право требованія, но и возможность новаго иска. Такая оговорка о резерваціи выводится иногда судомъ и косвенно, изъ данныхъ дѣла. Но все это не примѣнимо тогда, когда истецъ прекращаетъ дѣло навсегда [2]).

Окончательное отпаденіе требованія, поступившаго въ конкурсъ, вслѣдствіе признанія несостоятельности должника несчастной, представляется особымъ индивидуальнымъ способомъ прекращенія обязательства силою самого закона. Это какъ бы милость закона несостоятельному должнику за счетъ вѣрителей, оправдываемая косвенно обнаруженной

проданный имъ предметъ изъ желанія предметъ этотъ подарить покупщику, затѣмъ потребовалъ возврата дара по неблагодарности одареннаго. Послѣдній вправѣ предложить уплату за предметъ.

[1]) См. у Синайскаго, Основы гражд. права, 1926 г., стр. 127.

[2]) Ср. рѣш. гражд. 1910 г. № 12, также 1876 г. № 137, 1870 г. № 528, рѣш. гражд. 31 марта 1910 г. по д. Варш.-Вѣнской жел. дор. въ Собраніи рѣшеній, невошедшихъ въ оффиціальный сборникъ, изд. Пеньковскаго (Кассаціонная практика, 1915 г.), № 207. Истецъ вправѣ и по вызовѣ отвѣтчика въ судъ прекратить производство по предъявленному иску навсегда независимо отъ согласія на то отвѣтчика. Только иъ установительномъ искѣ, Feststellungsklage, насколько онъ допускается у насъ, презумпція должна быть въ сторону отказа только отъ данной формы судебной охраны съ оставленіемъ за истцомъ иска объ истребованіи (какъ и самого права требованія).

невозможностью исполненія безъ вины должника. Прекращеніе кредиторскихъ претензій къ несостоятельному обязательной „мировой сдѣлкой", принятой большинствомъ кредиторовъ, представляется обычной формой маіоризированія меньшинства по аналогіи съ рѣшеніемъ спорныхъ вопросовъ по большинству голосовъ въ другихъ совокупностяхъ лицъ. Иначе смотрятъ нѣкоторые юристы (Синайскій), усматривающіе здѣсь якобы принудительный отказъ меньшинства [1]).

Отказъ отъ гарантіи, поручительства не есть отказъ отъ самого обязательства. Напротивъ, кто отказался отъ главнаго должника, освободилъ и акцессорныхъ должниковъ (поручителей) [2]).

---

[1]) См. Уст. Судопр. Торг., стт. 528, 529 и сл. Характерно, что по старымъ разъясненіямъ принудительная „мировая сдѣлка" не примѣнима къ дѣламъ неторговой несостоятельности (Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта по гражданскимъ дѣламъ за 1852, 1853 и 1842 г.г., стр. 387), такъ какъ въ дѣлахъ гражданскихъ частное лицо противу своей воли не можетъ быть принуждено къ миру со своимъ противникомъ (ib). Однако, это отмѣнено нынѣ ст. I прил. III къ ст. 1400 Уст. Гражд. Судопр.

[2]) См. Brugi, cit., 730 S.

Отдѣльныя обязательства.

Дареніе. Въ силу даренія одно лицо доставляетъ другому безвозмездно имущественную выгоду, съ уменьшеніемъ своего достоянія и съ намѣреніемъ обогатить одаряемаго [1]). Выгода можетъ заключаться какъ въ передачѣ вещи или вещнаго права, такъ и въ установленіи обязательства отъ своего имени или отъ имени третьяго лица, въ отказѣ отъ права, въ веденіи чужихъ дѣлъ, въ работахъ, службѣ, услугахъ и пр. Всякое доставленіе, къ какому бы разряду обязательствъ оно ни принадлежало, можетъ заключать въ себѣ безмездный элементъ и стать „дареніемъ“ въ указанномъ смыслѣ. Тамъ, гдѣ нѣтъ матеріальной выгоды, т. е. нѣтъ дѣйствительнаго извлеченія имущества изъ обладанія одного въ пользу другого, нѣтъ и даренія, хотя бы та или иная польза для получающаго существовала. Отрекшійся отъ наслѣдства наслѣдникъ обогащаетъ этимъ прочихъ наслѣдниковъ, но онъ не совершаетъ даренія, ибо самъ ничего не лишается: онъ столько же „даритъ“, сколько даритъ наслѣдникъ, умершій до открытія наслѣдства, фактомъ своей смерти. Такой же характеръ имѣетъ отказъ отъ легата. По этой же причинѣ не совершаетъ даренія тотъ, кто устанавливаетъ залогъ или поручительство въ пользу должника, и т. д.

Въ жизни все совершается по извѣстнымъ мотивамъ и побужденіямъ, и не требуется вовсе, чтобы даръ былъ „чистымъ“ обогащеніемъ, безъ какого бы то ни было контръ-доставленія. Основаніемъ дара можетъ быть ранѣе оказанная услуга, даже продолжительное совмѣстное сожительство женщины съ мужчиной—donatio remuneratoria.

Намѣреніе обогатить, animus donandi—сердцевина даренія. Все, что совершаетъ одинъ въ пользу другого ежечасно и ежеминутно, доставляя ему выгоды и пользы, лишено элемента даренія, если производится безъ указанного намѣренія. Не есть поэтому дареніе даже переплата за товаръ и предметы, хотя бы сознательная, съ цѣлью выручить изъ бѣды, отступное за квартиру. Не совпадаетъ съ дареніемъ безмездное доставленіе

---

[1]) BGB, § 516, Пр. ОП., ст. 257, Св. Приб., ст. 4464, Schw. OR., Art. 239, Abs. 1. Нѣкоторыя законодательства говорятъ о дареніи „вещи“, неправильно съуживая перспективу: Code civil, Код. Нап., 894, Čecho-Slov., § 872.

во исполненіе общественнаго или нравственнаго долга [1]). Къ такого рода доставленію относится—уплата проиграннаго пари. Далеко отъ даренія такое доставленіе—выполненіе обязательства ex lege—, какъ содержаніе жены, дѣтей и даже болѣе отдаленныхъ родственниковъ. Animus donandi не предполагается: его долженъ установить тотъ, кто ссылается на дареніе.

Договорный характеръ даренія (ранѣе оспаривался) выражается въ необходимости согласія одаряемаго [2]).

Въ видѣ общаго правила, не можетъ быть дара противъ воли того, кому предполагается его предоставить. Иначе приходилось бы считать даромъ даже самое невыгодное доставленіе. Для одаряемаго не безразлично, кто даритъ и что ему дарятъ. („Timeo Danaos et dona ferentes").

Какъ договоръ, дареніе отличается отъ распоряженія на случай смерти, не имѣющаго характера соглашенія. Но можетъ быть дареніе и на случай смерти, если смерть является лишь срокомъ осуществленія договора, а самое дареніе въ качествѣ акта оконченнаго и неотмѣнимаго происходитъ уже при жизни—donatio mortis causa. Это устанавливаетъ судъ по конкретнымъ признакамъ. Однако, на практикѣ бываетъ иногда одареніе безъ прямого согласія одаряемаго и даже безъ его вѣдома. Таковы, между прочимъ, производство расходовъ въ пользу другого лица cum animo не требовать ихъ обратно, принятіе на себя уплаты чужого долга съ намѣреніемъ совершить даръ (Савиньи) [3]).

---

[1]) См. Schw. OR., Art. 239, Abs. 3.

[2]) Рѣш. гражд. 1870 г. № 1552; ср. Св. Приб., ст. 4464, BGB, § 516 и Code civil, Код. Нап., 932 (внутренній смыслъ). По общему правилу, это согласіе за неспособнаго выражаетъ законный представитель послѣдняго (опекунъ, конкурсное управленіе).

[3]) Пр. Гр. Ул., Объясн., V, т. I, 1899 г., стр. 550. По этой причинѣ новѣйшія законодательства отказываются поставить точку на і и опредѣлить дареніе какъ договоръ. Такъ, Schw. OR называетъ дареніе Zuwendung, но трактуетъ о немъ въ отдѣлѣ „die einzelne Vertragsverhältnisse" и упоминаетъ о принятіи даренія: Art. 241. На почвѣ французскаго права практика также не высказывается категорически за договорный характеръ даренія, относя послѣднее къ disposition entre vifs et testamentaires", но требуя, однако, въ видѣ основного правила, consentement du donataire", въ той же мѣрѣ, какъ и при договорахъ. Ср. Dalloz, Dictionnaire pratique de

Какъ и при другихъ договорахъ (куплѣ-продажѣ), предметъ даренія передается одновременно съ заключеніемъ договора, или же дается обѣщаніе передать его впослѣдствіи.

Въ виду безмездности дара и необходимости строго взвѣсить всякій такой актъ, многіе кодексы оговариваютъ обязанность совершенія даренія въ письменной формѣ, если оно не сопровождается немедленной передачей подареннаго [1]). Неисполненіе или неисправное исполненіе договора даренія производитъ обязанность возмѣщенія вреда: въ этомъ отношеніи дареніе не отличается отъ другихъ обязательствъ. Но спеціальныя свойства даренія приводятъ и къ нѣкоторымъ особымъ результатамъ. Во-первыхъ, даритель несетъ сравнительно меньшую отвѣтственность за качество даримаго, въ частности не отвѣчаетъ за фактическіе и юридическіе недостатки, которыхъ онъ не зналъ и не могъ

droit, p. 480, № 38. Нѣкоторые русскіе цивилисты пытались создать „общую теорію даренія какъ учрежденія, обнимающаго въ общихъ чертахъ всѣ различныя учрежденія о безмездномъ пріобрѣтеніи правъ“, относя такимъ образомъ дареніе не къ соглашеніямъ, а къ способамъ пріобрѣтенія имущества и правъ. Мейеръ-Гольмстенъ, Русское гражданское право, изд. 10, стр. 181. Но такое ученіе оказалось невыдержаннымъ даже у этихъ же цивилистовъ, которымъ все же пришлось отличать отъ дара тотъ или иной видъ безмезднаго доставленія, напр., выдѣлъ. Побѣдоносцевъ относилъ дареніе къ способамъ пріобрѣтенія „собственности“ (?), Курсъ гражданскаго права, ч. 1, 1896, стр. 236 — 238. Кавелинъ причисляетъ даръ къ „одностороннимъ обязательствамъ“, Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ, 1879, стр. 171—173. Большинство русскихъ цивилистовъ видятъ въ дарѣ именно договоръ: Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, т. IV, 1904, стр. 304 и сл., 327, Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912, стр. 554, Синайскій, Русское гражданское право, 2, 1918, стр. 62 сл., Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922, стр. 297.

[1]) Ср. Пр. ОП. ст. 263. BGB, § 518, требуетъ даже нотаріальной или судебной формы, также требуетъ нот. формы Code civil, Код. Нап., 931. По дѣйствующему нашему праву, передача подареннаго движимаго имущества совершается вручениемъ даримой вещи, ст. 993 X т. 1 ч. (для недвижимости—крѣпостная форма: дарственная запись). Письменная форма, какъ разъяснилъ Сенатъ, нужна, когда въ моментъ даренія фактическая передача движимаго имущества почему-либо невозможна, рѣш. гражд. 1876 г. № 554, 1874 г. № 370, 1870 г. № 397. Такимъ же образомъ и Schw. OR., Art. 242, Abs. 1.

замѣтить при обыкновенныхъ условіяхъ (скрытые пороки) [1]). Это вытекаетъ изъ началъ справедливости и обычнаго права, не чуждыхъ и нашему правообороту. „Einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul",—„даръ не купля—не хаютъ, а хвалятъ". За прочіе недостатки на дарителя падаютъ послѣдствія, поскольку отъ нихъ произошелъ дѣйствительный вредъ для одареннаго. Во-вторыхъ, вопреки началу „pacta sunt servanda", дареніе отмѣняется по совершенно специфической причинѣ, именно, по неблагодарности одареннаго.

Выходитъ такъ, словно одаренный долженъ быть благодаренъ дарителю всю жизнь; это какъ бы перманентное условіе дара. Однако, на самомъ дѣлѣ неблагодарность понимается въ законѣ не какъ извѣстное психическое состояніе, а какъ серьезный конкретный образъ дѣйствій одареннаго, свидѣтельствующій о явномъ непочтеніи къ дарителю: покушеніе на убійство послѣдняго, нанесеніе ему обиды и т. д. [2]). Что такое „неблагодарность" въ указанномъ смыслѣ, рѣшаетъ въ концѣ концовъ судъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, не стѣсняясь тѣмъ, было ли со стороны одареннаго посягательство на самого дарителя или близкихъ ему лицъ, лишь бы въ посягательствѣ обнаружилось презрительное или вообще недопустимое, по обычаямъ, нравамъ и пр., поведеніе въ отношеніи дарителя. При отмѣнѣ даренія по неблагодарности даръ возвращается по началамъ

---

[1]) Пр. ОП., ст. 269, BGB, § 523, Св. Приб., ст. 4478 Codice civile трактуетъ о безотвѣтственности за эвикцію — guarantia verso il donatario per levizione, Art. 1077.

[2]) См. Пр. ОП., стр. 273, Code civil, Код. Нап., 1954, 955. BGB имѣетъ въ виду случай grobens Undankes durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers, § 530, Abs. 1. X т. 1 ч. отмѣняетъ даръ при покушеніи одареннаго на жизнь дарителя, причиненіи послѣднему побоевъ или угрозы, оклеветаніи въ совершеніи преступленія и вообще „явномъ непочтеніи", ст. 974. Возбужденіе уголовнаго преслѣдованія не обязательно: гражданскій судъ рѣшаетъ наличность клеветы, угрозъ, покушеній и пр., рѣш. гражд. 1879 г. № 193, причемъ судъ принимаетъ во вниманіе и то, какъ держалъ себя самъ даритель, рѣш. гражд. 1910 г. № 54. Нельзя усматривать неблагодарность сына или дочери по отношенію къ родителю своему во вступленіи въ бракъ безъ его согласія и даже противъ его воли. Возвратъ по неблагодарности неизвѣстенъ англійскому праву, по которому даритель, не оставившій за собой expressly права отзыва, ни въ какомъ случаѣ не въ состояніи отозвать сдѣланный даръ.

незаконнаго обогащенія. Если подаренная вещь была отчуждена, уплачивается ея цѣнность. Другіе поводы къ отмѣнѣ даренія, какъ „послѣдующее рожденіе дѣтей“ [1]), имѣетъ спеціальное значеніе и незнакомо нашему праву. Что касается неисполненія одареннымъ возложенной на него обязанности, которое Пр. ОП. также считаетъ основаніемъ отмѣны даренія [2]) то, какъ и въ другихъ обязательствахъ, судъ in concerto можетъ рѣшить, должно ли такое неисполненіе влечь прекращеніе дара, являясь, по характеру своему, близкимъ къ отмѣнительному условію, или же можно только требовать въ этомъ случаѣ удовлетворенія (исполненія). Ничѣмъ существеннымъ въ данномъ отношеніи даръ отъ другихъ договоровъ не отличается.

Къ даренію приравнивается пожертвованіе, являющееся однимъ изъ видовъ безмездной передачи имуществъ и правъ на пользу общую. При пожертвованіи не можетъ быть рѣчи о возвратѣ по неблагодарности, но за то возникаютъ вопросы объ измѣненіи назначенія подареннаго имущества. Жертвователь управомоченъ требовать возврата пожертвованнаго для опредѣленныхъ надобностей, если жертва будетъ обращена на другія надобности безъ его согласія [3]). Здѣсь интересы часто только нравственнаго и общественнаго свойства, но весьма почтенные.

Акты даренія имѣютъ большое моральное значеніе. Дареніе свидѣтельствуетъ о близости и любви, цементируетъ человѣческую дружбу, представляетъ собою радость не только для получающаго, но и для дающаго, особенно въ средѣ родныхъ. Дареніе—пожертвованіе въ пользу государства, общества и общественныхъ организацій играетъ огромную, коллективно-созидательную и культурную роль. Не только церковь, но и государства ранѣе существовали на доброхотныя даянія, а благотворительность и многія отрасли общественности по сей день держатся исключительно пожертвованіями.

Съ другой стороны, экономическое значеніе даренія въ оборотѣ весьма незначительно. Въ области дѣловыхъ отношеній дареніе имѣетъ мѣсто чрезвычайно рѣдко, и подъ видомъ даренія фигурируетъ большей частью какая-либо скрытая возмездная сдѣлка. Съ самыхъ древнихъ временъ государство, поощряя даренія между близкими и друзь-

---

[1]) Code civil, Код. Нап., 1954.

[2]) Ст. 274, см. и Code civil, Код. Нап., 953.

[3]) Рѣш. Гражд. 1879 г. № 34, ст. 986, X т. 1 ч. Такое же право принадлежитъ наслѣдникамъ жертвователя послѣ его смерти.

ями, какъ дань привязанности, подозрительно относилось къ прочимъ дареніямъ, по ихъ „недѣловитости“, и допускало широко отмѣну и оспариваніе даренія. Еще римское право признавало не только личное право дарителя отмѣнить дареніе по неблагодарности одареннаго, но также оспариваніе даренія по чрезмѣрности дара: Lex Cincia 204 г. до Р. Х. Юстиніанъ впервые призналъ, наряду съ фактическимъ даромъ, обязательство одарить въ будущемъ, сообщивъ обѣщанію дара свойство договора, но при значительныхъ дарахъ предписывалъ судебное подтвержденіе [1]). Въ Европѣ усвоена была римская donatio, въ то же время выработался обычай встрѣчнаго дара, дававшаго возможность избѣгнуть поворота. Съ теченіемъ времени встрѣчный даръ сталъ превращаться въ фикцію, какой была, напр., выдача мелкой монеты дарителю цѣнной вещи. (Повидимому, изъ этого обычая выросло суевѣрное представленіе въ народѣ, будто даръ „неоплоченный“ не приноситъ счастья: даритель обязательно долженъ принять „что-либо“ отъ одареннаго). При этомъ во многихъ странахъ обѣщаніе дарить, вопреки римскому праву, осталось до сихъ поръ отмѣнимымъ актомъ—взглядъ, не пріемлемый съ точки зрѣнія общественной и личной морали.

По персональному характеру дара, допускаютъ иногда отмѣну даренія также въ случаѣ нужды дарителя или даже его близкихъ, находящихся на его иждивеніи: это безспорно заслуживаетъ вниманія у насъ de lege ferenda. (Напротивъ, упомянутое выше французское правило о возвратѣ дара по случаю послѣдующаго рожденія дѣтей теперь всѣми справедливо отвергается). Задача политики права—бороться противъ такихъ дареній, которыя, заключая въ себѣ акты щедрости, въ то же время способны вести къ разоренію дарителя, вредны для его кредиторовъ, для его близкихъ, чрезмѣрно легкомысленны. За предѣлами всего этого, дареніе, какъ выраженіе лучшихъ

---

[1]) Донынѣ оставшіяся нѣкоторыя стѣсненія права даренія объясняются, именно, опасеніемъ легкомысленныхъ или морально—вынужденныхъ дарственныхъ уступокъ. Таковы, напр., статьи Code civil, Код. Нап. о воспрещеніи замужней женщинѣ совершать даренія безъ личнаго содѣйствія или особаго согласія своего мужа либо безъ разрѣшенія суда (905),—докторамъ, должностнымъ лицамъ по части народнаго здравія и аптекарямъ, пользовавшимъ извѣстное лицо во время болѣзни, отъ которой послѣдовала смерть, пріобрѣтать по дарственнымъ (и завѣщательнымъ) распоряженіямъ, совершеннымъ въ ихъ пользу тѣмъ лицомъ во время означенной болѣзни (909).

проявленій человѣческой души, должно пользоваться полнымъ покровительствомъ закона.

Купля-продажа. Куплей-продажей совершается возмездный переносъ правъ на предметъ. Она—нервъ гражданскаго оборота. Особенную роль играетъ она въ торговлѣ, представляющей собою, по преимуществу, цѣпь договоровъ купли-продажи. (Большинство правилъ о куплѣ касается, именно, торговаго права). Ближе, куплю-продажу можно опредѣлить, какъ договоръ, въ силу котораго одна сторона —продавецъ—обязывается передать другой—покупщику—за условленное денежное вознагражденіе движимую или недвижимую вещь въ собственность. Такимъ образомъ купля-продажа—одинъ изъ типичнѣйшихъ договоровъ съ двустороннимъ доставленіемъ [1]).

Купля-продажа, по справедливости, царь договоровъ. Не тѣмъ она была въ прежнее время, когда коммерція, индустрія и вообще дѣловой оборотъ обрѣтались на низкихъ ступеняхъ развитія. Въ римскомъ правѣ купля-продажа была видомъ обычной стипуляціи (двойной), сводившейся къ обѣщанію продавца отдать вещь и такому же обѣщанію покупщика уплатить цѣну. Впослѣдствіи подобная конструкція стала порождать большія затрудненія, особенно принимая во вниманіе частыя заочныя купли, при которыхъ выполнить стипуляціонныя формальности оказывалось немыслимымъ. Поэтому договоръ купли мало по малу пробивалъ себѣ дорогу въ область простыхъ, не-торжественныхъ соглашеній, охраняемыхъ при посредствѣ actiones bonae fidae; контрагентамъ дано было общее требованіе объ исполненіи (dare, facere oportet ex bona fide). Еще позже договоръ получилъ наименованіе emptio venditio, причемъ требованія сторонъ обрѣли слитный характеръ и взаимную зависимость: одно существовало потому, что существовало другое. Въ этомъ видѣ emptio-venditio была потомъ рецепирована въ Европѣ; такимъ договоръ этотъ, въ главныхъ чертахъ, остался понынѣ. Только въ отдѣльныхъ странахъ—во Франціи и у насъ—въ куплѣ-продажѣ законъ видитъ не прямо договоръ, а какой-то особый актъ, въ силу котораго продавецъ становится собственникомъ предмета въ моментъ заключенія соглашенія, принимая на себя обязательство уплатить условленную сумму, т. е., въ концѣ концовъ, способъ пріобрѣтенія имущества—modus adquirendi dominii [2]). Но и здѣсь практика модифицировала смыслъ закона,

[1]) См. BGB, § 433, Пр. ОП., ст. 198, абз. 1, Св. Приб., ст. 3831, Schw. OR., Art. 184.

[2]) X т. I ч., стт. 1381 и сл. Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, ч. 1, 1896 г., стр. 316: „Купчая есть актъ

примѣнительно къ властнымъ требованіямъ дѣйствительности, и купля-продажа давно трактуется на самомъ дѣлѣ какъ подлинный договоръ— contractus bilateralis aequalis [1]).

Несмотря на обиліе практики по договору купли-продажи, констатируется много разногласій по существеннѣйшимъ вопросамъ этого договора. Надлежитъ въ дальнѣйшемъ изложеніи коснуться объекта его и формы, а также правъ и обязанностей контрагентовъ.

По природѣ договора купли-продажи, предметомъ его служитъ все то, что имѣетъ какую-либо цѣнность: не только тѣлесныя вещи, но и права [2]). Однако, о покупкѣ правъ можно трактовать лишь до извѣстныхъ предѣловъ, ее нельзя смѣшивать съ цессіей. Рѣчь идетъ лишь о такихъ правахъ, которыя являются чѣмъ-то обособленнымъ и самостоятельно фигурирующимъ въ оборотѣ: продажа акцій, паевъ, процентныхъ бумагъ, отдѣльныхъ авторскихъ правомочій, исковъ и т. п. Возможна покупка даже такихъ цѣнностей, которыя не служатъ настоящими объектами права, какъ извѣстія, секреты, кліентелла, фасоны [3]). Не требуется, чтобы предметъ продажи находился во время заключенія договора въ обладаніи продавца фактически или юридически. Допустима продажа несуществующей еще вещи: будущихъ плодовъ, грядущаго уро-

---

окончательный, есть самая передача, а соглашеніе о продажѣ предшествуетъ ей, и въ купчей выражается результатъ его, переходъ имущества отъ одного лица къ другому". См. code civil, Код. Нап., 1582.

[1]) Рѣш. гражд. 1887 г. № 100: „по самому характеру своему купля-продажа несомнѣнно является договоромъ, а не одностороннимъ актомъ, такъ какъ въ ней одна сторона продаетъ, а другая пріобрѣтаетъ имущество". Такъ же французская практика и доктрина, опредѣляющая куплю-продажу, какъ консессуальный, синалагматическій контрактъ, par laquel l'une des parties transfére ou s'empare a transférer la propiété d'une chose moyennant un prix que l'autre s'engage à lui payer. Dalloz, Dictionaire pratique de droit, p. 1531 № 1 s.

[2]) BGB, § 433, Пр. ОП., ст. 1724, абз. 2, Св. Приб., ст. 3833, отчасти Code Civil, Код. Нап., 1692, 1693, Schw. OR, Art. 184. Въ послѣднемъ подъ „Kaufgegenstand", разумѣется, и право, см. Oser, cit. S. 461. Рѣш. гражд. 1878 г. № 296, еще опредѣленнѣе 1875 г. № 543. Ср. ст. 387 Врач. Уст. о продажѣ привиллегіи на содержаніе аптеки. Contra Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912, стр. 525.

[3]) Dernburg. См. рѣшенія швейцарскихъ судовъ у Oser'a, cit, S. 461.

жая, лоттерейнаго выигрыша--emptio rei speratae и emptio spei, а также продажа предмета, принадлежащаго другому лицу, въ предвидѣніи пріобрѣтенія этого предмета продавцомъ къ моменту реализаціи договора. Сенату приходилось подтверждать возможность продажи лѣса на срубъ [1]). Продажа вообще несуществующей вещи не только нерелевантна юридически, но можетъ быть сочтена уголовно-наказуемымъ обманомъ. Нельзя продавать вещь арестованную, недвижимость, на которой лежитъ вещное запрещеніе; но запрещеніе за долги не препятствуетъ продажѣ, если сумма долга вносится на покрытіе кредиторской претензіи. Эквивалентъ за предметъ купли долженъ быть денежный и знаменовать дѣйствительную уплату: выдаваемая по обычаямъ какая-либо ничтожная сумма „для вйду“ за полученную вещь не превращаетъ даренія въ куплю (см. выше о дареніи). Но не требуется, чтобы эквивалентъ былъ непремѣнно соразмѣрный [2]). Денежный эквивалентъ при куплѣ-продажѣ

---

[1]) Рѣш. гражд. 1870 г. № 907.

[2]) Институтъ laesio enormis, т. е. право продавца оспорить продажу недвижимости, когда эквивалентъ по своей незначительности не достигаетъ извѣстнаго предѣла, напр., половины дѣйствительной стоимости, созданный впервые еще во времена Діоклетіана и получившій затѣмъ въ юриспруденціи довольно почетную извѣстность, нынѣ примѣняется во французскомъ правѣ („если продавецъ потерпѣлъ убытокъ болѣе, чѣмъ на семь двѣнадцатыхъ частей въ цѣнѣ“, Code civil, Код. Нап., 1674—1685), отчасти въ Австрійскомъ правѣ, Св. Приб., да еще, пожалуй, въ правѣ нѣкоторыхъ территорій Великобританіи (Шотландія). Институтъ этотъ представляется пережиткомъ старыхъ временъ, когда домогаться уничтоженія купли-продажи по ненормальности уплоченной цѣны—отсутствію praetium justum—вправѣ былъ и продавецъ и покупщикъ, смотря по тому, была ли цѣна слишкомъ низка или слишкомъ высока, при чемъ это касалось одинаково покупки какъ недвижимостей, такъ и движимостей, и имѣлъ цѣлью особую опеку надъ контрагентомъ договора, именно, огражденіе его отъ эвентуальныхъ обмановъ и отъ легкомысленныхъ актовъ. Нынѣ въ большинствѣ странъ, не исключая Германіи и Швейцаріи, институтъ этотъ болѣе не существуетъ, частью растворившись въ общихъ нормахъ о ростовщическихъ актахъ и договорахъ, частью исчезнувъ безъ всякаго слѣда. Нашему праву этотъ институтъ никогда извѣстенъ не былъ. Существовалъ законъ 18 іюня 1892 г., вошедшій въ Уст. о нак., ст. 180[4], ч. 2, о правѣ крестьянина на доплату въ случаѣ покупки у него за безцѣнокъ хлѣба на корню, снопами или зерномъ, съ использованіемъ завѣдомо тягост-

можетъ заключаться и въ чужой валютѣ, а также въ %% бумагахъ и иной цѣнности, близкой къ деньгамъ. Но дача другого предмета въ вознагражденіе за купленный предметъ характеризируетъ собой не продажу, а мѣну. Опредѣленіе цѣны стороны вольны предоставить третьему лицу. Покупную сумму за предметы, имѣющіе рыночную или биржевую цѣну, возможно выразить этой именно цѣной (средняя рын. или бирж. цѣна). По западнымъ законодательствамъ покупщикъ, кромѣ цѣны, долженъ платить еще и проценты съ момента перехода къ нему права собственности. Такого общаго правила не содержитъ нашъ законъ.

Продажа недвижимости совершается крѣпостнымъ (ипотечнымъ) порядкомъ. Отсутствіе крѣпостного акта — купчей крѣпости—поражаетъ самую продажу и не можетъ быть ничѣмъ исправлено, даже признаніемъ сторонъ на судѣ [1]). Что касается движимостей, то нѣкоторые кодексы требуютъ составленія письменнаго акта тогда, когда цѣна проданнаго превышаетъ опредѣленную сумму [2]). Другія законодательства, въ томъ числѣ и Код. Нап., оставляютъ форму на волю сторонъ во всѣхъ случаяхъ продажи движимости. На послѣдней точкѣ зрѣ-

---

наго положенія его. См. объ этомъ законѣ Синайскій, Русское Гражданское право, в. 2, 1918, стр. 76, 77. Однако этотъ законъ потеряль силу съ введеніемъ у насъ Угол. Улож., не говоря уже о противорѣчіи его фундаментальной нормѣ о гражданскомъ равенствѣ (Lietuvos Valstybės Konstitucijos, § 10). При продажѣ заграницей нашего морского судна консулъ нашъ, приглашенный къ участію въ совершеніи договора, обязанъ убѣдиться въ соотвѣтствіи покупной цѣны дѣйствительной стоимости судна. Это—старый законъ, предохраняющій нашихъ судовладѣльцевъ отъ разорительныхъ продажъ заграницей, въ ущербъ интересамъ нашего судоходства.

[1]) Ни продавецъ, ни покупщикъ не вправѣ послѣ совершенія акта у нотаріуса самопроизвольно отказываться отъ законныхъ послѣдствій продажи относительно перенесенія правъ собственности на покупщика. Матеріальныя и формальныя стороны акта относятся къ моменту совершенія его у нотаріуса, старшій нотаріусъ утверждаетъ не проектъ акта, а самый актъ. Рѣш. Гражд. 1899 г. № 43, 1886 г. № 96, иначе прежде—рѣш. гражд. 1875 г. № 626. Продавецъ не вправѣ за время отъ совершенія акта у нотаріуса заключить по имѣнію лѣсорубочный договоръ, сдать имѣніе въ аренду на срокъ долѣе момента утвержденія купчей крѣпости старшимъ нотаріусомъ и т. п., рѣш. гражд. 1915 г. № 16.

[2]) По Code civil—150 фр., по Пр. ОП.—триста рублей.

нія стоитъ и дѣйствующее наше право [1]). Требованіе письменной формы для продажи движимости, возникшее во Франціи въ результатѣ недовѣрія къ свидѣтельскимъ показаніямъ и какъ мѣра борьбы съ сутяжничествомъ, не оправдалось въ жизни.—Оно, вообще, безъ дѣйствительной надобности стѣсняетъ оборотъ, изобилующій повседневными продажами.

По поводу взаимоотношеній сторонъ въ договорѣ купли-продажи надлежитъ отмѣтить слѣдующее.

Продавецъ передаетъ предметъ со всѣми принадлежностями и приращеніями, если въ соглашеніи не оговорено иное, а въ случаѣ неисполненія понуждается къ тому судомъ [2]). Путемъ традиціи продавецъ переноситъ на покупщика право собственности на движимость подобно тому, какъ при недвижимости такой результатъ достигается совершеніемъ купчей [3]). Коль скоро традиція движимости состоялась, фактъ неуплаты денегъ за купленный предметъ, по общему правилу, не влечетъ за собой уничтоженія купли-продажи, а имѣетъ послѣдствіемъ лишь взысканіе условленной покупной суммы [4]). По уплатѣ денегъ за про-

---

[1]) Только для купли-продажи рѣчныхъ судовъ Сенатъ предписываетъ соблюденіе письменной формы, рѣш. гражд. 1889 г. № 1,—что также спорно.

[2]) Покупщики вправѣ, при уклоненіи продавца, пріобрѣсти за его счетъ предметъ въ другомъ мѣстѣ, когда рѣчь идетъ о res fungibilis.

[3]) При продажѣ съ публичнаго торга право собственности пріобрѣтателя начинается съ момента окончанія торга (съ этого момента и залогодатель уже не вправѣ погашать долгъ по имѣнію): ст. 1164 Уст. гражд. судопр. и разъясненія ея въ рѣш. гражд. 1912 г. № 130, 1915 г. № 47 и въ рѣшеніи Латвійскаго Сената, Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumi 1922 g. № 46. Также Тютрюмовъ, Гражданскій процессъ, 1925, стр. 544. Вообще же, публичная продажа ничѣмъ не отличается отъ обыкновенной продажи по своимъ юридическимъ послѣдствіямъ—и отнюдь не является какимъ-то особымъ видомъ принудительнаго прекращенія права собственности, какъ думаютъ нѣкоторые, въ томъ числѣ Синайскій, Русское гражданское право, в. 2, 1918, стр. 83. Волеизъявленіе собственника продаваемой съ публичныхъ торговъ вещи замѣняется судебными дѣйствіями адэкватнаго характера, а совершеніе предварительнаго акта у нотаріуса на недвижимость—постановленіемъ о произведенныхъ торгахъ (при условіи вступленія его въ законную силу).

[4]) По дѣйствующему нашему праву, въ случаяхъ, когда продавецъ докажетъ (письменными данными) неполученіе имъ отъ покупщика цѣны, купчая крѣпость уничтожается, даже

данную движимость таковая, во всякомъ случаѣ, становится собственностью покупщика. Установленіе кредитнаго обязательства равносильно наличной уплатѣ. Дальнѣйшее пребываніе, при этомъ, предмета у продавца положенія не мѣняетъ: презюмируется praesumptio juris et de jure, —традиція съ временнымъ оставленіемъ (на храненіе) у продавца уступленнаго имъ предмета. Такимъ образомъ покупщикъ пріобрѣтаетъ право собственности на купленную движимость—либо уплативъ условленную цѣну, либо принявъ фактически къ себѣ отъ продавца купленный предметъ, хотя бы и до уплаты, либо съ заключеніемъ кредитнаго обязательства хотя бы предметъ еще не былъ переданъ.

Проданная вещь должна быть безъ недостатковъ физическихъ—въ качествѣ и количествѣ и безъ пороковъ въ смыслѣ юридическомъ. Въ частности, при продажѣ земельнаго участка отсутствіе земли въ томъ количествѣ, какое указано въ купчей крѣпости не считается недостаткомъ, если участокъ проданъ какъ обособленная единица, въ извѣстныхъ границахъ, а обозначеніе количества носило лишь характеръ описанія. Иначе обстоитъ дѣло, когда стороны имѣли въ виду именно размѣръ, и цѣна опредѣлена была соотвѣтственно количеству [1]). Что касается юридическихъ пороковъ, то на продавцѣ лежитъ обязанность очистки, въ силу которой онъ отвѣтственень при отнятіи проданнаго предмета кѣмъ-либо отъ покупщика по суду, вслѣдствіе притязанія къ продавцу, либо при оказавшемся на проданномъ предметѣ обремененіи въ пользу третьихъ лицъ. Это вытекаетъ изъ того, что продавецъ повиненъ перенести право собственности, неограниченное и неотмѣнимое, а не позаботиться только какъ формулируютъ нѣкоторые, чтобы вещь попала въ составъ имущества покупщика [2]).

Клаузула объ очисткахъ включается нерѣдко въ самый договоръ, она не должна противорѣчить закону и добрымъ нравамъ. Всякое со-

---

если она находится уже въ рукахъ покупщика: рѣш. гражд.. 1908 г. № 66, 1878 г. № 173, 1869 г. № 208. X т. I ч., ст. 1424. Ср. Пр. ОП., ст. 233. Этотъ порядокъ касается спеціально перехода недвижимости и совершенія купчихъ. Требованіе объ уничтоженіи должно быть заявлено въ теченіе семи дней со дня выдачи купчей. Предполагается, что разсчетъ назначенъ былъ наличными деньгами, а не въ кредитъ.

[1]) См. рѣш. гражд. 1884 г. № 20, 1876 г. № 110, а также BGB, § 468, Code civil, Код. Нап., 1617, 1619, Бразильское Гражданское уложеніе 1 января 1916 г., ст. 1136, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[2]) Объ очисткахъ— рѣш . гражд. 1892 г. № 61, 1880 г. № 134, 1871 г. № 1121.

глашеніе объ отказѣ отъ претензіи по очисткамъ со стороны покупщика ничтожно, коль скоро продавецъ сознательно скрылъ отъ него дефекты продаваемой вещи.

Рѣчь о юридическихъ порокахъ проданнаго предмета заходитъ обыкновенно въ судебномъ дѣлѣ, возбужденномъ противъ покупщика третьимъ лицомъ—претендентомъ. Въ такомъ процессѣ естественно участвовать и продавцу. Если отвѣтная сторона не вызоветъ послѣдняго, по правиламъ о привлеченіи третьихъ лицъ въ исковомъ дѣлѣ, онъ вправѣ будетъ впослѣдствіи доказывать, что процессъ, проигранный цѣликомъ или въ части, имѣлъ бы благопріятный исходъ при его участіи. На явныя неправильности при веденіи дѣла отвѣтчикомъ, совершенныя по умыслу или грубой неосторожности, продавецъ не лишенъ права ссылаться во всякомъ положеніи, даже если бы отказался отъ участія въ процессѣ, будучи привлеченъ отвѣтчикомъ. Вообще же, въ настоящее время, когда прежняя сила эвикціи, какъ отвѣтственности продавца за неоказаніе защиты на судѣ, смѣнилась отвѣтственностью его „за неустановленіе права“ [1]), вопросъ объ участіи продавца въ спорѣ между покупателемъ и вступщикомъ вращается въ сферѣ общихъ началъ о значеніи и послѣдствіяхъ вступленія и привлеченія третьихъ лицъ въ гражданскомъ процессѣ.

Вознаграждаемый при очисткахъ ущербъ есть тотъ, который непосредственно связанъ съ неправильнымъ заявленіемъ продавца о свободности имущества. Но этимъ не устраняется право покупщика требовать компенсаціи по общимъ правиламъ, при наличности признаковъ, указанныхъ въ законѣ о возмѣщеніи вреда и убытковъ [2]).

При наличности недостатковъ и пороковъ, покупщикъ вправѣ требовать, кромѣ удовлетворенія за вредъ и потерянный интересъ, еще отмѣны и самой продажи, но послѣднее только тогда, когда есть основаніе предполагать, что, при извѣстности объ изъянахъ, покупка не состоялась бы [3]). Въ этомъ отношеніи не играетъ роли свойство изъяна, т. е. безразлично, относится ли онъ къ физической сущности вещи или это будетъ эвикція—Entwärung, либо что-нибудь подобное. Очистка у насъ, какъ и по германскому праву, является особой гарантіей продавца, а не молчаливымъ условіемъ, какимъ трактуетъ его, напр., англійскій законъ, который, хотя правда и заключаетъ въ себѣ нѣкото-

---

[1]) Митюковъ, Отвѣтственность продавца за эвикцію въ историко-сравнительномъ освѣщеніи, 1906 г., стр. 150.

[2]) Рѣш. гражд. 1914 г. № 15.

[3]) См. Пр. ОП., ст. 219, BGB, §§ 434, 436, 437.

рую неясность въ данномъ отношеніи, толкуется англійскими юристами въ томъ смыслѣ, что покупщикъ вправѣ вообще отказаться отъ покупки, коль скоро оказался any defect of title or incumbrance (дефектъ въ титулѣ или обремененіе [1]).

По общему правовому принципу, покупщику преграждается возможность предъявлять претензіи о такихъ изъянахъ, которые ему были извѣстны или могли быть извѣстны при покупкѣ, развѣ бы продавецъ своимъ завѣреніемъ создалъ искусственно въ покупщикѣ ложное представленіе объ ихъ отсутствіи. Насколько принятіе предмета безъ оговорки равносильно отказу отъ претензіи за изъяны и лишаетъ покупщика права ссылаться на таковые, разрѣшается, въ случаѣ спора, по конкретнымъ даннымъ судомъ.

При наличности условій для отмѣны продажи вслѣдствіе дефектовъ вещи, рискъ гибели предмета отъ таковыхъ падаетъ на продавца; за „невиновную", „случайную" гибель такого предмета продавецъ несетъ отвѣтственность съ момента предъявленія къ нему иска объ уничтоженіи продажи. Послѣднее положеніе, (прямо высказанное во французскомъ законѣ 2 августа 1884 г. о продажѣ домашнихъ животныхъ) имѣетъ общій смыслъ и вполнѣ пріемлемо, въ качествѣ директивы, на почвѣ дѣйствующаго нашего права, такъ какъ покупщикъ не долженъ терпѣть отъ продолжительности судебнаго производства [2]).

Распредѣленіе риска отъ гибели предмета между контрагентами купли-продажи происходитъ по началу casum sentit dominus,—„чья бѣда, того и грѣхъ" (т. е. убытокъ, по объясненію Даля). Другими словами, все зависитъ отъ того, находится ли предметъ еще въ собственности продавца, на котораго въ такомъ случаѣ и должно пасть послѣдствіе случайной гибели вещи, или же собственникомъ сталъ уже покупщикъ, обязанный

---

[1]) Ср. по этому предмету, между прочимъ, Chase, Blakstone's Commentaries of the laws of England, 1926, p. 45, и (въ связи съ новѣйшими законами 1925 г.) Chesire, The modern law of real property, 1927, p. 647, 56 f.

[2]) Boeuf, Résumé de droit civil, 1925, p. 275, Ср. Code civil, Код. Нап. 1647. Въ заботахъ объ улучшеніи сельскихъ отношеній, законъ 2 августа 1884 г., модифицированный законами 31 іюля 1895 г. и 23 февраля 1905 г., установилъ во Франціи спеціальный льготный порядокъ оспариванія купли-продажи домашнихъ животныхъ, а законъ 21 іюня 1898 г., дополненный тѣмъ же закономъ 23 февраля 1905 г., продажу всякаго скота, больного заразительной болѣзнью, вовсе запретилъ, Boeuf, ib. p. 276.

стало быть, принять на себя casus въ качествѣ хозяина предмета. Тѣ, которые считаютъ актъ купли-продажи завершаемымъ окончательно въ моментъ состоявшагося соглашенія, съ этого момента переносятъ страхъ на покупщика—emptione perfecta periculum est emptoris. По такому взгляду покупщикъ обязанъ уплатить покупную цѣну въ случаѣ, если до передачи вещи она погибла или испортилась безъ вины продавца. Только при продажѣ генерическихъ предметовъ послѣдніе оставляются на страхъ продавца, пока не будутъ отвѣшаны, отсчитаны или отмѣрены [1]). Этотъ взглядъ, въ значительной степени древне-римскаго происхожденія, потребовалъ въ настоящее время много коррективовъ, къ которымъ сторонники его прибѣгаютъ такъ или иначе, иногда даже совершенно непослѣдовательно (какъ Св. Приб.). Большинство юристовъ и законодательныхъ кодексовъ, ставшіе на почву необходимости traditio при куплѣ отнесли опредѣленнымъ образомъ рискъ покупщика лишь къ моменту передачи ему предмета. При этомъ безразлично, конечно, произошла ли передача фактическая (körperliche Uebergabe)— символическая либо т. наз. traditio brevi manu (Ersatz der Uebergabe) [2]). На точкѣ зрѣнія традиціи стоитъ и наше дѣйствующее право. При продажѣ недвижимости, очевидно, покупщикъ становится у насъ собственникомъ только со времени внесенія акта продажи въ крѣ

---

[1]) Code Civil, Код. Нап. 1138 г. 1185 г. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 1923, p. 542, 513; см. также Egli, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, 1916, S. 54. То же по Св. Приб., который сохраняетъ рискъ продавца еще и тогда, когда предметъ купли вообще не опредѣленъ спеціально и только при передачѣ получаетъ опредѣленность, когда вещь куплена на пробу и испытаніе: стт. 3863, 3864, 3865, 3868; при продажѣ подъ отсрочивающимъ условіемъ страхъ потери вещи переходитъ на покупщика только съ осуществленіемъ этого условія, но рискъ поврежденій онъ несетъ уже съ того времени, когда купля заключена (!), ст. 3866. По Schw. OR., Art. 185, Abs. 1, рискъ переносится auf den Erwerber mit dem Abschlusse des Vertrages—римско-французская точка зрѣнія. Таково же англійское право, въ которомъ согласно закона о продажѣ 1893 г., право собственности на проданныя вещи, которыя уже имѣетъ продавецъ или которыя онъ долженъ создать либо пріобрѣсти, переходятъ на покупщика сейчасъ же по заключеніи договора, after the making of the contract of sale. Это касается какъ движимости, такъ и недвижимости.

[2]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, B. 2, Abt. 2, 1901, S. 26, Egli, cit, S. 52.

постныя (ипотечныя) книги. Что касается движимости, то новый собственникъ рождается по нашему праву въ моментъ, когда вещь будетъ ему передана. Это вполнѣ соотвѣтствуетъ и обычному праву и вообще народнымъ представленіямъ, не допускающимъ возможности отвлеченныхъ пріобрѣтеній путемъ купли, безъ совершенія того, что свидѣтельствуетъ о передачѣ въ той или иной формѣ[1]). Отъ указанной отвѣтственности за гибель и порчу продавецъ свободенъ при условіи, что покупатель существенно измѣнилъ въ чемъ-либо первоначальные пункты договора и это могло отразиться на цѣлости предмета. Такъ, если продавецъ, по желанію покупателя, отправилъ вещь въ иное мѣсто, чѣмъ то, которое вытекаетъ изъ договора, страхъ переходитъ на покупщика со времени сдачи ея продавцомъ экспедитору либо другому лицу или учрежденію, взявшему на себя перевозку[2]). Къ моменту перехода права собственности пріурочивается не только отрицательная сторона—рискъ,—но и положительная—полученіе выгодъ, которыя, vica versa, переходятъ на покупщика также лишь со времени передачи (Nutzen und Gefahr)[3]).

---

[1]) Для Германіи необходимость передачи — BGB § 433. Также Cecho-Slov. § § 993, 972, Motivenbericht, § 693, Пр. ОП., ст. 208, Бразильское Гражданское Уложеніе, 1 января 1916 г., ст. 1127 („Bis zum Augenblick der Uebergabe gehen die Gefahren der Sache zu Lasten des Verkäufers und die des Preises zu Lasten des Käufers, см. нѣм. изд. Heinsheimer 1928 и ком. послѣдняго къ стт. 865—868. Для дѣйствующаго нашего права—рѣш. гражд. 1875 г. № 494 (сгорѣвшія отъ пожара дрова). Пахманъ, Обычное гражданское право, т. I, 1877 г. стр. 130: „Съ передачей вещи право собственности на нее считается перешедшимъ къ покупателю, который съ этого времени, какъ хозяинъ, несетъ страхъ за гибель и порчу вещи". По объясненію Пахмана, окончательно совершившейся покупкою считается, по мѣстнымъ обычаямъ, взятіе вещи покупщикомъ отъ продавца „изъ полы въ полу", а до этого страхъ несетъ не покупщикъ, а продавецъ, стр. 131.

[2]) См. BGB, § 447, Пр. ОП., ст. 206. Такое положеніе вещей объясняется тѣмъ, что мѣстомъ исполненія договора должно считаться мѣсто нахожденія предмета, а не мѣсто его назначенія, почему продавецъ долженъ быть признанъ исполнившимъ свое обязательство съ момента сдачи предмета фрахтовщику; товаръ идетъ за страхъ и рискъ покупателя, Пр. Гр. Ул., Объясненія, V, т. I, 1899, стр. 496.

[3]) Дѣйствующее право особо трактуетъ нѣкоторые договоры, какъ разновидности продажи со спеціальными свойствами. Въ этомъ отношеніи прежде всего выдѣляется

Alter ego продажи это—мѣна, въ которой пріобрѣтатель предмета выдаетъ за него контрагенту не деньги, а другой предметъ. Возможна мѣна и денегъ на деньги. Образа́ не продаютъ и не покупаютъ, а мѣняютъ, хотя бы на деньги (Даль). Къ договору мѣны примѣняются всѣ правила о продажѣ („не въ мѣнѣ сила, въ придачѣ"), съ тѣмъ, что каждый контрагентъ есть покупщикъ и продавецъ одновременно. Поэтому и всѣ расходы, связанныя съ мѣной, дѣлятся между контрагентами въ равныхъ доляхъ, поскольку соглашеніемъ не установлено иное[1]). Нашъ законъ оставляетъ мѣну движимыхъ вещей на волю и взаимное согласіе ихъ хозяевъ, но по причинамъ фискальнымъ воспрещаетъ мѣну недвижимостей[2]).

запродажа, стт. 1679 и сл. X т. I ч., въ силу которой стороны берутъ на себя совершеніе продажи на извѣстный срокъ либо безъ срока т. е., по требованію каждой стороны, за условленную цѣну. Запродажа движимости--видъ pactum de pacto contrahendo и особаго практическаго значенія не имѣетъ, такъ какъ характерное свойство запродажи—временное отсутствіе предмета или временная невозможность отчудить его — не чуждо и продажѣ, объектомъ которой также бываютъ предметы будущіе. Для недвижимостей, въ виду требованія крѣпостной формы, запродажная должна служить предварительнымъ соглашеніемъ объ основаніяхъ продажи, связывающимъ контрагентовъ на будущее, когда почему-либо купчую немедленно совершить невозможно. По закону, уклоненіе отъ исполненія запродажной влечетъ за собою у насъ взысканіе убытковъ и неустоекъ безъ возможности принудить къ совершенію купчей: рѣш. гражд. 1871 г. № 378 1869 г. № 462, также 1367 г. № 72, Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912 г. стр. 539; въ томъ же смыслѣ (на почвѣ X т. I ч.) Латвійскій Сенатъ, Senata ci-

[1]) См. Бразильское Гражд. Уложеніе 1 января 1916 г., нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[2]) Лучше взять два раза крѣпостныя пошлины, чѣмъ одинъ разъ! Нѣкоторыя исключенія изъ этого запрета допускаетъ законъ для полученія выгоновъ, уничтоженія чрезполосицы. Возможенъ промѣнъ недвижимости на движимость. Пр. ОП. уничтожаетъ воспрещеніе мѣняться недвижимостями. BGB упоминаетъ лишь, что къ мѣнѣ примѣняются соотвѣтствующія правила о куплѣ, § 515, см. и Schw. OR., Art. 237. Code civil, Код. Нап. также распространяетъ на мѣну правила о продажѣ, кромѣ rescision pour cause de lesion, 1702-1707. Въ изложенномъ смыслѣ и Св. Приб., стт. 3971 и сл., допускающій оспариваніе договора мѣны и при laesio enormis.

Наемъ (аренда). Наемъ, иначе имущественный наемъ, можетъ касаться недвижимостей и движимостей. Имъ устанавливается или личное пользованіе, напр., при наймѣ квартиры для жилья—наемъ въ тѣсномъ смыслѣ—или полученіе доходовъ и плодовъ, отдѣльно, какъ при наймѣ аптеки, сада, театра, либо вмѣстѣ съ личнымъ пользованіемъ аренда[1]).

По договору найма одна сторона, наймодатель, отдаетъ другой, наемщику, или нанимателю, въ пользованіе предметъ непотребляемый либо право, на опредѣленное время, за вознагражденіе. Потребляемыя вещи—хлѣбъ, мясо—отдаются иногда въ наемъ для извѣстныхъ, особыхъ надобностей, напр., для выставки—ad pompam et ostentationem или для какой-либо иной исключительной цѣли (дача денегъ для предъявленія ихъ кому-

---

vila Kasacijas Departamenta spriedumi, 1921 g. № 17. Въ запродажной долженъ быть „непремѣнно“ указанъ срокъ для совершенія продажи, X т. I ч. ст. 1682. Этимъ срокомъ законодатель имѣлъ въ виду, между прочимъ, бороться противъ владѣнія недвижимостью по однимъ запродажнымъ актамъ, безъ купчихъ крѣпостей, Кассо, Запродажа и задатокъ, 1903 г. стр. 13. Однако, кассаціонная практика разъяснила, что при отсутствіи такого срока запродажа все же дѣйствительна и является обязательствомъ безсрочнымъ, а купчая должна быть совершена по требованію одной изъ сторонъ, рѣш. гражд. 1891 г. № 35. Запретъ владѣть недвижимостью по однимъ запродажнымъ выраженъ и въ ст. 1684. Вообще же говоря, этотъ запретъ имѣетъ въ виду фискальные интересы и источникомъ правъ для контрагентовъ служить не можетъ. Въ запродажныя дозволяется включать любыя условія, хотя бы и не подходящія къ указаннымъ въ законѣ, лишь бы они не противорѣчили общимъ требованіямъ дѣйствительности обязательствъ и соглаше-

[1]) Теоретически провести границу между наймомъ въ тѣсномъ смыслѣ, Miethe, и арендой, Pacht, – трудно. („Der Ausdruck Miethe im juristischen Sinne umfasst auch die Pacht, Windsheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2, 1879 S. 499 см. также Eneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, IB., 2 Abt., 1910, S. 335). Иногда разграниченіе дѣлается такимъ образомъ, что къ первому относятъ движимость, ко второй —недвижимость, что, однако, довольно произвольно (справедливо отмѣчается, что наемъ стада домашнихъ животныхъ есть аренда, пользованіе квартирой—наемъ въ тѣсномъ смыслѣ). Въ противоположность западно-европейскимъ кодексамъ,—въ которыхъ, впрочемъ, демаркаціонная линія въ данномъ отношеніи также довольно тонкая—, наше дѣйствующее право не дѣлаетъ никакого разграниченія между этими двумя видами пользованія чужой вещью.

нибудь). По отношенію къ нѣкоторымъ вещамъ существуетъ спеціальный запретъ отдачи въ наемъ [1]). Можно получить въ наемъ регаліи, взиманіе налоговъ и сборовъ, право охоты, рыбную ловлю, пользовладѣніе [2]).

Договоръ найма консенсуальный, но онъ имѣетъ и вещныя черты, коль скоро фактически осуществленъ. Въ послѣднемъ случаѣ наемщикъ пріобрѣтаетъ непосредственное владѣніе и владѣльческіе иски. При двухъ договорахъ найма, заключенныхъ двумя контрагентами на одинъ и тотъ же предметъ, преимущество получаетъ possidens, другой сохраняетъ лишь право изъ обязательства, т. е. притязаніе на возмѣщеніе вреда за неисполненіе. Только когда отъ наемщика вещь отнята судебнымъ рѣшеніемъ которое было затѣмъ отмѣнено, онъ можетъ получить ее обратно, въ чьемъ бы обладаніи оно ни оказалось.

ній, ср. рѣш. гражд. 1896 г. № 8. Форма запродажи письменная (запродажная запись), достаточно совершеніе акта домашнимъ порядкомъ: рѣш. гражд. 1876 г. № 163, 1874 г. № 44. При запродажѣ недвижимости составляется иногда т. наз. задаточная росписка—отдѣльная или включенная въ запродажную запись. Въ законѣ опредѣляются послѣдствія неисполненія по задаточной роспискѣ: для покупщика—потеря задатка для продавца—возвратъ двойного задатка. О другихъ чертахъ задат. росписки см. въ ст. 1687 г. 1639 X т. I ч., а также въ рѣш. гражд. 1876 № 362, 1874 г. № 362, 1874 г. № 44, 1873 г. № 109. На практикѣ задаточныя росписки не получили большого развитія, запродажныя на движимость отождествлялись съ продажей, а существенную роль играли запродажныя на недвижимость. Но никакими принципіальными особенностями и эти послѣдніе договоры никогда не отличались, примыкая въ общемъ къ группѣ обыкновенныхъ соглашеній по поводу будущихъ отношеній. Пр. Гр. Ул. удерживалъ лишь запродажу недвижимости и вводилъ новшество, заключающееся въ возможности для покупщика требовать судебнымъ порядкомъ записки за нимъ запроданнаго имѣнія по вотчинной книгѣ за установленную цѣну (ст. 1779). Это, само по себѣ, вполнѣ логично, если, вообще стоять на точкѣ зрѣ-

[1]) Такъ, у насъ внутреннія монастырскія и церковныя зданія воспрещается отдавать въ наемъ подъ торговли и трактирныя заведенія, X т. I ч., ст. 1711.

[2]) X т. I ч., ст. 1710, прим.—Мыслимъ наемъ собственной вещи, если кто-либо другой имѣетъ соучастіе въ правѣ собственности на эту вещь или иныя права на нее, предоставляющія ему обладаніе и пользованіе ею, напр., пожизненное пользованіе или даже фактическое владѣніе. См. Св. Приб., ст. 4028, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1921, стр. 303.

Англійское право относитъ смѣшанныя черты договора найма только къ арендѣ недвижимости, участка земли—leases of land—, за наймомъ же движимости признаетъ a purely contractual nature, чисто договорный характеръ. Континентальное право, въ томъ числѣ наше, не дѣлаетъ въ этомъ отношеніи разграниченія между движимостью и недвижимостью.

Уплата за наемъ производится, при отсутствіи иныхъ указаній, прямыхъ или косвенныхъ, по окончаніи пользованія, nach gemachten Gebrauch, — въ деньгахъ либо произведеніяхъ отданной въ наемъ вещи[1]). Послѣднее есть наемъ изъ полу. Насколько по найму изъ полу участники затрачиваютъ совмѣстно трудъ и капиталъ, къ этому договору примѣняется соотвѣтственно положенія о товариществѣ, mutatis mutandis[2]). Мыслимо вознагражденіе наймодавца, по соглашенію, и другими цѣнностями и доставленіями, не исключая работъ[3]) и послугъ (обученіе дѣтей). Представляется ли пользова-

---

нія необходимости сохраненія запродажныхъ (что сомнительно). Проектъ ограничивалъ примѣненіе изложеннаго нововведенія правило только запродажными, нотаріально совершенными, и это встрѣтило критику со стороны юридической литературы, указавшей, что правило это слѣдуетъ распространить и на прочія запродажныя; см. Городисскій, Замѣчанія на проектъ книги пятой Гражданскаго Уложенія объ обязательствахъ, Журн. Мин. Юст., 1900 г. № 4, стр. 255, 256. Между тѣмъ въ Пр. ОП. данное правило о принудительномъ требованіи совершенія продажи по запродажнымъ оказалось совершенно устраненнымъ, и такимъ образомъ все сводится опять къ старымъ, знакомымъ положеніямъ X т. I ч.—Еще меньшее значеніе имѣетъ выдѣленіе дѣйствующимъ нашимъ закономъ особаго договора „поставки": ст. 1773, X т. I ч. Законъ требуетъ для поставки письменной формы заключенія договора, значитъ, поставка должна чѣмъ-либо отличаться отъ продажи. На самомъ дѣлѣ, однако, этого отличія нѣтъ: его нельзя видѣть ни въ томъ, что при поставкѣ предметы могутъ не находиться въ обладаніи поставщика, ни въ томъ, что при поставкѣ имѣются въ виду предметы, опредѣляемые

[1]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 60. О способахъ уплаты—Тютрюмовъ, Гражданское Право, 1921, стр. 305, Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2, 1979, S. 505.

[2]) См. Code civil, Код. Нап., 1763 и сл. (baux a ferme), Loi du 24 octobre 1919 (нѣкоторыя нововведенія въ смыслѣ необходимости предупрежденія о прекращеніи договора). Codice civile, Art. 1647—1666 (mezzadria o masseria o colonia), Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 415.

[3]) Рѣш. гражд. 1874 г. № 509.

ніе вещью за доставляемый трудъ наемнымъ договоромъ или договоромъ трудовымъ, это въ состояніи рѣшать судъ, при спорѣ, по конкретнымъ даннымъ. При наймѣ изъ выстройки наемщикъ обязывается возвести на нанятой землѣ для цѣлей пользованія постройки, достающіяся по окончаніи найма въ пользу наймодавца, какъ вознагражденіе за наемъ. Наймодавецъ пріобрѣтаетъ право собственности на такую постройку уже съ момента постановки ея, за нанимателемъ остается лишь право пользованія ею до окончанія срока найма.

Договоръ найма предполагаетъ срокъ, при отсутствіи котораго отношенія могутъ быть расторгнуты въ любой моментъ. Западные кодексы требуютъ въ этомъ случаѣ, для прекращенія договора, предваренія, Kündigung. По Пр. ОП., такое предвареніе должно быть сдѣлано стороною, желающей прекратить договоръ, въ разные сроки, въ зависимости отъ назначенія платы за годъ и болѣе до одного дня, начиная отъ шести мѣсяцевъ и кончая „кануномъ“ [1]). Нашъ законъ не знаетъ предваренія: этотъ пробѣлъ восполняютъ суды фактически предоставленіемъ нанимателю сроковъ, довольно значительныхъ, на передачу вещи. Особая нужда въ Kündigung чувствуется при арендѣ земельныхъ участковъ, съ посѣвами и сельской культурой, но и въ другихъ случаяхъ предвареніе принципіально важно и существенно.

только количествомъ, какъ разъяснялъ прежде сенатъ (рѣш. гражд. 1880 г. № 94). Стремленіе сената въ чемъ-либо опредѣленно константировать разницу между поставкой и продажей кончилось полной неудачей. Ни къ чему реальному не привела попытка Св. Приб. выдѣлить поставку въ качествѣ особаго договора, см. стт. 4022 и 4023. Характерно, что сенатъ въ концѣ концовъ былъ вынужденъ свести почти все къ названію: скажутъ стороны „поставить“, стало быть „поставка“, а не продажа—рѣш. гражд. 1886 г. № 83. При значеніи различій, зависящемъ отъ значительнаго сходства разсматриваемыхъ договоровъ, разсуждаетъ Сенатъ въ приведенномъ рѣшеніи, точный смыслъ выраженій, опредѣляющихъ, по соглашенію договорившихся, характеръ сдѣлки, имѣетъ важное значеніе. Въ частности, продолжаетъ Сенатъ, если въ договорѣ сами стороны изъяснили, что одна изъ нихъ „продаетъ“, а другая „покупаетъ“ извѣстные предметы, нѣтъ никакого основанія вопреки этому изъясненію не признавать договоръ куплей-продажей и т. д. Поразительный случай отступленія сената отъ своего посто-

[1]) Ст. 334; BGB, §§ 565, 566, Schw. OR. Art., 267, 290. Čecho-Slov., § 1064. Въ Св. Приб. Kündigung—лишь для найма недвижимостей, ст. 4104.

Срокъ естественный, въ противоположность календарному, вытекаетъ изъ существа отношенія—наемъ фортепьяно на праздники, дачи на лѣтній сезонъ. Иногда срокъ опредѣляется какимъ-либо внѣшнимъ признакомъ, событіемъ или состояніемъ, напр. „урочнымъ дѣйствіемъ плавильныхъ печей“ [1]).

Продолжительный срокъ аренды имѣетъ и хорошія и дурныя стороны. Продолжительная аренда способствуетъ улучшенію хозяйства, въ виду большей крѣпости и надежности обладанія. Но она же уменьшаетъ удѣльный вѣсъ самой собственности, а иногда почти совершенно обез-

---

яннаго ученія о томъ, что характеръ договора не зависитъ отъ квалификаціи, данной ему сторонами! Пр. Гр. Ул. исключилъ поставку, какъ особый договоръ, считая ее формой продажи.—Договоръ купли-продажи съ разсрочкой платежа созданъ въ новѣйшее время въ цѣляхъ распространенія продуктовъ широкаго капитализма—Hochkapitalismus—среди классовъ населенія, живущихъ aus der Hand in den Mund, для которыхъ недоступна немедленная уплата, по ихъ средствамъ и сбереженіямъ (Arndt, Abzahlungsgeschäft, въ Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil und Handelsrecht des In—und Auslandes, 2 B., 1 L., 1927, S. 39. Договоръ этотъ касается у насъ машинъ, орудій, инструментовъ и вообще движимости, составляющей предметъ домашней обстановки либо оборудованія сельскаго хозяйства,—но не живого инвентаря. Изъ дѣйствія договора прямо исключаются предметы роскоши и процентныя бумаги по германскимъ законамъ, послѣднія и по французскому закону 1926 г. Безразлично, выраженъ ли договоръ внѣшнимъ образомъ въ формѣ pactum reservati dominii или наемнаго контракта, въ силу котораго по производствѣ опредѣленныхъ платежей наемъ превращается въ собственность,—hire - purchase agreement, какъ называютъ такой контрактъ англичане. Договоръ купли съ разсрочкой отличается отъ обычнаго договора купли-продажи тѣмъ: а) что до полной уплаты цѣны купившій въ разсрочку не вправѣ ни отчуждать, ни закладывать предметъ, б) что въ случаѣ невзноса покупщикомъ послѣдовательно двухъ срочныхъ платежей продавецъ вправѣ потребовать уничтоженія договора и отобрать вещь (однако при условіи, что на таковую еще не обратили взысканія третьи лица, рѣш. гражд. 1915 г. № 10), в) что въ случаѣ гибели или поврежденія предмета продавецъ можетъ потребовать отъ покупщика единовременной уплаты всей остальной неуплоченной суммы: стт. 1527^{1} 1527^{6} X т. I ч.; см. стт. 239—247 Пр. ОП. Въ общемъ, и здѣсь покупщикъ пріобрѣтаетъ пра-

[1]) Рѣш. Гражд. 1875 г. №. 910.

цѣниваетъ вещь въ оборотѣ. Примиряя эти противорѣчія, иногда фиксируютъ предѣльный, но все же довольно продолжительный, срокъ аренды (римское право допускало и вѣчный наемъ). Въ Германіи арендный договоръ не долженъ превышать тридцати лѣтъ, послѣ этого онъ можетъ быть прекращенъ путемъ Kündigung. Но дозволяется заключить арендный договоръ и на время жизни одного изъ контрагентовъ. То же приблизительно и по Пр. ОП. (тридцать шесть лѣтъ)[1]). По дѣйствующему нашему праву недвижимости отдаются въ наемъ и содержаніе

во собственности съ момента передачи, но съ резолютивнымъ условіемъ, рѣш. гражд. 1910 г. № 13, 1911 г. № 82, также 1915 г. № 10. Законъ ограждаетъ интересы продавца, воспрещая покупщику до уплаты распоряжаться вещью даже подъ угрозой уголовной отвѣтственности, ст. 1527[3] X т. 1 ч., и побуждая его къ особой охранѣ вещи, подъ страхомъ уплаты всей суммы сразу при пропажѣ и всякой порчѣ ея. Въ отношеніи покупщиковъ новѣйшее право обращаетъ вниманіе на то, чтобы они—люди большей частью неопытные—не оказывались слишкомъ эксплоатируемыми продавцомъ, стремящимся крѣпко забронировать свои права. По позднѣйшимъ законодательствамъ для отнятія проданной съ разсрочкой платежа вещи требуется, чтобы покупщикъ былъ въ отношеніи платежей въ просрочкѣ во всякомъ случаѣ не менѣе двухъ недѣль; при иномъ нарушеніи договора, кромѣ неуплаты, отобраніе вещи можетъ имѣть мѣсто лишь, если судъ найдетъ отсутствіе въ этомъ явной несправедливости—offenbare Unbilligkeit. Нашъ законъ этихъ принциповъ еще не воспринялъ. Вообще, законъ нашъ довольно слабо реагируетъ на защиту интересовъ покупщика. Кое-что въ этомъ отношеніи сдѣлала кассаціонная практика. Между прочимъ, сенатъ истолковалъ законъ въ томъ смыслѣ, что стороны, совершая куплю-продажу съ разсрочкой платежа, не могутъ устанавливать въ договорѣ такія консеквенціи неисполненія или нарушенія его покупщикомъ, „коими отмѣняются или измѣняются послѣдствія того же неисполненія или нарушенія договора, установленныя самимъ закономъ“,—не вправѣ оговорить, наприм., что при невзносѣ покупщикомъ срочныхъ платежей продавцу предоставляется требовать взысканія всей неуплоченной еще покупщикомъ суммы полностью; рѣш. гражд. 1913 г. № 15. См. Бутовскій, Продажа съ

[1]) Ст. 294; BGB, § 567. Во Франціи изстари предѣльный срокъ найма „вѣкъ безъ года“—99 лѣтъ. Въ Италіи для недвижимостей—30 лѣтъ, помѣщенія для жилья могутъ быть отданы на время жизни нанимателя, плюсъ еще два года: codice civile, Art. 1572.

срокомъ не свыше тридцати шести лѣтъ. Договоръ, заключенный на болѣе продолжительный срокъ, признается обязательнымъ лишь въ теченіи 36 лѣтъ [1]). Другія законодательства никакого ограниченія въ этомъ отношеніи не заключаютъ, предоставляя срочность или вѣчность аренды усмотрѣнію сторонъ [2]). Въ виду замѣчающагося нынѣ стремленія, особенно у насъ, ликвидировать вѣчныя правоотношенія по земельному владѣнію, естественно воспрещеніе и вѣчныхъ арендъ. Правда, аренда, какъ пользованіе по обязательству, значительно отличается отъ владѣнія, вещнаго права съ широкимъ діапазономъ, но зависимость и связность собственника весьма сильна, и при такой арендѣ, какъ безсрочная.

разсрочкой платежа, Журн. Мин. Юст., 1915 г. № 9, стр. 61 который, хотя и трактуетъ о желательности ослабленія этого ограниченія, но, въ общемъ, не сходитъ съ позиціи Сената. По Германск. закону (Abzahlungsgeschäft, Reichsgesetz vom 16 Mai 1894), въ главныхъ основаніяхъ сходному съ нашимъ, недѣйствительно соглашеніе, въ чемъ-либо увеличивающее права продавца сравнительно съ указанными въ самомъ законѣ, а клаузула о правѣ требовать всей суммы при нарушеніи договора сохраняетъ силу лишь при условіи, что результатъ этотъ наступитъ, когда два послѣдовательныхъ платежа будутъ полностью или частью просрочены и просроченная сумма окажется не менѣе одной десятой части всей продажной цѣны. См. Schmidt, Bürgerliches Recht, 1927, S. 214, 215, Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 306. Нельзя сказать, чтобы правила о куплѣ-продажѣ въ разсрочку сыграли важную роль въ нашемъ оборотѣ: продавцы находятъ способы лучше гарантировать себя, чѣмъ это рекомендуетъ имъ созданный въ сущности для нихъ (вспомнимъ, что иниціатива въ этомъ дѣлѣ

[1]) Законъ 15 марта 1911 г.—ст. 1692 X т. 1 ч. По этому же закону ограничивается срокъ найма недвижимостей, состоящихъ подъ опекой, по соображеніямъ охраны интересовъ подопечныхъ (примѣч. 1 къ ст. 1692). Тенденцію отрицанія силы безсрочныхъ договоровъ см. въ рѣш. гражд. 1881 г. № 99, 1870 г. № 1671, 1866 г. № 408: „Право пользованія имуществомъ должно быть ограничено извѣстнымъ срокомъ", „несоблюденіе этого требованія закона можетъ имѣть послѣдствіемъ признаніе договора недѣйствительнымъ". Недѣйствительность наемныхъ договоровъ безъ срока надо, однако, понимать только въ смыслѣ возможности произвольнаго ихъ прекращенія („als für unbestimmte Zeit geschlossen").

[2]) См., между прочимъ, Бразильское Гражд. Улож. 1 января 1916 г., ст. 1200, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

Наемные договоры, какъ и договоры купли-продажи, свободны отъ всякой формы, по общему правилу. Однако, письменныя доказательства требуются иногда на Западѣ при болѣе продолжительномъ или болѣе значительномъ по цѣнѣ наймѣ. Такъ, по германскому праву наемъ участка земли срокомъ свыше года заключается schriftlich. По Пр. ОП. договоръ найма, по которому наемная плата за годъ или за весь срокъ, если онъ менѣе года, превышаетъ триста рублей или который заключенъ на срокъ не свыше трехъ лѣтъ или пожизненно, долженъ быть удостовѣренъ на письмѣ [1]). Дѣйствующее наше право, освобождая отъ

принадлежала міровой фирмѣ по продажѣ швейныхъ машинъ), далеко не совершенный законъ. Съ другой стороны, законъ грѣшитъ неполнотой и въ томъ отношеніи, что не даетъ необходимыхъ правилъ объ ограниченіи размѣра вознагражденія продавца, при отмѣнѣ договора, за пользованіе покупщикомъ вещью, между тѣмъ, какъ другими законодательствами (напр. Герм. Зак. 16 мая 1894 г.) опредѣленіе этого размѣра спеціально предоставляется усмотрѣнію суда, независимо отъ соглашенія сторонъ,—о воспрещеніи измѣнять въ договорѣ законную подсудность по мѣсту постояннаго жительства покупщика. См. Пр. ОП., стт. 243, абз. 2, 246 и Записку Мин. Юст. по проекту кн. V Гражд. Улож. (обязательственное право) отъ 14 октября 1913 г., стр. 81, 84.—Предусматривается юриспруденціей еще продажа съ правомъ продавца на выкупъ—Rückkauf—, сохраняющимъ силу на извѣстное время и связывающимъ на это время не только покупателя, но и третьихъ лицъ, даже если они не знали о таковомъ правѣ, BGB, §§ 497 ff, Code civil, Код. Нап., 1659, и покупка на пробу, трактуемую какъ отлагательное условіе, при отсутствіи противопоказанія въ договорѣ — BGB §§ 495 ff, Code civil, Код. Нап, 1587. Въ послѣднемъ случаѣ предметы передаются покупщику для испытанія ихъ качествъ, подъ которыми разумѣются „не какія-либо объективныя свойства предметовъ, могущія быть изслѣдованными черезъ посторонихъ лицъ, а годность или негодность ихъ съ субъективной точки зрѣнія покупщика". Пестржецкій „О договорѣ купли-продажи", Журн. Гр. и Уг. права, 1873 г., кн. 6, стр. 47. Оба названныхъ договора неизвѣстны нашему дѣйствующему праву въ качествѣ самостоятельныхъ институтовъ, такъ же, какъ и нѣкоторые другіе виды купли-продажи, выдвигаемые особо западнымъ правомъ. Всѣ эти договорныя отношенія у насъ подлежатъ обсужденію на основаніи общихъ правилъ о соглашеніяхъ: по намѣренію сторонъ и пр. (X т. 1 ч., ст. 1539).

[1]) Ст. 297, BGB, § 566. По Code civil письменной формы вообще не требуется, но если договоръ еще не осуществленъ, то доказательство свидѣтелями не допускается: 1714, 1715. По-

обязательной письменности наемъ движимостей и городскихъ недвижимостей, устанавливаетъ ее для найма другихъ недвижимостей, также мореходныхъ и рѣчныхъ судовъ. Но и договоры о наймѣ городскихъ строеній и земельныхъ участковъ въ городскихъ поселеніяхъ на сроки отъ трехъ до 12 лѣтъ на сумму свыше трехсотъ рублей, а также на сроки свыше двѣнадцати лѣтъ на всякую сумму совершаются непремѣнно на письмѣ. Контракты на наемъ недвижимостей, съ полученіемъ или назначеніемъ къ полученію наемныхъ денегъ впередъ, болѣе чѣмъ за годъ, нуждаются въ крѣпостной отмѣткѣ, но несоблюденіе этого порядка имѣетъ значеніе не для самыхъ контрагентовъ, а лишь для третьихъ лицъ —кредиторовъ собственника, а также для будущихъ пріобрѣтателей имѣнія, насколько контрактъ или росписка объ уплатѣ не были въ виду послѣднихъ при пріобрѣтеніи имѣнія [1]).

Наймодавецъ обязанъ доставить нанимателю вещь для пользованія въ годномъ видѣ въ теченіе срока найма[2]). При уклоненіи наймодавца отъ добровольной передачи предмета, вправѣ ли наниматель домогаться этого судомъ? Положительное рѣшеніе вопроса основываютъ на томъ, что объектомъ найма является не личное дѣйствіе наймодавца, а вещь, которую можно отобрать и принудительно безъ содѣйствія собственника [3]). Западные кодексы частнаго права предпочи-

---

слѣдняя оговорка для Код. Нап. отмѣнена Уставомъ Гражд. Судопр., ст. 1524. Не предписываетъ никакой особой формы Св. Приб., ст. 4042. Также Schw. OR. По этому послѣднему кодексу стороны могутъ условиться о внесеніи договора найма въ Grundbuch, Art., 260, 282. Нѣтъ особой формы и по Čecho-Slow., § 1021.

[1]) X т. I ч. стт. 1700, 1702, 1703. Законъ 15 Марта 1911 г., рѣш. гражд. 1879 г. № 353, 1876 г. № 11, 1872 г. № 60.

[2]) Особой разновидностью нарушенія наймодавцемъ своей обязанности передачи вещи является случай, когда онъ сдѣлалъ передачу невозможной вслѣдствіе отчужденія имъ вещи другому. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2, 1879, S. 502.

[3]) Рѣш. Гражд. 1880 г. № 118, Пр. ОП. ст. 300, абз. 2, также V, Пр. Гр. Ул., Объясненія, V, т. 2, 1899 г., стр. 23, тамъ же ссылка на комментаторовъ Французскаго кодекса Laurent, Marcadé, признающихъ это право за нанимателемъ. См. Пахманъ, Обычное Гражд. Право, т. I, 1879, стр. 160: „Въ чемъ бы ни состояло пользованіе нанятымъ имуществомъ, оно должно быть предоставлено наемщику, въ случаѣ уклоненія наймодавца отъ исполненія этой обязанности онъ принуждается къ исполненію ея судомъ“.

таютъ, впрочемъ, этого вовсе не касаться, относя проблему къ области нормъ процессуальныхъ, очерчивающихъ предѣлы судебнаго воздѣйствія на неисправнаго должника. У насъ это право нанимателя не вызываетъ особыхъ сомнѣній и не встрѣчаетъ особыхъ препятствій не только со стороны матеріальнаго закона, но и со стороны процесса, хотя оно, съ другой стороны, въ состояніи иногда создать большія компликаціи, если напр., наймодатель заключилъ такіе же договоры и съ другими лицами да еще получилъ отъ кого-либо изъ нихъ всѣ деньги за наемъ[1]).

По полученіи вещи, наемщикъ вправѣ отбирать таковую въ случаѣ захвата ея послѣ этого кѣмъ бы то ни было, не исключая и собственника.

Наймодавецъ не долженъ предпринимать ничего, что мѣшало бы осуществленію пользованія нанимателя всѣмъ тѣмъ, что входитъ въ составъ правъ послѣдняго по договору, а также и по обычаю. На обязанности наймодавца лежитъ производство необходимаго ремонта. Но самъ наниматель производитъ мелкій ремонтъ, даже если бы послѣдній не явился естественнымъ результатомъ пользованія или истеченія времени[2]). Наймодавецъ отвѣчаетъ за недостатки вещи, развѣ бы при заключеніи договора наниматель о нихъ зналъ или могъ знать. Недостатки эти могутъ быть физическіе и юридическіе. Въ этомъ отношеніи договоръ найма совпадаетъ, отчасти, mutatis mutandis, съ emptio—venditio (вообще, наемъ иногда называютъ „куплей пользованія имуществомъ", напр. Čecho-Slov.: Sind die Vertragschliessenden Teile uber die Sache und den Preis übereingekommen, so ist der Vertrag vollkommen abgeschlossen und der Gebrauch der Sache als gekauft anzusehen). Между прочимъ, наличность въ нанятомъ помѣщеніи или части его скрытаго недостатка существеннаго свойства (холодная, сырая квартира или другіе пороки, не вызванные виною самого наемщика) даютъ наемщику законный поводъ къ расторженію договора

---

[1]) См. Пахманъ, цит., стр. 164—167 („двойной наемъ"). По свидѣтельству Пахмана, въ этомъ случаѣ мѣстные суды обыкновенно признавали въ силѣ тотъ договоръ, который заключенъ ранѣе, договоры же съ прочими нанимателями уничтожались (въ ихъ числѣ уничтожался даже такой, который осуществленъ уже былъ передачей имущества, что—замѣтимъ съ своей стороны — согласно ранѣе сказанному никоимъ образомъ недопустимо, какъ норма).

[2]) См. Code civil, Код. Нап. 1754, Бразильское Гражд. Уложеніе, ст. 1206 (einzelner Paragraph), нѣм. изд. Heinsheimer 1928, contra BGB, § 547.

или эвентуальному уменьшенію цѣны [1]). Въ случаѣ спора, судъ рѣшаетъ, какой изъ этихъ способовъ удовлетворенія нанимателя является болѣе справедливымъ. При необходимости защитить въ судебномъ порядкѣ право пользованія отъ претензій третьихъ лицъ къ наймодавцу искать и отвѣчать на судѣ можетъ наемщикъ, если не желаетъ переложить это на перваго [2]).

Наемщикъ производитъ уплаты за наемъ либо сразу либо по частямъ, согласно договора или обычая. Нѣкоторые кодексы, при отсутствіи соглашенія по этому предмету (и обычая), устанавливаютъ сами порядокъ взноса денегъ. Этотъ порядокъ сводится обыкновенно къ обязанности наемщика вносить по окончаніи сроковъ или срока, когда онъ единственный, а при наймѣ земельнаго участка—по истеченіи четверти

---

[1]) Рѣш. гражд. 1895 г. № 14, 1877 г. № 45 и 134, 1876 г. № 364, 1872 г. № 343, Пр. ОП., ст. 301, абз. 2. Code Civil, Код. Нап. 1721. Св. Приб. говоритъ въ данномъ отношеніи о недостаткахъ, которые, при надлежащемъ со стороны отдавшаго вещь въ аренду или въ наемъ вниманіи не могли остаться отъ него скрытыми, ст. 4059. Schw. OR. этой уступки наймодавцу не дѣлаетъ. Напротивъ, даже когда наниматель зналъ о порокахъ, онъ вправѣ по Schw. OR. отступиться, если дѣло касается Mängel, die für die Gesundheit des Mieters oder seiner Hausgenossen oder Arbeiter eine erhebliche Gefahr in sich schliessen, Art. 254, также BGB, § 544 и Пр. ОП., послѣдній—относительно помѣщенія, нанятаго для жилья: ст. 340, п. 4. Совершенно особую, чуждую континентальному праву позицію занимаетъ англійское право, по которому наймодавецъ не беретъ на себя, по общему правилу, никакой гарантіи за пригодность для цѣлей найма отданнаго предмета ни въ моментъ его отдачи, ни впослѣдствіи. Исключеніе—наемъ обмеблированныхъ домовъ и аппартаментовъ. Кромѣ того, по закону о housing лицъ рабочего класса 1890 г. при наймѣ рабочимъ помѣщенія для жилья за цѣну, не превышающую опредѣленной суммы въ годъ, предполагается молчаливое условіе, что помѣщеніе во время принятія его въ пользованіе во всѣхъ отношеніяхъ подходитъ для человѣческаго жилья (in all respects reasonably fit for human habitation). Германскій законъ, напротивъ, самымъ категорическимъ образомъ предписываетъ, что всякій наймодавецъ обязывается отдать вещь наемщику въ годномъ для соотвѣтственнаго пользованія видѣ и содержать ее въ такомъ же видѣ въ теченіе всего періода найма, BGB, § 536, также 581.

[2]) См. Codice civile, Art. 1581, Code civil, Schw. OR, Art. 258.

года, если срокъ найма не короче (Германія), либо не позже истеченія полугодій при наймѣ на годъ или больше и мѣсяца при болѣе короткомъ срокѣ найма (Швейцарія) [1]). Дѣйствующее наше право такихъ нормъ не содержитъ, практика весьма склонна обращаться къ обычаямъ, но и твердыхъ обычаевъ тутъ не отмѣчается. Восполненіе пробѣла безусловно необходимо de lege ferenda, въ устраненіе столь частыхъ недоразумѣній и споровъ.

Наемщикъ долженъ пользоваться предметомъ сообразно назначенію послѣдняго (верховую лошадь не запрягать въ телѣгу, квартиру не обращать въ домъ свиданій), доброхозяйственно заботиться, чтобы наниматель не имѣлъ убытковъ, извѣщать послѣдняго о всѣхъ перемѣнахъ въ предметѣ фактическаго и юридическаго характера, могущихъ существенно отразиться на законныхъ интересахъ наймодавца. Онъ отвѣтственъ за ущербъ, причиненный предмету найма слугами его и служащими, вообще домашними [2]). Точно также отвѣчаетъ онъ и за вредоносныя дѣйствія поднанимателей (см. дальше). Онъ не вправѣ препятствовать наймодавцу производить необходимый ремонтъ сданнаго въ наемъ предмета. Отношеніе наемщика должно быть таково, чтобы по окончаніи найма онъ могъ сдать предметъ въ невредимомъ видѣ, въ томъ же состояніи, какъ принялъ, не считая естественныхъ ухудшеній и естественныхъ измѣненій. Правила о недопустимости шиканы едва ли не наибольшее примѣненіи имѣютъ въ отношеніяхъ по найму (передановщина).

Невозможность для наемщика безъ согласія наймодавца передавать свои права другому лицу само собою разумѣется, вытекая изъ обремененности этихъ правъ обязанностями, тѣмъ болѣе, что наемъ во многомъ носитъ черты личныхъ отношеній и персональнаго довѣрія. Наемщику дозволяется, въ предѣлахъ его права, отдача всей вещи или части ея въ поднаемъ, причемъ онъ самъ остается въ отвѣтственности передъ наймодавцемъ, такъ что интересы хозяина не могутъ быть на-

---

[1]) См. BGB, § § 551, 584, Schw. OR., Art. 262. По Пр. ОП. въ данномъ случаѣ вносится наемная плата впередъ: „1) при наймѣ сельскаго имѣнія или иной недвижимости внѣ города на годъ или болѣе—за шесть мѣсяцевъ, а при наймѣ на срокъ менѣе года—за весь срокъ найма, и 2) при наймѣ недвижимости въ городѣ, а также движимыхъ вещей —за мѣсяцъ и въ случаѣ найма на срокъ менѣе мѣсяца— за весь срокъ найма“, ст. 307.

[2]) Рѣш. гражд. 1903 г. № 12. Это, впрочемъ, лишь подтвержденіе общаго принципа (о которомъ уже было упомянуто въ отдѣлѣ о Послѣдствіяхъ неисполненія по обязательствамъ).

рушены—sublocatio, Untermiete [1]). То обстоятельство, что наймодавецъ согласился, чтобы наниматель отдалъ въ сублокацію имущество третьему лицу, не мѣняетъ ни въ чемъ договорныхъ отношеній между этими лицами [2]).

Поднаемъ отпадаетъ съ отпаденіемъ найма, хотя бы это произошло и ранѣе истеченія срока послѣдняго.

Поднаемщикъ связанъ отношеніями лишь со своимъ контрагентомъ-наемщикомъ, ни правъ, ни обязанностей въ отношеніи наймодавца онъ не имѣетъ. Предоставлено французскимъ правомъ наймодавцу недосредственно требовать наемныя деньги съ поднаемщика въ размѣрѣ прегензій съ наемщика, безъ права ссылки перваго на произведенную уплату до срока [3]). Подобное право обращенія къ сублокатору обезпечиваетъ справедливые интересы наймодавца, а въ условіяхъ нашей жизни оно было бы, de lege ferenda, желательно, какъ нѣкоторый факторъ борьбы противъ недобросовѣстности наемщиковъ.

Наемъ прекращается съ гибелью вещи, но не со смертью контрагентовъ, какъ договоръ болѣе имущественный чѣмъ персональный. Однако, во вниманіе къ личнымъ чертамъ этого договора приходятъ иногда къ противоположному рѣшенію вопроса (Германія и Швейцарія), другими словами, при смерти наемщика, за его наслѣдниками, такъ же, какъ и за наймодавцемъ признаютъ право отказа отъ договора [4]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 257, 1876 г. № 403, Св. Приб. 4029, 4030, Code Civil, Код. Нап. 1717. BGB. допускаетъ какую бы то ни было передачу, въ томъ числѣ и sublocatio, лишь съ разрѣшенія наймодавца, но послѣдній можетъ отказать въ разрѣшеніи только при наличности для этого важнаго повода въ лицѣ третьяго, иначе наниматель можетъ прибѣгнуть къ Kündigung, (этого права не имѣетъ Pächter, т. е. арендаторъ въ тѣсномъ смыслѣ): §§ 549, 596. Schw. OR. даетъ наемщику право sublocationis и даже полной передачи своего права, если при этомъ не предвидятся никакія вредныя послѣдствія—nachteilige Veränderungen — для наймодавца, Art. 264, Abs. 2, однако за то, что третье лицо будетъ пользоваться вещью такъ, какъ это дозволено наемщику, послѣдній отвѣтственъ передъ наймодавцемъ.

[2]) Рѣш. Литовскаго Верховнаго Трибунала 1925г. № 383.

[3]) Code civil, Код. Нап., 1753; такое же правило усваиваетъ опредѣленно Пр ОП., ст. 329. Св. Приб. предоставляетъ только право поднаемщику платить нанимателю, ст. 4031.

[4]) BGB, § 560, Schw. OR.. Art. 270 (въ послѣднемъ—при наймѣ на годъ и болѣе).

Пр. ОП. разрѣшаетъ наслѣдникамъ наемщика прекратить договоръ только при доказанной обременительности для нихъ договора [1]). По французскому праву, напротивъ, договоръ найма не прекращается ни смертью наймодавца, ни смертью нанимателя Дѣйствующее наше право молчаливо примыкаетъ къ этой послѣдней концепціи. По разъясненіямъ сената, договоръ найма обязателенъ и для наслѣдниковъ лицъ, его совершившихъ, безъ оговорокъ и изъятій [2]). Съ точки зрѣнія жизненныхъ условій представляется желательнымъ смягчить у насъ въ практикѣ этотъ строго-раціоналистическій взглядъ, а именно, при смерти наемщика давать возможность какъ его наслѣдникамъ, такъ и наймодавцу требовать освобожденія отъ договора по уважительнымъ причинамъ.

Несостоятельность наемщика (а тѣмъ болѣе наймодавца) не служитъ основаніемъ прекращенія договора найма [3]).

Что существенное нарушеніе однимъ изъ контрагентовъ приводитъ къ расторженію договора найма—это понятно само собою. Къ такимъ существеннымъ нарушеніямъ причисляется, между прочимъ, систематическое уклоненіе наемщика отъ уплаты наемныхъ денегъ [4]). Сюда же относится ненадлежащее пользованіе наемщика, напр., превращеніе жилья въ сарай или обратно, обращеніе нанятой для легковой ѣзды лошади въ

---

[1]) Ст. 336.

[2]) Рѣш. Гражд. 1878 г. № 234, 1877 г. № 83 и 1869 г. № 1322 (отчасти), 1867 г. № 304 (опредѣленно). Code Civil, Код. Нап., 1742.

[3]) Contra Пр. ОП., ст. 1853, Schw. OR., Art. 266, оставляющіе въ силѣ эти договоры лишь при условіи представленія несоотвѣтственнымъ должникомъ-наемщикомъ обезпеченія. По дѣйствующему нашему праву, Конкурсное Управленіе можетъ отказаться отъ договора должника-наемщика на общемъ основаніи отреченій отъ обязательствъ несостоятельнаго (съ возмѣщеніемъ убытковъ): рѣш. гражд. 1878 г. № 238.

[4]) Рѣш. гражд. 1899 г. № 78 (противъ такого пониманія нашихъ законовъ Латвійскій Сенатъ). Напротивъ, наймодавецъ не вправѣ ссылаться на фактъ неплатежа нанимателемъ, если послѣдній предлагалъ наемныя деньги наймодавцу, а тотъ не принялъ (рѣш. Литовск. Верховнаго Трибунала 1926 г. № 266). При требованіи о выселеніи наемщика за неплатежъ наемныхъ денегъ возможно требовать одновременно въ судѣ присужденія съ перваго вознагражденія и за то время, въ теченіе котораго онъ будетъ пользоваться имуществомъ до выселенія, рѣш. Лит. Верх. Трибунала 1926 г. № 100, 1927 № 305.

ломовую, для перевозки тяжести [1]). Со стороны наймодавца существеннымъ нарушеніемъ договора является, inter cetera, отказъ отъ производства необходимыхъ исправленій.

Особенность договора найма заключается въ возможности инертнаго его дѣйствія и по окончаніи срока—relocatio tacita. Именно, если и послѣ срока наемщикъ съ вѣдома наймодавца и на прежнихъ основаніяхъ продолжаетъ пользоваться объектомъ найма, то договоръ считается возобновленнымъ до заявленія одной изъ сторонъ. Насколько, однако, молчаніе сторонъ можно принять за возобновленіе, какъ не случайное, рѣшается по конкретнымъ даннымъ (судомъ) [2]).

Судьба наемнаго договора при отчужденіи самого объекта пользованія—Kauf bricht Miete, Kauf bricht nicht Miete—вызывала немало споровъ и недоумѣній и до сихъ поръ не можетъ считаться окончательно рѣшенной проблемой. При взглядѣ на наемъ, какъ на чистое обязательство, неизбѣженъ выводъ о прекращеніи договора съ переходомъ предмета къ другому собственнику. Въ такомъ направленіи разрѣшало вопросъ вначалѣ римское право, по которому наемщикъ имѣлъ лишь искъ объ убыткахъ къ наймодавцу и никакихъ притязаній не вправѣ

---

[1]) Рѣш. Литовск. Верховнаго Трибунала 1926 г. № 2; Змирловъ, Договоръ найма имуществъ по нашимъ законамъ, Журн. Гр. и Уг. права, 1884 г., кн. II, стр. 97.

[2]) По рѣш. гражд. 1837 г. № 693, въ этомъ случаѣ устраняется самовольность владѣнія, пока хозяинъ имущества не потребуетъ возвращенія такового. BGB, § 569, Schw. OR, Art. 268. По французскому праву, при письменномъ договорѣ наступаютъ здѣсь послѣдствія наймовъ, совершенныхъ не на письмѣ, т. е. договоръ обязателенъ на сроки, установленные мѣстными обычаями: Code civil, Код. Нап., 1738, 1739, 1736, 1759. Пр. ОП., ст. 341 фиксируетъ особые сроки, истеченіе которыхъ знаменуетъ возобновленіе найма на прежнихъ условіяхъ и на неопредѣленный срокъ, а для сельскихъ имѣній—на слѣдующій хозяйственный годъ. Все это правильно и цѣлесообразно, въ сущности такъ рѣшается вопросъ и въ дѣйствующей нашей практикѣ, хотя точный срокъ презумпціоннаго фактическаго пользованія и не существуетъ у насъ. Ср. Также Schw. OR, Art. 292. По мнѣнію Латвійскаго Сената, X т. I ч. совершенно отвергаетъ relocatio tacita, такъ что заключенный на извѣстный срокъ наемный договоръ ipso jure отпадаетъ безусловно съ окончаніемъ срока, рѣшеніе 1922 г. № 41, изданіе Konradi—Walter, Izvilkumi po Latvijas Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumiem, 1. turp., l 91. Въ такой категорической формѣ интерпретація Латвійскаго Кассаціоннаго Суда непріемлема.

былъ заявлять къ новому пріобрѣтателю. Принятіе въ разсчетъ присущихъ найму вещныхъ чертъ, съ одной стороны, и необходимость обезпеченія справедливыхъ интересовъ наемщика, съ другой, привели затѣмъ къ отступленію отъ прежнихъ воззрѣній. Современное право, въ общемъ, приняло слѣдующія начала: 1) при наймѣ движимости принципъ Kauf bricht Miete дѣйствуетъ безусловно, наемъ цѣликомъ отпадаетъ, 2) при наймѣ недвижимости остаются въ силѣ договоры, внесенные въ крѣпостныя (ипотечныя) книги, а также обыкновенные письменные договоры съ достовѣрной датой совершенія, уже осуществленные. По французскому закону, пріобрѣтатель не можетъ удалить такого наемщика дома или сельскаго имѣнія, который имѣетъ оффиціальный актъ найма—bail autentique—либо частный актъ avec date certain [1]). По Пр. ОП., договоръ найма, внесенный въ вотчинную книгу, обязателенъ для каждаго послѣдующаго пріобрѣтателя до окончанія срока найма. Въ другихъ случаяхъ письменный договоръ найма недвижимости обязателенъ, если время совершенія достовѣрно и имущество, до перехода, уже находилось въ пользованіи нанимателя. Но при продолжительномъ договорѣ, свыше трехъ лѣтъ, послѣдній можетъ быть прекращенъ на третьемъ году, съ установленнымъ предвареніемъ. Всѣ прочіе осуществленные договоры на недвижимость имѣютъ для новаго пріобрѣтателя значеніе найма на неопредѣленный срокъ, т. е. могутъ быть прекращены съ предвареніемъ [2]). На иной точкѣ зрѣнія стоитъ Швейцарскій и Германскіе Кодексы: первый признаетъ лишь наемные договоры съ Grundbuchvormerkung, а второй и съ Vormerkung'омъ не считается, стоя всецѣло на точкѣ зрѣнія Kauf bricht Miete [3]). По дѣйствующему нашему праву теряютъ юридическую силу наемные договоры, не осуществленные въ дѣйствительности, съ переходомъ недвижимости къ новымъ пріобрѣтателямъ: для послѣднихъ

[1]) Code civil, Код. Нап., 1743.

[2]) Таковъ смыслъ стт. 342—343. Произведенный прежнему собственнику платежъ наемныхъ денегъ болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, не внесенный въ вотчинную книгу или неизвѣстный новому пріобрѣтателю, для него не обязателенъ въ части, которая причитается за время перехода права собственности къ пріобрѣтателю и превышаетъ годовой размѣръ наемной платы: ст. 346.

[3]) BGB, §§ 571, 578, 580, Schw. OR, Art. 259, 260, 281, 282. Въ Швейцаріи, при наймѣ недвижимости безъ отмѣтки въ Grundbuch, наемщикъ можетъ остаться до извѣстныхъ установленныхъ закономъ сроковъ въ случаѣ „предваренія“ со стороны пріобрѣтателя, и до срока договора—при упущеніи этого предваренія.

какъ для третьихъ лицъ, подобные договоры сохраняются лишь при выраженномъ ими на то согласіи. Но осуществленный договоръ обязателенъ для покупщика, хотя бы послѣднему договоръ неизвѣстенъ былъ во время пріобрѣтенія имущества. Такое же положеніе вещей имѣетъ мѣсто и при дарственномъ отчужденіи [1]). Эти нормы оказываются вполнѣ удовлетворительными для оборота, не нарушая ничьихъ справедливыхъ интересовъ Напротивъ, германскій раціонализмъ, обрушивающійся на всякій наемный договоръ, даже вполнѣ добросовѣстный, заключенный до перехода недвижимости, противится жизненнымъ требованіямъ, односторонне обезпечивая лишь выгоды пріобрѣтателя. Интересы собственности, особенно земельной, требуютъ крѣпости наемныхъ контрактовъ и, несомнѣнно, страдаютъ въ общей сложности, если у наемщиковъ возникаютъ опасенія за судьбу своихъ договоровъ, разрушаемыхъ при всякой перемѣнѣ собственника. Стабильность наемныхъ контрактовъ означаетъ стабильность самой собственности. Иное дѣло—огражденіе новаго пріобрѣтателя отъ недобросовѣстныхъ договоровъ, направленныхъ къ обходу его правъ. Цѣлямъ такого огражденія и должно служить требованіе достовѣрности даты совершенія договора, неизвѣстнаго пріобрѣтателю. Дѣйствующее наше право слабо реагируетъ на этотъ вопросъ, надлежащее его разрѣшеніе, повидимому,—дѣло реформы. Вообще, предпринимаемыя въ этой области мѣры должны примкнуть къ общей организаціи борьбы, въ сферѣ частныхъ правоотношеній противъ всякаго рода неправдъ, фиктивностей и симуляцій. Въ частности, при принудительной продажѣ съ публичнаго торга, нашъ законъ различаетъ наемъ, заключенный до полученія повѣстки объ исполненіи и послѣ этого. Въ послѣднемъ случаѣ новому пріобрѣтателю достаточно ссылаться на то, что договоръ „клонился ко вреду

[1]) Рѣш. Гражд. 1878 г. № 234, 1877 г. № 83, 1874 г. № 272, 1870 № 1794, 1868 г. № 771. Сенатъ ссылается на статьи закона объ „отдѣльномъ владѣніи“, къ которому относитъ пользованіе (ст. 529, X т. I ч.), на невозможность обращенія здѣсь къ началу „nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet“, недопустимость отобрать землю отъ лицъ, которыя ее обработали, обсѣменили и пр. Но главную роль, несомнѣнно, играетъ въ глазахъ сената „общій духъ законовъ“, на который также имѣется указаніе въ этихъ рѣшеніяхъ. При полученіи денегъ впередъ болѣе, чѣмъ за годъ, требуется крѣпостной порядокъ удостовѣренія, 1703 ст. X т. I ч., иначе договоръ необязателенъ для пріобрѣтателя, не знавшаго о немъ (сохраняя силу лишь для заключившихъ его): рѣш. гражд. 1879 г. № 353, 1876 г. № 11.

покупщика", хотя бы пріобрѣтателю и извѣстно было о договорѣ. Заключенный до полученія повѣстки договоръ найма необязателенъ для покупщика, если: а) на торгахъ послѣдній не зналъ о договорѣ изъ производства (ни изъ описи, ни изъ запрещеній), и б) договоръ на продолжительное время лишаетъ покупщика доходовъ съ имѣнія. Эти положенія выдвинуты практикой не безъ колебаній въ толкованіи закона [1]).

По разнообразію и разнохарактерности казусовъ дѣйствительности, было бы цѣлесообразно въ затронутыхъ вопросахъ перенести центръ тяжести съ подробной казуистической регламентаціи къ линіи большей свободы судейскаго усмотрѣнія.

Не смотря на то, что злонамѣренность чаще проявляется у насъ при принудительныхъ отчужденіяхъ съ публичнаго торга, когда у нещепетильнаго должника является искушеніе что-либо

[1]) Уст. Гр. Судопр, стт. 1079, 1100, 4, 1111. См. рѣш. гражд. 1873 г. № 1681, 1882 г. № 151 и 1877 г. № 11 (особенно. Иначе рѣш. гражд. 1873 г. № 1224, требующее наличности „вреда, положительно доказаннаго", для покупателя съ публ. торговъ и при наймѣ, заключенномъ послѣ полученія повѣстки объ исполненіи, также отчасти рѣш. гражд. 1870 г. № 226.—Теоріей и практикой признано было, что постановленія, заключенныя въ статьяхъ 1099—1100 Уст. Гр. Судопр., какъ содержащія въ себѣ нормы матеріальнаго права, распространяются на всѣ продаваемыя съ торговъ имѣнія, какими бы установленіями и въ какомъ бы порядкѣ торги эти ни производились (въ то число идутъ и установленія кредитныя), а также на конфискацію арендуемаго имѣнія и на отчужденіе такового имѣнія въ силу судебнаго рѣшенія о признаніи за третьимъ лицомъ права собственности (въ послѣднемъ случаѣ законному собственнику предоставляется сенатомъ право на открытіе спора о недѣйствительности договоровъ недобросовѣстныхъ, клонящихся къ обезцѣненію имѣнія). При экспропріаціи, въ виду спеціальной цѣли, съ которой таковая производится, вопросъ о силѣ арендныхъ договоровъ рѣшается въ иной плоскости. См. Шенингъ, О вліяніи отчужденія имѣній на силу заключенныхъ по нимъ договоровъ найма и объ условіяхъ обязательности таковыхъ въ означенныхъ случаяхъ, Журн. гр. и уг. права, 1891 г., кн. IX, стр. 25 и сл. и рѣш. гражд. 1905 г. № 50, 1879 г. № 359, 1875 г. №№ 541 и 542, 1880 г. №№ 301 и 208. Замѣтимъ, inter cetera, что споръ—какой бы то то ни былъ—противъ договора найма не вправѣ возбудить, во всякомъ случаѣ, ни прежній собственникъ (или владѣлецъ), ни самъ наемщикъ, по отсутствію у нихъ законнаго интереса къ тому. Ср. рѣш. гражд. 1874 г. № 199, Шеннингъ, ук. соч., стр. 23.

урвать изъ имѣнія при посредствѣ подставныхъ наемщиковъ, все же продолжать de lege ferenda эта разницу въ отношеніи вліянія на наемные контракты между отчужденіемъ съ публичныхъ торговъ и всякимъ инымъ отчужденіемъ, казалось бы, представляется ненужнымъ, въ виду полной однородности этихъ явленій.

Нынѣшній имущественный наемъ ушелъ далеко впередъ отъ прежнихъ образцовъ. Въ Римѣ не было особой нужды въ пользованіи чужими имѣніями, такъ какъ земель и недвижимостей было обиліе, сравнительно съ численностью населенія: хватало и на жилье и на другія надобности, съ избыткомъ. Заботиться объ особой охранѣ интересовъ нанимателя не приходилось. Римское право позволило себѣ роскошь консеквентнаго проведенія обязательственныхъ началъ договора locatio rei. Наниматель имѣлъ только право требованія, онъ въ любой моментъ могъ быть удаленъ отъ нанимаемаго имущества, оставляя за собой лишь искъ объ убыткахъ. Ничѣмъ онъ не былъ защищенъ противъ притязаній какъ собственника, такъ и постороннихъ лицъ—захватчиковъ; отчужденіе нанятаго имѣнія собственникомъ другому лицу тѣмъ самымъ влекло паденіе и наемныхъ контрактовъ. Всѣ преимущества были на сторонѣ собственника. Онъ имѣлъ также залоговое право въ отношеніи вещей, доставленныхъ нанимателемъ на нанимаемую недвижимость (invecta et illata). Въ средніе вѣка въ Европѣ крупные землевладѣльцы создавали на своихъ земляхъ вѣчныя и наслѣдственныя аренды, нуждаясь болѣе въ работникахъ, чѣмъ въ земляхъ, которыхъ все еще было достаточно повсемѣстно; наемные договоры создавались лишь на почвѣ мелкаго землевладѣнія. Впослѣдствіи, когда количество населенія возросло и вмѣстѣ съ тѣмъ развилась торговля и промышленность, недвижимость значительно поднялась въ цѣнѣ: начавшаяся борьба между собственниками и нанимателями клонилась со стороны первыхъ къ устраненію вторыхъ изъ ихъ насиженныхъ мѣстъ. Собственники пользовались покровительствомъ власти и старыми традиціями римскаго права, дававшими идеологическое обоснованіе ихъ притязаніямъ на уничтоженіе наемныхъ договоровъ, въ томъ числѣ и тѣхъ, которые имѣли вѣчно-наслѣдственный характеръ. Но окрѣпшій классъ арендаторовъ, особенно въ городахъ, съ своей стороны, оказывалъ этому сильное сопротивленіе. Въ XIX в. законодатель, подъ сильнымъ воздѣйствіемъ обширной категоріи городскихъ нанимателей, среди которыхъ было много чиновниковъ, военныхъ и пр., сталъ явно склоняться въ сторону защиты интересовъ нанимателей. Права нанимателей и арендаторовъ возводились на степень вещныхъ притязаній, коль скоро наниматель фактически находился на нанима-

емой недвижимости. Такому нанимателю давались возраженія противъ собственника и противъ новыхъ пріобрѣтателей—третьихъ лицъ. Утвержденъ былъ древне-европейскій принципъ, что Heuer (Miete) geht vor Kauf. (Въ этомъ смыслѣ уже Прусское Земское Право). Наконецъ, нанимателю данъ былъ поссессорный искъ противъ нарушителей его владѣнія. Одновременно законодателя стала озабочивать новая проблема—охрана здоровья нанимателей квартиръ и помѣщеній и ихъ слугъ и служащихъ, подвергаемаго риску со стороны обуреваемыхъ жаждой наживы наймодавцевъ, что особое значеніе имѣетъ для найма угловъ и трущобъ. Въ этомъ отношеніи ранѣе пользовались общимъ началомъ, что наймодавецъ обязанъ предоставить нанимателю вещь „въ пригодномъ состояніи". Но это оказывалось недостаточнымъ, и BGB (Schw. ZGB) сдѣлало значительный шагъ впередъ не безъ вліянія агитаціи со стороны общественныхъ дѣятелей и юристовъ[1]), предоставивъ нанимателю угрожающаго здоровью помѣщенія для жилья отказаться отъ договора, безъ всякаго предупрежденія, даже если первому эти недостатки извѣстны были и онъ отъ всякихъ претензій въ этомъ смыслѣ заранѣе отказался. Дѣлаемое нѣкоторыми предложеніе установить въ этомъ случаѣ обязанность наймодавца вознаградить нанимателя также не—имущественный ущербъ относится къ общей проблемѣ возмѣщенія не матеріальнаго вреда, о чемъ дальше [2]).

[1]) См. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 194—197.

[2]) Въ Россіи договоръ найма никогда не получилъ въ законѣ законченнаго вида, находясь въ рудиментарномъ состояніи. Только одно занимало законодателя—подчеркиваніе вещнаго характера этого договора. Съ древнихъ временъ въ Россіи земли отдавались въ аренду, если земля не нужна была лично собственнику и, напротивъ, въ ней сильно нуждался арендаторъ. Поэтому наемщикъ получалъ обыкновенно обширныя права при осуществленіи своего пользованія, трактовался почти какъ собственникъ, при чемъ доходило иногда до того, что онъ признавался наслѣдникомъ къ имуществу умершаго наймодавца, если только у послѣдняго не оставалось никакихъ другихъ законныхъ наслѣдниковъ (Пск. Суд. Грам., см. Змирловъ, Журн. Гр. и Уг. Права, 1884 г., кн. II, стр. 74). О римскомъ „обязательственномъ" наймѣ въ то время не могло быть и рѣчи, тѣмъ болѣе, что отношенія къ вещи вообще исчерпывались либо собственностью либо правами, напоминающими такъ или иначе собственность. Уложеніе 1649 г., а затѣмъ послѣдующіе указы и узаконенія 18 и 19 вв. точно устано-

Жилищный кризисъ, вызванный великой войной и ея послѣдствіями, сильно отразился на юридическихъ отношеніяхъ по найму квартиръ для жилья. Изданныя повсюду, гдѣ этотъ кризисъ проявился, правила о таковомъ наймѣ имѣли цѣлью утвердить принудительность найма въ отношеніи собственника, который долженъ довольствоваться предустановленными нормами оплаты и не въ состояніи выселить жильца внѣ точно указанныхъ правилами случаевъ. Эти правила переходнаго характера [1]).

вили предметъ договора найма (недвижимость и движимость), срокъ и условія найма, оставивъ въ силѣ, въ общемъ, взглядъ о строго вещномъ характерѣ найма. Такой же взглядъ перешелъ въ X т., I ч. Его поддерживалъ составитель Св. зак. Сперанскій, по мнѣнію котораго на нанятое имущество имѣетъ право собственности и наниматель и прежній владѣлецъ, но въ разныхъ границахъ: одинъ—на время и по условію, а другой—навсегда, исключая однако время найма". Змирловъ, ib., стр. 78. См. X т. I ч., стт. 521, 1706. При такомъ положеніи, въ силу одного договора найма хозяинъ въ прежнее время обязывался передать вещь нанимателю, наемное право оставалось за нанимателемъ при всякомъ отчужденіи вещи въ другія руки, переходило цѣликомъ по наслѣдованію, безъ ограниченій и т. п. Впослѣдствіи реформированный сенатъ отсталыя нормы закона о наймѣ приспособилъ къ новымъ требованіямъ жизни, стремясь поддерживать этотъ договоръ на высотѣ западно-европейскаго права и практики.

[1]) Важнѣйшимъ закономъ въ этомъ отношеніи является германскій. Согласно Mieterschutzverordnung 23 September 1918 новые наемные договоры на жилище, магазины и мастерскія должны быть заявляемы особому Wohnungsamt, которое въ случаѣ, если наемная плата превышаетъ обычные или вообще средніе размѣры, вправѣ распорядиться объ оцѣнкѣ съ цѣлью пониженія наемной платы. Дальнѣйшіе законы, 22-VI-1919, I-VI-1923 и др. дополнили эти постановленія. Были сдѣланы недавно попытки вернуть наемному договору его прежнюю свободу, однако съ такими оговорками, которыя лишили эти попытки сколько-нибудь значительной силы. См. Krieg, Mietrecht въ Hadwörterbuch der Rechtswissenschaft, 6 u 7 Lief., S. 47 и др.; также Linz, Zur Mietenschutznovelle, DIZ, 1928, H. 7, S. 488 ff. (Послѣдняя новелла—„Gesetz zur Aenderung des MSchG" von 13 Febr. 1928 вводитъ нѣкоторыя льготы для наймодавца, преимущественно процессуальнаго свойства). —Въ Литвѣ дѣйствуетъ особый законъ о наймѣ квартиръ въ городахъ. Нормирована наемная плата за квартиры и иныя помѣщенія. Споры по поводу этой платы возникающіе, разрѣша-

Ссуда. Совершить договоръ ссуды—commodatum означаетъ отдать или обязаться отдать предметъ въ безмездное пользованіе [1]). Объектомъ ссуды служитъ движимость и недвижимость, а также —рѣдко—право, какъ право охоты, авторскія правомочія [2]). Будучи, какъ и наемъ, временнымъ пользованіемъ, ссуда, въ общемъ, подчиняется положеніямъ о наймѣ (относительно содержанія, формы), которыя распространяются, mutatis mutandis, на ссуду съ нѣкоторыми отличіями, сбусловленными прекарностью ссуды. Какъ и при

ются особыми квартирными отдѣлами. По окончаніи срока наемнаго договора наемщикъ вправѣ обновить договоръ на то же время и на тѣхъ же основаніяхъ, развѣ бы оказалось, что квартира нужна самому собственнику,—вопросъ, рѣшаемый также квартирнымъ отдѣломъ. (Если собственниковъ нѣсколько, каждый управомоченъ требовать себѣ квартиры въ общемъ домѣ, по разъясненіи Лит. Верх. Трибун., 1925-1-31 d. Sprend., „Teisė“, № 9, 1926 m., p. 79). Собственникъ вправѣ выселить наемщика, если послѣдній не исполняетъ договора либо не платитъ наемной платы болѣе, чѣмъ за мѣсяцъ, либо пользуется квартирой не

[1]) Проектъ ОП. силится отвергнуть „обязательство судить“, см. ст. 357, абз. I и Пр. Гр. Ул., Объясненія, V, т. 2, 1899, стр. 125 и сл. По римскому праву commodatum былъ реальнымъ контрактомъ, такимъ онъ остался и во французскомъ правѣ, но другіе кодексы, такъ же, какъ и наше дѣйствующее право, этого начала не воспроизводятъ, считая ссуду договоромъ консенсуальнымъ.

[2]) Противъ послѣдняго возражаютъ—безъ достаточнаго основанія—составители Пр. Гр. Ул.: Объясненія, V, т. 2, 1899, стр. 135.—Отстаиваемое нѣкоторыми русскими юристами мнѣніе (Анненковъ, Система русскаго гражд. права, IV, 1904, стр. 365), будто дѣйствующее наше право признаетъ объектомъ ссуды только движимыя вещи, не находитъ подтвержденія ни въ дѣйствительномъ смыслѣ стт. 2064 и 2065 X т. I ч., ни въ общемъ разумѣ законовъ, ни въ обычаяхъ. Законъ упоминаетъ о движимости, какъ наиболѣе частомъ случаѣ ссуды, не возбраняя и ссуды недвижимости, см. разсужденія редакторовъ Пр. Гр. Ул., Объясненія, V, т. 2, 1899, стр. 132, ср. также Вицинъ, О нѣкоторыхъ особыхъ договорахъ по русскому праву, изъ лекцій проф. Мейера, Журн. Мин. юст. т. XI, ч. II, стр. 228. Невѣрно опредѣлилъ ссуду въ одномъ случаѣ и сенатъ, какъ договоръ объ отдачѣ въ безмездное пользованіе движимаго имущества, рѣш. гражд. 1868 г. № 248. Этого ограниченія не знаютъ западныя законодательства, его не вводитъ и Пр. ОП. Oser, cit. S. 617, приводитъ примѣръ ссуды плаца для нуждъ ремонта близлежащаго зданія.

наймѣ, ссудоприниматель можетъ пользоваться плодами и прибылями вещи, насколько противное не вытекаетъ изъ самого договора ссуды [1]). Въ частности, законъ нашъ не требуетъ, чтобы договоръ ссуды—какой бы то ни было—, стало быть и ссуды недвижимости заключался непремѣнно на письмѣ [2]).

Ссудить можетъ не только собственникъ, но и просто владѣлецъ, если ему это не воспрещено закономъ или договоромъ—ссуда квартиры въ городѣ на лѣтній сезонъ за отъѣздомъ на дачу. Судоприниматель долженъ заботиться о предметѣ ссуды не только, какъ о своемъ собственномъ достояніи — diligentia quam suis —, но и въ большей мѣрѣ [3]). Получивъ безмездно пользованіе вещью, человѣкъ платилъ бы неблагодарностью, если бы проявилъ недостаточно интенсивное вниманіе къ ней. Это сказывается, между прочимъ,

---

согласно назначенію въ договорѣ, либо, наконецъ, не придерживается санитарныхъ, полицейскихъ и иныхъ подобныхъ правилъ. Свободнымъ квартирамъ ведется спеціальная регистрація. Квартирные отдѣлы состоятъ при органахъ самоуправленій и разбираютъ дѣла въ присутствіи заинтересованныхъ лицъ. Рѣшенія квартирныхъ отдѣловъ подлежатъ обжалованію въ судебныя установленія, въ апелляціонномъ и кассаціонномъ порядкахъ. Namų, butų ir kambarių samdymo miestuose ir miesteliuose įstatymas, Vyriausybės Žinios, 1920 Nr. 55, замѣненный затѣмъ новеллой такого же приблизительно содержанія (съ нѣкоторыми измѣненіями): „Butų nuomos miestuose įstatymas“, отъ 23 іюня 1924, Vyriaus. Žinios 1924 № 162. Законъ этотъ долженъ быть разсматриваемъ, какъ исключеніе изъ гражданскихъ нормъ, и потому: а) онъ не находитъ примѣненія къ случаямъ, въ немъ прямо не предусмотрѣннымъ, б) при неясности какого-либо его постановленія преимущество отдается общимъ нормамъ права (рѣш. Литовскаго Верховнаго Трибунала 1925 г. № 259 и 1926 г. № 420) Въ Латвіи 16 іюня 1924 г. былъ обнародованъ законъ о наймѣ жилыхъ помѣщеній, въ силу котораго свобода договора имущественнаго найма почти цѣликомъ уничтожена въ пользу нанимателей. Законъ этотъ получилъ обратную силу, распространившись и на отношенія, возникшія до его изданія. См. Синайскій, Основы гражд. права, 1926, стр. 225,—также Dzelzits, Likums par telpu iri ar paskaidrojumiem un tiesu praksi, 1926 l. 19.

[1]) Contra Анненковъ, Система русск. гражд. права, IV, 1904, стр. 365, Шершеневичъ, Учебникъ русск. гражд. права, 1912, стр. 580.

[2]) Contra Вицинъ, ук. соч., стр. 229.

[3]) Ср. рѣш. гражд. 1875 г. № 509.

во время опасности, пожара, наводненія. Ссудоприниматель не можетъ спасать свои вещи и пренебречь предметомъ ссуды, напротивъ, онъ долженъ пожертвовать собственной вещью, коль скоро это нужно для спасенія ссуженной, иначе онъ подвергается отвѣтственности передъ ссудодателемъ [1]). Ссудоприниматель несетъ обыкновенные расходы по содержанію предмета, кормитъ скотъ на свой счетъ, дѣлаетъ починки и пр. Но чрезвычайные расходы упадаютъ на ссудодателя. Ссудодатель не вправѣ требовать предметъ обратно до истеченія срока или времени, на которое ссуда, по существу своему, предназначена была. При отсутствіи срока, прямого или косвеннаго, ссуда считается совершенной на неопредѣленное время, т. е. она можетъ быть прекращена каждымъ контрагентомъ по желанію, безъ дальнѣйшаго. Однако, въ виду болѣе моральнаго, чѣмъ экономическаго значенія ссуды, а часто и случайнаго ея характера, ссудодателю дается почти повсемѣстно на Западѣ право и при наличности указанія на срокъ истребовать обратно предметъ немедленно, не дожидаясь истеченія срока, если по непредвидѣннымъ обстоятельствамъ предметъ окажется настоятельно нужнымъ ему самому [2]). По дѣйствующему нашему праву, такое правомочіе, не смотря на всю его справедливость, ссудодателю не представлено.

Со смертью ссудопринимателя договоръ ссуды прекращается, что вытекаетъ изъ того, что ссуда покоится на особой личной связи и наличномъ довѣріи къ ссудопринимателю. Это логически-вѣрное начало пріемлемо и безъ особаго упоминанія въ законѣ, хотя многіе кодексы считаютъ нужнымъ его особо оговорить: (Code Civil, Код. Нап., Пр. ОП, Schw. OR. (contra Св. Приб.). Когда ни срокъ, ни способъ пользованія не установлены, то это ссуда—одолженіе (precarium): въ любой моментъ предметъ такой ссуды—одолженія можетъ быть потребованъ обратно.

По недѣловитости, если можно такъ выразиться, договора ссуды онъ въ дѣйствительности не служитъ темой для споровъ на судѣ, въ такой мѣрѣ, какъ другіе договоры. Но законодатель не можетъ быть совершенно безучастенъ къ этому институту, выросшему изъ корней

---

[1]) См. Пр. ОП., ст. 362, Code civil, Код. Нап., 188, Св. Приб., ст. 3745.

[2]) BGB, § 605, Abs. 1, Пр. ОП., ст. 366. Code civil, Код. Нап., 1889 (если вещь сдѣлается „настоятельно и нежданно необходимой"). Schw. OR. Art., 309. По Св. Приб. въ этомъ случаѣ ссудопринимателъ вправѣ все же отказать, если отъ преждевременнаго возвращенія онъ могъ бы потерпѣть особый убытокъ, ст. 3760.

человѣческаго расположенія къ ближнему и добрососѣдскихъ отношеній. Эти особенности договора ссуды должны найти соотвѣтствующую охрану и поддержку.

Поклажа. Въ прежнія времена поклажа была безвозмезднымъ договоромъ храненія корпоральнаго движимаго имущества и предполагала какія-либо особыя отношенія близости, подобно ссудѣ. Такимъ былъ договоръ храненія по римскому праву. Нынѣ поклажа получила другой обликъ, благодаря развитію гражданскаго и торговаго оборота. Не только въ частныхъ отношеніяхъ полагается часто вознагражденіе за храненіе, но существуютъ особыя предпріятія по храненію чужихъ вещей—товарные склады. Поэтому нельзя больше настаивать на презумпціи безмездности поклажи: на такую безмездность можно ссылаться, когда для этого имѣются конкретныя данныя. За всѣмъ тѣмъ поклажа и понынѣ касается только движимостей—res tangibiles. Храненіе правъ немыслимо, такое храненіе всегда есть какое-либо другое соглашеніе—иноминатный договоръ, храненіе недвижимости есть соглашеніе о работѣ, договоръ трудовой. Возможна поклажа и живыхъ существъ—скота, ульевъ пчелъ: для этого нѣтъ препятствій ни экономическихъ, ни юридическихъ [1]).

Итакъ, въ силу поклажи данное лицо—поклажепринимательберетъ на себя сохраненіе тѣлесной движимой вещи, принадлежащей другому лицу—поклажедателю. Послѣднимъ можетъ быть и не собственникъ, а владѣлецъ или иное заинтересованное лицо [2]).

Поклажа совершается обыкновенно въ пользу лица, отдающаго на храненіе—поклажедателя, но она можетъ имѣть въ виду и интересы принимающаго на храненіе—поклажепринимателя.

---

[1]) Contra рѣш. гражд., 1873 г. № 1577: „предметомъ поклажи могутъ быть только вещи, деньги и акты", но не „предметы одушевленные", тотъ же взглядъ и въ рѣш. гражд. 1875 г. № 989.

[2]) X т. I ч., ст. 2100, Code civil, Код. Нап., 1922, въ основательной интерпретаціи Маркова, Замѣтки о вопросахъ, возникающихъ изъ договора отдачи на сохраненіе, Журн. гр. и уг. права, 1875 г., кн. III, стр. 18 и сл. Также (отдаленно)—Св. Приб., ст. 3791. Само собою разумѣется, что хозяинъ вещи, если она отдана на храненіе безъ его согласія, такимъ договоромъ не связанъ и вправѣ истребовать ее отъ хранителя по праву собственности. X т. I ч., ст. 569, Марковъ, ib., стр. 20.

При наличности срока храненія предполагается, что онъ установленъ въ пользу поклажедателя, если изъ договора или существа отношеній не вытекаетъ противное. Поклажедатель вправѣ получить вещь обратно и до срока, но съ обязанностью вознаградить контрагента за весь срокъ храненія [1]). Поклажепринимательобязывается: а) принять вещь на храненіе, б) хранить ее надлежащимъ образомъ и в) возвратить вещь въ цѣлости [2]).

Поклажа договоръ консенсуальный [3]). Между тѣмъ въ поклажѣ видятъ многіе реальный договоръ, совершаемый лишь путемъ отдачи вещи. Čecho-Slow. считаетъ нужнымъ особо подчеркнуть: „Wenn ... jemand verspricht, eine Sache in die Obsorge zu übernehmen, welche nicht gleichzeitig übergeben wird . . . . ist dies noch kein Verwahrungsvertrag [4]). Отрицающіе консенсуальный характеръ договора поклажи, признаютъ обязанность возмѣстить вредъ въ случаѣ обѣщанія взять вещь на храненіе и послѣдовавшаго затѣмъ неосновательнаго отказа, но на общихъ обязательственныхъ началахъ. Таковъ, очевидно, смыслъ и неудачно редактированной статьи Св. Приб. [5]). Однако, подобное

[1]) Если два или нѣсколько лицъ отдали вещь на храненіе третьему лицу до разрѣшенія ихъ спора въ судѣ (секвестръ), то вещь подлежитъ отдачѣ не ранѣе, какъ по окончаніи спора, тому, кто будетъ признанъ по суду имѣющимъ право на полученіе ея. Code Civil, Код. Нап., 1955 и слѣд., также Schw. OR, Art. 480. По разъясненію сената, недопустимо лишь, чтобы самый споръ подлежалъ разрѣшенію поклажепринимателя: рѣш. гражд. 1915 г. № 49. По французскому праву отдать вещь въ секвестръ можетъ и судъ. О секвестрѣ при участіи судебныхъ органовъ у насъ — см. Уст. Гражд. Судопр., стт. 1009 и сл. Секвестръ въ состояніи создать у себя само третье лицо, если оно должно отдать кому-либо вещь, но имѣетъ основаніе считать его право на вещь спорнымъ, по притязаніямъ другихъ.

[2]) Послѣдствіемъ отказа возвратить является отвѣтственность пріемщика даже за случайныя гибель и поврежденія, наступившія послѣ отказа, ст. 2105, X т. 1 ч., рѣш. гражд. 1890 г. № 71, 1868 г. № 590,—и отобраніе вещи судомъ.

[3]) См. Schw. OR., Art., 472.

[4]) § 890. BGB, § 688, Code Civil, Код. Нап., 1915 г. Пр. ОП., ст. 389. Неопредѣленно—Св. Приб., по которому договоръ поклажи считается заключеннымъ съ момента врученія вещи, но и предварительное соглашеніе, коимъ кто-либо обѣщаетъ взять вещь на сохраненіе, признается обязательнымъ.

[5]) Ст. 3778.

расчлененіе единаго по существу договора представляется нецѣлесообразнымъ, какъ нецѣлесообразно оно и въ другихъ договорахъ— купли, ссуды, найма и пр., ибо создаетъ искусственныя перегородки тамъ, гдѣ ихъ на самомъ дѣлѣ не должно быть. Уклонившійся отъ выполненія обязательства дать или взять вещь на храненіе не можетъ быть принужденъ къ тому судомъ; это противорѣчило бы и цѣли поклажи. Но можно отдать вещь на храненіе другому лицу за счетъ уклоняющагося поклажепринимателя, не желающаго сдержать обѣщаніе. Допустимо взыскивать съ нарушившаго обѣщаніе будь то взять, будь то дать вещь на храненіе, какъ дѣйствительный вредъ, напр. за напрасное приглашеніе служащихъ или наемъ помѣщенія, такъ и весь интересъ какой противная сторона получила бы, если бы поклажа была выполнена и храненіе осуществилось. Дѣйствующее наше право не содержитъ ничего противорѣчащаго этому выводу [1]).

Не выдѣляя поклажи, что касается формы, среди другихъ обыкновенныхъ договоровъ, западные кодексы не требуютъ для него обязательно письменной формы, отдавая это на волю сторонъ. Французское право предписываетъ письменность лишь для поклажъ цѣнностей стоимостью свыше 150 франковъ, по аналогіи съ реквизитомъ письменности для иныхъ договоровъ, превышающихъ извѣстную сумму. Также и по Пр. ОП., если стоимость отдаваемой на сохраненіе вещи превышаетъ триста руб., договоръ поклажи удостовѣряется на письмѣ — съ указаніемъ отличительныхъ признаковъ вещей (сохранная росписка) [2]). По дѣйствующему нашему праву требованіе непремѣннаго существованія „сохранной росписки“ при поклажѣ обязано своимъ происхожденіемъ, главнымъ образомъ, соображеніямъ фискальнымъ, но также и опасеніямъ всякаго рода обмановъ, подмѣновъ и иной злостности со стороны хранителя. Хотя по X т. 1 ч. сохранная росписка должна быть „отъ начала до конца писана и подписана рукою пріемщика“, у истца этимъ не отнимается право доказывать поклажу, въ случаѣ спора, распиской съ одной только подписью и вообще всякими письменными доказательствами и бумагами [3]). При отсутствіи письменнаго доказательства положеніе контрагентовъ становится чрезвычайно рискованнымъ. Наше дѣйствующее право не знаетъ даже клаузулы фран-

[1]) Стт. 2100 и сл. X т. I ч. (особенно ст. 2104).

[2]) ст. 391, абз. 1 и 2, Code Civil, Код. Нап., 1923, 1924.

[3]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 104, также Высочайше утвержденное 18 сентября 1850 г. Мнѣніе Государств. Совѣта по д. Захаревича, въ Сборникѣ этихъ мнѣній за 1850—1851 г., стр. 273.

цузскаго кодекса, что при отсутствіи письменнаго документа, когда таковой требуется, хранителю дается вѣра какъ о самомъ фактѣ принятія поклажи, такъ и относительно вещей, предметъ поклажи составлявшихъ, а также о фактѣ возвращенія поклажи. Поэтому наши суды оказываются въ большомъ затрудненіи, когда отвѣтчикъ, напр., заявляетъ, что вещь въ поклажу имъ взята, но затѣмъ отдана. Впрочемъ, законъ нашъ склоняется къ допущенію иногда и свидѣтельскихъ показаній, для отдѣльныхъ случаевъ смягчая суровость общаго требованія. Это имѣетъ мѣсто при т. наз. depositum miserabile, т. е. когда вещь отдана на сохраненіе во время необычайнаго несчастья, какъ пожаръ, наводненіе и пр., а также при внезапномъ отправленіи въ походъ или въ командировку. По указаніямъ практики, письменная форма не требуется и при поклажахъ, вытекающихъ изъ обыденныхъ, такъ сказать, непрерывающихся житейскихъ отношеній, напр., между членами одной семьи, вмѣстѣ живущими, или лицами, имѣющими одно общее хозяйство [1]).

Спеціальныя права и обязанности контрагентовъ при поклажѣ обусловливаются особенностями этого договора, съ отличительнымъ характеромъ доставленія.

Поклажепріниматель, по общему правилу, есть хранитель и только хранитель. Онъ въ состояніи принимать на себя и дополнительныя обязанности касательно вещи, но лишь настолько, насколько таковыя связаны съ поклажей, не выходятъ за ея предѣлы, иначе договоръ превратится въ договоръ порученія [2]). Поклажепріниматель обязанъ принятую вещь оберегать, прилагая къ этому всѣ заботы, и не вправѣ обязанности свои передавать другому безъ согласія поклажедателя. Договоръ поклажи не потеряетъ своихъ характерныхъ особенностей и не превратится въ заемъ отъ того, что поклажепріниматель управомочитъ контрагента такъ или иначе пользоваться вещью (Dalloz).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1896 г. № 53, стт. 2104, 2111, 2112, X т. 1 ч., Пр. ОП., ст. 391, абз. 3. Сюда же относится отдача на сохраненіе принадлежностей платья и туалета въ театрѣ, ресторанѣ, кинематографѣ, рѣш. гражд. 1870 г. № 1646, ср. также 1900 г., № 79, 1874 г. № 777.

[2]) Соглашеніе объ отдачѣ клерку нотаріуса денегъ для врученія ихъ по извѣстному назначенію было признано французскими судами договоромъ mandat (похищеніе этихъ денегъ клеркомъ квалифицировалось какъ воровство). См. Dalloz, Dictiannaire pratique de droit, p: 463, № 2.

Не различается, въ отношеніи обязанностей поклажепринимателя, по крайней мѣрѣ, въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ, возмездна или безвозмездна поклажа. Такое различіе дѣлаютъ BGB и Пр. ОП., а также англійское право, исходя изъ того, что при неоплоченной поклажѣ хранитель долженъ отвѣчать лишь за грубую неосторожность, for gross negligence [1]). Это ничѣмъ не оправдываемая снисходительность къ „небрежности“ въ отношеніи интересовъ другого не находитъ опоры въ современномъ правовомъ чувствѣ. Кромѣ того, самый критерій безвозмездности оказывается весьма шаткимъ. Дѣло въ томъ, что поклажа часто входитъ звеномъ въ цѣпь юридическихъ отношеній, которыя, взятыя вмѣстѣ, являются источникомъ матеріальныхъ или иныхъ выгодъ для поклажепринимателя (Schuster).

Рачительность касается выбора способовъ храненія, а также необходимыхъ перемѣнъ мѣста храненія, въ предотвращеніе опасностей и вредныхъ случайностей для хранимой вещи, поддержанія въ цѣлости вещи, въ смыслѣ ухода, чистки, вывѣтриванія,—кормленія животныхъ и пр. Но онъ не обязанъ предпринимать какія-либо особыя мѣры сохраненія, какихъ можно ожидать только отъ собственника, напр. страховать сданное ему имущество отъ пожара, процентныя бумаги отъ тиража [2]). При утерѣ или поврежденіи предмета поклажи поклажепринимать долженъ доказать, для освобожденія себя отъ отвѣтственности, наличность чрезвычайнаго приключенія и фактъ совершенія имъ всего возможнаго для спасенія и сохраненія вещи [3]).

Поклажепринимать обязанъ, какъ и наниматель, сообщать своему контрагенту о всѣхъ существенныхъ ухудшеніяхъ вещи фактическаго и юридическаго свойства, могущія потребовать распоряженій со стороны поклажедателя,—напр., о наложеніи ареста кѣмъ-либо, порчѣ замковъ, знаковъ, заболѣваніи хранимаго скота и т. п.

Не вправѣ поклажепринимать пользоваться предметомъ храненія. Исключеніе—когда то или иное пользованіе вытекаетъ изъ договора, закона, обычая либо изъ интересовъ самаго поклажедателя (работа на машинѣ, во избѣжаніе заржавленія, выѣзживаніе коня, доеніе коровъ). При передачѣ вещи на храненіе третьему лицу

[1]) Ср. BGB, §§ 690, 278.

[2]) Рѣш. гражд. 1905 г. № 15.

[3]) Ст. 2105 X т. 1 ч. въ этомъ случаѣ освобождаетъ хранителя отъ отвѣтственности, хотя бы онъ и могъ спасти предметъ поклажи, но со значительной потерей собственнаго имущества (существенная разница интересовъ).

съ разрѣшенія поклажедателя, поклажепринимателъ отвѣчаетъ только за выборъ надлежащаго лица— culpa in eligendo—и за всякую иную вину, допущенную при самой передачѣ [1]).

Поклажедатель обязанъ вносить исправно плату за храненіе, иногда и издержки по храненію, въ зависимости отъ свойствъ соглашенія, а по окончаніи поклажи принять свою вещь. При уклоненіи отъ принятія противная сторона имѣетъ право на дальнѣйшую плату за храненіе по прежнему: это—вынужденное продолженіе договора поклажи на неопредѣленное время. Поклажедатель долженъ принять вещь и до истеченія срока храненія, если непредвидѣнныя обстоятельства мѣшаютъ поклажепринимателю хранить вещь безъ опасности для нея: при неисполненіи этого поклажепринимателемъ его контрагентъ не отвѣтитъ за гибель и поврежденіе, происшедшія отъ указанной опасности. Этотъ принципъ, логичный и справедливый—нельзя хранить того, что невозможно охранить—, какъ вытекающій изъ самой природы договора поклажи, пріемлемъ на почвѣ нашего дѣйствующаго права, не взирая даже на отсутствіе особой нормы о томъ. Онъ выраженъ expressis verbis —въ Швейцарскомъ правѣ [2]).

Немаловажную роль играютъ при опредѣленіи взаимоотношеній изъ поклажи обычаи и принятые нравы, на которые весьма часто и ссылаются стороны въ судахъ. Самъ дѣйствующій нашъ законъ неудовлетворителенъ, лишенъ того, что требуется для регламентаціи, хоть сколько-нибудь сносной, договора о поклажѣ въ его значительной пестротѣ [3]).

---

[1]) Ср. BGB, § 691, Пр. ОП., ст. 398, абз. 2, Зап. Мин. Юст. по Проекту кн. V Гражд. Улож. (обязательственное право) отъ 14 октября 1913 г., стр. 137.

[2]) Schw. OR., Art. 476, Abs. 1. Эта же статья швейц. закона обязываетъ поклажедателя принять вещь и тогда, когда дальнѣйшее храненіе невозможно для хранителя ohne eigenen Nachteil — норма слишкомъ растяжимая и сомнительная.

[3]) Насколько X т. I ч. затемняетъ взаимоотношенія по поклажѣ, видно, между прочимъ, изъ слѣдующихъ его постановленій. Тотъ, кто ввѣрилъ имущество лицу, лишенному дѣеспособности (невѣдомо объ этомъ обстоятельствѣ), не можетъ требовать возврата имущества. Обязанность наслѣдниковъ пріемщика вернуть вещь обусловливается явкой покладчика въ теченіе шестимѣсячнаго срока со времени вызова лицъ, имѣющихъ сохранныя росписки, если таковой вызовъ былъ сдѣланъ въ полугодовой срокъ со дня открытія наслѣдованія. Наслѣдники покладчика, не учинившіе вызова въ теченіе шести мѣсяцевъ со дня открытія наслѣдованія

Почти всѣ законодательства, принимая въ разсчетъ особый характеръ поклажи въ гостинницахъ, заѣзжихъ домахъ, ресторанахъ, харчевняхъ, возлагаютъ на содержателей перечисленныхъ заведеній особую отвѣтственность за храненіе вещей посѣтителей и гостей. Поклажа здѣсь считается какъ бы дополнительнымъ соглашеніемъ къ главному договору, преимущественно найму: спеціальнаго consensus'a о храненіи не требуется (depot nécessaire). При этомъ содержатель несетъ убытки отъ гибели, потери, кражи и поврежденія вещей постояльцевъ, если не докажетъ, что вредъ произошелъ отъ непреодолимой силы, свойствъ вещи либо вины самого пострадавшаго или его посѣтителей и служащихъ. Содержатель отвѣчаетъ не только за себя и своихъ служащихъ, но и за всякое лицо, имѣющее доступъ въ домъ. Онъ не можетъ отговариваться помѣщеніемъ объявленія о непринятіи на себя отвѣтственности. Однако, эта отвѣтственность ограничивается опредѣленной максимальной суммой въ отношеніи денегъ и денежныхъ цѣнностей, а также и драгоцѣнностей, развѣ содержатель принялъ эти вещи на храненіе или отказался принять ихъ, не смотря на требованіе, либо вредъ причиненъ по его или его служащихъ винѣ. О потеряхъ постоялецъ долженъ немедленно заявить содержателю: этой обязанности нѣтъ, разъ вещи отданы послѣднему на сохраненіе [1]). Приведенныя спеціальныя правила чужды нашему дѣйствующему праву, под-

---

послѣ лица, принявшаго отъ наслѣдодателя вещь на храненіе, лишаются права на возвратъ вещи, стт. 2102, 2113, пп. 2, 3, 4. Всѣ эти правила практика старается, сколь возможно, въ той или иной формѣ обходить путемъ интерпретаціи; они несправедливы и не согласованы ни съ общими началами права, ни съ закономъ о собственности и ея охранѣ.

[1]) BGB, §§ 701, 702, 703. Пр. ОП. стт. 413—414. Code Civil, Код. Нàп., 1952 - 1954, loi 8 april 1911 г. (по которому содержатели гостинницъ и постоялыхъ дворовъ отвѣчаютъ въ суммѣ не свыше тысячи франковъ за пропажу денегъ и драгоцѣнностей, не отданныхъ имъ entre les mains), Schw. OR., Art., 487—489. По Швейц. закону за драгоцѣнности, крупныя денежныя суммы и денежныя бумаги, несданныя на храненіе содержателю, послѣдній отвѣчаетъ на общемъ основаніи, а именно, за вину свою и своихъ служащихъ. Кромѣ того Schw. OR., возлагаетъ аналогичную отвѣтственность, только ограниченную суммой, на Stallwirta за помѣщенные у него или принятые имъ либо его служащими Tiere und Wagen съ относящимися вещами: Art. 490.

чиняющему отвѣтственность этихъ содержателей общимъ нормамъ [1]). Такой существенный пробѣлъ въ институтѣ поклажи можетъ быть восполненъ лишь de lege ferenda.

Подлежитъ особому выдѣленію такъ наз. depositum irregulare, т. е., случай, когда хранителю даются вещи замѣнимыя, онъ же долженъ вернуть не взятое на храненіе индивидуально, а лишь такое же количество вещей того же качества. Такъ какъ и тутъ договоръ имѣетъ въ виду главнымъ образомъ интересы отдающаго, то иррегулярный депозитумъ подводится подъ правила о поклажѣ,—а не займѣ. Въ частности, такой депонентъ вправѣ требовать возвращенія даннаго въ любой моментъ. Право пользованія при иррегулярной поклажѣ принадлежитъ всецѣло поклажепринимателю, на него же переходятъ и рискъ гибели и порчи. Depositum irregulare предполагаетъ особое довѣріе и имѣетъ примѣненіе обыкновенно въ банкахъ, которымъ отдаютъ на храненіе деньги и цѣнныя бумаги [2]).

Въ противоположность римскому праву, гдѣ храненіе не играло большой роли и не могло служить для хранителя источникомъ матеріальныхъ выгодъ, нынѣ соціально экономическій вѣсъ договора поклажи весьма значителенъ. Организованная поклажа, освобождая отъ необходимости держать у себя вещи, временно ненужныя, обременительныя, спорныя, слишкомъ цѣнныя, путемъ переложенія этой обязанности на другихъ, для которыхъ это, въ свою очередь, связано съ выгодами, содѣйствуетъ сбереженію, экономіи и въ нѣкоторомъ родѣ является даже факторомъ борьбы съ преступностью (кражей и убійствами). Во время народныхъ бѣдствій, войнъ и революцій роль поклажи особенно крупна. Въ юридическомъ смыслѣ діапазонъ института поклажи настолько широкъ, что почти каждый имущественный контрактъ-купля, наемъ, ссуда – можетъ заключать въ себѣ его элементы, хотя и не въ самостоятельномъ видѣ, косвенно. Съ другой стороны, храненіе создаетъ большую близость хранителя къ чужой вещи, хозяинъ который часто не имѣетъ возможности слѣдить за ея судьбой (чѣмъ во многихъ случаяхъ вызывается самая надобность въ поклажѣ). Со сто-

---

[1]) См. рѣш. гражд. 1871 г. № 96, а также 2123 ст. X т. I ч. о сохраненіи денежныхъ суммъ и вещей въ „заведеніяхъ трактирнаго промысла“, заключающую въ себѣ въ конечномъ счетѣ также лишь обще-инструктивное правило, не болѣе.

[2]) Zoll, Prawo cywilne, str. 173, см. Schw. OR., Art., 481, а также Code Civil, Код. Нап., 1932(2).

роны хранителя постулируется uberrima fides, онъ долженъ стоять на высотѣ особаго довѣрія [1]). Все это требуетъ спеціальнаго вниманія къ институту храненія.

Между прочимъ, слѣдуетъ въ грядущемъ усилить въ нашемъ законѣ отвѣтственность хранителя и устранить стѣснительныя формы д казыванія поклажи [2]).

Заемъ. Римское право относило заемъ къ реальнымъ контрактамъ, какъ и ссуду или поклажу (см. выше). Въ настоящее время и заемъ слѣдуетъ считать договоромъ консенсуальнымъ, понимая его, въ смыслѣ соглашенія, въ силу котораго одно лицо—займодавецъ—передаетъ или обязывается передать другому лицу опредѣленное количество денегъ, денежныхъ бумагъ или иныхъ замѣнимыхъ вещей въ собствен-

---

[1]) Ср. Code civil, Код. Нап., 1945.

[2]) Въ жизни у насъ „сохранныя росписки" появляются въ большомъ количествѣ, превышающемъ число дѣйствительныхъ поклажъ. Это объясняется тѣмъ, что подъ видомъ поклажи часто совершается простой заемъ, для обхода ли фискальныхъ законовъ или для сообщенія займу вящей „крѣпости" въ виду угрожающей при невозвратѣ отданнаго на храненіе предмета угол вной кары (занятыя деньги „нумеруются" и пр.). Бываютъ и другія причины составленія сохранной росписки вмѣсто заемнаго письма, даже такія, которыя вызываются общественными предразсудками. Вицинъ, (О нѣкоторыхъ особыхъ договорахъ по русскому праву, изъ лекцій Мейера, Журн. Мин. Юст., т. XI., ч. II, стр. 17) приводитъ такіе примѣры: знатный господинъ занимаетъ деньги у простолюдина, и вотъ онъ даетъ ему сохранную записку, гдѣ уже онъ оказываетъ услугу простолюдину, принимаетъ его деньги на сохраненіе; отецъ занимаетъ деньги у дочери, но даетъ ей не заемное письмо, какъ бы слѣдовало, а сохранную росписку. (Въ возможности подобныхъ обходовъ указанный авторъ видитъ объясненіе особой строгости нашего закона въ отношеніи сохранныхъ росписокъ). Практика справедливо держалась того мнѣнія, что во всѣхъ случаяхъ судъ долженъ, и по заявленію сторонъ и ex officio наблюдать за тѣмъ, чтобы такимъ соглашеніямъ придавать ихъ истинное значеніе и при обнаруженіи факта покрытія поклажей займа, „производить по сохранной роспискѣ взысканіе какъ по неформальному заемному обязательству". X т. I ч., ст. 2114, рѣш. гражд. 1869 г. № 987 и 95. Въ условіяхъ нашего быта и нашихъ нравовъ такое отношеніе судовъ вполнѣ умѣстно, какъ борьба противъ симуляцій вообще и спеціально противъ симуляціи при займахъ и поклажахъ.

ность, а это другое лицо—заемщикъ—вернуть затѣмъ столько же предметовъ того же рода, tandundem ejusdem generis. Такой характеръ приданъ займу, между прочимъ, швейцарскимъ правомъ [1]). Другіе пріуроčиваютъ заемъ къ моменту передачи, соглашеніе же о передачѣ не считаютъ почему-то займомъ [2]), хотя и не лишаютъ, конечно, это соглашеніе соотвѣтственнаго юридическаго значенія. (Противъ такого расчлененія здѣсь можно сказать то же, что было уже изложено по поводу договора поклажи).

Что предметомъ займа способна быть всякая res fungibilis, а не только деньги, напр. хлѣбъ и вообще произведенія земли, этотъ принципъ установленъ нынѣ прочно нашей практикой [3]).

Если при займѣ не устанавливается вознагражденіе займодавца,— т. е. особые проценты деньгами или чѣмъ либо инымъ, хотя бы долей прибыли въ предпріятіи, (partiarisches Darlehen), то заемъ внѣшне походитъ на ссуду и иррегулярную поклажу, отличаясь отъ нихъ, однако, тѣмъ, что ссуда предполагаетъ вещи замѣнимыя, а depositum irregulare дѣлается въ интересахъ дающаго, а не берущаго. Впрочемъ, такъ какъ послѣднее бываетъ не всегда и depositum irregulare порою затрагиваетъ чувствительно и права пассивной стороны (вкладъ), то заемъ и иррегулярная поклажа могутъ примыкать другъ къ другу весьма близко.

Существенный реквизитъ займа—срокъ, опредѣляемый договоромъ, expressis verbis либо молчаливо, а иногда и другими данными и даже самимъ закономъ. При отсутствіи срока, исполненіе слѣдуетъ по востребованіи каждаго контрагента. Нѣкоторыя законодательства устанавливаютъ еще промежутокъ времени, который необходимо выждать послѣ „востребованія“, варьирующій въ зависимости отъ суммы долга (Германія), либо общій (Швейцарія, Пр. ОП.). Другіе кодексы —Code civil, Код. Нап., Св. Приб.—предоставляютъ этотъ вопросъ усмотрѣнію суда, причемъ льгота можетъ быть дана только должнику. Дѣйствующее наше

---

[1]) Schw. OR., Art. 312, Oser., cit., S. 616.

[2]) BGB, §§ 607, Abs. 1, 610. Code Civil, Код. Нап., 1892, Св. Приб., ст. 364, 3642, также Čecho-Slov., 983(1).

[3]) Рѣш. гражд. 1892 г. № 48 (въ отмѣну прежняго болѣе узкаго взгляда, выраженнаго въ рѣш. гражд. 1868 г. № 248). Въ томъ же смыслѣ Пахманъ, Обычное гражданское право въ Россіи, т. I, 1877 г. стр. 175. Также смотритъ на нашъ законъ и нынѣшній Латвійскій Сенатъ, рѣшеніе 1924 г. № 233, изданіе Konradi-Walter, Izvilkumi no Latvijas Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumiem, I. turp., l. 91, 92, См. Пр. ОП., ст. 372, абз. 2.

право никакихъ постановленій объ обязательномъ ожиданіи не содержитъ. Это должно быть восполнено реформой, при чемъ, казалось бы, нашему праву была бы ближе система судебнаго усмотрѣнія въ отношеніи срока, въ теченіе котораго полагается ждать исполненія послѣ востребованія, при томъ не только займодавцу, но и заемщику.

Какъ договоръ обычный, ничѣмъ особеннымъ не отличающійся, заемъ по всѣмъ почти законодательствамъ никакой спеціальной формы не требуетъ и можетъ быть доказываемъ всѣми способами, также и свидѣтелями. Согласно французскому праву, только количество договорныхъ процентовъ должно быть опредѣленно письменно, въ остальномъ заемъ подчиняется генеральному правилу, т. е. письменный актъ, нотаріальный или частный, требуется, когда предметъ договора превышаетъ сто шестьдесятъ франковъ, а по Код. Нап. и это послѣднее ограниченіе болѣе не дѣйствуетъ[1]). Пр. ОП., по обычному трафарету, кстати сказать, довольно произвольному и отживающему свой вѣкъ, принимаетъ во вниманіе сумму: заемъ свыше тридцати рублей удостовѣряется „заемнымъ письмомъ, роспискою или инымъ письменнымъ актомъ". Еще строже дѣйствующее наше право, предписывающее для всякаго займа письменное удостовѣреніе[2]). Никакіе серьезные мотивы не могли руководить при введеніи въ нашъ законъ этого требованія, кромѣ, развѣ, стараго недовѣрія къ судамъ. Насколько сами суды поддавались этой тенденціи недовѣрія, видно изъ того, что сенату постоянно приходилось стоять фронтомъ противъ расширенія судебной практикой реквизита письменности, распространенія его, напр., на долгъ за работы и даже за купленную вещь. Сторонники письменности ссылаются въ данномъ случаѣ на трудность констатировать намѣреніе контрагентовъ совершить заемъ въ каждодневныхъ актахъ передачи денегъ. Этотъ доводъ мало убѣждаетъ. Какъ разъ въ обыденной житейской обстановкѣ займы, особенно безпроцентные, совершаются на словахъ, а неблагонамѣренные должники охотно пользуются требованіемъ письменности для уклоненія отъ уплаты („берутъ

---

[1]) Code Civil, Код. Нап., 1907 (2). Также по Codice Civile, Art. 1831 (4) (только l'interesse convenzionali . . . deve risultare da atto scritto). Св. Приб. предоставляетъ соглашенію сторонъ „составленіе по договору о займѣ письменнаго обязательства или несоставленіе такового", ст. 3671.

[2]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 334, также 1885 г. № 99, ст. 2031 X т. 1 ч.

руками, отдаютъ ногами"). Дѣло реформы устранить это расхожденіе закона съ жизнью [1]).

Займодавецъ обязанъ передать предметъ займа, иначе онъ отвѣчаетъ за убытки (безъ дальнѣйшихъ послѣдствій, въ смыслѣ возможности принужденія его къ передачѣ) Убытки иногда весьма значительны, когда заемщикъ сдѣлалъ предварительныя заготовленія для использованія займа: вспомнимъ займы самоуправленій, общественныхъ организацій, коммерческихъ домовъ и т. п. При возложеніи на займодавца указанной обязанности руководствуются, однако, началомъ „rebus sis stantibus", именно: займодавца освобождаетъ отъ обязательства доставить наступившее впослѣдствіи ухудшеніе положенія заемщика, угрожающее опасностью неполученія обратно предназначеннаго въ заемъ [2]). Такого рода отказъ, вполнѣ естественный и понятный, не находитъ себѣ, однако, санкціи въ какой-либо дѣйствующей у насъ нормѣ. Нѣкоторое подкрѣпленіе ему, пожалуй, можно было бы найти въ общемъ смыслѣ законовъ о несостоятельности, юридической и фактической [3]).

---

[1]) Въ дѣйствительности по займамъ, особенно значительнымъ, выдаются часто заемныя обязательства, еще чаще векселя, и споры обыкновенно рождаются по займамъ менѣе крупнымъ. О заемныхъ письмахъ составилась довольно значительная казуистика. По ученію практики, изъ заемнаго письма должны вытекать существенные элементы займа, т. е. подлежащая возврату сумма, время платежа и личность должника. Заимодавцемъ, если онъ не обозначенъ, презюмируется держатель заемнаго письма. Несущественные моменты займа, въ томъ числѣ мѣсто и время выдачи, при спорѣ, восполняется и свидѣтельскими показаніями. Заемнымъ удостовѣреніемъ можетъ быть любая росписка, квитанція, обыкновенное письмо. Добавимъ къ сказанному, что письменность являлась часто излюбленной формой доказыванія займа въ Россіи, хотя въ другихъ правоотношеніяхъ ей нерѣдко предпочитались свидѣтельскія показанія (См. Пахманъ, Обычное гражданское право въ Россіи, т. 1, 1877, стр. 176, 416). Не требовалось, однако чтобъ былъ непремѣнно удостовѣряющій заемъ документъ: достаточно было, по общепринятому порядку, если стороны оставили письменные слѣды какіе бы то ни было и гдѣ бы то ни было „пишутъ долгъ на двери" („ а отдаютъ въ Твери").

[2]) BGB, § 610, Пр. ОП., ст. 387, Čecho-Slov., § 870. Schw. OR. говоритъ просто о случаѣ, wenn der Borger seit dem Vertragsabschlusse zahlungsunfähig geworden ist., Art. 316.

[3]) Обѣщаніе кредита не выходитъ изъ предѣловъ чисто-персональнаго довѣрія, оказываемаго данному лицу, не распространяясь, напр., на его наслѣдниковъ. Въ торговомъ

Съ передачей предмета займа обязанности займодавца кончаются. Предметъ поступаетъ затѣмъ въ собственность заемщика, на его страхъ и рискъ [1]). Изложенное положеніе, нынѣ аксіома, сначала долго не усваивалось русской судебной практикой, которая высказывалась въ томъ смыслѣ, что по договору займа должникъ получаетъ право пользованія, владѣнія и распоряженія занятымъ имуществомъ, а право собственности на него пріобрѣтаетъ только по пропущеніи заимодавцемъ земской давности для требованія обратно занятаго имущества [2]).

Заемщикъ обязанъ своевременно вернуть взятое, подъ опасеніемъ, въ противномъ случаѣ, принудительнаго взысканія и возмѣщенія вреда. Проценты съ него взыскиваются лишь постольку, поскольку они были обусловлены. Старое правило Zins und Miete schlafen nicht имѣетъ для процентовъ относительное значеніе. При наличности оговорки о платежѣ роста, безъ указанія размѣра такового, предполагается процентъ обычный, банковскій или иной (но не законный). Заемщикъ властенъ

мірѣ купецъ, прекратившій платежи, коммерчески мертвъ, и вопросъ о дальнѣйшемъ его кредитованіи фактически рѣшается безъ колебаніи и сомнѣній... Но странно было бы, вообще, если бы банкротъ или человѣкъ, близкій къ банкротству, заявлялъ къ кому-либо претензію по поводу обѣщаннаго ему займа.

[1]) Въ рѣш. гражд. 1889 г. № 114 Сенатъ призналъ, что при отдачѣ денегъ въ банкъ на вкладъ банкъ является не болѣе, какъ кассиромъ, не могущимъ быть отвѣтственнымъ за случай убытковъ (выдача денегъ по подложному чеку). Вкладъ въ кредитное учрежденіе, правда, не совсѣмъ совпадаетъ съ займомъ, а только близокъ къ нему, но самое утвержденіе сената о возможности для контрагента, получившаго деньги въ цѣляхъ возврата tantundem, приравнивать себя къ „кассиру“, есть одинъ изъ тѣхъ lapsus'овъ, которые сплошь и рядомъ допускалъ сенатъ въ чрезмѣрно усердномъ стремленіи „всесторонне“ выяснить какое-либо конкретное положеніе. Противъ этого рѣш.— Шершеневичъ, Учебникъ русск. гражд. права, 1912 г. стр. 456. См рѣш. гражд. 1889 г. № 35, гдѣ интересующій насъ вопросъ поставленъ и разрѣшенъ правильно.

[2]) См. Змирловъ, Договоръ займа по нашимъ законамъ, Журн. гр. и уг. права, 1882 г., кн. V, стр. 82, и его критику рѣш. гражд. 1867 г № 97, 1872 г. № 647, которыя, впрочемъ, не совсѣмъ полно поддерживаютъ приведенную точку зрѣнія; также рѣш. гражд. 1868 г. № 29.

предметъ займа представить и до срока, если это не сопряжено съ какими либо невыгодами для его контрагента, въ смыслѣ лишенія послѣдняго процентовъ и пр. [1]).

Имѣя въ виду, что на почвѣ займовъ могутъ расцвѣсти злоупотребленія и эксплоатація слабыхъ („нужда—паукъ, заемщикъ—муха"), въ нѣкоторыхъ странахъ, по образцу Италіи, дается право заемщику, по прошествіи извѣстнаго промежутка (въ Италіи 5 лѣтъ) со времени заключенія договора, вернуть сумму, обложенную процентами въ размѣрѣ свыше извѣстной нормы, но съ надлежащимъ предупрежденіемъ займодавца. Такая самодѣятельность должниковъ въ борьбѣ съ эвентуальной недобросовѣстностью кредиторовъ предусматривается и BGB [2]) и Пр. ОП. [3]), а также и дѣйствующимъ нашимъ закономъ, согласно которому по займамъ, по которымъ условленное вознагражденіе за пользованіе капиталомъ превышаетъ ростъ узаконенный, т. е. 6% годовыхъ, должникъ имѣетъ право во всякое время, спустя шесть мѣсяцевъ по заключеніи займа, возвратить занятый капиталъ, съ тѣмъ, однако, чтобы займодавецъ былъ письменно предупрежденъ объ этомъ не менѣе, какъ за три мѣсяца [4]). Никакія предварительныя или послѣдующія соглашенія не могутъ отмѣнить или ограничить это право заемщика. Не смотря на благую цѣль, преслѣдуемую указанной мѣрой, послѣдняя все же сомнительна по своей эффективности, стѣснительна для добросовѣстныхъ займодавцевъ, являясь для нихъ неожиданнымъ „сюрпризомъ", а нерѣдко крупной несправедливостью.

По дѣйствующему нашему праву заемщикъ вправѣ возвратить взятую сумму безъ процентовъ также при доказанномъ ростовщичествѣ, т. е. когда а) ростъ превышаетъ 12% годовыхъ и б) либо заемщикъ былъ вынужденъ къ займу стѣснительностью положенія, извѣстной займодавцу, либо займодавецъ, занимающійся дачей денегъ въ ростъ, скрылъ высокіе проценты подъ видомъ неустойки, платы за храненіе или инымъ способомъ [5]).

---

[1]) См. Пр. Гр. Ул., ст. 1891; ср. также BGB, § 813. Abs. 2, Code Civil, Код. Нап., 1187.

[2]) § 247.

[3]) Ст. 380.

[4]) 2023 X т. I ч., см. также Codice Civile, Art. 1832.

[5]) Ст. 608 Уголовн. Улож. Ростовщическое обязательство признается неимѣющимъ силы, но займодавецъ не лишается права обратнаго полученія дѣйствительно даннаго капитала, за вычетомъ полученныхъ платежей. Нельзя сказать, чтобы

По высказываемому часто мнѣнію, если заемщикъ не вернетъ вовсе или не вернетъ во время взятаго, займодавецъ, сверхъ капитала, убытки взыскивать не можетъ, а долженъ довольствоваться, въ качествѣ ихъ эквивалента,—процентами. Съ этимъ трудно согласиться потому: a) что, по общему правилу, при отсутствіи спеціальнаго закона или обычая, по займамъ (кромѣ займовъ торговыхъ) проценты не предполагаются, развѣ бы они были уплочены добровольно [1]), b) что если проценты причитаются—по договору или иному основанію—, то ихъ уплата есть возвратъ должнаго, а не убытки, c) что лишеніе займодавца права на убытки несправедливо и создаетъ неравенство юридическихъ послѣдствій неисполненія по договорамъ и обязательствамъ [2]).

Изложенное до сихъ поръ касается случаевъ, когда контрагентъ получаетъ предметъ именно какъ заемъ. Но положеніе вещей не мѣняется, если долгъ возникаетъ изъ другихъ основаній, и стороны

всегда выгодна была заемщику даже эта „привиллегія“ немедленно вернуть занятое. Вопросъ о ростовщическихъ $^0/_0{}^0/_0$ имѣлъ въ Россіи свою исторію. Въ концѣ семидесятыхъ годовъ прошлаго вѣка отмѣнено было воспрещеніе брать свыше $6^0/_0$ и создана была та „свобода“, на которой настаивали тогдашнія хозяйственныя ученія. Подъ вліяніемъ другихъ экономическихъ теорій, въ 1893 г. строго воспрещена была лихва. Въ уголовномъ уложеніи эти послѣднія тенденціи нашли свою санкцію. Но, повидимому, процессъ еще не законченъ.

[1]) Рѣш. гражд. 1877 г. № 281, Пр. ОП., ст. 381, абз. I, Code Civil, Код. Нап., 1906, Codice Civile, Art 1829, 1830, Schw. OR., Art. 313.

[2]) По Св. Приб. „Проценты по займамъ вносятся лишь тогда, когда они были именно условлены или когда со стороны должника будетъ просрочка“, ст. 3668, изъ чего можно заключить что этотъ Сводъ отожествляетъ убытки съ процентами за просрочку. То же декретируетъ Code civil, Код. Нап., 1153, въ видѣ общаго правила взысканія ущерба за неисполненіе обязательствъ, предметъ которыхъ ограничивается платежомъ опредѣленной суммы, стало быть и обязательства по займу. Но во Франціи закономъ 7 avril 1900 статья эта дополнена слѣдующимъ образомъ: „Le creancier auquel son débiteur en retard a causé par la mauvaise foi un préjudice independant de ce retard, peut obtenir des intérêts moratoire de la créance“. Этимъ займодавцу открывается возможность взыскивать, въ извѣстныхъ случаяхъ, дѣйствительные убытки. Впрочемъ, можно думать, что этотъ новый законъ только конфирмировалъ прежнюю французскую практику въ

условились считать его займомъ. Это можетъ имѣть мѣсто при производствѣ разсчетовъ, мировомъ соглашеніи, установленіи кредитныхъ отношеній по куплѣ либо иному договору и проч. и проч. Въ частности, долговыя отношенія между дарителемъ и одареннымъ по доставленію въ будущемъ предмета дара могутъ быть облечены въ форму заемнаго обязательства, и такое заемное обязательство не считается безденежнымъ [1]).

Трудовой договоръ. Силы и способности лица бываютъ объектомъ пользованія по обязательству. Это касается не только простого труда—работника, прислуги, сторожа, но и интеллектуальной дѣятельности инженера, учителя, артиста,—и даже работы таланта, какой является, напр., составленіе поздравительнаго стихотворенія или музыкальнаго этюда по какому-либо случаю. Въ прежнія времена человѣческій трудъ разсматривался какъ обыкновенный предметъ обмѣна, носитель его былъ лишь, такъ сказать, вмѣстилищемъ и источникомъ этого труда. Для цѣлой категоріи лицъ самое существованіе имѣло raison d'être, объективно, постольку, поскольку оно связано было съ доставленіемъ труда, по аналогіи съ существованіемъ домашняго животнаго (рабство). Римское право вводило въ кругъ обязательствъ лишь чисто физическія доставленія „простого и грубаго свойства"—услуги чернорабочаго, мастерового. Поскольку услуги поднимались на высоту духовныхъ или творческихъ проявленій

отношеніи недобросовѣстныхъ должниковъ по денежнымъ обязательствамъ, Boeuf, Résumé de droit civil, 1925, p. 49. Слѣдующій шагъ долженъ быть тотъ, чтобы по займу давать суду право присуждать всякій вредъ и убытокъ (а не только проценты), аналогично съ другими договорами и обязательствами (Ср. BGB, § 288, Abs. 3). Практика литовскихъ судовъ недалека отъ этой точки зрѣнія. (Все, относящееся къ вопросу о платежѣ процентовъ по займамъ, касается, конечно, уплаты таковыхъ и по другимъ долговымъ обязательствамъ, Geldschulden).

[1]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 473, ст. 2017 X т. 1 ч. См. BGB, § 607, Abs. 2. Бездѣнежно не то заемное письмо, по которому не получены деньги, а то, по которому вообще никакой валюты не дано, рѣш. гражд. 1895 г. № 92, 1868 г. № 517, Гуляевъ, Русское Гражданское право, 1911 г., стр. 286,—ни въ видѣ матеріальной цѣнности, ни въ видѣ услуги, и которое въ то же время не направлено на какой-либо реальный предметъ, могущій, кромѣ одаренія или пожертвованія, быть еще, напр., взносомъ въ организацію, на политическія и общественныя цѣли, а также обезпеченіемъ исполненія обязательствъ и обязанностей.

человѣческой натуры, онѣ выходили изъ области права и считались трудомъ почетнымъ, вознаграждаемымъ не матеріально, а только путемъ „благодарности“ (трудъ адвоката, врача,—оттуда и, „гонораръ“). Этотъ взглядъ долго держался въ Европѣ, оставивъ нѣкоторое косвенное вліяніе до послѣднихъ временъ. Нынѣ, однако, почти повсемѣстно, въ томъ числѣ и въ нашемъ правѣ, грань между трудомъ простымъ и духовнымъ стерта въ этомъ отношеніи: и тотъ и другой одинаково могутъ быть предметомъ договора и обязательства [1]). Съ другой стороны, эмансипація личности привела къ представленію о томъ, что человѣкъ—только субъектъ юридическихъ отношеній, въ лицѣ котораго всякое право имѣетъ свое оправданіе и конечный источникъ: ни самъ индивидуумъ, ни его физическія и духовныя данныя не могутъ быть объектомъ права, а въ состояніи лишь служить средствомъ извѣстнаго доставленія временнаго и свободнаго. Поэтому не должно далѣе говорить даже о „личномъ наймѣ“ („нанять учителя“—это выраженіе уже неупотребительно въ культурной средѣ, и скоро, быть можетъ, выйдетъ изъ употребленія и выраженіе „нанять работника“). Мѣсто договора личнаго найма въ правѣ занялъ трудовой договоръ. Соотвѣтственно этому и многія отношенія имѣютъ тенденцію строиться по иному критерію.

По трудовому договору одинъ контрагентъ—работопринимательобязуется за уплату представить работу другому контрагенту—работодателю. Работопринимателемъ бываетъ не только физическое лицо, но и лицо юридическое, которое также можетъ обязаться къ выполненію извѣстной операціи, къ доставленію результата труда (напр., артель ночныхъ сторожей) [2]).

Трудовой договоръ, по общему правилу, возмездный: работы и дѣловыя услуги, сами по себѣ, не предполагаются безплатными. Вознагражденіе заключается въ деньгахъ преимущественно, но мо-

---

[1]) BGB, § 611, Пр. ОП., ст. 422, Schw. OR., Art. 361, Св. Приб., ст. 4173. Рѣш. гражд. 1872 г. № 835, 1868 г. № 476, 1876 г. № 43. Code civil не рѣшился подтвердить expressis verbis указанное начало, но это за него сдѣлала практика.

[2]) Дистерло, О наймѣ на сельско-хозяйственныя работы по закону и обычному праву Межн. Гражд. и Уг. Права, 1886 г., кн. VI, стр. 40. Иногда трудъ доставляется съ обѣихъ сторонъ, въ такомъ случаѣ имѣется смѣшанный трудовой договоръ, въ которомъ каждый контрагентъ одновременно и работодатель и работопринимать. Сюда относится договоръ ученичества, который бываетъ торговымъ и промысловымъ (Швейцарія) либо только промысловымъ (Франція, наше право), см. Симолинъ, Договоръ промысловаго учени-

жетъ состоять въ другихъ вещахъ и предметахъ („столъ и квартира“ репетитору). Имъ бываетъ и покрытіе существующаго долга („для уплаты долгу—итти на Волгу“—, въ бурлаки, по объясненію Даля). Плата опредѣляется, если о ней въ договорѣ нѣтъ ни прямыхъ ни косвенныхъ указаній, на основаніи таксъ—taxmässige Vergütung —или, при отсутствіи таксъ, по обычнымъ цѣнамъ—übliche Vergütung [1]). Къ безвозмезднымъ услугамъ относятся услуги личнаго расположенія, дружбы, изъ альтруизма, выполненія нравственнаго долга, изъ родства и другихъ какихъ-либо отношеній специфическаго свойства. Въ частности, согласно общепринятымъ обычаямъ, близость по профессіи и занятіямъ презюмируетъ часто безмездность послугъ („дудырь дудырю даромъ играетъ“). Въ иной ситуаціи, напротивъ, всякая безвозмездность исключается, коль скоро услуги составляютъ промыселъ доставляющаго ихъ (Св. Приб.). Иногда работодатель довольствуется вознагражденіемъ со стороны другихъ лицъ, не только не получая отъ самаго работодателя, но чуть ли не доплачивая ему. Такова служба оффиціантовъ въ ресторанахъ и отеляхъ [2]). Фабричнымъ рабочимъ фабрикантъ не вправѣ уплатить продуктами производства, по Уст. о промышленности.

Срокъ трудового договора вытекаетъ изъ соглашенія, обычая, характера работъ. Иначе—это договоръ на неопредѣленное время, т. е. могущій быть прекращеннымъ безъ юридическихъ послѣдствій каждымъ контрагентомъ въ любой моментъ. Требуется лишь извѣстное „предва-

---

чества, 1911 г., стр. 271, 234 и сл., Уст. о пром., стт. 417 и сл., Уст. торг., ст. 30 (Германія этого договора не знаетъ).

[1]) BGB § 612. Schw. OR. трактуетъ только объ услугахъ, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, количество опредѣляется, при сомнѣніи, очевидно, тѣми же способами, Art. 320, Abs. 2. По Св. Приб. размѣръ вознагражденія устанавливается въ этомъ случаѣ „третейскимъ судомъ или по справедливому усмотрѣнію обыкновенныхъ судебныхъ мѣстъ“, ст. 4175, конечно, съ принятіемъ во вниманіе и показаній свѣдущихъ лицъ. У насъ по рѣш. гражд. 1878 г. № 65 и особенно 1877 г. № 140 допускаются тутъ и показанія свидѣтелей, въ подтвержденіе того, что вознагражденіе полагалось такое же, какъ и другимъ лицамъ. Таксы существуютъ у насъ для врачей (Уст. Врач.), для адвокатовъ (Учр. Суд. уст.), по Уставу Путей сообщенія, по обязательнымъ постановленіямъ и пр.

[2]) Рѣш. гражд. 1909 г. № 99. Противъ этихъ соглашеній высказался Шершеневичъ, мало основательно и не считаясь съ жизнью.

реніе", дабы не поставить сторону внезапностью отказа въ затруднительное положеніе и дать возможность приготовиться къ полученію другого контрагента.

Время предваренія, соотвѣтственно срокамъ полученія платы, колеблется обычно отъ одного дня до шести мѣсяцевъ [1]). У насъ „предвареніе" установлено лишь въ отношеніи фабричныхъ рабочихъ (двѣ недѣли) [2]).

Въ случаѣ продолженія отношеній по истеченіи срока трудового договора на тѣхъ же основаніяхъ, договоръ считается продолженнымъ, но на неопредѣленное время.

Не можетъ быть обязанности доставленія труда постоянной, безъ срока, такъ какъ это означало бы недопустимую нынѣ кабалу. Пользованіе чужимъ трудомъ мыслится, какъ непродолжительное: оно не превышаетъ пяти лѣтъ. Послѣ пяти лѣтъ, какой бы ни былъ срокъ соглашенія, работоприниматель вправѣ требовать прекращенія договора [3]).

Особая письменная форма совершенія трудового договора, сама по себѣ, не вызывается ни свойствами договора, ни какими-либо другими обязательствами. И дѣйствительно, западные кодексы не устраняютъ возможности доказывать существованіе этого договора и его условія свидѣтелями. Пр. ОП. постулируетъ письменность при сравнительно широкой платѣ, болѣе 300 руб. въ годъ.

---

[1]) BGB, § 621, Пр. ОП.—отъ 1 дня до 1 мѣсяца, при договорѣ домашнихъ услугъ—отъ одного мѣсяца до одной недѣли, стт. 443, 462. По Schw. OR. продолжительность срока Kündigung зависитъ отъ того, идетъ ли рѣчь о служащемъ, работникѣ или объ иномъ доставленіи труда, Art. 347, Abs. 2.

[2]) По литовскому закону 22 марта 1921 г. (Уст. о промышл., ст. 105[1]), если отказъ произошелъ со стороны работодателя безъ вины рабочаго, послѣдній вправѣ претендовать на компенсацію, при работѣ безъ перерывовъ, исключая перерывъ, вызванный войной: въ теченіе времени не менѣе трехъ мѣсяцевъ—за 2 недѣли,—не менѣе 6 мѣсяцевъ—за три недѣли,—не менѣе года—за 4 недѣли и за слѣдующее время до 20 лѣтъ прибавляются 2 недѣли за каждый годъ. Когда же увольненіе произошло безъ предваренія, работодатель обязанъ уплатить рабочему дополнительное вознагражденіе за 2 недѣли. Pramones įstatymų papildymas, Vyr. Žinios 1921 m. № 61.

[3]) Ст. 2214, X т, I ч., BGB, § 624, Пр. ОП, ст. 442, Schw. OR. подняло срокъ до 10 лѣтъ. Замѣтимъ, что по разъясненію Сената, рѣш. гражд. 1871 г. № 676, пятилѣтній срокъ касается только слугъ и работниковъ, но не повѣреннаго, которому вручено веденіе разныхъ дѣлъ. Толко-

Напротивъ, дѣйствующее наше право во многихъ случаяхъ трудовыхъ правоотношеній прямо предписываетъ оформленіе соглашенія на письмѣ. Таковы наемъ приказчика, фабричнаго рабочаго. По прежнимъ разъясненіямъ сената, договоръ труда, вообще, долженъ быть заключенъ письменно, за исключеніемъ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ, къ которымъ относится договоръ со слугами, съ рабочими людьми и мастерами по порученію имъ работы, относящейся къ ихъ ремеслу. Въ послѣднее время сенатомъ было рѣшено, что „договоры о личномъ наймѣ должны быть совершаемы на письмѣ лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда письменная форма для даннаго вида договоровъ установлена въ законѣ, во всѣхъ же прочихъ случаяхъ они могутъ быть заключаемы и на словахъ". Такимъ образомъ общимъ правиломъ утверждается какъ будто уже не письменность, а устность [1]). Въ виду явной несправедливости отклоненія иска работопринимателя исключительно по отсутствію письменнаго соглашенія, даже когда она требуется закономъ, практика иногда прибѣгаетъ къ обходнымъ мѣрамъ: фактически допускаются свидѣтели (также осмотръ на мѣстѣ) съ тѣмъ только, что истецъ долженъ ссылаться не на „договоръ", а на фактъ „оказанія услугъ" и

ваніе совершенно произвольное! (Ср. Гедримовичъ, О желательныхъ измѣненіяхъ общихъ положеній I ч. X т. по договору личнаго найма, Журн. гр. и уг. права, 1888 г., кн. V, стр. 12). При исчисленіи срока не принимается во вниманіе время, которое не работалъ работопріниматель, хотя бы даже по своей собственной винѣ; contra BGB, § 617. Schw. OR, Art. 335, pro Бразильское Гражд. Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 1223, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[1]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 26, прежнія рѣшенія—1880 г. № 155, 1874 г. № 713, 1867 г. № 43. См. X т. I ч., стт. 1534, 2224, 2226. На заводахъ и фабрикахъ управленія таковыхъ выдаютъ рабочимъ разсчетныя книжки, не позднѣе семи дней по допущеніи рабочаго къ работѣ (подъ угрозой штрафа за несоблюденіе этого). Въ разсчетной книжкѣ означаются условія работы, Уст. Пром., стт. 134, 153, которыя считаются исчерпывающими и не могутъ затѣмъ быть измѣненными въ чемъ-либо словеснымъ соглашеніемъ или объявленіемъ, ср. рѣш. гражд. 1912 г. № 1. Письменность требуется еще въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ случаяхъ, именно при завербованіи служителей и водоходцевъ въ морское плаваніе—Уст. Торг., стт. 244 и сл., особенно 251—и нынѣ въ Литвѣ по договору рабочихъ-ординарцевъ съ помѣщиками. Dvarų darbininkų-ordinarininkų samdymo ir atstatymo įstatymas, § 4, Vyr. Žin. 1924 m. № 155.

„незаконное обогащеніе“ [1]). Устраненіе обязательной письменной формы трудового договора — одна изъ насущныхъ задачъ реформы нашего частнаго права.

Принципъ равноправности не приложимъ во всей цѣлости къ взаимоотношеніямъ сторонъ въ трудовомъ договорѣ. Въ то время, какъ для работодателя доставленіе по такому договору есть обычно источникъ прибыли и выгодъ, для работопринимателя получаемая плата большей частью—лишь средство существованія, Existenzminimum (Hungerlohne). Arbeiter leben vom Herrenbrot, Herren aber von Arbeiter Not. Государство заинтересовано въ томъ, чтобы использованіе чужого труда не шло далѣе извѣстныхъ предѣловъ и не превратилось въ орудіе эксплоатаціи слабаго, неимѣющаго возможности одинъ противостоять экономически сильному. Разстройство отношеній между работодателями и работополучателями (рабочими) приводитъ къ разстройству жизни коллектива, къ волненіямъ и кризисамъ. Помимо этого, рабочая сила должна быть охраняема отъ чрезмѣрнаго напряженія по соображеніямъ и экономическимъ и моральнымъ. Привлеченіе на арену труда индивидуумовъ несозрѣвшихъ и недостаточно приспособленныхъ, свыше извѣстныхъ предѣловъ (женскій и дѣтскій трудъ) грозитъ будущности населенія, его физическому и духовному благополучію. Все это приводитъ къ тому, что государство весь свой аппаратъ направляетъ на упорядоченіе юридическаго положенія зависимаго труда; правиламъ, опредѣляющимъ трудовой договоръ, сообщается окраска jus cogens, принудительныхъ нормъ. Этотъ договоръ во многомъ регулируется, именно, публичнымъ правомъ. Время работы, способы расплаты съ рабочими, работа малолѣтнихъ, беременныхъ женщинъ, безопасность труда, забота объ инвалидахъ, увѣчныхъ и семьяхъ потерпѣвшихъ смерть на работѣ и пр. и пр.—все это предметъ заранѣе установленной регламентаціи, которой privatarum conensu commutare non potest [2]).

---

[1]) Поддержку такой конверсіи заключаетъ въ себѣ рѣш. гражд. 1909 г. № 99, 1874 г. № 723 и 1878 г. № 65. Эта практика, сама по себѣ, конечно, вполнѣ основательна, такъ какъ никакія услуги не предполагаются безмездными. Die Arbeit trägt den Lohn auf dem Rücken. Вообще, существуетъ ли соглашеніе или нѣтъ, коль скоро работы произведены и приняты, таковыя обсуждаются, въ главныхъ чертахъ, по типу трудового договора; ср. Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S. 142.

[2]) Цѣлый рядъ отношеній по службѣ государству

Все это особенности, за предѣлами которыхъ и по трудовому договору права и обязанности сторонъ подчиняются общимъ нормамъ обязательственнаго права.

Въ частности, работопринимателъ долженъ исполнить возложенное на него со всей тщательностью, согласно назначенію работы и обычаямъ, работать безъ замедленій и своевольныхъ перерывовъ. Краткая, сравнительно съ общей продолжительностью договора, невозможность работы по болѣзни или по другимъ причинамъ несущественна и въ вину не ставится—(minima praetor non curat). При исполненіи работъ надлежитъ оберегать работодателя отъ убытковъ, сколь возможно.

По личному характеру доставленія работопринимателъ не властенъ передать исполненіе работъ другому, безъ согласія работодателя на такую замѣну.

Работодатель обязанъ доставить контрагенту всѣ средства къ лучшему исполненію работы, ограждать его жизнь и здоровье отъ опасности при работѣ, исправно производить уплату [1]).

Плата вносится по окончаніи работы либо, если это вытекаетъ изъ договора, по истеченіи промежутковъ времени. Обычаи и обыкновенія играютъ здѣсь значительную роль. Если работодатель за работу предоставляетъ контрагенту жилье и пищу, что бываетъ обычно при домашнихъ услугахъ, но можетъ имѣть мѣсто и при иномъ трудѣ, то сюда входитъ также обязанность кратковременнаго лѣченія. Современные кодексы оставляютъ этотъ вопросъ неразрѣшеннымъ, открывая поле для справедливаго судейскаго усмотрѣнія.

Quid juris, если работодатель не пожелаетъ воспользоваться трудомъ контрагента по трудовому договору: долженъ ли онъ платить контрагенту за услуги, оказавшіяся еще не доставленными? Судебная практика, не находя прямого отвѣта въ дѣйствующемъ нашемъ законѣ, считала, съ своей стороны, подлежащимъ удовлетворенію требованіе объ уплатѣ всей условленной суммы, если отказъ

и самоуправленіямъ, совершенно не касаясь частнаго права, оставляетъ, однако, слѣдъ въ немъ черезъ соотвѣтственное преломленіе ихъ въ трудовомъ договорѣ (пенсія, обезпеченіе лѣченіемъ и т. д.).

[1]) Уплаты не вправѣ требовать фабричный и заводскій рабочій за время забастовки, хотя бы онъ въ ней не участвовалъ: онъ подлежитъ только освобожденію отъ взысканія за прогулъ, „сохраняя, притомъ, конечно, право отыскивать съ виновныхъ забастовщиковъ вознагражденіе за понесенные убытки“, какъ разъяснилъ Сенатъ, рѣш. гражд. 1906 г. № 1.

отъ услугъ неосновательнъ [1]). Этимъ не разъ создавалось обогащеніе для работополучателя, когда онъ имѣлъ возможность использовать свой трудъ иначе, напр., директоръ акціонернаго общества, будучи уволенъ и получивъ за два года жалованье, поступалъ директоромъ же въ другое акціонерное общество. Положеніе далеко не нормальное! Справедливѣе поэтому тотъ взглядъ (BGB, Св. Приб.), въ силу котораго, хотя и допускается взысканіе всей платы, но при этомъ изъ получаемой устраненнымъ суммы должно быть вычтено все то, что онъ, благодаря отказу, съэкономилъ и заработалъ инымъ приложеніемъ труда или могъ бы заработать, если бы не уклонился недобросовѣстно отъ заработка („праздношатающійся“) [2]). Пр. ОП. идетъ еще дальше и создаетъ право на вознагражденіе и при отказѣ, независящемъ отъ вины работодателя [3]), что едва ли основательно. Разсужденіе редакторовъ этой нормы, изложенное въ объясненіяхъ къ Пр. Гр. Ул., что для работопринимателя „всѣ эти обстоятельства представляются совершенно чуждыми“, неожиданны по своей юридической непослѣдовательности. Во всякомъ случаѣ, здѣсь еще можно было бы трактовать объ установленіи закономъ, въ видѣ исключенія, какой—либо компенсаціи понесенныхъ работопринимателемъ издержекъ, но отнюдь не объ уплатѣ за трудъ по договору (хотя бы частичной).

По окончаніи работъ, если то были отношенія по службѣ, работодатель долженъ выдать своему контрагенту, по требованію послѣдняго, аттестацію—письменное удостовѣреніе о родѣ занятій, ея продолжительности и причинахъ оставленія [4]).

Трудовой договоръ понимается нынѣ, какъ отношеніе строго личнаго характера. Поэтому одинъ контрагентъ безъ согласія другого не вправѣ замѣнить себя новымъ лицомъ, иными словами, работодатель не можетъ передать другому право на трудъ, а работоприниматель—исполненіе работъ (о послѣднемъ пунктѣ уже упоминалось), съ от-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1874 г. № 57.

[2]) Согласно упомянутому ранѣе Литовскому закону отъ 22 марта 1921 г. (Уст. о промышл., ст. 105[2]), увольняя рабочаго, работающаго по срочному договору или принятаго для выполненія извѣстной работы, работодатель обязанъ уплатить ему все обусловленное до конца вознагражденіе. Оправданіе этому постановленію—въ особомъ положеніи рабочаго.

[3]) Ст. 437.

[4]) Ср. BGB, § 425. Это подкрѣплено повсемѣстно существующимъ неизмѣннымъ обычаемъ.

ступленіями, допускаемыми свойствомъ работъ и принятыми обыкновеніями [1]). Смерть трудопринимателя, а также наступившая послѣ заключенія договора неспособность его къ выполненію взятой на себя работы прекращаетъ договоръ. О правѣ мужа на прекращеніе трудового договора жены была рѣчь ранѣе. Что касается смерти работодателя, то вышеуказанный результатъ наступаетъ, если работа настолько персональная, что предоставленіе ея другому исключается.

По нормамъ X т. I ч. и иныхъ частей Св. Зак. въ трудовомъ договорѣ констатируются элементы, можно сказать, сугубо персональнаго свойства, Ersatz семейныхъ отношеній. Законъ возлагаетъ на хозяина обязанность пещись о благополучіи своихъ служащихъ, но еще болѣе заботится онъ о почтеніи, повиновеніи, послушаніи и т. д. со стороны служащихъ и слугъ къ своему хозяину. Всѣ эти наставительныя нормы (отчасти повторяемыя и Пр. ОП.) являются крѣпкимъ пережиткомъ идей стараго крѣпостнически-патріархальнаго строя. Этотъ правовой „романтизмъ“ долженъ считаться устраненнымъ изъ закона въ настоящее время, какъ нѣчто, противорѣчащее провозглашеннымъ началамъ человѣческаго равенства и самоопредѣленія личности. Въ какой мѣрѣ то или иное поведеніе работопринимателя въ отношеніи работодателя и наоборотъ,—грубость, безнравственныя дѣйствія и пр., знаменуютъ нарушеніе договора и могутъ влечь прекращеніе его—это рѣшаетъ судъ по индивидуальнымъ даннымъ, согласно общимъ правиламъ о нарушеніяхъ обязательствъ и невозможности исполненія. Никакія обязанности особой „почтительности“ или „послушанія“ не могутъ быть приняты во вниманіе нынѣ судомъ при спорахъ, возникающихъ изъ трудового договора. Отношенія по трудовому договору предполагаютъ взаимное довѣріе и взаимное уваженіе интересовъ. Treu kann nur um Treue erkauft werden.

Дополненіемъ къ трудовому договору являются такъ назыв. тарифныя, или коллективныя соглашенія рабочихъ организацій и союзовъ съ предпринимателемъ или группами предпринимателей какъ о зара-

---

[1]) Ср. рѣш. гражд. 1875 г. № 960. BGB § 613: При сомнѣніи услуги должны быть доставлены in Person, а притязаніе на услуги „ist, im Zweifel, nicht übertragbar“. ОП., ст. 427, 432, Schw. OR., Art. 327. Св. Приб., ст. 4177 трактуетъ только объ обязавшемся къ услугамъ, но едва ли изъ этого вытекаетъ, что получающій услуги совершенно свободенъ въ передачѣ. Мѣстные обычаи довольно широко допускаютъ у насъ ту и другую передачу при элементарныхъ работахъ. Но вообще говоря, ни о какой „продажѣ чужого рабочаго труда“ теперь немыслимо говорить.

ботной платѣ, такъ и объ условіяхъ труда вообще. Тарифный договоръ создаетъ совокупность нормъ, которыя должны регулировать содержаніе будущихъ трудовыхъ договоровъ, заключаемыхъ членами союза или группы [1]).

Сущность коллективнаго договора—въ правѣ союзовъ вступать въ соглашенія, по которымъ права и обязанности возникаютъ для всей совокупности лицъ, отправляющихъ данную профессію, со всѣми изъ того вытекающими послѣдствіями. За нарушеніе тарифнаго договора лицъ, до которыхъ послѣдній относится (рабочіе опредѣленной категоріи труда) несутъ передъ своей организаціей отвѣтственность въ смыслѣ возмѣщенія вреда. Послѣдній можетъ быть и не-матеріальнымъ ущербомъ, поскольку возмѣщеніе такового допускается, при чемъ, само собою разумѣется, къ нарушителю могутъ быть примѣняемы и всѣ мѣры процессуальнаго характера, какъ einstweilige Verfügungen, воздѣйствіе путемъ запретительныхъ исковъ—Unterlassungsklagen и пр. Цѣль тарифнаго договора—улучшеніе положенія трудящихся по отношенію къ работодателямъ, центръ тяжести его на сторонѣ коллективныхъ стремленій и чаяній рабочихъ. Хотя и на другой сторонѣ также можетъ фигурировать организація, синдикатъ работодателей, но здѣсь отсутствуетъ характерный моментъ тарифно-коллективнаго объединенія—вынужденная борьба за жизненный интересъ. Понятно поэтому, что тарифные договоры возникли впервые по иниціативѣ рабочаго класса и его защитниковъ. Они должны были явиться тѣмъ средствомъ, которое замѣняетъ стачки, насильственныя дѣйствія, массовыя выступленія, укладывая боевыя домогательства рабочихъ въ формы организованныхъ требованій мирнаго порядка. При помощи тарифнаго договора рабочіе всѣ вмѣстѣ достигаютъ того, чего отдѣльные рабочіе достигнуть не въ состояніи были бы, оказывается же это возможнымъ въ виду сосредоточенія въ предпріятіяхъ болѣе или менѣе значительнаго количества рабочихъ. Эволюціонируя изъ пертрактацій, замыкающихъ открытыя выступленія рабочихъ, тарифный договоръ первоначально былъ простымъ соглашеніемъ „камбатантовъ“, не заключавшимъ въ себѣ свойствъ права. Это соглашеніе могло быть нарушено какъ организа-

---

[1]) Таль, Очерки промышленнаго права, 1916 г., стр. 45. По правильному замѣчанію Bonier-Lapierre, Manuel pratique de legislation du travail, 1927, p. 143, тарифный договоръ въ сущности не является трудовымъ договоромъ въ настоящемъ смыслѣ: его задача—установить заранѣе тѣ условія, въ которыхъ будутъ заключаться впослѣдствіи между работодателями трудовые договоры.

ціями рабочихъ и предпринимателями, такъ и самими рабочими. Современныя событія (война, революція) укрѣпили, поставили на надежную почву эти своеобразныя соглашенія, хотя процессъ развитія далеко еще не закончился. Законъ о тарифныхъ договорахъ рабочихъ и служащихъ и устраненіи стачекъ, отъ 23 декабря 1918 г, модифицированный постановленіями отъ 31 мая 1920 г. и 23 января 1923 г., придалъ въ Германіи тарифнымъ соглашеніямъ черты объективнаго права. При этомъ требуется, чтобы со стороны рабочихъ контрагентовъ выступала коалиція, чтобы договоръ заключенъ былъ письменно и касался рабочихъ отношеній [1]). Однако, соглашенія, заключаемыя на основаніи этихъ законовъ, обязывая контрагентовъ, не имѣютъ характера нормальныхъ договоровъ, т. е. не распространяютъ свое дѣйствіе на всѣхъ другихъ, въ нихъ неучаствующихъ (рабочихъ). Поэтому договоръ подобнаго рода не есть въ концѣ концовъ „ein echter Tarifvertrag“ [2]). Что касается самихъ рабочихъ, входящихъ въ организацію, то для нихъ тарифное соглашеніе обязательно въ томъ отношеніи, что всякій трудовой договоръ, заключенный ими съ предпринимателемъ, ничтоженъ, настолько онъ противорѣчитъ тарифному соглашенію. Въ этомъ отношеніи законъ Швейцарскій идетъ еще дальше, объявляя, что недѣйствительныя условія werden durch diejenigen des Gesamtarbeitsvertrag ersetzt [3]).

Французскій законъ 25 марта 1919 г. опредѣляетъ тарифный договоръ (convention collective de travail) такимъ образомъ: C'est un contrat relatif aux conditions du travail conclu entre, d'un part, les représantants d'un syndicat proffesionnel ou de tout autre groupement d'employés et, d'autre part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employeurs ou plusieurs employeurs contractant à titre individuel ou même un seul employeur. Законъ этотъ устанавливаетъ кругъ лицъ, входящихъ въ сферу дѣйствія кол. договора, продолжительность дѣйствія договора, форму заключенія, порядокъ выхода изъ договора, отношенія участниковъ соглашенія между собою и къ третьимъ лицамъ, санкціи соблюденія договора, возмѣщеніе вреда и т. д. [4]).

---

[1]) Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1926, S. 50, 252 ff.

[2]) Настоящему тарифному договору, по всеобщему характеру его дѣйствія, присущи несомнѣнно не только цивильные, но и публично-правовые элементы (Sinzheimer).

[3]) Schw. OR, Art. 323, Abs. 2.

[4]) Нельзя обойти молчаніемъ италіанскій законъ 3 ап-

Наше право не знаетъ тарифныхъ договоровъ, какъ особыхъ институтовъ, и самыя профессіональныя организаціи находятся у насъ лишь въ зачаточномъ состояніи. Отношенія, обнимаемыя тарифными договорами, регулируются у насъ общими нормами права. Другими словами, и нашему закону не противорѣчитъ принятіе на себя профессіональными союзами рабочихъ заключенія договора съ предпринимателемъ

рѣля 1926 г. о правовомъ урегулированіи коллективныхъ взаимоотношеній труда. Этотъ законъ объявляется продуктомъ объединенія производительныхъ силъ страны на почвѣ равенства и національной солидарности. Закономъ предусматриваются союзы работодателей и рабочихъ, какъ умственнаго такъ и физическаго труда, при чемъ союзы могутъ включать въ свой составъ только работодателей или только рабочихъ (ст. 3). Отъ руководителей союзовъ требуется гарантія дарованій, нравственности и прочныхъ національныхъ убѣжденій. (ст. 1). Коллективные договоры труда, заключенные признанными въ надлежащемъ порядкѣ союзами, обязательны не только для членовъ союза, но и для всѣхъ лицъ, принадлежащихъ къ профессіи той категоріи, къ которой относится договоръ. Такую же силу имѣютъ установленныя представительствами работодателей и рабочихъ правила, касающіяся условій работы въ соотвѣтствующихъ предпріятіяхъ. Несоблюденіе договоровъ и правилъ влечетъ за собой гражданскую отвѣтственность (ст. 10). Законно признанные союзы представляютъ на судѣ,—образуемомъ изъ особой магистратуры, какъ первой инстанціи, и аппеляціонной суда въ качествѣ второй инстанціи,—всѣхъ работодателей и всѣхъ рабочихъ данной категоріи, въ предѣлахъ территоріальнаго округа. Индивидуальныя выступленія работодателя или рабочаго недопустимы. Рѣшенія, постановленныя въ отношеніи союзовъ, распространяютъ дѣйствіе свое на всѣхъ заинтересованныхъ (ст. 17) (такъ что понятіе res judicata значительно раздвигается для данной категоріи отношеній). Неподчиненіе рѣшеніямъ влечетъ за собой штрафы и аресты. Въ общемъ законъ 3 апрѣля 1926 г., хотя въ Италіи его почему-то считаютъ самымъ замѣчательнымъ закономъ нашего вѣка, въ сущности воспроизводитъ, въ выспренныхъ и претенціозныхъ выраженіяхъ, квинтъ эссенцію давно уже выработанныхъ въ Европѣ теоретическихъ началъ тарифныхъ соглашеній. Къ достоинствамъ Италіанскаго закона слѣдуетъ отнести опредѣленную рѣшительность и прямолинейность его формулировокъ, что возводитъ его на положеніе акта, который можетъ имѣть значеніе не только для Италіи, но и для всей Европы, какъ довольно серьезный показатель нормальной законодательной регламентаціи въ области тарифныхъ договоровъ.

или локаутомъ предпринимателей въ пользу рабочихъ, права которыхъ конструируются въ данномъ случаѣ по аналогіи съ правами третьихъ лицъ, не участвующихъ въ договорѣ. При наличности такого договора вступленіе рабочаго съ предпринимателемъ въ соглашеніе на иныхъ, индивидуальныхъ условіяхъ можетъ быть: а) нарушеніемъ договора со стороны самого предпринимателя, поскольку такой выводъ вытекаетъ прямо или косвенно изъ тарифнаго соглашенія, и б) нарушеніемъ со стороны рабочаго, обязывающимъ къ возмѣщенію вреда и убытковъ, поскольку это вытекаетъ изъ отношеній рабочаго къ союзу, обусловленныхъ статутомъ. О фактическомъ принужденіи рабочаго къ принятію условій, выработанныхъ профессіональнымъ союзомъ съ предпринимателемъ (локаутомъ), по дѣйствующему у насъ праву не можетъ быть и рѣчи. Само собою разумѣется, что такая эмбріональная постановка вопроса о коллективныхъ соглашеніяхъ недостаточна для нашего правового обихода: изданіе закона о тарифномъ договорѣ есть назрѣвшая задача времени.

Дальнѣйшимъ дополненіемъ къ трудовому договору, поднимающимъ его на высоту политико-соціальнаго явленія, служитъ регламентація положенія трудящихся и ихъ профессіональныхъ организацій, конфликтное право, посредничество и право стачекъ, регулированіе рабочаго дня, заработной платы и компенсацій. Сюда же относится правовая охрана жизни, здоровья, женскаго и дѣтскаго труда, а также нормы о профессіональномъ и общемъ образованіи, медицинской и судебной помощи, страхованіи, вознагражденіи за увѣчье и пр. Всѣ эти и имъ подобныя проблемы входятъ въ область не только частнаго, но отчасти и публичнаго права, и въ той или иной формѣ разрѣшаются дѣйствующимъ нашимъ правомъ [1]).

---

[1]) Эволюція, продѣланная трудовымъ договоромъ на протяженіи вѣковъ, есть одна изъ интереснѣйшихъ въ исторіи общественныхъ движеній. Первоначально это былъ договоръ личнаго найма, аналогичнаго найму вещи. Человѣкъ могъ закабалиться на всю жизнь, и тогда онъ становился рабомъ. Древній Римъ зналъ locatio—conductio operarum, т. е. обыкновенный наемъ личности для простыхъ физическихъ работъ, который регулировался, въ общемъ, на основаніяхъ, тождественныхъ съ rei locatio. Нанятому гарантировалась особая уплата за работу, въ то же время онъ легко могъ быть устраненъ, срокъ былъ и точно фиксированный и неопредѣленный и на время жизни работника. Работы отправлялись рабами, число которыхъ пополнялось плѣнниками, населеніемъ покоренныхъ народовъ, неоплатными должни-

Подрядъ. Тенденція уподобленія подряда трудовому договору исходила изъ ошибочнаго возведенія нѣкоторыхъ индивидуальныхъ чертъ сходства на степень признаковъ общаго равенства. Прежнее (римское) право проводило между этими двумя договорами параллелизмъ, считая, что трудовой договоръ есть locatio conductio operarum, а подрядъ locatio conductio operis, т. е. въ первомъ случаѣ выполняются работы вообще, какія потребуются для работодателя, а во вто-

---

ками и пр.; договоры о наймѣ труда были рѣдки и находились въ рудиментарномъ состояніи, далеко не достигнувъ той высоты юридической обработки, на которой находились другіе институты римскаго права. Въ противоположность древнимъ римлянамъ, у нѣкоторыхъ другихъ народовъ подъ вліяніемъ ученія о единобожіи, національномъ и религіозномъ братствѣ, отношенія по трудовому найму значительно смягчились. Сталъ возникать отдѣльный, самостоятельный договоръ труда, при чемъ нанимающійся уже трактовался какъ субъектъ права, а не простой объектъ. Поэтому и срокъ найма ограничивался временемъ (обычно тремя годами). Устанавливалась даже продолжительность рабочаго дня. Съ другой стороны, договоръ получалъ силу лишь съ фактическимъ осуществленіемъ его, принуждать къ работѣ по однимъ соглашеніямъ не допускалось. Рабочій подлежалъ отпуску на волю по важнымъ причинамъ, какъ болѣзнь его, смерть родныхъ. (Библейское право и право восточныхъ народовъ). То здѣсь, то тамъ возникала мысль о необходимости огражденія интересовъ нанимающагося, какъ болѣе слабаго. Въ Европѣ, въ средніе вѣка, трудъ отправлялся въ порядкѣ крѣпостнической зависимости, наемный трудъ цѣнился весьма низко и практиковался довольно слабо. Работникъ входилъ въ семью нанимателя, какъ низшій, подчиненный членъ таковой, отношенія складывались чисто патріархально: нанявшійся обязанъ былъ послушаніемъ и пр. Съ развитіемъ торговли и промышленности, кругъ работниковъ сталъ возрастать: ихъ интересы защищали сначала цехи, а затѣмъ сама государственная власть. Послѣдняя заботилась о сохраненіи силы договоровъ между работодателями и работопринимателями, устанавливая за нарушеніе уголовныя кары, вплоть до смертной казни. Рецепція римскаго права съ своей стороны наложила печать на отношенія по найму труда, вытравляя слѣды патріархальности и замѣняя ихъ чертами рабства и приниженія рабочаго. Римское право весьма отрицательно относилось къ договору о духовномъ, интеллектуальномъ трудѣ—conductio—locatio operarum liberalium, считая недостойной отдачу за деньги умственнаго труда. Такой же взглядъ долго господствовалъ и въ Европѣ, во многомъ задерживая развитіе культуры, ду-

ромъ рѣчь идетъ о выполненіи опредѣленнаго заданія. Нынѣ punctum saliens разграниченія слѣдуетъ усматривать въ томъ, что подрядъ есть договоръ, по преимуществу, капиталистическій. По договору подряда одно лицо—подрядившій - передаетъ другому—подрядчику—совершеніе чего либо, требующаго затраты—преимущественно—человѣческаго труда, но также и матеріаловъ исполнителя (постройки сооруженія и пр.). Исполнитель по трудовому договору работаетъ по указанію и назна-

---

ховнаго творчества, изобрѣтеній. Во время Великой Французской Революціи провозглашенныя новыя прогрессивныя соціальныя начала существенно отразились и на правоотношеніяхъ работодателей и рабочихъ. Въ то же время ученія европейскихъ философовъ о достоинствѣ личности, о человѣческой солидарности и равенствѣ поставили на очередь идею объ эмансипаціи работника: наемъ человѣка превратился въ наемъ труда. Кантъ и др. указали, что человѣкъ всегда является носителемъ правъ и никогда не можетъ быть предметомъ таковыхъ. Законодательства XIX в. вступили на путь усвоенія этихъ новыхъ идей, хотя и не безъ опаски. По Code civil, Код. Нап. наемъ труда есть договоръ, свободно заключаемый, ограниченный временемъ, возмездный. Уклонъ отъ революціонныхъ идей сказался въ томъ, что работодавцу все же предоставлены были этимъ кодексомъ значительныя преимущества передъ работникомъ. Между прочимъ, въ случаѣ спора показаніямъ хозяина давалась вѣра относительно размѣра жалованья и произведенныхъ уплатъ (1781). Правило это отмѣнено было во Франціи закономъ 2 августа 1868 г., а въ областяхъ б. Царства Польскаго въ 1864 г. статьей 1524 Уст. Гражд. Судопр., Однако во Франціи нѣкоторые слѣды его все же сохранились понынѣ. (См. недавнія рѣшенія у Dalloz, Code civil, 1926, p. 663). Кромѣ того французскій кодексъ по прежнему разсматриваетъ договоръ „найма труда“ въ одной плоскости съ наймомъ имущества (Code civil, Код. Нап., 1708 и сл.). Дальнѣйшіе законы Франціи касались охраны труда рабочихъ, контроля надъ оплатой труда, установленія разсчетной книжки для рабочаго на фабрикахъ (введенной впервые еще въ революціонное время). Въ XIX в. въ области трудового договора встали проблемы первостепенной государственной и общественной важности, вызванныя неожиданно-колоссальнымъ ростомъ индустріи, появленіемъ значительнаго количества пролетаріата и его идеологовъ, объявившихъ непримиримую классовую борьбу капиталу и капитализму, для освобожденія рабочихъ. Законодатель оказался вынужденнымъ вмѣшаться въ эту борьбу и уравновѣшивать ея проявленія, для спасенія самого существованія своего. Подавленное колоссальностью

ченію другого—работодателя и вообще занимаетъ подчиненное по отношенію къ послѣднему положеніе что касается выполненія договора: онъ только работникъ, который, впрочемъ, также можетъ имѣть своихъ помощниковъ (подмастерьевъ). Подрядчикъ—организаторъ работъ за свой счетъ и на свой рискъ, по собственному предначертанію и плану, съ опредѣленной самостоятельностью въ выборѣ средствъ исполненія. Подрядчикъ даетъ контрагенту не столько трудъ свой, сколько ре-

---

и величіемъ задачи, Германское Гражданское Уложеніе отказалось взяться за разрѣшеніе ея во всей полнотѣ и предпочло передать ее на разрѣшеніе отдѣльныхъ партикулярныхъ законодательствъ Германскихъ государствъ. Само BGB коснулось лишь нѣкоторыхъ вопросовъ общеруководящаго характера: установлены нѣсколько категорій трудового договора, способъ и условія оплаты труда, предѣльный срокъ (15 лѣтъ), право отказа отъ договора по важнымъ причинамъ, релевантность которыхъ рѣшаетъ судъ. Рабочій получаетъ вознагражденіе и за время, которое онъ не въ состояніи былъ работать не по своей винѣ. Работодатель обязанъ предоставить средства работы, подходящія условіямъ таковой, инструменты и пр. Домашняя прислуга получаетъ отъ хозяина жилище, пищу и извѣстную свободу для своихъ религіозныхъ и духовныхъ нуждъ. При окончаніи договора требуется предупрежденіе о невозобновленіи. При этомъ основнымъ правиламъ трудового договора присвоенъ характеръ jus cogens.—Трудовой договоръ съ особой склонностью начинаютъ изучать ученые юристы (въ Германіи Lotmar, въ Россіи Таль). Во всѣхъ почти государствахъ Европы появляются либо отдѣльныя новеллы, либо дополненія къ гражданскимъ кодексамъ о трудовомъ договорѣ: въ Бельгіи въ 1900 г., въ Голландіи въ 1907 г., въ Швейцаріи въ 1911 г., въ Австріи въ 1916 г., въ Даніи въ 1921 г., въ Финляндіи въ 1922 г. Немало имѣется въ Европѣ и отдѣльныхъ частныхъ законовъ и законопроектовъ о трудѣ и трудовомъ договорѣ, о тарифныхъ соглашеніяхъ. Въ значительной степени на правоотношеніяхъ по доставкѣ труда и работъ отразилась огромная законодательная работа, продѣланная почти во всѣхъ странахъ Европы въ дѣлѣ административной охраны труда, начиная съ конца XVIII в. и до нынѣшнихъ дней, при чемъ главнымъ образомъ обращалось вниманіе на облегченіе условій работъ малолѣтнихъ и женщинъ, на огражденіе рабочихъ отъ разстройства здоровья при работѣ, на обезпеченіе потерпѣвшимъ отъ несчастныхъ случаевъ рабочимъ вознагражденія, на общую инспекцію труда. Инициатива въ этомъ смыслѣ исходила изъ Англіи, въ которой первымъ такимъ закономъ большой важности былъ the Health

зультатъ своего труда. Даже такая работа, какъ приготовленіе обѣда, можетъ сдѣлаться подрядомъ, если контрагентъ взялся аранжировать для кого-либо обѣдъ на большое количество персонъ, торжественный, юбилейный, на средства этого лица или на свои средства. Могутъ

---

and Morals of Apprentices Act of 1802, впервые взявшій подъ свою защиту работающихъ на фабрикахъ малолѣтнихъ. Цѣлый рядъ актовъ, направленныхъ къ улучшенію быта и условій труда рабочихъ, изданъ былъ въ XIX в. и въ началѣ нынѣшняго вѣка (въ послѣднее время значительный законъ —The Factory ond Workshop Act of 1907). Къ подобной категоріи законовъ относится и Германскій законъ 16 іюля 1927 г., — „Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung", предусматривающій особыя оффиціальныя организаціи для посредничества труда, обезпеченіе работы безработнымъ, страхованіе безработности и пр. Для улучшенія условій договора труда введено было на Западѣ право стачекъ (нынѣ, впрочемъ, подвергающееся вновь сомнѣнію), возникшее и развившееся вначалѣ въ Америкѣ, гдѣ право рабочихъ на стачку по каждому поводу и безъ повода поддерживается cammon law. См. The Encyklopaedia Britannica, Labour legislation. Въ то же время гражд. кодексы усваиваютъ принципъ, что каждый предприниматель обязанъ принимать всѣ мѣры для поддержанія безопасности, здоровья и добраго поведенія рабочихъ. Въ результатѣ обнаруживается нынѣ даже стремленіе выдѣлить трудовой договоръ изъ системы гражд. права и создать особое „трудовое право"—droit de travail, Arbeitsrecht, Arbeitsgesetzbuch. См. Герм. RV., Art. 157, предусматривающій въ конституціон. порядкѣ изданіе отдѣльнаго кодекса труда, и Stier—Somlo, Arbeitsvertrag, въ Handverterbuch der Rechtswissenschaft, 3 u. 4 L. о достигнутыхъ результатахъ въ подготовительной работѣ по этому предмету. Однако, эта попытка изолировать трудовой договоръ изъ системы частнаго права (также же, какъ и попытка вообще разбить гражданскій кодексъ на отдѣльные правовые статуты) заходятъ, кажется, слишкомъ далеко и едва ли имѣютъ подъ собой прочную основу: въ концѣ концовъ трудовой договоръ, при всѣхъ его особенностяхъ, составляетъ органическую часть частнаго права и совмѣстно съ принципами послѣдняго долженъ быть трактуемъ.—Въ Россіи законы о трудѣ выработаны были въ эпохи рабства, крѣпостничества. Въ древности всякій, кто нанимался къ другому въ услуженіе, становился рабомъ — холопомъ, если не выговаривалъ себѣ при поступленіи иныхъ условій. Въ договорахъ прежнихъ временъ нанимающійся обязывается обычно выполнять всѣ работы, какія ему только дадутъ, такъ что подчиненіе личности полное. Отдѣльныя мѣры принимались (Псковская Судная

быть объектомъ подряда и разныя заданія научнаго, литературнаго й техническаго свойства, конечно, тоже съ доставленіемъ не только работъ, но и денегъ или другихъ средствъ и вещей [1]). По особому характеру подряда къ нему примѣняются нормы о трудовомъ договорѣ лишь со значительными оговорками, cum granosalis. Личность контра-

---

Грамота, Уложеніе Царя Алексѣя Михайловича) для того или иного облегченія правового положенія нанявшагося, поскольку оно уже въ то время казалось чрезмѣрно обреме-

[1]) BGB считается предметомъ подряда—Werkvertrag—a Herbeifuehrung eines Erfolges, при чемъ предпринимателю предоставлено das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, но только при условіи, что эти вещи незамѣнимыя, при замѣнимыхъ предметахъ (заказъ на фабрикѣ) имѣется уже продажа, такъ какъ здѣсь играетъ роль не работа по изготовленію, а самое пріобрѣтеніе вещей. См. §§ 631, 635. Однако, такое разграниченіе трудно предустановить заранѣе, тѣмъ болѣе, что бываетъ и смѣшанное приготовленіе замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ предметовъ, а матеріалъ можетъ быть частью одного, частью другого контрагента. Очевидно, что здѣсь въ состояніи дать рѣшеніе только конкретныя условія—quaestio facti въ зависимости отъ того, что преобладаетъ въ договорѣ, уступка вещей или доставленіе организованной работы. Такъ, повидимому, и смотритъ на дѣло Schw. OR. которое трактуетъ просто о Lieferung des Stoffes, Herstellung des Werkes, Art. 363, 365. Также Пр. ОП., Ст. 492, абз. 2. Французское право, хотя и стоитъ въ общемъ на римской точкѣ зрѣнія подряда, какъ „найма“ лицъ для производства работъ по смѣтнымъ или оптовымъ цѣнамъ, представляетъ соглашенію сторонъ поставку подрядчикомъ, вмѣстѣ съ трудомъ и знаніемъ, также и своего матеріала, вопреки римскому праву, отрицавшему возможность этого послѣдняго. Code Civil, Код. Нап. 1779 (3), 1787. У насъ центръ тяжести подряда переносится на „предпріятіе“ признаки котораго опредѣляются обширностью, сложностью и цѣнностью работъ, и пр., доставленіе же матеріала во всѣхъ видахъ, если это только не главный объектъ обязательства, какъ при продажѣ или—что тоже—поставкѣ,—настолько естественно у насъ при подрядѣ, что даже и работоприниматель по трудовому договору можетъ употребить свой матеріалъ и свои средства. См. стт. 1737 и сл. X т. I ч., рѣш. гражд. 1876 г. № 23, 1875 № 537, 1870 г. № 921. Сдѣланная ремесленникомъ работа изъ собственнаго матеріала преимущественно продажа, исправленіе монтеромъ электричества со своими проводами и пр. трудовой договоръ, заказъ ремесленнику—подрядъ, если имѣются помянутые признаки „предпріятія“.

гента играетъ гораздо менѣе существенную роль при подрядѣ, чѣмъ при трудовомъ договорѣ, особенно лицо подрядившаго. Персональное участіе подрядчика въ осуществленіи подряда, т. е. личная его работа либо личный надзоръ за исполненіемъ требуется во всѣхъ случаяхъ, кромѣ тѣхъ, въ которыхъ такое участіе, при отсутствіи какихъ-либо указаній въ самомъ договорѣ, не вытекаетъ изъ свойствъ исполненія въ виду отсутствія необходимости въ спеціальномъ знаніи и умѣніи (какъ то нужно, напр., по архитектурѣ). Доколѣ послѣднее не установлено, не презюмируется возможность передачи подрядчикомъ работъ даже подъ своей отвѣтственностью. Такъ и смотрятъ на данный вопросъ въ общемъ сходно наука и практика [1]).

нительнымъ для „холопа". Въ XVII в. нѣкоторые трудовые договоры ограничены были періодомъ въ пять лѣтъ (срокъ нынѣшняго нашего дѣйствующаго права). Въ концѣ XVIII в. введены были цехи и правила, регулирующія отношенія между мастерами, подмастерьями и учениками, при чемъ всѣ преимущества были, конечно, на сторонѣ мастеровъ. Лишь въ послѣднее время стали появляться нѣкоторые законы соціальнаго свойства, направленные къ улучшенію быта рабочихъ и къ эмансипаціи труда. Въ общемъ, въ Россіи не было сколько-нибудь объединенныхъ нормъ трудового договора. Относящіеся сюда законы помѣщены въ разныхъ отдѣлахъ Свода Законовъ: въ X т. 1 ч.,—общія нормы договора найма, въ Уст. Торг., т. XII, ч. 2—нормы о наймѣ на сельскія работы, въ Уст. Торг.—о наймѣ приказчиковъ, въ Уст. о Пром.—о наймѣ рабочихъ. Сюда же примыкаютъ Законъ 3 іюня 1903 г. о вознагражденіи потерпѣвшихъ отъ несчастныхъ случаевъ рабочихъ, законъ 28 іюля 1913 г. о вознагражденіи потерпѣвшихъ отъ несчастныхъ случаевъ служащихъ, мастеровъ и рабочихъ желѣзныхъ дорогъ. Всѣ изложенные законы носятъ на себѣ довольно замѣтную печать указанныхъ старыхъ началъ „найма человѣка". Многіе изъ этихъ законовъ, нынѣ отпали у насъ, благодаря Конституціи. Кромѣ того въ Литвѣ было издано нѣсколько особыхъ законовъ, касающихся трудового права: „О наймѣ и освобожденіи отъ найма рабочихъ—ординарцевъ имѣній"—dvarų darbininkų—ordinarininkų samdymo ir atstatymo įstatymas", Vyr. Žin. 1924 m. № 155, и др. Въ этихъ законахъ возлагаются особыя обязанности на владѣльца имѣнія по отношенію къ ординарцамъ устанавливается минимумъ вознагражденія, возмѣщеніе вреда отъ нечастныхъ случаевъ, обезпеченіе на счетъ имѣнія жильемъ, даже послѣ отказа отъ работы, а также жильемъ и содер-

[1]) См., напр., Schw. OR., Art. 364, Abs. 2.

Обязанности подрядчика сводятся къ добросовѣстному и своевременному исполненію подряда по договору, смѣтамъ и описаніямъ. При этомъ онъ руководствуется указаніями подрядившаго. Въ случаѣ расхожденія ихъ съ тѣмъ, что обусловлено въ договорѣ и ухудшенія этимъ положенія подрядчика, послѣдній обязанъ выполнить лишь при томъ условіи, если ему обезпечивается дополнительное удовлетвореніе наравнѣ съ главнымъ и если эти требованія не представляютъ чего-либо новаго, кореннымъ образомъ измѣняющаго первоначальное соглашеніе (имѣлась въ виду постройка дома, а требуютъ построить погребъ). Подрядчикъ предотвращаетъ вредъ и убытокъ для своего контрагента, всячески охраняя интересы послѣдняго при исполненіи работъ и пользованіи матеріаломъ подрядившаго. Такъ какъ матеріалы, данные подрядившимъ, поступаютъ въ вѣдѣніе и распоряженіе подрядчика, то въ случаѣ гибели или порчи таковыхъ, подрядчикъ обязанъ

жаніемъ натурой на старости и на случай болѣзни. (Договоръ письменный, на годовой срокъ). Вознагражденіе рабочихъ при несчастныхъ случаяхъ предусматривается отчасти въ законѣ о больничной кассѣ, Ligoninių Kasos įstatymas, Vyr. Žin. 1926 m., №№ 227 ir 237. О трудовой инспекціи—Darbo inspekcija, Vyr. Žin. № 179, о продолжительности рабочаго дня—Darbo dienos ilgumo įstatymas (8 часовой рабочій день), Vyr. Žin. №№ 17 ir 212. Само собою разумѣется, что все это можетъ быть только матеріаломъ для выработки новыхъ основъ трудового договора въ духѣ времени. Нынѣшніе наши законы, касающіеся трудового договора, мало заботятся о томъ, чтобы надлежащую охрану правъ получали не только рабочіе учрежденій съ механическимъ производствомъ—фабрикъ и заводовъ—, но и другіе трудящіеся—домашніе слуги, а также представители болѣе квалифицированнаго труда. Не въ достаточной мѣрѣ возложена на работодателя забота о созданіи такихъ условій работъ, при которыхъ ограждалась бы рабочая сила, честь, нравственность, свобода и соціальныя убѣжденія работниковъ, что должно, въ общемъ, составлять первостепенную задачу законодателя въ этой области (Ср. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 191). Мало обращается вниманія также на существующіе въ данной сферѣ отношеній обычаи, особенно въ договорѣ домашнихъ услугъ. Правда, нѣкоторые изъ этихъ обычаевъ устарѣли, но весьма многіе могутъ быть использованы въ качествѣ основъ регламентаціи и нынѣ. Властная воля законодателя должна чувствоваться и въ моментъ самого заключенія трудового договора (забота о безработныхъ) и во время его исполненія и при окончаніи (сроки предваренія и пр.).

установить независящую отъ послѣдняго (и его служащихъ) причину, иначе онъ несетъ отвѣтственность. Въ отношеніи матеріаловъ самаго подрядчика дѣйствуетъ начало periculum est domino. При случайной гибели или порчѣ самихъ работъ еще до сдачи ихъ, послѣдствія падаютъ на подрядчика, развѣ бы виновенъ былъ подрядившій (въ противность трудовому договору) [1]). Вина подрядившаго презюмируется, если онъ требовалъ совершенія работъ по имъ указанному способу, несмотря на предупрежденіе подрядчика объ опасности этого способа[2]). Иногда пріурочиваютъ рискъ подрядчика къ моменту окончанія работъ, а не сдачи, считая, что подрядъ кончается уже съ совершеніемъ всего заподряженнаго. Дѣйствующее наше право не содержитъ по этому поводу прямыхъ указаній, но ему ближе, казалось бы, первая точка зрѣнія, отвѣчая сущности подряда, какъ договора, который касается результатовъ труда, а не самого труда, и потому предполагаетъ пріемъ работъ (при несвоевременномъ пріемѣ наступаютъ общія послѣдствія просрочки вѣрителя).

Подрядчикъ обязанъ сдать подрядъ, представивъ отчетъ въ использованіи матеріаловъ подрядившаго, со врученіемъ всѣхъ свѣдѣній, остатковъ и пр., и по принятіи подрядившимъ отвѣчаетъ лишь за скрытые пороки сданнаго, по общимъ правиламъ. При несущественныхъ недостаткахъ, не препятствующихъ использованію подряда, отъ подрядчика можетъ быть потребовано исправленіе, съ соотвѣтственнымъ обезпеченіемъ (удержаніе соразмѣрной доли слѣдуемыхъ ему денегъ).

Подрядившій не вправѣ произвольно прекратить работы по подряду или передать ихъ другому. Онъ можетъ это сдѣлать только тогда, когда подрядчикъ по своей винѣ не окончилъ работъ къ назначенному сроку [3]). Такой же результатъ наступаетъ, если еще до

---

[1]) BGB, § 644, Schw. OR., Art. 376, Abs. 1, иначе Пр. ОП., ст. 498 отчасти и Code civil, Код. Нап., 1790.

[2]) Schw. OR., Art. 376, Abs. 3, Пр. ОП., ст. 498 (конецъ).

[3]) При неисправности подрядчика подрядившему предоставляетъ и законъ и обычное право либо сдѣлать вычетъ изъ слѣдуемой подрядчику платы за подрядъ либо прекратить дальнѣйшія работы подрядчика и произвести подрядъ за его счетъ, съ огражденіемъ его справедливыхъ интересовъ, Пахманъ, Обычное гражданское право въ Россіи, т. 1, 1877, стр. 233 и 234, Анненковъ, Послѣдствія неисполненія договора одной стороной по отношенію правъ и обязанностей другой стороны, Журн. Гр. и Ул. права, 1890 г., кн. II, стр. 94, Полож. о каз. подр. и пост., стт. 195, 196.

срока обнаружилась съ очевидностью невозможность срочнаго окончанія подряда, по обстоятельствамъ, зависящимъ отъ подрядчика. Правило о досрочномъ прекращеніи договора въ несомнительномъ предвидѣніи его невыполнимости категорически выражено въ Пр. ОП., менѣе опредѣленно въ Schw. OR и въ BGB. Оно можетъ быть принято и на почвѣ дѣйствующаго нашего права по общему смыслу законовъ и началамъ предупредительной охраны частныхъ правъ. Предполагается, конечно, что срокъ категорическій, т. е. что работа должна быть исполнена непремѣнно въ опредѣленное время [1]). Данное при этомъ подрядчику предупрежденіе съ назначеніемъ новаго срока снимаетъ съ подрядившаго во всякомъ случаѣ какіе бы то ни были упреки въ эвентуальной оплошности или попустительствѣ съ его стороны.

Подрядившій обязанъ уплатить (никакая безвозмездность не предполагается) своевременно, въ случаѣ отсутствія срока уплаты— при пріемѣ подряда либо части, если подрядъ подлежитъ принятію по частямъ. При отсутствіи указаній на размѣръ платы послѣдняя опредѣляется по аналогіи съ трудовымъ договоромъ, по таксамъ, мѣстнымъ цѣнамъ, обычаямъ и по обстоятельствамъ дѣла, согласно показаніямъ свѣдущихъ лицъ о цѣнѣ работы и потраченныхъ подрядчикомъ матеріалахъ [2]).

Въ отличіе отъ трудового договора подрядъ со смертью подрядчика прекращается лишь въ томъ случаѣ, когда налицо условія невозможности замѣны, т. е. когда по свойствамъ и характеру подряда имѣется въ виду доставленіе индивидуальнаго значенія, предполагаются особыя качества и познаній исполнителя. Все это вытекаетъ изъ общихъ началъ права вообще и, въ частности, права наслѣдственнаго перехода. При тѣхъ же условіяхъ индивидуальныхъ свойствъ доставленія договоръ подряда прекращается, если подрядчикъ оказался неспособнымъ привести подрядъ къ завершенію безъ своей вины, напр. по болѣзни. Въ перечисленныхъ случаяхъ за исполненную уже часть работы производится уплата, размѣръ которой исчисляется по началамъ возврата незаконнаго обогащенія, съ принятіемъ во вниманіе цѣны подряда, пригодности того, что исполнено для подрядившаго, и другихъ обстоятельствъ.

---

[1]) См. Пр. ОП. ст. 500.

[2]) См. рѣш. гражд. 1877 г. № 144, BGB § 632, ABS 2, Пр. ОП., ст. 506 Св. Приб., стт. 4227, 4175, Schw. OR., Art. 374.

Договоръ подряда, совершаемый большей частью людьми дѣловыми и затрагивающій важные и сложные интересы, заключается обычно на письмѣ. Но принципіально нѣтъ препятствій къ допущенію словесныхъ соглашеній. Такъ именно смотрятъ западные кодексы, не выдѣляющіе даннаго договора изъ группы обязательствъ, сущность и содержаніе которыхъ можетъ быть установлено на судѣ также и свидѣтелями. Иначе—дѣйствующее наше право, по которому договоръ подряда фиксируется непремѣнно на письмѣ [1]). Хотя реквизитъ письменности менѣе стѣснителенъ для подряда, чѣмъ, напр., для трудового договора либо поклажи, но, въ концѣ концовъ, и здѣсь умѣстно de lege ferenda предоставить сторонамъ на волю избраніе той или иной формы, письменной или словесной.

Меркантильный, ex professo, характеръ договора подряда лишаетъ его тѣхъ общественныхъ свойствъ, какія присущи трудовому договору, и ставитъ его въ рядъ съ другими имущественными соглашеніями, не проникнутыми особымъ публично-правовымъ знаменованіемъ. Въ то время, какъ по трудовому договору связывается обязательствомъ часть жизни трудопринимателя, накладывается порою печать на все его существованіе, подрядчикъ совершаетъ лишь отдѣльный имущественный актъ, будучи, по общему правилу, въ остальномъ совершенно свободенъ [2]). Подрядчикъ не нуждается въ особой соціальной защитѣ, на него не распространяется favor alimentorum, его не касаются правила объ охранѣ труда и трудящихся. Но подрядъ имѣетъ свои отличительныя стороны, выдѣляющія его изъ обычныхъ обязательствъ. Подряды обслуживаютъ важныя отрасли экономической жизни и строительства, въ томъ числѣ и хозяйство самого государства. У насъ дѣйствуетъ до сихъ поръ даже особое—по существу довольно устарѣлое—Положеніе о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ, энергично отстаивающее права и привиллегіи казны (усиленная отвѣтственность подрядчика, заключеніе подрядовъ путемъ публичныхъ торговъ). Подрядчику обыкновенно вручаются значительные интересы и цѣнности, часто онъ монополизируетъ извѣстную отрасль гражданскаго оборота. Отъ подрядчика требуется особая забота о ввѣряемыхъ ему вещахъ, о жизни и здоровьи лицъ, участвующихъ въ осуществленіи подряда. Съ другой стороны, подрядчикъ становится часто близко къ своему контрагенту своимъ трудомъ въ пользу послѣдняго. Онъ долженъ находиться въ постоянномъ контактѣ, насколько это возможно,

[1]) Рѣш. гражд. 1874 г. № 851, 1872 г. № 267, 1867 г. № 225, ст. 1742 X т. I ч.

[2]) См., для сравненія, ст. 2232. Хт. 1 ч.

съ подрядившимъ, освѣдомлять его о ходѣ работъ, о грозящемъ подрядившему вредѣ отъ положенія работъ или свойствъ матеріала, о мѣрахъ противъ невыгодныхъ послѣдствій отъ нарушеній полицейскихъ, строительныхъ и иныхъ. Все это не только моральныя, но и юридическія обязанности подрядчика. Точно также падаютъ спеціальныя обязанности и на подрядившаго въ смыслѣ охраны матеріаловъ и работъ и содѣйствія осуществленію подряда, насколько все это отъ него зависитъ. Экономическая невозможность завершить работу по причинѣ наступившаго чрезмѣрнаго повышенія цѣнъ или катастрофическаго сокращенія нужныхъ средствъ и матеріаловъ играетъ особую роль именно въ договорѣ подряда, хотя и составляетъ предметъ общаго ученія о невозможности исполненія по обязательствамъ. Вѣрность и взаимное огражденіе интересовъ—главныя основы трудового договора—въ значительной мѣрѣ присущи и договору подряда.

Правонарушеніе. Нарушитель чужихъ правъ вынуждается государствомъ къ приведенію въ прежнее положеніе нарушеннаго субъективнаго права. При нарушеніи договоровъ и обязательствъ эта реституція заключается либо въ принудительномъ доставленіи обѣщаннаго, если это оказывается возможнымъ, либо къ выдачѣ соотвѣтственнаго эквивалента, обычно денежнаго, который могъ бы быть для потерпѣвшаго компенсаціей и удовлетвореніемъ. Вознагражденіе и удовлетвореніе потерпѣвшаго отъ неправомѣрныхъ дѣйствій, вообще—деликта—составляютъ проблему института возмѣщенія вреда и убытковъ изъ правонарушенія—obligatio ex delicto.

Обязательство ex delicto, касается вреда и убытковъ лишь отъ недозволенныхъ дѣяній въ тѣсномъ смыслѣ, возмѣщеніе по нарушенному обязательству представляется какъ бы измѣненными формами исполненія обѣщанія и на послѣднемъ основывается. Но между ними констатируется нѣкоторыя сближающія ихъ черты, такъ что при разсмотрѣніи обязательствъ ex delicto приходится часто имѣть въ виду также нарушенія договоровъ и обѣщаній [1]).

Всякое правонарушеніе предполагаетъ наличность ряда условій. Прежде всего требуется вредоносность дѣянія и нарушеніе обязанности, положительное—путемъ дѣйствія и отрицательное—путемъ воздер-

---

[1]) Иногда трудно даже между ними провести и грань—и потерпѣвшій вправѣ основываться либо на нарушеніи договора либо на неправомѣрномь дѣяніи, напр., при поврежденіи нанимателемъ или хранителемъ отданнаго ему предмета.

жанія, несовершенія. Доктрина требуетъ сочетанія объективнаго и субъективнаго моментовъ—дѣянія и вины—для обоснованія отвѣтственности за ущербъ и убытки. Афоризмъ „не свѣча горитъ, а горитъ кислородъ, не дѣйствіе производитъ обязанность возмѣщенія вреда, а вина", односторонне выдвигаетъ субъективную сторону, но игнорируетъ въ то же время объективную—осуществленіе. Контраверза юристовъ о томъ, надлежитъ ли сосредоточивать центръ тяжести на объективной или субъективной сторонѣ, похоже нѣсколько на споръ о томъ, кому больше принадлежитъ ребенокъ, матери или отцу. Вина есть извѣстное психическое состояніе: сознаніе нарушенія лежащей на индивидуумѣ обязанности, вытекающей изъ закона, обычая, правопорядка, общественной морали и доброй совѣсти. Это—прямой или косвенный волевой актъ, который, однако, не долженъ непремѣнно быть непосредственно связанъ съ даннымъ дѣяніемъ, а можетъ относиться къ болѣе отдаленнымъ моментамъ въ цѣпи условій, вызвавшихъ таковое. Невыполненіе договоровъ и обязательствъ есть незакономѣрность, ибо законъ предписываетъ исполнять обѣщанія. Посягательство на чужую вещь, жизнь, здоровье, честь, нравственность, свободу [1])—неправомѣрно потому, что тотъ же законъ требуетъ признанія чужихъ имущественныхъ и личныхъ правъ. Это посягательство можетъ носить характеръ преступный либо же быть только нарушеніемъ гражданскимъ, цивильнымъ деликтомъ. Уголовные законы сосредоточиваютъ вниманіе на общеопасности нарушенія, гражданскіе—на вредоносности его для частныхъ интересовъ, но въ смыслѣ послѣдствій для возмѣщенія вреда деликты уголовный и гражданскій не отличаются другъ отъ друга [2]).

Посягательство должно касаться въ большей или меньшей мѣрѣ именно субъективныхъ правъ даннаго лица—потерпѣвшаго: общая виновность лица въ нарушеніи законовъ и правилъ недостаточна. Занятіе врачебной практикой со стороны лица, не имѣющаго на то права,—несомнѣнное нарушеніе закона, но врачи не управомочены предъявить къ нему искъ объ убыткахъ, хотя бы и терпѣли матеріальный ущербъ, ибо не нарушено ихъ субъективное право. Напротивъ, при монополизація закономъ

---

[1]) Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 201, предлагаетъ прибавить сюда „рабочую силу"—Arbeitskraft (можно списокъ еще продолжать).

[2]) О недозволенности дѣянія упоминаютъ всѣ западные кодексы, кромѣ Code civil, но и на почвѣ Французскаго права это требованіе ставится практикой какъ conditio sine qua non.

извѣстнаго промысла въ пользу даннаго лица, осуществленіе этого промысла другимъ лицомъ есть посягательство на имущественное право [1]).

Посягательство на чужое право должно быть неправомѣрнымъ. Диктуя субъекту извѣстную обязанность относительно правъ другого въ качествѣ правила поведенія, законъ исключаетъ нарушеніе, если выполненіе этой обязанности оказалось по даннымъ условіямъ невозможнымъ, вслѣдствіе стеченія обстоятельствъ, которыхъ субъектъ не могъ предвидѣть или предотвратить, die er nicht zu vertreten hat. Это и есть случайность либо т. наз. непреодолимая сила, выражающаяся: а) въ непреоборимомъ дѣйствіи со стороны стихій космоса и животнаго міра, б) въ принужденіи или обязательномъ приказаніи людей (въ послѣднемъ случаѣ отвѣтственность можетъ пасть на принуждающаго и приказывающаго, какъ дѣйствительнаго причинителя). Такъ какъ для сужденія о томъ, насколько даннымъ лицомъ выполнено все требуемое безъ какихъ либо упущеній, необходимо знаніе всѣхъ причинъ и слѣдствій явленія, случай же самъ по себѣ есть, именно, выраженіе нашего невѣдѣнія, то критерій „случая“ подчасъ весьма мало надежный. Гораздо опредѣленнѣе „непреодолимая сила“, force majeure—т. е. необычайное и всѣмъ очевидное происшествіе, внѣ сомнѣнія исключающее возможность кого-либо винить въ причиненномъ вредѣ. Количество случайностей съ ростомъ прогресса, техники, науки и трудолюбія дожно все болѣе и болѣе уменьшаться. Человѣчество научается бороться съ вредными для него приключеніями, ограждаетъ себя отъ стихій—пожаровъ, наводненій, даже морскихъ бурь, но оно безсильно противъ землетрясеній, не въ состояніи пресѣкать войны, народныя волненія

---

[1]) См. рѣш. гражд. 1878 г. № 399. Кто именно, in concreto, является потерпѣвшимъ въ своемъ правѣ—это вопросъ факта. Обыкновенно это непосредственно пострадавшій. Иногда лицо „потерпѣшаго“ устанавливается косвенно, черезъ констатированіе извѣстныхъ отношеній его къ непосредственно пострадавшему. При причиненіи смерти, напр., потерпѣвшіе—неполнолѣтнія дѣти умершаго, супругъ, а также другія лица, находившіяся на иждивеніи умершаго (убитаго при эксплоатаціи жел. дороги): дряхлые родители, овдовѣвшая дочь, ребенокъ внѣбрачнаго отца и пр. См. рѣш. гражд. 1912 г. № 127 и 99, 1909 г. № 2, Уст. Пром., ст. 156[19], прил. ст. 12. Это могутъ быть дѣти только зачатыя, но не дѣти, родившіяся послѣ причиненія поврежденія умершему затѣмъ отъ такового поврежденія лицу, на средства котораго они жили, рѣш. гражд. 1901 г. № 121.

и пр. (хотя идеалъ требуетъ, чтобы и въ этой области шла на сокращеніе мѣра непредвидѣннаго и непредотвратимаго). Нѣкоторые законы, напр., англійскіе имѣютъ тенденцію извинять вредъ и убытокъ лишь при наличности vis major, иначе другія законодательства, освобождающія отъ отвѣтственности, въ цѣломъ, и при простомъ „случаѣ". (См. объ этомъ въ отдѣлѣ о Послѣдствіяхъ неисполненія по обязательствамъ) [1]). При отсутствіи непреодолимой силы, а по господствующему

---

[1]) Политика права, если и могла бы мириться съ возможностью оперировать въ нѣкоторыхъ дѣлахъ съ простымъ случаемъ, не требуя доказыванія чрезвычайныхъ обязательствъ, то лишь въ видѣ изъятія и при условіи, что ссылки на обыкновенныя случайности не станутъ нормальнымъ способомъ оправданія, общимъ правиломъ. Голосъ свой противъ обычнаго пониманія вины поднялъ еще Unger, видѣвшій ее уже въ томъ, что делинквентъ не употребилъ требуемой энергіи для предотвращенія нарушенія чужого права, вслѣдствіе чего ist das Unrecht... nicht ernstlich nicht gewollt, System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, 2, 1863, S. 236. Unger, выдвинувшій принципъ „дѣйствія на собственный страхъ", „поддерживаетъ случай", въ которомъ законъ гласитъ: „ты не долженъ причинять вредъ или подвергать опасности,— если же все таки, даже безъ вины, ты это совершаешь, то ты обязанъ вознаградить причиненный ущербъ". См. о послѣднемъ у Адлера. Отвѣтственность безъ вины въ гражданскомъ и уголовномъ правѣ, 1913, стр. 14. Самъ Адлеръ также причисляетъ себя къ сторонникамъ начала „отвѣтственности за послѣдствія", находя, что новѣйшее правосознаніе склоняется къ тому, чтобы признать таковую отвѣтственность, несмотря на отсутствіе вины въ причиненномъ ущербѣ, но выражаетъ это только въ отдѣльныхъ положеніяхъ, ib., 14, 19. У насъ горячимъ апологетомъ требованія „вины" является Шершеневичъ, Учебникъ гражданскаго права, 1912, стр. 645 и сл. Представители теоріи „вины" указываютъ, что каждое нарушеніе должно быть обсуждаемо съ соціальной точки зрѣнія, именно, съ точки зрѣнія взвѣшиванія интересовъ причинителя и потерпѣвшаго и предупрежденія нарушеній возложеніемъ отвѣтственности, стало быть, при умыслѣ или неосторожности. Но дѣло въ томъ, что въ любомъ причиненіи,—какіе бы примѣры ни приводились, —возможно найти нити, связывающія его съ состояніемъ личной сферы и дѣятельности причинителя, которое вызвало результатъ и является тѣмъ „дѣйствіемъ", какое разыскиваютъ сторонники ученія о „винѣ", т. е. извѣстнымъ волевымъ проявленіемъ (непринятіе дальнѣйшихъ мѣръ и т. д.), обосновывая поэтому отвѣтственность. Шершеневичъ приводитъ

мнѣнію и случая, имѣется налицо вина. Послѣдней свойственна большая или меньшая сила напряженія: dolus—умыселъ, cupla lata u levis—неосторожность [1]).

Право исторически создало разныя степени отвѣтственности, въ зависимости отъ степени вины, при чемъ высшая степень неосторожности часто отождествлялась съ умысломъ. Но современное право, въ противоположность римскому, въ большинствѣ случаевъ не проводитъ предустановленной демаркаціонной линіи между разными видами виновности, отдавая это усмотрѣнію суда, рѣшающаго дѣло.

такой „яркій“ примѣръ. „У подъѣзда спокойно стоитъ запряженная лошадь. Мимо проходитъ баталіонъ и, поровнявшись съ экипажемъ, ударяетъ въ барабаны. Испуганная лошадь сразу бросается въ сторону и наноситъ увѣчье стоявшему недалеко отцу семейства. Со стороны хозяина лошади не было допущено ни малѣйшей неосторожности, а потому онъ и не можетъ считаться отвѣтственнымъ за происшедшій вредъ“. Но развѣ нельзя здѣсь разсуждать иначе: хозяинъ долженъ былъ знать нравъ своей лошади, долженъ былъ предвидѣть, что могутъ быть въ городѣ неожиданные шумы, долженъ былъ слѣдить за своей лошадью, не оставляя ея безъ присмотра, хотя и на привязи, и т. д.? Очевидно, вы-

[1]) Неосторожность предполагаетъ, что эвентуальное наступленіе послѣдствія при обыкновенной внимательности и заботливости могло бы быть распознано. Поэтому дѣяніе будетъ считаться неосторожнымъ, если виновный въ состояніи былъ предвидѣть объективную возможность наступленія вреднаго послѣдствія отъ его дѣйствія или бездѣйствія, но не озаботился дѣйствовать съ такой внимательностью, которая могла бы устранить эти результаты. Но если послѣдствія были предусмотрѣны и рѣшеніе предпринято съ допущеніемъ этихъ послѣдствій, то оно должно почитаться умышленнымъ. Эти мысли высказалъ Берлинскій оберъ-трибуналъ въ рѣшеніи 5 октября 1877 г., приводимомъ составителями Проекта нашего Уголовнаго Уложенія, См. Объясненія, т. VI, 1895 г., стр. 142. BGB считаетъ „неосторожнымъ“ того, кто die in Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt, § 276. По проекту этого кодекса критерій былъ – „die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvater“. Такое описаніе Menger находилъ достойнымъ „руки какого либо Ювенала или Диккенса“. Самъ Menger предлагалъ въ качествѣ „средняго типа“ den wackeren oder den braven Menschen (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 202—206), что не лишено основательности и отвѣчаетъ не только массовой психологіи, но и правовому чувству.

Если отсутствіе вины исключаетъ неправомѣрность, то неправомѣрности нѣтъ и тамъ, гдѣ кто-либо выполняетъ возложенную на него закономъ обязанность. Очевидно само собой, что не можетъ быть отвѣтственнымъ за вредъ судебный приставъ, описывающій и продающій вещи должника по судебному рѣшенію, должностное лицо, секвестрирующее, арестующее, забирающее во исполненіе закона.

водъ можетъ получиться совершенно иной. Что же касается предупрежденія нарушеній, то не говоря уже о растяжимости этого начала, таковое предупрежденіе, вообще, не входитъ въ задачи гражданскаго права, уступая мѣсто принципу иной справедливости—принципу возмѣщенія.—Замѣтимъ, что германская судебная практика силится все болѣе и болѣе точно опредѣлить понятіе „höhere Gewalt“ въ разнообразіи восходящихъ на разсмотрѣніе судовъ казусовъ, и въ самое послѣднее время Reichsgericht очертилъ это понятіе какъ ein betriebsfremdes, von aussen durch elementare Naturereignisse oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereigniss, dass auch durch die äusserste, nach der Schlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden könnte. (Отвергнута ссылка на vis major со стороны желѣзной дороги за несчастный случай, происшедшій съ поѣздомъ, который велъ машинистъ, внезапно заболѣвшій особой, еще дотолѣ не изслѣдованной психической болѣзнью). Этимъ Reichsgericht окончательно примыкаетъ къ т. наз. объективной теоріи vis major (Oertmann, Die Rechtssprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ, 1928, H. 7, S. 495), ставящей во главу угла наличность совершенно постороннихъ, непреодолимыхъ, недоступныхъ предотвращенію или ослабленію силъ природы либо дѣйствій людей.—Въ страховомъ правѣ подъ vis major, какъ причиной, исключающей отвѣтственность страховщика (при отсутствіи иного соглашенія), понимаютъ обычно войну, землетрясеніе, возмущеніе. Codice di commercio, Art. 434(3), Пр. Гр. Ул., ст. 2495. (Пр. ОП., ст. 1053, ограничивается „землетрясеніемъ и мѣрами, предпринятыми военнымъ начальствомъ во время войны или по объявленіи военнаго положенія“, находя,—конечно, неосновательно,—что понятіе возмущенія является недостаточно опредѣленнымъ, „равно какъ и родственныя ему понятія смуты, волненія и т. п.“, см. Записку Мин. Юст. по проекту кн. V гражданскаго Уложенія (обязательственное право) отъ 14 октября 1913 г., стр. 351. Иногда упоминается еще о необычайныхъ ураганахъ, буряхъ. Перечисленнымъ явленіямъ дается кругъ юридическаго примѣненія болѣе широкій, чѣмъ тотъ, который непосредственно вытекаетъ изъ буквальнаго смысла слова. Такъ, войной считаютъ не одни лишь военныя дѣйствія, но и все, съ ними

Не составляетъ правонарушенія, далѣе, пользованіе своимъ правомъ, хотя бы оно было вредоноснымъ для другого—qui jure suo utitur, neminem laedit [1]). Однако, тутъ нужна оговорка, что пользованіе правомъ не должно противорѣчить добрымъ нравамъ и вырождаться въ шикану, т. е. въ актъ, направленный исключительно ко вреду другого.

Свободенъ отъ отвѣтственности, какъ и осуществляющій законнымъ образомъ свое право, также тотъ, кто причинилъ вредъ потерпѣвшему по волѣ послѣдняго, съ его согласія или соизволенія. Даже убійство, учиненное по настоянію убитаго (изъ состраданія къ нему), хотя и наказуемо (почетное наказаніе—крѣпость!) по правиламъ закона уголов-

---

связанное, прямо и косвенно. Подъ возмущеніемъ понимаютъ не только народныя волненія и гражданскія войны, но и условія, создаваемыя въ странѣ насильственными актами однихъ классовъ и группъ населенія противъ другихъ, все то, что вызываетъ серьезное политическое и общественное безпокойство, за исключеніемъ лишь простыхъ уличныхъ безпорядковъ, прекращаемыхъ обыкновенными мѣрами полиціи. См. рѣш. гражд. 1909 г. №№ 123 и 104, 1907 г. № 84. Къ vis major въ этомъ отношеніи причисляютъ, напр., случай, когда вещь сгорѣла отъ обстоятельства, связаннаго съ выступленіемъ даже единичнымъ, но являющимся отраженіемъ внутренней революціонной борьбы,—хотя бы внѣшне замирающей (поджогъ редакціи враждебной газеты побѣдившей или побѣжденной партіи изъ политической мести). Въ этомъ отношеніи между страховымъ правомъ и общимъ ученіемъ о возмѣщеніи вреда существуетъ полная аналогія. Что касается „страхового случая", дающаго право на пожарное вознагражденіе, то нѣкоторые опредѣляютъ его какъ событіе, котораго никто не только не предвидѣлъ, но и не могъ предотвратить (Ліонъ, Договоръ страхованія по русскому праву, 1892, стр. 53). Опредѣленіе это неправильно не потому, какъ утверждаютъ критики, что въ страхованіи обыкновенно „предвидятъ", отчего и страхуютъ—непредвидѣніе относится не къ событію (пожару), но къ тѣмъ конкретнымъ обстоятельствамъ, которыя таковой вызываютъ—, а потому, что на самомъ дѣлѣ и законодательства и наука права даютъ страхователю право на вознагражденіе и при его неосторожности и тогда, когда несчастіе произошло по винѣ третьихъ лицъ. Такимъ образомъ страховой случай, въ отличіе отъ обще-правового понятія casus, охватываетъ въ сущности всю область обычныхъ приключеній, кромѣ умысла (и кромѣ такихъ событій, наступленіе которыхъ тѣсно связано съ какимъ-либо уголовно-наказуемымъ дѣяніемъ страхователя).

[1]) Рѣш. гражд. 1904 г. № 16.

наго [1]), но исключительно какъ посягательство на блага коллектива, за нарушеніе частныхъ интересовъ здѣсь иска быть не можетъ. Конечно, все это при условіи, что просившій былъ вполнѣ волеспособенъ и просьба была серьезная, такъ или иначе постигаемая въ своей субъективной обоснованности. Сюда же примыкаетъ вредъ, нанесенный при дуэли. Ранившій или убившій противника на дуэли отвѣтственности не несетъ ни за ущербъ матеріальный, ни за моральный [2]).

Если дуэль—посягательство на прерогативы власти и, какъ таковое, воспрещено закономъ, то иски и требованія здѣсь недопустимы по тому соображенію, что ex inusta causa non oritur actio. При отнесеніи дуэли, какъ то дѣлаетъ наше Угол. Улож., по почину Германіи, къ „посягательствамъ на частные интересы, а именно къ группѣ убійствъ и поврежденій здоровья“ [3]), къ дуэли даже и не совсѣмъ свободной, даже когда вызовъ принятъ по чьему-либо настоянію—если это только не прямое принужденіе—примѣнимы начала: volenti non fit iniuria, quamquam coactus tamen volui [4]).

---

[1]) Угол. Улож., ст. 460.

[2]) Unger, System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, 2, 1863, S. 230.

[3]) Ст. 481 и сл., Объяснительная записка къ Проекту Уголовнаго Уложенія, VI; 1899 г., стр. 303.

[4]) Другой вопросъ, насколько вообще неуязвима эта концепція нашего уголовнаго закона. Надо замѣтить, что Уг. Улож. въ данномъ вопросѣ слѣдуетъ цѣликомъ почину Германіи, на законодательствѣ которой отразилась вѣковая борьба противъ дуэлей, какую вели представители власти, между прочимъ, подъ сильнымъ вліяніемъ духовенства. Церковь возставала съ самыхъ раннихъ временъ (Тридентскій Соборъ, Corpus juri canonici) противъ дуэли, какъ нарушающей „человѣческіе и божескіе законы“, въ силу которыхъ никто не вправѣ подвергать опасности ни свою жизнь ни жизнь другихъ. Поединокъ допускался лишь въ качествѣ средства окончить войну или предупредить таковую—примѣры чего представляетъ сама Библія—, какъ разрѣшается на войнѣ и убійство непріятеля и рискъ собственной жизнью. Въ прочихъ случаяхъ за поединокъ и участіе въ немъ (секундантовъ, но не другихъ лицъ) назначалась экскоммуникація и лишеніе чести. Sunt ipso facto infames. Запрещая дуэль, какъ „похожденіе дьявола“, представители духовенства не разъ, однако, сами прибѣгали къ ней для защиты имущественныхъ правъ своихъ, См. The Enciklopaedia Britannica, 13 ed., „Duel“. Въ свѣтскомъ обществѣ взглядъ на преступность дуэли не всегда находилъ откликъ, и къ этому имѣлись свои основанія. Въ

Виновное дѣяніе должно быть причиной вреда, иначе нѣтъ рѣчи объ отвѣтственности. Вопросъ о причинной связи при возмѣщеніи вреда и убытковъ, вызвавшій въ свое время большіе споры, рѣшенъ нынѣшними законодательствами въ томъ смыслѣ, что и онъ надлежитъ всецѣло разрѣшенію суда по конкретнымъ даннымъ. Ни BGB, ни Пр. ОП опредѣленій по данному предмету не даютъ. Не регулируетъ этого предмета и Schw. OR., полагаясь auf das gesunde Rechtsgefühl des Ermessens des Richters [1]). Приходится лишь имѣть въ виду, что дѣяніе, во всякомъ случаѣ, должно быть если не исключительной причиной вреда, то одной изъ существенныхъ причинъ, такъ что безъ этого дѣянія и самый вредъ не имѣлъ бы мѣста, и что непредвидѣнное и необычайное обстоятельство, вступившее звеномъ въ цѣпь вызвавшихъ вредоносный результатъ причинъ, нарушаетъ казуальную связь. Также связь отсутствуетъ, когда констатируется, что вредъ не наступилъ бы, если бы со стороны потерпѣвшаго были проявлены надлежащія качества, требуемыя отъ обыкновеннаго человѣка, члена коллектива, т. е. средняя мѣра опытности, знаній и осторожнаго отношенія къ предметамъ и людямъ. Именно изъ этого принципа исходитъ ученіе объ отсутствіи

самомъ дѣлѣ, пусть дуэль—пережитокъ старины, но въ ней сохранилось нѣчто, импонирующее извѣстнымъ группамъ и классамъ, при томъ не только отсталымъ... Въ дуэли видятъ ultima ratio оскорбленнаго достоинства, не имѣющаго возможности обрѣтенія себѣ сатисфакціи и успокоенія инымъ путемъ, проявленіе такихъ человѣческихъ эмоцій, которыя ставятъ тѣ или иные вопросы чести выше всѣхъ другихъ интересовъ и благъ, выше самой жизни... Во всякомъ случаѣ борьба противъ дуэли должна вестись болѣе какъ противъ общественнаго предразсудка, нежели какъ противъ преступленія, не по линіи осужденія ея, какъ простого посягательства на чужую жизнь и здоровье, а иными способами (общественные суды чести и пр.). Нѣкоторые, осуждая дуэль, находятъ, что оскорбитель обязанъ принять вызовъ, хотя и не вправѣ дѣлать таковой, другіе признаютъ опредѣленные виды дуэли (мензуры) либо допускаютъ ее въ качествѣ исключительнаго средства тогда, когда лицо не въ состояніи довести до суда оскорбленіе, нанесенное его личности и чести (Marion, Paulsen, The Encyklopaedia Britannica). Но какъ бы ни смотрѣть на дуэль, даже если и считать ее преступленіемъ или проступкомъ sui genesis, въ гражданскомъ смыслѣ она всегда дѣяніе безразличное и отнюдь не „посягательство на частные интересы“.

[1]) См. Oser, cit., S. 182.

уголовнаго или гражданскаго обмана тамъ, гдѣ отъ такового обманутый могъ предостеречься при достаточной степени внимательности.— Тутъ же умѣстно привести тотъ случай, когда потерпѣвшій дѣйствовалъ, исключительно довѣрившись совѣту другого лица. По правильному указанію сената въ старомъ и, кажется, забытомъ, прецедентѣ, заставлять нести лицо невыгодныя послѣдствія своего совѣта (совѣтъ былъ продать чужую шубу для удовлетворенія собственнаго долгового требованія) значило бы возложить на него отвѣтственность не за его дѣяніе, а за чужой поступокъ [1]). Вообще, за неправильный совѣтъ давшій таковой къ возмѣщенію вреда не обязывается, развѣ бы при этомъ допущены были имъ какія-либо недобросовѣстныя дѣйствія,—при наличности которыхъ позволительно говорить о причинной связи поведенія совѣтчика съ получившимся ущербомъ.

Всѣ эти обстоятельства, а именно—а) неправомѣрность дѣянія, б) вину нарушителя и в) причинную связь между дѣяніемъ и вредомъ обязанъ по заказу установить на судѣ потерпѣвшій [2]).

Въ частности, доказываніе виновности ложится часто на истца бременемъ несправедливой обязанности. Такъ, если кто разбилъ стекло въ моемъ окнѣ, на мнѣ лежитъ onus probandi, что онъ сдѣлалъ это, какъ говорятъ нѣмцы, mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit. — Такой взглядъ получился въ результатѣ реакціи противъ ученій, по которымъ одинъ фактъ причиненія, даже и безъ виновности, создаетъ обязанность возмѣщенія.

Современное право цивилизованныхъ странъ само вынуждено выдѣлять нѣкоторые случаи, когда отвѣтственность причинившаго вредъ углубляется сравнительно съ обычнымъ уровнемъ и имѣетъ нѣсколько иной, болѣе строгій характеръ. Владѣльцы желѣзныхъ дорогъ отвѣчаютъ особо за вредъ и убытки, причиненные смертью или увѣчьемъ [3]). Именно, когда все это имѣло мѣсто при эксплоатаціи дороги,

---

[1]) Рѣш. гражд. 1868 г. № 55.

[2]) Въ этомъ смыслѣ понимается на практикѣ и наша 684 ст. X т. I ч.

[3]) Что подъ „увѣчьемъ“ слѣдуетъ понимать не только травматическое поврежденіе въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. соединенное съ нарушеніемъ цѣлости человѣческаго тѣла, а всякое разстройство здоровья, включая и нервныя и душевныя болѣзни, это было предметомъ особаго подробнаго разъясненія сената, рѣш. гражд. 1915 г. № 70, но по существу разумѣется само собою.

послѣдняя обязана доказать, что несчастный случай произошелъ отъ непреодолимой силы либо отъ дѣйствія третьихъ лицъ, не принадлежащихъ къ служащимъ дороги, либо по винѣ самого потерпѣвшаго [1]). Здѣсь перенесеніе onus probandi на причинителя объясняется тѣмъ, что по технической сложности эксплоатаціи жел. дороги трудно пострадавшему самому установить причину несчастія, а стало быть и вину нарушителя (какъ будто въ другихъ случаяхъ такое проникновеніе въ сферу дѣятельности причинителя многимъ легче!). Кромѣ того, при несчастьяхъ на желѣзныхъ дорогахъ замѣчается у нашей практики тенденція, хотя и не вылившаяся въ опредѣленную форму, исключать отвѣтственность лишь въ условіяхъ наличности vis major (какъ будто въ другихъ случаяхъ причиненія вреда предпріятіями и учрежденіями, техническими, коммерческими и иными, это было бы менѣе справедливо!). Такая отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ, созданная дѣйствующимъ нашимъ правомъ, распространена и на пароходныя предпріятія [2]).

Прежняя практика то расширяла, то съуживала указанную отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ, играя словомъ „эксплоатація“. Въ одномъ изъ своихъ рѣш. гражд. (такъ называемомъ „Климовскомъ“) [3]) сенатъ преподалъ, что вся суть въ движеніи и въ приготовительныхъ къ движенію операціяхъ, за предѣлами которыхъ начина-

---

[1]) Этотъ перечень обстоятельствъ, устраняющихъ отвѣтственность, исчерпывающій. Въ частности, какъ разъяснено сенатомъ, законъ, возлагая на желѣзную дорогу отвѣтственность за дѣйствіе ея агентовъ, выставляетъ это положеніе въ видѣ общаго и безусловнаго правила (I ст. Общ. уст. жел. дор.) и не дѣлаетъ отсюда никакихъ исключеній ни для такихъ ихъ дѣйствій, которыхъ она предотвратить не могла, ни для такихъ, которыя являются уголовно наказуемыми (преступное причиненіе раны однимъ агентомъ дороги другому при сцѣпкѣ вагоновъ), рѣш. гражд. 1915 г. № 37.

[2]) X т. I ч., ст. 683, т. XII т., ч. 2, Уст. Жел. Дор., ст. 102. Искъ предъявляется въ теченіе короткаго срока—года (именно въ виду строгой отвѣтственности жел. дор.). Начало срока—моментъ, когда потерпѣвшему объявлено объ отказѣ въ претензіи, рѣш. гражд. 1902 г. № 77, 1900 г. № 53, 1897 г. № 53, вознагражденіе—въ видѣ либо единовременныхъ выдачъ, либо періодическихъ уплатъ, по желанію потерпѣвшаго. Отвѣтственность не можетъ быть переложена на третьихъ лицъ, напр., подрядчиковъ, которымъ поручается достройка дороги или балластированіе желѣзнодорожнаго полотна, рѣш. гражд. 1909 г. № 77.

[3]) Рѣш. Гражд. 1907 г. № 20 (см. также 1915 г. № 37).

ется общая, а не исключительная обязанность желѣзныхъ дорогъ по возмѣщенію вреда. Въ другихъ рѣшеніяхъ сенатъ разъяснилъ, что особая отвѣтственность наступаетъ, когда несчастіе произошло благодаря обстоятельству, которое характеризуетъ „особую опасность, свойственную желѣзнодорожному предпріятію и связанную съ эксплоатаціей его“ [1]). Между тѣмъ простой и естественный разумъ закона, казалось бы, тотъ, что жел. дороги (и пароходныя предпріятія) возмѣщаютъ всякій вредъ отъ несчастныхъ случаевъ, которые вытекаютъ изъ спеціальнаго характера ихъ дѣятельности, знаменующейся быстротой, сложностью, особой точностью и пр. Вездѣ, гдѣ такіе признаки налицо и несчастье близко связано съ этими, именно, свойствами дѣятельности, тамъ и предполагается „эксплоатація“, что долженъ каждый разъ устанавливать судъ въ конкретномъ дѣлѣ [2]).

Къ желѣзнымъ дорогамъ приравниваются въ данномъ отношеніи и трамваи.

Аналогичныя нормы извѣстны и Германскому закону. Послѣдній указываетъ, что собственники желѣзнодорожныхъ предпріятій отвѣчаютъ за послѣдствія тѣлесныхъ поврежденій, окончившихся смертью или инымъ образомъ, причиненныхъ при дѣйствіи желѣзной дороги человѣческому существу, коль скоро не докажутъ, что несчастіе произошло по винѣ самого потерпѣвшаго или вслѣдствіе vis major [3]). При несчастномъ случаѣ съ автомобилемъ на пути—отвѣчаетъ владѣлецъ, если не установитъ, что случай произошелъ по винѣ потерпѣвшаго или третьяго лица или же что всѣ мѣры предосторожности были приняты въ отношеніи умѣлости шоффера, годности автомобиля и соотвѣтствія его послѣднимъ требованіямъ техники [4]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 29, см. объ эволюціи сенатской интерпретаціи—Мензенкампфъ, Новѣйшія разъясненія понятія эксплоатація въ ст. 683 X т. I ч, 1914, отдѣльный оттискъ изъ журнала „Вѣстникъ гражданскаго права“.

[2]) Иллюстрація: служащій жел. дороги, спѣша изъ города съ купленной для отправляющагося поѣзда вещью, по дорогѣ упалъ и получилъ ушибы—примѣнена будетъ обычная норма отвѣтственности—684 ст. X т. I ч. рабочій поскользнулся и упалъ, быстро неся нужный предметъ лицу, сцѣпляющему вагоны—искъ можетъ быть основанъ на спеціальной нормѣ 683 ст. X т. I ч.

[3]) Haftpflichtgesetz vom 7 Juni 1871, видоизмѣненный EG, Art. 42.

[4]) См. Zoll, cit., str. 136. Въ Германіи управленія жел.

Что касается отвѣтственности, возлагаемой закономъ на фабрично-заводскія предпріятія за несчастные случаи съ рабочими при производствѣ ими работъ, то она совершенно исключительная и не укладывается въ рамки общаго ученія о возмѣщеніи вреда и убытковъ. Предпріятія эти свободны отъ уплаты, лишь если докажутъ наличность злого умысла или грубой неосторожности (magna culpa dolus est) со стороны самого рабочаго [1]). Такое положеніе вещей приписываютъ обыкновенно дѣйствію принципа „профессіональнаго риска", требующаго переложенія вредныхъ послѣдствій предпріятія на того, кто получаетъ прибыль и выгоду, т. е. въ данномъ случаѣ на предпринимателя. Въ сущности, съ юридической точки зрѣнія понятіе профессіональнаго риска не создаетъ здѣсь ничего принципіально-новаго, констатируя лишь, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ обязанность возмѣщенія вреда идетъ далѣе нормальныхъ предѣловъ, ибо выгоды получаетъ всякій, а вредъ нести никто не хочетъ. На самомъ дѣлѣ отвѣтственность указанныхъ предпріятій покоится на соціальномъ началѣ распредѣленія вреда, перелагая на владѣльца предпріятія послѣдствія вреда, какъ на экономически болѣе сильнаго (мыслимо представить себѣ, что уплату взялъ бы на себя какой либо коллективъ, даже государство) [2]). Именно

дорогъ и владѣльцы автомобилей могутъ оправдываться лишь непреодолимой силой—höhere Gewalt.

[1]) Законъ 2 Іюня 1903 г., т. XII, ч. 2, Уст. Пром., ст. 156[19], прилож. Мировыя соглашенія между потерпѣвшимъ или членами его семьи съ владѣльцами предпріятія допустимы, если одобрены—внѣ суда фабричнымъ инспекторомъ или другимъ соотвѣтствующимъ лицомъ, а на судѣ—самимъ судомъ: рѣш. гражд. 1909 г. № 69. Вознагражденіе опредѣляется въ видѣ пенсіи, размѣръ которой можетъ быть впослѣдствіи измѣненъ, если измѣняется состояніе здоровья рабочаго, но съ соблюденіемъ помянутаго правила объ оффиціальномъ контролѣ надъ соглашеніями пострадавшаго съ предпринимателемъ, рѣш. гражд. 1915 г. № 27. Законъ 2 Іюня 1903 г. дополненъ былъ нѣкоторыми другими законоположеніями объ отвѣтственности казенныхъ предпріятій и пр. (Законъ 28 Іюня 1912 г., создавшій особый порядокъ для предъявленія иска потерпѣвшимъ служащимъ частной жел. дороги за утрату трудоспособности, не имѣетъ примѣненія у насъ за отсутствіемъ у насъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ). Доказывается несчастный случай протоколами, а также свидѣтельскими показаніями, рѣш. гражд. 1909 г. № 95.

[2]) Характерный случай такого распредѣленія вреда изъ другой области заключаетъ въ себѣ польскій законъ отъ 11

благодаря принципу распредѣленія, предприниматель возмѣщаетъ потерпѣвшему не весь вредъ, а лишь двѣ трети суммы такового, остальное идетъ какъ бы на общее страхованіе.

Особая отвѣтственность имѣется, далѣе, когда индивидууму приходится брать на себя результаты дѣяній другого. Отвѣтственность за другихъ (чуждая прежнему римскому праву) имѣетъ мѣсто прежде всего тогда, когда одни лица обязаны наблюдать за другими. Но, строго говоря, это отвѣтственность за неисполненіе обязанности, т. е. какъ будто бы за свои собственныя дѣянія. Такъ, родители и опекуны и вообще лица, долженствующія имѣть надзоръ за недѣеспособными, малолѣтними, безумными, возмѣщаютъ вредъ, причиненный этими недѣеспособными, освобождаясь отъ того, если будетъ доказано, что первые не имѣли возможность ни предвидѣть, ни предупредить данный вредъ. Такимъ образомъ, противъ имѣющихъ надзоръ дѣйствуетъ только одіозная презумпція наличности условій отвѣтственности, опровергнуть которую, при сомнѣніи, составляетъ ихъ обязанность. Такъ смотритъ французское право, такъ, повидимому, обстоитъ вопросъ и на почвѣ дѣйствующаго нашего права [1]).

Что касается выдѣляемыхъ правомъ другихъ категорій отвѣтственности, то въ нихъ рѣчь идетъ большей частью лишь о спеціальныхъ условіяхъ констатированія виновности и причиненія вреда. Такова, между прочимъ, отвѣтственность а) хозяина зданія или иного сооруженія за вредъ отъ неисправнаго содержанія или недостатковъ въ постройкѣ, б) отвѣтственность de effusis et dejectis т. е. при выбрасываніи или выливаніи чего-либо на улицу изъ окна, съ балкона, в) отвѣтственность владѣльца животнаго. Въ первомъ случаѣ вредъ возмѣщаетъ собствен-

---

января 1916 г. и 17 мая 1821 г., по которому при искусаніи бѣшеной собакой человѣка, а также скотины, и отсутствіи имущества у хозяина собаки, гмина уплачиваетъ одну треть убытковъ, а казна двѣ трети. См. у Zoll, cit. str. 140.

[1]) Ст. 686 X т. 1 ч., Code Civil, Код. Нап., ст. 1384, BGB, § 832. По послѣднему кодексу отвѣтственность имѣющаго надзоръ отпадаетъ, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt, oder wenn der Schaden auch bei gehörigen Aufsichtsführung entstanden sein würde. Schw. OR., Art. 333 (Familienhaupt долженъ доказать, что онъ übliche und durch die Umstände gebotene Mass der Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet hat) Если непріемлемой по существу, то консеквентной логически была точка зрѣнія старой юриспруденціи (Виндшейдъ), по которой потерпѣвшій и здѣсь долженъ былъ доказывать вину лицъ, имѣющихъ надзоръ.

никъ, съ правомъ регресса къ строителю, во второмъ—хозяинъ помѣщенія или строенія, съ правомъ доказывать, кто, именно, совершилъ это дѣйствіе, въ третьемъ—лицо, въ чьемъ содержаніи или подъ чьимъ наблюденіемъ животное (дикое или домашнее) находится, съ правомъ устанавливать, что приняты были всѣ мѣры предосторожности [1]).

Отвѣтственность хозяина за дѣянія служащихъ и слугъ также трактуется, какъ специфическая. Она наступаетъ, когда послѣдніе пребывали въ предѣлахъ порученія по отправленію промысла, занятія и если не доказано будетъ, что хозяинъ принялъ всѣ мѣры предосторожности, не допустивъ никакихъ оплошностей при выборѣ служащихъ и слугъ и при надзорѣ за ними. Отвѣтственность такая же, какъ и лица, имѣющаго надзоръ за недѣеспособными, съ тѣмъ, что къ culpa in inspiciendo добавляется въ нашемъ теперешнемъ случаѣ еще cupla in eligendo [2]). И въ этой области отношеній имѣется отвѣтственность

---

[1]) Эти правила знакомы всѣмъ кодексамъ: BGB, §§ 836, ff, 833 f, Code Civil, Код. Нап., стт. 1386, 1385. Loi du 4 avril 1889 объ отвѣтственности за вредъ, причиненный животнымъ, когда оно оставлено было безъ надзора или надзирающій неизвѣстенъ, loi du 19 avril, 1901 о вредѣ, причиненномъ полямъ дичью (Boeuf, Resumé de droit civil, 1925, p. 241), Schw. OR., Art. 58, 56, Пр. ОП., стт. 1204, 1206, 1209, 1211, также X т. 1 ч., ст. 688 (о животныхъ). Правило „de effusis et dejectis" осталось изъ приведенныхъ законодательствъ только въ Пр. ОП. Въ общемъ всѣ эти нормы существенно новыхъ принциповъ не вносятъ и потому въ той или иной формѣ примѣняются у насъ на практикѣ силою общаго толкованія. По отношенію къ вреду, причиненному дикимъ животнымъ, Пр. ОП. силится ввести нововведеніе, постановляя, что этотъ вредъ возмѣщается владѣльцемъ, хотя бы онъ и не былъ виновенъ въ недосмотрѣ за таковымъ животнымъ. Проектъ руководствуется не иными какими-либо соображеніями, какъ только тѣми, что „въ Россіи прирученіе дикихъ животныхъ составляетъ довольно распространенное явленіе". См. ст. 1211 и Записку Мин. Юст по проекту кн. V Гражд. Улож. (обязательственное право) отъ 14 октября 1913 г., стр. 410.

[2]) См. BGB § 831, Пр. Гр. Ул., ст. 2610. Отъ отвѣтственности по Герм. праву шефъ освободится, доказавъ, что при выборѣ служащаго всѣ требуемыя при данныхъ условіяхъ мѣры предосторожности были предприняты. По французскому праву необходимо, чтобы вредъ былъ причиненъ при исполненіи порученія, т. е. все равно, дѣйствовалъ ли служащій согласно порученію или нѣтъ—въ чемъ расширеніе понятія culpa in eligendo. Однако, отвѣтственность хозяина обуслов-

какъ бы за свой грѣхъ и недосмотръ, расплата за свои дѣйствія и упущенія, за нарушеніе своихъ обязанностей.

Изъ изложеннаго слѣдуетъ, что хозяинъ не привлекается за убытки, причиненные преступленіями или проступками служащихъ, вопреки старому правилу: Stielt der Knecht, so zahlt der Bauer. Пресѣкать преступныя дѣянія есть дѣло государства и не должно быть возлагаемо на частныхъ лицъ. Совершеніе преступленія не можетъ быть предметомъ „порученія", а если преступленіе или проступокъ предприняты по повелѣнію или указанію хозяина, то, какъ правильно указано сенатомъ, имѣется участіе въ уголовно наказуемомъ дѣяніи и вытекающая отсюда общая отвѣтственность.

лена не тѣмъ дѣйствіемъ, которое можетъ быть слѣдствіемъ болѣе или менѣе отдаленнымъ выполненія порученія, а тѣмъ, которое совершено при самомъ осуществленіи порученія, Code Civil, Код. Нап., 1384 ч. 3, рѣш. гражд. 1879 г. № 30 (для губерній б. Царства Польскаго). Поэтому отвѣчаетъ хозяинъ за результаты плохой ѣзды кучера, но не отвѣчаетъ, если кучеръ въ свободное отъ своихъ обязанностей время вступилъ въ драку съ другимъ и ранилъ его, Boeuf, Résumé de druit civil, 1925, p. 240. По пути французскаго права идетъ и Schw. OR., возлагая на Geschäftsherr отвѣтственность за вредъ, который seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, Art. 55, Abs. 1. Также и дѣйствующее наше право, ст. 687 X т. I ч., рѣш. гражд. 1879 г. № 252, 1874 г. № 777. Какъ по французско швейцарскому, такъ и по нашему праву для устраненія требованія о вредѣ и убыткахъ слѣдуетъ установить нѣчто большее, чѣмъ это полагается по BGB, а именно, что вредоносный актъ не могъ быть передупрежденъ лицомъ, осуществляющимъ контроль. Въ Англіи по common law отвѣтственность шефа и хозяина за дѣйствія слугъ и служащихъ выводится какъ молчаливая клаузула самого договора, въ силу котораго хозяинъ предполагается принявшимъ на себя рискъ за всѣ приключенія по отправленію службы. Мастеръ освобождается отъ возмѣщенія вреда, если въ состояніи былъ доказать, что не допустилъ небрежности ни при выборѣ работника, ни при доставкѣ ему матеріаловъ для работы, ни при соединеніи самыхъ условій работы. Законодательство послѣдняго времени—the Employers' Liablity Act 1880, the Workmen's Compensation Act. 1906—значительно усилили отвѣтственность предпринимателей за дѣйствія своихъ служащихъ и рабочихъ. Дѣйствующее право Англіи идетъ гораздо далѣе континентальныхъ законовъ въ смыслѣ съуженія круга извиняющихъ хозяина обстоятельствъ.

Само собою разумѣется, что если при совершеніи служащимъ или слугой преступленія или проступка и безъ уголовной вины хозяина будетъ констатирована какая-либо неправильность или небрежность послѣдняго, повлекшая за собой самую возможность даннаго уголовно-наказуемаго дѣянія, то онъ отвѣчаетъ, но уже не за чужое преступленіе, а за свою собственную гражданскую вину [1]).

Возмѣстивъ вредъ, причиненный служащимъ, хозяинъ, съ своей стороны, вправѣ требовать возмѣщенія съ перваго. Этотъ регрессъ основанъ не на фактѣ незаконнаго обогащенія, какъ ошибочно разъяснилъ сенатъ, а именно на обязательствѣ изъ правонарушенія, вызвавшаго въ данномъ случаѣ вредъ для хозяина.

Въ большей мѣрѣ переложеніемъ отвѣтственности является возмѣщеніе юридическимъ лицомъ вреда, причиненнаго дѣйствіями его органовъ. Хотя и здѣсь не исключены элементы cupla за плохой выборъ и плохой надзоръ, но все же обязанность юридическаго лица отвѣчать за свои органы основана не столько на этомъ, сколько на томъ простомъ соображеніи, что оно само дѣйствовать не можетъ, функціонируетъ черезъ свои органы, стало быть освобожденіе юридическаго лица отъ послѣдствій въ данномъ случаѣ было бы совершеннымъ исключеніемъ этихъ лицъ изъ сферы отвѣтственности, съ чѣмъ можетъ мириться уголовное, но не гражд. право. Принципіально, начала, лежащія въ основѣ отвѣтственности юридическихъ лицъ за дѣйствія своихъ органовъ, могли бы быть распространены и на государство. Даже culpa in eligendo et in spiciendo, если ею руководиться въ вопросѣ объ отвѣтственности юридическихъ лицъ, также можетъ падать на государство, иногда даже въ большей мѣрѣ, чѣмъ на частныя учрежденія. Для третьихъ лицъ— пострадавшихъ существенной разницы нѣтъ между неправильными, вредоносными дѣйствіями оффиціальныхъ или приватныхъ лицъ, тѣмъ болѣе, что и государство можетъ дѣйствовать въ качествѣ субъекта частныхъ правъ. Однако, государства въ прежнее время отклоняли отъ себя усердно эту точку зрѣнія по разнымъ соображеніямъ. Въ Англіи, наприм., исходили изъ того, что имущественная расплата должностныхъ лицъ за неправильныя дѣйствія по отношенію къ гражданамъ есть наилучшая школа воспитанія корректнаго и лойяльнаго чиновника. Такимъ образомъ „воспитаніе“ должностного лица шло на счетъ правъ гражданина. Во Франціи находили, что искъ къ должностному лицу въ

---

[1]) X т. 1 ч., ст. 687, Уст. Уг. Судопр., ст. 15, рѣш. гр. 1912 г. № 98, 1906 г. № 31, 1888 г. № 1, 1879 г. 252 и 86, 1874 г. № 777.

судѣ объ убыткахъ за дѣйствія, совершенныя при отправленіи службы, вообще недопустимъ, какъ вмѣшательство суда въ область администраціи, а потому не можетъ быть рѣчи, конечно, объ отвѣтственности и самого государства. Въ этомъ сказалось доведеніе до крайности когда-то столь величавой, а затѣмъ достаточно развѣнчанной въ государственномъ правѣ теоріи раздѣленія властей (Монтескье). Не было, впрочемъ, недостатка и въ указаніяхъ другого рода, а именно, ссылались на угрозу со стороны подобной отвѣтственности государства средствамъ государственной казны [1]). Въ Россіи, вообще, мало заботились о правѣ обывателя обращаться къ государству съ денежными претензіями за поступки должностныхъ лицъ, матеріальная отвѣтственность самихъ должностныхъ лицъ въ значительной мѣрѣ ограждалась стѣсненіями для частныхъ лицъ и формальностями.

Нынѣ къ надлежащему разрѣшенію вопроса подошла вплотную Германія. Въ ней фискъ и всѣ установленія публичнаго права отвѣчаютъ за дѣйствія своихъ служащихъ auf dem Gebiete des Privatrechts, т. е. при управленіи имуществомъ казенныхъ заводовъ, зданіями, дорогами, водами и пр. Ранѣе весь вопросъ предоставлялся въ Германіи регламентаціи партикулярнаго права. Еще до введенія новой Конституціи принципъ отвѣтственности государства за публично-правовые акты должностныхъ лицъ признавался въ отдѣльныхъ государствахъ Германіи. Согласно новой Конституціи, во всей Германіи въ случаѣ нарушенія должностнымъ лицомъ при осуществленіи порученной ему власти своихъ обязанностей въ отношеніи третьяго лица, отвѣтственность падаетъ на государство или корпорацію, въ которой должностное лицо служитъ [2]). Въ Швейцаріи предметъ этотъ—дѣло кантональныхъ законодательствъ.

Только французскій законъ и наше дѣйствующее право пребываютъ еще въ ожиданіи конкретнаго разрѣшенія данной проб-

---

[1]) По закону 20 іюля 1899 г. государство беретъ на себя возмѣщеніе вреда, причиненнаго членами публичнаго просвѣщенія. Это признается лишь модификаціей общаго правила (Code civil, Код. Нап., 1384), о томъ, что каждый отвѣчаетъ лишь за свои дѣйствія и за вредъ, причиненный „лицами, за которыя онъ долженъ отвѣчать".

[2]) BGB, §§ 89, 96, 31, EG, § 77, Die Verfassung des Deutschen Reichs v. II August 1919, Art. 131. Anschütz, Komm. zur Verfass. d. D. R., 1926, S. 346. Въ томъ же смыслѣ отвѣтственности государства разрѣшенъ, въ общемъ, вопросъ и по Čecho-Slov., § 1208(3).

лемы. Въ частности у насъ, издавна лишь за тѣ убытки, которые причинены дѣйствіемъ должностныхъ лицъ въ качествѣ уполномоченныхъ казны по ея имуществамъ и при томъ совершеннымъ съ цѣлью защиты ея интересовъ и въ предѣлахъ предоставленной имъ власти—полномочій—привлекаются къ гражданской отвѣтственности не должностныя лица, а ихъ вѣритель—казна. При убыткахъ отъ дѣяній по управленію практика не признаетъ государство обязаннымъ платить что-либо [1]). Несправедливость этого положенія ярко обнаружилась въ изни. Судебный приставъ растрачиваетъ деньги, внесенныя ему должникомъ по исполнительному листу, полицейскій приставъ присваиваетъ налоги гражданъ—кто за все это отвѣчаетъ? Частныя лица, а не казна—давали отвѣтъ выводы изъ принятой практики. Такъ какъ это создало нетерпимое состояніе, пришлось итти на компромиссы и признать, что въ тѣхъ случаяхъ, когда частное лицо внесло что-либо должностному лицу по предписанію закона или вообще по обязательному требованію, отвѣтственность за цѣлость этихъ взносовъ беретъ на себя государство. Точно также, когда вещь установленнымъ порядкомъ изъемлется изъ частнаго обладанія и поступаетъ въ завѣдываніе органовъ власти, казна, по разъясненію сената, непосредственно отвѣчаетъ за сохранность этой вещи, несмотря на то, что должностное лицо, по винѣ котораго она погибла или повреждена, дѣйствовало, какъ представитель государственной власти, а не имущественныхъ интересовъ казны [2]). Къ этому надо добавить, что наши суды не освобождаютъ также казну отъ обязанности платить убытки, причиненные маневрами и порчей полей со стороны войскъ, военными и мирными реквизиціями и т. п. [3]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 490, 1878 г. № 162, для самоуправленій—рѣш. гражд. 1881 г. № 10. Нѣкоторый диссонансъ —въ рѣш. гражд. 1897 г. № 1 объ отвѣтственности городского общественнаго управленія за cupla in elegendo при направильныхъ дѣйствіяхъ служащихъ учрежденія не хозяйственнаго, а научнаго (городск. бактеріологич. станціи).

[2]) Рѣш. гражд. 1914 г. № 68, 1900 г. № 569, рѣш. О. С. 1892 г. № 52. Это надлежитъ распространить, по дѣйствующему у насъ праву, несомнѣнно, и на случаи поступленія имущества въ казну вслѣдствіе предписанія закона или распоряженія правительственной власти, по волѣ собственника (судебные депозиты). См. Пр. ОП., ст. 1182, абз. 2, Записку Мин. Юст. по проекту кн. V Гражд. Уложенія (обязательственное право) отъ 14 октября 1913 г., стр. 386.

[3]) Не требуется, чтобы неправильность либо неправо-

Размѣръ возмѣщаемаго вреда опредѣляется при правонарушеніяхъ въ общемъ такъ же, какъ и при неисполненіи договоровъ и обязательствъ. Возмѣщаются не только дѣйствительные убытки, но и потерянная прибыль—damnum emergens и lucrum cessans [1]). Опредѣленіе послѣдняго представляетъ нерѣдко большія трудности, такъ какъ приходится устанавливать будущіе факторы, отъ которыхъ зависитъ полученіе предстоящей прибыли. Но lucrum cessans, въ концѣ концовъ,— та же потеря, не отличающаяся по существу отъ другого вида ущерба.

Вредъ можетъ заключаться въ лишеніи возможности зарабатывать и содержать семью (смерть и увѣчье). Въ такомъ случаѣ делинквентъ обязывается доставлять содержаніе потерпѣвшему, resp. его семьѣ, назначаемое въ видѣ повременныхъ платежей, а также въ формѣ единовременной выдачи, когда то предписывается закономъ [2]).

мѣрность дѣйствій причинившаго вредъ оффиціальнаго лица была первоначально установлена судомъ, начальствомъ или другимъ какимъ-либо органомъ. — Особо стоитъ отвѣтственность судей. Послѣдніе возмѣщаютъ вредъ не за неправильныя рѣшенія и приговоры, а лишь за пристрастныя дѣйствія и сознательный актъ неправосудія, Уст. Гражд. Судопр., стт. 1331—1336, Змирловъ, О взысканіи съ судей убытковъ, Журн. Мин. Юст., 1905 г. № 1, стр. 4. Это отвѣтственность всегда личная, по особому характеру и особой самостоятельности судейской дѣятельности. И здѣсь предварительное разрѣшеніе на искъ болѣе не требуется, такъ какъ оно, несомнѣнно, —разновидность публичной гарантіи, нынѣ не могущей сохранить свою силу. Изложенное о взысканіи съ судей за вредъ и убытки распространяется и на должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства, судебныхъ слѣдователей, прокуроровъ и т. д., но съ соотвѣтственными ограниченіями и оговорками.

[1]) Рѣш. гражд. 1884 г. № 2, 1880 г. № 99.

[2]) По западнымъ кодексамъ потерпѣвшій вмѣсто ренты вправѣ требовать выдачи капитала, при наличности уважительныхъ причинъ: BGB § 843, Abs. 3, что весьма цѣлесообразно и заслуживаетъ подражанія. По дѣйствующему нашему праву, при взысканіи съ желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ предпріятій за смерть и увѣчье пострадавшій можетъ домогаться либо повременныхъ платежей либо единовременной суммы, по своему усмотрѣнію. Въ другихъ случаяхъ взысканія за личный ущербъ выдаются лишь повременные платежи: рѣш. гражд. 1914 г. № 14, 1909 г. № 60, 1908 г. № 108, 1901 г. № 61, 1895 г. № 10, 1888 г. № 79. Если одинъ ущербъ подлежитъ возмѣщенію по ст. 683 X т. I ч., а другой на общемъ основаніи, то потерпѣвшій вправѣ требо-

При опредѣленіи степени утраты трудоспособности учитывается возрастъ, полъ, общее состояніе здоровья потерпѣвшаго, а также принимается въ соображеніе его профессія, „ибо только въ этомъ случаѣ возможно дѣйствительное и справедливое вознагражденіе потерпѣвшаго за постигшее его несчастіе“ [1]).

Нѣтъ надобности, чтобы отвѣтственное лицо предвидѣло весь ущербъ, который въ состояніи причинить его неправомѣрное дѣйствіе: достаточно, если онъ сознавалъ самую неправомѣрность, хотя и не подозрѣвалъ о всѣхъ результатахъ. Поджегшій домъ не зналъ, что тамъ находятся люди: однако, за ихъ гибель ему приходится нести гражданскую отвѣтственность.

Въ случаѣ невозможности или крайней затруднительности установить количество вреда, оно опредѣляется по свободному судейскому усмотрѣнію, nach dem freien Ermessen. Сущность послѣдняго заключается въ томъ, что судъ самъ назначаетъ сумму вознагражденія, какую находитъ подходящей компенсаціей при данныхъ условіяхъ, принимая во вниманіе послѣдствія нарушенія, дѣйствительныя и возможныя. Это—основанное на всѣхъ обстоятельствахъ дѣла „справедливое усмотрѣніе“, примѣняемое судомъ при деликтахъ, какъ и при нарушеніяхъ договоровъ и обязательствъ [2]).

вать лишь повременные платежи за оба случая, или же, если онъ желаетъ за первый изъ этихъ случаевъ получить единовременное вознагражденіе, то за второй случай онъ долженъ довольствоваться періодическими выплатами: рѣш. гражд. 1914 г. № 14.

[1]) Рѣш. гражд. 1909 г. № 65.

[2]) По X т. I ч. присуждались потерпѣвшему убытки, точно доказанные, „копѣйка въ копѣйку“, и лишь нѣкоторое усмотрѣніе, въ предѣлахъ, впрочемъ, все того же доказываемаго размѣра вреда, предоставлялось суду въ случаяхъ причиненія смерти, разстройства въ здоровьи, покушеніяхъ на женское цѣломудріе и т. п.; рѣш. гражд. 1875 г. № 1038, 1895 г. № 10. Необходимость цифрового подтвержденія суммы вреда была однимъ изъ самыхъ тяжелыхъ требованій для потерпѣвшаго и хартіей вольностей для нарушителей, торжествовавшихъ не разъ надъ противниками, иски которыхъ отклонялись „по доказанности права на убытки и недоказанности размѣра таковыхъ“. Помочь этому стремились, такъ или иначе, наши процессуальные законы (ст. 896 Уст. Гражд. Судопр.). Въ 1911 г. „справедливое усмотрѣніе“ введено было для присужденія убытковъ изъ нарушенія автор-

Степень виновности причинителя, играющая столь важную роль въ уголовномъ правѣ, не учитывается при опредѣленіи гражданскихъ послѣдствій нарушенія. Только одно Schw. OR. предписываетъ судьѣ принимать въ соображеніе sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens [1]). Другія законодательства это отвергаютъ: ни мораль, ни истинное право не даютъ основанія понижать или повышать сумму дѣйствительно причиненнаго убытка въ зависимости отъ меньшей или большей злостности нарушенія [2]).

скаго права, а въ 1912 г. въ видѣ общаго правила—статьей 706[1] Уст. Гражд. Судопр., заимствованной изъ Пр. Гр. Ул, Пр. ОП., ст. 1185,и имѣющей, по существу, несомнѣнно, матеріально правовое значеніе. Однако, послѣдній шагъ далеко еще не сдѣланъ, и ст. 706[1] трактуетъ о такихъ лишь убыткахъ, „размѣръ которыхъ по свойству требованія не можетъ быть подчиненъ общему правилу о подтвержденіи иска доказательствами". По Schw. OR., Art. 42, Abs. 2, nach Ermessen des Richters удовлетворяется вредъ, не могущій быть установленъ цифрами („der nicht ziffermässig nachweisbare Schaden"). Принципъ, фактически проникшій въ практику Швейцарскихъ судовъ еще ранѣе, до изданія закона объ обязательствахъ, Oser, Das Obligationrecht, 1915, S. 186. Справедливое, или свободное усмотрѣніе суда при опредѣленіи размѣра вознагражденія потерпѣвшему допускается и по законамъ германскимъ, французскимъ, англійскимъ и пр. См. Пр. Гр. Ул., Объясненія, кн. V, т. 5, 1899, стр. 524. (Противъ такового высказался въ Россіи І. Покровскій съ точки зрѣнія чрезмѣрности предоставляемой суду власти и „опеки", хотя тотъ же авторъ косвенно поддерживаетъ эту идею въ сосѣдней области отношеній, именно, при возмѣщеніи нравственнаго вреда. См. его „Обязательства изъ деликтивъ въ Проектѣ Гражд. Уложенія, 1901 г. стр. 17, и Бѣляцкинъ, Возмѣщеніе

[1]) Art. 43, Abs. 1.

[2]) X т. I ч., ст. 645 возлагаетъ на причинившаго вредъ намѣреннымъ преступленіемъ или такимъ же проступкамъ вознаградить и за болѣе отдаленные убытки, которые делинквентомъ „дѣйствительно съ симъ намѣреніемъ причинены". Кромѣ того X т. I ч. различно распредѣляетъ возмѣщеніе вреда между главными виновниками съ одной стороны, укрывателями и недоносителями съ другой, возлагая на вторую категорію виновниковъ лишь субсидіарную отвѣтственность, на случай невозможности взысканія съ первыхъ, стт. 651 и 652. Эти нормы. касаются только криминальныхъ дѣлъ, но даже и этомъ качествѣ являются отсталыми: ихъ не воспроизводитъ Пр. Гр. Ул. (Пр. ОП.).

Напротивъ, совиновность потерпѣвшаго, не освобождая нарушителя отъ возмѣщенія вреда, играетъ роль фактора распредѣленія убытковъ. Вина потерпѣвшаго можетъ заключаться въ томъ, что онъ самъ вызвалъ вредоносный результатъ, не обратилъ вниманія причинителя на угрожающія послѣдствія, имѣя возможность это сдѣлать, не принялъ мѣръ къ прекращенію или уменьшенію вреда или даже усугубилъ этотъ вредъ (прикрылъ рану грязной тряпкой). Типичные казусы со взаимной виной: автомобилистъ, не умѣя править и будучи къ тому же „навеселѣ", застрялъ на переѣздѣ желѣзной дороги и былъ раздавленъ проходившимъ поѣздомъ, при чемъ установлено, что шлагбаумъ по небрежности служащихъ жел. дороги былъ открытъ [1]); катающійся на лодкѣ попалъ подъ пароходъ, потерпѣлъ аварію, но вмѣсто того, чтобы ѣхать на берегъ, поѣхалъ внизъ по рѣкѣ, и лодка утонула. Вина потерпѣвшаго можетъ на извѣстной ступени достигнуть значенія важнѣйшей и наиболѣе существенной причины вреда, и тогда отвѣтственность нарушителя оказывается минимальной, а то и совершенно отпадаетъ [2]).

моральнаго (не-имущественнаго) вреда, 1913, стр. 34 и 35.— Нельзя отрицать, что судейское „справедливое усмотрѣніе", о которомъ здѣсь трактуется, при извращеніи перспективы, способно вести, а на практикѣ и приводило, къ неправильному распредѣленію ущерба, даже къ обогащенію потерпѣвшаго насчетъ делинквента, къ созданію bénéfice illégal pour le créancier („возъ опрокинулъ—два набралъ"). Оно таитъ въ себѣ также нѣкоторое зерно опасности въ томъ смыслѣ, что для слабо реагирующаго на свой судейскій долгъ судьи создается искушеніе инертнаго отношенія въ дѣлѣ точнаго выясненія и разслѣдованія дѣйствительнаго количества ущерба. Не потому ли наши судьи столь неохотно прибѣгаютъ къ этому, даваемому имъ закономъ въ руки все же сильное даже у насъ орудіе? Тѣмъ не менѣе несомнѣнно, что freies Ermessen судьи при компенсаціи потерпѣвшему убытковъ—это твореніе новой юриспруденціи—будетъ играть въ частно-правовой сферѣ все болѣе и болѣе значительную роль и что расширеніе его предѣловъ - очередной вопросъ реформы и у насъ.

[1]) О злоупотребленіи шлагбаумомъ—см. рѣш. Угол. 1869 г. № 969.

[2]) Ср. рѣш. гражд. 1915 г. № 71 BGB, § 254, Schw. OR. Art. 44, Abs. 1, Пр. ОП. Такой же результатъ получается, между прочимъ, и по англійскому праву, также допускающему доказывать, что вина отвѣтчика не была рѣшительной или преимущественной (decisive or preponderant) при созданіи

Матеріальное положеніе сторонъ на размѣръ возмѣщенія не вліяетъ. „Платитъ виноватый, а не богатый". Въ этомъ отношеніи допущено отступленіе Schw. OR., которое даетъ право суду въ извѣстныхъ случаяхъ, когда причинившему вредъ грозитъ опасность впасть въ нужду отъ налагаемой на него уплаты убытковъ, соотвѣтственно сократить количество послѣднихъ. Этотъ шагъ вызванъ былъ, по преимуществу, желаніемъ оградить предпринимателей отъ разорительныхъ уплатъ въ пользу потерпѣвшихъ несчастные случаи рабочихъ. Другіе кодексы и наше дѣйствующее право этой льготы отвѣтчику не даютъ. Попеченіе о нуждахъ должника, какъ бы оно ни было почетно, само по себѣ, принадлежитъ, однако, къ области заботъ экономическихъ и не должно отражаться на юридическомъ опредѣленіи отношеній сторонъ [1]).

Долженъ ли подлежать возмѣщенію только ущербъ имущественный или же принимается во вниманіе и нематеріальный вредъ—этотъ вопросъ волновалъ и отчасти до сихъ поръ волнуетъ юридическую мысль, хотя несомнѣнно, что communis doctorum opinio нынѣ благо-

---

вреда, съ тою лишь разницей, что фактъ установленія этихъ послѣднихъ обстоятельствъ въ Англіи ведетъ къ полному отклоненію иска, межъ тѣмъ какъ по германскому праву предоставляется судебному усмотрѣнію, устранять ли въ этомъ случаѣ искъ цѣликомъ или только уменьшить сумму компенсаціи, BGB, § 254, Abs. 2, Schuster, The principles of German law, 1907, p. 154.—О вліяніи частичной вины потерпѣвшаго на размѣръ вознагражденія нашей практикой высказывалось много апріорныхъ положеній, см., между прочимъ, рѣш. гражд. 1876 г. № 575, но прочнаго критерія не дано. Создалось у насъ спеціальное понятіе „смѣшанной вины" (съ ироніей названной „смѣшной виной"), скорѣе запутавшее клубокъ, чѣмъ развязавшее его. Несомнѣнно, что и у насъ въ этомъ вопросѣ все зависитъ отъ конкретныхъ условій дѣла и судейскаго усмотрѣнія.

[1]) Имущественное положеніе сторонъ дѣйствующее наше право даетъ возможность учитывать только при искахъ о назначеніи вознагражденія за нарушеніе особыхъ личныхъ правъ, какъ лишеніе жизни, похищеніе женщины, изнасилованіе и т. д., когда вознагражденіе напоминаетъ отчасти алиментную обязанность, при которой естественно считаться съ нуждой потерпѣвшаго и состояніемъ дающаго. См. стт. 657, 661, 664, 666, X т. 1 ч. Но даже и здѣсь какія бы то ни были льготы деликвенту часто сомнительны (развѣ бы рѣчь шла о дѣйствительныхъ алиментахъ).

пріятствуетъ положительному рѣшенію его. Есть случаи, когда требованіе вознагражденія за моральный ущербъ способно возмутить человѣческое чувство, но въ немаломъ количествѣ другихъ случаевъ такое требованіе отвѣчаетъ и морали, и справедливости, и праву. Моральный вредъ есть страданіе либо чисто физическое либо чисто нравственное, безъ имущественныхъ оттѣнковъ. Онъ бываетъ тогда, когда, напр., у даннаго лица отнята рука и такое бѣдствіе не отразилось на его заработкахъ и матеріальныхъ средствахъ, у матери проходящій поѣздъ задавилъ ребенка, кого-либо оклеветали, совершена гнусность надъ женской честью, повреждена вещь, имѣющая для потерпѣвшаго цѣнность особаго пристрастія—Affectionssache. Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ „лицо, оскорбленное въ своихъ чувствахъ, въ своей репутаціи, имѣетъ право добиваться приватной компенсаціи за свои страданія: таковую ему даютъ въ деньгахъ, за отсутствіемъ лучшей мѣры“ [1]). Возмѣщеніе моральнаго вреда, умѣстное при нарушеніи договоровъ, еще болѣе умѣстно при недозволенныхъ дѣйствіяхъ. Весьма широко и гуманно относится къ этому Англія. По разъясненію англійскихъ судей, во всѣхъ нарушеніяхъ можно возложить на делинквента, кромѣ уплаты убытковъ, еще и нѣчто дополнительное: это и есть вознагражденіе за вредъ моральный, moral damages. За всякій вредъ, все равно матеріальный или нематеріальный, если только онъ серьезный, полагается возмѣщеніе [2]). Не менѣе щедро возмѣщается моральный вредъ и во Франціи—préjudice moral—, при чемъ суды основываются не на какомъ-либо спеціальномъ велѣніи закона, а на отсутствіи запрета, имѣя въ виду, что законъ, вообще, говоритъ о возмѣщеніи вреда и не ограничиваетъ послѣдняго только имущественнымъ ущербомъ. Въ Германіи за причиненный моральный вредъ притязаніе дается лишь „im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung“. Первый случай—это старое германское Schmerzensgeld. Такое притязаніе принадлежитъ и женщинѣ, противъ чести и цѣломудрія которой совершено преступленіе или проступокъ противонравственнаго либо обманнаго свойства. Швейцарія послѣдовала во многомъ за Англіей и Франціей. По Schw. OR, при убійствѣ человѣка или изувѣченьи пострадавшему, либо чле-

---

[1]) Sourdat, Traité général de la responsibilite ou de l'action en dommage—interêts en dehors des contrats, t. 1, 1902, p. 29, Бѣляцкинъ, Возмѣщеніе моральнаго (не-имущественнаго) вреда, 1913, стр. 8.

[2]) Eduard Jenk, A digest of English civil law, book 11, part III, 1908, p. 315, 316, 326, f., 369 f.

намъ его семьи можетъ быть присуждена eine angemessene Geldsumme als Genugtuung за чисто идеальный вредъ. Такое же право имѣетъ лицо, потерпѣвшее тяжелый уронъ въ сферѣ своихъ личныхъ отношеній [1]). Дѣйствующее наше право не упоминаетъ о моральномъ вредѣ, за исключеніемъ случая вознагражденія за безчестье [2]), не имѣющаго нынѣ реальнаго значенія и не заслуживающаго какого-либо серьезнаго вниманія. Изъ молчанія закона можно было-бы и у насъ, по примѣру Франціи, сдѣлать положительный выводъ въ пользу того или иного удовлетворенія потерпѣвшаго за уронъ въ личной сферѣ, за Seeleschaden, но практика рѣшительно этому воспротивилась, сообщивъ слову „вредъ“ узкій характеръ имущественнаго ущерба. Этого взгляда держался и сенатъ, считая его само собою очевиднымъ и не сознавая, какой дефектъ правосудія и справедливости это знаменовало. Въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, впрочемъ, сенатъ вскользь упоминалъ и о нравственномъ вредѣ, но не рѣшался на принципіальную дискуссію по этому предмету и не допускалъ возмѣщенія подобнаго вреда въ видѣ какого бы то ни было общаго правила.

Правильная постановка возмѣщенія вреда и убытковъ создаетъ фронтонъ для всего зданія частнаго права, покоющагося въ значительной мѣрѣ именно на удовлетвореніяхъ и репараціяхъ. Къ исканію убытковъ отсылаютъ суды тяжущихся при всякой невозможности инымъ образомъ отстоять нарушенное право. Сколь часто эта отсылка оказывается у насъ пустымъ звукомъ потому ли, что немыслимо установить не только точный, но и приблизительный размѣръ ущерба, либо потому, что матеріальныхъ убытковъ вовсе нѣтъ, а есть вредъ не-вещественный. Между тѣмъ всякое нарушеніе права, въ чемъ бы оно ни заключалось, непремѣнно должно было бы влечь судебную реакцію. Жильца, у котораго сосѣди умышленно оторвали его дверную вывѣску изъ мести и злобы, нельзя заставить доказывать, сколько онъ имѣлъ вреда, какъ коммерсантъ, врачъ или адвокатъ. Нарушитель долженъ заплатить за ущербъ, пусть послѣдній называется не-матеріальнымъ. Но жизнь даетъ, конечно, гораздо болѣе яркіе и значительные казусы, когда остріе правосудія должно быть направлено противъ нарушителя, а между тѣмъ судъ не даетъ способовъ защиты, чуть ли не демонстрируя свое безсиліе въ борьбѣ съ неправдой и нарушеніями. Уголовная кара часто недостаточна въ этой борьбѣ, да и не каждый желаетъ къ ней прибѣгать.

---

[1]) BGB § 847, Code Civil, Код. Нап. 1382, Schw., OR., Art. 47, 49. Пр. ОП., ст. 1201, стоитъ на точкѣ зрѣнія BGB.

[2]) Ст. 657 X т. 1 ч.

Свободное и нестѣсненное ничѣмъ усмотрѣніе суда при опредѣленіи количества убытковъ, когда сумму ихъ нельзя установить другимъ путемъ въ конкретномъ дѣлѣ и право суда вознаграждать потерпѣвшаго на счетъ нарушителя за нравственный, не-матеріальный вредъ, когда по обстоятельствамъ дѣла и конкретной справедливости судъ признаетъ это нужнымъ—все это вѣнчаетъ институтъ возмѣщенія вреда и убытковъ отъ недозволенныхъ дѣйствій (и нарушеній договоровъ). Но о такомъ „вѣнцѣ" приходится говорить у насъ, повидимому, болѣе съ точки зрѣнія реформы, чѣмъ дѣйствующаго права. Мало того, гражданскому суду слѣдуетъ предоставить de lege ferenda избирать и иныя формы возмѣщенія и возстановленія: публичныя опроверженія, извиненія со стороны делинквента и прочіе способы законной сатисфакціи. Новѣйшіе кодексы, Швейцарскій и даже Японскій, сдѣлали уже въ этомъ отношеніи первые шаги. Должно быть отведено суду поле свободнаго усмотрѣнія, между прочимъ, также относительно приведенія поврежденнаго и измѣненнаго деликвентомъ чужого предмета въ status quo ante, возвращенія въ случаѣ надобности вещей того же рода, качества и количества и пр. Играетъ существенную роль и надлежащая организація предупредительной защиты частныхъ правъ въ гражданскомъ процессѣ [1]).

Требованія изъ незаконнаго обогащенія. Одно изъ могущественныхъ пріобрѣтеній юридической мысли—это идея недопустимости незаконнаго обогащенія, подъ которымъ разумѣютъ полученіе однимъ лицомъ отъ другого предметовъ и цѣнностей безъ повода, признаваемаго объективнымъ правомъ достаточнымъ для такого пріобрѣтенія. При незаконномъ обогащеніи есть внѣшняя видимость перехода,

---

[1]) Въ этомъ отношеніи много сдѣлано въ Англіи. Всяческое содѣйствіе пострадавшему, въ чемъ онъ потерпѣлъ, приведеніе всего испорченнаго, разрушеннаго (waste and destruction) въ прежній видъ, пріостановленіе угрожающихъ вредоносныхъ дѣйствій и пр. и пр.—все это осуществляется въ Англіи путемъ особаго судебнаго указа, injunction въ образѣ interdictum, разсчитаннаго на быстрое возстановленіе нарушеннаго права и предупрежденіе будущихъ нарушеній. Широко замышляли дѣло защиты терпящаго вредъ и убытки и составители Герм. Гражд. Улож., принявшіе за правило, что „лицо, обязанное къ компенсаціи, должно возстановить то положеніе вещей, которое существовало бы, если бы дѣяніе, производящее отвѣтственность, не произошло". Это же подтверждено въ одномъ изъ самыхъ послѣднихъ рѣше-

нѣтъ самого юридическаго перехода. Между тѣмъ гражданскій оборотъ разсчитанъ на выдачи и пріобрѣтенія по дѣйствительнымъ основаніямъ: цѣпь этихъ основаній составляетъ нервъ экономической жизни. Въ качествѣ основанія доставленія могутъ фигурировать эквивалентъ или желаніе одарить. Такимъ же достаточнымъ основаніемъ является исполненіе нравственнаго долга, общественной обязанности либо требованіе приличія, а также желаніе достигнуть политическихъ и иныхъ коллективныхъ цѣлей и пр.[1]). Тамъ, гдѣ ничего этого нѣтъ и доставленіе покоится на недоразумѣніи, симуляціи и т. п., создается обязанность вернуть доставленное, возстановить прежнее положеніе. Изреченіе „даютъ бери, бьютъ бѣги“ имѣетъ относительное значеніе въ правѣ, ибо нерѣдко получившему приходится вернуть взятое, а то еще оказаться и „побитымъ“ законами—потерпѣвшимъ невыгодныя послѣдствія. Римское право руководилось принципомъ: juris naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria locupletiorem. Оно создало особыя condictio для истребованія всего даннаго безъ законнаго основанія: condictio ob turpem causam—искъ о возвратѣ доставленнаго для со-

---

ній Reichsgerichta („es ist die wirtschaftliche Lage der Klägerin wie sie sich ohne der erwähnten Vermögensaufwand gestaltet hätte, zu vergleichen mit ihrer wirtschaftlichen Lage, wie sie sich infolge der gemachten Aufwendungen gestaltet hat“). См. Oertmann, Die Rechtssprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ, 1928, H. 7, S. 494. Компенсація и реституція въ Германіи должны быть прежде всего въ натурѣ и лишь при недостижимости этого можно говорить о другихъ мѣрахъ (денежное вознагражденіе). Это касается, правда, въ первую голову неисполненія обязательствъ, но имѣетъ серьезное значеніе и въ правонарушеніяхъ. Все это дополняютъ въ Германіи такъ называемыя Unterlassungsklagen, предоставляющія суду право воспрещать нарушенія и налагать штрафъ или арестъ за каждое будущее нарушеніе, а также т. наз. einstweilige Verfügungen, путемъ которыхъ судъ останавливаетъ всякое происходящее и длящееся нарушеніе. (См. объ этомъ въ отдѣлѣ „Охрана правъ“). На почвѣ нашего дѣйствующаго права обнаруживается бѣдность матеріальныхъ нормъ, позволяющихъ непосредственное воздѣйствіе на нарушителя, процессуальное же право, хотя и болѣе поздняго происхожденія, также сковано опредѣленными формами возстановленій и обезпеченій, дающихъ суду въ руку весьма мало надежныхъ средствъ борьбы съ деликтами и деликвентами.

[1]) Ср. BGB § 814, Пр. ОП., ст. 1167 (упоминаніе о „нравственномъ долгѣ и приличіи“), Schw. OR., Art. 63, Abs. 2 (только объ „Erfüllung einer sittlichen Pflicht“).

вершенія незаконныхъ дѣйствій, с. indebiti—искъ изъ недолжно полученнаго, незаконнаго обогащенія въ настоящемъ смыслѣ. Эти condictiones сохраняютъ свое значеніе до нынѣшняго времени. Постулатъ возврата незаконнаго обогащенія провозглашается, какъ твердое юридическое и этическое начало, современными кодексами, причемъ суду предоставляется рѣшать о самыхъ условіяхъ и способахъ возврата [1]).

Для правильнаго разрѣшенія конкретныхъ случаевъ въ области споровъ о возвратѣ незаконнаго обогащенія необходимо имѣть въ виду punctum saliens—неимѣніе получившимъ правильнаго юридическаго основанія къ удержанію объекта въ свою пользу и личную выгоду. Уплочены деньги кому-либо въ предположеніи, оказавшемся невѣрнымъ, что ему причитается, отдана вещь по условному договору въ убѣжденіи, что условіе наступило, а оно на самомъ дѣлѣ не осуществилось, оказаны нужныя услуги и работы безъ договора и требуется уплата, посланы деньги съ заказомъ, который однако не принимается, уплочены лѣчебницѣ впередъ деньги за больного, который выздоровѣлъ.

Тамъ, гдѣ доставленіе произошло въ силу закона или какого-либо обѣщанія, нельзя трактовать о незаконномѣрномъ обогащеніи въ настоящемъ смыслѣ, сколько бы ни обогатился фактически контрагентъ. Нѣтъ признаковъ требованія изъ незаконнаго обогащенія при всевозможныхъ искахъ, основанныхъ на регрессѣ, ибо здѣсь дѣло касается не возврата полученнаго, а возмѣщенія уплоченнаго въ силу особыхъ отношеній, существующихъ между контрагентами (регрессъ одного изъ солидарныхъ должниковъ, уплатившаго долгъ, къ другимъ, поручителя къ сопоручителямъ и пр.) [2]).

---

[1]) Schw. OR. Art. 62, Abs. I, Св. Приб., ст. 3743. Не лишенъ глубины въ этомъ смыслѣ принципъ 574 ст. X т. I ч. Пр Гр. Ул. первоначально предполагалъ декларировать: „Никто не имѣетъ права обогащаться на чужой счетъ безъ законнаго основанія“, но впослѣдствій отъ этого отказался. Проектъ ОП. развилъ это положеніе въ рядѣ отдѣльныхъ статей. Такъ же и BGB. Сенатъ неизмѣнно твердилъ о воспрещеніи на счетъ другого—„неправомѣрнаго обогащенія“, рѣш. гражд. 1910 г. № 18, 1909 г. № 62, 1907 г. № 81, 1878 г. № 85, „обогащенія безъ законнаго основанія“, рѣш. гражд. 1909 г. № 85. Воспрещеніе это, по указанію сената, „вытекаетъ изъ закона, основаннаго на общихъ началахъ справедливости“, рѣш. гражд. 1891 г. № 81. Изъ этихъ абстрактныхъ положеній сдѣланы сенатомъ многочисленные конкретные выводы въ различныхъ рѣшеніяхъ.

[2]) Ср. Гольмстенъ, Опытъ построенія общаго ученія о правѣ регресса, Журн. Мин. Юст. 1911 г. № 9, стр. 30.

Не только позитивныя, но и негативныя требованія изъ обязательствъ не подходятъ подъ притязанія изъ незаконнаго обогащенія. Поэтому, если выдана была сумма денегъ по договору, который оказался затѣмъ неисполненнымъ, возвратъ уплоченнаго происходитъ по нормамъ договорнаго права, а не по началамъ незаконнаго обогащенія.

Когда договоръ оказался недѣйствительнымъ, исполненіе невозможнымъ и для сторонъ наступаетъ реституція, то обратное требованіе даннаго можно ли основать на незаконномъ обогащеніи? Вопреки ученію юристовъ и постановленіямъ нѣкоторыхъ кодексовъ, казалось бы правильнымъ дать и на этотъ вопросъ отвѣтъ отрицательный. Естественное условіе о томъ, что всякое производимое контрагентомъ доставленіе совершается въ предвидѣніи реализаціи договора и, стало быть, должно отпасть при неосуществимости такового, предполагается молчаливо въ каждомъ договорномъ соглашеніи (conditio tacita), такъ что при реституціи стороны продолжаютъ оставаться въ области притязаній изъ волеизъявленія (аналогія съ conditio resoliutiva). Даже требованіе возврата приданаго по причинѣ отмѣны предстоящаго брака, есть искъ изъ незаконнаго обогащенія, какъ таящее, въ своей сущности, мысль о нарушенномъ, неисполненномъ обѣщаніи. Поэтому не совсѣмъ точнымъ представляется германскій законъ, который незаконное обогащеніе признаетъ и тогда, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt [1]). Ближе къ истинѣ, хотя также еще далекъ отъ полной ясности швейцарскій законъ, ставящій въ данномъ отношеніи рядомъ съ „отсутствіемъ дѣйствительнаго основанія“ неосуществленное или впослѣдствіи отпавшее основаніе“ [2]). Въ самомъ дѣлѣ, имѣется ли незаконное обогащеніе въ юридическомъ смыслѣ, если стороны условились совершить продажу, и покупщикъ внесъ деньги, а затѣмъ продажа не состоялась, продавецъ же деньги удерживаетъ? Едва ли. Между тѣмъ здѣсь можно говорить о „послѣдующемъ отпаденіи юридическаго основанія“. Но незаконное обогащеніе налицо, когда покупщикъ послалъ деньги, затѣмъ и заказъ, все это безъ всякаго уговора съ продавцомъ, который потомъ заказа не принялъ,—ибо здѣсь основаніе можетъ считаться неосуществленнымъ съ самаго начала или, если угодно, „впослѣдствіи отпавшимъ“, съ субъективной точки зрѣнія мнимаго покупщика.

---

[1]) BGB, § 812, Abs. I.

[2]) Schw. OR, Art. 62, Abs. 2.

Въ частности, когда что-либо дано для достиженія незаконныхъ или безнравственныхъ результатовъ, возвратъ можетъ быть потребованъ по тѣмъ же принципамъ реституціи. И въ этомъ случаѣ имѣется не выведеніе консеквенціи изъ недѣйствительности договора („контракта нѣтъ—бумажка"!), а именно обратное дѣйствіе негативной стороны волеизъявленія, которое лишено тутъ силы производить положительные результаты, но принимается къ учету цѣликомъ при возстановленіи прежняго положенія [1]).

Сказанное не означаетъ однако, что требованіе изъ незаконнаго обогащенія исключается совершенно въ тѣхъ казусахъ, когда правоотношеніе регулируется обязательствомъ: послѣднее нерѣдко допускаетъ ненормированные промежутки, могущіе стать объектомъ правилъ о незаконномъ обогащеніи и вообще оставлять поле для примѣненія этого института. Таковы случаи произведенной по договору недолжной или преждевременной уплаты, случайной замѣны одного исполненія другимъ. Если по окончаніи арендnаго договора выяснилось, что арендаторъ внесъ болѣе, чѣмъ слѣдовало, требованіе остатка подчиняется нормамъ о незаконномъ обогащеніи. Но въ случаѣ, если наемщикъ продолжаетъ пользоваться предметомъ найма по истеченіи срока, отношенія сторонъ нормируются согласно правиламъ о нарушеніи договора (несдача имущества) либо, при иныхъ условіяхъ, по презумпціи молчаливаго продолженія договорныхъ отношеній.

Характеристическая черта института возврата незаконнаго обогащенія—предположеніе добросовѣстности сторонъ, чѣмъ онъ отличается

---

[1]) Римское право въ этихъ случаяхъ никакого иска не давало—in pari turpitudine melior est causa possidentis. За римскимъ правомъ слѣдуетъ Schw. OR. „Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen gegeben werden ist, kann nicht zurückgefordert werden, Art. 66. Оправданіе такой точкѣ зрѣнія видятъ въ томъ, что законъ не даетъ защиты постыднымъ договорамъ, не желаетъ, по выраженію Kohler, trübes Wasser in Sonnenbeleuchtung stellen" (Oser). Съ принципіальной стороны, контрагентъ, знавшій о незаконности или безнравственности договора (такъ же, какъ и дѣйствовавшій обманомъ или принужденіемъ, преступно либо въ прямой вредъ государству и обществу) долженъ иногда лишиться всего, имъ поставленнаго или уплаченнаго, но не въ пользу другого контрагента, для котораго это было бы незаслуженнымъ обогащеніемъ, а въ пользу соціальныхъ нуждъ общества, въ качествѣ удовлетворенія послѣдняго за проявленную его сочленомъ неправду.

отъ деликта, сущность котораго въ неправомѣрности. Но эта добросовѣстность не имѣетъ одинаковаго значенія во всѣхъ случаяхъ. Потерпѣвшій при незаконномъ обогащеніи обыкновенно не знаетъ о юридической дефектности своего доставленія, однако это только въ видѣ общаго правила, in concreto такая дефектность можетъ быть ему извѣстна (передача въ шутку, „для виду"). Но если получающій знаетъ объ отсутствіи законнаго основанія и умалчиваетъ при приняти предмета, пользуясь заблужденіемъ отдающаго, то со стороны перваго имѣется деликтъ, обязывающій къ возмѣщенію вреда и убытковъ.

Объектомъ незаконнаго обогащенія могутъ быть не только вещи и вещныя права, но и услуги, а также признаніе или уплата несуществующаго долга, установленіе и прекращеніе обязательства [1]). Сюда не примыкаютъ случаи, когда отсутствіе законнаго основанія относится не къ осуществленію обязательства, а къ его исполнимости, напр., уплата долга, погашеннаго давностью, доставленіе по обязательству, не могущему быть реализованнымъ путемъ иска, по несоблюденію формальностей или по инымъ причинамъ (объ исполненіи по велѣнію общественнаго и моральнаго долга уже было сказано).

Обязанность возврата незаконнаго обогащенія заключается въ передачѣ всего того, что имѣется налицо, какъ таковое, въ моментъ требованія, со всѣми существующими плодами. Но такъ какъ обогатившійся отдаетъ полученное, а не только то, что осталось, то всѣ разсчеты пріурочиваются къ моменту, когда возникло обогащеніе. Онъ высчитываетъ въ свою пользу произведенные на возвращаемый предметъ необходимые и полезные расходы. За другія затраты обогатившійся вознагражденія не получаетъ, но въ томъ случаѣ, когда принимающій не желаетъ ихъ возмѣстить, первый вправѣ забрать все, что можно изъ предметовъ этихъ затратъ, по тѣмъ же правиламъ возврата незаконнаго обогащенія, vice versa. Замѣнимыя вещи возвращаются въ натурѣ, сколько осталось, если можно установить тождество оставшагося и полученнаго, либо уплачивается эквивалентъ полностью въ противномъ случаѣ. Должны быть возстановлены отмѣненныя обязательства и отмѣнены установленныя обязательства и т. д. — все это въ размѣрѣ дѣйствительнаго обогащенія, in quantum locupletior factus est. За все отчужденное выдается полученный эквивалентъ, но погибшее не возвращается, хотя бы гибель произошла по винѣ получателя [2]). Что касается дара, то, очевидно, только судъ въ состо-

[1]) Рѣш. гражд. 1883 г. № 32.

[2]) Послѣднее объясняется тѣмъ соображеніемъ, что

яніи рѣшить, насколько имѣется подлежащее возврату обогащеніе, ибо не всякій даръ есть совершенно безвозмездный и безвалютный актъ (даръ сожительницѣ, приданое дочери). Также судъ опредѣляетъ размѣръ обогащенія и при иномъ использованіи предмета, что бываетъ порою довольно затруднительно (ср., напр. щекотливый казусъ потребленія съѣстныхъ припасовъ, посланныхъ изъ магазина данному лицу и доставленныхъ по ошибкѣ другому лицу), и во всѣхъ другихъ случаяхъ [1]).

Правила о возвратѣ незаконнаго обогащенія примѣняются также и тогда, когда таковое получилось благодаря силамъ природы, а также вслѣдствіе дѣйствій третьяго лица [2]). Застраховавшій чужую вещь, въ ошибочномъ допущеніи, что онъ наемщикъ, можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, требовать отъ хозяина возврата понесенныхъ расходовъ, какъ незаконнаго обогащенія (versio in rem). Подобнымъ же образомъ посторонній человѣкъ, предоставившій деньги или иныя средства на содержаніе чужой семьи—супруги и дѣтей—вправѣ взыскивать все данное съ супруга. Для подкрѣпленія правъ такого вступщика въ семейныя дѣла, тщетно искать прямой нормы въ законѣ, но ее можно вывести косвенно изъ ряда рѣшеній сената о возвратѣ, какъ обогащенія, всякаго сдѣланнаго кѣмъ-либо расхода, сопряженнаго съ исполненіемъ другимъ лицомъ своей обязанности. Опираясь на эту

по отношенію къ полученному у обогатившагося не было никакихъ особыхъ обязательствъ. Contra Code civil, Код. Нап., 1379. Вообще, обогатившійся „обязанъ вернуть всю прямую и косвенную выгоду, доставшуюся ему насчетъ потерпѣвшаго лица, но не отвѣчаетъ остальнымъ своимъ имуществомъ, какимъ таковое представляется за вычетомъ прямого и косвеннаго обогащенія". Д. Гриммъ, Очерки по ученію объ обогащеніи, в. 2, 1891 г., стр. 25.

[1]) Вправѣ ли судъ и здѣсь, какъ при возмѣщеніи вреда и убытковъ отъ недозволенныхъ дѣяній, использовать въ какой-либо мѣрѣ „справедливое усмотрѣніе" (freies Ermessen)? На почвѣ западно-европейскаго права вопросъ рѣшается въ утвердительномъ смыслѣ. Между ущербомъ изъ деликта и изъ нарушенія договора, съ одной стороны, и ущербомъ изъ „незаконнаго обогащенія", съ другой, существуетъ въ данномъ отношеніи несомнѣнная аналогія. На почвѣ нашего права узкій, скупой смыслъ ст. 706[1] ст. Уст. Гражд. Судопр. представляетъ для этого немало препятствій.

[2]) Пр. Гр. Ул., ст. 2600.

сенатскую практику, Синайскій пришелъ въ свое время къ тому же положительному рѣшенію настоящаго вопроса [1]). Однако, въ сказанное положеніе слѣдуетъ внести коррективъ въ томъ смыслѣ, что такому истцу приходится доказывать неизбѣжность расхода, оправдываемую не только правовымъ положеніемъ супруга и дѣтей, но и особыми фактическими обстоятельствами и условіями. Къ обогащенію указанной категоріи можно приравнить, mutatis mutandis, поступившее въ сферу имущества малолѣтняго, или сумасшедшаго предметы, лично добытые такимъ недѣеспособнымъ. При этомъ безразличенъ самый путь полученія предмета недѣеспособнымъ—будь то волеизъявленіе, юридически несуществующее либо безотвѣтственное для него уголовно-наказуемое дѣяніе или что либо иное [2]). Сюда же относится казусъ, когда должностныя лица городского общественнаго управленія совершили заемъ безъ права на такой актъ и когда городъ отвѣтственень „передъ давшими деньги въ предѣлахъ дѣйствительнаго обогащенія города", равно какъ и вообще случаи использованія кѣмъ-либо имущества, доставленнаго въ сферу его обладанія лицомъ, не имѣвшимъ полномочія на пріобрѣтеніе этого имущества [3]).

Значеніе классификаціи. Кромѣ перечисленныхъ отдѣльныхъ договоровъ и обязательствъ, имѣется цѣлый рядъ другихъ, которые здѣсь не упомянуты, какъ относящіеся къ другимъ областямъ права, преимущественно къ праву торговому. Но и въ области частнаго права перечень разсмотрѣнныхъ договоровъ и обязательствъ не является, конечно, исчерпывающимъ. Они представляютъ собою отдѣльные виды, выработанные еще римскимъ правомъ въ качествѣ образцовъ, къ которымъ масса возникающихъ въ дѣйствительности соглашеній и обѣщаній можетъ такъ или иначе приближаться по своимъ характернымъ примѣ-

---

[1]) Личное и имущественное положеніе супруговъ, 1910 г., стр. 315. Рѣш. гражд. 1891 г. № 81, 1886 г. № 26, 1883 г. № 32.

[2]) Суду предоставлено по нѣкоторымъ законодательствамъ, но не нашему праву, при причиненіи недѣеспособнымъ вреда и убытковъ, покрывать таковыя частично или полностью изъ его имущества, принимая во вниманіе спеціальныя данныя, спеціальныя отношенія между причинителемъ и пострадавшимъ и пр. BGB, § 822, Schw. OR., Art. 54, Abs. 1. Пр. Гр. Ул., ст. 2609. Иначе съ имущества недѣеспособнаго можно пожелать лишь того, чѣмъ оно обогатилось.

[3]) Рѣш. гражд. 1889 г. № 23, 1887 г. № 13.

тамъ. Римское право отъ образцовъ своихъ не отступало: съ ними не совпадавшія соглашенія самостоятельной юридической обязанности не создавали, а могли служить лишь возраженіемъ. Nudum pactum non parit actionem, sed exceptionem. Напротивъ, право Европы съ древнѣйшихъ временъ допускало разнообразіе обязательствъ и договорныхъ волеизъявленій. Также было и въ русскомъ правѣ. Нынѣ, съ расширеніемъ оборота, говорить объ уложеніи юридическихъ соглашеній и обѣщаній въ прокрустово ложе опредѣленныхъ договорныхъ разновидностей—это то же, что заставить море течь по руслу рѣки. Не только множество самыхъ причудливыхъ договоровъ и обязательствъ существуетъ въ оборотѣ, но каждый день возникаютъ новые и своеобразные. Право признаетъ эти юридическія новообразованія, оказывая имъ покровительство. Нынѣшній судья въ первую очередь освѣдомляется не о томъ, къ какой группѣ относится то или иное соглашеніе, а насколько оно содержитъ эффективное и релевантное волеизъявленіе. Если въ русской практикѣ такъ много возникало вопросовъ и споровъ относительно природы того или иного договора, то это больше всего потому, что по дѣйствующему нашему праву для значительнаго числа договоровъ требуется письменная форма. Съ устраненіемъ этой излишней формалистики, надобность въ строгой квалификаціи договора еще болѣе стушуется, хотя, конечно, выясненіе физіономіи обязательства согласно даваемымъ положительнымъ правомъ признакамъ само по себѣ играетъ и будетъ играть большую роль. Такъ называемые „законные“ договоры и обязательства суть типы либо вѣхи, указывающіе путь къ толкованію и пониманію правъ и обязанностей сторонъ, въ случаѣ сомнѣнія. Жизнь отъ этихъ типовъ отступаетъ неизмѣнно, и это отступленіе знаменуетъ не упадокъ, а ростъ.

Семейственное право.

Общія замѣчанія.

Семейственное право объемлетъ юридическія отношенія въ семьѣ. Семья,—въ естественно-историческомъ смыслѣ совокупность близкихъ, органически—однородныхъ единицъ,—въ юридическомъ смыслѣ, какъ и соціологическомъ, представляетъ собою группу лицъ, связанныхъ бракомъ и родствомъ и живущихъ вмѣстѣ. Но вмѣстѣ жить не значитъ жить подъ одной крышей. Поэтому къ семьѣ принадлежатъ близкіе родственники, хотя бы они находились не въ томъ мѣстѣ, гдѣ живетъ вся совокупность. Съ другой стороны, къ семьѣ не относятся тѣ, которые хотя живутъ постоянно подъ одной крышей съ ней, являются для нея посторонними—прислуга—или находятся въ такомъ отдаленномъ родствѣ, что не могутъ быть причислены къ ея членамъ.

Понятіе семьи сильно эволюціонируетъ: то, что было семьей въ прежнія времена и то, что считается таковой нынѣ—предметы существенно различные. Моменты соціальный, политическій, военный, экономическій и религіозный вліяютъ на опредѣленіе этого понятія, то расширяя, то съуживая его. Распространеніе въ обществѣ идей объ индивидуализмѣ и правахъ личности сильно отразилось на семьѣ и ея устройствѣ, очистивъ ее отъ прежняго господства частнаго деспотизма.

Современное обратное движеніе въ сторону коллективизма, съ своей стороны, налагаетъ свою печать на семью, стремясь подчинить ее коллективу.

Въ прежней трудовой семьѣ всѣ тѣ, которые работали на семью совмѣстными силами, обезпечивая ея матеріальное существованіе, являлись членами семьи. По мѣрѣ усложненія жизни, развитія начала раздѣленія труда, дифференціаціи человѣческихъ отношеній, усиленія связи общественной и ослабленія связи кровной, семья все болѣе и болѣе сокращается, доходя до понятія естественнаго союза родителей и дѣтей. Супруги и дѣти—это теперь нормальный составъ семьи. Лишь для отдѣльныхъ надобностей, административныхъ, финансовыхъ, военныхъ и пр. понятіе семьи раздвигается включеніемъ въ нее восходящихъ, нѣкоторыхъ боковыхъ родственниковъ и даже свойственниковъ [1]).

---

[1]) Подъ вліяніемъ историческихъ фактовъ исчезла патріархальная семья, въ которой всѣ были подчинены абсо-

Члены семьи связаны отношеніями моральными и физическими (мужъ и жена) и физіологически-нравственными (родители и дѣти). Эти отношенія подлежатъ правовой регламентанціи лишь со стороны болѣе внѣшней, внутренняя сторона относится скорѣй къ соціологіи и этикѣ. Римскіе юристы относили все семейное право къ jus naturale, основы котораго природа запечатлѣла не только въ людяхъ, но и въ животныхъ. Неподатливость и консерватизмъ семейныхъ отношеній

лютнымъ образомъ домовладыкѣ. Paterfamilias древняго Рима былъ властелиномъ, хозяиномъ и распорядителемъ персональныхъ и имущественныхъ благъ жены, дѣтей и другихъ лицъ, входившихъ въ составъ семьи (рабовъ и полурабовъ). По отношенію къ paterfamilias они были personae in mancipio (жена—filiae loco). (Самое слово familia произведено отъ famel, servus, рабъ,—см. Encyklopaedia Britanica, Family—и символизируетъ служебность и подчиненность). При слабости государственной власти власть домовладыки повсемѣстно не знала границъ, ему принадлежала полная свобода располагать достояніемъ и даже жизнью домочадцевъ. Въ древней Россіи дѣтей называли рабами „рождьсягося“ т. е. отца, такой же рабой была и жена. Нравственный долгъ домовладыки по отношенію къ дѣтямъ и женѣ выражался лишь въ томъ, что онъ не щадилъ на нихъ жезла (Азаревичъ, Русскій бракъ, Журн. Гр. и Уг. права, 1880 г. кн. V, стр. 87, 101), Съ того времени, какъ кончилась въ Россіи половая свобода и общность женъ и появилась потребность въ личномъ обладаніи женщиной и женой, ее стали пріобрѣтать сначала путемъ „умычки“, т. е. похищенія изъ чужого рода, потомъ путемъ прямого обращенія къ чужому роду и, наконецъ, путемъ обращенія къ ея родителямъ и роднымъ. Жена неизмѣнно считалась купленнымъ товаромъ. (Этотъ взглядъ отчасти сохранился въ Россіи до послѣднихъ временъ. „У васъ товаръ, у насъ купецъ“,—говоритъ сваха родителямъ невѣсты у Пушкина). Такая точка зрѣнія на бракъ проникала во всѣ отношенія къ женѣ и дѣтямъ, личныя и имущественныя, въ русской семьѣ „стараго пошиба“. Мало по малу стало отмѣняться семейное рабство, эмансипировались жена и дѣти. Раньше всего процессъ этотъ сталъ проявляться въ Англіи, затѣмъ въ прочихъ странахъ Запада, наконецъ и въ Россіи. Среди причинъ этихъ перемѣнъ наряду съ религіозными и соціальными элементами выдающуюся роль играютъ моральное совершенствованіе человѣка и стремленіе людей къ равенству. Ни мужчина, ни женщина не остаются болѣе въ состояніи порабощенія. Они имѣютъ одинаковыя права и несутъ одинаковыя обязанности. Бракъ становится актомъ свободнаго соглашенія мужчины и женщины, въ основу брака кладется эти-

не могутъ быть не только сокрушены, но и ослаблены никакими политическими и соціальными ученіями, даже самыми крайними. Изъ всѣхъ основоположеній нашего общества соціалистическія ученія направили свое остріе „главнымъ образомъ противъ собственности, менѣе противъ религій и всего менѣе противъ брака [1]).

ческій долгъ. На этомъ корнѣ крѣпнетъ моногамія, а съ ней и семья. Семья дѣлается школой нравственности, совершенствованія человѣка и развитія его альтруистическихъ наклонностей. Нынѣ семья—моральный фундаментъ общественности, основа всякой государственной жизни. Въ нѣкоторыхъ странахъ принимаются даже искусственныя мѣры къ увеличенію количества браковъ и взыскиваются особые налоги съ мужчинъ, остающихся неженатыми свыше опредѣленнаго возраста (Эстонія). Свободное сожительство „всѣхъ“ мужчинъ со „всѣми“ женщинами, съ принадлежностью рожденныхъ дѣтей не даннымъ родителямъ, а всему народу—filii populi,— означало бы сумерки нашей цивилизаціи, обратное движеніе къ первобытнымъ этапамъ гетеризма или тотемизма (Спенсеръ, Морганъ, Ковалевскій). Нынѣшняя семья осталась автономной единицей, государственная регламентація затрагиваетъ ее лишь одной стороной. Однако, если ранѣе автономія эта ставила семью выше самого государства и строилась по типу монархической организаціи, съ безконтрольнымъ правомъ монарха—владыки на жизнь, честь и имущество подвластныхъ членовъ семьи, то нынѣ самоопредѣленіе семьи сводится къ самостоятельности и независимости устроенія личныхъ отношеній на основѣ идеальныхъ стремленій человѣка къ размноженію и совершенствованію. Никакой иной формы семейныхъ связей, кромѣ взаимной моральной близости, нынѣшнее право не признаетъ, утверждая и укрѣпляя эти связи, содѣйствуя имъ, насколько это возможно, своимъ принудительнымъ аппаратомъ. Не искусственное построеніе взаимоотношеній внутри семьи, а проникающее ихъ чувство привязанности предопредѣляетъ здоровое и нормальное состояніе семейной жизни. Ни одинъ народъ не относится равнодушно къ семьѣ, ни у одного народа нѣтъ болѣе дорогой цѣнности. Отъ семьи къ коллективу и отъ коллектива къ семьѣ—таковъ лозунгъ человѣчества въ его неизмѣнномъ движеніи впередъ. Варьируя одно прекрасное выраженіе, можно сказать, что нынѣшнія семейства это островки, частицы которыхъ, постоянно отдѣляясь, образуютъ материкъ общественной и культурной жизни.

[1]) Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 43.

Однако, государство не можетъ оставаться равнодушнымъ зрителемъ того, что творится внутри семьи: оно ни на минуту не упускаетъ ея изъ виду, заботясь о здоровомъ ростѣ этой ячейки коллективной жизни. При нарушеніи взаимоотношеній въ семьѣ, когда послѣдняя оказывается въ состояніи патологическаго кризиса, государство спѣшитъ на помощь своими нормами. Если семья распадается, право нормируетъ юридическія послѣдствія такого распада. Пока семья существуетъ, право оказываетъ ей покровительство и поддержку.

Семейственное право, регламентирующее персональныя и матеріальныя стороны и семьи, примыкаетъ въ этомъ смыслѣ къ области частнаго права, отличаясь отъ другихъ частно-правовыхъ институтовъ сравнительно большей интенсивностью оффиціальной охраны. Взаимныя права и обязанности супруговъ, а также родителей и дѣтей—по имуществу характеризуются, сравнительно съ другими имущественными отношеніями частнаго права, лишь нѣкоторыми особенностями, вытекающими изъ свойствъ семьи и семейной жизни. Личныя правоотношенія, составляющія едва ли не главное содержаніе семейственнаго права, создаются также: а) между супругами, б) между родителями и дѣтьми. Въ основѣ этихъ личныхъ отношеній въ прежнее время лежалъ элементъ власти и подчиненія: жена подчинена была мужу, дѣти родителямъ. Это и составляло сущность семейнаго статута. Нынѣ регуляторомъ личныхъ отношеній въ семьѣ является семейственный интересъ, освящаемый природой, моралью, нуждами коллектива (и религіей). Этотъ интересъ проявляется не только при жизни, но распространяется отчасти даже на время послѣ смерти члена семьи. Къ отношеніямъ личнымъ примыкаетъ право на содержаніе. Послѣднее право—взаимное, но въ немъ выдѣляются преимущественныя притязанія однихъ передъ другими: родители обыкновенно содержатъ дѣтей, мужъ жену и только при нуждѣ роли въ томъ и другомъ случаѣ могутъ измѣниться. Всѣ эти личныя права неотчуждаемы, по давности не пріобрѣтаются и не теряются, пожизненны и въ значительной степени окрашены въ цвѣтъ jus cogens.

Права семьи покоятся на союзѣ, заключаемомъ первоначально бракомъ; бракъ и семья, при нынѣшнемъ устройствѣ общества, стоятъ въ тѣсной связи между собою. Бракъ, хотя и является въ формѣ договора, но существенно отличается отъ послѣдняго по самой цѣли своей—создать полную общность, единеніе физическое и духовное двухъ лицъ, приводящее затѣмъ къ новому духовному единенію этихъ лицъ, съ одной стороны, и ихъ потомства съ другой. Отсюда право брачное,

касающееся супруговъ, и право семейнаго союза въ тѣсномъ смыслѣ, касающееся родителей и дѣтей. Эти двѣ вѣтви имѣютъ каждая свои отдѣльныя свойства, свое особое значеніе.

Бракъ.

Бракъ представляется союзомъ мужчины и женщины для сожительства. Въ прежнее время требовалось, чтобы это сожительство имѣло еще непосредственной цѣлью рожденіе дѣтей—Fortpflanzung—, такъ что отсутствіе дѣтей было даже основаніемъ къ расторженію брака, какъ неосуществившаго по своему смыслу. (До сихъ поръ нѣкоторый намекъ на это въ еврейскомъ брачномъ правѣ). И въ Европѣ за это ратовали порою клерикалы и свѣтскіе люди. („Главная цѣль брачнаго договора —это размноженіе и развитіе вида черезъ размноженіе индивидуумовъ“ —Дидинъ). Нынѣ указанный реквизитъ дѣторожденія отпадаетъ. Точно также и половыя сношенія, хотя и являются однимъ изъ основныхъ условій брака, не всегда опредѣляютъ съ безусловностью сущность его [1]). Достаточно одного взаимнаго сожительства.

Бракъ возникаетъ, существуетъ и прекращается по реквизитамъ и условіямъ, устанавливаемымъ правомъ. Какъ институтъ гражданскій, бракъ въ сущности мало общаго имѣетъ съ религіей. То, что бракъ находился ранѣе въ вѣдѣніи церкви, объясняется случайными историческими причинами, о которыхъ здѣсь не мѣсто распространяться. Эта зависимость отъ церкви задержала надолго развитіе института брака, вводя въ него цѣлую сѣть по существу чуждыхъ ему представленій, синтезомъ которыхъ была мысль о бракѣ, какъ о церковномъ таинствѣ. „Der Ehestand ist der heiligste Orden“ [2]). Многообразіе религій

---

[1]) По опредѣленію Бентама, между мужемъ и женой существуетъ „моральное обязательство съ цѣлью жить вмѣстѣ и особенно съ цѣлью выполненія между ними половыхъ сношеній“, Избранныя Сочиненія, т. 1, 1867 г., стр. 258.

[2]) Таинство—это церковная разновидность того же договора о бракѣ, что и выразили основоположники христіанства. Согласно постановленію Corpus juris canonici „между христіанами не можетъ быть настоящаго договора брака, который тѣмъ самымъ не былъ бы сакраментомъ“. Суть здѣсь не въ реальномъ различеніи, а въ точкѣ зрѣнія (distinetio rationis). Malakauskas, Moterystės teisės, 1 t., 1 d. 1923, p. 5 ir 5, см. также Дидинъ, Брачный разводъ, перев. Пономарева, 1909 г. стр. 130 и сл. „Таинство“—аттрибутъ христіанскаго брака, но косвенно оно отразилось на судьбѣ браковъ лицъ и другихъ исповѣданій.

вызвало разнообразіе регламентаціи, создавшей въ концѣ концовъ множество затрудненій, какъ при заключеніи брака, такъ и при его расторженіи. Въ настоящее время на бракъ принято смотрѣть, какъ на соглашеніе sui generis, являющееся плодомъ жизненныхъ нуждъ и потребностей, а не предписаніемъ съ какихъ-то недоступныхъ человѣческому разумѣнію высотъ. Если въ товариществѣ отношенія сторонъ складываются на основаніи договора и статута, параграфы которыхъ и служатъ руководствомъ для участниковъ, то въ бракѣ играютъ роль еще моменты естественные и этическіе, но, въ общемъ, онъ подчиняется регламентаціи государства параллельно съ другими юридическими институтами.

Реквизиты бракосочетанія.

Цѣлый рядъ требованій предъявляетъ законъ при заключеніи брака. Не всѣ они одинаковаго значенія въ смыслѣ юридическихъ послѣдствій, но всѣ они имѣютъ въ виду огражденіе силы и достоинства брака—акта, въ которомъ равно заинтересованы и частныя лица и коллективъ.

Соглашеніе сторонъ обязательно при бракѣ, какъ волеизъявленіи. Бракъ не можетъ быть совершенъ безъ взаимнаго свободнаго и непринужденнаго согласія брачущихся [1]). Consensus facit nuptias. Если существуютъ еще браки, въ которыхъ согласіе выражается вмѣсто брачущихся ихъ родителями или родными, какъ напр., браки магометанскіе, то это не можетъ имѣть мѣсто въ нынѣшнее время въ видѣ какого бы то ни было общаго правила. Такой порядокъ не вызывалъ особыхъ сомнѣній въ прежнія времена, когда бракъ отдавался на волю религіознымъ руководителямъ, и не терпимъ нынѣ, какъ противорѣчащій идеѣ свободы личности. Ошибка, обманъ, принужденіе уничтожаютъ свободу согласія при бракѣ, какъ при всякомъ волеизъявленіи вообще, дѣлаютъ бракъ недѣйствительнымъ. Ошибкой Положеніе о союзѣ брачномъ считаетъ, когда лицо, съ которымъ заключенъ бракъ, было не то, кому дано было согласіе [2]). Однако, могутъ быть и другія ошибки въ личности, предопредѣляющія недѣйствительность брака, лишь бы это были существенныя для брака заблужденія.

---

[1]) X т. I ч. стт. 12, 28, 37 п. I, 666, Пол. о Союз. брачн. 1836 г., стт. 5, п 2, 9—14, BGB, §§ 1317, 1332, 1333, 1335, Пр. Гр. Ул., ст. 339, Code Civil, Art. 146, 180, Čecho-Slov., §§ 97, 99. 112 f., Schw. ZG., Art. 117, Abs. 1.

[2]) ст. 12.

Конечно, не ошибка въ матеріальныхъ разсчетахъ или иныхъ дѣловыхъ видахъ—относительно знатности семьи, богатства родныхъ, а также относительно вѣроисповѣданія, національности и т. д.—играютъ роль въ данномъ отношеніи [1]). Но заблужденіе, что невѣста не дѣвица, а вдова, или даже и дѣвица, но не сохранившая женской чести и цѣломудрія, можетъ дать основаніе къ опороченію соглашенія о бракѣ. Вообще, ошибка существенна, если, зная ее, нуптуріентъ не вступилъ бы въ бракъ. Однако и здѣсь играютъ роль не субъективные взгляды и склонности, а объективный масштабъ воззрѣній культурнаго человѣка [2]).

О б м а н ъ понимается не въ техническомъ значеніи уголовно-наказуемаго дѣянія, а въ болѣе обширномъ смыслѣ, т. е. сюда подойдутъ случаи, когда при заключеніи брака были пущены въ ходъ вообще лживыя увѣренія и утвержденія относительно личности нуптуріента. Такъ, обманомъ будетъ „ложное наименованіе“ жениха именемъ его старшаго брата, хотя бы по признакамъ своимъ такое наименованіе и не соотвѣтствовало преступленію [3]).

П р и н у ж д е н і е и угрозы исключаютъ свободу воли, разъ они способны были вызвать серьезное опасеніе личнаго или имущественнаго вреда (угроза посадить въ тюрьму родныхъ, разорить ихъ, выдать семейную тайну). Угроза должна быть направлена по адресу самого нуптуріента, родныхъ его или вообще близкихъ, но не противъ постороннихъ, всего общества, либо самого угрожающаго („застрѣлюсь, если не вый-

---

[1]) Хотя германская практика разъяснила, что искусно связанная ошибка (raffiniert angelegte Täuschung) относительно матеріальнаго положенія можетъ создать моральный дефектъ, достаточный для уничтоженія брака, но это, по существу, крайне сомнительно, и, во всякомъ случаѣ, о такомъ поводѣ позволительно говорить, развѣ, въ самыхъ исключительныхъ казусахъ.

[2]) Въ такомъ свойствѣ своемъ ошибка можетъ касаться не только лица, но и самаго акта бракосочетанія, если ошибающійся не зналъ, что рѣчь идетъ именно о бракѣ. Тайныя намѣренія, хотя бы обѣихъ сторонъ, осуществленныя даже съ участія оффиціальнаго лица, совершающаго бракъ, не играютъ роли: бракъ сохраняетъ силу, когда онъ заключенъ только „для виду“, для полученія гражданства, права жительства и т. д. Вообще же, бракъ слишкомъ важный институтъ, чтобы его можно было каждый разъ опорачивать подобно гражданскому волеизъявленію, безъ достаточно-вѣскихъ этическихъ основаній.

[3]) Рѣш. Общ. Собр., 1881 г. № 54.

дешь за меня"). Альтруистическое чувство сожалѣнія и страха за судьбу людей не можетъ быть приведено въ качествѣ основанія для иска объ уничтоженіи брака, какъ вызваннаго угрозой и принужденіемъ. Видомъ принужденія является похищеніе женщины противъ ея воли и полученіе ея согласія во время нахожденія ея во власти похитителя [1]).

Подобно ошибкѣ и обману, принужденіе, физическое или психическое (угроза), въ той же мѣрѣ, какъ и при волеизъявленіяхъ, устраняетъ consensus при бракѣ.

Отсутствіемъ надлежащаго пониманія при заключеніи брака поражается послѣдній: ничтоженъ бракъ съ безумнымъ, сумасшедшимъ, съ находившимся въ состояніи опьяненія, исключающаго сознательную волю. Сюда относится и слабоволіе, доведенное до болѣзненной неспособности руководить своими поступками вслѣдствіе такъ называемыхъ Hemmungen, т. е. нервныхъ ослабленій, приводящихъ къ состоянію меланхолическаго безразличія и т. п. (явленіе, столь часто замѣчаемое именно въ настоящее время).

По реквизиту безусловной и „чистой" свободы соглашенія при бракѣ, исключаются изъ области права акты, направленные къ созданію обязательства вступить въ бракъ. Ничтожно не только само это обязательство, но и обусловливаемыя имъ неустойка и другія обезпеченія. Невозможенъ искъ объ убыткахъ за отказъ отъ обѣщаннаго вступленія въ бракъ.

Что касается т. называемаго брачнаго сговора (помолвки), то и онъ не производитъ никакого права требовать заключенія брака, а вмѣстѣ съ тѣмъ и притязанія на возмѣщеніе убытковъ, интереса и пр. Само собою разумѣется, что если при сговорѣ было передано предполагаемому будущему супругу имущество въ предвидѣніи будущаго брака, то оно подлежитъ возврату при незаключеніи брака. Примѣрно: поставленная въ квартиру жениха безмездно мебель, „подарки" въ видѣ піанино, доли въ товариществѣ и т. д. Но если дачей предмета сдѣланъ былъ простой даръ, какъ близкому человѣку (золотые часы, кольцо), то судьба такого предмета обсуждается по общимъ законамъ о дареніи. Признавать подобный даръ недѣйствительнымъ при разстройствѣ брака не представляется основаній, тѣмъ болѣе, что эти дары обычно взаимные и нѣтъ возможности учесть, чья рука была болѣе щедрой, чья менѣе [2])

---

[1]) Пр. Гр. Ул., ст. 341, Пол. о Союзн. брачн. 1836 г., ст. 13, Čecho-Slov. § 98.

[2]) По принятымъ у насъ обыкновеніямъ возвращаются

Требуется ли, кромѣ согласія самихъ брачущихся, еще согласіе родителей, опекуновъ, начальниковъ? Во многихъ странахъ устанавливается предѣльный возрастъ, до достиженія котораго нужно разрѣшеніе родителей на вступленіе въ бракъ. Несоблюденіе этого условія влечетъ за собою порою ничтожность брака, порою только нѣкоторыя невыгодныя имущественныя послѣдствія, какъ лишеніе

дары сравнительно дорогіе, прочіе считаются полученными безвозвратно, ср. Malakauskis, Moterystės teisės, I t. 1 d., 1923, p. 45. По римскому праву, если по какимъ-либо причинамъ между данными лицами бракъ не могъ имѣть мѣста, то между ними не могла быть совершена никакая дѣйствительная donatio ante nuptias, Гуляевъ, Предбрачный даръ въ римскомъ правѣ и въ памятникахъ Византійскаго законодательства, 1891 г., стр. 24. Нынѣ это положеніе въ такой безусловной формѣ непріемлемо. Западныя законодательства создаютъ нормы о сговорѣ, Verlobung, который, не давая помолвленнымъ права на искъ о заключеніи брака, возлагаетъ обязанность возврата подарковъ и возмѣщенія вреда жениху или невѣстѣ, если кто-нибудь изъ нихъ отвергнутъ, а также роднымъ отвергнутой стороны. См. BGB, § § 1297—1301, Пр. Гр. Ул., ст. 176 — 181, Čech.-Slov. § § 85 — 89. Эти законы считаютъ возможнымъ возложить матеріальную отвѣтственность въ убыткахъ, понесенныхъ вслѣдствіе сдѣланныхъ въ виду брака затратъ, на помолвленнаго за „отказъ безъ уважительной причины отъ вступленія въ бракъ или же за поведеніе, послужившее причиной къ отказу“. Положеніе о союзѣ брачномъ 1836 г. перечисляетъ даже, какія причины отказа считаются „достойными уваженія“. Всѣ эти правила основываются на народныхъ обыкновеніяхъ дѣлать разныя приготовленія къ свадьбѣ и свадебному „пиру“, связанныя съ матеріальными затратами, возмѣщеніе которыхъ, въ случаѣ отпаденія сговора, считаютъ справедливымъ возложить на „виновную“ сторону. Не касаясь того, насколько опредѣленно понятіе „затраты въ виду брака“, никоимъ образомъ нельзя усмотрѣть въ отказѣ отъ брака какую либо „вину“, обязывающую къ возмѣщеніямъ. Наше право довольно хорошо обходится безъ этихъ возмѣщеній.—Характерно, что въ отдѣлѣ о „брачномъ сговорѣ“ Пр. Гр. Ул. помѣщаетъ статью по примѣру § 656 BGB, о ничтожности обязательства вознагражденія за содѣйствіе къ устройству брака. Но это значитъ уходить уже слишкомъ далеко въ огражденіи свободы воли сочетающихся. Правда, и сенатъ разъяснилъ, что ни „сваха“, ни „шадхенъ“ (у евреевъ) не вправѣ искать вознагражденія за содѣйствіе къ заключенію брака, рѣш. гражд. 1899 г. № 82, 1867 г. № 70. Однако нѣтъ правильнаго основанія не давать свату права на то вознагражденіе, какое

законной доли наслѣдства. Во Франціи въ послѣдніе годы изданъ былъ рядъ законовъ, направленныхъ къ смягченію требованія согласія родителей (L. 20 juin 1896, 21 juin 1907, 10 mars 1914, 9 août 1919, 28 avril 1922, 7 fèvrier 1924). Нынѣ согласіе—consentement—родителей требуется во Франціи въ возрастѣ брачущихся до 21 года, въ возрастѣ же отъ 21-го до 25 лѣтъ родителямъ должно быть только послано надлежащее увѣдомленіе—notification: несоблюденіе всего этого даетъ поводъ къ наложенію кары на должностное лицо, совершившее обрядъ вѣнчанія, не смотря на отсутствіе consentement или notification, но не отражается на дѣйствительности брака [1]).

Принципіально („de lege ferenda“) о согласіи родителей можетъ быть рѣчь до достиженія брачущимися гражданскаго совершеннолѣтія. Но и въ этомъ возрастѣ согласіе родителей является проблематичнымъ. Коль скоро законъ дозволяетъ вступить въ бракъ, то не можетъ быть препятствій въ волѣ родителей, тѣмъ болѣе, что бракъ совершается по личнымъ влеченіямъ, а не по какимъ-либо разсчетамъ. Согласіе родителей въ концѣ концовъ и на Западѣ не имѣ-

---

полагается иному посреднику, въ обычной же дѣятельности свата не усматривается ничего ни противозаконнаго, ни противонравственнаго и пользоваться даровымъ его трудомъ не приходится, каковъ бы этотъ трудъ ни былъ. Неизмѣримо основательнѣе то указаніе сената, что отказъ отъ слова, даннаго нуптуріенту или родителямъ, не можетъ быть признанъ дѣяніемъ, подвергающимся какой либо отвѣтственности: рѣш. гражд. 1889 г. № 124, 1877 г. № 230. Несочувственное отношеніе ко всякаго рода матеріальнымъ требованіямъ и притязаніямъ за расторженіе брака сквозитъ и въ рѣш. гражд. 1913 г. № 76. Казалось бы, не вяжется болѣе съ воззрѣніями культурнаго человѣка представленіе о помолвкахъ и ихъ послѣдствіяхъ, одинаково—что касается и самой обязанности вступить въ бракъ и обязанности матеріальныхъ возмѣщеній.

[1]) См. Code civil, Art. 148—154 въ новой редакціи, а также Art. 156 s. По Čecho-Slov., §§ 93—96, разрѣшеніе нужно, но только для Minderjährige. BGB, § 1305: разрѣшеніе испрашивается до достиженія 21 года; также Полож. о союз. брачн., ст. 15. Пр. Гр. Ул. требуетъ для вступленія въ бракъ лица, не достигшаго двадцати пяти лѣтъ, согласія обоихъ родителей. X т. 1 ч., ст. 6 запрещаетъ бракъ безъ разрѣшенія родителей, не считаясь, повидимому съ возрастомъ, такъ что и пятидесятилѣтній мужчина, вступая въ бракъ, нуждается въ одобреніи родителей, если таковые

етъ самодовлѣющей цѣны [1]), и если до сихъ поръ кодексы отъ него не отказались, то не столько изъ-за вѣры въ его реальность, сколько по нерѣшительности и боязни нарушить старыя традиціи.

Согласіе начальства служащаго—что-то еще болѣе устарѣлое въ данномъ отношеніи.—Во всякомъ случаѣ, соизволеніе начальства стремится не къ дополненію воли служащаго, желающаго вступить въ бракъ, а къ огражденію интересовъ службы (предупрежденіе несостоятельной жизни служащаго, „почетный бракъ“ и пр.). Поэтому оно относится скорѣе къ нормамъ, формулирующимъ служебныя отношенія, чѣмъ къ частному праву [2]). Никакой частно-правовой санкціи законы о дозволеніи начальства не имѣютъ.

имѣются. Однако, послѣдствіе въ данномъ случаѣ не ничтожность брака, а только уголовная кара и лишеніе преступившаго родительскую волю права наслѣдованія по закону въ имѣніи того изъ родителей, котораго онъ оскорбилъ своимъ неповиновеніемъ, если родители впослѣдствіи не простятъ и не возстановятъ его наслѣдственныхъ правъ вполнѣ либо частью, Загоровскій, Курсъ семейнаго права, 1909, стр. 17. Все это заключается въ Уложеніи о наказ. (стт. 1549, 1566), у насъ нынѣ не дѣйствующемъ. Что же касается Уг. Улож., то оно устанавливаетъ кару, именно, арестъ лишь при „рѣшительномъ воспрещеніи матери или законнаго отца если виновный брачущійся не достигъ 21 года“ (ст. 419, абз. 37). Ограниченіе наслѣдственныхъ правъ, какъ дополнительное наказаніе, должно считаться совершенно отпавшимъ въ настоящее время.

[1]). Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1919, S. 385.

[2]) Во Франціи, по декретамъ 1808 г. и закону 21 марта 1905 г. офицеры и солдаты дѣйствительной службы не вправѣ вступить въ бракъ безъ дозволенія своего начальства. Дѣйствующее наше право требуетъ отъ лицъ, состоящихъ на службѣ какъ гражданской такъ и военной, при вступленіи въ бракъ письменныхъ дозволеній отъ начальства Относительно браковъ военнослужащихъ соблюдаются правила, изложенныя въ Уставѣ о воинской повинности и въ сводахъ военныхъ и морскихъ постановленій. X т. I ч., ст. 9 и примѣч. и 62; см. Полож. о союзѣ брачн., ст. 20, о бракахъ солдатъ и офицеровъ. По ст. 284. Уст. о воинск пов.— для солдатъ почти полный запретъ, для офицеровъ—требованіе возраста и имущественнаго обезпеченія Объ утв. 1 марта 1903 г. и 13 февраля 1904 г. Положеніи Военнаго Совѣта см. Ставскій, Гражданскіе законы Царства Польскаго, т. I, 1905 г., стр. 128. Объ обязательности испрошенія дозволенія начальства для дипломатическаго чиновника, вступа-

Возрастъ, требуемый для заключенія брака—„брачный возрастъ"—не совпадаетъ съ гражданскимъ совершеннолѣтіемъ. Высота брачнаго возраста обусловливается многими факторами: этнографическими, соціальными, моральными. Гдѣ человѣкъ становится скорѣе зрѣлымъ въ физическомъ отношеніи, тамъ и брачный возрастъ болѣе ранній, особенно если чистота нравовъ исключаетъ возможность внѣбрачнаго сожитія. Необходимость въ работникѣ для семьи также вліяетъ на сокращеніе сроковъ брачнаго соединенія. Въ древнемъ Римѣ возрастъ былъ для мужчинъ 14 лѣтъ, для женщинъ 12 лѣтъ, такимъ онъ остался понынѣ въ Англіи. Въ XIX вѣкѣ возникло теченіе въ сторону увеличенія брачнаго возраста, чѣмъ имѣлось въ виду поддержать устои брачной жизни и создать болѣе обоснованные и крѣпкіе браки. Во Франціи впервые былъ созданъ новый и прочный возрастъ въ 18 лѣтъ для мужчины и 16 (впослѣдствіи 15) для женщины. Герм. Гр. Улож. для мужчинъ утвердило возрастъ, равный гражданскому совершеннолѣтію, для женщинъ—въ 16 лѣтъ [1]). Дѣйствующее наше право приняло тотъ возрастъ, который для мужчинъ равенъ 18 годамъ, а для женщинъ—16. Кромѣ того дѣйствующее наше право знаетъ возрастъ въ 80 лѣтъ, по достиженіи котораго воспрещается вступленіе въ бракъ [2]). Предѣльный старческій возрастъ установленъ былъ въ Россіи по одному частному случаю и, по существу своему, совершенно излишенъ. Немало было случаевъ вступленія въ бракъ и послѣ 80 лѣтъ, при чемъ физіологія подтвердила, что въ этомъ ничего необычайнаго и противоестественнаго нѣтъ. Бракъ же имѣетъ въ виду и иныя цѣли духовно-нравственнаго свойства, кромѣ физическаго сожитія. Предѣльные возрасты старчества для вступленія въ бракъ широко извѣстны церкви (Побѣдоносцевъ).

Что касается молодости, то принципіально представляется цѣлесообразнымъ болѣе высокій брачный возрастъ, особенно въ отношеніи мужчины,—равный его гражданскому совершеннолѣтію. Это

ющаго въ бракъ съ иностранкой, съ обязанностью послѣдней продать имѣніе свое на чужбинѣ подъ страхомъ лишенія мужа ея должности, изложено къ ст. 66 X т. I ч.

[1]) Code Civil, Art. 144, BGB § 1303. Въ положеніи о союзѣ брачн.—18 лѣтъ для мужчины, 16—для женщины, ст. 6. Schw. ZG., Art. 96: для м. 20 лѣтъ, для ж. 18 лѣтъ. По Čecho-Slov., § 47, Abs. 2: для м. 18 л., для ж. 16 лѣтъ, тоже по Пр. Гр. Ул.

[2]) X т. 1 ч., стт. 3, 63, 91, 4.

средство гораздо продуктивнѣе для обезпеченія разумности брака, чѣмъ всевозможныя эфемерныя разрѣшенія родителей, опекуновъ и пр.

Отсутствіе надлежащаго брачнаго возраста—порокъ роковой: бракъ не можетъ быть заключенъ, а заключенный не имѣетъ юридической силы. Послѣдствія также и уголовнаго характера для достигшаго брачнаго совершеннолѣтія, виновнаго во вступленіи въ бракъ съ лицомъ, завѣдомо не имѣющимъ этого совершеннолѣтія, но не для самого несовершеннолѣтняго [1]). Однако новобрачные могутъ по достиженіи требуемаго возраста подтвердить свой союзъ въ установленномъ для брака порядкѣ, и въ такомъ слу̀чаѣ бракъ получаетъ силу ретроспективно, съ самого начала. Если бракъ имѣлъ послѣдствіемъ беременность (рожденіе ребенка) или обвѣнчавшіеся вообще все время жили совмѣстно, бракъ дѣйствителенъ и безъ подтвержденія [2]). Законъ охраняетъ интересы неповинныхъ дѣтей и въ то же время даетъ возможность супругамъ исправить правовой грѣхъ и ошибку.

Брачущіеся должны быть свободны отъ другого брака [3]). При этомъ нельзя дѣлать исключеній для кого-либо въ виду допустимости многобрачія по правиламъ его религіи. Единобрачіе есть прочное на-

---

[1]) Духовныя и должностныя лица за совершеніе брака несовершеннолѣтнихъ подлежатъ отвѣтственности въ порядкѣ духовнаго или дисциплинарнаго суда, а родители и опекуны, давшіе разрѣшеніе, отъ уголовнаго преслѣдованія освобождены по незначительности и маловажности нарушенія, см. 414 Угол. Улож. и соотвѣтствен. статью 354 абз. 2 Проекта Уголовнаго Улож., такъ же Объясненія къ Проекту, III. 1895, стр. 187 и Журналъ Особаго Совѣщанія при Госуд. Совѣтѣ для предв. разсмотр. Пр. Угол. Улож. 1901 г., стр. 364.

[2]) X т. 1 ч., ст. 39. Полож. о союзѣ брачн. не считаетъ брака недѣйствительнымъ по отсутствію установленнаго брачнаго возраста: такой эффектъ будетъ лишь тогда, когда жениху не было 14 лѣтъ, а невѣстѣ 12 лѣтъ отъ рожденія (ст. 8). По BGB, напротивъ, ungültig—досрочный бракъ, но допускается подтвержденіе его по достиженіи брачнаго совершеннолѣтія, §§ 1303, 1325, Abs. 2.

[3]) Статью 412 Уг. Ул. въ той части, которая трактуетъ о „спеціальномъ разрѣшеніи признанными закономъ правилами вѣроисповѣданій на многобрачіе", въ настоящее время надлежитъ признать не имѣющей силы. Пр. Гр. Ул. оставляетъ полигамію, какъ нѣчто терпимое, у магометанъ, ламаитовъ и язычниковъ, отвергая поліандрію, см. объясн., II, т. 1, 1902, стр. 25 сл. (X т. 1 ч. содержитъ упоминаніе и о полигаміи и о поліандріи, ст. 82).

чало цивилизованной общественности, правовое государство этимъ принципомъ не можетъ поступиться ни для кого. Многобрачіе не отвѣчаетъ современнымъ представленіямъ о бракѣ и о гражданскомъ равенствѣ. Вступленіе въ новый бракъ, при существованіи прежняго карается уголовнымъ закономъ, а бракъ подлежитъ расторженію [1]). По расторженіи двоеженецъ (двоемужница) продолжаетъ сожительство съ прежнимъ супругомъ, если послѣдній согласенъ. Двоеженство (двоемужество) такимъ образомъ способно привести не только къ недѣйствительности второго, ни и къ прекращенію перваго брака. Этимъ ограждаются интересы невиновнаго супруга. Когда и онъ виновенъ, именно, когда и онъ состоялъ въ законномъ бракѣ, то супруги, по дѣйствующему нашему праву, оставляются въ первомъ бракѣ [2]). Случаи двоебрачія (и даже многобрачія) значительно участились подъ вліяніемъ спеціально-политическихъ условій и кризиса церковнаго брака.

Вѣроисповѣдныя препятствія въ настоящее время въ состояніи, по каноническимъ правиламъ, играть роль лишь для представителей духовенства. Такъ, не вправѣ вступать въ бракъ монашествующіе и состоящіе въ іерейскомъ или діаконскомъ санѣ, у католиковъ—духовные, имѣющіе степень священства, и монахи, давшіе обѣтъ цѣломудрія [3]). Различіе вѣроисповѣданій брачущихся во вниманіе не принимается.

Родство̀ издавна служитъ въ извѣстныхъ степеняхъ препятствіемъ къ браку. Соціологи и натуралисты стараются объяснить такой запретъ тѣмъ, что сожительство съ близкимъ родственникомъ противно природѣ и, кромѣ того, приводитъ къ вырожденію расы. И то и другое однако не установлено на прочномъ базисѣ. Исторія же свидѣтельствуетъ, что сожительство, даже съ дочерью, было обычнымъ явленіемъ для властителей и простыхъ смертныхъ, и притомъ въ племенахъ, отличавшихся крѣпостью физическаго и даже интеллектуальнаго развитія. Потому запрещеніе этихъ браковъ въ процессѣ развитія человѣчества

---

[1]) X т. 1 ч., стт. 40—42, BGB, 1309. Полож. о союз. брачн. 1836 г., 101, ср. Пр. Гр. Ул., ст. 140.

[2]) По BGB, въ случаѣ двоебрачія (Doppelehe) супруги могутъ, при наличности законныхъ условій, „die Eheschiessung wiederholen“ т. е. заключить бракъ сызнова, безъ необходимости предварительнаго признанія прежде заключеннаго брака недѣйствительнымъ, § 1309, Abs. 1, Schmidt, Bürgerliches Recht, 1927, S. 439. Допускается ли просить о расторженіи брака при виновности обоихъ супруговъ, на это BGB отвѣта не даетъ.

[3]) X т. I ч., ст. 2, ст. 37 п. 5, Пр. Гр. Ул., ст. 132, Пол. о союз. бр. 1836 г., ст. 27.

слѣдуетъ отнести къ загадкамъ соціальной жизни. Во всякомъ случаѣ, запретъ этотъ существуетъ повсемѣстно, вполнѣ сжился съ чувствами и воззрѣніями цивилизованнаго общества.

Браки между кровными родственниками по прямой линіи и между братьями и сестрами абсолютно исключаются, родство законное и внѣбрачное не различается [1]). Препятствуетъ браку и близкое свойство (по прямой линіи), подъ которымъ разумѣется отношеніе между супругомъ и родственникомъ другого супруга. Наконецъ, гражданское родство—это родство между усыновителемъ и усыновленнымъ. Гражданское родство есть какъ бы искусственное созданіе сыновства. Поэтому недопустимъ бракъ между усыновителемъ (усыновительницей) и усыновленной (усыновленнымъ) либо нисходящими послѣдней(яго), между усыновленными дѣтьми и дѣтьми, рожденными отъ брака, между усыновленнымъ и супругомъ усыновителя [2]). Представляется вполнѣ достаточнымъ указанное ограниченіе браковъ кровныхъ родственниковъ, т. е. нисходящихъ, восходящихъ, братьевъ и сестеръ (и усыновленныхъ). Распространеніе этого ограниченія въ дальнѣйшемъ на другихъ родственниковъ не вызывается требованіемъ общественной нравственности и политики права [3]).

---

[1]) Пр. Гр. Ул., ст. 139, BGB § 1310, Code Civil, Art. 161—164 видитъ такое препятствіе и въ родствѣ дяди и племянницы, тетки и племянника, двоюродныхъ братьевъ и сестеръ. Но такое родство—помѣха относительная, могущая быть устраненной дозволеніемъ власти, по просьбѣ брачущихся. Также Schw. ZGB, § 100, Abs. 1 и англійское право (безъ диспенсацій). Čecho-Slov. не считается здѣсь съ родствомъ дяди и племянницы (тетки и племянника).

[2]) Эти правила expressis verbis устанавливаетъ Пол. союз. брачн. 1886 г., ст. 35, также BGB, § 1311. Čecho-Slov. упоминаетъ только объ усыновителѣ и усыновленномъ. Постановленіе X т. I ч. о родствѣ, кровномъ, духовномъ и гражданскомъ и свойствѣ, какъ препятствіяхъ къ браку, проникнуты вѣроисповѣднымъ духомъ и въ настоящее время болѣе не могутъ дѣйствовать во всей цѣлости. Позволительно думать, что приведенныя въ текстѣ положенія, въ общемъ, пріемлемы и у насъ. Уголовные законы признаютъ кровосмѣсительной плотскую связь съ нисходящими, восходящими и родственниками второй степени, съ нисходящими или восходящими родственниками супруга, съ супругомъ нисходящаго или восходящаго родственника. Въ той же мѣрѣ считается кровосмѣшеніемъ бракъ указанныхъ лицъ, Уг. Улож., стт. 518, 519, 411.

[3]) Изъ другихъ препятствій и стѣсненій при вступленіи въ бракъ можно упомянуть о недозволенности его ли-

Заключеніе брака.

Во всѣхъ почти культурныхъ странахъ, за рѣдкими исключеніями, введенъ нынѣ такъ наз. гражданскій бракъ, смѣнившій прежнюю церковную форму брака. Гражданскій бракъ, имѣя то же значеніе оффиціальнаго акта, что и церковный бракъ, отличается отъ послѣдняго совершеніемъ его гражданскими чиновниками, а не духовенствомъ. Гражданскій бракъ введенъ съ давнихъ временъ, какъ необходимость для лицъ, не признававшихъ господствующей религіи: духовная власть этихъ лицъ не имѣла авторитета для составленія актовъ гражданскаго состоянія, такъ что невольно приходилось закрѣплять бракъ въ иномъ, не церковномъ порядкѣ. Такъ мало-по-малу стали появляться браки, совершаемые и удостовѣряемые чинами гражданскаго вѣдомства. Число ихъ было значительно въ эпоху реформаціи и борьбы вѣроисповѣдныхъ группъ за гегемонію въ религіозной жизни страны. Первые гражданскіе браки констатируются въ Голландіи, гдѣ они были введены въ 1587 г. правительствомъ, примыкавшимъ къ реформатскому толку, для дессидентовъ и католиковъ, которымъ разрѣшено было вѣнчаться у государственныхъ чиновниковъ, минуя церковь. Затѣмъ гражданскіе браки появились въ Англіи. Но окончательное и широкое признаніе гражданскій бракъ получилъ во Франціи въ эпоху Великой революціи, когда на смѣну государственной религіи провозглашено

цамъ, троекратно уже вступившимъ въ бракъ: X т. I ч., ст. 21, Полож. о союз. брачн. 1836 г., ст. 100, п. 3. См. Пр. Гр. Ул., ст. 146. Въ счетъ браковъ входятъ и расторгнутые разводомъ (но не недѣйствительные). Для этого послѣдняго воспрещенія не приведено было до сихъ поръ сколько—нибудь серьезныхъ основаній. Оно—напрасное стѣсненіе личныхъ правъ гражданина. Допустимъ, что человѣкъ былъ несчастливъ два раза терять супруга, а въ третій разъ долженъ былъ развестись: почему законъ препятствуетъ ему вступить въ четвертый бракъ? Это, несомнѣнно, излишняя и обременительная опека надъ индивидуумомъ. Пр. Уг. Ул. предполагалъ вначалѣ ввести кару за вступленіе въ 4-ый бракъ, но впослѣдствіи эта мысль отпала. Полнаго сочувствія заслуживаетъ, напротивъ, проявляемая въ послѣднее время тенденція предупреждать бракосочетанія больныхъ, требуя отъ нуптуріентовъ предварительнаго представленія удостовѣренія объ отсутствіи у нихъ заразительныхъ (венерическихъ) болѣзней. Общественное значеніе этого требованія столь громадно, что искупаетъ всякія съ нимъ связанныя эвентуальныя ограниченія личности. Конечно, ни первое ни второе требованіе на дѣйствительность брака уже заключеннаго не вліяютъ.

было господство разума, а церковь съ ея прежней оффиціальной мощью оказалась совершенно изолированной и ослабленной. Въ 1804 г. Code Civil закрѣпилъ гражданскій бракъ, какъ постоянный институтъ, послѣ этого гражданскій бракъ распространился повсемѣстно, принимая только различныя формы.—Въ старой Россіи не могло быть и рѣчи о гражданскомъ бракѣ, слишкомъ крѣпко было противодѣйствіе со стороны духовенства. Но уже въ 1874 г. (12 апрѣля) для раскольниковъ—старообрядцевъ было создано подобіе гражданскаго брака по тѣмъ же причинамъ, почему въ Европѣ зародилась эта форма въ прежнія времена: и въ Россіи, гдѣ не признавалось ни исповѣданіе старообрядцевъ ни ихъ духовенство, невольно пришлось для дѣйствительности ихъ браковъ ввести правительственную форму—регистрацію. Признать оффиціально гражданскій бракъ въ чистомъ видѣ даже для старообрядцевъ государство считало опаснымъ, дабы соблазнъ не привелъ къ возможности утвержденія самой идеи гражданскаго брака въ сознаніи русскаго общества [1]).

---

[1]) Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912 г., стр. 697. Бракъ лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій освящался въ Россіи духовными лицами согласно законамъ ихъ вѣроисповѣданій, другой формы не допускалось. Преимущество отдавалось изъ христіанскихъ вѣроисповѣданій господствующей православной церкви, X т. 1 ч, ст. 61, 67 п. 3. Бракосочетанія инославныхъ различныхъ вѣроисповѣданій въ западныхъ губерніяхъ совершались священниками той вѣры, къ которой принадлежала невѣста, но когда римско-католическій священникъ не соглашался, то вѣнчаніе предоставлялось священнику другого исповѣданія (ст. 75). Въ б. Царствѣ Польскомъ при смѣшанномъ бракѣ католика съ лицомъ еванг. вѣроисп. бракъ относился къ вѣдомству того вѣроисповѣданія, къ которому принадлежала невѣста, Полож. о союз. брачн. 1836 г., ст. 192. Не-христіане заключали бракъ по правиламъ своей вѣры, неизмѣнно съ участіемъ духовной власти. Оглашеніе предстоящаго брака и всѣ предварительныя мѣропріятія предпринимались, конечно, также по обрядамъ соотвѣтствующей церкви. Метрикація браковъ велась такимъ образомъ, что духовныя лица записывали бракъ въ особую книгу, изъ которой затѣмъ выдавалась выпись. При сомнѣніяхъ и пробѣлахъ, бракъ разрѣшалось доказывать также иными способами, чѣмъ метрическія книги, напр. обыскными книгами, исповѣдными росписями, прочими документами, слѣдствіемъ и, наконецъ, показаніями свидѣтелей. Въ общемъ, этотъ порядокъ удержался у насъ и нынѣ, съ тѣмъ лишь, что о господствующей вѣрѣ нѣтъ бо-

Сперва позаимствовавъ существовавшій въ Россіи церковный бракъ, Прибалтійскія государства впослѣдствіи стали на общеевропейскій путь гражданскаго брака (Латвія, Эстонія, см. Тютрюмовъ); послѣдней изъ нихъ принимаетъ этотъ институтъ—въ проектѣ—Литва.

Обычно гражданскій бракъ является единственно обязательнымъ, такъ что за церковнымъ вѣнчаніемъ не признается формальнаго значенія, хотя оно и не возбраняется, какъ актъ чисто религіозный. Это и есть облигаторный гражданскій бракъ Франціи, Италіи, Германіи, Бельгіи, Швейцаріи, Венгріи. Напротивъ, въ нѣкоторыхъ другихъ государствахъ гражданскій бракъ является факультативнымъ въ томъ смыслѣ, что нуптуріентамъ дозволяется избрать либо гражданскій бракъ либо церковный, съ одинаковой юридической силой—Англія (законъ 1836 г.), Чехословакія [1]). При облигаторномъ гражданскомъ бракѣ священникъ не вправѣ приступить къ церковному вѣнчанію безъ представленія удостовѣренія о совершенномъ гражданскомъ бракѣ, въ остальномъ все оставляется на волю и совѣсть сторонъ [2]). Требованіемъ о предо-

---

лѣе рѣчи, вслѣдствіе провозглашенія равенства вѣроисповѣданій (Lietuvos Valstybės Konstitucijos § 83). При разновѣріи брачущихся они вправѣ избрать правила и обряды вѣры жениха или невѣсты, по своему усмотрѣнію. (На этой почвѣ могутъ происходить и дѣйствительно происходятъ конфликты между свѣтской властью и духовенствомъ).

[1]) Англійскій законъ о бракѣ до сихъ поръ поражаетъ своей пестротой. Допускаются четыре формы брака: 1) по правиламъ церкви Англіи, 2) по правиламъ евреевъ и квакеровъ, 3) передъ духовнымъ лицомъ римско-католической церкви или Nonconformist Minister въ зарегистрированномъ помѣщеніи, 4) у представителя гражданскаго вѣдомства—Superintendent Registrar's Office. Рядомъ формальностей и требованій связаны уполномоченные на совершеніе брака, ср. Schuster, The principlee of german civil law, 1907, p. 482.— Отмѣтимъ, что имѣется еще третья форма брака, существующая, впрочемъ, въ одной Румыніи, а именно облигаторный гражданскій бракъ наряду съ облигаторнымъ же церковнымъ вѣнчаніемъ.

[2]) Ср., напр., Schw. ZG., Art. 118. Принципъ тотъ, что „lo stato, in cui si incentra la sovranitá civile . . . deve poter pretendere che con precedenza al rito religioso, i cittadini celebrino il civile, pur lasciandoli liberi come credent, di compiere o non compiere il religioso", Santengello Spotto, Diritto civile, 1924, p. 83. Во Франціи еще во время Великой революціи духовнымъ лицамъ воспрещено было давать свое благословеніе на вступленіе въ бракъ лицамъ, которыя не докажутъ, что

ставленіи священнику Eheschein предупреждается возможность одновременнаго совершенія и гражданскаго и церковнаго брака путемъ приглашенія въ гражданскій локалъ и священника. Бракъ считается заключеннымъ со дня внесенія въ гражданскій реестръ. Духовныя же лица, совершая церковный бракъ послѣ гражданскаго, вѣрнѣе, повторяя обрядъ брака, могутъ руководиться своими правилами и законами, неся за упущенія отвѣтственность передъ духовными властями. Но они отвѣчаютъ также и передъ нуптуріентами за всякаго рода вредъ и убытки, причиненные нарушеніемъ этихъ правилъ [1]). Для нуптуріента обѣщаніе другого брачущагося вѣнчаться, по совершеніи брака у гражданскаго чиновника, еще и въ церкви можетъ ли создать правопритязаніе и послѣдствія невыполненной obligatio? Очевидно, обѣщаніе жениха невѣстѣ подвергнуться, послѣ гражданской записи, церковному благословленію и нарушеніе этого обѣщанія можетъ быть сочтено тѣмъ обманомъ, который приводитъ къ недѣйствительности брака. Эта точка зрѣнія, усваиваемая практикой и теоріей [2]), находитъ свое оправданіе въ томъ серьезномъ интересѣ моральнаго характера, какой связанъ въ данномъ случаѣ для потерпѣвшаго нуптуріента съ церковнымъ вѣнчаніемъ. Нельзя отрицать и извѣстное право на возмѣщеніе вреда и убытковъ отъ нарушенія такого обѣщанія. Но такъ какъ никакія conditiones, отлагательныя или отмѣнительныя, недопустимы при бракѣ, какъ союзѣ вѣчномъ и абсолютномъ, то, при отсутствіи обманныхъ дѣйствій, само по себѣ невыполненіе условія о послѣдующемъ совершеніи церковнаго вѣнчанія заключеннаго гражданскаго брака не поражаетъ [3]).

ранѣе заключили бракъ въ гражданскомъ порядкѣ. Уголовные законы установили впослѣдствіи наказанія для духовенства за несоблюденіе этого. Законъ объ отдѣленіи государства отъ церкви 9 декабря 1905 г., отмѣнивъ постановленія по данному предмету революціонной эпохи, оставилъ въ силѣ карательныя нормы. Отсюда выводъ—„le mariage civil droit... toujours préceder le mariage religieux", Boeuf, Resumé de droit civil, 1925. p. 109, Code penal, Art. 199, 200.

[1]) Curti—Forrer, Schweiz. ZGB. mit Erläuterungen, 1911, S. 102.

[2]) Schuster, cit., p. 582, 487.

[3]) Можно упомянуть еще о третьей формѣ гражданскаго брака, усвоенной порядками прежняго австрійскаго права и заключающейся въ томъ, что основной бракъ—это церковный, гражданскій же допускается только субсидіарно, именно,—если священники отказываются почему-либо вѣнчать бракъ или

Гражданскій бракъ заключается путемъ выраженія брачущимися на то категорической воли, безусловной, безъ ограниченія срокомъ, передъ соотвѣтствующимъ должностнымъ лицомъ. Допускается иногда объявленіе воли даже черезъ повѣреннаго, со спеціальнымъ указаніемъ въ полномочіи того лица, съ которымъ бракъ подлежитъ заключенію [1]). Составляется протоколъ, который подписываютъ, кромѣ брачущихся, два свидѣтеля, опрошенные предварительно должностнымъ лицомъ, совершающимъ бракъ, а также и само это должностное лицо. Однако, ни отсутствіе подписей или участія свидѣтелей ни вообще неправильность и ошибочность протокола не создаютъ ничтожности разъ заключеннаго брака. Бракъ вносится иногда въ особый реестръ, замѣняющій упомянутый протоколъ [2]). Записи въ протоколъ или реестръ составляютъ лишь предположительную достовѣрность и могутъ быть пополняемы и реставрируемы. Даже полное невнесеніе акта въ протоколъ или реестръ не поражаетъ бракъ недѣйствительностью. Съ другой стороны, внесенный бракъ можетъ быть оспоренъ только путемъ иска о недѣйствительности. Соблюденіе предписанныхъ формъ, а именно присутствіе при процедурѣ подлежащаго должностнаго лица, т. е. либо уполномоченнаго на совершеніе браковъ либо, во всякомъ случаѣ, публично и открыто ихъ совершающаго въ качествѣ такового, брачущихся или ихъ повѣренныхъ, когда послѣдніе допускаются,—съ соотвѣтственнымъ опросомъ и выраженіемъ согласія настолько нейзбѣжно, что безъ всего этого бракъ признается ничтожнымъ [3]).

нуптуріенты не принадлежатъ ни къ какой религіи, см. Zoll, cit., стр. 44. Такой бракъ принятъ въ нынѣшней Польшѣ. Въ сущности здѣсь имѣется въ чистомъ видѣ старый церковный бракъ, съ тѣми варіяціями, которыя существовали еще въ средніе вѣка и отчасти въ прежней Россіи (см. выше). Совершеніе гражданскаго брака согласно этой системѣ достигается лишь цѣной отказа обѣихъ сторонъ отъ религіи, что не всегда и осуществимо.

[1]) Čecho-Slov. § 113, Бразильское Гражд. Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 201, нѣм. изд. Heinsheimer, 1928; contra BGB, §§ 1317, 1318. Во время войны кое-гдѣ такое участіе представителя практиковалось; отрицать совершенно надобность въ этомъ, по крайней мѣрѣ, въ исключительныхъ положеніяхъ не приходится.

[2]) Heiratsregister (въ Германіи). Въ него вписываются и всѣ послѣдующія перемѣны, какъ расторженіе брака или признаніе его недѣйствительнымъ и пр.

[3]) При особыхъ условіяхъ, стали допускаться въ

До брака имѣетъ мѣсто публичное оглашеніе предстоящаго брака —Aufgebot. Но оно существенной роли не играетъ, отъ него можно быть даже совсѣмъ свободнымъ въ случаѣ тяжкой, угрожающей смертью, болѣзни и по другимъ причинамъ.

Что духовный бракъ отжилъ свой вѣкъ, это безспорный фактъ [1]). Исторія породила духовный бракъ, она же сняла его съ государственнаго пьедестала. Бракъ приняло подъ свою опеку духовенство въ свое время ради вліянія на людей и ихъ судьбу. Сопровождающіе бракъ церемоніалы и священническое благословеніе подали поводъ къ такой опекѣ, а еще болѣе способствовали этому въ прежнія эпохи безпорядочность регистраціи актовъ цивильнаго состоянія (браковъ, рожденій, смертей) и приспособленность къ такому дѣлу представителей церкви, болѣе грамотныхъ и знающихъ, чѣмъ невѣжественные чиновники. Но немало вреда причинено было человѣчеству переходомъ этой области отношеній къ духовенству уже по той причинѣ, что всякое разногласіе между служителями церквей, вѣроисповѣдными группами и сектами отзывалось тотчасъ и на брачущихся. Духовенство часто затрудняло бракъ безъ надобности, нерѣдко превращало его въ орудіе борьбы, лишая непокорныхъ брачнаго „таинства“. Сколько техническихъ трудностей для населенія, сколько тратъ времени и издержекъ! То нѣтъ вовсе священника (или раввина), который могъ бы вѣнчать, то духовное лицо вѣнчать почему-то не желаетъ, то требуетъ „раскаянія“ въ прежнихъ грѣхахъ. Всего этого нѣтъ въ гражданскомъ бракѣ. Но если и среди клерикаловъ находились и находятся нынѣ отдѣльные просвѣщенные представители, стоящіе за секуляризацію брака даже въ интересахъ самого духовенства и его престижа, то въ массѣ своей священство не склонно

послѣднее время въ нѣкоторыхъ странахъ браки безъ участія должностныхъ лицъ, въ присутствіи однихъ свидѣтелей. Это браки in articulo mortis, совершаемые вслѣдствіе угрожающей нуптуріенту смерти и невозможности обратиться къ оффиціальному порядку, по аналогіи со словеснымъ духовнымъ завѣщаніемъ. См. Бразильское Гражд. Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 199, особый параграфъ, нѣм. изд. Heinsheimer 1928.

[1]) Объ этомъ говорилось въ свое время и въ Россіи, но конечно лишь „теоретически“. Слѣдуетъ вспомнить о Боровиковскомъ, который еще въ 1902 г. указывалъ на неизбѣжность введенія въ Россіи гражданскаго брака, будучи, по существу, горячимъ сторонникомъ этого института; см. его статью „Бракъ и разводъ“, Журн. Мин. Юст., 1902 г. № 8, стр. 60, 50.

выпустить изъ рукъ такое мощное орудіе, какъ бракъ, и продолжаетъ сопротивляться. Въ результатѣ тутъ и тамъ побѣда только частичная, приводящая не къ чему иному, какъ къ факультативному гражданскому браку [1]). Даже въ тѣхъ странахъ, гдѣ гражданскій бракъ окончательно торжествуетъ, удавалось создать какую-либо оговорку или даже простую „неясность“ въ пользу церкви. Въ Швейцаріи, напр., законъ гласитъ: Die Traung erfolgt öffentlich in dem Traungslokal vor zwei mündigen Zeugen. По настоянію духовенства, къ закону прибавлено: Im übrigen bleibt die kirchliche Ehe als solche von den Bestimmungen dieses Gesetzes unberührt. Эта послѣдняя фраза даетъ поводъ, кому нужно, толковать законъ въ томъ смыслѣ, будто въ случаѣ нежеланія брачущихся слѣдовать постановленіямъ о гражданскомъ бракѣ, они могутъ совершать его въ церковномъ порядкѣ. Противъ такого толкованія справедливо возстали швейцарскіе юристы, утверждая съ основаніемъ, что на самомъ дѣлѣ законъ не знаетъ иной обязательной формы брака, кромѣ гражданскаго [2]). Мало по малу государственная точка зрѣнія беретъ верхъ. Бракъ становится исключительнымъ дѣломъ государства, нормы о гражданскомъ бракѣ пріобрѣтаютъ значеніе jus cogens и публично-правовой характеръ. Постепенно клерикализмъ всѣхъ религій въ данномъ вопросѣ терпитъ умаленіе. Но этимъ не умаляется сама религія, ибо нуптуріенты, при желаніи, могутъ обращаться и къ духовному вѣнчанію, двери храма имъ не закрыты. Церковному вѣнчанію, какъ дѣлу религіозной совѣсти брачущихся, не слѣдуетъ лишь притязать на роль принудительнаго правового института: эта роль принадлежитъ исключительно гражданской формѣ брака. Правда, отовсюду идутъ одни и тѣ же указанія, что населеніе, въ массѣ, особенно женская часть его, даже и по введеніи гражданской регистраціи брака продолжаетъ тяготѣть къ церковному вѣнчанію, видя въ немъ наиболѣе надежное средство укрѣпленія брачныхъ узъ, а въ гражданскомъ бракѣ усматривая чуть ли не легализованную форму конкубината, но это пережитокъ, который неизбѣжно долженъ со временемъ исчезнуть и съ которымъ государство, какъ воспитатель народа (въ нѣкоторомъ родѣ), обязано бороться усердно и неустанно.

---

[1]) Такая факультативная форма намѣчается проектируемыми правилами и для Литвы.

[2]) См. Curti—Forrer, cit, S. 102.

Недѣйствительный бракъ.

Во вниманіе къ особому значенію брака, законъ ограничиваетъ возможность признанія его недѣйствительности только точно опредѣленными случаями, внѣ которыхъ никакое усмотрѣніе не можетъ имѣть мѣста. Изъ изложеннаго выше вытекаетъ, каковы эти случаи, именно, это—отсутствіе свободнаго согласія, недостиженіе установленнаго возраста (cum grano salis), запрещенныя степени родства и свойства, существованіе прежняго неуничтоженнаго брака и несоблюденіе важнѣйшихъ формальностей заключенія брака. По нѣкоторымъ законодательствамъ сюда прибавляется еще вступленіе въ бракъ лица, осужденнаго за убійство или покушеніе на убійство одного изъ супруговъ, съ другимъ супругомъ [1]). По Пол. о союзѣ брачномъ 1836 г. [2]), недѣйствителенъ, кромѣ того, бракъ, совершенный ненадлежащимъ священникомъ, но такое правило—совершенно исключительное, не-находящее себѣ нигдѣ подобія. Какъ сами заинтересованные, т. е. супруги, такъ и лица, права которыхъ нарушаются этими браками, могутъ домогаться признанія ихъ недѣйствительными [3]). Но и само государство имѣетъ законный интересъ въ уничтоженіи такого брака и вступается нерѣдко въ эти дѣла обычно черезъ прокуратуру. Конечно, и при возбужденіи уголовнаго дѣла судъ ex officio вправѣ также признать ничтожнымъ бракъ въ своемъ приговорѣ, по общимъ правиламъ уголовнаго процесса. Однако, если бракъ заключенъ съ недостаткомъ волеизъявленія либо констатируется отсутствіе согласія или закономѣрной воли—неполнолѣтіе, ошибка, обманъ, принужденіе—, то требованіе можтъ быть предъявлено только потерпѣвшимъ супругомъ (Anfechtbarkeit der Ehe) путемъ иска, непередаваемаго и не переходящаго по наслѣдству. Въ этихъ случаяхъ донустимо послѣдующее одобреніе—ratihabitio—брака, вмѣшательство же постороннихъ лицъ, а тѣмъ болѣе государства было бы совершенно неумѣстнымъ. Приведенная только что недѣйствительность есть относительная въ противоположность указанной выше, имѣющей абсолютное значеніе [4]). Признаніе брака недѣй-

[1]) Codice civile, Art. 62. Эта норма содержалась и въ австрійскомъ Кодексѣ, но Čecho-Slov. ея не принялъ, см. § 126.

[2]) ст. 91.

[3]) См. ст. 4 Уст. Гражд. Судопр.

[4]) По возрастному признаку лишь очень ранніе, „дѣтскіе“ браки, подходятъ подъ категорію не относительной, а абсолютной недѣйствительности.

ствительнымъ влечетъ in integrum restitutio,—бракъ какъ бы никогда не существовалъ. Но третьи добросовѣстныя лица и здѣсь находятъ надлежащую защиту своихъ интересовъ. Поскольку дѣло идетъ объ ихъ правахъ, уничтоженный бракъ мыслится какъ дѣйствительный. Можно сказать, что сама тѣнь его охраняетъ юрид. акты, совершенные посторонними въ неизвѣстности о его смертномъ порокѣ. Въ состояніи защищеннаго закономъ находится и добросовѣстный супругъ при недобросовѣстности второго супруга: положеніе перваго въ отношеніи правъ, вытекающихъ изъ брака, въ томъ числѣ и права на содержаніе такового, какъ будто бракъ расторгнутъ былъ разводомъ и притомъ по винѣ другого супруга [1]).

Прекращеніе брака (разводъ).

Бракъ дѣйствительный прекращается либо кончиной супруга либо разводомъ. Бракъ-союзъ пожизненный; смерть одного изъ супруговъ—естественный его конецъ. Къ смерти приравнивалось въ прежнее время вступленіе въ монашество [2]) Постриженіе, какъ извѣстно, было торной дорогой къ разнымъ злоупотребленіямъ: имъ пользовались и властитель и частное лицо въ цѣляхъ освободиться отъ нежеланной супруги (заточеніе въ монастырь). Поэтому и въ прежнія времена искали и находили средства препятствовать этому искусственному способу разрушенія брачнаго союза, „весьма близкому къ расторженію брака по произволу супруговъ и долженствующему вызывать нерѣдко психическое принужденіе слабѣйшей стороны къ поступленію въ монашество“ (Пр. Гр. Ул.). Нынѣ постриженіе не влечетъ за собой прекращенія брака.

При жизни супруговъ бракъ расторгается только разводомъ, т. е. уничтоженіемъ брачныхъ узъ на основаніи рѣшенія подлежащаго суда. По идеѣ своей бракъ, въ противоположность обычн. договорамъ, характеризующимся срочностью и временностью, есть союзъ постоянный. Изложенное въ Евангеліи правило „еже Богъ сочета, человѣкъ да не разлучаетъ“ имѣетъ подтвержденіе въ нравственно-общественномъ значеніи брака и можетъ быть перефразировано на обычномъ языкѣ такимъ образомъ, что любовь должна соединять супруговъ въ постоянной неразлучной жизни [3]) Однако дѣйствительность показываетъ, что

---

[1]) Ср. BGB, § 1345.

[2]) См. Пол. о Союзѣ брачн. 1836 г., ст. 60.

[3]) Что въ идеалѣ бракъ подлежитъ расторженію только смертью супруга, за это говорятъ мораль, религія, антропо-

союзъ супруговъ становится часто невыносимымъ бременемъ, той осажденной крѣпостью, изъ которой всѣми силами ищутъ выхода. Огонь любви потухаетъ, остаются испепеленныя надежды, угасшія привязанности да страстное желаніе расторгнуть брачныя узы. Снисходя къ такому положенію вещей, право допускаетъ возможность разводовъ въ извѣстныхъ границахъ. Помимо всего прочаго, насильственное оставленіе супруга въ бракѣ, когда послѣдній оказывается нетерпимымъ, не только создаетъ склонность къ безнравственности, къ образованію нелегальныхъ связей и нелегальныхъ семействъ, но часто приводитъ къ тяжкимъ преступленіямъ убійствъ, отравленій. Правда, легкая расторжимость брака оскорбляетъ самую идею брака. Возможность получить разводъ по каждому поводу ведетъ нерѣдко къ семейному безрасудству. Какое-нибудь случайное столкновеніе въ семейной жизни, создающее въ воспламененномъ воображеніи супруговъ мысль о необходимости немедленно разойтись, вскорѣ испаряется, какъ временная навязчивая идея, получаетъ другой смыслъ, теряя свою остроту для супруговъ, которые могли бы считать себя потомъ несчастными, если бы дѣйствительно развелись подъ вліяніемъ охватившаго ихъ временнаго настроенія. Правда и то, что разводъ существенно отражается въ матеріальномъ и моральномъ отношеніи на семьѣ, на дѣтяхъ. Но возможно ли настолько насиловать волю супруговъ, чтобы предписывать имъ принудительное сожительство, противъ ихъ желанія, во имя ихъ „собственныхъ интересовъ“ или интересовъ дѣтей? Безплодный физическій бракъ не обреченъ на гибель, но нравственно безплодный бракъ губителенъ для психики и этики. Впрочемъ, даже для нравственнаго развитія ребенка иногда предпочтительнѣе разводъ родителей, чѣмъ такая насильственная жизнь ихъ, проживаніе „на двухъ разныхъ половинахъ дома“, постоянная трудно скрываемая непріязнь между ними и т. д. Лучше разъ навсегда покончить съ союзомъ, влачащимъ болѣзненное существованіе надломленнаго дерева, разбитой вазы. Ища выхода изъ лабиринта противорѣчій въ данномъ случаѣ, право издавна отыскивало среднюю компромиссную линію, именно, устанавливало перечень обстоятельствъ, которыя самимъ закономъ признаются кореннымъ нарушеніемъ брачнаго союза и ведутъ къ разводу.

Въ древнія времена разводъ былъ одностороннимъ актомъ: это было право мужа отпустить свою жену—repudium. Въ старомъ Римѣ развода могъ требовать сначала только мужъ, лишь впослѣдствіи и

логія, соціологія, политика, Santangelo Spotto, Diritto civille, 1924, p. 105, 106.

жена получила это право. Императоръ Александръ Северъ объявилъ, что браки должны быть свободны, вслѣдствіе чего лишается силы условіе, имѣющее въ виду воспретить разводъ. Почему именно христіанство выступило такъ энергично противъ свободы разводовъ, истинныя причины этого трудно понять, но, повидимому, здѣсь сыграло значительную роль желаніе реагировать на слишкомъ большую легкость разводовъ не только у язычниковъ, но и у евреевъ и, конечно, забота о судьбѣ дѣтей—„малыхъ сихъ". Церковное ученіе возымѣло свое дѣйствіе, распространенію этого ученія много содѣйствовала католическая церковь. При Карлѣ Великомъ стала распространяться повсюду религіозная точка зрѣнія недопустимости развода, а затѣмъ дѣла о разводахъ перешли къ духовенству, примѣнявшему къ нимъ только церковное право. Каноническое право признавало разводъ лишь между не-христіанами. Тридентскому Собору 1563 г. уже не трудно было прокламировать нерасторжимость брака, какъ вѣчнаго союза и таинства. Мысль Тридентскаго Собора, какъ она усвоена была затѣмъ папской доктриной, заключалась въ томъ, что вслѣдствіе дозволенія развода взаимная привязанность ослабляется, невѣрность получаетъ пагубное поощреніе, воспитаніе дѣтей подвергается опасности [1]). Взамѣнъ развода допущено было отлученіе супруговъ отъ стола и ложа—separatio a mensa et thoro—, существующее у католиковъ до сихъ поръ. Въ Германіи отлученіе отъ стола и ложа было упразднено закономъ, вступившимъ въ силу 1 января 1876 г., его замѣнилъ разводъ, допускаемый при наличности причинъ, по которымъ ранѣе дозволялась separatio. Впослѣдствіи, однако, подъ вліяніемъ римско-католической церкви отлученіе оказалось возстановленнымъ, но подъ именемъ Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft и съ тѣмъ, что, по желанію одной изъ сторонъ, оно превращается въ разводъ. Въ Англіи, напротивъ, сепарація—divorce a mensa et thoro—дается по тѣмъ основаніямъ, которыя для требованія развода—divorce a vinculo matrimonii—недостаточны [2]).

---

[1]) См. у Загоровскаго, Курсъ Семейнаго Права, 1909 г., стр. 66.

[2]) См. Schuster, The principles of german law, 1907, p. 524, Chase, Blakstone Commentaries on the laws of England, 1925, 151 f, 663 f. Въ виду затруднительности для католиковъ развода (разрѣшеніе Ватикана и пр.) бываютъ случаи отпаденія отъ католичества со спеціальной цѣлью расторгнуть бракъ. Въ послѣднее время явилась какъ будто тенденція измѣнить это положеніе и облегчить супругамъ окончательное расхожде-

Другія христіанскія вѣроисповѣданія, не усвоившія понятія брака—таинства, а также не-христіанскія религіи мирились съ разводами въ довольно широкомъ масштабѣ, между прочимъ, при супружеской невѣрности, жестокости супруга и злостномъ оставленіи. Въ Англіи разводъ сталъ допускаться въ эпоху реформаціи, но за отсутствіемъ законовъ приходилось прибѣгать каждый разъ къ парламентскому разрѣшенію[1]). Прусское Земское Право признало въ числѣ поводовъ къ разводу также неодолимое отвращеніе и—взаимное согласіе супруговъ. Французская революція отмѣнила прежнія преграды и узаконила разводы по взаимному согласію. Главнымъ основаніемъ развода стало отнынѣ несходство характеровъ: incompabilité del'humeur—consentement mutuel. Впослѣдствіи однако разводъ былъ введенъ въ болѣе узкія рамки, а соглашеніе супруговъ, какъ основаніе къ разводу, стало исчезать, не безъ вліянія со стороны клерикаловъ[2]). Въ послѣднее время оно вновь выдвигается впередъ въ связи съ общей переоцѣнкой цѣнностей и перестройкой общественныхъ отношеній.

Въ Россіи въ прежнія эпохи разводъ практиковался весьма часто. При реальномъ взглядѣ на бракъ, какъ союзъ для половыхъ сношеній и долго сохранявшемся вліяніи остатковъ древнѣйшей половой свободы, вольное расторженіе брака одной стороной было вполнѣ естественнымъ явленіемъ. Допускался разводъ и по свободному согласію. „Какъ мы по своей волѣ сошлись,—такъ по доброй волѣ и разойдемся". Не только прелюбодѣяніе жены вело къ расторженію брака, но даже непристойное ея поведеніе, къ которому относилось и мытье въ одной банѣ съ мужчинами и посѣщеніе цирка и театра. Составляли поводы къ разводу безплодіе жены, неспособность мужа, душевная болѣзнь жены, постриженіе супруга въ монастырь. Впослѣдствіи, въ XVIII в., выдвинуты были оффиціальные поводы, какъ двоебрачіе, безвѣстное отсутствіе, ссылка. Петръ Великій много думалъ надъ вопросомъ о

ніе, когда иного выхода изъ создавшагося положенія нѣтъ. Нѣкоторые имѣвшіе мѣсто въ послѣднее время случаи развода и вступленія затѣмъ въ новый бракъ извѣстныхъ міру лицъ (католиковъ) отчасти подтвердили эту тенденцію.

[1]) Этотъ порядокъ удержался до середины прошлаго вѣка, когда введенъ былъ судебный разводъ—dissolution.

[2]) Въ Code Civil, по настоянію Наполеона, желавшаго развестись съ Жозефиной, былъ установленъ разводъ по соглашенію, съ извѣстными ограниченіями въ отношеніи возраста супруговъ и времени состоянія въ бракѣ. Въ 1884 г. это отмѣнено, См. Schreuer, cit. s. 410.

разводахъ, желая поставить ихъ на уровень европейскихъ понятій объ этическихъ свойствахъ брака. Передавая дѣла о разводахъ церковному суду (1722 г.), онъ указалъ и перечислилъ всѣ тѣ основанія, при которыхъ разводъ считается дѣйствительнымъ. Между прочимъ, этотъ царь старался уравнить права мужчинъ и женщинъ въ данномъ отношеніи. Императрицы, царствовавшія затѣмъ, продолжали это начинаніе. Поддержку этому стремленію оказали утвердившіяся религіозныя воззрѣнія на бракъ. Дальнѣйшая исторія Россіи шла въ сторону всяческаго ослабленія практики разводовъ, по пути не содѣйствія, а препятствованія разводу. Улучшеніе положенія женщины сказалось въ уничтоженіи т. наз. разводныхъ писемъ, отпускныхъ, посредствомъ которыхъ мужъ могъ свободно отказаться отъ своей жены. Упрочились брачныя и семейныя узы—стали уменьшаться цифры разводовъ [1]).

Въ настоящее время нормы о разводѣ и поводахъ къ нему представляютъ собою еще довольно пеструю картину у насъ и на Западѣ. Италія, Испанія, Польша и другія католическія страны не признаютъ развода вовсе по тому мотиву, что matrimonium validum ratum et consumatum только смерть въ состояніи уничтожить, и замѣняютъ его сепараціей отъ стола и ложа по важнымъ причинамъ, какъ прелюбодѣяніе и пр.[2]). Съ другой стороны, свободный разводъ по обоюдному согласію признаетъ Бельгія и нѣкоторыя вновь образовавшіяся государства (въ томъ числѣ Литва, по изготовленному проекту). Замѣтимъ, что даже

---

[1]) Азаревичъ, выдающійся юристъ и историкъ права, когда-то пророчествовалъ: „Если не зародятся совершенно новые жизненные факторы, то въ будущемъ можно ожидать только болѣе полнаго и всеобщаго осуществленія въ русской жизни тѣхъ основъ брачной связи, въ которыхъ, думаемъ, заключаются теперь единственныя условія супружскаго счастія". (Русскій бракъ, Журн. Гр и Уг. права, 1880 г., кн. VI, стр. 139).

[2]) Въ Италіи существуетъ гражданскій бракъ, тѣмъ не менѣе Art. 148 Codice Civile—гласитъ: il matrimonio non si sciogle che colla morte di uno dei coniugi, e ammessa pero la loro separazione personale.—Сепарація имѣетъ по католическимъ законамъ сложный характеръ, будучи постоянной или временной, на tempus certum и tempus incertum, ею въ нѣкоторыхъ случаяхъ могутъ пользоваться (по австрійскому началу) и не католики и даже не-христіане. Javorski, Pravo Cyvilne na ziemiach polskich, t. 1, str. 203.—Католическая церковь признаетъ расторженіе брака, еще не консумированнаго (вслѣдствіе неспособности супруга къ супру-

въ лютеранскихъ странахъ, гдѣ поводы къ разводу многочисленны, соглашеніе сторонъ не допускается. Существуетъ тенденція облегчить разводъ, давая его, кромѣ опредѣленныхъ отдѣльныхъ случаевъ, еще при такъ называемой Zerrüttung der Ehe, т. е. при такомъ положеніи брака, когда дальнѣйшее сожительство невозможно физически или нравственно, хотя бы никакой вины на сторонѣ супруговъ не было [1]). Состояніе Zerrüttung предполагаетъ, что супруги уже живутъ раздѣльно фактически, но это не обязательно: судъ не лишенъ возможности признать это состояніе и при совмѣстномъ жительствѣ супруговъ, по даннымъ дѣла [2]).

Однако, большинство законодательствъ продолжаетъ еще указывать особыя конкретныя причины, которыя только и могутъ влечь притязаніе на разводъ.

Сюда относится прежде всего супружеская невѣрность. Разграниченіе между невѣрностью жены и мужа не дѣлается (противоположное, одіозное для женщины правило прежняго французскаго закона отмѣнено во Франціи въ 1884 г.). Обиженный супругъ не вправѣ, однаго, требовать развода, если онъ согласился заранѣе на измѣну или простилъ ее впослѣдствіи [3]). Супругъ, возбудившій уголовное преслѣдованіе противъ виновнаго въ нарушеніи вѣрности, принципіально, не долженъ быть лишенъ права требовать и расторженія брака.

жескому сожительству, вступленія въ монашество и проч.). Это—инконсумація, допустимая до момента, когда inter coniuges locum habuerit coniugalis actus. Инконсумація большей частью требуетъ разрѣшенія Папскаго Престола и осуществляется по правиламъ, вновь изданнымъ въ маѣ 1923 г. См. Šaulis, Kanoniškojo proceso teisė, 1927, p. 357, 358.

[1]) См. Schw. ZGB, Art. 142.

[2]) Между тѣмъ въ Германіи вырабатываемый проектъ новаго закона о разводѣ, признавая принципъ развода, какъ слѣдствія der obiektiven Ehezerrüttung, требуетъ, однако, чтобы супруги предварительно прервали совмѣстное жительство въ теченіе времени не менѣе года, дабы тѣмъ подтверждена была „неизлѣчимость развода". Это—одинъ изъ существенныхъ недостатковъ реформы. См. Hackenburg, „Juristische Rundschau", ĐJZ, 1928, H. 6, S. 429.

[3]) Пр. Гр. Ул., ст. 297, BGB § 1565, Schw. ZGB, § 137, Čecho-Slov., § § 137, 138. Ни BGB, ни Пр. Гр. Ул. не упоминаютъ о прощеніи, но устанавливаютъ взамѣнъ этого (какъ и другія законодательства) для подобныхъ исковъ краткіе сроки давности, съ истеченіемъ которыхъ какъ бы презюми-

Несогласное съ этимъ постановленіе Уст. Гр. Судопр. [1]) объясняется тѣмъ, что дѣла о разводахъ принадлежали духовному суду, который къ тому же самъ наказывалъ виновнаго по правиламъ церковнымъ (non bis in idem). Пр. Гр. Ул., слѣдуя за Уст. Уг. Судопр., прибавляетъ еще то соображеніе, что „желательно, чтобы всякое дѣло о расторженіи брака за прелюбодѣяніе одного изъ супруговъ начиналось въ гражданскомъ, а не уголовномъ судѣ", въ интересахъ болѣе легкаго примиренія супруговъ [2]). Но этого соображенія недостаточно: нельзя преградить обиженному супругу доступъ въ гражданскій судъ только потому, что онъ завелъ уголовное дѣло. Съ секуляризаціей бракоразводнаго процесса супруги непремѣнно сами предпочтутъ гражданскій судъ.

Правильны ли отклоненія просьбы о разводѣ по той причинѣ, что самъ проситель нарушилъ супружескую вѣрность,—какъ то устанавливаетъ Пр. Гр. Ул.? [3]). Едва ли. Невѣрность нарушаетъ основу брака и, за изъятіемъ случая примиренія и прощенія, ничто не можетъ освободить отъ послѣдствій этого нарушенія. Зачетъ невѣрностей недопустимъ и не признается законодательствами Запада [4]).

Основаніемъ къ расторженію брака служитъ, далѣе, неспособность одного или обоихъ супруговъ къ брачному сожительству. Она устанавливается судомъ по обстоятельствамъ дѣла и можетъ быть не только физической, но и психической (чрезмѣрное опасеніе и навязчивая идея, препятствующія супружескимъ сношеніямъ и пр.). Неспособность должна быть либо прирожденная либо во всякомъ случаѣ добрачная. Сюда же относится скопчество добрачное и побрачное [5]). Законы Запада объ

руется — praesumptio juris et de jure—прощеніе. Čech-Slov. приравниваетъ къ прощенію Fortsetzung des ehelichen Verkehrs, § 138 (2). Думается, однако, что это не вполнѣ обосновано и что продолженіе супружескихъ сношеній, пока бракъ еще существуетъ, нельзя счесть безусловнымъ доказательствомъ отреченія отъ притязанія на разводъ за супружескую невѣрность.

[1]) Ст. 1016.

[2]) Ст. 296, Объяснен., II, т. I, 1902, стр. 325.

[3]) Ст. 298.

[4]) О такомъ зачетѣ упоминали только Полож. о Союзѣ брачн., ст. 63, и Уст. Иностран. Исповѣд. относительно лютеранъ.

[5]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 301.

этой причинѣ не упоминаютъ, исходя изъ того, что всякая добрачная неспособность есть обстоятельство, которое можетъ быть отнесено къ категоріи ошибокъ, ведущихъ къ недѣйствительности брака. Практически и согласно житейскимъ традиціямъ представляется болѣе правильнымъ трактовать въ данномъ случаѣ о разводѣ, а не о ничтожности брака.

Въ отношеніи жестокаго обращенія съ супругомъ, какъ основанія къ разводу, отдѣльные кодексы нѣсколько различаются между собою. Одни ограничиваются случаями посягательства на жизнь[1]), другіе принимаютъ во вниманіе и посягательства на здоровье [2]). Третьи трактуютъ также о тяжкихъ посягательствахъ на честь, наряду съ эксцессами и жестокостями [3]), четвертые—о посягательствѣ на жизнь и тяжкихъ злоупотребленіяхъ [4]), пятые, наконецъ,—о посягательствѣ на жизнь и здоровье и многочисленныхъ злоупотребленіяхъ [5]).

Расторженіе брака можетъ явиться результатомъ безвѣстнаго отсутствія, согласно общимъ правиламъ о безвѣстномъ отсутствіи и его послѣдствіяхъ. Правила о безвѣстномъ отсутствіи фактически примѣняются всего чаще именно къ браку [6]). (Спеціально здѣсь приходится имѣть въ плоскости вниманія лишь вліяніе на бракъ обстоятельства обнаруженія безвѣстно отсутствующаго, о чемъ рѣчь уже была въ общемъ ученіи о безвѣстномъ отсутствіи). Кромѣ безвѣстнаго отсутствія, не предполагающаго никакой вины, учитывается еще злостное оставленіе супруга. При этомъ либо прямо устанавливается срокъ оставленія (по BGB—1 годъ, по Schw. ZGB—2 года), требуемый

---

[1]) BGB, § 1566.

[2]) Пр. Гр. Ул., ст. 293.

[3]) Code civil, Art. 231,—sévices ou injures graves.

[4]) Schw. ZGB, Art. 138 — „dem Leben nachgestellt, oder schwer misshandelt, oder eine schwere Ehekränkung zugefügt“ (Прежнее швейц. право не признавало жестокое обращеніе съ супругомъ, посягательство и пр. поводами къ расторженію брака).

[5]) Čecho-Slov., § 137(2).

[6]) Поэтому дѣйствующій нашъ законъ, X т., I ч., особо упоминаетъ о безвѣстномъ отсутствіи по отношенію къ расторженію брака, стт. 45 п. 3, 54. Также узаконеніе 14 января 1895 г. создало порядокъ удостовѣренія безвѣстнаго отсутствія лишь для расторженія брака. См. Пр. Гр. Ул., Объясненія, II, т. I, 1902, стр. 289.

для расторженія брака, либо вопросъ о продолжительности оставленія предоставляется всецѣло усмотрѣнію суда [1]). Дѣйствующее наше право не содержитъ по этому поводу никакихъ постановленій, не вводитъ ихъ и Пр. Гр. Ул.

Лишеніе правъ состоянія считается у насъ основаніемъ къ расторженію брака по старой традиціи, въ силу которой лишеніе правъ было связано обычно съ ссылкой (въ Сибирь, на Сахалинъ). Однако, этотъ пережитокъ стараго не отвѣчаетъ современности. Фактически и раньше обращалось вниманіе даже со стороны оффиціальныхъ учрежденій, напр. Святѣйшаго Синода, на нравственныя неудобства такого разлученія супруговъ при осужденіи, тѣмъ болѣе, что ссылку не всегда можно было отождествлять съ невозвращеніемъ и брачной смертью [2]). Присужденіе супруга къ наказанію и лишенію правъ есть семейное несчастье, изъ котораго другой супругъ не долженъ извлекать для себя правъ и выгодъ. Можно было бы еще говорить о преступленіяхъ позорящихъ или свидѣтельствующихъ о глубокой испорченности и вырожденіи [3]). Но это было бы также рискованнымъ нововведеніемъ, тѣмъ болѣе, что уголовное право еще далеко отъ возможности фиксированія понятія преступнаго типа вообще [4]).

Можно ли считать сумасшествіе супруга поводомъ къ расторженію брака, это вызвало страстные, далеко еще не оконченные споры. По мнѣнію однихъ, обязывать жить съ супругомъ, лишеннымъ разсудка на долгое время, быть можетъ навсегда, было бы противорѣчіемъ идеѣ брака и легко вело бы къ преступленіямъ. Иные, наоборотъ, находятъ безнравственнымъ и безчеловѣчнымъ требовать развода съ такимъ супругомъ, который, благодаря психической ненормальности, какъ разъ нуждается въ попеченіи другого супруга. Въ концѣ концовъ на признакѣ душевной болѣзни остановились только нѣкоторые кодексы [5]). Другія законодательства, какъ французское, а также

---

[1]) Čecho-Slov., § 137, (2c) даетъ право на разводъ при böswillige Verlassung безъ всякаго срока, но требуетъ предварительнаго судебнаго вызова.

[2]) См. Пр. Гр. Ул., Объясн., II т. I, 1902, стр. 290 и сл.

[3]) Ср. Čecho-Slov., § 137, (2) (b).

[4]) Характерно, что въ XVIII в. въ Россіи злоумышленіе на жизнь государя давало поводъ къ разводу; это считалось самымъ позорнымъ преступленіемъ (косвенно и суверену обезпечивалось этимъ больше безопасности).

[5]) BGB, § 1569, Schw.ZG, Art. 141, Čecho-Slov., § 137(2)9) упо-

Пр. Гр. Ул. и дѣйствующее наше право этого повода къ разводу не принимаютъ, и, нужно замѣтить, весьма основательно. Дѣло не въ томъ, что трудно констатировать степень психической болѣзни и ея продолжительность, а въ томъ, что душевное заболѣваніе супруга есть такое же бѣдственное приключеніе въ семьѣ, какъ и другія болѣзни, вродѣ, напр., паралича, также исключающаго порою всякую возможность нормальной супружеской жизни на долгіе годы. Съ этимъ, какъ это ни тяжело, приходится мириться, ибо человѣкъ доступенъ въ жизни разнымъ горечамъ и несчастіямъ, и нельзя во имя идеи „брака" отшатываться отъ близкаго лица, впавшаго въ безвыходное положеніе, внѣ какой-либо вины своей. Гораздо правильнѣе, быть можетъ, допускать разводъ при пріобрѣтенной или скрытой прилипчивой, венерической болѣзни супруга, опасной для другого супруга, однако объ этомъ законы какъ разъ умалчиваютъ. Правда, нѣкоторые признаютъ Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung [1]) (съ извѣстными ограниченіями), но едва ли заразительное половое заболѣваніе всегда можно причислить къ явленіямъ, вызывающимъ „неодолимое отвращеніе". Впрочемъ, этотъ вопросъ еще не созрѣлъ достаточно въ общественномъ правосознаніи и требуетъ дальнѣйшаго изслѣдованія.

Синтезъ положительныхъ нормъ брачнаго права приводитъ къ заключенію, что безусловными и прочными поводами къ разводу нынѣ можно считать: супружескую невѣрность, тяжкія злоупотребленія, угрожающія, между прочимъ, жизни, здоровью, или чести супруга и нарушающія основу брачной жизни [2]).

минаетъ о dauernde oder periodisch verlaufende Geisteskrankheit, а также о другихъ психическихъ и даже нервныхъ страданіяхъ, эпилепсіи, запоѣ и пр.

[1]) Čecho-Slov., § 137 (3).

[2]) Обыкновенно причины развода дѣлятъ на абсолютныя и относительныя, причисляя къ первымъ такія, которыя съ достаточной опредѣленностью указываются самимъ закономъ, и ко вторымъ—такія, значеніе которыхъ для дѣла должно быть каждый разъ обсуждаемо по конкретнымъ даннымъ. Такъ, супружеская невѣрность—причина абсолютная, жестокое обращеніе—относительная (ибо необходимо взвѣсить размѣры и свойства такового). Такъ какъ перечисленіе всѣхъ поводовъ къ разводу, какъ засвидѣтельствовано жизнью, оказывается для законодателя весьма трудной задачей; то стала замѣчаться въ послѣднее время новая тенденція: именно, кромѣ указаній отдѣльныхъ основаній, еще въ общей формѣ опредѣляется, что бракъ можетъ быть расторгнутъ,

Въ ряду обстоятельствъ, приводящихъ къ разводу, требуетъ себѣ признанія и взаимное согласіе супруговъ. Не взирая на сопротивленіе со стороны разныхъ круговъ и теченій, свободное согласіе въ будущемъ должно стать въ центрѣ всѣхъ основаній къ расторженію брака. Прежнія попытки, сдѣланныя Прусскимъ Земск. Уложеніемъ въ XVIII в. и Французскимъ кодексомъ въ началѣ XIX в., не увѣнчались успѣхомъ въ виду тогдашняго „соотношенія общественныхъ силъ". Нынѣ личность значительно окрѣпла, искусственныхъ цѣпей надъ собою не признаетъ. И самъ коллективъ найдетъ силу своего бытія и развитія въ иныхъ факторахъ и достиженіяхъ, нежели въ принудительныхъ брачныхъ союзахъ. Устранить свободу соглашенія при расторженіи соединенія, которое по соглашенію возникаетъ и по существу только свободнымъ согласіемъ можетъ держаться, государству въ настоящее время и не легко удается, да едва ли это дѣйствительно необходимо. Въ большинствѣ разбираемыхъ дѣлъ о разводѣ судъ уже и нынѣ задается прежде всего вопросомъ о дѣйствительномъ желаніи обоихъ супруговъ Коль скоро можно будетъ констатировать, что свободное согласіе—не плодъ минутнаго каприза, а результатъ обдуманнаго и серьезнаго желанія, государству останется дать свою санкцію.

Какъ и дѣла о недѣйствительности брака, споры о разводѣ въ гражданскомъ судѣ разбираются въ общемъ порядкѣ гражданскаго процесса. При устраненіи согласія изъ числа поводовъ процессъ о разводѣ отличается нѣкоторыми особенностями въ смыслѣ стѣсненія состязательности, ограниченія правъ тяжущихся относительно значенія ихъ заявленій и признаній. Напротивъ, съ тѣмъ или инымъ допущеніемъ консенса не будетъ подобнаго основанія стѣснять самодѣятельность сторонъ на судѣ и опасаться ихъ злоупотребленій, такъ что бракоразводный процессъ немногимъ будетъ разниться отъ другихъ гражданскихъ производствъ.

Церковный разводъ совершается по правиламъ соотвѣтственной религіи духовными властями (духовнымъ судомъ). Дальнѣйшее опредѣленіе порядка судопроизводства, а также разграниченіе подсудности принадлежитъ нормамъ гражданскаго и духовнаго процесса [1]).

если налицо имѣется такое потрясеніе брачныхъ отношеній, при которомъ нельзя ожидать отъ супруговъ продолженія брачной жизни. Этотъ взглядъ со всей ясностью усвоенъ пока только Schw. ZGB, Art. 142.

[1]) Недостатки стараго русскаго церковнаго бракоразводнаго процесса общеизвѣстны. Это былъ судъ формальный, не гласный, слѣдственный: всѣ пороки дореформеннаго суда

Права и обязанности въ бракѣ.

Бракъ—это сліяніе личностей мужа и жены, такъ что „существуетъ уже единое лицо, а не два различныхъ". Это достигается болѣе въ отношеніяхъ личныхъ, чѣмъ имущественныхъ. Практика показываетъ, что супруги могутъ имѣть отдѣльное имущество и это чистотѣ брачныхъ отношеній не препятствуетъ. Напротивъ, общность личныхъ интересовъ и личныхъ правъ составляетъ сущность и основу брака.

Личныя правоотношенія супруговъ регулируются самимъ закономъ и могутъ быть измѣняемы договоромъ, съ тѣмъ ограниченіемъ, что такія измѣненія не должны посягать на общія основы строенія семьи и добрые нравы [1]). Эти правоотношенія приводятъ къ тому, что жена пріобрѣтаетъ въ своемъ лицѣ права мужа по званію, состоянію, а также фамилію мужа, между супругами создается обязанность алиментаціи, совмѣстное мѣстожительство и обязанность взаимнаго полеченія, взаимнаго уваженія и любви. Каждая изъ этихъ обязанностей имѣетъ свое значеніе.

Обязанность любить другъ друга не есть что то выполнимое принудительно, но она учитывается при опредѣленіи послѣдствій поведенія супруга въ отношеніи другого, при сужденіи о винѣ и невинности.

свили себѣ здѣсь надежное гнѣздо, отразились, „какъ солнце въ малой каплѣ воды". Духовный судъ съ „очевидцами—свидѣтелями" супружеской невѣрности, съ инсценированными прелюбодѣяніями, съ тщательной провѣркой всякихъ случаевъ неспособности къ сожительству по формальнымъ и письменнымъ даннымъ,—былъ анекдотомъ для однихъ и горькой чашей для тѣхъ, чья судьба въ нихъ рѣшалась. Со всѣхъ сторонъ раздавались голоса противъ этого суда, но онъ все такъ же продолжалъ отправленіе своей дѣятельности, съ нѣкоторыми только реформами въ послѣдніе годы. Нынѣ бракоразводный процессъ реорганизуется по началамъ теоріи процесса и практики западныхъ государствъ. Особенно богаты практикой англійскіе суды, въ которыхъ бракоразводные процессы разбираются открыто, съ широкимъ участіемъ сторонъ и ихъ судебныхъ представителей. Изъ Прибалтійскихъ государствъ эти дѣла подчинили судебнымъ установленіямъ Латвія, Эстонія (Тютрюмовъ), нынѣ они передаются общимъ судамъ и въ Литвѣ (по выработанному проекту).

[1]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 309, 1870 г. № 120, Синайскій, Личное и имущественное положеніе замужней женщины, стр. 227. и сл., 317.

Поэтому мы здѣсь имѣемъ дѣло не съ однимъ только чисто нравственнымъ постулатомъ къ данной обязанности право не относится съ равнодушіемъ или пренебреженіемъ. Изъ требованія уваженія и любви вытекаетъ, съ своей стороны, обязанность согласной жизни, супружеской вѣрности, взаимной защиты, облегченія другъ другу трудовъ и немощей [1]). Отсюда же — равноправность и устраненіе господства одного надъ другимъ. Нѣтъ болѣе „власти" мужа, которой въ прежнее время жена должна была безусловно покоряться и которая считалась основой всякаго порядка („у насъ не въ Польшѣ: мужъ жены больше"). Недопустимы никакія мѣры насильственнаго воздѣйствія мужа на жену для приведенія ея въ повиновеніе. Если старые русскіе обычаи давали мужу право наказывать жену, если это право признавалось еще при Петрѣ Великомъ (Указъ 1716 г.), то послѣдующія узаконенія это отмѣнили открыто и молчаливо, и нынѣ не пріемлются только жалобы на неисполненіе супружескихъ обязанностей и на обиды или оскорбленія, наносимыя однимъ супругомъ другому [2]). Жена ни въ какомъ отношеніи не подчинена нынѣ мужу, который есть только primus inter pares. Мужъ, правда, до сихъ поръ еще „глава семьи" [3]). Однако не въ смыслѣ стараго понятія семейнаго деспота, который все въ семьѣ опредѣлялъ своей исключительной волей, а въ смыслѣ лица, имѣющаго преимущественный голосъ при рѣшеніи недоразумѣній и споровъ въ семьѣ, на дѣйствительную пользу послѣдней, что подлежитъ контролю суда. Главенство мужа оправдываютъ его трудоспособностью и тѣмъ, что онъ семью содержитъ и опекаетъ. Это—право, покоющееся на морали и отвѣтственности [4]). Преимущество правъ возлагаетъ на мужа и дополнительныя обязанности.

---

[1]) X т. I ч., ст. 106: „Мужъ обязанъ любить свою жену, уважать, защищать" и т. д., Положеніе о союзѣ брачномъ 1836 г., ст. 208: Мужъ обязанъ любить и уважать свою жену etc. По каноническимъ правиламъ нѣкоторыхъ народовъ (евреевъ) „мужъ обязанъ уважать свою жену болѣе, чѣмъ себя самого, и любить ее, какъ себя самого".

[2]) Рѣш. угол. 1869 г. № 551. Уст. о пред. и прес. прест., Св. Зак., т. XIV, ст. 239.

[3]) X т. I ч., ст. 107, см. также Пр. Гр. Ул., ст. 231, Полож. о союзѣ брачн. 1836 г., ст. 209, Schw. ZG., Art. 160, Čecho-Slov., § 119.

[4]) Синайскій, Личное и имущественное положеніе замужней женщины, 1910 г., стр. 278, Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 112, 113.

Но даже съ такой оговоркой это семейное „главенство" нынѣ многими справедливо отвергается; ни Германское Гражданское Уложеніе, ни Code Civil о немъ не упоминаютъ. Точно также и новѣйшіе шведскіе законы о юридическомъ положеніи дѣтей совершенно устранили различія между супругами, по крайней мѣрѣ, что касается правъ и обязанностей въ отношеніи ребенка [1]).

Если въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ и неизбѣжно предпочесть волю мужа волѣ жены, то это спеціально оговаривается въ кодексахъ [2]). Надо замѣтить, что и эта послѣдняя привиллегія мужа передъ женой не отвѣчаетъ принципу полнаго уравненія мужчинъ и женщинъ передъ закономъ: надлежитъ искать иныхъ путей разрѣшенія семейныхъ разногласій, какихъ бы то ни было, между мужемъ и женой, чѣмъ отдача рѣшающаго голоса первому. Между тѣмъ нынѣ мужъ повсемѣстно опредѣляетъ порядокъ воспитанія дѣтей, избраніе мѣстопребыванія семьи и т. д. Единственная гарантія для жены —это то, что мужъ не долженъ пользоваться своимъ правомъ въ ущербъ ей и семьѣ, не долженъ злоупотреблять своимъ правомъ, иначе жена управомочена не слѣдовать его рѣшенію. Это нынѣ общее правило, независимо отъ того, упоминаетъ ли объ этомъ законъ или нѣтъ.

Въ прежнее время жена пріобрѣтала всѣ сословныя права мужа, не теряя и своихъ, что въ настоящее время, съ упраздненіемъ сословій, лишено уже реальнаго значенія. Другія личныя права мужа, какъ гражданство, званіе и пр., которыя также получаетъ жена по выходѣ замужъ, она сохраняетъ и по смерти мужа и въ случаѣ лишенія его правъ состоянія и при разводѣ. Въ частности, каково положеніе жены въ смыслѣ гражданства, когда мужъ перемѣнилъ таковое, т. е. сталъ иностранцемъ? На этотъ вопросъ русская практика и бо́льшинство русскихъ цивилистовъ давали отвѣтъ: жена вправѣ тогда принять новое гражданство мужа, но вправѣ въ тожѐ время остаться въ прежнемъ гражданствѣ. Напротивъ, нѣкоторые находили, что жена обязательно пріобрѣтаетъ новое гражданство мужа. Первое рѣшеніе, несомнѣнно, болѣе отвѣчаетъ духу нашего закона и въ особенности нынѣшнимъ новымъ представленіямъ о правахъ женщинъ.

Жена именуется фамиліей мужа. Это, въ общемъ, совпадаетъ не только съ закономъ, но и съ обычаями, народными воззрѣнія-

---

[1]) См. Gesetz vom 11 Juni 1929 über eheliche Kinder, § 2, § 4, § 8 и особенно § 6, только Familiennamen дается по отцу (Изд. Nyren, Rechtliche Stellung der Kinder, 1927, S. 30 ff.).

[2]) BGB, § 1354.

ми, общественной моралью и самой сущностью брака. При перемѣнѣ мужемъ своей фамиліи, въ установленномъ порядкѣ, жена тѣмъ самымъ принимаетъ новую фамилію. Право именоваться фамиліей мужа, по разъясненію Сената,—гражданское право жены и въ то же время ея „законная обязанность“ [1]). Однако, въ новѣйшее время съ эмансипаціей женщины въ соціальномъ и экономическомъ отношеніи такое положеніе иногда вызываетъ неудобства, особенно, если жена ведетъ свои занятія, напр., въ качествѣ врача, адвоката, либо прославилась въ какой-либо сферѣ именно подъ дѣвичьей фамиліей, либо, наконецъ, вообще имѣетъ вѣское основаніе дорожить своей прежней фамиліей. Требованіе мужа, чтобы жена въ этихъ случаяхъ называлась его фамиліей, часто отдаетъ нестерпимымъ издѣвательствомъ. Вотъ почему въ Германіи въ послѣдніе годы раздаются авторитетные голоса, даже со стороны правительства, о предоставленіи женѣ, въ особыхъ обстоятельствахъ, пользоваться своей добрачной фамиліей либо, во всякомъ случаѣ, присоединять ее къ фамиліи мужа и объ измѣненіи въ соотвѣтственномъ смыслѣ закона [2]).

Жена сохраняетъ фамилію мужа и при расторженіи брака. Разведенной нельзя запретить именоваться фамиліей своихъ дѣтей. Но она въ то же время вправѣ отказаться отъ фамиліи мужа, оставивъ прежнюю свою фамилію. Однако, если бракъ расторгнутъ по винѣ жены, она не можетъ претендовать на фамилію бывшаго мужа, который, думается, властенъ воспретить ей ношеніе его фамиліи [3]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1913 г. № 57.

[2]) § 1355 BGB. У насъ нынѣ присоединеніе женой своей дѣвичьей фамиліи къ фамиліи мужа, при томъ не только въ частной сферѣ, но даже въ оффиціальныхъ документахъ—явленіе вполнѣ прочно установившееся.

[3]) См. Пр. Гр. Ул., ст. 321, BGB, § 1577. Французское право, швейцарское и англійское возстанавливаютъ за разведенной ея прежнюю фамилію. Дѣйствующее наше право ничего не говоритъ по этому предмету. Фактически фамилія разведенной жены по мужу утверждалась въ прежнія времена отдѣльными сепаратными Высочайшими указами. При невиновности жены, мужъ не заинтересованъ въ запрещеніи ей носить его фамилію. Но и жена нерѣдко не имѣетъ желанія называться по фамиліи мужа, по винѣ котораго бракъ оказался расторгнутымъ. Рѣшающимъ является выборъ самой жены, (при разводѣ внѣ ея вины). Сенатъ признаетъ за разведенной право (и обязанность) именоваться фамиліей прежняго мужа,—съ безусловной категоричностью, едва ли покоющейся на серьезномъ основаніи: упомянутое рѣш. гражд. 1913 г.,

Мѣстожительство жены и всей семьи опредѣляется мѣстожительствомъ мужа [1]). Супруги живутъ вмѣстѣ. Совмѣстность жительства создаетъ права и обязанности для обоихъ супруговъ. Жена вправѣ требовать, чтобы мужъ давалъ ей возможность жить тамъ, гдѣ онъ живетъ. Она можетъ занимать квартиру мужа, даже если послѣдній куда-либо удалился, напр., выѣхалъ въ Америку для заработковъ или иныхъ цѣлей (рѣш. Литовскаго Верховнаго Трибунала). При переселеніи мужа жена должна слѣдовать за нимъ, если только это переѣздъ нормальный, ничего исключительнаго собой не представляющій, не грозящій опасностью для жены и семьи и не являющійся какой-либо шиканой со стороны мужа. Въ такой же мѣрѣ не должно быть простой шиканой требованіе мужа о досрочномъ прекращеніи заключеннаго женою безъ его согласія трудового договора, — также обусловливаемое обязанностью жены жительствовать совмѣстно съ мужемъ (см. выше отдѣлъ „Правовыя различія лицъ“. Само собою разумѣется, что до этого требованія трудовой договоръ сохраняетъ полную силу). Вообще, мужу не предоставлено превратить обязанность жены жить при немъ въ источникъ злоупотребленія, ибо совмѣстная жизнь супруговъ предполагаетъ еще „согласіе“, „уваженіе“ и „любовь“ и тому подобныя стороны семейнаго быта, „обнимающія всего человѣка, а не отдѣльныя его дѣйствія“ [2]).

Какія послѣдствія влечетъ нежеланіе жены жить съ мужемъ? По нѣкоторымъ законодательствамъ подобное уклоненіе жены отъ сов-

---

№ 57. При такомъ взглядѣ недопустимо, конечно, и соглашеніе разводящихся относительно дальнѣйшаго пользованія фамиліей. Напротивъ, Западное право такому соглашенію придаетъ полную силу. Runde, Scheidungsverträge nach bürgerlichen Recht, 1927, S, 33, тамъ же рѣшеніе RG, въ которомъ аргументируется, что съ точки зрѣнія общественнаго интереса безразлично, какое имя носитъ жена, нормы же о правѣ выбора жены постановлены исключительно въ ея собственныхъ интересахъ. Обычно разведенная жена носитъ обѣ фамиліи, и прежнюю и б. мужа, въ соединенномъ видѣ. При существованіи брака мужъ вправѣ воспретить женѣ именоваться другой фамиліей, но только тогда, когда имѣетъ къ тому серьезное основаніе, въ противномъ случаѣ домогательство мужа можетъ быть отнесено къ воспрещенной закономъ шиканѣ. Въ Германіи право жены на двойную фамилію выводятъ изъ обязанности мужа не злоупотреблять своимъ правомъ (Синайскій).

[1]) X т. I ч., ст. 103, 46, Пол. о союзѣ брачн. 1836 г., ст. 210, Пр. Гр. Ул., ст. 234, Code civil, Art. 214.

[2]) X т. I ч., ст. 106, рѣш. гражд. 1908 г. № 95, 1908 г. № 8.

мѣстнаго жительства приводитъ чуть ли не къ расторженію брака [1]). Въ видѣ общаго правила такая мѣра слишкомъ радикальна и можетъ быть допущена развѣ при особыхъ исключительныхъ условіяхъ (а дѣйствующее наше право ее и совершенно отвергаетъ). Не можетъ быть рѣчи о принудительномъ водвореніи жены, это не соотвѣтствуетъ уровню человѣческаго достоинства [2]). Но все же уклоненіе жены чревато для нея юридическими послѣдствіями: лишеніе ея права на алименты, права на воспитаніе дѣтей и другими невыгодами.

[1]) Ср. Полож. о союзѣ брачн. 1836 г., ст. 210, BGB, § 1586, Schäffer, Grundriss d. privaten und öffentlichen Rechts, B. IV, 1923, S. 12.

[2]) См. Герм. Zivilprozessordnung, § 882[2] („keine Zwangsvollstreckung in Herstellung des ehelichen Lebens"). Въ Германіи это гармонируетъ съ общимъ началомъ процессуальнаго права, въ силу котораго, какъ разъяснилъ Reichsgericht, не допускается присужденіе къ такому доставленію, которое не можетъ быть принудительно истребовано—eine Verurteilung zu einer Leistung, die doch nicht vollstreckt werden kann, widersinnig sei, см. рѣш. у Angersbach, Parlament und Begnädigungsrecht, DJZ, 1928, H. 3, S. 380. У насъ судебная практика раньше цѣликомъ признавала возможность принудительнаго возстановленія совмѣстной жизни супруговъ, рѣш. гражд. 1868 г. № 526. Въ послѣднее время сенатъ не настаивалъ на водвореніи исполнительными мѣрами уклоняющейся отъ совмѣстной жизни супруги, но самый искъ о водвореніи, независимо отъ послѣдствій такого иска, сенатъ по прежнему и съ полнымъ основаніемъ считалъ законнымъ. См. рѣш. гражд. 1908 г. по дѣлу М-на, въ Собраніи невошедшихъ въ оффиц. сборникъ рѣшеній, изд. Пеньковскаго (Кассаціонная Практика), № 181, также рѣш. гражд. 1908 г. № 95. Вообще, наша практика безпрепятственно допускаетъ иски о признаніи совмѣстной жизни подлежащей возстановленію, какъ и иски о признаніи таковой невозможной („невыносимой") для супруговъ. Ср. рѣш. гр. 1906 г. № 8. Интересъ (ст. 4 Уст. Гр. Судопр.)—не только общественный, но и личный и даже имущественный (алименты, возмѣщеніе вреда). Практикуемое во Франціи заарестованіе мужемъ доходовъ съ имѣнія жены, отказывающейся отъ совмѣстнаго сожительства, стало невозможнымъ по законамъ б. Царства Польскаго еще со времени введенія въ этомъ послѣднемъ краѣ гражданскаго брака (Уложеніемъ 1825 г.). См. Юреневъ, Семейственныя и гражданскія права женщинъ по русскимъ и польскимъ законамъ, Журн. Гр. и Уг. права 1877 г., кн. IV, стр. 61 и сл. У насъ ни объ этой мѣрѣ, ни вообще о допускаемыхъ на Западѣ формахъ денежнаго взысканія съ такой „строптивой" жены („не бей кнутомъ, а бей рублемъ") не можетъ быть и рѣчи.

Воспрещены акты, клонящіеся къ самовольному разлученію супруговъ [1]). Даже при допущеніи развода по соглашенію супруговъ,—до развода никакой оффиціальный актъ и никакое частное волеизъявленіе касательно разъединенія супруговъ въ ихъ совмѣстной жизни не имѣетъ силы. Смыслъ закона не „въ признаніи недѣйствительности отреченія со стороны мужа, въ какой бы то ни было формѣ, отъ своего права личной власти", какъ думаетъ Шершеневичъ, а именно въ воспрещеніи супругамъ разрывать навсегда или на время брачный союзъ. Но простое проживаніе мужа и жены на разныхъ квартирахъ не воспрещается, и соглашенія по этому поводу не противорѣчатъ закону. Супругъ, самовольно поселившійся въ квартирѣ другого супруга (мужъ переѣхалъ въ домъ жены) безъ ея согласія, можетъ быть выселенъ даже мѣрами суда [2]).

Еще и раньше признавалось, что по духу закона не допускается лишь расторженіе супружеской связи и оставленіе супруга вопреки его воли и безъ уважительной причины, но „что нерѣдко отдѣльное жительство супруговъ вызывается такими обстоятельствами, которыя не имѣютъ ничего общаго съ разлученіемъ" [3]). Въ прежніе годы церковная власть разрѣшала супругамъ отдѣльное жительство вслѣдствіе раздоровъ между ними (Побѣдоносцевъ), впослѣдствіи это дѣлали даже мировые судьи, путемъ составленія „мировыхъ сдѣлокъ". Сенатъ, связывавшій неизмѣнно право на алименты съ необходимостью для жены жить совмѣстно съ мужемъ, давалъ это право женѣ, живущей отдѣльно по винѣ мужа. Къ этому вынуждало сенатъ грубое поведеніе мужей, доходившее порою до истязаній и надругательствъ [4]). Сенатъ предписывалъ съ осторожностью относиться къ заявленіямъ мужа на судѣ о томъ, будто онъ желаетъ принять обратно жену (которую только что самъ выжилъ). Мужъ, по ученію практики, не можетъ быть принужденъ къ выдачѣ содержанія женѣ, живущей раздѣльно „не по винѣ мужа, а по собственному произволу". Но эта обязанность сохраняется по отношенію къ женѣ, если она живетъ отдѣльно по такой

---

[1]) X т. I ч., ст. 103, рѣш. гражд. 1879 г. № 309.

[2]) Contra рѣш. гражд. 1908 г. № 95 и Синайскій, Личное и имущественное положеніе замужней женщины, 1910 г., стр. 318.

[3]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 309.

[4]) Былъ случай срыванія мужемъ занавѣсокъ съ оконъ комнаты, гдѣ жила жена, для предоставленія ея жилья любопытнымъ взорамъ прохожихъ, „дѣло съ занавѣсками". См. упомянутое рѣш. гражд. 1906 г. № 8.

причинѣ, какъ сумасшествіе супруга, и тѣмъ болѣе, если она ушла по невыносимости жизни съ мужемъ [1]).

Законъ отъ 12 марта 1914 г. [2]) предоставилъ суду право санкціи раздѣльной жизни супруговъ. По этому закону, супругъ въ правѣ отклонить требованіе другого супруга о совмѣстной жизни, если таковая представляется для него несносной. Это бываетъ при жестокомъ обращеніи, тяжелыхъ оскорбленіяхъ, безчестномъ или порочномъ поведеніи, душевной или прилипчивой болѣзни и вообще недугахъ, дѣлающихъ сожительство опаснымъ для жизни и здоровья. Спорные вопросы по этому предмету разрѣшаются судомъ въ общемъ порядкѣ судопроизводства. Законъ этотъ преслѣдовалъ цѣль компромисса, имѣя въ виду признать раздѣльное жительство только „фактомъ", на который можно опираться въ случаѣ спора, но не юридическимъ состояніемъ. Оффиціально законъ мотивированъ былъ желаніемъ облегчить тяжкое положеніе женщины (въ деревнѣ). Онъ основанъ на иностранной практикѣ, допускающей раздѣльное жительство при извѣстныхъ условіяхъ [3]). Можно ли и у насъ при наличности обстоятельствъ, допускающихъ разводъ, считать отдѣльное жительство супруга законнымъ? Никакая норма этого не утверждаетъ, а дополнять законъ нѣтъ основанія.

Введеніе свободы разводовъ ослабитъ, но не уничтожитъ у насъ надобность въ изложенномъ законѣ о раздѣльномъ жительствѣ.

Супруги помогаютъ другъ другу въ матеріальномъ устройствѣ семьи, они взаимно обязаны алиментаціей. Жена не имѣетъ въ этомъ отношеніи преимущественныхъ требованій и притязаній. Обычно деньги на жизнь доставляетъ мужъ, но и жена удѣляетъ свои средства, если ими обладаетъ. Въ прежнее время содержаніе жены и всей семьи падало исключительно на мужа. Мужъ считался созданнымъ для битвъ,

---

[1]) Рѣш. гражд. 1893 г. № 106, 1890 г. № 18, 1886 г. № 29.

[2]) X т. I ч., ст. 103[1].

[3]) BGB § 1353. Въ Германіи обязанность совмѣстнаго сожительства отпадаетъ, если требованіе объ этомъ со стороны супруга является злоупотребленіемъ правомъ или если ушедшій супругъ управомоченъ на искъ о разводѣ. См. Schäfer, cit., S. 13. Также Code Civil допускаетъ „separation de corps" въ случаяхъ, ou il y a lieu à demande en divorce, Art. 306, Schw. ZGB, Art. 146, Abs. I, Čecho-Slov., § 135. По иску о разводѣ согласно Швейцарскому закону, судъ можетъ назначить только Trennung, когда есть надежда на возстановленіе семейной общности, даже если обѣ стороны требуютъ развода, Curti—Forrer, cit., S. 125.

военныхъ и житейскихъ, жена—„для отдохновенія рыцаря“ (Nitsche). Соціальныя отношенія складывались такъ, что мужъ, а не жена, отыскивалъ источники существованія, и это вело къ всеобщему признанію: а) что мужъ имѣетъ обязанность den ehelichen Aufwand zu tragen, б) что мужъ обязанъ давать женѣ содержаніе и пропитаніе, в) что жена только отчасти прилагаетъ свои средства къ содержанію семьи [1]). Измѣненія въ общественномъ строѣ и ростъ женской эмансипаціи создали мысль объ уравненіи не только правъ, но и обязанностей: на жену возложено было содержаніе семьи и мужа, но эта была обязанность все же субсидіарная, т. е. жена должна была давать свои средства, если таковыхъ не было или не хватало у мужа. Въ то время, какъ на мужа возлагалась алиментація по средствамъ его, положенію и заработкамъ, жена помогала въ содержаніи сообразно состоянію ея имущества, трудовымъ или профессіональнымъ заработкамъ [2]). Дальнѣйшая эволюція это—безоговорочное равенство по правилу: кто имѣетъ средства, тотъ ихъ и даетъ. Этотъ взглядъ усвоенъ новымъ литовскимъ закономъ отъ 10 апрѣля 1922 г. [3]). При раздѣльномъ жительствѣ неимущему, нуждающемуся въ содержаніи супругу, дается искъ къ имущему

---

[1]) Полож. о союзѣ брачн. 1836 г., ст. 210, Пр. Гр. Ул., стт. 192, 201, 213, Code Civil., Art. 214, 1540, Codice Civile, Art. 132, 1423, 1426.

[2]) См. BGB § 1427, 1360, Schw. ZGB., Art. 160, Abs. 2, 161, Abs. 2, Curti-Forrer, cit. S. 139, Čecho-Slov, § § 119, 120, Abs. 2. Въ Швейцаріи дѣло подвинулось нѣсколько впередъ въ томъ отношеніи, что жена вообще поддерживаетъ мужа въ его заботахъ о семьѣ, въ томъ числѣ матеріальныхъ, по мѣрѣ силъ своихъ – nach Kräften.

[3]) Ст. 106[2] X т. 1 ч.: „Жена обязана соотвѣтственно своему имуществу и имуществу своего мужа присоединиться къ расходамъ по содержанію семьи и даже цѣликомъ ихъ покрыть, если мужъ не имѣетъ средствъ и не въ состояніи зарабатывать“. Vyriausybės Žinios, 1922, № 85. По прежнимъ русскимъ законамъ содержаніе семьи и жены лежало всецѣло на мужѣ, даже если мужъ былъ нищій, а жена обладала богатствами. Правда, было кое-какое стремленіе въ русской юридической литературѣ обосновать обязанность жены содержать семью и мужа, въ случаѣ нужды послѣдняго, но это стремленіе, не смотря на всю доброжелательность свою, терпѣло неудачу, такъ какъ опиралась почти исключительно на слова закона (X т. I ч., ст. 107) о томъ, что жена имѣетъ долгъ оказывать мужу „всякое угожденіе“ (въ которыхъ, конечно, нѣтъ и намека на алиментарную обязанность).

при условіи, что раздѣльное жительство произошло по винѣ второго, въ противномъ случаѣ обязанность алиментаціи отпадаетъ [1]). И здѣсь обязанность взаимная и равная [2]). Впрочемъ, даже при виновности супруга въ раздѣльномъ жительствѣ онъ вправѣ притязать на алименты, если совершенно лишенъ возможности содержать себя, но въ этомъ случаѣ алиментарная обязанность вытекаетъ уже не изъ нравственной связи брака, а изъ крайней необходимости, и потому размѣръ содержанія отвѣчаетъ лишь насущнымъ потребностямъ. Дѣйствующее наше право по этому поводу постановленій не содержитъ, чѣмъ судъ ставится въ довольно затруднительное положеніе [3]). Но какъ бы то ни было, и у насъ супругъ не долженъ оставлять другого супруга, даже виновнаго, въ крайней нуждѣ, тѣмъ болѣе, что нерѣдко супругъ, давшій поводъ къ раздѣльному жительству, оказывается „безъ вины виноватымъ".

Остается ли алиментная обязанность при разводѣ и признаніи брака недѣйствительнымъ? Несомнѣнно, невиновный супругъ вправѣ требовать содержанія. Въ противномъ случаѣ, какъ справедливо указывалось, у супруга неимущаго не было бы охоты добиваться уничтоженія брака и это право превратилось бы въ привиллегію состоятельнаго. Наступило бы одно изъ тѣхъ положеній, о которыхъ Heine говорилъ: „Das Recht zum Leben . . . haben nur die etwas haben". При расторженіи брака, какъ и при признаніи его недѣйствительнымъ, потер-

---

[1]) рѣш. гражд. 1906 г. № 8, Синайскій, Личное и имущественное положеніе замужней женщины, 1910 г., стр. 315 и 116, X т. 1 ч., ст. 106[1] и примѣч., въ редакціи закона 10—IV—1922 г.; contra Пр. Гр. Ул., стт. 236, 237. По закону 12 марта 1914 г. по такому иску искать и отвѣчать на судѣ и выдавать довѣренность можетъ и недѣеспособный супругъ, (стт. 1345 [4 и 5] Уст. Гр. Судопр.).

[2]) ст. 106[1] X т. I ч. въ новой редакціи того же Литовскаго закона. Содержаніе присуждается не только со дня предъявленія иска, но и за время раздѣльнаго жительства, рѣш. гражд. 1915 г. № 25, ср. ст. 1345[6] Уст. Гражд. Судопр.

[3]) Объ этомъ „насущномъ содержаніи" упоминаетъ Пр. Гр. Ул., стт. 236, абз. 2 и 237. Ср. BGB, § 1361. Въ Швейцаріи судъ въ своемъ рѣшеніи по поводу раздѣльнаго жительства опредѣляетъ, между прочимъ, и условія взаимнаго содержанія, Schw. ZGB, Art. 155, Curti Forrer, cit., S. 133. По Cecho-Slov. стороны, просящія о раздѣльномъ жительствѣ, должны сами условиться въ договорѣ относительно содержанія, § 133.

пѣвшей сторонѣ присуждаются алименты почти повсюду [1]). Дѣйствующее наше право устанавливаетъ алиментацію лишь при признаніи брака недѣйствительнымъ, но можно смѣло распространить ее и на случай развода,ибо совершенно непонятно было бы, почему супругъ долженъ имѣть меньше правъ при разводѣ, чѣмъ при признаніи брака ничтожнымъ. Вѣдь, въ другихъ отношеніяхъ, наприм. въ отношеніи права на фамилію, разведенная жена поставлена въ этомъ смыслѣ даже въ лучшее положеніе [2]).

Супружеское право на содержаніе есть право лично-имущественнаго свойства. Личный характеръ этого права вытекаетъ изъ существа правоотношенія, создающагося на основѣ особой связи и только между данными лицами. Это право неотчуждаемо, непереводимо (за исключеніемъ денежныхъ суммъ, которыя уже опредѣлились въ формѣ простого имущественнаго, долгового требованія, о чемъ рѣчь была ранѣе въ связи съ цессіей обязательствъ). Право это подвержено измѣненіямъ и можетъ даже совершенно прекратиться въ зависимости отъ новыхъ обстоятельствъ. Сокращеніе или увеличеніе средствъ супруга сокращаетъ или увеличиваетъ размѣры выдачъ [3]). Алиментація прекращается со смертью каждаго супруга, а также со вступленіемъ въ новый бракъ алиментируемаго.

Что касается имущественныхъ отношеній между супругами, то исторически въ этой области выросло нѣсколько системъ. Въ прежнія времена женщина находилась подъ постоянной опекой. Выходя замужъ, она освобождалась отъ опеки отца и подпадала подъ опеку мужа. Послѣднему она приносила все свое имущество, отъ мужа въ имущественномъ отношеніи зависѣла, безъ него не вправѣ была заключать договоры и обязательства, выступать на судѣ. Въ Римскомъ правѣ эта зависимость всего болѣе чувствовалась при бракахъ cum manu Впослѣдствіи, когда

---

[1]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 322, 375, BGB, § 1586, 1578, Code Civil, Art. 301, 202, Schw. ZGB, Art. 134, Abs. 2.

[2]) Если разводъ совершается по взаимному согласію, обязанность содержанія отпадаетъ, развѣ бы стороны сами въ договорѣ установили что-либо иное. Какъ при разводѣ, такъ и при недѣйствительности брака виновный супругъ ни на что претендовать не вправѣ: обязанность выдачи „насущнаго содержанія“ на несуществующій бракъ распространиться не можетъ. Право на алименты отпадаетъ также тогда, когда бракъ признанъ недѣйствительнымъ безъ вины обѣихъ сторонъ.

[3]) Рѣш. гражд. 1890 г. № 18.

введенъ былъ бракъ sine manu и права женщины вообще увеличились, имущество жены стало отдѣльнымъ ея достояніемъ, и чтобы усилить и обезпечить раздѣльность и дать таковой не только формальный обликъ, но и матеріальную сущность, воспрещены были даренія между супругами. При такомъ положеніи cum manu жена ограничена была и въ договорахъ и распоряженіяхъ касательно своего имущества, и правъ, какъ и въ судебной защитѣ. Но эта раздѣльность находила коррективъ въ институтахъ dos u. donatio propter nuptias. Dos—имущество приносимое женой, обыкновенно отъ родныхъ своихъ — шло на покрытіе части семейныхъ расходовъ, а въ случаѣ неправаго оставленія женою мужа обращалось цѣликомъ въ пользу послѣдняго, въ видѣ сатисфакціи. Относительно этого имущества допускались различные договоры и соглашенія между родными жены и мужемъ. Во времена императоровъ установлены были гарантіи противъ возможности растратъ приданаго жены со стороны мужа. Но если dos обезпечивало мужа отъ неправомѣрнаго оставленія его женой, то интересы справедливости и равенства требовали подобнаго же обезпеченія и для жены: этой цѣли служила donatio propter nuptias, т. е. выдѣленіе мужемъ опредѣленнаго имущества въ пользу жены передъ бракомъ или также (по законамъ Юстиніана) во время брака, какъ достоянія неотчуждаемаго и полежащаго передачѣ женѣ на случай неправильнаго развода со стороны мужа. Эти нормы отразились на будущихъ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ въ Европѣ. Однако, имущественная зависимость жены не уменьшалась, а напротивъ увеличивалась, по сравненію съ римскимъ правомъ. Установившаяся впослѣдствіи общность имуществъ супруговъ не измѣнила этой зависимости. Только идеи равенства, распространившіяся въ цивилизованномъ мірѣ, привели къ необходимости имущественной эмансипаціи женщины. При этомъ выяснилось вполнѣ, что имущественная самостоятельность женщины нисколько не противорѣчитъ идеѣ брака, а зависимость ея, какая бы то ни была, напротивъ, рѣзко расходится съ этой идеей и тормозитъ человѣческій прогрессъ. Вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ соціологовъ, обрекшихъ женщину на вѣчное подчиненіе мужчинѣ (Спенсеръ) и общераспространенному обывательскому взгляду о женщинѣ, какъ низшемъ существѣ („женскія слабости и пороки“, „первенство появленія мужчины на свѣтъ“ и пр.), новѣйшія законодательства, правда медленно и робко, но неуклонно идутъ по пути женской эмансипаціи не только въ личныхъ, но и имущественныхъ отношеніяхъ. Лишь управленіе имуществомъ жены все еще предоставляется какъ нѣкоторая, хотя и довольно ограниченная, привиллегія, мужу въ силу того же стараго, но все еще живого „главенства“ его въ семьѣ.

Въ Германіи и правоспособность и дѣеспособность замужней женщины вполнѣ признаны. По Германскому праву, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, именно, при заключеніи обязательствъ, касающихся домашняго обихода и совершаемыхъ отъ имени семейнаго единства (Schlüsselgewalt), мужъ вправѣ контролировать волеизъявленія жены по отношенію къ третьимъ лицамъ, но опекунскій судъ отмѣняетъ всѣ дѣйствія мужа въ этомъ отношеніи, если они имѣютъ характеръ злоупотребленія [1]). Въ остальномъ супругамъ предоставлено по собственному усмотрѣнію опредѣлять договоромъ, заносимымъ въ оффиціальный реестръ, свои матеріальныя правоотношенія. Законъ придаетъ особое значеніе охранѣ правъ третьихъ лицъ. Договоръ можетъ установить полную общность либо общность одной движимости. Онъ можетъ создать общность только тѣхъ имуществъ, которыя пріобрѣтены супругами во время брака. Наконецъ, не исключается и полная раздѣльность. Допустимы и разныя иныя комбинаціи. При отсутствіи договора—Ehevertrag—добрачное имущество жены поступаетъ въ управленіе и пользованіе мужа. Это право мужа не распространяется на Vorbehaltsgut, т. е. на вещи, предназначенныя для личнаго пользованія жены—платье, предметы украшенія и все то, что жена пріобрѣтаетъ собственнымъ трудомъ, промысломъ и занятіемъ [2]).

Французское право признаетъ преимущественно общность имуществъ, пріобрѣтаемыхъ супругами послѣ заключенія брака, съ правомъ мужа на управленіе. Въ брачномъ договорѣ, совершаемомъ въ нотаріальной формѣ, супругамъ предоставляется избрать и иной порядокъ, а именно, дотальную систему, которая обособляетъ все имущество жены, кромѣ приданаго, поступающаго въ управленіе мужа [3]).

---

[1]) BGB, § 1357.

[2]) BGB, § 1363 ff.—По мнѣнію германскихъ юристовъ соціалистическаго толка, зажиточнымъ классамъ болѣе къ лицу Verwaltungsgemeinschaft въ бракѣ, среднимъ классамъ Errungenschaftsgemeinschaft, т. е. удержаніе супругами имущества, которыми они обладали до вступленія въ бракъ, въ то время, какъ пріобрѣтенное во время брака составляетъ общность, а неимущимъ классамъ—полная общность всѣхъ имуществъ, См. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 47 ff.—Однако, что касается спеціально „неимущихъ“ супруговъ то ихъ, повидимому, одинаково удовлетворяетъ и „раздѣльность“. Одно несомнѣнно: разнаго рода формальности (нотаріатъ, реестръ и пр.), для нихъ во всякомъ случаѣ чрезвычайно обременительны.

[3]) Этотъ порядокъ существовалъ и въ губерніяхъ б. Царства Польскаго. Нынѣ въ областяхъ б. Цар-

Въ Швейцаріи общее начало—Verwaltungsgemeinschaft, по образцу Германіи [1]). Но договоръ можетъ создать для каждаго супруга отдѣльное, независимое имущество—Sondergut. По договору же допустимо установленіе и полной общности съ сохраненіемъ особаго Sondergut. Sondergut жены составляетъ то же, что Vorbehaltsgut въ Германіи (личныя вещи жены) [2]). При злоупотребленіяхъ наступаетъ, какъ послѣдствіе, полная раздѣльность имуществъ.

Поучительный примѣръ эволюціи въ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ представляетъ англійское право. Въ прежнее время неравенство правъ жены и мужа давало себя сильно чувствовать въ Англіи. За исключеніемъ обычныхъ актовъ въ области домашняго хозяйства, жена feme covert не вправѣ была вступить въ правоотношенія съ третьими лицами по имуществу. Со времени королевы Елизаветы жена, желавшая оберечь свое имущество отъ власти мужа, отдавала таковое третьему лицу—trustee и

ства, Польскаго, инкорпорированныхъ новой Литвой, имущественныя отношенія супруговъ опредѣляются свободнымъ договоромъ, при отсутствіи котораго примѣняется начало полной раздѣльности имуществъ: приведенный законъ отъ 10 апрѣля 1922 г. Послѣдній имѣлъ въ виду отмѣнить всѣ главнѣйшія правила Код. Нап. объ ограниченіи имущественныхъ правъ женщины. Въ самой Франціи законы новѣйшаго времени стремились улучшить юридическое положеніе жены въ имущественномъ отношеніи. Замужняя женщина получила право имѣть свои собственные счета и вклады въ сберегательныхъ кассахъ, вступать въ члены общества взаимнаго кредита, въ профессіональные синдикаты: все это почти безъ всякаго разрѣшенія и участія мужа. Она пріобрѣла неограниченное право на получаемое ею жалованіе и вообще доходы отъ профессіональныхъ занятій. Кромѣ того женѣ дана возможность изъ состава своей собственности создать неотчуждаемое имущество для нуждъ семьи, а если мужъ создалъ такое имущество изъ своей недвижимости или недвижимости общей, то онъ таковое не властенъ отчуждать, и всякое соглашеніе его объ этомъ съ женой недѣйствительно. Значительно расширены процессуальныя правомочія женщины въ бракѣ. Въ случаѣ же раздѣльной жизни супруговъ (separation de corps) жена считается неограниченной собственницей и обладательницей своихъ имуществъ, какъ если бы бракъ прекращенъ былъ разводомъ. L. 9 avr. 1881, 20 juillet 1886, 20 avr. 1895, 6 février 1893, 1 avr. 1898. 12 juillet 1909, 12 mars 1920, Boeuf, Resumé de droit civil, 1925, p. 134. 135.

[1]) Schw. ZGB, Art. 178, 194, 200.

[2]) Art. 191.

такимъ образомъ получала пользованіе и распоряженіе имуществомъ, какъ feme sole,—mariage settlements. По общему правилу, права жены были строго ограничены въ старой Англіи. Мужу принадлежало право пользованія недвижимымъ имуществомъ жены, а движимость ея поступала въ его безотчетное распоряженіе. Послѣдовательно эта суровость правоотношеній смягчалась, въ пользу жены. Законами 1882 и 1884 г. г. установлена полная раздѣльность въ имуществахъ жены и мужа, seperate property. Расширенія имущественныхъ правъ замужнихъ женщинъ коснулись Married Women's Property Art, 1907, Law of Property Act, 1922. Договоромъ возможно обезпечить отдѣльныя незначительныя права супругамъ: мужу на содержаніе семьи, женѣ „на булавки", pin-money и на случай вдовства.

Common law въ Англіи исходило отъ того, что мужъ и жена составляютъ одно лицо—husband and wife are on person, по Библіи, но мужу принадлежитъ опека надъ женой и ея состояніемъ. Нынѣ правило объ имущественномъ единствѣ супруговъ объявлено отмѣненнымъ [1]).

Въ Россіи замужнія женщины съ древнѣйшихъ временъ имѣли отдѣльную собственность, объ этомъ свидѣтельствуютъ такіе памятники, какъ Русская Правда, Псковская Судная Грамота. Бывали судебные споры и тяжбы между мужьями и женами. Предположеніе, что въ древней Руси все имущество принадлежало мужу, а жена находилась въ полной имущественной зависимости [2]), не находитъ себѣ подтвержденія. Это предположеніе женской зависимости основывали на фактѣ личнаго подчиненія жены мужу, но имущественная самостоятельность замужней женщины и личное подчиненіе ея мужской власти легко уживались одно съ другимъ, какъ то правильно отмѣтили русскіе историки и цивилисты. Имущество жены состояло обыкновенно изъ приданаго, которымъ снабжали ее родственники по поводу выхода ея замужъ (и стараго „вѣна", т. е. выкупа, даваемаго невѣстѣ женихомъ по стародавнимъ обычаямъ). Въ Московскій періодъ приданое жены становится общимъ имуществомъ, съ правомъ мужа на преимущественное распоряженіе. Въ это время въ Россіи подъ вліяніемъ татарскаго ига женщина оказалась совершенно порабощенной: вліяніе татарскихъ воззрѣній было глубокое, сильное, продолжительное. Порядки „Домостроя" возникли въ результатѣ этого униженія женщины, умаленія ея достоинства. Но и въ эти эпохи

---

[1]) См. Devonschire, The new Property Code, 1927, p. 726.

[2]) Шершеневичъ, Учебникъ русск. гражд. права, 1912 г., стр. 717.

попадаются указанія на раздѣльность имуществъ супруговъ. Европейскія реформы Петра I, затѣмъ общія мѣропріятія императрицъ раскрывали уже и въ старину созрѣвавшія потенціальныя правомочія русской женщины въ области имущественныхъ отношеній, а въ XIX в. полная самостоятельность женщины въ этомъ отношеніи окончательно утвердилась. Если ранѣе въ XVIII в. еще были случаи признанія недѣйствительными совершаемыхъ женами купчихъ на имя мужей [1]), то теперь эти, какъ и другіе имущественные акты между супругами стали явленіемъ обычнымъ. По дѣйствующему нынѣ закону имущественныя права супруговъ раздѣльны, жена въ состояніи имѣть, сохранять и вновь пріобрѣтать имущество, владѣть и распоряжаться. При волеизъявленіяхъ она болѣе не нуждается въ разрѣшеніи мужа. Супруги могутъ вступать въ имущественныя соглашенія между собою и каждый изъ нихъ съ третьими лицами свободно [2]).

Придерживаясь, въ общемъ, начала раздѣльности имуществъ супруговъ, законъ создаетъ въ этой области только нѣкоторыя ограниченія, скорѣе даже предположенія, въ интересахъ болѣе правильнаго принудительнаго исполненія судебнаго рѣшенія. Въ такомъ смыслѣ и слѣдуетъ понимать слова закона, что, при взысканіи съ одного изъ супруговъ подвергается описи и продажѣ вся движимость, находящаяся въ общей ихъ квартирѣ, за исключеніемъ платья и бѣлья другого супруга и вещей, о принадлежности коихъ этому супругу представлены достовѣрныя доказательства [3]). Это значитъ, что въ отношеніи всякой движимости въ общей квартирѣ, кромѣ платья и бѣлья, дѣйствуетъ презумпція принадлежности задолжавшемуся супругу, а въ отношеніи платья и бѣлья—презумпція принадлежности тому супругу, который этими предметами фактически пользуется [4]). Правила закона, особенно торговаго, объ оспариваніи имущественныхъ актовъ, совершенныхъ од-

[1]) Въ 1832 г., по поводу наслѣдованія мужей послѣ женъ, законодатель прибавилъ: „такъ какъ они и при жизни женъ своихъ суть, большею частью, главные имѣніемъ ихъ распорядители", Азаревичъ, Русскій бракъ, Журн. Гр. и Уг. Права, 1880 г., кн. V, стр. 106.

[2]) X т. 1 ч. стт. 110, 114, 116, рѣш. гражд. 1870 г. № 1130.

[3]) Ст. 976 Уст. Гр. Суд.

[4]) Самъ судебный приставъ не лишенъ права при описи вещей въ общей квартирѣ за долгъ супруга входить въ оцѣнку правъ другого супруга на эти вещи, см. рѣш. гражд. 1899 г. № 114.

нимъ супругомъ на имя другого при несостоятельности фактической и юридической, направлены къ борьбѣ съ недобросовѣстнымъ переводомъ имуществъ во избѣжаніе платежа долговъ и нисколько не связаны съ какой-либо, имущественной зависимостью супруговъ[1]).

Въ области отношеній супруговъ по имуществу можно выдѣлить нѣсколько спеціальныхъ вопросовъ, требующихъ отвѣта.

Прежде всего, проблема приданаго, вызывающая много контраверзъ, Приданое—это имущество, которое дается женщинѣ при выходѣ ея замужъ родителями, родственниками или другими лицами. Приданое, въ общемъ, совпадаетъ у насъ съ выдѣломъ и подчиняется правиламъ о выдѣлѣ. Это въ большинствѣ случаевъ согласуется съ дѣйствительнымъ намѣреніемъ участниковъ и съ обычаями[2]).

Какъ нельзя требовать выдѣла, такъ нельзя требовать и дачи приданаго. Ne dote qui ne veut[3]).

---

[1]) Пригодность принципа раздѣльности имуществъ супруговъ подвергалась въ Россіи оспариванію, противъ этого принципа горячо возражалъ Азаревичъ, какъ противъ несоотвѣтствующаго будто-бы брачной связи между супругами съ этической стороны (Семейныя и имущественныя отношенія по русскому праву, Журн. гр. и уг. права 1883 г., кн. IV, стр. 113 и сл., Загаравскій, Курсъ семейнаго права, 1909, стр. 252 и сл., отчасти Рейнке, Движеніе законодательствъ объ имущественныхъ правахъ замужнихъ женщинъ, Журн. Гр. и Уг. права, 1884, кн. III, стр. 72. Азаревичъ предлагалъ создать особое понятіе „семейнаго имущества“ или „семейнаго имущественнаго фонда“ для обезпеченія нуждъ семьи. Были предложенія въ томъ-же духѣ и со стороны другихъ цивилистовъ (Синайскій). Основоположники русской цивилистики (Мейеръ, Побѣдоносцевъ, Оршанскій) считали „раздѣльность“ вполнѣ цѣлесообразной и раціональной въ смыслѣ принципіальномъ, и почти всѣ юристы (кромѣ Азаревича) находили ее согласующейся съ позитивными нормами нашихъ гражданскихъ законовъ объ имущественныхъ правахъ супруговъ.

[2]) Contra Оршанскій (Изслѣдованія по русскому праву семейному и наслѣдственному, 1877, стр. 258), объясняющій совпаденіе приданаго съ выдѣломъ тѣмъ, что наше право, въ противоположность римскому праву и законодательствамъ новѣйшей Европы, нормировало приданое со стороны не личныхъ отношеній, а родовыхъ, со стороны значенія его для служебныхъ родовъ высшаго сословія и государства.

[3]) Ср. Code civil, Art. 204.

Приданое принадлежитъ женѣ, даже если оно передано мужу, развѣ бы имущество дано было именно мужу и для него предназначалось. Приданое жены находится въ пользованіи мужа и должно быть добросовѣстно имъ сохраняемо. Составляетъ ли это имущество даръ мужу и, стало быть, его достояніе, или же оно вручено ему, какъ приданое для жены, это въ отдѣльныхъ случаяхъ рождаетъ сомнѣнія, которыя разрѣшаются судомъ не по предустановленному масштабу, а только по конкретнымъ обстоятельствамъ дѣла. Жена вправѣ въ любой моментъ потребовать свое приданое обратно отъ мужа, за исключеніемъ случая, когда оно предназначено было на семейныя нужды и потрачено было на эти нужды. Съ прекращеніемъ брака смертью одного изъ супруговъ, разводомъ или признаніемъ недѣйствительности отпадаетъ основаніе для пользованія приданымъ, и начинается теченіе давности для правопритязанія о возвратѣ. Наше дѣйствующее право не заключаетъ той нормы, извѣстной нѣкоторымъ другимъ законодательнымъ системамъ, по которой на обратное полученіе приданаго можетъ притязать иногда лицо, давшее таковое (отецъ), напр., когда оставшаяся вдова подвластна и не имѣетъ дѣтей [1]). У насъ право на возвратъ всегда принадлежитъ женѣ (или ея наслѣдникамъ) [2]). Жена при вступленіи въ бракъ можетъ и сама передать мужу какіе-либо предметы и деньги: судьба этихъ имуществъ такая же, какъ и приданаго, со всѣми послѣдствіями, если передача не преслѣдовала прямо иныхъ юридическихъ цѣлей, примѣрно цѣлей займа, храненія. Эти выводы соотвѣтствуютъ праву вообще и брачному праву въ частности, обычаямъ, принятымъ обыкновеніемъ и доброй совѣсти [3]).

---

[1]) Ср. О. Пергаментъ, Приданое по Бессарабскому праву, 1901 г., стр. 127, 128.

[2]) Отецъ вправѣ истребовать приданое лишь при бездѣтной смерти жены, примѣнительно къ ст. 1142 X т. 1 ч., „не въ видѣ наслѣдства, а яко даръ", рѣш. гражд. 1867 г. № 279.

[3]) Бытовыя воззрѣнія на приданое нѣсколько отличаются отъ легальныхъ, отъ чего на практикѣ возникаютъ часто затрудненія. На это въ свое время обратилъ вниманіе еще Оршанскій, Изслѣдованіе по русскому праву семейному и наслѣдственному, 1877, стр. 210. Самъ Оршанскій, справедливо предостерегая, вмѣстѣ съ другими юристами, противъ этого смѣшенія, останавливается на такой юридической характеристикѣ приданаго: взглядъ на поклажу всего естественнѣе принять тамъ, гдѣ приданое дается прямо женѣ, а отъ нея переходитъ къ мужу; но въ томъ случаѣ, когда при-

Допускаетъ ли дѣйствующее наше право предбрачные договоры— вопросъ спорный. Мнѣніе противниковъ формулировано редакторами Пр. Гр. Ул., отрицающими законность такихъ договоровъ по той причинѣ, что оные касаются не опредѣленнаго имущества, а всей совокупности такового, а также неизвѣстнаго будущаго имущества, и должны сохранить дѣйствіе, не смотря на могущія вступить впослѣдствіи измѣненія во взаимныхъ отношеніяхъ супруговъ, непредусмотрѣнныя при первоначальномъ соглашеніи. Кромѣ того, разсуждаютъ редакторы, предбрачные договоры неблагопріятно отражаются на третьихъ лицахъ, которымъ предварительно вступленія въ юридическія отношенія приходится знакомиться съ содержаніемъ подобныхъ договоровъ[1]). Эти разсужденія не лишены нѣкоторой убѣдительности, но все же, въ общемъ, недостаточны для опроверженія существующаго въ силу совокупнаго смысла законовъ права супруговъ на имущественное самоопредѣленіе по договору. Не говоря уже о соглашеніяхъ товарищескихъ, въ которыхъ также можетъ быть предусмотрѣна судьба всего имущества, не только настоящаго, но и будущаго, трудно, вообще, найти твердое юридическое основаніе для воспрещенія предбрачныхъ договоровъ. Если въ какой-либо странѣ заранѣе объявляютъ ничтожнымъ тотъ или иной договоръ между супругами, то это потому, что самъ законъ фиксируетъ тамъ обязательныя формы имущественныхъ отношеній между супругами, чего нѣтъ у насъ. Что касается третьихъ лицъ, то ихъ интересы гарантируются общимъ закономъ въ достаточной степени, и ни въ какой мѣрѣ эти интересы не могутъ дать поводъ къ недопущенію предбрачныхъ договоровъ. Поэтому слѣдуетъ согласиться съ принципіальной допустимостью ихъ на почвѣ дѣйствующаго у насъ права, въ предѣлахъ, не нарушающихъ опредѣленность имущественныхъ взаи-

---

даное непосредственно получается мужемъ, правоотношеніе опредѣляется какъ дареніе по случаю брака, ib., стр. 209 и сл. Это разграниченіе слишкомъ категорическое, безусловное: въ такой формѣ ему нѣтъ подтвержденія ни въ законѣ, ни въ житейской правдѣ. Русскіе суды, съ сенатомъ во главѣ, считали обыкновенно, что мужу передается приданое именно на сохраненіе (поклажа sui generis), причемъ дѣлали рядъ уступокъ изъ этого положенія въ пользу обычаевъ, относительно, напр., устраненія уголовной отвѣтственности при отказѣ отъ возврата, смягченія строгости доказыванія и проч. Ясно само собою, что въ данномъ отношеніи въ дѣйствительности крупную роль играютъ обычаи (которые еще должны быть изучены).

[1]) Объясненія, II, т. 1, 1902, стр. 174.

моотношеній и общія правила о пріобрѣтеніи правъ и имуществъ (особенно недвижимыхъ). Само собою разумѣется, что и во время состоянія въ бракѣ супруги вправѣ устанавливать въ договорѣ тѣ или иныя формы имущественныхъ отношеній въ указанныхъ только что границахъ. Все это подтверждается принятымъ въ нашемъ законодательствѣ принципомъ невмѣшательства въ частныя супружескія правоотношенія, поскольку ими прямо не затрагивается интересъ государства, интересъ публичный [1]).

Родители и дѣти.

Юридическія отношенія между родителями и дѣтьми пережили ту же эволюцію, что и правоотношенія между супругами.

Въ прежнія времена родители имѣли полную власть надъ дѣтьми, даже вплоть до убійства и продажи ихъ въ рабство. Мало по малу государство принимаетъ дѣтей подъ свою защиту, объявляя основнымъ регуляторомъ правоотношеній между родителями и дѣтьми „благо дѣтей“, а не власть родителей. Смягченіе положенія женщины отразилось на участи дѣтей: расширеніе правъ матери въ семьѣ шло, несомнѣнно, на пользу дѣтей. Разъ выдвинуто было впередъ благо дѣтей, сама собою явилась мысль, что дѣти могутъ быть отобраны отъ родителей, если послѣдніе злоупотребляютъ своимъ правомъ или недостойно ведутъ себя. Въ Россіи и въ частной жизни и среди правителей были раньше неоднократные случаи убійства родителями своихъ дѣтей, что считалось довольно обычнымъ явленіемъ (хотя нѣкоторые это оспариваютъ). Тарасъ Бульба выразилъ эту мысль въ обращенныхъ къ сыну знаменитыхъ словахъ: „Я тебя породилъ, я тебя и убью“. Однако, еще издавна зародилось въ Россіи стремленіе улучшить положеніе дѣтей. Стали прекращаться браки по прямому принужденію родителей, исчезали родительскіе обѣты монашества за малолѣтнихъ дѣтей своихъ („обычай душегубный“, по вы-

[1]) Объ этомъ принципѣ—Оршанскій, Изслѣдованія по русскому праву семейному и наслѣдственному“, 1877 г., стр. 165 и 167, см. также рѣш. гражд. 1876 г. № 101, Синайскій, Личное и имущественное положеніе замужней женщины, 1910 г., стр. 319. Если бы предбрачные договоры получили у насъ примѣненіе и распространеніе, они въ той или иной степени могли бы умѣрять—насколько это требуется—дѣйствіе принципа раздѣльности супружескихъ имуществъ, который самъ по себѣ прочно утвердился въ нашей жизни и которому едва ли грозитъ какая-либо серьезная опасность также со стороны грядущей реформы нашего частнаго права.

раженію Прибавленія къ Духовному Регламенту), обыкновенія женить малолѣтнихъ противъ ихъ воли и пр. Еще въ 17 вѣкѣ установлено было наказаніе, правда не столь суровое, за убійство дѣтей. Продажа дѣтей ограничена въ XVI в. и окончательно воспрещена въ XVII вѣкѣ въ Уложеніи Царя Алексѣя Михайловича. Петръ Великій желалъ, чтобы чада подлежали родительской власти „не какъ скоты безсловесные". Однако, суровость нравовъ продолжалась по отношенію къ дѣтямъ и въ XIX вѣкѣ [1]). Отражалась она на ихъ правовомъ положеніи въ законодательствѣ и въ судахъ. Родители могли, обуздывая дѣтей, прибѣгать къ исправительнымъ мѣрамъ, наказывать ихъ,—какъ говорили прежде, „бить кнутами нещадно", а также ходатайствовать о заключеніи дѣтей въ тюрьму „безъ особаго судебнаго разсмотрѣнія" [2]). Лишь съ изданіемъ Судебныхъ Уставовъ оказалось возможнымъ взять новый курсъ въ дѣлахъ „отцовъ и дѣтей". Правительствующій Сенатъ сталъ неуклонно и твердо разъяснять и внушать просвѣщенную мысль о „благѣ дѣтей", которымъ, по указанію сената, только и должны руководиться судьи.

Отношенія между родителями и дѣтьми суть личныя и имущественныя, хотя вторыя, по крайней мѣрѣ у насъ, играютъ роль гораздо менѣе существенную. Тотъ же историческій ходъ развитія, который выдвинулъ во взаимоотношеніяхъ родителей и дѣтей на почетное мѣсто дѣтскіе интересы, приводитъ нынѣ къ тому, что этимъ интересамъ присваивается даже нѣкоторый публично-правовой характеръ. Сложный клубокъ этихъ отношеній подъ угломъ зрѣнія заботы о правильномъ развитіи будущаго поколѣнія раскрываетъ свой истинный видъ. Однако, и родители имѣютъ притязанія въ отношеніи своихъ дѣтей, требующія признанія. Право и обязанность здѣсь тѣсно сплетаются (воспитаніе, попеченіе, содержаніе).

Происхожденіе ребенка.

Обычный союзъ родителей и дѣтей создается путемъ зачатія и рожденія ребенка въ законномъ бракѣ. Но можетъ быть въ бракѣ только одно рожденіе или только одно зачатіе. Современное право усвоило слѣдующія положенія: 1) законныя дѣти суть—рожденныя или

---

[1]) Все еще живо было старое наставленіе „Домостроя": „Сына ли имаши . . . сокруши ему ребра; а аще бо жезломъ бьеши, не умретъ, но здоровъ будетъ".

[2]) см. Улож. о Наказаніяхъ, ст. 1592.

зачатыя въ бракѣ, 2) доказывать законность рожденія вправѣ всякій, кто имѣетъ къ тому юридическій интересъ, 3) напротивъ, доказывать, что ребенокъ не принадлежитъ мужу матери, оспаривать законность рожденія, могутъ только опредѣленныя лица въ опредѣленные сроки, съ извѣстными дальнѣйшими ограниченіями [1]). Періодъ отъ зачатія до рожденія исчисляется maximum въ 306 дней и minimum въ 180 дней. Дѣти, рожденныя не ранѣе 180 дней послѣ совершенія брака или до истеченія 306 дней со времени прекращенія брака, считаются дѣтьми законными [2]).

По отношенію къ дѣтямъ, рожденнымъ или зачатымъ въ бракѣ, примѣняется презумпція: pater est quem nuptiae demonstrant. Доказывать законность рожденія допускается безъ ограниченія какой-либо давностью, и сдѣлать это вправѣ либо самъ ребенокъ, либо, послѣ смерти ребенка (и родителей), всякій законно заинтересованный. Искъ предъявляется къ родителямъ или опекунамъ и имѣетъ характеръ установительнаго иска—Feststellungsklage [3]). Искъ доказывается признаніемъ родителей, метрическими свидѣтельствами,—при отсутствіи послѣднихъ и самихъ метрическихъ книгъ или при сомнительности записей, другими документами и данными, а также свидѣтельскими показаніями. Доказательствомъ служитъ inter cetera фактическое, не оспоренное пользованіе сыномъ или дочерью правами законныхъ дѣтей, содержаніе и воспитаніе ихъ родителями, какъ своихъ. Конечно, долженъ быть установленъ надлежащимъ образомъ и бракъ родителей.

Оспаривать законность рожденія управомоченъ при жизни мужа матери ребенка только первый. Споръ исключается, когда отецъ оффиціально отъ такового отказался: росписался въ метрической книгѣ подъ записью о законнорожденности или просилъ другого это сдѣлать; либо какимъ-нибудь инымъ способомъ призналъ ребенка своимъ. Мужъ матери ребенка, родившагося въ бракѣ, имѣетъ возможность, такимъ образомъ,

---

[1]) См. Пр. Гр. Ул., Объясненія II т. I, 1902 г. стр. 437.

[2]) Это положеніе принимаютъ почти всѣ законодательства. Дни исчисляются отъ полуночи къ полуночи, а не часами. См. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 1900, p. 685. Англійское право не знаетъ фиксированнаго періода беременности (no fixed presumption as to the lenghth of the period of gestation), а считается просто съ обычной продолжительностью, также Шведскій Законъ 14 іюня 1917 г. über eheliche Abstammung, § 1 (изд. Nyreń, Rechtliche Stellung der Kinder, 1927, S. 31 ff).

[3]) Ср. рѣш. гражд. 1900 г. № 35.

и внѣбрачное чужое дитя признать своимъ законнымъ. Ни самъ ребенокъ, ни мать ребенка и ея нисходящіе, хотя бы они имѣли наслѣдственныя права послѣ умершаго ея мужа, не вправѣ оспаривать законность рожденія [1]). Мотивируется это, повидимому, тѣмъ, что ребенку въ этомъ спорѣ нѣтъ реальной надобности, для матери же и ея нисходящихъ это безнравственное дѣло. Для опекуна ребенка это было бы, по разъясненію сената, „непрошеннымъ вмѣшательствомъ въ чужую семейную жизнь".

При жизни ребенка искъ о признаніи незаконности направляется къ нему и къ матери [2]). Споръ заявляется въ теченіе года со времени рожденія младенца и въ теченіе двухъ лѣтъ, если мужъ находился заграницей. Срокъ исчисляется съ того дня, какъ стало извѣстно о рожденіи ребенка, если жена нашла средство скрыть отъ мужа рожденіе ребенка. Послѣ смерти мужа наслѣдники его по закону вправѣ продолжать возбужденное имъ въ судѣ дѣло или даже начать новое дѣло, но только тогда, когда мужъ не потерялъ своихъ правъ на оспариваніе. Начать подобный искъ законъ предоставляетъ право лишь въ теченіе трехъ мѣсяцевъ со дня смерти мужа или же со дня рожденія младенца, появившагося на свѣтъ послѣ смерти мужа. Законъ ставитъ при этомъ условіе, чтобы мужу вовсе не было извѣстно существованіе младенца. Это строгое требованіе мало понятно. Гораздо правильнѣе такое положеніе: если мужъ матери ребенка не началъ судебнаго дѣла, но при жизни не лишился права на оспариваніе, то каждый законно заинтересованный вправѣ возбудить дѣло. Такъ, преимущественно, и рѣшается вопросъ въ кодексахъ Запада. Все это касается одинаково случаевъ наличности или отсутствія метрическихъ записей.

Оспаривается законность рожденія путемъ представленія соотвѣтствующихъ доказательствъ. Фактъ зачатія ребенка покрытъ тайной для непосвященныхъ. Фактъ зачатія ребенка замужней женщиной отъ посторонняго покрытъ вдвойнѣ тайной, такъ какъ подобный фактъ обыкновенно тщательно скрывается. Доказательства здѣсь поневолѣ вертятся вокругъ презумпцій и допущенія вѣроятностей. Законъ предусматриваетъ и презумпціи и самый способъ доказыванія, стараясь не допускать слишкомъ усерднаго углубленія въ тайники чужой жизни. Обыкновенная неспособность къ сожительству или оплодотворенію, какъ не могущая быть опредѣленно, съ непогрѣшимостью констатирована, не играетъ рѣшающей роли. Точно также не имѣетъ значенія доказанное прелюбо-

[1]) рѣш. гражд. 1901 г. № 4 (распространяется и на б. губ. Прибалтійскія).

[2]) ст. 4 Уст. Гр. Судопр.

дѣяніе матери [1]). Однако, нельзя игнорировать постоянное или продолжительное сожительство жены съ постороннимъ мужчиной, когда жена при этомъ живетъ отдѣльно отъ мужа и съ нимъ не встрѣчается —wilde Ehe. Представляется справедливымъ давать возможность опровергнуть презумпцію законности во всѣхъ случаяхъ полной очевидности, что никакимъ образомъ даже при совмѣстномъ проживаніи мужа съ женой ребенокъ не могъ произойти отъ перваго, хотя на практикѣ это доказать и трудно [2]).

Оспаривающій законность рожденія долженъ доказать, что мужъ матери не имѣлъ съ нею супружескихъ сношеній во время зачатія ребенка. Фактъ отсутствія такихъ сношеній усматривается по закону при разлукѣ супруговъ въ теченіе всего того времени, къ которому можно отнести зачатіе младенца. Но бываютъ, несомнѣнно, другія доказательства, напр., производство мужу или женѣ операціи или пораненіе, когда все это совершенно исключаетъ сожительство (Шершеневичъ, Загоровскій). Можетъ служить нужнымъ доказательствомъ также продолжительное изолированное тюремное заключеніе, кругосвѣтное плаваніе и пр. [3]).

Если ребенокъ родился по естественному времени слишкомъ рано, то достаточно, что отецъ отрицаетъ принадлежность ребенка ему [4]). Но отказъ отъ такого желанія отрицать усматривается

---

[1]) Не считается съ этимъ BGB, Гражд. Улож. б. Царства Польскаго, Schw. ZGB. Только Code Civil принимаетъ во вниманіе прелюбодѣяніе жены, если рожденіе ребенка было отъ мужа скрыто, Art. 313. Пр. Гр. Ул. повторяетъ норму Code civil.

[2]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, IV, 1903, S. 220.

[3]) Contra рѣш. гражд. 1906 г. № 29. По Пр. Гр. Ул. устанавливается въ этомъ случаѣ то, что мужъ былъ въ разлукѣ съ матерью ребенка или вообще былъ лишенъ возможности имѣть съ ней супружеское сожитіе, ст. 391. Въ одномъ дѣлѣ, разсмотрѣнномъ Государственнымъ Совѣтомъ въ старое время по поводу спора о законности рожденія, было констатировано, что мужъ матери прижитаго ребенка былъ глухъ и нѣмъ и до смерти своей находился въ болѣзненномъ положеніи у родственника: Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта за 1850—1851 г., стр. 538 и сл.

[4]) X т. 1 ч. ст. 125. BGB распространяетъ презумпцію законности въ одинаковой мѣрѣ и на дѣтей, рожденныхъ въ

въ письмахъ и удостовѣреніяхъ, что мужъ обращался съ рожденнымъ, какъ со своимъ ребенкомъ, заботился о его содержаніи и воспитаніи, допускалъ пользоваться фамиліей. Ребенокъ, родившійся слишкомъ поздно, хотя и признается незаконнымъ, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ можно доказывать и противное (особенность физической конструкціи). Незаконность такого рожденія вправѣ устанавливать всѣ тѣ, личныя и имущественныя права которыхъ нарушаются признаніемъ ребенка законнымъ [1]).

По прекращеніи брака жена вступила въ новый бракъ: возникаетъ вопросъ о законности ребенка, родившагося до истеченія максимальнаго срока беременности. Дѣйствующее наше право по этому поводу не содержитъ прямыхъ указаній, стало быть, въ случаѣ спора, вопросъ долженъ рѣшать in concreto самъ судъ. Не будетъ ошибочнымъ слѣдующій тезисъ: ребенокъ, появившійся на свѣтъ до истеченія 306 дней со времени прекращенія прежняго брака, но по вступленіи матери въ новый бракъ, предполагается происходящимъ отъ новаго брака съ тѣмъ, что по суду можетъ быть доказано, что ребенокъ родился отъ прежняго брака [2]).

бракѣ слишкомъ рано (ст. 1592), такъ что здѣсь простого отрицанія недостаточно. Французское право ограничивается отрицаніемъ, но требуетъ, чтобы заявленіе о томъ было сдѣлано въ срокъ, очень короткій. При этомъ отрицаніе устраняется, когда до заключенія брака мужъ зналъ о беременности жены, когда онъ подписалъ актъ о рожденіи, когда ребенокъ оказался неспособнымъ къ жизни, Code civil, Art. 314, 316, Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 274.

[1]) X т. 1 ч. ст. 131 требуетъ, чтобы такой искъ предъявленъ былъ не позднѣе шести мѣсяцевъ послѣ рожденія младенца: законъ желаетъ устранить неопредѣленность въ правовомъ положеніи ребенка. Но ребенокъ можетъ родиться черезъ много лѣтъ. Неужели и въ этомъ случаѣ необходимо соблюденіе срока подъ угрозой отпаденія въ противномъ случаѣ права на оспариваніе? Гораздо правильнѣе утвержденіе, что разъ рожденіе произошло слишкомъ поздно для прежняго брака, то ребенокъ внѣбрачный. См. Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912, стр. 741. Иначе придется признать отцомъ ребенка и того, кто за много лѣтъ до рожденія послѣдняго слегъ въ могилу либо развелся съ женой. На такой же мало основательной точкѣ зрѣнія, какъ нашъ законъ, стоитъ и французское право, Code Civil Art. 315, 316, 317, Гражд. Улож. б. Царства Польск. стт. 275, 276, 277.

[2]) См. Пр. Гр. Ул., ст. 380. По BGB такое дитя считается принадлежащимъ первому мужу, если родилось въ теченіе

Слѣдующими общими положеніями надлежитъ пополнять изложенное по вопросу о законности рожденія:

1. Старая юриспруденція исходила исключительно изъ субъективныхъ правъ отца и другихъ лицъ, которыхъ происхожденіе ребенка могло касаться. Въ древнемъ Римѣ допускалось оспаривать законность рожденія весьма широко. Это въ состояніи былъ сдѣлать каждый, кто считалъ свое право нарушеннымъ признаніемъ зоконности рожденія, и во всякое время. Нынѣшнее право охраняетъ во многомъ интересы отца, но еще въ большемъ интересы дѣтей и самого общества, стремящагося къ опредѣленности и твердости семейственныхъ отношеній [1]). Этимъ объясняется, между прочимъ, и краткость сроковъ оспариванія.

2. Сроки оспариванія законности рожденія—давностные и продленію не подлежатъ. Только одно Schw. ZGB даетъ иногда возможность отсрочки, если опозданіе „mit wichtigen Gründen entschuldigt wird".

3. Отказъ мужа отъ спора или пропускъ имъ сроковъ есть praesumptio juris et de jure признанія ребенка. Это оправдывается и объективнымъ положеніемъ вещей, въ силу котораго не поддается учету сожительство мужа съ женой, и потому право не можетъ итти противъ признанія отца.

4. Роль матери въ оспариваніи весьма ограниченная, ея признаніе не принимается въ качествѣ рѣшающаго доказательства.

5. При опредѣленіи круга лицъ, имѣющихъ право оспаривать законность рожденія послѣ смерти мужа матери ребенка, законъ нашъ исключаетъ наслѣдниковъ по завѣщанію. Принципіально, de lege ferenda, правильнѣе допустить и этихъ лицъ къ спору, когда признаніемъ законности затрагиваются ихъ права. Что касается самого рожденнаго, то въ будущемъ законѣ слѣдуетъ также и ему предо-

---

270 дней послѣ прекращенія брака, и второму, если родилось позже, § 1600. Нѣкоторыя законодательства, во избѣжаніе недоразумѣній, воспрещаютъ женщинѣ вступать въ новый бракъ ранѣе 10 мѣсяцевъ со времени прекращенія перваго (Пол. о союзѣ брач. 1836 г., ст. 168, Code Civil, art. 228, 296). Дѣйствующее наше право, за изъятіемъ лютеранъ, такого обременительнаго для женщины правила не знаетъ. По англійскому праву дитя матери, вышедшей замужъ послѣ прекращенія перваго брака, рожденное въ такое время, что оно можетъ считаться принадлежащимъ обоимъ отцамъ, носитъ названіе „more than ordinarily legitimate" и вправѣ само избрать своего отца по достиженіи совершеннолѣтія. (Blakstone, Schuster).

[1]) См. рѣш. гражд. 1901 г. № 4.

ставить въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ право на оспариваніе, — послѣ смерти отца [1]), особенно если рожденіе имѣло мѣсто по естественному порядку слишкомъ поздно. Такое право принадлежало бы ребенку по достиженіи имъ совершеннолѣтія. Этимъ охраненъ былъ бы даже тотъ моральный интересъ, который способенъ дать ему импульсъ къ спору. Когда же обнаруживается насущная надобность, то и ранѣе достиженія совершеннолѣтія можно было разрѣшить ему предъявленіе иска (съ согласія матери и съ назначеніемъ кураторства) для спора противъ происхожденія своего отъ даннаго лица.

6. Существенныя ошибки и обманы, могущія имѣть мѣсто при признаніи со стороны отца ребенка своимъ, принимаются во вниманіе судомъ, по общимъ началамъ права, но лишь до истеченія сроковъ на оспариваніе. Послѣ этого только уголовно наказуемый обманъ можетъ аннулировать законность рожденія, въ свое время не оспоренную. Такое же значеніе имѣютъ и другія преступленія, повліявшія на признаніе отца и отказъ его отъ спора.

7. Споръ о томъ, что ребенокъ не происходитъ отъ данной матери (подкинутъ, замѣненъ и пр.) допустимъ безъ ограниченія временемъ и лицами. Это—не оспариваніе законности рожденія, а отрицаніе материнства, т. е. притязаніе общегражданскаго характера. Такой споръ вправѣ возбудить сама замужняя женщина, мужъ ея, ребенокъ и всѣ, имѣющіе къ тому законный интересъ.

Требованіе законнаго брака для признанія законности рожденія выражается въ формулѣ: гдѣ брака нѣтъ, тамъ нѣтъ и легальныхъ дѣтей. Но законъ дѣлаетъ отсюда два исключенія. Во первыхъ, при недѣйствительномъ бракѣ, юридически, значитъ, не существующемъ, дѣти все же признаются легальными, и во вторыхъ, дѣти, прижитыя внѣ брака, могутъ получить всѣ качества законныхъ дѣтей при посредствѣ вступленія ихъ родителей въ бракъ между собою (узаконеніе). Что касается недѣйствительнаго брака, то законными считаются дѣти, рожденныя или зачатыя во время фактическаго существованія брака [2]). Мысль закона заключается въ желаніи снять отвѣтственность съ неповинныхъ дѣтей и дать имъ возможность занять подобающее мѣсто въ жизни. Разъ такъ, то, стало быть, добросовѣстность или недобросовѣстность родителей въ данномъ отношеніи не играютъ роли. На иной точкѣ зрѣнія стоятъ нѣкоторыя западныя законодательства. Такъ, въ Германіи подобное дитя признается законнымъ лишь постольку, поскольку оба

[1]) См. Čecho-Slov., § 187.

[2]) Законъ 3 іюня 1902 г., ст. 131[1], X т. 1 ч., 144 п. 4.

родителя не знали о недѣйствительности при заключеніи брака [1]). Эта точка зрѣнія непріемлема на почвѣ дѣйствующаго нашего права, ее отвергаютъ прямо и новѣйшія законодательства [2]). Вытекаетъ ли недѣйствительность изъ формальнаго порока, изъ условій, лежащихъ въ лицѣ супруговъ, или изъ другой причины, это значенія не имѣетъ: дѣти считаются законными съ момента рожденія, все равно, каковы бы ни были послѣдствія для самихъ супруговъ, лишь бы дѣти родились или зачаты были до момента рѣшенія объ уничтоженіи брака и налицо вообще были тѣ условія, при которыхъ ребенокъ признается законнымъ [3]).

Узаконеніе, которое извѣстно было еще римскому праву,— legitimatio per subsequens matrimonium, существуетъ нынѣ почти повсемѣстно. Едва ли не одна только Англія его отвергаетъ. Узаконеніе относится къ средствамъ улучшенія положенія внѣбрачныхъ дѣтей [4]) Отвергающіе этотъ институтъ исходятъ изъ идеи, мало основательной и

---

[1]) BGB § 1699. Французское право довольствуется добросовѣстностью одного супруга, Code Civil. Art. 201, 202 Гражд. Улож. б. Ц. Польск., стт. 260, 261.

[2]) Schw. ZGB, Art. 133, Čecho-Slov. § 189, см. также Пр. Гр. Ул., ст. 311, абз. 1.

[3]) Германское право находитъ, что бракъ, о недѣйствительности котораго знали оба супруга, равенъ конкубинату и этой конструктивной мысли отдаетъ въ жертву судьбу дѣтей. Изъ русской исторіи видно, что подобные браки съ незаконнымъ сожительствомъ не отождествлялись. Еще въ старыя времена путемъ сепаратныхъ Высочайшихъ указовъ происходящимъ отъ ничтожныхъ браковъ дѣтямъ присваивались права законныхъ. При этомъ центръ вниманія не сосредоточивался спеціально на виновности одного супруга или обоихъ. Этотъ вопросъ игралъ роль при опредѣленіи правъ самихъ супруговъ, бракъ которыхъ признанъ не дѣйствительнымъ. Въ такомъ смыслѣ и надо было понимать прежнюю статью 133 X. т. I ч. о правѣ суда подвергать на особое милостивое усмотрѣніе Высочайшей власти судьбу дѣтей и невиновнаго супруга. Законъ 3 іюня 1902 г. съ опредѣленностью выразилъ мысль о томъ, что только родителей касается послѣдствіе недѣйствительнаго брака, но не дѣтей: стр. 132 и 133 X т. 1 ч. (ср. съ прежней редакціей).

[4]) Терминъ „внѣбрачныя дѣти“, замѣнившій по закону 3 іюня 1902 г. прежнее одіозное названіе „незаконнорожденныя дѣти“, не совсѣмъ точенъ. Къ внѣбрачнымъ дѣтямъ причисляются и рожденныя замужней женщиной по истеченіи 30 дней послѣ прекращенія брака, а также родившіяся в

недостаточно продуманной, что узаконеніе прижитыхъ внѣ брака дѣтей облегчаетъ якобы людямъ возможность нелегальныхъ связей (какъ будто законодатель вообще въ состояніи вліять на проявленія человѣческихъ склонностей и темперамента!).

Нѣкоторыя законодательства требуютъ для узаконенія предварительнаго заявленія, судебнаго или внѣ судебнаго, со стороны родителей, сдѣланнаго до брака или при заключеніи такового, о томъ, что дитя происходитъ отъ нихъ, исключая этимъ возможность легализаціи дѣтей, прижитыхъ отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія [1]). Прочія законодательства не дѣлаютъ различія, допуская узаконеніе и дѣтей отъ прелюбодѣйной или кровосмѣсительной связи (Германія, Швейцарія, Пр. Гр. Ул.). На эту послѣднюю точку зрѣнія стало—въ отмѣну прежнихъ нормъ—и наше дѣйствующее право, закономъ 3 іюня 1902 г.[2]). Этимъ наше законодательство отмежевалось отъ многочисленныхъ возраженій, выдвигавшихся со стороны русскихъ юристовъ о томъ, что узаконеніе такихъ дѣтей противорѣчитъ чистотѣ брачныхъ узъ, что въ основѣ узаконенія лежитъ мысль о возможности брака и т. д., смѣло ставъ на путь защиты „безъ вины виноватыхъ".

Узаконяются не только живыя, но также и умершія дѣти. Самое узаконеніе происходитъ у насъ не автоматически черезъ вступленіе въ бракъ, а путемъ опредѣленія суда, по ходатайству, въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства [3]). Просьбы объ узаконеніи могутъ быть подаваемы и обоими родителями и каждымъ изъ нихъ отдѣльно. Послѣ

бракѣ, но признанныя незаконными, Синайскій, Русское гражданское право, в. 2, 1918, стр. 312, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1921, стр. 417.

[1]) Cette réconnaissance ne pourra avior lieu au profit des enfants nés d'un commerce incesteux ou adulterin: Code Civil, art. 331 s. По законамъ 30 декабря 1915 г. и 25 апрѣля 1924 г. во Франціи сдѣланъ отсюда рядъ изъятій въ пользу прижитыхъ отъ прелюбодѣянія дѣтей. Въ неизмѣненномъ видѣ это ограниченіе содержится въ Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 291.

[2]) Ст. 144 X т. I ч. въ нынѣшней редакціи, рѣш. гражд. 1905 г. № 59.

[3]) Ст. 1460[1] Уст. Гражд. Судопр. Напротивъ, по другимъ законодательствамъ, узаконеніе происходитъ само собою, von Gesetzes wegen, при вступленіи въ бракъ родителей между собою: Ср. BGB, § 1719, Schw. ZGB, Art. 258; также Бразильское Гражд. Улож. 1 января 1916 г., ст. 353, нѣм. изд. Heinsheimer 1928 (съ указанной выше оговоркой относительно требованія заявленія родителей).

смерти родителей такая просьба подается самимъ узаконяемымъ или его легальнымъ представителемъ, но никакихъ другихъ „просителей" законъ не признаетъ. Право, данное закономъ родителямъ—и дѣтямъ, рожденнымъ до вступленія первыхъ въ бракъ, не имѣлось въ виду у насъ распространить и на потомковъ, поэтому дѣти, напр., не могутъ просить объ узаконеніи ихъ умершаго отца его родителямъ [1]). Пр. Гр. Ул., въ согласіи съ западными законодательствами, даетъ это право также потомкамъ умершихъ дѣтей: смерть дитяти, хотя бы послѣдовавшая до брака его родителей, не служитъ препятствіемъ къ удостовѣренію узаконенія, если дитя оставило потомство [2]). Нерѣшительность нашего закона оказалась еще въ созданіи нѣкоторыхъ спеціальныхъ оговорокъ и стѣсненій. Въ частности, проситель подаетъ просьбу лично, повѣренные не допускаются (неизвѣстно почему). Просьба должна быть представлена въ теченіе года со дня заключенія брака, въ противномъ случаѣ требуется объясненіе причинъ промедленія. Такого срока при жизни узаконяемаго не знаетъ Пр. Гр. Ул. [3]).

Узаконенію сообщается обратная сила. Ребенокъ становится законнымъ съ момента заключенія брака, но не съ момента рожденія. По-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1904 г. № 48, 1898 г. № 32, ст. 1460^1 Уст. Гражд. Судопр.

[2]) Ст. 448. См. BGB, § 1722, Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 293, Code Civil art. 332. По Швейцарскому праву также нѣтъ надобности, чтобы узаконяемое дитя непремѣнно находилось въ живыхъ при заключеніи брака, Curti-Forrer, cit., S. 218.

[3]) При просьбѣ представляется у насъ письменное заявленіе отца и матери о происхожденіи ребенка отъ нихъ и метрическое свидѣтельство о рожденіи его и о бракѣ родителей. Судъ удостовѣряется въ возможности происхожденія ребенка отъ просителей и въ отсутствіи законныхъ препятствій къ узаконенію. По вступленіи опредѣленія объ узаконеніи въ законную силу, судъ дѣлаетъ соотвѣтственную надпись на метрическомъ свидѣтельствѣ о рожденіи узаконяемаго и сообщаетъ объ этомъ куда слѣдуетъ для отмѣтки въ метрической книгѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ судъ выдаетъ взамѣнъ метрическаго свидѣтельства о рожденіи узаконяемаго новое о его рожденіи свидѣтельство. Уст. Гражд. Судопр., стт. 1460^1, 1460^2, 1460^3, 1460^4, 1460^7. Разъ ходатайство заявлено, просьба о пріостановленіи или прекращеніи дѣла не допускается. Это вытекаетъ, по разъясненію сената, изъ того, что субъектами правъ въ дѣлахъ объ узаконеніи являются дѣти, родители же участвуютъ въ качествѣ природныхъ опекуновъ и ихъ участіе въ производствѣ дѣла объ узако-

этому для него не возникаетъ права (по наслѣдству) отъ времени его рожденія до времени брака родителей. Его узаконеніе не можетъ также отразиться на правахъ, пріобрѣтенныхъ другими лицами во время внѣбрачности ребенка, до узаконенія [1]).

Можно ли оспорить путемъ иска состоявшееся узаконеніе? Такое право теорія и практика признаютъ на Западѣ за каждымъ, кто имѣетъ къ тому законный интересъ [2]). Дѣйствующее наше право не считаетъ нужнымъ допускать такое оспариваніе, находя это вреднымъ для поддержанія твердости семейныхъ отношеній [3]). Между тѣмъ случаи неправильнаго узаконенія весьма нерѣдки: они имѣютъ мѣсто не только по ошибкѣ, но и по прямому злоупотребленію. Естественно, что наслѣдникамъ, у которыхъ отнимаютъ имущество благодаря узаконенію постороннаго лица, должно быть дано право интервенціи. Самъ узаконяемый имѣетъ интересъ, матеріальный и моральный, оспаривать узаконеніе къ даннымъ родителямъ и устанавливать свое происхожденіе отъ другихъ родителей.

Вправѣ ли кто оспаривать узаконеніе его дитяти другими лицами? Едва ли станутъ отрицать принципіально за родителями эту возможность. Право спора противъ узаконенія проблематично только въ рукахъ лица, которое само просило объ узаконеніи, но уже его

неніи „ограничивается предъявленіемъ въ судъ ходатайства объ узаконеніи съ необходимыми документами", рѣш. гражд. 1894 г. № 102. Здѣсь сенатъ приближается къ взгляду на узаконеніе, какъ на актъ, совершаемый въ интересахъ самого закона.

[1]) X т. I ч., ст. 144, п. 3, Пр. Гр. Ул., ст. 451, BGB, § 1719, Kommentar Achilles, S, 954, Гражд. Улож. б. Царства Польскаго, ст. 294.

[2]) Пр. Гр. Ул., ст. 453, Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 304, Герм. Zivilprocessordnung für das Deutsche Reich, §§ 640, 641, 643, Code Civil, Art. 339, Codicè civile, Art. 188, Schw. ZGB, Art. 262.

[3]) Ст. 1470[6] Уст. Гражд. Судопр., рѣш. гражд. 1912 г. № 66, 1900 г. № 12, 1897 г. № 33. См. также Пр. Гр. Ул., Объясненія, 1, т. 2, 1902, стр. 643. Рѣш. гражд. 1912 г. № 66 основывается на „умолчаніи закона о правѣ третьихъ лицъ оспаривать узаконеніе" и на законодательныхъ соображеніяхъ. Умолчаніе закона, конечно, очень важный факторъ, ибо нельзя допустить, чтобы здѣсь допущенъ былъ простой пробѣлъ. Восполнить такой пробѣлъ, самовольно расширивъ право оспариванія узаконенія, безъ прямой нормы, никто не рѣшится.

наслѣдники въ состояніи это сдѣлать ex persona propria, не въ качествѣ его правопреемниковъ [1]).

Пресѣкая путь къ оспариванію узаконенія во всѣхъ случаяхъ, наше право заняло въ этомъ отношеніи исключительную позйцію, не отвѣчающую требованіямъ жизни и справедливости. Законъ нашъ усиленно охраняетъ права одной категоріи лицъ въ ущербъ другой, иногда даже въ ущербъ тѣмъ, чьи интересы онъ имѣлъ въ виду. Съ точки же зрѣнія общественной, нельзя считать нормальнымъ существованіе неправильныхъ узаконеній, навязываніе отцовства тамъ, гдѣ его не видятъ и не желаютъ видѣть (право спора со стороны самого узаконеннаго). Насколько иначе смотритъ на данный предметъ новѣйшее право, видно изъ того, что, напр., въ Швейцаріи споръ противъ правильности узаконенія можетъ послѣдовать даже со стороны оффиціальнаго учрежденія—von der zuständigen Behörde des Heimatkantons [2]). Остается у насъ здѣсь единственный путь—оспариваніе узаконеній въ уголовномъ порядкѣ, при наличности состава преступленія.

Узаконеніе спеціальное, путемъ акта носителя власти, даетъ права законныхъ дѣтей въ отношеніи обоихъ родителей, если оба заявили просьбу, либо одного, если одинъ просилъ. Эту форму узаконенія знаютъ многія законодательства, въ томъ числѣ X т. 1 ч. [3]). Въ нашемъ правѣ подобное узаконеніе было обычнымъ явленіемъ въ прежнее время, до изданія новыхъ законовъ объ узаконеніи послѣдующимъ бракомъ. Право на такую спеціальную легализацію принадлежитъ по закону, во всякомъ случаѣ, только Верховному (законодательному) органу, послѣдній опредѣляетъ и степень правъ узаконяемаго. Въ остальномъ такое узаконеніе приравнивается къ узаконенію путемъ брака. Нашъ законъ не вводитъ, какъ то дѣлаютъ другія законодательства—BGB, Čecho-Slov., Гражд. Улож.

---

[1]) См. рѣшенія по этому предмету итальянскихъ судовъ у Bruno, Codice civile del regno d'Italia, 1905, p. 64, 65. Также французское право даетъ возможность спора всѣмъ, въ томъ числѣ и наслѣдникамъ признавшаго, но не послѣднему: рѣшенія у Dalloz, Code civil, 1926, p. 139. Швейцарія не знаетъ ограниченія и для самого признавшаго, Curti—Forrer, cit., S. 221.

[2]) Schw. ZGB, Art. 262, Abs. 1.

[3]) Ст. 144. BGB, §§ 1720 ff, Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 297, Codice Civile, Art. 198 (съ ограниченіями), Čecho-Slov. § 191, Пр. Гр. Ул., ст. 454—458. На Западѣ такое узаконеніе совершается административными актами. Въ Польшѣ—przez dekret Naczelnika Panstwa (Zoll). Ни французское, ни швейцарское право этой формы узаконенія не знаютъ.

б. Ц. Польск.,—какихъ-либо апріорныхъ ограниченій въ смыслѣ объема представляемыхъ такому узаконенному правъ сравнительно съ правами законныхъ дѣтей въ отношеніи восходящихъ, боковыхъ родственниковъ и пр. (эти ограниченія могутъ быть устанавливаемы у насъ только въ актѣ узаконенія). Нынѣ, съ введеніемъ „народоправства", случаи примѣненія специфическаго узаконенія не имѣли у насъ мѣста на практикѣ, и самая возможность этого вида узаконенія сомнительна, въ виду конституціи [1]).

Права родителей и дѣтей.

Отношенія между родителями и дѣтьми покоятся на нравственныхъ основахъ, но въ случаяхъ спора законъ даетъ извѣстныя директивы. По нынѣшнимъ взглядамъ, родительская власть опредѣляется, какъ „сумма правъ родителей распоряжаться своими дѣтьми въ предѣлахъ, установленныхъ особенностями семейныхъ отношеній и требованіями современной морали" [2]).

Родительская власть выражается въ томъ, что дѣти подчиняются родителямъ ради наилучшаго взрощенія дѣтей и обезпеченія имъ въ будущемъ достойной и счастливой жизни. Родители заботятся о тѣлѣ и духѣ своего дитяти, даютъ ему содержаніе, воспитаніе и наставленіе. Они передаютъ ребенку права свои по состоянію, званію и подданству. Дѣти обязаны въ отношеніи родителей послушаніемъ, уваженіемъ, а иногда и содержаніемъ.

Къ дѣтямъ съ самаго рожденія переходитъ фамилія отца (къ дочери до замужества). Пока дитя не имѣетъ отдѣльнаго жительства, его жительство считается у родителей, хотя бы временно оно находилось въ другомъ мѣстѣ (студентъ въ университетскомъ городѣ) [3]). Совмѣстное жительство родителей и дѣтей есть реквизитъ семейнаго воспитанія. Родители вправѣ требовать своихъ дѣтей отъ постороннихъ лицъ,

[1]) § 11.

[2]) См. у Никонова, Споръ о ребенкѣ, 1911, стр. 9.

[3]) Code Civil, Art., 108 (11), Codice Civile, Art. 18 (11) Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922 стр. 442. По Гражд. Улож. б. Ц. Польск. родители имѣютъ право отыскивать дитя, покинувшее ихъ домъ, и взять его къ себѣ обратно при помощи мѣстныхъ властей, ст. 338, также Пр. Гр. Ул., ст. 411, абз. 2, Čecho-Slov., § 173. У насъ обязанности административныхъ органовъ по водворенію дѣтей къ родителямъ не существуетъ: этотъ вопросъ, какъ споръ о правѣ гражданскомъ, разрѣшается всецѣло судомъ,—что правильнѣе, чѣмъ вмѣшательство полиціи.

не взирая на то, что послѣднія представляютъ этимъ дѣтямъ лучшія условія воспитанія и образованія, недостижимыя для родителей. Судъ не вправѣ во имя интереса ребенка „освящать своимъ рѣшеніемъ отторженіе ребенка отъ его естественной семьи при отсутствіи къ тому причинъ, предусмотрѣнныхъ въ законѣ“ [1]).

Важнѣйшая обязанность родителей—это воспитаніе ребенка. Оно должно быть доброе и честное, соотвѣтствующее соціальному положенію родителей. Родители обращаютъ вниманіе на нравственное преуспѣяніе своихъ дѣтей, стараясь домашнимъ воспитаніемъ приготовить нравы и содѣйствовать общественнымъ достиженіямъ (а не „видамъ правительства“, какъ говорилъ старый законъ). Конечно, способовъ воспитанія ни одинъ законъ не предусматриваетъ. Важно, что родители вправѣ передавать дѣтей на воспитаніе другимъ лицамъ, делегируя послѣднимъ долю своей власти и своихъ обязанностей [2]). Хотя, по общему правилу, государство не вмѣшивается въ отправленіе этой обязанности со стороны родителей, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ оно оказываетъ косвеннное вліяніе, требуя, наприм., непремѣнной посылки дѣтей въ опредѣленномъ возрастѣ, приблизительно отъ 6—12 лѣтъ, въ учебныя заведенія—обязательная грамотность (установленная во Франціи еще закономъ 28 марта 1882 г.,—но не существующая пока у насъ). По достиженіи дѣтьми извѣстнаго возраста родители заботятся объ устройствѣ ихъ занятій и профессій, о выдачѣ дочерей замужъ. Религіозное воспитаніе дѣтей не является болѣе обязанностью родителей, но послѣдніе вправѣ опредѣлить религію своихъ малолѣтнихъ дѣтей и, въ частности, уславливаться между собою о религіи рождающихся дѣтей при смѣшанныхъ бракахъ [3]).

При воспитаніи дѣтей родители вправѣ принимать всякія исправительныя мѣры вплоть до тѣлесныхъ наказаній; изувѣченіе дѣтей не только не допускается, но является уголовно-наказуемымъ дѣяніемъ.

---

[1]) Рѣш. гражд. 1897 г. № 81.

[2]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 410, абз. 2. Вообще, родители властны не только опредѣлить способъ воспитанія дѣтей, но и кореннымъ образомъ мѣнять его по своему усмотрѣнію, не будучи связаны въ томъ отношеніи никакими обѣщаніями ни передъ самимъ воспитываемымъ, ни передъ третьими лицами, отдавать дѣтей въ учебныя заведенія и брать ихъ обратно свободно, ср. рѣш. гражд. 1910 г. № 6.

[3]) По прежнему закону, въ Западномъ краѣ при смѣшанномъ бракѣ сыновья должны были быть крещены въ отцовскую, а дочери въ материнскую вѣру, если не было по-

По Гражд. Ул. б. Ц. Польск. [1]) родителямъ, превысившимъ власть употребленіемъ мѣръ, вредныхъ здоровью ребенка, дѣлается судомъ предостереженіе, а при повтореніи они лишаются судомъ родительской власти. Родители могутъ передать и эти правомочія по исправленію дѣтей expressis verbis или молчаливо другимъ лицамъ, занятымъ воспитаніемъ ихъ дѣтей.

Установленное въ Code Civil [2]) право родителей просить судъ въ лицѣ его предсѣдателя подвергнуть ихъ сына или дочь тюремному заключенію—до шестнадцатилѣтняго возраста безъ объясненія причинъ—на срокъ до 6 мѣсяцевъ, не принято иными современными законодательствами. Въ настоящее время вопросъ о мѣрахъ спеціальнаго воздѣйствія на дѣтей,—заключеніи, арестѣ и пр.,—предоставляется на Западѣ рѣшать обыкновенно опекунскому суду по просьбѣ родителей [3]). Въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ данный вопросъ пережилъ большую эволюцію. Прежде признавалась безконтрольная власть родителей просить судъ или администрацію подвергать строптивыхъ дѣтей заключенію въ тюрьму или въ смирительный домъ безъ всякаго разбирательства. Съ введеніемъ Судебныхъ уставовъ, объявившихъ начало недопустимости задержанія кого-либо подъ стражею иначе, какъ въ случаяхъ, закономъ опредѣленныхъ, съ уничтоженіемъ смирительныхъ домовъ (въ 1884 г.), съ отмѣной формальной теоріи доказательствъ, власть эта постепенно превратилась въ обыкновенное правомочіе родителей обращаться къ судебной власти съ просьбой наказать дѣтей за упорное неповиновеніе и дурную жизнь по общимъ правиламъ уголовнаго судопроизводства. Осуществленіе права отдавать дѣтей для исправленія въ исправительныя заведенія было пріостановлено впредь до урегулированія этого предмета закономъ. Новый уголовный кодексъ нашъ создалъ особое наказаніе (арестъ) за упор-

---

становлено иначе въ брачномъ договорѣ: т. X ч. 1., ст. 75, ч. 2. Нынѣ эта норма отпала, и вопросъ рѣшается по общимъ правиламъ разрѣшенія семейныхъ споровъ между родителями. Указъ 17 апрѣля 1905 г. (о вѣротерпимости) опредѣляетъ вѣроисповѣданіе дѣтей при переходѣ родителей изъ одной религіи въ другую.

[1]) Ст. 339.

[2]) Art. 375—382.

[4]) BGB, § 1631, Пр. Гр. Ул., ст. 412. Schw. ZGB даетъ родителямъ правомочіе принимать по отношенію къ провинившимся дѣтямъ die nötigen Züchtigungsmittel, безъ дальнѣйшаго, такъ что вмѣшательство органовъ власти исключается, Art. 278, Čecho-Slov, § 179 повторяетъ то же самое, съ добавленіемъ, что эти мѣры не должны вредить здоровью дѣтей.

ное неповиновеніе родительской власти или грубое обращеніе съ ними, какъ за обыкновенный проступокъ. Этимъ исчерпывается нынѣ право родителей въ отношеніи непокорныхъ и строптивыхъ дѣтей, что касается оффиціальнаго воздѣйствія [1]). Въ виду чисто нравственнаго характера мѣръ домашняго воспитанія и измѣнившихся представленій объ отношеніяхъ родителей и дѣтей, передавать дѣла по наказанію и исправленію дѣтей еще какому-либо оффиціальному органу, кромѣ суда, даже опекунскому установленію не представляется желательнымъ и съ точки зрѣнія реформы [2])

Обязанность родителей содержать находящихся у нихъ дѣтей („qui fait l'enfant, le doit nourrir") выражается въ несеніи всѣхъ издержекъ пропитанія, одѣванія, помѣщенія, лѣченія, обученія и т. д. При раздѣльномъ жительствѣ супруговъ, происшедшемъ безъ взаимнаго ихъ на то согласія, права родительской власти фактически осуществляются

---

[1]) Уг. Улож., ст. 419, п. 2. См. Объясненія къ проекту Уг. Улож., т. III, 1895 г. стр. 210—214, для прежняго времени— X т. 1 ч., ст. 165, Улож. о Наказ., ст. 1592, рѣш. угол., 1868 г. № 555, рѣш. Общ. Собр. 1888 г. № 4.

[2]) Не приходится много распространяться на тему о томъ, какую важную роль для государства и коллектива играетъ дѣло воспитанія дѣтей. Будущій человѣкъ и гражданинъ создается въ лабораторіи семьи. Монтенъ разсказываетъ объ одномъ отцѣ, который объяснялъ смерть своего сына, подававшаго большія надежды, тѣмъ, что онъ никогда не бесѣдовалъ откровенно съ юношей, относился къ нему съ суровостью, такъ что юноша постоянно видѣлъ недовольное и нахмуренное лицо отца... (Загурскій, Родительская власть по современному французскому законодательству, 1891 г., стр. 11). Это— случай не исключительный. Сколько самоубійствъ молодыхъ людей происходитъ у насъ на глазахъ на почвѣ неестественныхъ отношеній между отцами и дѣтьми, сколько вреда приноситъ семьѣ и обществу извращеніе перспективы родительской власти по отношенію къ дѣтямъ! Законодательства озабочиваются этими вопросами, хотя бы, по существу, здѣсь и была преимущественно прерогатива этики и морали. Между тѣмъ, во многихъ странахъ и, между прочимъ, во Франціи почти ничего не достигнуто еще въ этомъ смыслѣ. Во Франціи отцу принадлежитъ: droit de respect, droit d'education, droit de garde (обязательное жительство ребенка съ своимъ отцомъ), droit de correction. Но что сдѣлано гражданскимъ закономъ для самихъ дѣтей? Даже той нормы о воспрещеніи злоупотребленій родительской власти, которая извѣстна другимъ законодательствамъ, Code civil не воспроизводитъ. По

родителемъ, при которомъ ребенокъ живетъ, „вслѣдствіе чего на этого же родителя должно пасть и выполненіе вытекающей изъ той же родительской власти и неразрывно связанной съ правами родителей обязанности по содержанію дѣтей, если только раздѣльная жизнь не является послѣдствіемъ вины другого родителя“ [1]).

Имущество самихъ дѣтей можетъ итти на ихъ содержаніе лишь при отсутствіи необходимыхъ средствъ у родителей. Существующее мнѣніе, что издержки по содержанію дѣтей покрываются изъ ихъ собственнаго достоянія, если таковое имѣется, должно отвѣчать тому началу, что содержанія вправѣ требовать лишь тотъ, кто въ немъ нуждается. Это начало, справедливое въ отношеніи родственниковъ вообще, непріемлемо въ отношеніи дѣтей, выростить которыхъ, кормить и т. д. составляетъ неизмѣнную заботу родителей. Только когда родители лишены нужныхъ средствъ, позволительно пользоваться для содержанія дѣтей доходами съ имущества послѣднихъ и даже самимъ этимъ имуществомъ. По Германскому закону малолѣтній вправѣ требовать содержанія, если доходы съ его собственнаго имущества и заработки его недостаточны, то же приблизительно и по Пр. Гр. Ул. Въ Англіи, по common law вовсе не существовало для родителей обязанности содержать дѣтей или возмѣщать расходы по содержанію ихъ третьимъ лицамъ, нынѣ на родителей упадаетъ по закону—poor laws—долгъ алиментировать ребенка, когда послѣдній въ томъ нуждается [2]). Напротивъ, большинство другихъ законодательствъ,

---

свидѣтельскому же освѣдомленныхъ лицъ традиціонная власть отца надъ дѣтьми во Франціи особенно ненормальна (немало было случаевъ отдачи отцомъ на фабрики 6-лѣтнихъ ребятъ). У того же Загурскаго приводятся описанія этого нестерпимаго положенія дѣтей во Франціи и суровыя слова, посвященныя этому однимъ французскимъ писателемъ. „Не правда ли, заявляетъ этотъ писатель, если преступница говоритъ: „ребенокъ мой“: онъ твой, пока ты исполняешь свои обязательства; а не исполняешь ихъ,—ребенокъ принадлежитъ отечеству“, ib., стр. 22.

[1]) Рѣш. гражд. 1008 г. № 49. Сенатъ не нашелъ основанія при расторженіи брака освобождать родителя отъ обязанности участвовать въ издержкахъ по содержанію дѣтей только потому, что въ интересахъ наиболѣе успѣшнаго ихъ воспитанія родительская власть предоставлена другому родителю, у котораго они оставлены на жительство: рѣш. гражд. 1915 г. № 3.

[2]) Ст. 406, BGB §§ 1601—1603.

въ томъ числѣ и наше дѣйствующее право возлагаетъ обязанность содержанія на родителей независимо отъ средствъ дѣтей [1]).

Какъ долго длится обязанность родителей содержать дѣтей? Очевидно, исходнымъ моментомъ служитъ собственная способность дѣтей пріобрѣтать и зарабатывать, ибо содержаніе имѣетъ своей цѣлью именно подготовленіе дѣтей къ самостоятельному существованію. До опредѣленнаго возраста (дѣтство) сомнѣній не можетъ быть въ сохраненіи этой обязанности. Она безспорно прекращается съ выходомъ дочери замужъ. Достиженіе совершеннолѣтія есть лишь общее правило ея прекращенія. Въ видѣ исключенія, обязанность содержанія можетъ окончиться еще до наступленія этого момента, можетъ, съ другой стороны, простираться и на время послѣ совершеннолѣтія, если дѣти продолжаютъ нуждаться въ содержаніи. Такъ смотритъ на дѣло западное право, такъ обстоитъ вопросъ и у насъ. Признано практикой, что, не взирая на букву закона [2]), срокъ, до котораго родители обязаны содержать своихъ дѣтей, „зависитъ не отъ совершеннолѣтія послѣднихъ, а отъ наступленія для нихъ такого возраста или такихъ условій, при существованіи которыхъ они въ состояніи сами себя содержать службою, промысломъ, доходами съ собственнаго имущества или иными способами". Подтверждено, между прочимъ, что обязанность отца давать содержаніе нуждающейся дочери своей не можетъ ограничиваться лишь несовершеннолѣтіемъ послѣдней [3]). Овдовѣвшей дочери родители должны давать содержаніе, когда она пребываетъ въ нуждѣ. Вправѣ ли искать содержанія съ супруга своего родителя ребенокъ отъ другого брака или внѣбрачный—вопросъ, трудно разрѣшимый при отсутствіи соотвѣтствующей нормы. Шведскій Gesetz vom 11 Juni 1920 über die Unterhaltungspflicht eines Ehegatten gegenüber dem Kinde des anderen Ehegatten

---

[1]) Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 237, Св. Приб., стт. 199, 203, Code Civil, art. 203, 211, Schw. ZGB, Art. 272, Čecho-Slov., § 170. Сенатъ не находитъ законнаго основанія утверждать, что родители ни въ коемъ случаѣ не вправѣ производить изъ имущества ихъ дѣтей расходы, разъ это требуютъ интересы послѣднихъ, рѣш. гражд. 1911 г. № 80. Но это допустимо только тогда, когда родители нужныхъ средствъ лишены совершенно и когда воспрещеніе заимствовать изъ средствъ дѣтей дѣйствительно „клонилось бы несравненно болѣе ко вреду дѣтей, чѣмъ къ ихъ пользѣ".

[2]) Ст. 172, X т. I ч.

[3]) Обо всемъ этомъ—рѣш. гражд. 1910 г. № 7, 1907 г. № 94, 1898 г. № 106, Пр. Гр. Ул., ст. 405.

даетъ такому ребенку сказанное право на время существованія брака[1]). Казалось бы, что это—единственно правильное рѣшеніе, вытекающее изъ существа отношеній между супругами и потому пріемлемое и на почвѣ дѣйствующаго у насъ права (хотя это и можетъ быть оспариваемо).

Содержаніе отъ родителей дѣтямъ назначается судомъ въ денежномъ эквивалентѣ: таково общее правило, терпящее исключенія въ самыхъ рѣдкихъ случаяхъ[2]).

Изъ родительской власти и воспитанія дѣтей вытекаетъ, что въ необходимыхъ случаяхъ первые должны представительствовать за своихъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей на судѣ и внѣ суда, если дѣло касается защиты и охраны личныхъ правъ дѣтей. Родители вступаются за своихъ дѣтей, ищутъ за нихъ въ обидахъ, требуютъ для нихъ содержанія отъ лицъ, обязанныхъ къ тому по закону и пр.[3]). Въ имущественныхъ дѣлахъ родители не опредѣляютъ судьбы правъ дѣтей, а суть лишь наиболѣе близкія къ дѣтямъ лица, могущія имѣть объ ихъ имуществѣ попеченіе. Родители являются естественными опекунами въ томъ смыслѣ, что они назначаются таковыми преимущественно передъ другими лицами[4]). Въ тѣхъ странахъ, гдѣ родители пользуются правами въ отношеніи имуществъ несовершеннолѣтняго ребенка, они представительствуютъ за него и въ имущественныхъ дѣлахъ[5]). Этого не знаетъ дѣйствующее наше право.

Что касается вопроса, кому именно изъ родителей принадлежитъ родительская власть со всѣми ея послѣдствіями, то онъ рѣшается нынѣ категорически въ пользу равенства обоихъ родителей, права и

---

[1]) См. изд. Nyrén, Rechtliche Stellung der Kinder, 1927, S. 30 ff.

[2]) Ср. BGB, § 1612. Принудить родителей содержать дѣтей „натурою“ законъ и судъ не въ состояніи: это было бы чрезмѣрнымъ вмѣшательствомъ въ личную сферу родителей. Поэтому нельзя превратить въ юридическую обязанность долгъ матери кормить грудью своего ребенка въ первое время его жизни,—вопреки требованіямъ нѣкоторыхъ (Menger, das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 53 ff) и при всей настоятельности выполненія этого долга съ точки зрѣнія народнаго здравія и морали.

[3]) См. ст. X т., 1 ч, 1106, 175, 663.

[4]) X т. I ч., ст. 180, рѣш. гражд. 1870 г. № 1244.

[5]) Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 341, BGB § 1630, Св. Приб. ст. 207, Čecho-Slov., § 180, Schw. ZGB. Art. 279, см. 413 ст., Пр. Гр. Ул. также устанавливающаго родительское управленіе имуществомъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей.

обязанности которыхъ въ этомъ отношеніи совмѣстны и нераздѣльны. Правда, западные кодексы еще до сихъ поръ настаиваютъ на преимущественной власти отца, но и они вводятъ рядъ ограниченій этой власти въ пользу матери. По германскому праву несовершеннолѣтное дитя состоитъ подъ властью обоихъ родителей. Отецъ имѣетъ право и обязанность въ силу этой власти заботиться о ребенкѣ. Въ случаяхъ невозможности для отца осуществлять эти правомочіи или пріостановленія таковыхъ (недѣеспособность) они переходятъ къ матери. То же имѣетъ мѣсто въ случаѣ смерти отца, при чемъ матери въ помощь можетъ быть назначенъ ein Beistand. При злоупотребленіяхъ отца опекунскій судъ властенъ передать правомочія эти не только матери, но и постороннему лицу [1]). Другія законодательства, въ томъ числѣ французское, законы б. Ц. Польскаго, Прибалтійское, Швейцарское, вручая власть обоимъ родителямъ на равныхъ основаніяхъ, оговариваютъ, однако, что въ случаѣ разногласія отца съ матерью отдается предпочтеніе мнѣнію и волѣ отца. Эта „взаимная власть“ двухъ лицъ съ преимущественнымъ голосомъ „одного“ звучитъ довольно парадоксально. Впрочемъ, и по Приб. праву мать можетъ добиться полной родительской власти надъ дѣтьми, съ передачей ей воспитанія, если воля отца обращается „въ предосуженіе дѣтямъ“, также обстоитъ дѣло и въ Швейцаріи и по праву б. Царства Польскаго и по Пр. Гр. Ул. [2]). По дѣйствующему нашему праву попеченіе надъ несовершеннолѣтними дѣтьми принадлежитъ обоимъ родителямъ: мужу отдается предпочтеніе при воспитаніи дѣтей, но судъ можетъ рѣшить, что въ виду особыхъ обстоятельствъ польза дѣтей требуетъ воспитанія ихъ матерью [3]). Въ виду уравненія у насъ

---

[1]) Во Франціи допускается лишеніе родителей, признанныхъ недостойными, родительской власти вполнѣ или частью, то же въ случаѣ совершенія преступленія родителями противъ несовершеннолѣтняго ребенка или самимъ несовершеннолѣтнимъ (enfants auteurs ou victimes de crimes ou de délits), L. 24 juillet 1889, 19 avril 1898, 26 juillet 1912, 15 novembre 1921, Boeuf, Résumé de droit civil, 1925, p. 221, 232.

[2]) См. объ изложенномъ BGB, 1626, 1627, 1665, 1666, 1676, 1677, 1688, Гражд. Ул. б. Ц. Польск., ст. 337, 340, Св. Приб., стт. 197, 198, Schw. ZGB, Art. 274, 283, Пр. Гр. Ул., стт. 408, 409, 422; ср. также Čecho-Slov., § § 176 и 177, которое даетъ матери возможность спорить лишь при опредѣленіи призванія, Beruf, къ которому воспитывается дитя.

[3]) Рѣш. гражд. 1890 г. № 18. Естественно, что со смертью одного родителя, а также на время его неправоспособности

мужчинъ и женщинъ даже относительно содержанія семьи, различіе въ правахъ обоихъ родителей еще болѣе съуживается[1]). Новѣйшее время быстро идетъ по пути уничтоженія всѣхъ пережитковъ и утверждаетъ, хотя бы въ принципѣ, равенство супруговъ въ отношеніи дѣтей.

При раздѣльной жизни супруговъ вопросъ о родительской власти становится еще болѣе острымъ; онъ достигаетъ наибольшей остроты при разводѣ. Тѣмъ не менѣе законъ нашъ объ этомъ не говоритъ ни слова. Поэтому возникаютъ безконечные споры, въ которыхъ послѣднее слово принадлежитъ, конечно, суду. Законъ упоминаетъ въ данномъ отношеніи лишь о дѣтяхъ отъ недѣйствительнаго брака. Въ этомъ случаѣ родители могутъ условиться, у кого остаются дѣти. При отсутствіи соглашенія, дѣти передаются невиновному супругу. Опекунскому установленію предоставлено, однако, вмѣшаться и принять иное рѣшеніе, если того требуетъ благо дѣтей. Благо дѣтей должно имѣть первенствующее значеніе для разрѣшенія вопроса о томъ, у кого изъ родителей должны остаться дѣти не только при признаніи брака недѣйствительнымъ, но и при раздѣльномъ жительствѣ супруговъ и при расторженіи брака: во вниманіе принимается именно то, кто изъ супруговъ съ наибольшимъ успѣхомъ можетъ выполнить по отношенію къ дѣтямъ родительскія свои обязанности[2]). У кого оставлены дѣти, тотъ осуществляетъ родительскую власть, другой супругъ получаетъ лишь право свиданій съ ребенкомъ. Содержаніе ребенка производится на общихъ началахъ, т. е. совмѣстными силами родителей. Со смертью родителя, у котораго живутъ такія дѣти или невозможности осуществленія имъ родительской власти, они переходятъ подъ родительскую власть другого супруга, но опекунское установленіе можетъ постановить о назначеніи къ нимъ особаго опекуна[3]).

Дѣти, съ своей стороны, обязаны по отношенію къ родителямъ повиновеніемъ и послушаніемъ. Они должны оказывать родителямъ, по выраженію польскихъ законовъ, „czesz“ і „uszanowanie“. Даже какіе-либо высшіе интересы, какъ интересы правосудія, не всегда конкурируютъ съ этой обязанностью почтенія и предупредительности со стороны дѣтей. Дѣти не могутъ быть свидѣтелями противъ родителей въ гражданскихъ дѣлахъ. Въ уголовномъ дѣлѣ они вольны отказаться отъ показаній

или недѣеспособности вся полнота родительской власти переходитъ къ другому супругу.

[1]) См. Литовскій законъ въ Vyriausybės Žinios, 1922, 85 Nr., Civilinių Įstatymų pakeitimas ir papildymas.

[2]) Рѣш. гражд. 1915 г. № 3.

[3]) Законъ 3 іюня 1902 г., X т. I ч., стт. 131^3—131^6.

(какъ впрочемъ и другіе близкіе родственники). Повиновеніе и послушаніе дѣтей не должны итти такъ далеко, чтобы дѣти согласились, по требованію родителей на незаконныя или явно безнравственныя дѣйствія.

Что дѣти должны содержать своихъ родителей, когда послѣдніе въ томъ нуждаются,—это вытекаетъ изъ интимныхъ отношеній родства и крови.

Кровная связь и близость дѣтей и родителей не создаетъ съ неизбѣжностью зависимость первыхъ отъ вторыхъ въ сферѣ имущественныхъ правъ. Въ противоположность западнымъ законодательствамъ, наше дѣйствующее право не знаетъ особыхъ имущественныхъ отношеній между родителями и дѣтьми: имущества тѣхъ и другихъ совершенно обособлены. Законъ даетъ нѣсколько опредѣленій отрицательнаго свойства, закрѣпляя имущественную раздѣльность и напоминая, между прочимъ, что опека надъ имуществомъ дѣтей принадлежитъ родителямъ на общемъ основаніи [1]).

---

[1]) X т. 1 ч., стт. 180, 184, 185. Забота о дѣтяхъ даетъ родителямъ, по западнымъ законодательствамъ, довольно широкія права на имущество подвластнымъ дѣтей. По BGB родители управляютъ имуществомъ дѣтей, соблюдая при этомъ diligentia quam suis, подъ извѣстнымъ надзоромъ опекунскаго суда. Отецъ вправѣ пользоваться имуществомъ дѣтей, кромѣ такъ называемаго freies Vermögen, т. е. вещей личнаго употребленія дѣтей, всего, добытаго послѣдними благодаря собственному труду и профессіи или отъ третьихъ лицъ подъ условіемъ исключенія Nutzniessung. Третьи лица, представляющія имущество дѣтямъ данныхъ родителей, могутъ исключить и Verwaltungsrecht послѣднихъ, BGB. §§ 1638 ff, 1649 ff, 1650, 1651, 1664, см. Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 420. Управленіе и пользовладѣніе принадлежитъ отцу въ имуществѣ дѣтей и по Гражд. Улож. б. Ц. Польск., стт. 341 и сл. Во Франціи отецъ или мать—вдова имѣютъ пользованіе имуществомъ дѣтей до 18-лѣтняго возраста или до emancipation, исключая имущества, добытыя собственнымъ отдѣльнымъ трудомъ и занятіемъ, или данныя имъ кѣмъ-либо съ условіемъ, что ни отецъ, ни мать не будутъ имѣть въ немъ пользованія—, а также управленія, administration—до 31 года или до emancipation, на правахъ опекуновъ, Code Civil, art.384, 387, 389 f. Управленіе и пользованіе существуетъ по Schw. ZGB, Art. 290—293, во всемъ имуществѣ, кромѣ Freigut. Пр. Гр. Ул., въ подражаніе иностраннымъ законамъ, стремится также создать управленіе отца имуществомъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей, но по существу это—управленіе на правахъ опекуна, ст. 416. Никакого права пользованія или управленія, кромѣ обычнаго присмотра —guardianship of the property of the infant child—не принадлежитъ родителямъ въ имуществѣ дѣтей въ Англіи.

Прекращеніе отношеній между родителями и дѣтьми не пріурочивается a priori къ точному, апріорно опредѣленному моменту. Обыкновенно смерть родителя, а также лишеніе его правъ состоянія [1]), какъ результатъ уголовнаго наказанія, уничтожаетъ юридическую связь его съ дѣтьми. Но и послѣ смерти родителей дѣти должны оказывать имъ почтеніе, которое можетъ выразиться въ извѣстныхъ конкретныхъ обязанностяхъ по отношенію къ памяти умершихъ. Воспитаніе и повиновеніе оканчиваются съ совершеннолѣтіемъ ребенка, содержаніе, какъ было уже сказано выше, отъ совершеннолѣтія не зависитъ. Иногда, впрочемъ, и воспитаніе, съ правомъ на исправительныя мѣры, повиновеніе и пр. продолжаются и послѣ достиженія совершеннолѣтія, если сынъ или дочь вслѣдствіе физическихъ или душевныхъ пороковъ и слабостей, либо по другимъ причинамъ въ томъ нуждаются [2]). Выходъ замужъ несовершеннолѣтней дочери освобождаетъ ее отъ родительской власти, но она вновь подпадаетъ подъ эту власть, если овдовѣетъ до совершеннолѣтія.

До сихъ поръ нѣкоторыя законодательства удерживаютъ институтъ дѣтской эмансипаціи. Послѣдняя имѣетъ мѣсто либо при вступленіи неполнолѣтняго сына или дочери въ бракъ либо, для несостоящихъ въ бракѣ, черезъ соотвѣтствующее заявленіе родителей оффиціальному органу. Въ Римскомъ правѣ эмансипація давала возможность несовершеннолѣтнему освободиться отъ cura, въ настоящее время она преждевременно прекращаетъ родительскую власть. Главнымъ образомъ, эмансипація устраняетъ имущественную зависимость несовершеннолѣтнихъ дѣтей [3]). Не знаетъ дѣтской Emancipation ни BGB [4]), ни Швейцарскіе законы, ни наше право. По нѣкоторымъ законодательствамъ родительская власть прекращается, когда установлено будетъ обыкновенно судомъ, что родитель (отецъ) злоупотребляетъ своей властью или не исполняетъ своихъ обязанностей къ дѣтямъ или ведетъ противный браку и нравственности образъ жизни [5]). Въ Швейцаріи,

---

[1]) Угол. Улож., ст. 29, абз. 2, п. 2.

[2]) Ср. Čecho-Slov., § 202.

[3]) Гражд. Улож. б. Ц. Польск., стт. 467 и сл., 336, Code Civil, 276 ss., 372, Čecho-Slov., § 203, Codice Civile, Art. 310, ss., 220 (11), Brugi, Instituzioni di diritto civile, 1923, p. 832.

[4]) См. Einführungsgesetz, Art. 154.

[5]) Čecho-Slov, § 206, Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 339, Св. Приб., ст. 228. По BGB, § 1666 и Пр. Гр. Ул., ст.

кромѣ того, послѣдствіе это наступаетъ также и тогда, когда признано будетъ, что родители не въ состояніи осуществлять родительскую власть или сами подпали подъ опеку. По другимъ законодательствамъ родительская власть, въ случаяхъ фактической невозможности, несовершеннолѣтія родителя, его недѣеспособности по душевной болѣзни или другимъ причинамъ лишь пріостанавливается до исправленія препятствія. Дѣйствующее наше право пріостановленія родительской власти не знаетъ [1]). Неизвѣстно нашему закону и прекращеніе родительской власти вслѣдствіе злоупотребленій или нарушенія обязанностей: иски о томъ не подлежатъ разсмотрѣнію судовъ. Во всемъ этомъ слѣдуетъ усматривать значительный пробѣлъ нашего законодательства.

Внѣбрачныя дѣти.

Поскольку отношенія родителей и дѣтей покоятся на кровной связи, нѣтъ препятствій, съ принципіальной точки зрѣнія, признавать за внѣбрачными дѣтьми равныя права съ дѣтьми „законными". Въ древнія времена такова и была практика, ни въ чемъ права внѣбрачныхъ дѣтей не ограничивались. Никто не считалъ предосудительнымъ рожденіе отъ внѣбрачной связи. Еще въ XI вѣкѣ Вильгельмъ Завоеватель заявилъ: Ego Wilhelmus, cognomine Bastardus (Шершеневичъ). Положеніе внѣбрачныхъ стало тяжелымъ, когда центръ вниманія устремился на брачное сочетаніе по извѣстнымъ правиламъ и особенно когда бракъ признанъ былъ союзомъ, освященнымъ небомъ и его благодатью. Церковь настолько далеко шла въ отрицаніи человѣческаго достоинства за рожденными внѣ брака, что ей самой приходилось затѣмъ тщетно добиваться смягченія послѣдствій этой нечеловѣколюбивой политики, подобно тому чародѣю, который выпустилъ изъ заколдованнаго ящика слишкомъ много духовъ и оказался затѣмъ не въ состояніи обратно загнать ихъ. Церковь не допускала внѣбрачныхъ къ священническому сану, какъ запятнанныхъ, они не могли пріобрѣтать степень доктора богословія. Поражая права незаконныхъ дѣтей, propter fornicatinem fudiendam, не только въ семьѣ, но и въ обществѣ, церковь признала узаконеніе per subsequens matrimonium, поощряя и

422 этотъ вопросъ рѣшаетъ опекунскій судъ, по Schw. ZGB, Art. 285,—опекунское установленіе или судъ, см. у Curti-Forrer, cit., S. 239.

[1]) Въ дѣйствительности и у насъ душевная болѣзнь родителя, такъ же, какъ и несовершеннолѣтіе его, безвѣстное отсутствіе пріостановятъ дѣйствіе родительской власти, но это —фактическое состояніе, не регулируемое закономъ.

этимъ путемъ вступленіе въ бракъ. Церковь отрицала за внѣбрачнымъ семейныя и наслѣдственныя права, но право полученія содержанія отъ отца вынуждены были признать за нимъ каноническія правила. Въ такомъ видѣ положеніе внѣбрачнаго ребенка представлялось въ Европѣ по введеніи христіанства и въ средніе вѣка: онъ былъ безправный, filius mullius, его долженъ былъ прокормить отецъ, а послѣ безпотомной смерти внѣбрачнаго имущество послѣдняго переходило an den Landesherren. Сборники Германскаго обычнаго права считаютъ незаконныхъ дѣтей rechtlos (Саксонское зерцало). Внѣбрачное дитя слѣдовало всегда положенію того родителя, который былъ низшаго происхожденія—das Kind tritt zur ärgeren Hand. Внѣбрачный не могъ быть судьей, шеффеномъ, свидѣтелемъ, ему не дозволялась присяга и дуэль. По отношенію къ узаконенію замѣчались два теченія: національное, враждебно относившееся къ узаконенію, и теченіе римскаго и канонического права благопріятнаго свойства (Загоровскій). Въ позднѣйшія эпохи обнаружилось стремленіе къ улучшенію участи внѣбрачныхъ. Этому способствовала, между прочимъ, и рецепція римскаго права, которому чужды были суровые взгляды на „незаконнорожденныхъ". Отдѣльныя лица смѣло выступали съ проповѣдью защиты этихъ „жертвъ общественнаго темперамента". Въ 1786 г. Іосифъ II объявилъ законными всѣхъ внѣбрачныхъ дѣтей, кромѣ прижитыхъ отъ прелюбодѣянія, но послѣ его смерти это распоряженіе оказалось отмѣненнымъ. Искъ объ отцовствѣ давали матери по конструкціи actiones ex delicto, при чемъ при наличности нѣсколькихъ мужчинъ, сожительствовавшихъ съ ней во время зачатія, порою возлагалась на нихъ солидарная отвѣтственность, порою каждому давалась exceptio plurium concubentium. Великая Французская революція (законъ 12 Брюмера 11 года) уничтожила всѣ различія между дѣтьми законными и внѣбрачными, признавая такой актъ однимъ изъ требованій идей гуманности и равенства. Code Civil отступилъ и въ данномъ отношеніи отъ лозунговъ революціи. Этотъ кодексъ запретилъ доискиваться отцовства—la récherche de la paternité est interdite,—за исключеніемъ enlévement, т. е. случая соблазненія матери. Но при признаніи отцомъ внѣбрачнаго ребенка послѣдній по французскому закону пріобрѣтаетъ значительную часть правъ семейныхъ и наслѣдственныхъ. Съ 1907 г. во Франціи признанныя дѣти пріобрѣтаютъ имя отца, а послѣдній jouicsance (но не свободное управленіе) по отношенію къ имуществу признаннаго. Кромѣ того по закону 16 ноября 1912 г. допущено было la récherche de la paternité во многихъ другихъ случаяхъ, кромѣ enlévement, именно, при принужденіи, а также при письменномъ сознаніи или открытомъ сожительствѣ—

конкубинатѣ, concubinage notoire. Германское Гражданское Уложеніе признало права ребенка въ отношеніи матери и ея родственниковъ, но ей самой родительской власти не предоставило, а на отца возложило алиментацію ребенка. Швейцарское Гражд. Уложеніе уравниваетъ внѣбрачнаго ребенка съ законнымъ, если отецъ призналъ этого ребенка или же, если внѣбрачный признанъ ребенкомъ даннаго отца по судебному рѣшенію (исключаются случаи прелюбодѣянія и кровосмѣшенія). Мать имѣетъ искъ объ отцовствѣ для возмѣщенія вреда и убытковъ, ребенокъ—для отыскиванія содержанія по состоянію отца и матери. Сожитіе—предположеніе отцовства, отпадающее лишь при значительныхъ сомнѣніяхъ. При всемъ томъ Schw. ZGB сдѣлалъ шагъ назадъ по сравненію съ предшествовавшимъ ему сепаратнымъ законодательствомъ въ этой области: достаточно вспомнить что Бернскій законъ 1863 г. не дѣлалъ совершенно никакого различія между дѣтьми внѣбрачными и рожденными въ бракѣ [1]).

Въ Россіи въ древнія времена незаконнорожденность не была ничѣмъ исключительнымъ, въ виду безпорядочнаго состоянія браковъ и многоженства, что, вмѣстѣ взятое, устраняло возможность опредѣлять, родилось ли дитя въ бракѣ или нѣтъ. Многіе изъ князей были внѣбрачными дѣтьми, рожденными отъ наложницъ. Существовалъ обычай закладывать женъ („заложимъ женъ и дѣтей"—призывъ Минина). Принятіе христіанства нѣсколько измѣнило это положеніе, привело къ извѣстной очисткѣ нравовъ. Дѣла о внѣбрачныхъ дѣтяхъ переданы были впослѣдствіи духовнымъ судьямъ, внѣбрачныя дѣти получили право на алименты отъ отца. Уложеніе царя Алексѣя Михайловича не признаетъ еще узаконенія per subsequens matrimonium, но не исключаетъ наслѣдованія внѣбрачныхъ дѣтей въ имуществѣ матери (а отчасти и отца). Впослѣдствіи „привѣнчиваніе" незаконныхъ дѣтей стало обыч-

[1]) Въ общемъ, правила, подобныя нынѣшнимъ швейцарскимъ, создаетъ и Шведскій Gesetz 14 Juni 1917 über äussereheliche Kinder, (изд. Nureń, Rechtliche Stellung der Kinder, 1927, S. 30 ff.), съ тѣмъ что самое признаніе отца Шведскій законъ даетъ возможность оспаривать. Англія консервативно держится старыхъ правилъ о безправности внѣбрачнаго ребенка. Мать имѣетъ нѣкоторыя права надзора за своимъ внѣбрачнымъ ребенкомъ да кое—какое право на содержаніе по отношенію къ путативному отцу ребенка. По англійскому закону не можетъ быть родства между лицомъ, рожденнымъ внѣ брака, и кѣмъ—либо другимъ, кромѣ нисходящихъ этого лица. No kinnship between a person born out of wedlock and any other person except his issue, Schuster, cit., p. 530.

нымъ явленіемъ. Петръ Великій передалъ дѣла о внѣбрачныхъ дѣтяхъ свѣтскимъ судамъ. Внѣбрачныя дѣти по прежнему слѣдовали состоянію матери, что, однако, не распространялось на шляхетское сословіе,—получали содержаніе отъ матери и отца, наслѣдовали безъ ограниченія во всякомъ имуществѣ матери и въ движимости отца. Въ видѣ милости и снисхожденія незаконныя дѣти допускались къ наслѣдованію и въ недвижимости отца, кромѣ родового имущества (Загоровскій). Конечно, наслѣдованіе въ имуществѣ родственниковъ отца или родственниковъ матери для нихъ было недосягаемо. Путемъ обращенія къ Верховной власти незаконныя дѣти весьма часто получали качества законныхъ. Этому противился императоръ Николай I, считая узаконеніе несогласнымъ „съ духовными и гражданскими законами“ (Загоровскій). Со времени императора Александра II начинается улучшеніе правового положенія внѣбрачныхъ дѣтей, во имя гуманности и справедливости. Безправность въ общемъ оставалась та же, даже алименты внѣбрачныя дѣти могли взыскать лишь основываясь на „преступленіи“ ихъ родителей, какъ вознагражденіе за вредъ и убытки. Но зароненная мысль продолжала свое дѣйствіе, процессъ благотворныхъ облегченій развивался: онъ завершился, наконецъ, изданіемъ законовъ 12 марта 1891 г. и 3 іюня 1902 г., вполнѣ благожелательныхъ для внѣбрачныхъ дѣтей. Законы эти исключили, какъ было уже сказано, самое названіе „незаконнорожденный“, замѣнивъ его терминомъ „внѣбрачный“, создали правовую связь внѣбрачнаго дитяти съ матерью и ея родственниками, а отчасти и съ отцомъ. Но реформа еще не кончена, многое въ этомъ отношеніи остается совершить будущему [1]).

---

[1]) Законъ 3 іюня 1902 г., вошедшій въ составъ стт. 132, 132[1] и слд. X т. 1 ч., въ цѣломъ, соотвѣтствуетъ постановленіямъ Пр. Гр. Ул., стт. 432 и слд., которыя, съ своей стороны, примыкаютъ къ нормамъ BGB. Творцы этого закона ставили себѣ задачей (въ значительной части ими достигнутой) расширить кругъ лицъ, могущихъ быть узаконенными и усыновленными, сохранить за дѣтьми отъ брака, признаннаго недѣйствительнымъ, права дѣтей законныхъ, установить точныя и опредѣленныя правила по вопросу объ юридическихъ отношеніяхъ между внѣбрачными дѣтьми и ихъ родителями. См., между прочимъ, Объяснительную записку М. Ю. о примѣненіи основныхъ началъ закона 3 іюня 1902 г. объ улучшеніи положенія внѣбрачныхъ дѣтей къ губ. Привислинскимъ и Прибалтійскимъ, стр. 5. По поводу закона 3 іюня 1902 г. І. В. Гессенъ замѣчаетъ: „Безъ особой натяжки можно сказать, что это единственный законъ прежняго режима, который шелъ навстрѣчу назрѣвшимъ потребностямъ жизни и потому былъ встрѣченъ всеобщимъ сочувствіемъ и признаніемъ“ („Узаконеніе, усыновленіе и внѣбрачныя дѣти, 1910“, вступленіе, V).

Понятіе внѣбрачнаго ребенка опредѣляется отрицательно: это дитя, которое не есть законное. Стало быть, внѣбрачнымъ будетъ ребенокъ, рожденный женщиной, не состоящей въ бракѣ, либо дѣвицей, либо вдовой, а также ребенокъ, законность котораго была въ установленномъ порядкѣ оспорена и отвергнута [1]). Дѣйствующему нашему праву незнакомъ швейцарскій институтъ признанія отцомъ своего внѣбрачнаго ребенка, ведущій къ устраненію для послѣдняго всѣхъ препятствій пользоваться правами легальнаго ребенка. Тѣмъ болѣе не знаетъ наше право того же швейцарскаго судебнаго признанія отцовства. Неизвѣстно то и другое также BGB, по которому весь смыслъ отцовскаго добровольнаго признанія, заключается главнымъ образомъ въ томъ, что отпадаетъ возраженіе о происхожденіи ребенка отъ другого лица, т. е. exceptio plurium concubentium. По Гражд. Улож. б. Ц. Польск. дѣтямъ, рожденнымъ внѣ брака, хотя и признаннымъ, не предоставляется право дѣтей законныхъ: они имѣютъ нѣкоторыя наслѣдственныя права лично по отношенію къ отцу, но не къ его родственникамъ. Также и по Франц. Кодексу [2]). Значеніе только доказательства съ устраненіемъ надобности въ дальнѣйшихъ доказательствахъ имѣетъ признаніе отцомъ и по дѣйствующему нашему праву, какъ и по Пр. Гр. Ул.

Юридическая связь внѣбрачнаго ребенка съ отцомъ скорѣе внѣшняго, чѣмъ органическаго свойства. Отецъ обязанъ содержать внѣбрачнаго ребенка, если въ томъ нуждается. Это содержаніе должно быть сообразовано съ общественнымъ положеніемъ матери ребенка. Сама мать ни на содержаніе свое, ни на что-либо другое въ свою пользу претендовать не вправѣ. Но въ составъ слѣдующаго съ отца содержанія для внѣбрачнаго ребенка включается и содержаніе нуждающейся въ томъ матери ребенка, если уходъ за нимъ лишаетъ ее возможности снискивать себѣ средства къ жизни [3]). Кромѣ того, въ интересахъ ребенка же матери дается искъ о содержаніи за время послѣ родовъ впредь до выздоровленія [4]). Обязанность алиментаціи прекращается съ

[1]) X т., 1 ч. ст. 132: „Внѣбрачныя дѣти суть: 1) рожденныя незамужней, 2) происшедшія отъ прелюбодѣянія и 3) рожденныя по смерти мужа матери или по расторженіи брака разводомъ или же послѣ признанія брака недѣйствительнымъ, когда со дня смерти мужа матери или расторженія брака или же признанія его недѣйствительнымъ до дня рожденія ребенка протекло болѣе трехсотъ шести дней".

[2]) См. BGB, § 1718, Гражд. Улож. б. Ц. Польск, стт. 298 сл., 756, 908, Code Civil, Art. 334 S. 666, 908.

[3]) X т. 1 ч., ст. 132[6].

[4]) И передъ родами мать иногда находится въ такомъ

достиженіемъ ребенкомъ совершеннолѣтія, со вступленіемъ дочери въ бракъ, или когда внѣбрачный до совершеннолѣтія окажется въ состояніи содержать себя своимъ трудомъ, какъ приготовленный къ предназначенной ему дѣятельности. Въ случаѣ требованія содержанія за прошедшее время, отецъ ребенка обязанъ возмѣстить не болѣе, чѣмъ за годъ до предъявленія этого требованія [1]).

Алиментарная обязанность, по смерти отца внѣбрачнаго ребенка, по общему правилу, тяготѣетъ на оставшемся послѣ перваго иму-

---

состояніи, что нуждается въ алиментахъ, отсутствіе которыхъ можетъ даже угрожать опасностью жизни и здоровью будущаго ребенка. Однако законъ (X т. 1 ч. ст. 132) въ это время ей права требованія не даетъ,о восполненіи же этого пробѣла позволительно говорить только de lege ferenda, но не de lege lata. Въ этомъ, приблизительно, смыслѣ и высказался сенатъ въ рѣш. гражд. 1913 г. № 88, встрѣтившемъ критику (несправедливую) со стороны нѣкоторыхъ ученыхъ юристовъ, между прочимъ, Синайскаго, Русское гражданское право, 2, 1918 г., стр. 207. Нельзя, впрочемъ, сказать, чтобы общій вопросъ о правѣ матери внѣбрачнаго ребенка на алименты въ свою пользу былъ слишкомъ простъ. Практически ни одно законодательство этого права не признаетъ. Причину опредѣленно формулировали составители проекта Герм. Гр. Улож., указавшіе, что здѣсь играетъ роль то, что женщина даетъ свое согласіе на сожительство, почему всякого рода иски (Deforationsklagen) и штрафы, допускавшіеся римскимъ правомъ и особенно каноническимъ, были бы неумѣстны. Кажется, что въ еще большей мѣрѣ эти разсужденія приложимы къ настоящему времени. Въ исключительныхъ же случаяхъ, когда мужчина использовалъ особую слабость женщины или вообще поступилъ недобросовѣстно либо обманно, женщинѣ остается искъ—не объ алиментахъ, а о возмѣщеніи вреда, въ особенности не-матеріальнаго, насколько послѣднее допускается закономъ.

[1]) X т. I ч., ст. 132^4, 132^5, BGB, § 1708, Пр. Гр. Ул., стт. 437, 438. Повременныя выдачи на содержаніе внѣбрачнаго ребенка по соглашенію сторонъ могутъ быть замѣнены единовременно уплачиваемою отцомъ ребенка суммою. Этимъ во многихъ случаяхъ облегчается положеніе отца, но для того, чтобы гарантированы были интересы и ребенка, такое соглашеніе требуетъ утвержденія опекунскихъ установленій, причемъ принимаются мѣры къ охраненію расходованія суммы по ея назначенію, ст. 132^2. Сенатъ въ самое послѣднее время отвергъ возможность такимъ единовременнымъ полученіемъ отказаться отъ содержанія на-

ществѣ, что является для второго какъ бы замѣной обязательной доли, принадлежащей законнымъ дѣтямъ. Но такъ какъ нашъ законъ не вѣдаетъ Pflichtteil, то ему чужда и эта отвѣтственность имущества умершаго за алименты внѣбрачнаго. Будетъ ли требованіе этихъ алиментовъ основываться на законѣ или на договорѣ или же на судебномъ рѣшеніи, оно не можетъ быть обращено у насъ послѣ смерти отца на имущество, перешедшее къ его наслѣдникамъ, за исключеніемъ платежей, накопившихся по день смерти наслѣдодателя [1]).

Сильнѣе и крѣпче связь внѣбрачнаго съ матерью. Послѣдней принадлежитъ родительская власть во всей полнотѣ [2]). Мать одна имѣетъ право воспитанія своего внѣбрачнаго ребенка. Вообще, между матерью и внѣбрачнымъ сохраняются всѣ правоотношенія, лежащія въ основѣ союза родителей и дѣтей, не исключая и взаимной алиментарной обязанности и права наслѣдованія. Но наслѣдованіе имѣетъ мѣсто лишь въ благопріобрѣтенномъ (не родовомъ) имуществѣ матери [3]). Второе ограниченіе закона, состоящее въ томъ, что наслѣдуемое имущество матери, не имѣющей законныхъ сыновей, но имѣющей лишь законныхъ дочерей, дѣлится между сими послѣдними и внѣбрачными дѣтьми по равнымъ между всѣми наслѣдниками долямъ, въ настоящее время потеряло значеніе въ виду уравненія наслѣдственныхъ правъ мужчинъ и женщинъ. Права наслѣдованія въ имуществѣ родственниковъ матери внѣбрачныя дѣти не имѣютъ [4]).

всегда. Противъ такого взгляда слѣдуетъ возражать рѣшительнымъ образомъ. См. Синайскій, Основы гражданскаго права, 1926, стр. 338.

[1]) Рѣш. гражд. 1913 г. № 20.

[2]) Пр. Гр. Ул., ст. 435, BGB, §§ 1705, 1707. По Schw. ZGB, Art. 302, это имѣетъ мѣсто при отсутствіи признанія со стороны отца, въ противномъ случаѣ власть принадлежитъ обоимъ родителямъ, также Гражд. Улож. б. Ц. Польск. ст. 303.

[3]) X т. I ч., ст. 132^{12}.

[4]) Изъ этого видно, что нормы о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, хотя и направлены къ улучшенію участи безвинныхъ дѣтей, все еще запечатлѣны характеромъ исключительности.—Законъ 3 іюня 1902 г., являющійся изъятіемъ изъ общихъ правилъ, не имѣетъ примѣненія къ случаямъ, въ немъ не предусмотрѣннымъ: рѣш. гражд. 1909 г. № 9. Такъ, внѣбрачнымъ дѣтямъ принадлежитъ право наслѣдованія послѣ происходящихъ отъ одной съ ними матери внѣбрачныхъ же дѣтей, не оставившихъ призываемыхъ къ наслѣдованію нисходя-

Внѣбрачный ребенокъ носитъ фамилію матери, однако только съ согласія ея и отца ея, если онъ живъ, въ противномъ случаѣ ребенку дается фамилія либо сходная съ отчествомъ, которое согласуется съ именемъ воспріемника, либо произвольная [1]).

Участіе отца въ осуществленіи родительской власти надъ внѣбрачнымъ ребенкомъ выражается лишь въ томъ, что онъ имѣетъ право надзора за содержаніемъ и воспитаніемъ ребенка, если даетъ средства на то. При этомъ, при возникновеніи между отцомъ и матерью разногласія касательно воспитанія и содержанія дитяти, таковыя разрѣшаются опекунскими установленіями [2]).

Относительно способовъ доказыванія происхожденія внѣбрачнаго ребенка отъ даннаго лица при алиментаціи законъ особыхъ директивъ не содержитъ: здѣсь дѣйствуютъ по преимуществу общія правила объ onus probandi.

Отецъ—это тотъ, кто во время зачатія ребенка имѣлъ съ его матерью незаконное сожитіе, но судъ можетъ признать, по даннымъ дѣла, иное, отвергнувъ отцовство и при этихъ условіяхъ. Мыслима формально-юридическая концепція, при которой вопросъ объ алиментаціи отдѣляется отъ проблемы отцовства, такъ что допускается взысканіе алиментовъ съ нѣсколькихъ лицъ (солидарно), коль скоро всѣ они имѣли сношенія съ матерью ребенка въ періодъ зачатія и одинаково, стало быть, причастны къ рожденію, что касается внѣшнихъ признаковъ. Такая концепція допускается по аналогіи со взысканіемъ удовлетворенія за вредъ и убытки, понесенныя отъ совмѣстнаго дѣйствія нѣсколькихъ лицъ, степень участія которыхъ въ причиненіи конкретно по отношенію къ каждому не можетъ быть установлена. Наше дѣйствующее право исходитъ изъ внутренняго критерія дѣйствительнаго отцовства, содержаніе возлагая только на одного.

щихъ, ст. 132[14] X т. I ч., но дѣти, рожденныя въ законномъ бракѣ, не наслѣдуютъ въ имуществѣ, оставшемся послѣ смерти внѣбрачныхъ той же матери. Никакихъ личныхъ правоотношеній между внѣбрачными и родственниками матери не создается, даже что касается братьевъ и сестеръ, будь то въ законномъ бракѣ рожденныхъ, будь то внѣбрачныхъ.

[1]) По BGB, отецъ можетъ путемъ соотвѣтственнаго заявленія сообщить ребенку свою фамилію съ согласія матери и ребенка (въ лицѣ законнаго представителя), § 1706, также Čecho-Slov., § 194.

[2]) X т. I ч., ст. 132[10].

Не считаются у насъ справедливо и съ exceptio plurium concubentium, т. е. съ возраженіемъ о сожительствѣ матери въ моментъ зачатія съ другими, какъ формальнымъ основаніемъ для отклоненія иска.—Эта эксцепція (германскаго права) покоится на неправильной мысли о необходимости для матери внѣбрачнаго ребенка вѣрности, чего законъ не требуетъ въ дѣлахъ объ алиментахъ даже отъ матери, состоящей въ законномъ бракѣ. Насколько же сожительство съ другими даетъ поводъ къ ослабленію предположенія о происхожденіи ребенка отъ даннаго привлеченнаго лица, такое обстоятельство разсматривается судомъ въ связи съ другими данными, какъ обыкновенное возраженіе. Дурное поведеніе матери вообще, само по себѣ, не считается достаточнымъ поводомъ у насъ къ устраненію иска объ алиментахъ, какъ это практиковалось ранѣе въ Европѣ, въ особенности въ Германіи.

Доказательствомъ рожденія отъ матери служитъ метрическая запись либо, при отсутствіи этой записи или невозможности получить ее, исходящія отъ матери письменныя удостовѣренія [1]), къ которымъ относится вообще всякій письменный документъ, въ томъ числѣ и простое письмо. Но могутъ быть случаи, когда нѣтъ налицо ни самой матери, ни документовъ отъ матери, а между тѣмъ имѣются данныя, что мать обходилась съ ребенкомъ, какъ со своимъ, открыто это признавала передъ всѣми. Законъ это игнорируетъ, что едва ли справедливо и основательно: порою это отнюдь не худшее доказательство, чѣмъ письмо матери.

Ознакомленіе, даже самое бѣглое, съ исторіей и нынѣшнимъ состояніемъ правовой проблемы относительно внѣбрачныхъ дѣтей у насъ, какъ и въ другихъ странахъ, приводитъ къ заключенію, что положеніе этихъ „жертвъ“ улучшается, хотя и довольно медленно. При современномъ строѣ общества, семьи и имущественныхъ отношеній трудно сказать, что внѣбрачныя дѣти будутъ сравнены окончательно и безповоротно съ дѣтьми законными: къ этому можно лишь стремиться, какъ къ идеалу.

Позволительно, въ числѣ прочаго, намѣтить слѣдующія важнѣйшія исходныя положенія въ этой проблемѣ, съ точки зрѣнія грядущей реформы.

Когда рожденіе ребенка произошло въ результатѣ насильственнаго (или вообще преступнымъ путемъ осуществленнаго) сожительства съ женщиной, ребенку слѣдуетъ дать въ отношеніи отца (а не только матери) всѣ права присущія законному дитяти. То же, когда сожительство было результатомъ обѣщанія жениться, даннаго матери и затѣмъ

[1]) ст. 132^{15} X т. I ч.

невыполненнаго. При этомъ самой матери надлежитъ въ первомъ случаѣ предоставить взыскивать съ отца ребенка удовлетвореніе, формы и способы котораго опредѣляетъ всецѣло судъ, по своему справедливому усмотрѣнію, а во второмъ—она должна считаться на правахъ жены, разведенной безъ своей вины [1]).

Въ остальныхъ случаяхъ внѣбрачный ребенокъ долженъ трактоваться какъ законный постольку, поскольку сами законы не устанавливаютъ въ этомъ отношеніи отдѣльныхъ исключеній, по тѣмъ или инымъ соображеніямъ.

Надлежитъ допускать безъ ограниченій иски о признаніи отцовства и материнства внѣбрачнаго ребенка.

Умышленное отрицаніе отцовства или материнства на судѣ либо въ иномъ оффиціальномъ учрежденіи должно быть признано уголовно-наказуемымъ дѣяніемъ

Усыновленіе.

Лица, не имѣющія дѣтей вслѣдствіе несостоянія въ бракѣ, по брачной безплодности или инымъ причинамъ часто принимаютъ къ себѣ чужого ребенка на воспитаніе, считая его какъ бы за свое дитя. Законъ, идя навстрѣчу такому проявляющемуся желанію человѣка имѣть продолжателей своей личности, при отсутствіи своихъ дѣтей, въ дѣтяхъ чужихъ, допускаетъ усыновленіе. Оно—единственный, живущій еще въ современномъ правѣ случай искусственнаго родства (Wahl).

Усыновленіе покоится на двухъ началахъ: а) оно подражаніе естественной семьѣ и потому протекаетъ въ условіяхъ видимости семейнаго отношенія, б) оно въ основѣ своей заключаетъ соглашеніе, стало быть является договоромъ съ вытекающими изъ этого послѣдствіями. Однако, относительно п. б) слѣдуетъ замѣтить, что усыновленіе—договоръ своеобразный, sui generis. Въ частности, по семейственному характеру своему договоръ этотъ абсолютный, не допускающій никакихъ условій или сроковъ [2]).

Законъ не видитъ въ усыновленіи института, требующаго какого-либо исключительнаго общественнаго вниманія, не придаетъ нормамъ

---

[1]) О послѣднемъ ср. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. 1927, S. 103.

[2]) Ср. BGB, § 1728, Бразильское Гражд. Уложеніе 1 января 1916 г., ст. 375, нѣм. изд. Heinsheimer 1928, Schw. ZGB, Art. 268. (По послѣднему кодексу допускаются лишь оговорки относительно родительскихъ имущественныхъ правъ и наслѣдованія).

объ усыновленіи публично-правовыхъ свойствъ ни въ какомъ отношеніи; онъ только покровительствуетъ усыновленію внѣбрачныхъ дѣтей, ища и тутъ способовъ къ улучшенію ихъ положенія, чѣмъ и объясняются нѣкоторыя льготы, даваемыя закономъ при усыновленіи внѣбрачнаго ребенка (законъ 3. іюня 1902 г.) [1]).

---

[1]) Но если законъ не дѣлаетъ, такъ сказать, авансовъ при усыновленіи, то это не значитъ, что онъ закрываетъ совершенно глаза на этотъ институтъ, видитъ въ немъ только „игрушку". Помимо всего прочаго, законъ не игнорируетъ свойственнаго человѣку порыва превратить младшее существо въ „дорогое" и „родное", излить на послѣднее запасы любви и заботливости въ настоящемъ и будущемъ, не находящіе себѣ выхода иными путями. Когда нѣтъ естественнаго свѣта, зажигаютъ искусственный. Усыновленіе прекратится тогда, когда у человѣка будетъ вытравлено желаніе имѣть „дѣтей" вообще. Но усыновленіе даетъ и усыновляемому способъ найти себѣ новыхъ родителей тамъ, гдѣ естественные почему-либо не въ состояніи осуществить своихъ обязанностей или непригодны для этого. Институтъ усыновленія живучъ, хотя онъ и мѣняетъ свои очертанія на протяженіи исторіи. У древнихъ народовъ усыновленіе было источникомъ пополненія семьи при отсутствіи дѣтей, для цѣлей культурныхъ и религіозныхъ (для поддержанія культа предковъ въ семьѣ у восточныхъ народовъ, для молитвъ объ успокоеніи души умершаго родителя). Въ старомъ Римѣ институтъ усыновленія служилъ задачамъ не только фамильнымъ, но и индивидуальнымъ усыновляющихъ и усыновляемыхъ. Послѣдній пунктъ поставленъ былъ во главу доктрины въ Европѣ при рецепціи римскаго права. Римской adoptio корреспондировала старогерманская Ankindung, въ силу которой отецъ могъ принять въ семью чужого ребенка черезъ Umarmung, Waffenreichung etc. Впослѣдствіи съ большой отчетливостью сталъ проступать договорный характеръ усыновленія; отъ компетенціи церкви усыновленіе перешло въ гражданское вѣдомство. Во время Великой Французской революціи данный институтъ желали использовать для уравненія сословій,—введеніемъ путемъ адоптаціи въ дворянскія семьи не-дворянскихъ элементовъ. Въ усыновленіи видѣли не только consolation des mariages stériles, но и une vaste barrière de secours pour les enfants pauvres. Напротивъ, Code civil значительно съузилъ область примѣненія adoptation. Въ BGB усыновленіе вылилось какъ совершенно самостоятельный институтъ, создающій для усыновленнаго положеніе родного ребенка въ отношеніи усыновителя и его родныхъ. Швейцарское Гражд. Улож. раздвинуло кругъ примѣненія адоптаціи, при допущеніи его въ отдѣльныхъ случаяхъ предоставивъ широкое поле усмотрѣнія

Усыновить вправѣ всякій, неимѣющій своихъ законныхъ или узаконенныхъ дѣтей: холостой, дѣвица, вдовецъ, вдова, оба супруга, одинъ супругъ. Рожденіе ребенка (или узаконеніе) послѣ усыновленія не уничтожаетъ совершившагося усыновленія. Беременность, отъ которой можетъ произойти родной ребенокъ, не есть препятствіе къ усыновленію (Ennecerus, Crome, contra Шершеневичъ, Dernburg). Усыновленіе своихъ внѣбрачныхъ дѣтей отцомъ или матерью допускается даже тогда, когда у усыновляющаго уже имѣются дѣти [1]). Женщина, имѣющая

суду, согласно новымъ взглядамъ о правомочіяхъ суда въ гражданскихъ дѣлахъ. По этому образцу строятся и нѣкоторыя позднѣйшія законодательства Европы, въ томъ числѣ Франц. законъ 1923 г., Германскій законопроектъ 1925 г. Въ Англіи, гдѣ усыновленіе ранѣе совершенно не допускалось, законъ нынѣ ввелъ его для неполнолѣтнихъ (вліяніе войны). См. этотъ законъ — Adoption of childern Act, 1926, въ сборникѣ Sophian, Chitty's Statutes 1927, p. 6 f. Русское право бѣдно было постановленіями объ усыновленіи. Въ древности по Руси вошли въ дѣйствіе для усыновленія косвенно начала римскаго права, черезъ право Византійское, но дѣла объ усыновленіи принадлежали духовенству. Впослѣдствіи, въ XVII и началѣ XIX вв, а затѣмъ и въ началѣ XX столѣтія изданы были спеціальные законы по этому предмету. Въ прежней Россіи при борьбѣ сословій, національныхъ и вѣроисповѣдныхъ ограниченіяхъ, стѣсненіяхъ въ правѣ передвиженія и пр., усыновленіе избиралось часто какъ простое средство обхода отдѣльнаго закона. Но и въ нормальномъ порядкѣ установленіе широко практиковалось, особенно въ крестьянской средѣ, гдѣ, по обычаямъ, усыновленные пользовались правами родныхъ дѣтей. (См. нѣкоторыя историческія данныя для Запада —у Wahl, Adoption, въ Rechtsvergleichendes Handwörterburch für das Zivil—und Handelsrecht des In—und Auslandes, 2 B, 1, 1927, S. 43—45, для нашего права—у Загоровскаго, Курсъ Семейнаго права, 1909, стр. 484—487). Направленіе нынѣшней юриспруденціи въ области усыновленія идетъ параллельно общей тенденціи свободы личнаго самоопредѣленія и непринужденности договорныхъ соглашеній.—Что касается основъ семьи и наслѣдованія, то таковыя не только не ослабляются усыновленіемъ, но въ извѣстной мѣрѣ даже укрѣпляются.

[1]) Такое усыновленіе по достиженіи законными дѣтьми совершеннолѣтія возможно только съ ихъ согласія, выраженнаго въ письменномъ актѣ, съ засвидѣтельствованіемъ ихъ подписи нотаріальнымъ порядкомъ, а до достиженія означенными дѣтьми совершеннолѣтія—лишь при жизни другого ихъ родителя и съ его согласія, удостовѣреннаго въ томъ же порядкѣ.

внѣбрачнаго ребенка, не можетъ усыновить никого чужого, но это правило не касается отца внѣбрачнаго ребенка. Усыновитель долженъ быть старше усыновляемаго, по крайней мѣрѣ, на восемьнадцать лѣтъ (иначе это не „отецъ"), но при усыновленіи своего внѣбрачнаго это не требуется. Супругъ вправѣ усыновить лишь съ согласія второго супруга: противное было бы нарушеніемъ правъ послѣдняго, давая возможность усыновляющему супругу создавать отдѣльную семью противъ воли другого супруга.

Нельзя быть въ усыновленіи у двухъ лицъ, какъ нельзя быть ребенкомъ двухъ лицъ, не считая, конечно, усыновленія обоими супругами.

Договорный характеръ усыновленія предполагаетъ правоспособность и дѣеспособность усыновителя. Необходимо согласіе самого усыновляемаго, если онъ достигъ 14 лѣтъ, или же, когда онъ моложе, согласіе его опекуновъ. Кромѣ того должны выразить согласіе и родители, отъ которыхъ отбирается ребенокъ, если послѣдній не достигъ совершеннолѣтія, либо одна мать--при усыновленіи несовершеннолѣтняго внѣбрачнаго. Усыновленіе внѣбрачнаго ребенка нуждается въ согласіи матери его лишь тогда, когда она значится въ метрической о его рожденіи записи или когда происхожденіе отъ нея ребенка удостовѣрено судомъ, т. е. въ искѣ о содержаніи либо въ наслѣдственномъ процессѣ. Однако, согласіе родителей не требуется, коль скоро невозможно его получить за неизвѣстностью таковыхъ, по безвѣстному ихъ отсутствію, сумасшествію и пр. [1]).

Усыновляемый можетъ быть и родственикъ, даже братъ. Не воспрещается усыновлять и иностранца [2]).

Актъ усыновленія, чреватый крупными и разнородными послѣдствіями, постулируетъ глубокое и зрѣлое обсужденіе и способность къ этому [3]). Дабы не было легкомысленныхъ усыновленій, требуется, чтобы усыновитель былъ не моложе 30 лѣтъ [4]) Отсюда изъемлется усыновленіе собственныхъ внѣбрачныхъ дѣтей, когда усыновленіе допустимо съ достиженіемъ обычнаго совершеннолѣтія.

---

[1]) Рѣш. гражд. 1898 г. № 32, вопросъ 51.

[2]) Рѣш. гражд. 1898 г. № 32, вопросъ 48.

[3]) Рѣш. гражд. 1898 г. № 32, вопросъ 51.

[4]) X т. I ч., ст. 146, 150[1], Пр. Гр. Ул., ст. 461, п. 1. По BGB усыновитель долженъ быть не моложе 50 лѣтъ, § 1744, по Гр. Улож. б. Ц. Польск. ст. 308 и Code Civil, Art, 344— не моложе 40 лѣтъ, также по Schw. ZGB, Art. 264.

Возможно переусыновленіе т. е. переходъ къ другому, съ прекращеніемъ первоначальнаго усыновленія [1]).

Допускается усыновить нѣсколькихъ лицъ одновременно или послѣдовательно. Разница возрастовъ усыновителя и усыновляемаго, требуемая закономъ — на 18 лѣтъ въ Германіи, Швейцаріи, по дѣйствующему нашему праву и Пр. Гр. Ул., на 15 лѣтъ по Code Civil и Гр. Ул. б. Ц. Польск.—должна имитировать отношенія дѣйствительнаго, естественнаго сыновства.

Кромѣ того, для усыновленія ставятся иногда еще законами спеціальныя условія. Такъ, римское право требовало, чтобы усыновитель былъ человѣкъ честныхъ правилъ, иначе существовало опасеніе, что онъ преслѣдуетъ своекорыстныя, дурныя цѣли. Французскій законъ отъ 19 Іюня 1923 года допускаетъ усыновленіе при наличности justes motifs и при условіи, что оно сулитъ выгоды усыновляемому [2]). Швейцарскій законъ предполагаетъ, что усыновитель проявилъ по отношенію къ усыновляемому заботы и попеченіе или же что налицо имѣются другія важныя основанія и усыновляемому предстоятъ выгоды отъ усыновленія [3]). Дѣйствующее наше право, такъ же какъ и Пр. Гр. Ул. и BGB (а также Шведскій Gesetz отъ 14 Juni 1917 г. объ усыновленіи), обходятся безъ этихъ условій и реквизитовъ, что тѣмъ болѣе основательно, что послѣдніе вырождаются обыкновенно въ простыя фикціи [4]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1898 г. № 32, вопр. 50.

[2]) То же по англійскому закону, Adoption of childern Act, 1926, § 3 (b): „that the order if made will be for the welfare of the infant".

[3]) Code Civil, Art, 343 Schw. ZGB, Art, 267, Abs. 2. Гражданское Улож. б. Ц. Польск., по примѣру прежняго французскаго закона, постановляетъ, что усыновлять дозволяется только того, кому лицо, желающее усыновить, доставляло, по крайней мѣрѣ, въ теченіе трехъ лѣтъ, во время его несовершеннолѣтія, нужныя средства къ жизни и о которомъ въ теченіе того же времени имѣло постоянное попеченіе, или того, кто, подвергая собственную жизнь опасности, спасъ жизнь усыновителю. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ достаточно, чтобы усыновитель былъ совершеннолѣтенъ, насколько-нибудь старше усыновляемаго и не имѣлъ ни законныхъ дѣтей ни нисходящихъ: § 310.

[4]) Не обязательно также, чтобы актъ усыновленія былъ безкорыстный: онъ можетъ быть и возмездный, хотя нельзя отрицать, что полученіе вознагражденія за усыновленіе

Усыновленіе происходитъ на Западѣ путемъ составленія договора, утверждаемаго судомъ [1]). У насъ усыновленіе производится по мѣсту жительства усыновителя или усыновляемаго опредѣленіемъ суда, въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства, согласно заявленіямъ сторонъ, безъ составленія особыхъ договоровъ или актовъ, съ представленіемъ требуемыхъ лишь закономъ свѣдѣній и удостовѣреній [2]). По предмету постановленія объ узаконеніи могутъ быть подаваемы у насъ жалобы участниками и представляемы возраженія и жалобы со стороны законно-заинтересованныхъ лицъ. Когда усыновленіе нарушаетъ права другихъ лицъ, послѣднія могутъ представлять свои „возраженія", какъ выражается законъ[3]), стало быть, участвовать, подавать жалобы и пр., по производящемуся дѣлу. Эти же лица вправѣ, не вступая въ дѣло, начать отдѣльный споръ противъ неправильнаго усыновленія. Такой споръ предъявляется въ общемъ исковомъ порядкѣ, въ двухгодичный срокъ со дня вступленія опредѣленія суда объ усыновленіи въ законную силу и, во всякомъ случаѣ, только при жизни усыновителя. Послѣдняя оговорка, какъ видно изъ законодательныхъ мотивовъ къ дѣйствующему закону, имѣла въ виду „лучшее огражденіе интересовъ усыновленія" [4]). При этомъ, однако, упущены изъ виду интересы третьихъ лицъ, для которыхъ смерть усыновителя совершенно не основаніе для погашенія притязанія, а часто даже поводъ къ начатію спора.

По силѣ усыновленія усыновляемый вступаетъ относительно усы-

стоитъ въ нѣкоторомъ противорѣчіи съ задачами института и способно даже шокировать человѣческое достоинство („покупка отцовства"), на что могъ бы, такъ или иначе, обратить вниманіе законодатель. Безмездность предусматривается англійскимъ закономъ, какъ общее правило, Adoption of chiltern Act, 1926, § 3 (c): „that the applicant has no receivied or agreed to receive, and that no person has made or given, or agreed to make or give to the applicant, any payment or other reward in consideration of the adoption except such as the court may sanction".

[1]) BGB, § 174, Code Civil, Art. 362, Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 319 и сл. См. также Schw. ZGB, Art. 267. (Утвержденія не предписываетъ Бразильское Гражд. Улож. 1 января 1916 г., см. ст. 375, нѣм. изд. Heinsheimer 1928, и комм. къ ней издателя).

[2]) Ст. 1460[8] Уст. Гр. Судопр.

[3]) Ст. 1460[12] уст. гр. судопр.

[4]) См. Пр. Гр. Ул., Объясненія, II, т. 2, 1902, стр. 23.

новителя въ права и обязанности законнаго дитяти съ установленіемъ родительской власти, взаимной алиментаціи и пр. Усыновитель вправѣ передать усыновленному свою фамилію. По Французскому праву усыновленный, получивъ фамилію усыновителя, прибавляетъ ее къ собственной фамиліи [1]).

Право наслѣдованія усыновленный имѣетъ въ имуществѣ (благопріобрѣтенномъ) усыновителя, но не родственниковъ послѣдняго [2]). Съ своей стороны, усыновитель имѣетъ наслѣдственныя права въ имуществѣ усыновленнаго по правиламъ о наслѣдованіи восходящихъ. Усыновленный сохраняетъ нѣкоторыя права и обязанности также по отношенію къ своимъ прежнимъ родственникамъ. Онъ наслѣдуетъ послѣ своихъ природныхъ родителей и ихъ родственниковъ, обязанъ давать имъ содержаніе. Алиментарная обязанность усыновленнаго и его естественныхъ родителей дополнительная, на случай нужды [3]).

Исходя изъ понятія усыновленія, какъ чистаго договора, нѣкоторыя законодательства допускаютъ прекращеніе усыновленія по соглашенію усыновленнаго съ усыновителемъ [4]). Наше законодательство, по примѣру французскаго права и права б. Ц. Польск., Прибалтійскаго отвергаетъ соглашеніе объ отмѣнѣ усыновленія, считая, что послѣднее, въ качествѣ института семейно-правового, не терпитъ отмѣнъ и измѣненій по произволу. Тѣмъ болѣе недопустимъ односторонній отказъ со стороны усыновившаго или усыновленнаго [5]).

---

[1]) Code Civil, art. 351, Гр. Ул. б. Ц. Польск., ст. 312.

[2]) X т. 1 ч., ст. 156[1], 156[3]. Оговорка ст. 156[1], что наслѣдуемое имущество усыновителя, не имѣющаго родныхъ дѣтей, а имѣющаго лишь дочерей, дѣлится между ними всѣми поровну, и тутъ отпала по причинѣ уравненія наслѣдственныхъ долей (см. выше).

[3]) Загоровскій, Курсъ семейнаго права, стр. 399, Синайскій, Русск. гражд. право, 2, 1919, стр. 315, Тютрюмовъ, Гражд. Право, 1921, стр. 419.

[4]) Пр. Гр. Ул., ст. 474, BGB, § 1768 ff., Schw. ZGB, Art. 269, 1921, Čecho-Slov., § 214.

[5]) Римское право разрѣшало лицу, усыновленному прежде совершеннолѣтія, отказаться по достиженіи имъ совершеннолѣтія, чѣмъ предоставлялась возможность освободиться отъ тяжелыхъ послѣдствій pater potestas. Нынѣ это правило удержалъ сводъ Приб., ст. 186. Кромѣ того Schw. ZGB, Art. 269, даетъ право домогаться судебной отмѣны усыновленія усыновленному при наличности „wichtige Gründe“ и усыновителю, wenn er gegenüber dem Kinde einem Enterbungsgrund hat. Другія законодательства по поводу всего этого не содержатъ постановленій.

Родственники.

Индивидуумы, происходящіе другъ отъ друга или отъ общаго родоначальника, родственники—образуютъ союзъ лицъ, связанныхъ между собою правами и обязанностями въ извѣстной мѣрѣ. Въ настоящее время родъ не играетъ въ жизни государства той роли, какую онъ игралъ въ прошедшія эпохи, когда опредѣлялъ собою почти всю политическую жизнь страны. Родство все болѣе и болѣе ослабѣваетъ, уступая мѣсто общественной солидарности. Только между самими близкими родственниками сохраняется нѣкоторая общность. Поэтому и юридическія отношенія создаются лишь между ближайшими родственниками.

Близость родства опредѣляется линіями и степенями. Степень—это связь одного лица съ другимъ посредствомъ рожденія; непрерывный рядъ степеней образуетъ линію. Родство прямое—прямая линія—соединяетъ рядъ лицъ, изъ которыхъ одни происходятъ отъ другихъ, боковое родство – боковая линія—объемлетъ рядъ степеней между лицами, которыя происходятъ не другъ отъ друга, а отъ одного общаго родоначальника. Дѣдъ, отецъ, сынъ, внукъ, правнукъ — прямое родство, братья, сестры, двоюродные дядя и тетка и т. д.—боковое родство. Линія нисходящая идетъ отъ отца къ сыну, внуку и т. д.; обратно — линія восходящая. Сколько рожденій между родственниками въ суммѣ, такова и степень. Отецъ и сынъ — первая степень, братья — вторая, дядя и племянникъ—третья и т. д. Боковая линія первая—отъ первой восходящей степени: братья, дядя и племянникъ и т. д., боковая линія вторая—отъ второй восходящей степени и т. д. Родственники въ первой боковой линіи суть родные — родной братъ, родной дядя, — во второй боковой линіи — двоюродные и т. д. Братья и сестры суть „родные“, если отецъ и мать у нихъ общіе. Братья и сестры, имѣющія только отца общаго, суть единокровные, а имѣющіе общую мать и разныхъ отцовъ—единоутробные [1]). Германское право и французское придерживаются исчисленія линій и степеней родства, называемаго системой парентелъ, Parentelensystem. Она заключается въ томъ, что между родоначальникомъ—Stammvater—и потомствомъ образуется парентела. Первая парентела—родоначальникъ и его нисходящіе, вторая—родители его съ нисходящими и т. д. Въ самой парентелѣ различаются степени: дѣти, дѣти братьевъ (двоюродные братья) и т. д. Близость родства измѣряется числомъ рожденій (безъ сложенія), но только въ боковыхъ линіяхъ.

---

[1]) См. X т. I ч., ст. 1144 и сл., и особенно Пр. Гр. Ул. ст. 478 и сл., въ которыхъ приведена подробная схема родства·

Братья состоятъ въ первой степени, двоюродные братья во второй. При неравномъ числѣ рожденій, близость родства опредѣляется по большему числу рожденій: дядя (одно рожденіе) и племянникъ (два рожденія) — вторая степень родства [1]). Близость, имѣющаяся между данными лицами вслѣдствіе брака ихъ родственниковъ, есть свойство. Близость свойства опредѣляется по степени родства съ супругомъ, при чемъ мужъ и жена считаются однимъ лицомъ [2]). Можно быть одновременно родственникомъ и свойственникомъ: напр., женатый на своей племянницѣ, дочери брата, состоитъ со своимъ тестемъ во второй степени родства и въ первой степени свойства. Смерть супруга и расторженіе брака не прекращаютъ свойства, созданнаго бракомъ [3]).

Въ союзѣ родственномъ особое значеніе имѣютъ юридическія отношенія между родителями и дѣтьми, разсмотрѣнныя ранѣе. Что касается другихъ родственниковъ (и свойственниковъ), то ихъ взаимоотношенія обнимаютъ главнымъ образомъ опеку, содержаніе и наслѣдованіе, остальное касается отрицательнаго значенія родства, какъ помѣхи ко вступленію въ бракъ, свидѣтельству и пр. По западнымъ законодательствамъ родственники и свойственники принимаютъ безвозмездно опеку, участвуютъ въ семейныхъ совѣтахъ, гдѣ таковые существуютъ, не будучи вправѣ, въ извѣстныхъ случаяхъ, отказываться отъ того и другого [4]). Дѣйствующее наше право не вѣдаетъ семейныхъ совѣтовъ, опека же

---

[1]) Въ римскомъ правѣ были агнаты, состоявшіе въ родствѣ другъ съ другомъ черезъ мужчинъ, и когнаты — родственники черезъ женщинъ (мужское и женское поколѣнія).

[2]) „Посему въ первой степени двухроднаго свойства стоятъ супругъ и родители другого супруга, во второй степени супругъ и братья и сестры другого супруга, а также родители одного супруга и родители другого супруга, въ четвертой степени братья и сестры одного супруга и братья и сестры другого супруга и т. д.," Пр. Гр. Ул., Ст. 484, абз. 2. Законъ имѣетъ въ виду обычно свойство „двухродное". Послѣднему придается исключительное значеніе въ гражданскихъ и уголовныхъ законахъ (рѣш. гражд. 1879 г. № 381); прочіе виды свойства, между родственниками мужа и родственниками жены и далѣе имѣетъ значеніе лишь тогда, когда на нихъ указывалъ бы самъ законъ.

[3]) Рѣш. гражд. 1868 г. № 215.

[4]) Гражд. Улож. б. Ц. Польск., ст. 298, ст. 372 сл., Code Civil, art. 432, 405 и сл., BGB, не дающее и постороннимъ права свободно отказываться отъ опеки, на родственниковъ и свойственниковъ таковую возлагаетъ въ первую голову: § § 1779, Abs. 2, 1786. Также Schw. ZGB, Art. 380, 383.

не предполагается возмездной и не обязательна ни для кого, какъ не составляющая munus publicum. Родственникамъ принадлежитъ лишь преимущественная опека, ceteris paribus, по сравненію съ посторонними. Обязанность родственниковъ и свойственниковъ давать другъ другу содержаніе вытекаетъ изъ ихъ семейной близости. Она оправдывается и общественнымъ устройствомъ, въ силу котораго всякій нуждающійся долженъ получить матеріальную поддержку отъ близкихъ прежде, чѣмъ пасть бременемъ на коллективную благотворительность. У римлянъ между восходящими и нисходящими, братьями и сестрами существовала алиментарная обязанность. Точно также и прежнее германское право распространяло эту обязанность на всѣхъ членовъ семьи, въ томъ числѣ на братьевъ и сестеръ. Нынѣ законодательства, въ общемъ, установили алиментацію восходящихъ и нисходящихъ. Лишь въ Италіи и Швейцаріи она признается также между братьями и сестрами. Французское право и законы б. Ц. Польскаго возложили эту обязанность, кромѣ восходящихъ и нисходящихъ, еще и на ближайшихъ свойственниковъ, субсидіарно. По Пр. Гр. Ул. къ доставленію содержанія призываются, въ порядкѣ постепенности, нисходящіе, восходящіе, братья и сестры [1]). Англійское право не содержитъ прямыхъ указаній о кругѣ родственниковъ, обязанныхъ алиментами, но преимущественно имѣются въ виду родители и дѣти[2]). Дѣйствующее наше право, такъже, какъ и Св. Приб. не знаютъ алиментной обязанности ни дѣда и бабки и внуковъ, ни братьевъ и сестеръ, ни отчима, мачехи и пасынковъ и другихъ свойственниковъ. По разъясненію сената, „взаимное право на алименты принадлежитъ только дѣтямъ и родителямъ, подъ которыми разумѣ-

[1]) ст. 485. Первоначальное предположеніе о возложеніи этой обязанности и на „свойственниковъ первой степени“ впослѣдствіи отпало. Напротивъ, нѣкоторое право свойственника на алименты—въ Code civil, Art. 206, Гр. Ул. б. Ц. Польск., ст. 239. (Въ главномъ, первый кодексъ признаетъ содержаніе дѣтьми родителей и другихъ восходящихъ, а второй—еще алиментацію, условную, и прочихъ родственниковъ). По BGB, Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet einander Unterhalt zu gewähren, § 1601, по Schw. ZGB, кромѣ алиментаціи родителей и дѣтей, другой не существуетъ, Art. 272. По Codice Civile, gli alimenti устанавливаются между восходящими и нисходящими, братьями и сестрами и ближайшими свойственниками, въ извѣстныхъ условіяхъ и градаціяхъ: Art. 138(3)—142.

[2]) Особенность англійскаго права (supra) заключается въ томъ, что оно не признаетъ прямого требованія объ алиментахъ. Послѣдніе регулируются законами о бѣдныхъ. Нуж-

ются отецъ и мать“ [1]). Такимъ образомъ нашимъ судамъ возбраняется присуждать содержаніе даже съ богача-брата сестрѣ-нищенкѣ. Это говоритъ само за себя, насколько нынѣшніе порядки еще далеки отъ справедливости.

Право наслѣдованія родственнику имѣетъ каждый членъ рода, къ которому принадлежитъ наслѣдодатель, съ тѣмъ, что ближайшій родственникъ устраняетъ дальнѣйшаго. Хотя во многихъ законодательствахъ, въ томъ числѣ и въ нашемъ, предѣлы наслѣдованія не установлены, такъ что потенціальное наслѣдственное право принадлежитъ всякому родственнику, какъ бы далекъ онъ ни былъ, но замѣчается серьезная тенденція къ ограниченію этого права родственнаго союза. Ослабленіе родственныхъ связей и усиленіе коллективной солидарности приводитъ постепенно къ замѣнѣ наслѣдованія болѣе или менѣе отдаленныхъ родственниковъ наслѣдованіемъ государства—das Erbrecht des Staates.

Что касается отрицательнаго вліянія родства и свойства, какъ препятствія, то оно сказывается при вступленіи въ бракъ, въ указанныхъ въ брачномъ правѣ предѣлахъ, а также при разнаго рода свидѣтельствѣ въ виду предполагаемаго у этихъ лицъ пристрастія къ интересамъ близкихъ. По отводу стороны, родственники въ близкихъ степеняхъ не допускаются въ гражданскихъ дѣлахъ къ дачѣ свидѣтельскихъ показаній, а въ уголовныхъ къ свидѣтельству подъ присягой. Ограничивается свидѣтельство родственниковъ въ завѣщаніяхъ и при совершеніи нотаріальныхъ актовъ. Въ послѣднихъ свидѣтелями, подъ опасеніемъ лишенія акта силы нотаріальнаго, не могутъ быть лица, состоящія съ тѣмъ, въ пользу кого въ самомъ актѣ дѣлается какое-либо распоряженіе, въ отношеніяхъ первыхъ четырехъ степеней родства и первыхъ трехъ степеней свойства [2]).

дающійся въ алиментахъ долженъ возбудить противъ уклоняющагося отъ выдачи таковыхъ уголовное дѣло, къ которому и возможно присоединить гражданское притязаніе. См. Cambell, Principles of english law, 1907, p. 83, Schuster, cit., p. 539.

[1]) Рѣш. гражд. 1887 г. № 195, 1876 № 199.

[2]) См. о перечисленныхъ препятствіяхъ: ст. 373, п. I Уст. Гр. Судопр., стт. 705 и 707, п. 2 и 3 Уст. Угол. Судопр., ст. 1054, п. 2 X т. I ч., ст. 87 п. 3. Пол. о Нот. Части. Воспрещая нотаріусу, подъ опасеніемъ недѣйствительности акта, совершать таковой отъ имени и на имя его самого, законъ то же воспрещеніе распространяетъ и на его родственниковъ и свойственниковъ въ тѣхъ же степеняхъ, о которыхъ упоминаетъ ст. 87, п. 3 Пол. о Нот. Ч.: ст. 75 Положенія.

Наслѣдственное право.

Понятіе наслѣдованія.

Въ наслѣдственное право входятъ нормы о переходѣ на другихъ имуществъ и вообще правъ и обязанностей даннаго лица, послѣ его смерти. Въ субъективномъ смыслѣ наслѣдственное право есть притязаніе субъекта на оставшійся послѣ умершаго комплексъ правоотношеній.

Съ распаденіемъ личности человѣка его имущественная сфера не погибаетъ: она продолжаетъ свое существованіе въ лицѣ тѣхъ, которые имъ самымъ призываются, либо, за отсутствіемъ съ его стороны надлежащихъ распоряженій, управомочиваются законами на вступленіе въ его имущественныя правоотношенія. Здѣсь происходитъ нѣчто въ родѣ отождествленія праводателя съ правополучателемъ, и въ этомъ отношеніи можно сказать, что наслѣдованіе представляетъ собою универсальное преемство имущественно-правовой личности наслѣдователя [1]). Имущественныя отношенія любого свойства, вещнаго, обязательственнаго, не исключая требованій изъ возмѣщенія вреда и незаконнаго обогащенія, иски и притязанія,—все это составляетъ объектъ наслѣдованія: наслѣдникъ индентифицируется съ наслѣдователемъ въ правахъ и обязанностяхъ, матеріальныхъ и процессуальныхъ. Мало того, въ настоящее время, съ широкимъ развитіемъ области такъ называемыхъ индивидуальныхъ правъ, связанныхъ съ данной личностью, многія изъ нихъ, хотя и интимно-персональнаго характера переносятся, параллельно съ имущественными правами, на универсальнаго наслѣдника, такъ что возникаетъ какъ будто даже нѣкоторое преемство въ самой личности наслѣдователя. Можно указать, въ видѣ примѣра, что въ авторскомъ правѣ

[1]) § 557 Čecho-Slov.: „Der Erbe stellt... in Rücksicht auf diese (Erbschaft) den Erblasser vor. In Beziehung auf einen Dritten werden beide für eine Person gehalten. Vor den Einantwortung wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde".— Русское слово „наслѣдовать" филологически означаетъ—найти слѣдъ, напасть на слѣдъ (Даль).

вмѣстѣ съ матеріальными выгодами произведенія наслѣдники пріобрѣтаютъ и тѣ права наслѣдователя—автора, въ основѣ которыхъ лежитъ интересъ неимущественный, моральный, вытекающій изъ особой, духовной связи автора съ продуктами его интеллектуальнаго творчества [1]). Современный человѣкъ съ достаточнымъ основаніемъ можетъ сказать словами поэта: „Такъ, весь я не умру"... Только тѣ правоотношенія, которыя могутъ существовать исключительно между данными субъектами и по существу своему не переводимы на другихъ, исключаются изъ области наслѣдованія, именно: семейныя права и обязанности, чисто личныя обязательства (службы и услугъ), личные сервитуты, abitazione и др. Сюда же относятся притязанія изъ нарушенія правъ личности, какъ требованіе уплаты за „безчестіе", искъ изъ обезображенія или изнасилованія женщины и пр. и пр. Хотя разграниченіе личныхъ и имущественныхъ элементовъ иногда представляетъ большія трудности, но, въ случаѣ спора, судъ долженъ отмежевать все матеріальное, способное къ переходу по наслѣдству, отъ неподлежащаго наслѣдованію „персональнаго" въ правоотношеніи. Прекращается безъ оборота на наслѣдниковъ обязательство о личныхъ дѣйствіяхъ, но не связанное съ ними имущественное послѣдствіе, напр., уплата за заказъ. Не переходитъ по наслѣдству совершеніе того, что вытекаетъ изъ довѣренности, а также алиментная обязанность, но не алиментные платежи за время, истекшее до смерти наслѣдователя и имъ не внесенные [2]).

Насколько рѣчь идетъ объ имуществѣ, наслѣдованіе можно выводить изъ идеи собственности [3]). Собственность побуждаетъ человѣка работать, прозводить, творить, умножать и сохранять, а наслѣдованіе, какъ предопредѣленный порядокъ перехода имущества къ его близкимъ и желаннымъ, еще болѣе увеличиваетъ эти стимулы. Политическія и общественныя ученія, покоящіяся на отрицаніи права собственности, склонны не признавать и наслѣдованія. Но если принять

---

[1]) Ср. X т. I ч., стт. 695^{10}, 695^{20}, 695^{28}, 695^{29} и др.

[2]) Рѣш. гражд. 1871 г. № 206, 1909 г. № 12[illegible], 1913 г. № 20, см. Бѣляцкинъ, въ Практ. и Теорет. Коммент. Вормса и Ельяшевича, в. 3, стр. 168 и сл.

[3]) „Существованіе наслѣдственнаго права не вытекаетъ изъ воли государства; оно не есть простое юридическое измышленіе; государство только создаетъ этому институту соотвѣтствующія формы" Азаревичъ, Свобода и ограниченіе духовныхъ завѣщаній", Журн. Гр. и Уг. права, 1889 г., кн. VIII, стр. 73.

во вниманіе, что кругъ интересовъ при наслѣдованіи идетъ далѣе имущества, то для права наслѣдованія придется найти еще и иное, болѣе широкое, оправданіе. Наслѣдованіе на самомъ дѣлѣ коренится въ естественномъ стремленіи человѣка обрѣсти себѣ въ наиболѣе близкомъ существѣ продолжателя своей гражданско-правовой личности вообще. Heres sustinet personam defuncti. Наслѣдованіе—соединительная ткань человѣчества въ исторіи, которая была бы немыслима безъ наслѣдственнаго преемства, такъ какъ настоящее есть продолженіе прошлаго и зародышъ будущаго (Miraglia).

Наслѣдство обнимающее, по общему правилу, совокупность и правъ и обязанностей, какъ нѣчто единое, въ свойствѣ универсальнаго преемства отличается отъ преемства единичнаго, сингулярнаго, преемства въ одномъ правоотношеніи. При наличности не одного, а нѣсколькихъ наслѣдниковъ, каждый вступаетъ во все правоотношеніе, хотя и въ извѣстной только долѣ. Пріобрѣтатель наслѣдства получаетъ либо все достояніе наслѣдователя либо квоту. Наслѣдованіе цѣлокупно (раздѣлу подлежатъ лишь наслѣдственные предметы): то, что сонаслѣдникъ призывается лишь къ части, есть результатъ столкновенія правъ на то же цѣлое многихъ наслѣдниковъ, призванныхъ совмѣстно къ единому комплексу: tota hereditas singulis data, partes autem concursu fiunt [1]). Кому передается лишь индивидуальная вещь, тотъ сингулярный преемникъ, отказополучатель, вѣритель, по ученію сената, но не наслѣдникъ. Впрочемъ, тотъ же сенатъ непослѣдовательнымъ образомъ заставляетъ отказополучателя отвѣчать за наслѣдственные долги и въ другихъ отношеніяхъ приравниваетъ его къ универсальному правопреемнику, такъ что отказопріниматель мыслится въ сущности какъ тотъ же наслѣдникъ, въ квотѣ, исчисляемой пропорціонально стоимости отказа по сравненію со всѣмъ комплексомъ наслѣдства.

„Наслѣдники представляютъ лицо наслѣдователя, составляютъ продолженіе его личности, къ нимъ вмѣстѣ съ правами переходятъ всѣ обязательства, на наслѣдодателѣ лежавшія [2]). Взглядъ на

---

[1]) См. Демченко, Существо наслѣдства и призванія къ наслѣдованію по русскому праву, 1887 г., стр. 9. По указанію этого автора, „нельзя сказать, чтобы въ наукѣ господствовало ясное представленіе объ отношеніи многихъ наслѣдниковъ при универсальномъ наслѣдствѣ“, ib. Въ практикѣ, однако, вопросъ, кажется, особыхъ сомнѣній не вызывалъ: изъ универсальнаго преемства дѣлались неизмѣнно соотвѣтственные выводы и для множества наслѣдниковъ.

[2]) Рѣш. гражд. 1889 г. № 83. Изъ этого вытекаетъ, что

универсальное преемство наслѣдника усвоенъ былъ еще древнимъ правомъ — succesio in universum jus defuncti — и имѣлъ то значеніе, что наслѣдникъ вступалъ во всѣ отношенія не только частноправовыя, но и религіозныя — sacra familiae — своего праводателя. Получая все достояніе умершаго, всѣ его права и обязанности и святыни (familiam dare), наслѣдникъ былъ представителемъ послѣдняго на землѣ и въ то же время предстательствовалъ за него въ молитвахъ передъ богами, отъ чего зависѣлъ, но повѣрьямъ, покой усопшаго. Эта мысль о продолженіи личности встрѣтила откликъ — съ разныхъ точекъ зрѣнія—въ умахъ философовъ и юристовъ стараго и новаго времени. Въ XIX в. она нашла апологетовъ среди германскихъ цивилистовъ. По ученію послѣднихъ, гражданскія правоотношенія лица должны имѣть независимую отъ личности длительность существованія, что достигается тѣмъ, dass nach dem Tode die dadurch aufgehobene natürliche Person fortwährend als zusammenstehendes Subjekt jener Rechtsverhältnisse gedacht. Наслѣдникъ долженъ личность умершаго in sich aufnehmen und repräsentieren и этимъ вступитъ въ правую его сферу, als Ganzes [1]). Еще съ рецепціей римскаго права мысль объ универсальномъ преемствѣ усвоена была въ Европѣ, гдѣ нашла добрую почву въ представленіяхъ новыхъ народовъ; принята была она и въ Россіи. Въ настоящее время ученіе объ универсальномъ преемствѣ подвергается острой критикѣ (какъ и все, впрочемъ, въ юриспруденціи). Критики указываютъ, что положеніе наслѣдника есть совершенно самостоятельное—eine höchst komplizierte Rechtslage, только одной стороной примыкающее къ переходу правъ наслѣдодателя. Другая сторона—это собственныя правоотношенія наслѣд-

---

имущество наслѣдователя сливается съ имуществомъ наслѣдника въ одну массу, что наслѣдникъ обязанъ выполнять обязательство наслѣдователя, ultra vires hereditatis, не можетъ оспаривать дѣйствіе наслѣдователя больше, чѣмъ это могъ бы сдѣлать послѣдній самъ, что на наслѣдника переносятся и фактическія состоянія, какъ владѣніе наслѣдодателя и пр., Gianturco, Instituziani di diritto civile italiano, 1919, p. 282.

[1]) Puchta, Pandekten, 1877, S. 641. См. также Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1896, S. 354, изъ новѣйшей цивилистики — Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1922, S. 676, Синайскій, Русское гражд. право, 2, 1918, стр. 225, Бѣляцкинъ, Пр. и Теор. Комм. Вормса и Ельяшевича, стр. 1, Рязановскій, О посмертномъ преемствѣ супруговъ по русскому праву, 1914 г., стр. 121; см. также рѣш. гражд. 1908 г. № 120, 1889 г. № 83.

ника, это—разсчеты его съ кредиторами наслѣдователя и съ легатаріями, управленіе наслѣдствомъ и т. д. Инвентарное право, separatio bonorum и наслѣдственная администрація должны, согласно этому мнѣнію, совершенно уничтожить понятіе Universalrechtsnachfolge Однако, и гражданскіе кодексы и практическая юриспруденція твердо держатся идеи универсальнаго преемства [1]), не взирая на то, что тѣ или иныя отдѣльныя консенквенціи наслѣдованія и не совсѣмъ совпадаютъ съ этой идеей. Послѣдняя основательна въ своей сущности, плодотворна по общимъ послѣдствіямъ и отвѣчаетъ дѣйствительнымъ потребностямъ практической жизни.

Открытіе наслѣдованія.

Фактъ, въ силу котораго возникаетъ возможность наслѣдственнаго перехода правъ, есть основаніе открытія наслѣдованія. Этимъ основаніемъ—Erbfall—, строго говоря, въ настоящее время, можетъ быть только смерть наслѣдователя, прекращеніе существованія физическаго лица. Послѣ юридическаго лица наслѣдованія нѣтъ. То, что по уставамъ нѣкоторыхъ юридическихъ лицъ при ликвидаціи дѣлъ имущества этихъ лицъ поступаютъ къ другимъ учрежденіямъ или въ казну, не означаетъ наслѣдственнаго правопреемства, хотя бы въ томъ или иномъ уставѣ указывалось, что такой переходъ имущества совершается примѣнительно къ правиламъ о наслѣдованіи [2]). Смерть констатируется опредѣленнымъ образомъ. Она устанавливается метрическими свидѣтельствами, составленіе которыхъ подчиняется правиламъ объ актахъ состоянія [3]). Лишеніе правъ состоянія по суду, по всѣмъ законодательствамъ, кромѣ нашего, на является болѣе основаніемъ къ наслѣдованію. Въ прежнее время оно приравнивалось къ смерти по фикціи, въ силу которой лишенный всѣхъ правъ состоянія уподобляется умершему (политически мертвый). Отъ этого взгляда отрекается современное право (о чемъ рѣчь была уже въ отдѣлѣ „Правоспособность"). Преступникъ, у котораго отнята свобода, все же можетъ обладать какимъ-либо имуществомъ, и нѣтъ основанія отбирать у него его достояніе въ пользу казны или наслѣдниковъ только потому, что онъ присужденъ къ наказанію. Если отбы-

---

[1]) BGB, § 1922, Schw. ZGB, Art. 560, Curti—Forrer, Schw. Zivilgesetzbuch, 1911, S. 364.

[2]) Ср. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 3, 1921, p. 336, t. 1, 1922, p. 967, Staudinger's Kommentar zum BGB, 10, S. 8.

[3]) См. Новиковъ, Метрики, 1907 г., стр. 251.

ваніе наказанія сопряжено съ лишеніемъ свободы и фактической невозможностью управлять и распоряжаться имуществомъ, то на это время должна быть учреждена опека [1]). Несмотря на это, по дѣйствующему нашему праву къ открытію наслѣдованія ведетъ также лишеніе правъ [2]). Характерно, что составители Уголовнаго Уложенія отвергли „юридическую смерть", исключивъ лишеніе имущественныхъ правъ изъ числа послѣдствій наказанія, но особое совѣщаніе при Государственномъ Совѣтѣ, исходя изъ судьбы имущества во время отбыванія наказанія, сочло нужнымъ „впредь до преобразованія опекунской части" сохранить постановленія по этому предмету дѣйствующаго закона, согласно которому лица, присужденныя къ одному изъ высшихъ наказаній утрачиваютъ прежнія свои права собственности и права эти переходятъ къ ихъ наслѣдникамъ [3]). Такимъ образомъ налицо имѣется, собственно, временная мѣра: не въ далекомъ будущемъ и у насъ лишеніе правъ, надо надѣяться, перестанетъ играть роль основанія къ открытію наслѣдованія.

Время Erbfall, т. е. моментъ открытія наслѣдованія, и мѣсто, гдѣ наслѣдованіе открывается, играютъ немаловажную роль. Въ моментъ открытія наслѣдованія зарождается самое право наслѣдованія и можетъ затѣмъ быть переносимо на другихъ, именно на универсальныхъ преемниковъ наслѣдника. Право на наслѣдство принадлежитъ наслѣднику съ момента открытія наслѣдованія. Это относится и къ тому наслѣдству, которое достается условно либо ограничено пожизненнымъ владѣніемъ по завѣщанію. Съ уничтоженіемъ пожизненнаго владѣнія отпадаетъ ограниченіе, но самое право существовало еще со времени смерти („естественной или гражданской") [4]). Въ моментъ открытія нас-

[1]) См. объясн. къ Пр. Уг. Ул., т. I, 1897 г., стр. 231.

[2]) Ст. 1222 X т. 1 ч., 2, ст. 29 Уг. Улож., также Пр. Гр. Ул., ст. 1343, абз. 1. Послѣ перехода къ наслѣдникамъ имущества лишеннаго правъ послѣдній уже во время отбытія наказанія можетъ что-либо пріобрѣсти. По Уставу о ссыльныхъ, ему предоставляется пріобрѣтать, съ соблюденіемъ извѣстныхъ правилъ, даже недвижимость, стт. 218—220, также 52, 178 и сл., Проектъ Уг. Улож., Объясн., т. 1, стр. 210. Такимъ образомъ со смертью этихъ лицъ можетъ вторично наступить открытіе наслѣдованія въ томъ имуществѣ, которое они получили послѣ осужденія, рѣш. Общ. Собр. 1904 г. № 10, Таганцевъ, Русское Уголовное Право, т. 2, стр. 109 и сл.

[3]) Журналъ Особаго Совѣщанія при Госуд. Совѣтѣ для предварительнаго разсмотрѣнія Пр. Гр. Улож., 1901, стр. 297.

[4]) Рѣш. гражд. 1892 г. № 11, 1903 г. № 140.

лѣдованія наслѣдникъ долженъ быть правоспособенъ къ принятію наслѣдства, въ этотъ моментъ надлежитъ быть налицо наслѣднику. До этого времени нѣтъ ни наслѣдника, ни наслѣдователя, ни наслѣдства, ни даже ожидаемаго наслѣдства. Договоры и обязательства относительно наслѣдства, возникшія до открытія такового, недѣйствительны, какъ касающіяся несуществующаго объекта. Со времени открытія наслѣдованія возникаетъ возможность трансмиссіи, т. е. перевода наслѣдственныхъ правъ на другое лицо, съ отпаденіемъ управомоченнаго по закону или завѣщанію, происшедшимъ по смерти (лишеніи правъ и пр.) наслѣдодателя [1]).

Моментъ открытія наслѣдованія—это день (часъ обыкновенно роли не играетъ) кончины наслѣдователя. При лишеніи правъ такимъ моментомъ у насъ является время, назначенное для объявленія вступившаго въ законную силу приговора, а не время вступленія приговора въ законную силу какъ намѣренъ былъ установить Пр. Гр. Ул. [2]).

Съ мѣстомъ открытія наслѣдованія связываются вопросы правоспособности и дѣеспособности наслѣдодателя и наслѣдника. По этому мѣсту предъявляются иски, касающіеся наслѣдства (и къ лицу умершаго). Мѣстомъ открытія наслѣдованія должно считаться мѣсто послѣдняго постояннаго жительства наслѣдодателя. Здѣсь было средоточіе гражданскихъ правъ наслѣдодателя, здѣсь центръ дальнѣйшихъ отношеній по ликвидаціи наслѣдства, пока не исчезнетъ связь совокупности съ лицомъ умершаго [3]). „Мѣстомъ жительства“ умершаго опредѣляется

---

[1]) Въ частности, относительно трансмиссіи по завѣщанію сенатъ указываетъ: „Для наслѣдованія по завѣщанію необходимо только, чтобы наслѣдникъ имѣлъ надлежащую правоспособность въ моментъ смерти завѣщателя; когда же наслѣдственное по завѣщанію право возникло, никакія послѣдующія случайныя обязательства разрушить его не могутъ, и право это, хотя бы неосуществленное наслѣдникомъ при его жизни, подлежитъ дальнѣйшему переходу въ порядкѣ, законами предусмотрѣнномъ“, рѣш. гражд. 1914 г. № 44, 1908 г. № 77, 1882 г. № 63. То же относится въ полной мѣрѣ и къ наслѣдованію по закону.

[2]) Ст. 1443, абз. 2.

[3]) Ст. 215 Уст. Гражд. Судопр., рѣш. гражд 1911 г. № 41 1905 г. № 53, 1885 г. № 131, Пр. Гр. Ул, ст. 3, Анненковъ, Опытъ ременторія къ Уст. Гр. Судопр., т. I, 1887 г., стр. 175. Такимъ образомъ рѣшающей роли не играютъ ни мѣсто нахожденія наслѣдственнаго имущества, какъ думаютъ нѣкоторые (Гольмстенъ), ни мѣсто смерти (или лише-

мѣсто открытія наслѣдованія и по Гражд. Улож. б. Царства Польскаго, причемъ имѣется въ виду, конечно, послѣднее мѣстожительство [1]). По нѣкоторымъ законодательствамъ, съ мѣстомъ открытія наслѣдованія отождествляютъ иногда мѣстонахожденіе наслѣдственной недвижимости. Дѣйствующее наше право основанія къ такому закюченію не даетъ.

Мѣсто смерти (лишенія правъ) только prima facie принимается за мѣсто открытія наслѣдованія, если почему-либо точноне извѣстно, гдѣ было постоянное мѣстонахожденіе наслѣдователя, лишьпо тому предположенію, что постоянное жительство наслѣдователя и было въ мѣстѣ его кончины etc., пока не установлено противное.

Quid juris, если наслѣдодатель имѣлъ нѣсколько мѣстожительствъ: адвокатъ жилъ въ провинціальномъ городѣ и въ столицѣ, гдѣ находятся высшія судебныя установленія, кто-либо проводилъ постоянно зимній сезонъ въ одномъ мѣстѣ, а лѣтній въ другомъ? Тутъ легко возникаетъ сомнѣніе при опредѣленіи мѣста delatio. Не можетъ быть рѣчи о свободномъ выборѣ, о которомъ говоритъ Уст. Гр. Судопр. —для нуждъ процесса [2]). Нѣтъ иного выхода, какъ признавать въ данномъ случаѣ мѣстомъ открытія наслѣдованія то, гдѣ застала наслѣдователя смерть etc. Такъ и рѣшилъ вопросъ сенатъ, остановившійся на „пребываніи въ послѣднее время“ [3]). Для гражданъ, умершихъ заграницей и не имѣвшихъ въ своемъ отечествѣ постояннаго жительства, вопросъ о мѣстѣ delatio разрѣшается въ Германіи, по закону 17 мая 1898 г., такимъ образомъ, что наслѣдованіе считается открывшимся въ мѣстѣ нахожденія того суда, который для этого будетъ указанъ Reichskanzler'омъ или мѣстнымъ судебнымъ установленіемъ. За отсутствіемъ такого правила у насъ, приходится согласиться съ тѣмъ, что въ данномъ случаѣ мѣстомъ открытія наслѣдованія считается 1-ый судебный участокъ столицы [4]).

нія правъ). Имущество можетъ находиться въ разныхъ пунктахъ, а смерть (лишеніе правъ)—произойти въ случайномъ мѣстѣ. Не имѣетъ значенія временное пребываніе наслѣдователя внѣ мѣста постояннаго жительства.

[1]) Ст. 34, также Code civil, Art. 110. Еще опредѣленнѣе Codice civile, Art. 923 (nel luogo dell ultimo domicilio del defunto), Schw. ZGB, Art. 538 (am letzten Wohnsitze des Erblassers).

[2]) Ст. 205.

[3]) Рѣш. гражд. 1885 г. № 131.

[4]) См. Пр. Гр. Ул., ст. 1344, абз. 2, и Объясненія, IV, 1903 г., стр. 12.

Виды наслѣдованія.

Наслѣдованіе вытекаетъ либо изъ закона либо изъ волеизъявленія: наслѣдованіе по закону и наслѣдованіе по завѣщанію. Оба вида наслѣдованія въ настоящее время совершенно равноправны, ни одному изъ нихъ не отдается предпочтеніе передъ другимъ въ какомъ бы то ни было отношеніи. Поэтому неправильно утвержденіе, что наслѣдованіе по закону является только восполненіемъ наслѣдованія по завѣщанію, хотя, само по себѣ, несомнѣнно, что законное наслѣдованіе наступаетъ постольку, поскольку не имѣется волеизъявленія наслѣдодателя. Равнымъ образомъ неосновательно и діаметрально противоположная сентенція, будто наслѣдованіе по закону есть правило, наслѣдованіе по завѣщанію—дополненіе къ нему[1]). Въ прежнія времена доминировало наслѣдованіе по закону, завѣщательное наслѣдованіе только постепенно пробивало себѣ дорогу. Не могло быть распоряженій на случай смерти относительно матеріальныхъ благъ въ эпоху родовой или семейной общности имущества, когда послѣднее принадлежало всему роду или всей семьѣ и поэтому переходило отъ одного къ другому по заранѣе опредѣленному порядку, безъ вмѣшательства чьей либо воли. По мѣрѣ индивидуализаціи имуществъ завѣщательныя волеизъявленія все болѣе и болѣе просачиваются въ жизнь, рождаясь отъ естественнаго желанія обладателя имуществъ имѣть послѣ смерти правопреемника, по адресу котораго направляются заботы его. Но и не-имущественныя распоряженія дѣлались часто умирающимъ, въ торжественной формѣ или безъ соблюденія формы. Такъ, могло быть завѣщано, напр., право погребенія въ родовой гробницѣ или свобода рабу[2]). Въ древнемъ Римѣ введено было testamentum, существенной частью котораго было назначеніе наслѣдника, но оно могло заключать и учрежденіе опеки и пр. Дополненіемъ завѣщанія былъ кодицилъ, содержавшій не назначеніе наслѣдника, а иныя распоряженія [3]). Въ Римѣ считалось позорнымъ умереть безъ завѣщанія. Завѣщаніе имѣло для римлянина то же значеніе, что для египтянина надгробный памятникъ (Лассаль). Оно стояло въ центрѣ наслѣдственнаго права. Въ старой Европѣ волеизъявленія на случай смерти получили распространеніе подъ вліяніемъ церкви, поощрявшей завѣщательныя

---

[1]) Кавелинъ, Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ, 1879 г., стр. 374, также 391.

[2]) Гинкулъ, О легатахъ, 1912, стр. 21.

[3]) Д. Д. Гриммъ, Лекціи по догмѣ римскаго права, 1924, стр. 380.

распоряженія „на упокой души“ въ пользу церквей, монастырей и бѣдныхъ. Отъ этихъ распоряженій нетрудно было перейти къ завѣщаніямъ въ пользу (нуждающихся) родственниковъ, а затѣмъ и въ пользу постороннихъ. Стародавнее правило „Solus Deus heredes facere protest non homo“ впослѣдствіи оказалось забытымъ. Рецепція римскаго права ускорила процессъ введенія завѣщаній. Если ранѣе завѣщатель для выполненія своихъ распоряженій на случай смерти еще при жизни отдавалъ имущество довѣренному лицу, душеприказчику—Salmann—, то впослѣдствіи это оказалось ненужнымъ, въ виду создавшейся широкой свободы завѣщательныхъ распоряженій. Свобода эта находила предѣлы лишь въ сознаніи необходимости обезпечить ближайшихъ родныхъ, для чего и учреждена была т. наз. обязательная доля, Pflichtteil.

Среди завѣщательныхъ волеизъявленій различаютъ тестаментъ и наслѣдственный договоръ. Въ силу послѣдняго два или нѣсколько лицъ назначаютъ другъ друга наслѣдниками послѣ смерти. Такимъ образомъ это договоръ не о наслѣдствѣ, другими словами, соглашеніе не третьихъ лицъ по поводу открывающагося наслѣдства, а двухъ или нѣсколькихъ индивидуумовъ объ ихъ собственныхъ взаимныхъ наслѣдственныхъ правоотношеніяхъ. Наслѣдственнымъ договоромъ участники иногда отказываются отъ наслѣдованія другъ послѣ друга. Обычно наслѣдственные договоры съ обоюднымъ назначеніемъ себя наслѣдниками практикуются между супругами.

Сущность наслѣдственнаго договора, какъ и всякаго соглашенія,— въ его безусловной обязательности для сторонъ. Римское право отрицало наслѣдственные договоры, какъ не отвѣчающіе идеѣ отмѣнимости завѣщательныхъ распоряженій. Оно, кромѣ того, видѣло въ наслѣдственномъ договорѣ нѣчто противное добрымъ нравамъ, въ виду того, что онъ лишалъ контрагента возможности составить завѣщаніе [1]). Нынѣ наслѣдственные договоры фигурируютъ въ европейскомъ правѣ, но все же ихъ не признаетъ ни французское право, ни Пр. Гр. Ул., ни наши дѣйствующіе законы [2]). Впрочемъ, имѣются сторонники договора о правѣ наслѣдованія и у насъ. Курдиновскій, посвятившій данному вопросу спеціальную монографію, проанализировавъ соотвѣтственныя статьи X т. 1 ч., не нашелъ въ нихъ прямыхъ помѣхъ къ допущенію

---

[1]) Баронъ, Система римскаго гражданскаго права, в. IV, стр. 94, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1921, стр. 459, Гриммъ, цит., стр. 380.

[2]) Выводъ изъ рѣш. гражд. 1907 г. № 8, рѣш. гражд. 1869 г. № 1322.

наслѣдственныхъ договоровъ [1]). Но дѣло не въ искусномъ истолкованіи отдѣльныхъ постановленій, а въ общемъ духѣ, такъ сказать, въ психологіи закона, воспитаннаго на идеѣ свободы завѣщательныхъ волеизъявленій и не допускающаго мысли о закрѣпленіи ихъ договоромъ и поставленіи наслѣдника путемъ обязательства передъ кѣмъ-либо. Вся система нашего завѣщательнаго права, съ его формализмомъ, съ конечнымъ актомъ утвержденія завѣщанія къ исполненію и пр., разсчитана только на тестаменты. Противъ наслѣдственныхъ договоровъ высказалась, кромѣ сената, въ общемъ, почти вся наша цивилистика. Къ этому присоединяется и авторъ настоящей работы. Но все это de lege lata. De lege ferenda, нѣтъ поистинѣ серьезныхъ препятствій къ допущенію наслѣдственнаго договора, по крайней мѣрѣ, между супругами. Онъ не является на самомъ дѣлѣ столь рѣзкимъ нарушеніемъ общаго начала свободы завѣщательныхъ волеизъявленій, имѣя довольно тѣсный кругъ примѣненія. Дѣйствительность же предъявляетъ спросъ на эти договоры, что видно изъ того, что они часто возникаютъ на практикѣ (и, конечно, безжалостно уничтожаются судами). Само собою разумѣется, что ни о какой антиморальности наслѣдственнаго договора не можетъ быть и рѣчи [2]).

Наслѣдованіе по завѣщанію (общія замѣчанія).

Завѣщаніе—волеизъявленіе на случай смерти по поводу частноправныхъ отношеній [3]). Оно отличается отъ другихъ волеизъявленій многими особенностями. Завѣщаніе предназначено дѣйствовать тогда, когда автора его въ живыхъ не будетъ и выяснить его настоящую волю личной интер-

---

[1]) Договоры о правѣ наслѣдованія, 1913, особенно стр. 303 и сл. имѣются въ виду стт. 1032, 710, 1528, X т. I ч.,

[2]) По Св. Приб. воля наслѣдодателя выражается или одностороннимъ образомъ, въ завѣщаніи, объявленіи послѣдней воли въ тѣсномъ смыслѣ, или въ договорѣ о назначеніи наслѣдника (Erbeinsetzungsvertrag), ст. 1700. По BGB наслѣдодатель вправѣ назначить наслѣдника и легатарія по договору, причемъ Vertragserbe можетъ быть какъ контрагентъ по договору, такъ и третье лицо, § 1941; см. также Schw. ZGB, Art. 468, Curti-Forrer, cit. S. 383.

[3]) Шершеневичъ, Учебникъ русск. гражд. права, 1912, стр. 784, 785, Синайскій, Русск. гражд. право, 2, 1919, стр. 232, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1921, стр. 456, Гуляевъ, Русское гражданское право, 1911, стр. 420, Рязановскій, Лекціи по гражданскому праву, V, 1924, стр. 40; для прежняго времени—Кавелинъ, Право и обязанность по имуществамъ и обязательствамъ, 1879, стр. 400.

претаціей возможности не окажется. Оно касается обыкновенно всей области правъ наслѣдователя, устанавливая генеральное правопреемство, и создаетъ особую интимную связь между праводателемъ и правопреемникомъ. На все это, вмѣстѣ взятое, законъ реагируетъ созданіемъ спеціальныхъ требованій по адресу завѣщательнаго акта. Для завѣщанія предписана строгая форма, которая гарантировала бы, съ одной стороны, обдуманность акта, а съ другой, устраняла бы сомнѣнія въ принадлежности завѣщанія именно данному лицу. Къ свободѣ воли при совершеніи завѣщательнаго акта законъ особенно чувствителенъ [1]). Въ одномъ изъ старыхъ судебныхъ рѣшеній Англіи указывается: какова бы ни была степень здраваго ума, требуемая какъ для уголовной вмѣняемости, такъ и для способности къ совершенію юридическихъ актовъ, ко вступленію въ бракъ или дачѣ свидѣтельскихъ показаній, но самая большая степень необходима безъ сомнѣнія для завѣщательныхъ распоряженій [2]). Конечно, волевая свобода завѣщателя въ концѣ концовъ должна быть такая же, какъ у всякаго, вступающаго въ юридическія отношенія, но такъ какъ завѣщаніе составляется часто во время тяжкой болѣзни, на старости лѣтъ, въ предчувствіи смерти, то подлежитъ спеціальному контролю вопросъ о психическомъ здоровьи завѣщателя въ моментъ подписанія имъ завѣщанія.

Завѣщаніе должно исходить лично отъ наслѣдодателя, безъ участія повѣреннаго, какъ волеизъявленіе строго индивидуальное [3]). Допущеніе повѣреннаго вело бы къ возможности обойти строгія формы завѣщанія (участіе свидѣтелей и пр.), не давало бы необходимой увѣренности въ желаніи и способности наслѣдодателя составить данное завѣщаніе, въ данный моментъ.

Завѣщаніе, хотя и древняго происхожденія, но знаменуетъ собою извѣстную степень развитія личнаго самосознанія и правовыхъ представленій. Чѣмъ ниже въ культурномъ отношеніи народъ, тѣмъ рѣже встрѣчаются въ его средѣ завѣщанія. Въ Римѣ о нихъ упоминали еще 12 таблицъ: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, proximus adgnatus fami-

---

[1]) X т. I ч., ст. 1016: „Всѣ духовныя завѣщанія должны быть составляемы въ здравомъ умѣ и твердой памяти".

[2]) Слонимскій, Умственное разстройство, его значеніе въ правѣ гражданскомъ и уголовномъ, 1879, стр. 60.

[3]) Нѣкоторыя законодательства это оговариваетъ expressis verbis: BGB, § 2064, Пр. Гр. Ул., ст. 1381. Ст. 1036[1] X т. I ч. трактуетъ о нотаріальныхъ завѣщаніяхъ, но она распространяется и на всякое иное завѣщаніе, т. е. и на домашнее.

liam habeto, si adgnatus ne escit gentileš familiam habento. Въ нашемъ обиходѣ завѣщанія практикуются всего болѣе въ зажиточныхъ и интеллигентскихъ классахъ, но постепенно проникаютъ и въ народъ.

Какъ волевой актъ на случай смерти, завѣщаніе порождаетъ какія бы то ни было правоотношенія лишь съ момента delatio [1]). Оно ни въ чемъ не связываетъ составителя; пока завѣщатель въ состояніи дѣлать распоряженія, завѣщаніе можетъ быть имъ отмѣняемо вполнѣ или въ части. Это — свобода завѣщательныхъ распоряженій. Но свобода эта идетъ дальше, приводя къ недѣйствительности всякаго отказа завѣщателя въ самомъ завѣщаніи либо по особому обязательству отъ права отмѣнить или измѣнить завѣщаніе. Соглашеніе о неотмѣнимости завѣщанія отвергается, въ видѣ общаго правила, повсемѣстно, не исключая и тѣхъ странъ, гдѣ допускаются наслѣдственные договоры [2]).

Завѣщательное распоряженіе можетъ быть направлено на всякаго рода блага и пріобрѣтенія, безъ ограниченія. Если отмежевать завѣщанію исключительно область имущественныхъ отношеній, какъ то дѣлаютъ до сихъ поръ нѣкоторыя законодательства (и нѣкоторые юристы) [3]), то этимъ изъятъ будетъ изъ завѣщанія цѣлый рядъ распоряженій объ интеллектуальныхъ, нематеріальныхъ цѣнностяхъ, напр. объ авторскихъ правахъ, о сохраненіи памяти умершаго завѣщателя (способъ и мѣсто погребенія, установка памятника), о воспитаніи дѣтей, личныхъ опекахъ и т. д. и т. д. Пр. Гр. Ул., опредѣляя завѣщаніе, какъ распоряженіе

---

[1]) Ст. 991 X т. I ч. считаетъ нужнымъ предупредить, что духовныя завѣщанія, которыми имущество при жизни распоряжающагося укрѣпляется за другими лицами безповоротно, должны быть признаваемы дарственными актами (и, наоборотъ, дарственные, посредствомъ которыхъ имущество должно поступить къ другому не при жизни, а послѣ смерти дарителя принадлежатъ къ актамъ завѣщательнымъ).

[2]) Св. Приб., ст. 1983: „каждое завѣщаніе . . . . . какъ одностороннее изъявленіе воли, можетъ быть отмѣняемо завѣщателемъ, во всякое время, по его усмотрѣнію". По Code Civil, Код. Нап., 895, право отмѣны входитъ въ самый составъ опредѣленія понятія завѣщанія, также Čecho-Slov. § 562. См. BGB, Art. 2253, Пр. Гр. Ул., ст. 1380, Schw. ZGB, Art. 509.

[3]) Св. Приб., ст. 1981, Code Civil, Код. Нап., 895, Čecho-Slov. § 562, также Товстолѣсъ, Свобода завѣщательной воли по русскому праву въ различные періоды его развитія, Журн. Мин. Юст., 1902 г. № 8, стр. 107.

объ имуществѣ, имѣетъ въ виду, что „имущественныя распоряженія обыкновенно составляютъ наиболѣе существенное содержаніе завѣщаній“ [1]). Такого принципіальнаго невѣрнаго рѣшенія вопроса избѣжали законы Германіи и Швейцаріи, которые не замуровываютъ все завѣщательное право въ формы чисто имущественныхъ волеизъявленій. Завѣщаніе можетъ совершенно не касаться имущества: лицо, не обладающее никакимъ имуществомъ, не лишено права составить завѣщаніе [2]).

Всякое завѣщаніе касается правъ и обязанностей, почему нѣтъ завѣщательнаго распоряженія тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о какомъ-либо пожеланіи, которому самимъ завѣщателемъ не приданъ юридическій характеръ. Таковъ совѣтъ наслѣдникамъ вести себя хорошо, уважать другъ друга, порученіе относительно добраго обученія дѣтей и пр. [3]). Съ другой стороны, нельзя смѣшивать завѣщательное распоряженіе съ простымъ подтвержденіемъ въ завѣщаніи чьего-либо права, выраженнымъ въ формѣ предсмертнаго волеизъявленія: „заплатить такому-то причитающіяся ему деньги, вернуть имущество собственнику“. Здѣсь происходитъ не установленіе правъ въ лицѣ наслѣдника, а лишь признаніе существующихъ чужихъ правъ.

Какъ въ волеизъявленіи, въ завѣщаніи могутъ таиться пороки, лишающіе его дѣйствительности на общемъ основаніи:—существенная ошибка, обманъ, принужденіе. Законно заинтересованнымъ лицомъ, управомоченнымъ предъявить споръ объ этомъ, является тотъ, кому на пользу непосредственно идетъ уничтоженіе завѣщательнаго распоряженія [4]),

---

[1]) ст. 1379, абз. 1, Объясн., IV, 1903, стр. 114.

[2]) Наша судебная практика далеко не придерживается принципа „матеріальности“ завѣщанія, несмотря на 1010 ст. X т. I ч., находя опору въ томъ, что и самъ законъ неоднократно отступаетъ въ данномъ отношеніи въ сторону допущенія распоряженій, ничего общаго не имѣющихъ съ имуществомъ.

[3]) Эти распоряженія пишутся обыкновенно весьма пространно, отчего и объемъ завѣщанія выростаетъ. Рекордъ въ этомъ отношеніи побила, какъ сообщалось недавно, умершая въ началѣ 1926 г. въ Лондонѣ англичанка Кукъ: она оставила завѣщаніе въ четыре объемистыхъ тома, а писала его подрядъ семь лѣтъ передъ смертью.

[4]) См. BGB, §§ 2079, 2080, Пр. Гр. Ул., ст. 1385, Čecho-Slov., § 574, 579, 580. Въ интересахъ опредѣленности Пр. Гр. Ул. требуетъ, чтобы искъ былъ предъявленъ въ теченіе года съ того дня, когда заинтересованное лицо узнало о наличности основанія къ спору; также Schw. ZGB, Art. 469, Abs. 2.

Кто именно совершилъ обманъ, это еще менѣе важно въ завѣщаніи, ибо, какъ справедливо разсуждаютъ составители Пр. Гр. Ул., здѣсь двухъ сторонъ, какъ въ договорномъ правѣ, не имѣется. Существуетъ мнѣніе объ оспоримости завѣщанія также при томъ условіи, что не осуществились предположенія или ожиданія завѣщателя—irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nicht—Eintritts eines Umstandes (BGB). Дѣйствующее наше право такого широкаго права оспариванія не признаетъ: ошибка въ разсчетахъ завѣщателя не вліяетъ на судьбу завѣщанія, коль скоро нѣтъ существеннаго заблужденія въ лицѣ или самомъ правѣ. Лица, объявленныя недѣеспособными по душевной болѣзни или инымъ причинамъ, не вправѣ составлять завѣщаніе. Недѣйствительно завѣщаніе лица, находившагося при составленіи такового подъ вліяніемъ психическаго разстройства, старческой немощи, опьяненія либо другихъ подобныхъ состояній, исключающихъ возможность сознательной и эффективной воли (наркозы, гипнозы и прочія нервныя отравы). Отсутствіе у завѣщателя здраваго ума и твердой памяти при составленіи завѣщанія устанавливается всѣми данными и даже самимъ содержаніемъ завѣщанія. При наличности опеки по душевной болѣзни завѣщателя доказывать, что онъ былъ нормаленъ во время составленія завѣщанія, недопустимо [1]).

Какое значеніе имѣетъ завѣщаніе несовершеннолѣтняго,—вопросъ,

---

[1]) X т. 1 ч. ставитъ самоубійство завѣщателя въ рядъ съ душевной болѣзнью, стт. 1016 и 1017. Однако, основываясь на 1472 ст. прежняго Ул. о Нак., по которой лишившій себя жизни съ намѣреніемъ и не въ безуміи, сумасшествіи или временномъ отъ какихъ либо болѣзненныхъ припадковъ безпамятствѣ признается неимѣвшимъ права дѣлать завѣщательныя распоряженія, сенатъ разъяснилъ, что центръ тяжести здѣсь въ наказуемости самоубійства по уголовнымъ законамъ, а потому лишившій себя жизни въ состояніи психической ненормальности не можетъ быть названъ самоубійцей: рѣш. гражд. 1892 г. № 4, 1883 г. № 276. Въ настоящее время, съ введеніемъ въ дѣйствіе Угол. Улож., умалчивающаго о самоубійствѣ, какъ уголовно-наказуемомъ дѣяніи, Пр. Угол. Улож., Объясн., т. VI., 1895, 115, нѣтъ болѣе этого призрака старины, и завѣщаніе всякаго самоубійцы дѣйствительно по общимъ правиламъ, т е. коль скоро оно составлено въ нормальномъ состояніи умственныхъ способностей. Впрочемъ, Англія до сихъ поръ еще возлагаетъ на самоубійцу не только уголовныя кары лишенія христіанскаго погребенія, но и имущественное послѣдствіе—конфискацію всего достоянія, Stephen, The Summary af the criminal law, 1834, p. 145 ff.

рождающій споры. Римское право не отрицало завѣщательнаго права несовершеннолѣтняго, поощряя вообще завѣщанія (favor testamenti). Большинство современныхъ цивилистовъ также склонно признавать за несовершеннолѣтнимъ право завѣщанія. Нѣкоторые кодексы усваиваютъ отсталый взглядъ объ ограниченіи этого права распоряженіемъ лишь въ части имущества [1]). Въ рѣшительной формѣ противъ права несовершеннолѣтнихъ на составленіе завѣщанія высказывается Пр. Гр. Ул., приравнивая ихъ къ объявленнымъ недѣеспособными. „Если по мысли закона несовершеннолѣтній, такъ легко поддающійся постороннему вліянію, признается недостаточно зрѣлымъ для распоряженія недвижимымъ имуществомъ при жизни, то еще менѣе законъ можетъ признать такое лицо достаточно зрѣлымъ для распоряженій завѣщательныхъ, опредѣляющихъ судьбу наслѣдства на время жизни цѣлаго поколѣнія“ [2]). Эти разсужденія, конечно, безупречны на почвѣ дѣйствующаго нашего права, незнающаго особаго возраста наслѣдственной дѣеспособности, кромѣ общаго совершеннолѣтія. Вѣрно и то, что по строго личному характеру завѣщанія участіе въ немъ опекуновъ и попечителей не желательно. Однако, de lège ferenda слѣдуетъ дать возможность несовершеннолѣтнему, достигшему такого возраста—16—18 лѣтъ—, въ которомъ предполагается уже значительная степень сознательности, хотя и не совсѣмъ полной, выразить „послѣднюю волю“ о своихъ правахъ. Это тѣмъ болѣе справедливо, что при распоряженіяхъ на случай смерти несовершеннолѣтній ничего фактически не лишается, стало быть, по общему правилу о дѣеспособности несовершеннолѣтняго, права его въ этомъ случаѣ должны быть толкуемы льготно, въ его пользу.

Относительно завѣщательныхъ правомочій расточителя дѣйствующее наше право ограниченій не содержитъ, а высшіе государственные органы въ Россіи высказывались въ пользу расточителей, исходя изъ

---

[1]) По BGB съ достиженіемъ 16 лѣтъ пріобрѣтается право завѣщательнаго волеизъявленія неограниченное, § 2229, по Code Civil и Код. Нап.,—съ достиженіемъ 16 лѣтъ, половиной имуществъ, 903, по Schw. ZGB,—съ достиженіемъ 18 лѣтъ, безъ ограниченія, Art. 467. X т. 1 ч., ст. 1019, п. 1 и англійское право требуютъ совершеннолѣтія для всякаго завѣщательнаго распоряженія.

[2]) Объясн., IV, 1903 г., стр. 120. По Code civil, Код. Нап., 903 неполнолѣтній, достигшій 16 лѣтъ, можетъ распорядиться на случай смерти половиной своего имущества. по BGB § 2229 и Schw. ZGB Art. 467—неограниченно, съ достиженіемъ въ первомъ случаѣ 16 лѣтъ, во второмъ 18 лѣтъ. Contra X т. 1 ч., ст. 1019 и англійское право.

самой цѣли ограниченій дѣеспособности расточителя, имѣющихъ въ виду борьбу съ разорительными актами именно при жизни [1]). Французское право не ограничиваетъ расточителя въ правѣ распоряженій на случай смерти; напротивъ, германское право уподобляетъ въ этомъ отношеніи расточительность душевной болѣзни и запою. Воспрещаетъ расточителю составленіе завѣщанія также Пр. Гр. Ул. [2]). Главный стимулъ къ лишенію расточителей (привычныхъ пьяницъ, наркотиковъ) завѣщательной дѣеспособности черпается въ желаніи лишить ихъ возможности обойти запретъ при жизни путемъ составленія распоряженій на случай смерти. Это опасеніе значительно теряетъ въ своей силѣ, коль скоро принять во вниманіе возможность свободной отмѣны завѣщаній. Опасеніе не находитъ себѣ достаточнаго оправданія и въ дѣйствительности, не изобилующей случаями такого обхода. Поэтому основательнѣе допустить, что расточитель не лишенъ у насъ права составлять завѣщаніе, наравнѣ съ дѣеспособными лицами.

Форма завѣщанія.

Съ самыхъ древнихъ временъ завѣщательныя распоряженія дѣлались въ словесной формѣ. Въ древнемъ Римѣ введена была письменная форма, со свидѣтелями—testamentum septem signis signatum. Это завѣщаніе европейскимъ правомъ рецепировано не было, а церковь, смягчая суровости въ правѣ, облегчила и строгія требованія формы въ завѣщаніяхъ, тѣмъ болѣе имѣя нравственное основаніе это сдѣлать, что эти формальности главнымъ образомъ церкви и служили въ первыя времена. Французское право установило а) testament olographe, которое самимъ завѣщателемъ пишется и подписывается, б) testament par acte publique, дѣлаемое въ присутствіи двухъ нотаріусовъ и двухъ свидѣтелей или одного нотаріуса и четырехъ свидѣтелей и в) testament secret ou mystique, совершаемое путемъ передачи запечатаннаго пакета нотаріусу въ присутствіи шести свидѣтелей. Въ Германіи нормальный

---

[1]) Также часть юридической литературы: Шершеневичъ и др., см. рѣш. гражд. 1876 г. № 389.

[2]) Ст. 1384, BGB, § 2229. Св. Приб., ст. 1988 и прим. Contra Schw. ZGB, Art. 467, 16, Curti-Forrer, cit., S. 18. Гражд. Ул. б. Ц. Польск., перечисляя акты, воспрещенные расточителю, не включаетъ сюда завѣщательное распоряженіе, ст. 518, (также Code Civil Art, 513). Čecho-Slov. даетъ расточителю, какъ и страдающему запоемъ и злоупотребленіемъ нервными ядами, право распоряженія въ завѣщаніи лишь половиной имущества, остальное должно итти къ законнымъ наслѣдникамъ, § 577.

способъ составленія завѣщанія—это преимущественно публичный, путемъ передачи завѣщателемъ письменно или словесно своей воли судьѣ въ присутствіи судебнаго писаря либо нотаріусу въ присутствіи другого нотаріуса (писарь и второй нотаріусъ могутъ быть замѣнены двумя свидѣтелями). Во второй линіи идетъ въ Германіи домашнее собственноручное, олографическое завѣщаніе. Неполнолѣтніе и неумѣющіе читать написаннаго могутъ совершать лишь публичное завѣщаніе записью въ протоколъ словеснаго заявленія. Въ Швейцаріи обычное завѣщаніе — либо публичное, mit öffentlicher Beurkundung, при участіи нотаріуса или другого должностного лица и двухъ свидѣтелей, либо собственноручное, олографическое [1]). Въ Англіи, по правиламъ закона 1837 г., завѣщаніе пишется самимъ завѣщателемъ или, по его порученію, другимъ лицомъ съ участіемъ двухъ свидѣтелей—Will.

Дѣйствующее наше право знаетъ завѣщанія домашнія и нотаріальныя. Принимая во вниманіе слабое развитіе грамотности, обширныя разстоянія и малую доступность населенію оффиціальныхъ органовъ, законъ заботился объ упрощеніи домашняго завѣщанія, дабы сдѣлать его достояніемъ широкихъ круговъ. Домашнее завѣщаніе бываетъ у насъ собственноручное, съ участіемъ двухъ свидѣтелей, и несобственноручное, съ участіемъ трехъ свидѣтелей [2]). Завѣщаніе непре-

---

[1]) См. обо всемъ этомъ: Code Civil, Код. Нап., 969-980, BGB § 2231, Schw. ZGB, Art. 498-505. По Св. Приб., собственноручныя завѣщанія не требуютъ ни подписи свидѣтелей, ни подписи самого завѣщанія, другія завѣщанія должны быть подписаны завѣщателемъ и двумя свидѣтелями, ст. 2070 и сл., публичныя завѣщанія дѣлаются по правиламъ Нот. Полож., съ участіемъ трехъ свидѣтелей, ст. 2025 и сл. (о словесныхъ завѣщаніяхъ ниже).

[2]) X т. I ч. гласитъ, что достаточно двухъ свидѣтелей, когда въ ихъ числѣ есть духовный отецъ завѣщателя. Не ошибемся, если скажемъ, что это теперь потеряло свое значеніе въ виду равенства гражданъ передъ закономъ. Между прочимъ, по одному дѣлу о духовномъ завѣщаніи старымъ сенатомъ признано было, что духовнымъ отцомъ нельзя считать раввина, такъ какъ званіе духовнаго отца, „коему законъ даетъ въ сихъ случаяхъ большую передъ прочими вѣру, присвоено единственно лишь лицамъ духовнаго званія христіанскаго вѣроисповѣданія“. Опредѣленіе сената подтверждено было мнѣніемъ Государственнаго Совѣта, получившимъ Высочайшее утвержденіе 3 іюля 1852 г. Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта по гражданскимъ дѣламъ за 1852, 1853 и 1854 г. г., стр. 223

мѣнно подписывается самимъ завѣщателемъ, а если онъ не въ состояніи это сдѣлать по неграмотности или другимъ причинамъ, то рукоприкладчикомъ по просьбѣ завѣщателя, что и надлежитъ оговорить въ завѣщаніи [1]). Свидѣтели должны обладать общими качествами свидѣтелей по гражданскимъ дѣламъ, не принадлежать къ лицамъ, въ пользу которыхъ сдѣлано какое-либо распоряженіе въ завѣщаніи, или къ ихъ родственникамъ и свойственникамъ, къ душеприказчикамъ либо опекунамъ по завѣщанію [2]). Устраняетъ свидѣтельство заинтересованность прямая, напр., члена артели при завѣщаніи въ пользу послѣдней, но не косвенная (члена Управы при завѣщаніи съ назначеніями городу)[3]). Юридическая негодность свидѣтеля поражаетъ завѣщаніе, развѣ бы

---

[1]) По X т. I ч., несобственноручное завѣщаніе должно заключать еще и подпись того, кто писалъ завѣщаніе,—переписчика. Рѣш. гражд. 1910 г. № 34, 1908 г. № 17. Это требованіе, какъ по существу своему излишнее, не воспроизводится Пр. Гр. Ул. По дѣйствующему нашему закону не подписавшійся переписчикъ можетъ впослѣдствіи самъ явиться въ судъ и подтвердить фактъ своего участія, чѣмъ завѣщаніе сохранится въ силѣ, ст. 1049. Переписчикъ устраняется отъ свидѣтельства на завѣщаніи. „Нѣтъ законнаго основанія допускать соединеніе, въ одномъ лицѣ, переписчика и свидѣтеля, коихъ подпись по закону требуется раздѣльно", Высочайше-утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта, въ Сборникѣ таковыхъ за 1850—1851 г., стр. 279 и сл.

[2]) ст. 1054 X т. I ч. Воспрещено быть свидѣтелями при совершеніи завѣщанія родственникамъ лицъ, въ пользу которыхъ совершается завѣщаніе, до четвертой степени и свойственникамъ ихъ до третьей степени, когда завѣщаніе дѣлается не въ пользу прямыхъ наслѣдниковъ, вполнѣ или частью. Прямой наслѣдникъ—это ближайшій наслѣдникъ, который прямо и непосредственно, т. е. по закону и безъ завѣщанія является наслѣдникомъ умершаго праводателя, независимо отъ линіи или степени родства. X т. I ч., ст. 1054, п. 2, рѣш. гражд. 1915 г. № 62.

[3]) См. Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражд. права, 1912, стр. 827. Ректоръ университета не можетъ быть свидѣтелемъ завѣщанія, когда наслѣдникомъ или легатаріемъ назначается самъ университетъ, вопреки мнѣнію Шершеневича; не допускается свидѣтелемъ членъ правленія акціонерной компаніи при завѣщаніи въ пользу этой компаніи. Пріемлемо ли свидѣтельство церковнослужителя церкви, въ пользу которой составляется завѣщаніе? Думается, что нѣтъ. См., однако, Сборникъ Высочайше-утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта за 1852, 1853 и 1854 г. г., стр. 786 и сл.

имѣлись другіе свидѣтели въ потребномъ числѣ. Когда оказывается, что въ пользу свидѣтелей (или ихъ родственниковъ) сдѣланы завѣщательныя распоряженія, то, по мнѣнію многихъ юристовъ, принятому западными кодексами, считается ничтожнымъ не все завѣщаніе, а лишь самыя эти распоряженія[1]). Напротивъ, по другой точкѣ зрѣнія, преимущественно нашего дѣйствующаго права, отпадаетъ все завѣщаніе. И то и другое заключеніе имѣетъ за собою вѣскія соображенія. Часто несправедливо признать все завѣщаніе, порою многоцѣнное, недѣйствительнымъ вслѣдствіе фигурированія въ числѣ свидѣтелей одного изъ этихъ заинтересованныхъ лицъ. Но, съ другой стороны, не всегда возможно оставить въ силѣ завѣщаніе, удостовѣренное, напр., двумя или даже тремя подобными заинтересованными лицами, въ пользу которыхъ оставлена значительная часть имущества, съ тѣмъ, что лишь остатокъ, какъ маловажное назначеніе или легатъ, принадлежитъ другимъ лицамъ (быть можетъ, даже подставнымъ). Именно исходя изъ этихъ сомнительныхъ положеній, наша судебная практика и поражала не отдѣльныя завѣщательныя распоряженія въ пользу свидѣтелей, а завѣщаніе въ совокупности[2]). De lege ferenda все же предпочтительна недѣйствительность только отдѣльныхъ распоряженій съ предоставленіемъ суду, въ исключительныхъ случаяхъ, по соображеніи конкретнаго вліянія заинтересованности на достовѣрность завѣщанія, уничтожать и все завѣщаніе.

Свидѣтели удостовѣряютъ подлинность и сознательность воли завѣщателя, содержаніе завѣщанія можетъ быть имъ неизвѣстно.

Въ свидѣтели допускается и неграмотное лицо, разъ его избралъ завѣщатель, за такое лицо подпись дѣлается, по его просьбѣ, другимъ. Contra сенатъ, допускающій—безъ достаточнаго основанія—лишь рукоприкладство за такого свидѣтеля, который временно лишенъ возможности владѣть рукой[3]). Не имѣетъ значенія то, что подпись свидѣтеля сдѣлана не подъ текстомъ, а въ серединѣ текста: причины замѣченной непослѣдовательности могутъ быть разъяснены дозволеннымъ законами способомъ, и, если не возникаетъ сомнѣнія, нѣтъ надобности опорчивать завѣщаніе[4]).

---

[1]) BGB § 2235, Пр. Гр. Ул., ст. 1396, Schw. ZGB, Art. 503, Abs. 2, Čecho-Slov., § 598.

[2]) См. Пр. Гр. Ул., Объясн., IV, 1903 г., стр. 150 и сл.

[3]) Рѣш. гражд. 1889 г. № 45, см. однако ст. 1048 X т. I ч., конецъ.

[4]) Рѣш. гражд. 1894 г. № 38. Въ дѣлѣ, дошедшемъ до сената, завѣщаніе скрѣплено было свидѣтелями, а затѣмъ

Завѣщатель передаетъ завѣщаніе свидѣтелямъ къ подписи лично и отнюдь не можетъ посылать его для этой цѣли черезъ другихъ [1]). По англійскому праву, во многомъ сходному съ нашимъ—что касается формы завѣщаній, свидѣтели должны вмѣстѣ присутствовать при удостовѣреніи завѣщанія, дабы они всѣ могли констатировать подлинность завѣщанія и сознательность завѣщателя въ данный моментъ. То же предписываетъ Св. Приб. [2]). Этотъ взглядъ, не лишенный теоретической обоснованности, отвергнутъ нашей практикой[3]). Мысль та, что такое требованіе чрезмѣрно стѣснило бы составленіе завѣщанія, въ то время, какъ подача завѣщанія порознь каждому свидѣтелю и легче осуществима и удобнѣе.

Соединимы ли въ завѣщаніи роли переписчика, рукоприкладчика и свидѣтеля? По этому поводу содержатъ постановленія нѣкоторыя законодательства. Такъ, Св. Приб.[4]), не разрѣшаетъ быть свидѣтелемъ рукоприкладчику (не писцу). Пр. Гр. Ул. дозволяетъ писавшему завѣщаніе рукоприкладство или свидѣтельство. Čecho-Slov. [5]) ничего не имѣетъ, чтобы переписчикъ (Schreiber) былъ свидѣтелемъ. Дѣйствующій нашъ законъ не дозволяетъ переписчику быть ни рукоприкладчикомъ, ни свидѣтелемъ, а рукоприкладчику—быть свидѣтелемъ. Отдѣльность переписчика, рукоприкладчика и свидѣтеля, какъ разъясняетъ сенатъ, должна служитъ весьма важнымъ препятствіемъ къ подлогамъ [6]). Между тѣмъ, если вѣрно, что рукоприкладчикъ не долженъ быть свидѣтелемъ, то нѣтъ принципіальныхъ препятствій къ допущенію переписчика въ свидѣтели или рукоприкладчики. Такъ, именно, разрѣшаетъ вопросъ Пр. Гр. Ул.[7]).

добавленъ былъ новый текстъ, который подписанъ былъ завѣщателемъ, но безъ достаточнаго числа свидѣтелей. Дѣйствительно ли такое завѣщаніе? Думается, что нѣтъ, вопреки мнѣнію сената, такъ какъ новый текстъ есть по существу новое завѣщаніе. Но общія разсужденія сената въ этомъ дѣлѣ о послѣдовательности подписей вполнѣ пріемлемы.

[1]) Напр., черезъ прислугу, см. рѣш. гражд., 1906 г. № 102, въ которомъ разъяснено, что свидѣтели должны „лично видѣть завѣщателя“.

[2]) Стт. 2068, 2075.

[3]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 322, въ которомъ высказано, что законъ не требуетъ, чтобы предъявленіе завѣщанія всѣмъ призываемымъ свидѣтелямъ совершалось одновременно.

[4]) Ст. 2072.

[5]) § 588.

[6]) Рѣш: гражд. 1908 г. № 17, см. X т. I ч., ст. 1048,

[7]) Ст. 1389.

Домашнее завѣщаніе можетъ быть написано и не на государственномъ языкѣ, лишь бы оно было разборчиво [1]). Оно можетъ быть напечатано, писано на пишущей машинѣ и даже карандашемъ. Несобственноручное завѣщаніе, если оно состоитъ изъ нѣсколькихъ листовъ, скрѣпляется по листамъ завѣщателемъ или рукоприкладчикомъ. Подчистки, исправленія и прибавки оговариваются передъ подписью завѣщателя или рукоприкладчика [2]). Небрежный видъ завѣщанія, самъ по себѣ, на его дѣйствительности не отражается. Мало того, западное право, не въ примѣръ дѣйствующему у насъ закону, терпитъ завѣщанія на клочкахъ бумаги, на визитной карточкѣ, даже на тряпкѣ, положенной въ бутылку (матросомъ погибающаго въ морѣ корабля). Не вводитъ никакихъ рѣшительно стѣсненій въ этомъ отношеніи и Пр. Гр. Ул. [3]).

---

[1]) Ср. прим. къ ст. 145 X т. I ч., Св. Приб., ст. 2079, Пр. Гр. Ул., ст. 1388. Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта 5 апрѣля 1850 г. повелѣно было принимать завѣщанія, „составленныя домашнимъ порядкомъ на еврейскомъ языкѣ", Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта за 1850 — 1851 г., стр. 122.

[2]) Какова судьба неоговоренныхъ поправокъ, прибавокъ и т. д.? X т. I ч. ст. 1046[1] указываетъ, что эти исправленія ничтожны, развѣ бы сдѣланы были рукою самого завѣщателя. Но въ такомъ случаѣ завѣщатель можетъ исправить завѣщаніе и послѣ окончательнаго совершенія такового, вопреки всѣмъ строгостямъ завѣщательной формы. Первоначальный Проектъ Гражд. Улож., удерживая, въ общемъ, это правило, основывался на допускаемомъ имъ собственноручномъ завѣщаніи безъ свидѣтелей. Но окончательный Проектъ просто требуетъ,—ничего больше не добавляя,—чтобы подчистки, исправки и приписки были оговорены передъ подписью завѣщателемъ или рукоприкладчикомъ за него, ст. 1394; ср., ст. 55 кн. IV, изд. 1903 г.

[3]) X т. I ч., ст. 1045 разрѣшаетъ писать завѣщаніе на „всякой" бумагѣ, даже „почтовой", но все же требуетъ, чтобы бумага состояла изъ двухъ половинокъ; то же предписываетъ Сенатъ, категорически, въ рѣш. гражд. 1910 г. № 15, по изслѣдованіи исторіи происхожденія ст. 1045. Въ основѣ лежитъ боязнь злоупотребленій путемъ отрывовъ полулистовъ съ другимъ текстомъ. По существу требованіе закона излишне ограничительное и несправедливое. Законъ не колебался въ той же статьѣ,—прим., создать для мусульманъ, жителей Закавказья, „привиллегію", нынѣ, впрочемъ, потерявшую всякое значеніе, составленія завѣщанія" и на одной половинѣ цѣлаго листа или полулиста". Приведенная статья закона признаетъ недѣйствительными завѣщанія, писанныя на

Домашнее завѣщаніе у насъ дозволяется вносить на храненіе оффиціальному органу (нотаріусу), въ чемъ выдается росписка или составляется актъ.

Нотаріальное завѣщаніе совершается завѣщателемъ у нотаріуса въ присутствіи трехъ свидѣтелей, допускаемыхъ по закону въ таковые при составленіи домашнихъ завѣщаній. Завѣщателю выдается выпись изъ подлиннаго завѣщанія Въ остальномъ къ совершенію нотаріальныхъ завѣщаній примѣняются правила, установленныя для актовъ нотаріальныхъ вообще (о двойномъ чтеніи, выраженіи завѣщателемъ согласія при этихъ чтеніяхъ, особенно второмъ, о подписи завѣщателя и свидѣтелей въ актовой книгѣ). Подлиннымъ признается завѣщаніе, внесенное въ актовую книгу. Выпись изъ нея, выдаваемая при свидѣтеляхъ, въ томъ расписывающихся, равносильна по юридическому значенію подлиннику. Но въ случаѣ несходства преимущество отдается подлиннику, насколько въ немъ не окажется въ сомнительныхъ мѣстахъ подчистокъ и поправокъ, надлежащимъ образомъ не оговоренныхъ. Выписи и копіи нотаріального завѣщанія при жизни завѣщателя выдаются только ему самому или повѣренному, уполномоченному на то довѣренностью; другія лица не могутъ имѣть въ томъ законнаго интереса до открытія наслѣдованія [1]). Завѣщаніе, не признанное нотаріальнымъ, не теряетъ силы домашняго, коль скоро при совершеніи его соблюдены правила, установленныя для домашнихъ завѣщаній [2]). При этомъ подпись нотаріуса считается равносильной свидѣтельству, если удовлетворяетъ условіямъ свидѣтельства по завѣщанію, она же замѣняетъ подпись переписчика, который въ такомъ случаѣ не нуженъ [3]).

Кромѣ завѣщаній общей формы существуютъ завѣщанія, совершаемыя при исключительныхъ условіяхъ—опасности, поспѣшности, отдаленности мѣста составленія и проч. Еще въ древнемъ Римѣ milites, ко-

---

отрывкахъ листа или клочкахъ бумаги. Въ одномъ изъ болѣе раннихъ разъясненій, рѣш. гражд. 1880 г. № 269 сенатъ призналъ недѣйствительность безусловной „лишь въ случаѣ написанія завѣщанія на отрывкахъ и клочкахъ“, не придавая такого значенія отсутствію цѣлаго второго листа. Ср. широкій взглядъ по этому предмету въ Св. Приб., ст. 2078.

[1]) Стт. 1036—1042 X т. I ч., стт. 1400, 1401 Пр. Гр. Ул.

[2]) Рѣш. гражд. 1899 г. № 101.

[3]) Рѣш. гражд. 1890 г. № 87, 1905 г. № 76. Въ этихъ рѣшеніяхъ сената заключаются неизбѣжныя уступки строгаго формализма въ пользу необходимости сохраненія силы завѣщанія.

торымъ приходилось пребывать въ постоянныхъ походахъ и военныхъ приготовленіяхъ, вправѣ были составлять завѣщанія, безъ соблюденія особой формы, quomodo velint, quomodo possint (testamentum militare). Нынѣ особенныя завѣщанія суть тѣ, которыя совершаются лицами, помѣщенными въ лечебныхъ заведеніяхъ, въ домахъ призрѣнія, въ мѣстахъ заключенія, въ карантинѣ, или находящимися въ походѣ, морскомъ плаваніи, а также тѣ, которыя дѣлаются нашими гражданами заграницей. Для этихъ категорій завѣщаній создаются льготныя правила, что касается свидѣтелей, рукоприкладчиковъ—begünstigte Testamente, nuncupative will, либо же предусматривается особый порядокъ признанія таковыхъ публичными, съ участіемъ оффиціальныхъ или неоффиціальныхъ лицъ, находящихся въ вѣдомствѣ, гдѣ пребываетъ завѣщатель. При этомъ подобныя завѣщанія носятъ обыкновенно временный характеръ, сохраняя силу до наступленія нормальныхъ условій и нормальнаго положенія. По BGB, при задержкѣ въ какомъ-либо мѣстѣ по случаю возникшей эпидеміи, общихъ заболѣваній либо по другимъ чрезвычайнымъ событіямъ, а также при возникновеніи опасенія наступленія смерти прежде, чѣмъ возможно будетъ совершить завѣщаніе въ судѣ или у нотаріуса, завѣщатель вправѣ testieren передъ представителемъ общины—Gemeindevorsteher—и двумя свидѣтелями. Такое завѣщаніе теряетъ силу по истеченіи трехъ мѣсяцевъ послѣ исчезновенія этихъ специфическихъ обстоятельствъ, если завѣщатель еще находится въ живыхъ [1]). Во Франціи завѣщанія лицъ, имѣющихъ отношеніе къ арміи и флоту и находящихся внѣ страны въ походѣ, мобилизаціи и пр., а также тѣхъ лицъ, которыя оказываются отрѣзанными отъ сообщенія по причинамъ общей заразительной болѣзни, совершаются соотвѣтственнымъ fonctionaire, j'uge de paix или officier municipal и теряютъ силу черезъ шесть мѣсяцевъ послѣ возвращенія завѣщателя въ условія возможности совершенія обыкновеннаго завѣщанія. Льготы въ отношеніи формы для завѣщателей, находящихся въ морскомъ путешествіи, на казенныхъ судахъ, по существу также временныя [2]). Въ Св. Приб. предусмотрѣны привиллегированныя завѣщанія, дѣйствительныя и безъ свидѣтелей, если послѣдніе не могли быть приглашены завѣщателемъ или же если завѣщанія составлены на военной службѣ, во время похода, общихъ опасностей и бѣдствій (военныхъ дѣйствій), или

---

[1]) § § 2249—2252.

[2]) Code Civil, Art., 981 и сл., Loi 14 Decembre 1923, см. Dalloz, Code Civil, 1926, p. 59, Код. Нап., стт. 985—988.

проживающими далеко отъ центра недостаточными людьми [1]). Дѣйствующее наше право знаетъ особыя формы для военно-походныхъ завѣщаній, для военно-морскихъ, составляемыхъ на военномъ кораблѣ, и для военно-госпитальныхъ [2]). Заграницей нашъ гражданинъ въ состояніи сдѣлать завѣщаніе либо по нашимъ законамъ, либо по законамъ страны, гдѣ отъ находится. Совершенное по нашимъ законамъ завѣщаніе, явленное въ нашемъ консульствѣ, считается нотаріальнымъ, 1921. (При явкѣ

---

[1]) стт. 2090 — 2092, Тютрюмовъ, Гражданское право стр. 498.

[2]) X т. I ч., ст. 1071: „Когда войска находятся въ походѣ за границею, тогда завѣщанія военныхъ чиновниковъ и другихъ, при арміи служащихъ, могутъ быть совершаемы въ полковыхъ и другихъ военно-походныхъ канцеляріяхъ, гдѣ они и должны быть явлены и записаны. Таковыя завѣщанія получаютъ силу нотаріальныхъ. Ст. 1072: „Духовныя завѣщанія, сдѣланныя на военномъ кораблѣ или другомъ казенномъ суднѣ во время похода, могутъ быть отданы на сохраненіе начальнику сего корабля или судна, или старшему по немъ, вмѣстѣ съ другимъ офицеромъ или чиновникомъ; если же они и составлены съ вѣдома означеннаго начальства, то получаютъ силу нотаріальныхъ". Ст. 1075: „Духовныя завѣщанія, въ походѣ и на кораблѣ учиненныя, должны быть подписаны завѣщателемъ и тѣми, кому отданы на сохраненіе". Ст. 1076: „Если завѣщатель не умѣетъ писать, или не можетъ подписать, то о семъ должно быть упомянуто въ рукоприкладствѣ на самомъ завѣщаніи". О завѣщаніяхъ госпитальныхъ см. ст. 1088 (достаточна подпись дежурнаго врача или ординатора и дежурнаго офицера).—Въ этихъ статьяхъ не заключается собственно облегченій сравнительно съ обыкновенными домашними завѣщаніями, не говоря уже о томъ, что каждая статья спорна и неясна. Можно даже думать, что тутъ имѣются въ виду нѣкоторыя льготы завѣщаніямъ, въ качествѣ публичныхъ,—и только. Въ самомъ началѣ міровой войны въ Россіи требовали немедленныхъ реформъ для этого рода завѣщаній, даже въ порядкѣ 87 ст. Осн. Законовъ (Позняковъ, testamentum militare, 1915, стр. 16), но эти призывы остались гласомъ вопіющаго въ пустынѣ. Пр. Гр. Ул. для домашнихъ завѣщаній лицъ, находящихся въ лазаретахъ, больницахъ и пр., въ богадѣльняхъ, въ мѣстахъ заключенія и карантинахъ требуетъ лишь одного свидѣтеля, коль скоро имъ является оффиціальное лицо установленія, гдѣ находится завѣщатель (это можетъ быть даже сестра милосердія), а при перевозкѣ больныхъ и раненыхъ во время военныхъ дѣйствій свидѣтелями или рукоприкладчиками могутъ быть также командиръ и комиссаръ военно-санитарнаго транспорта, ст. 1403.

должны быть соблюдены общія правила, установленныя для совершенія нотаріальныхъ завѣщаній, съ удостовѣреніемъ личности завѣщателя и засвидѣтельствованіемъ, что завѣщаніе дѣйствительно имъ составлено и подписано, но съ выдачей на руки подлиннаго завѣщанія, а не выписи)[1].

Особо стоитъ вопросъ о словесныхъ завѣщаніяхъ. Проблема допущенія словесныхъ завѣщаній, въ прежнее время опредѣленно разрѣшенная въ отрицательномъ смыслѣ, становится снова актуальной, особенно въ виду войны и революцій. Римское право съ его строгими формами, вообще, отказывалось признавать совершенное на словахъ завѣщаніе[2]. Римскій запретъ проникъ впослѣдствіи во всѣ законодательства, въ томъ числѣ и въ наше. X т. I ч. объявляетъ недѣйствительными „изустныя памяти“[3]. Завѣщательное распоряженіе настолько тѣсно связано у насъ съ письменной формой, что нельзя доказывать его свидѣтелями даже въ томъ случаѣ, когда былъ письменный актъ, погибшій впослѣдствіи, по причинѣ какого-либо внезапнаго бѣдствія. Само русское слово „завѣщаніе“ понималось, какъ предсмертное распоряженіе на письмѣ (Даль). Возникавшія сомнѣнія по предмету возможности словесныхъ завѣщаній устранялись судебной практикой, безъ колебанія отвергавшей законность подобныхъ распоряженій на случай смерти. Между тѣмъ еще до войны словесное завѣщаніе извѣстно было, напр., Св. Приб.: послѣдній дозволяетъ изъявленіе воли „вполнѣ громко и явственно“ въ присутствіи двухъ свидѣтелей на понятномъ для нихъ языкѣ, которые должны дать показаніе въ судебномъ засѣданіи подъ присягой[4]. Такимъ образомъ по Св. Приб. это не исключительный, а одинъ изъ нормальныхъ типовъ завѣщанія. Въ томъ же духѣ разрѣшила вопросъ и Швейцарія, съ тѣмъ отличіемъ что: а) словесное завѣщаніе допускается лишь въ особыхъ обстоятельствахъ, какъ опасность смерти, эпидемія, военныя событія, прекращеніе сообщенія, и б) словесное завѣщаніе должно быть сейчасъ же изложено и подписано обоими свидѣтелями, между тѣмъ, какъ по Св. Приб. такая запись

---

[1]) X т. I ч., стт. 1077, 1078, рѣш. гражд. 1897 г. № 51 Уст. Консульскій, ст. 12 п. 4, Горяиновъ, Руководство для Консуловъ, 1903, стр. 569 сл., Пр. Гр. Ул., стт. 1404, 1405.

[2]) Оно допускало исключеніе только для завѣщательнаго распоряженія parentum inter liberos, т. е. въ пользу дѣтей (и вообще нисходящихъ) завѣщателя, когда таковое могло быть сдѣлано verbis, въ присутствіи двухъ свидѣтелей.

[3]) ст. 1023 X т. I ч., ср. рѣш. гражд. 1896 г. № 42, 1879 г. № 1.

[4]) стт. 2087, 2088.

только возможна, но не обязательна [1]). Въ предѣлахъ этихъ образцовъ представлялось бы желательнымъ и у насъ, de lege ferenda, дать возможность составить завѣщаніе словесно, когда прибѣгнуть къ письменности, по исключительныхъ условіямъ, оказывается рѣшительно невозможнымъ [2]).

Содержаніе завѣщанія.

Наслѣдодатель, будучи воленъ отдавать свои права, по усмотрѣнію, кому заблагоразсудится, иначе говоря, пользуясь свободой завѣщательныхъ распоряженій, обязывается, однако, почти повсемѣстно на Западѣ принимать во вниманіе опредѣленные, имущественные интересы близкихъ людей. Та часть наслѣдства, которой завѣщатель не можетъ произвольно лишить своихъ нисходящихъ, а также супруга и, съ ограниченіемъ, родителя, составляетъ т. наз. обязательную долю—Pflichtteil. Въ древнемъ правѣ обязательная доля—legitima pars bonorum—вытекала изъ семейной общности имущества и была связана съ понятіемъ patriapotestas и dominium. Нынѣ это просто необходимые наслѣдники, несущіе всѣ обязанности по наслѣдованію, платящіе наслѣдственные долги и проч. [3]). Обязательная доля обычно признается въ размѣрѣ половины той части, которая причиталась бы данному лицу при наслѣдованіи по закону [4]).

---

[1]) Schw. ZGB, Art. 506, 507. Допустило „private mündliche Erklärung des letzten Willens“ въ присутствіи трехъ свидѣтелей Čecho-Slov., § § 590, 591, въ видѣ общаго правила.

[2]) Въ древности изустная память была излюбленной формой предсмертныхъ распоряженій въ Россіи, въ виду отсутствія грамотности, причемъ свидѣтелями были послухи, обычно духовные отцы. Указомъ 1680 г. подтверждена была дѣйствительность словеснаго завѣщанія (Неволинъ, Синайскій). Впослѣдствіи появилось тяготѣніе къ сложной письменности, хотя развитіе грамотности шло и не очень быстро. Словесныя завѣщанія стали отвергаться главнымъ образомъ изъ опасенія злоупотребленій. Сторонниковъ такихъ завѣщаній открыто больше не появлялось. Въ послѣднее время за введеніе словеснаго совѣщанія высказался Синайскій, но въ очень скромныхъ границахъ, именно: для умирающаго воина въ больницахъ, госпиталяхъ и на поляхъ сраженія въ особенности, и то на невысокія суммы (Война и особыя завѣщанія, 1915 г., стр. 15, 23).

[3]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 1460, Codice civile, art 1027, 808—quota di eredità.

[4]) BGB, § 2303, Пр. Гр. Ул., ст. 1461. Другія законодательства варьируютъ эту норму. По Code Civil, Код. Нап., 1913,—отчужденія, дѣлаемыя по завѣщанію, не могутъ превы-

Устанавливается порядокъ полученія и исчисленія обязательной доли, а также условіе лишенія ея по распоряженію завѣщателя.

Ни Англія, ни наше дѣйствующее право не знаютъ обязательной доли. Въ первой завѣщательная свобода достигаетъ крайняго предѣла. По нашему дѣйствующему праву, эта свобода должна была быть ограничена институтомъ родовыхъ имуществъ, сыгравшимъ столь крупную роль въ прежнемъ правѣ и обреченнымъ на полное вымираніе въ настоящее время, въ виду несоотвѣтствія его новѣйшему правопорядку. Впрочемъ, и ранѣе раздавались голоса въ пользу уничтоженія института родовыхъ имуществъ, какъ основаннаго на отжившихъ представленіяхъ о собственности цѣлаго рода. Отмѣна тормозилась сознаніемъ отсутствія у насъ обязательной доли и необходимостью хоть чѣмъ-нибудь оградить право законныхъ наслѣдниковъ. На самомъ дѣлѣ институтъ родовыхъ имуществъ мало гарантировалъ ближайшихъ наслѣдниковъ и, съ другой стороны, надѣлялъ безъ надобности преимуществами родственниковъ, даже самыхъ отдаленныхъ лишь бы они принадлежали къ данному роду. Пр. Гр. Ул., вводя обязательную долю, не затруднялся въ отрицаніи института родовыхъ имуществъ и исключилъ его [1]).

шать половины имуществъ распорядителя, если послѣ его смерти остается только одно дитя, третьей части, если остаются двое, четвертой части, если ихъ трое или болѣе. Во Франціи законъ 25 марта 1896 г. распространилъ это право частично и на признанныхъ внѣбрачныхъ. По Гр. Ул. б. Ц. Польскаго, супругъ вправѣ претендовать на обязательную долю, въ размѣрѣ половины того, что ему причитается по закону, ст. 235. По французскимъ законамъ 9 марта 1891 и 29 апрѣля 1925 г. обязательная доля супруга зависитъ отъ наличности прямыхъ наслѣдниковъ и родителей и является либо пожизненнымъ владѣніемъ, если хоть одно изъ этихъ лицъ находится въ живыхъ, либо, въ противномъ случаѣ, собственностью, Code Civil, Art. 787, въ новой редакціи. Schw. ZGB отдаетъ въ Pflichtteil нисходящему три четверти его законной доли, родителю—половину, супругу—часть, зависящую отъ наличности другихъ законныхъ наслѣдниковъ, на четверть вправѣ претендовать также братья и сестры, Art. 471.

[1]) Законъ 3 Іюня 1912 г. нѣсколько расширилъ права завѣщателя въ отношеніи родовыхъ имуществъ. Нынѣ лицо, имѣющее нисходящихъ по прямой линіи, призываемыхъ по закону къ наслѣдованію въ родовомъ имѣніи, властно посредствомъ завѣщанія распредѣлить между ними свое родовое имущество (или часть его) либо предоставить его нѣкоторымъ либо одному изъ нихъ. Если этихъ нисходящихъ нѣтъ, соб-

То, что завѣщатель оставляетъ нерѣдко свое достояніе постороннему человѣку изъ привязанности, порою недостойной, къ послѣднему, изъ вражды, необоснованной, къ своимъ, обрекая даже супруга и дѣтей, проведшихъ съ завѣщателемъ весь вѣкъ, на нужду и исканіе общественной благотворительности,—изъ этого положенія, способнаго возмутить человѣческое чувство, давно и всюду искали выхода и ищутъ теперь. Въ той или иной степени къ устраненію этой безпорядочности въ семьѣ приводитъ „обязательная доля", но отнюдь не установленіе „родовыхъ имуществъ" или Прибалтійскихъ „наслѣдственныхъ имуществъ". Не взирая на всѣ трудности и сложности института обязательной доли, онъ является при настоящемъ состояніи завѣщательнаго права единственной возможной оградой противъ грубаго произвола завѣщателя въ отношеніи близкихъ ему лицъ.

Завѣщатель воленъ дѣлать всякаго рода распоряженія, на которыя управомоченъ собственникъ и обладатель правъ, не впадая, конечно, въ противорѣчіе съ закономъ, общественной моралью и общественнымъ порядкомъ: вещи и имущества передавать въ собственность, въ пожизненное владѣніе и на иномъ правѣ, съ условіями и сроками, по общимъ правиламъ объ условіяхъ и срокахъ, съ различнымъ стѣсненіемъ правъ получателя. Условіе и здѣсь можетъ быть не только отлагательное, но и отмѣнительное, иллюстраціей чего является завѣщаніе мужемъ женѣ недвижимости, съ тѣмъ, что она теряетъ завѣщанное, если вступитъ въ новый бракъ [1]). Неограниченъ завѣщатель и въ отношеніи объема и вида распоряженій правами требованія по обязательствамъ и пр. Завѣщатель въ состояніи наложить свое veto на право распоряженія наслѣдника завѣщаннымъ имуществомъ. Противъ этого возра-

---

ственникъ вправѣ завѣщать родовое имущество, по своему усмотрѣнію, какому либо члену того же рода. Супругу родовое имущество можетъ быть оставлено завѣщаніемъ въ пожизненное владѣніе. За установленными въ законѣ изъятіями, родовыя имущества не подлежатъ распоряженію по завѣщанію, стт. 1068, 1068[1] 1068[2], 1070. Прибалтійское право усвоило институтъ наслѣдственныхъ имуществъ, распоряжаться которыми на случай смерти дозволяется лишь съ согласія ближайшихъ законныхъ наслѣдниковъ, призываемыхъ къ наслѣдованію въ этомъ имуществѣ, Св. Приб., ст. 969, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1921, стр. 478.

[1]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 21. Противъ этого возражаетъ неосновательно Шершеневичъ, Учебникъ гражд. права, 1921, стр. 821, исходя изъ псевдо-раціоналистической предпосылки, что право собственности, разъ пріобрѣтенное, не подлежитъ будто бы никакому повороту.

жаютъ указаніемъ на то, что коль скоро право собственности перешло къ наслѣднику, оно подлежитъ уже дальнѣйшему воздѣйствію со стороны воли прежняго собственника („изъ—за гроба нѣтъ голоса"). Однако, такая возможность прямо вытекаетъ изъ существа правомочій собственника, не контролируемаго въ своемъ правѣ передавать свое имущество на какихъ—угодно условіяхъ и основаніяхъ. Вполнѣ реально и правомѣрно завѣщательное распоряженіе подъ резолютивнымъ условіемъ, что наслѣдникъ не имѣетъ права ни продать, ни заложить имущество, а можетъ пользоваться доходами съ послѣдняго, съ установленіемъ срока дѣйствія такого ограниченія или безъ этого [1]). Также допустимо—это не вызываетъ споровъ—такъ называемое возложеніе—Auflage, которое болѣе всего встрѣчается именно въ завѣщаніяхъ. Между тѣмъ, какъ мы видѣли ранѣе, въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ Auflage, и не будучи условіемъ въ строгомъ смыслѣ, въ состояніи привести при неисполненіи къ прекращенію права, подобно отмѣнительному условію [2]). Обычно завѣщатель все же фиксируетъ срокъ, въ теченіе котораго должна дѣйствовать ограничительная клаузула. Пр. Гр. Ул. предписываетъ даже, чтобы такой срокъ непремѣнно былъ указанъ въ самомъ распоряженіи и при томъ въ предѣлахъ жизни завѣщателя. При этомъ въ случаѣ настоятельной необходимости, напр., въ случаѣ пожара, требующаго отстройки и пр., суду предоставляется дозволить наслѣднику продать или заложить имущество ранѣе срока [3]). Дѣйствующему нашему праву неизвѣстны ни обязательные сроки такого стѣсненія правъ наслѣдника, ни право суда сокращать установленный въ завѣщаніи подобный срокъ.

Всѣ тѣ оговорки, которыя недопустимы по общему закону, какъ посягающія на право личности и самоопредѣленіе индивидуума, негодны и въ качествѣ завѣщательнаго матеріала. Непозволительны, поэтому, inter cetera: условіе объ ограниченіи свободы завѣщательныхъ распоря-

---

[1]) Примѣч. къ ст. 1011 X т. V ч., рѣш. гражд. 1902 г. № 112, 1869 г. №№ 816, 1334, Пр. Гр. Ул., ст. 1410.

[2]) Таково довольно странное „возложеніе", сдѣланное въ завѣщаніи однимъ италіанскимъ ученымъ, изслѣдователемъ вулкана Везувія, обязавшимъ назначенныхъ имъ наслѣдниковъ сейчасъ же послѣ его смерти бросить гробъ съ его останками въ Везувій. Очевидно, нельзя добиваться исполненія такого „возложенія", но, съ другой стороны, неисполненіе такового должно влечь за собою отпаденіе завѣщательнаго наслѣдованія.

[3]) ст. 1410. По BGB всѣ ограниченія обремененнаго наслѣдника отпадаютъ съ его смертью, ср. § § 2192 и 2181-

женій, пунктъ о неоспариваніи завѣщанія, какъ стѣсняющій право на судебную защиту, воспрещеніе домогаться своей доли отъ душеприказчика[1]). Условіе о невступленіи въ бракъ имѣетъ юридическое значеніе и законную силу, если съ нимъ связаны важные имущественные, личные или общественные интересы (о чемъ рѣчь уже была), когда оно касается овдовѣвшаго супруга, получившаго имущество, когда оно ограничиваетъ супруга на время несовершеннолѣтія осиротѣвшихъ дѣтей. Серьезность распоряженія нарушается условіями, ставящими надѣляемое лицо въ смѣшное положеніе, предписывающими какія-либо несообразности, нелѣпости и являющимися результатомъ непозволительнаго „самодурства", завѣщателя, какъ напр., приказъ о помѣщеніи на памятникѣ умершаго надписи съ явной безсмыслицей, „завѣтъ" о содержаніи своры никому ненужныхъ собакъ. Все это обрекается на уничтоженіе по отсутствію истиннаго, охраняемаго правомъ интереса. Не измѣняется ни въ чемъ въ отношеніи завѣщаній и общій тезисъ о дѣйствительности прочихъ распоряженій съ признаніемъ ничтожности одного или нѣсколькихъ, при условіи, что изъ содержанія или смысла всего волеизъявленія (завѣщанія) не вытекаетъ противоположное[2]).

---

[1]) Въ рѣш. гражд. 1871 г. № 945 сенатъ разъяснилъ, что лишеніе преемниковъ права прибѣгать къ судебной защитѣ есть ограниченіе, несовмѣстное съ общимъ духомъ законовъ. Но позднѣе, въ рѣш. гражд. 1881 г. № 17 признано было что завѣщатель, отказывая кому-либо часть своего имущества, подъ тѣмъ условіемъ, чтобы тотъ не спорилъ противъ завѣщанія, не дѣлаетъ никакого противозаконнаго распоряженія. Запретъ оспаривать завѣщаніе есть всегда нѣкоторое отрицательное отношеніе къ суду и препятствуетъ наслѣдникамъ въ судебномъ порядкѣ выяснить даже простое разномыслiе и сомнѣніе (въ подлинности завѣщанія и т. д.), онъ непомѣрно обременителенъ для наслѣдника, споръ котораго можетъ быть вполнѣ добросовѣстный. Справедливость требуетъ признать, что прежняя практика сената шла въ данномъ отношеніи болѣе правильнымъ путемъ.

[2]) См. рѣш. гражд. 1891 г. № 82, 1879 г. № 16, 1878 г. № 235 (сенатъ говоритъ о „неразрывной связи"), Пр. Гр. Ул., ст. 1407. По BGB, § 2085, недѣйствительны остальныя Verfügungen тогда, wenn anzunehmen ist, das der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Категорическое предписаніе Code Civil, Код. нап., 900 объ отпаденіи однихъ только недѣйствительныхъ условій (sont reputés non écrites), непріемлемо къ руководству въ качествѣ общей нормы столь же при завѣщаніяхъ, какъ и при другихъ воле-

Опредѣленія завѣщанія касаются правъ и лицъ: и то и другое должно быть означено въ завѣщаніи несомнительно и точно. Не можетъ быть предоставлено третьему лицу указаніе призываемыхъ къ наслѣдованію и назначеніямъ лицъ или подлежащихъ переходу правъ и имуществъ [1]). Отвергается завѣщаніе, по которому имущество передается въ распоряженіе третьяго лица (душеприказчика) для поступленія согласно волѣ завѣщателя, выраженной на словахъ. Но нѣтъ надобности, чтобы лицо или право было конкретно указаны, напр. наслѣдникъ по имени и фамиліи, если только по правиламъ герменевтики это удается выяснить на основаніи воли завѣщателя. Мало того, въ этомъ случаѣ могутъ быть принимаемы во вниманіе не только завѣщаніе, но и другіе документы и доказательства, не исключая и свидѣтельскихъ показаній [2]).

Необходимость индивидуализаціи наслѣдника въ завѣщаніи не означаетъ, что завѣщаніе безъ всякого назначенія наслѣдника не имѣетъ силы. Возможно завѣщательное распоряженіе не о призывѣ къ наслѣдованію а объ устраненіи наслѣдника, вопреки римскому праву, которое мыслило завѣщаніе, именно, какъ назначеніе наслѣдника. Устраненіе наслѣдника дѣлается съ цѣлью отдать его долю другому наслѣднику, по завѣщанію или закону, но нѣтъ надобности, чтобы это было выражено въ самомъ завѣщаніи. Сенатъ, воспротивившись устраненію въ завѣщаніи законнаго наслѣдника отъ наслѣдованія въ имуществѣ,

---

изъявленіяхъ (иногда „написанное перомъ не вырубишь топоромъ“).

[1]) Рѣш. гражд. 1886 г. № 42, 1879 г. № 1, BGB § 2065, Пр. Гр. Ул. Вообще, наша практика по справедливому замѣчанію Гинкула, О легатахъ, 1907 г., стр. 20, склоняется къ пониманію выраженія 1026 ст. X т. I ч. „точно означены“ въ смыслѣ „понятно означены“. Ср. Пр. Гр. Ул., стт. 1411, 1422, Čechо - Slov. § 564. Французское (и швейцарское) право объ этомъ предметѣ совершенно умалчиваетъ, имѣя въ виду общія начала завѣщательнаго права.

[2]) См. по этому поводу рѣшенія итальянскихъ судовъ въ изданіи T. Bruno, Codice Civile, 1905, p. 233.—Сенатъ преподалъ, что по смыслу первой половины 1026 ст. X т. I ч., недѣйствительность завѣщанія влечетъ лишь такая неточность „въ означеніи имуществъ завѣщаемыхъ и лицъ, коимъ оныя завѣщаны“, при которой судъ „изъ содержанія завѣщанія не найдетъ возможнымъ установить несомнительность воли завѣщателя въ отношеніи распредѣленія завѣщаемаго имущества“, рѣш. гражд. 1886 г. № 34. Но судъ у насъ, конечно, не связанъ, въ случаѣ спора, однимъ содержаніемъ самого завѣщанія.

никому не завѣщанномъ, руководствовался, повидимому, мотивами моральнаго свойства. На самомъ дѣлѣ въ такой эксгередаціи весьма трудно усмотрѣть какую-либо безнравственность. Не находитъ ея ни западное право, ни наша практика, изобилующая случаями прямого устраненія наслѣдниковъ въ посмертныхъ распоряженіяхъ. Такое право вытекаетъ изъ существа свободы волеизъявленій на случай смерти и ни въ какой мѣрѣ не противорѣчитъ идейной сторонѣ завѣщанія [1]).

Изъ правила о томъ, что призванный завѣщаніемъ наслѣдникъ долженъ существовать въ моментъ delatio, допускается рядъ исключеній, прежде всего въ томъ смыслѣ, что, принципіально, возможна замѣна одного завѣщательнаго наслѣдника другимъ. Такая замѣна происходитъ, въ первую очередь, въ томъ случаѣ, если назначенный наслѣдникъ не окажется въ живыхъ во время открытія наслѣдованія, и ведетъ къ наслѣдованію въ лицѣ наслѣдниковъ назначеннаго [2]). Переходъ правъ наслѣдника по завѣщанію, отпавшаго, до delatio, покоится на предполагаемой волѣ завѣщателя и имѣетъ смыслъ, разумѣется, лишь постольку, поскольку изъ завѣщанія не вытекаетъ иное, прямо или косвенно. Французское право, Прибалтійское и наше, по образцу римскаго, оказавшаго въ данномъ отношеніи сильнѣйшее вліяніе, устраняетъ мысль о всякой подобной замѣнѣ: si heres vivo testatore decesserit, paterfamilias intestatus moritur. У насъ въ этомъ случаѣ завѣщаніе, „какъ ничтожное по послѣдствіямъ, должно считаться недѣйствительнымъ“ [3]). Напротивъ, BGB допускаетъ указанную замѣну, но при условіи, если назначеннымъ является нисходящій завѣщателя и въ отношеніи нисходящихъ же назначеннаго, могущихъ стать на его мѣсто въ порядкѣ законнаго наслѣдованія. Не чужда такая замѣна и нѣкоторымъ другимъ

---

[1]) См.: contra—рѣш. гражд. 1903 г. № 28 и pro—Бѣляцкинъ, „Устраненіе наслѣдника въ завѣщательномъ распоряженіи“, Вѣстникъ Гражданскаго Права, 1913 г. № 2.

[2]) Ее также называютъ „трансмиссіей“, но этотъ терминъ болѣе примѣнимъ, по крайней мѣрѣ, на почвѣ дѣйствующаго нашего права, къ упомянутому выше переходу наслѣдственныхъ правъ къ наслѣднику наслѣдника послѣ, открытія наслѣдованія.

[3]) Рѣш. гражд. 1873 г. № 201. Св. Приб., ст. 2188, Code civil, Код. Нап., 1039, изъ новѣйшихъ проектовъ —Čecho-Slov., § 547. Сенатъ призналъ, что и при одновременной смерти завѣщателя и наслѣдника послѣдній не можетъ считаться пріобрѣвшимъ права по завѣщанію, рѣш. гражд. 1876 г. № 445.

кодексамъ, напр. Итальянскому, который, по мнѣнію большинства итальянскихъ юристовъ, допускаетъ ее въ отношеніи тѣхъ нисходящихъ наслѣдниковъ, которые имѣли бы право законнаго наслѣдованія, по началу jus representationis, къ самому завѣщателю[1]). Пр. Гр. Ул., признаетъ переводъ права наслѣдованія къ нисходящимъ всякаго умершаго do delatio наслѣдника по завѣщанію, безъ ограниченій, по тому соображенію, что не только когда завѣщаніе дѣлается въ пользу нисходящихъ, но и въ другихъ случаяхъ завѣщатель имѣетъ обычно въ виду эвентуальный переходъ и къ потомству назначеннаго[2]). Едва ли однако, можно согласиться съ той широкой трактовкой настоящаго вопроса, какая усвоена редакторами Пр. Гр. Ул. Разъ наслѣдникъ—постороннее лицо и его уже нѣтъ въ моментъ открытія наслѣдованія, справедливо предполагать, что завѣщатель его нисходящимъ предпочитаетъ своихъ собственныхъ наслѣдниковъ, быть можетъ, дѣтей. Другое дѣло, когда назначенный—десцедентъ; тогда презумпція въ пользу потомства наслѣдника вполнѣ умѣстна. Такая именно презумпція отвѣчала бы нуждамъ нашей реформы, съ тѣмъ, конечно, что завѣщатель имѣетъ возможность, при желаніи, совершенно устранить потомство назначеннаго, либо прямо, либо косвенно, путемъ назначенія другого наслѣдника.

Другой случай перехода наслѣдства къ иному завѣщательному наслѣднику, за отсутствіемъ назначеннаго при открытіи наслѣдованія, обусловливается не презумптивной, а прямой волей завѣщателя, что бываетъ тогда, когда послѣдній указываетъ, что при выбытіи наслѣдника, вслѣдствіе смерти до delatio или вслѣдствіе отреченія (не-принятія), въ права такового вступаетъ опредѣленное новое лицо: substitutio vulgaris, Folgeerbschaft, простой подставъ. Такое условное подназначеніе на случай отпаденія, передъ delatio, наслѣдника, не пріобрѣвшаго, значитъ, никакихъ правъ, настолько естественно и имѣетъ настолько raison d'être, что ни теорія, ни практика его не оспариваютъ и лишь нѣкоторыя законодательства находятъ нужнымъ еще упомянуть о немъ expressis verbis.

Замѣна наслѣдника по завѣщанію можетъ происходить въ такой формѣ, что наслѣдодатель назначаетъ кого-либо не эвентуальнымъ преемникомъ въ моментъ delatio, а наслѣдникомъ послѣ вступленія назначеннаго, другими словами, опредѣляетъ порядокъ дальнѣйшаго перехода наслѣдства къ другимъ субъектамъ. Это—фидеикомиссарная субституція, или субституція въ настоящемъ смыслѣ[3]).

---

[1]) См. Codice Civile, Art. 890, Bruno, cit., p., 248 s.
[2]) Ст. 1415, абз. 1, Объясненія, IV, 1903, стр. 209 и сл.
[3]) Nacherbeneinsetzung, Substitutions fideicummissaires, sos-

По Германскому праву допускается указаніе въ завѣщаніи лица, которое должно стать наслѣдникомъ послѣ того, какъ назначенный уже былъ наслѣдникомъ—nachdem zuhächst ein anderer Erbe geworden ist,—Nacherbe [1]). По Прибалтійскому праву, родители вправѣ назначить въ отношеніи оставляемаго ими наслѣдства правопреемниковъ къ своимъ дѣтямъ, если бы послѣднія умерли послѣ нихъ самихъ, еще не достигнувъ совершеннолѣтія или находясь въ умопомѣшательствѣ—substitutio pupilaris [2]).

Фидеикомиссарная субституція представляетъ собою особый институтъ (Menger называетъ его „аристократическимъ"), направленный къ поддержанію внѣшняго блеска родовитыхъ и имущихъ семействъ. Во Франціи фидеикомиссы уничтожены были во время Великой Революціи, въ 1792 г. Въ Пруссіи въ 1914 г. было 1300 фидеикомиссовъ. Конституція 1919 г. декретировала отмѣну фидеикомиссовъ въ Германіи. Французское право, по образцу римскаго, отвергаетъ фидеикомиссарную субституцію, также Пр. Гр. Ул. и наше дѣйствующее право [3]). Римское право въ своемъ чистомъ видѣ исходило изъ того, что нас-

---

tituzione fedecommissaria. См. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Ausgabe in drei Nationalsprachen, 1908, S. 220.

[1]) BGB, § 2100, также Schw. ZGB, Art. 488, 489, Čecho-Slov., § 611.
1921, стр. 484.

[2]) Св. Приб., ст. 2149, Тютрюмовъ, Гражданское право, 1921, стр. 484.

[3]) Прим. къ ст. 1011 X т. 1 ч., рѣш. гражд. 1912 г. № 75, 1879 г. № 78, 1869 г., № 1334. Завѣщательное распоряженіе съ этой субституціей ничтожно, даже если заинтересованными лицами не было вовсе предъявлено въ срокъ иска о признаніи недѣйствительнымъ содержащаго его завѣщанія въ соотвѣтственной части, рѣш. гр. 1913 г. № 62. Сенатская практика о субституціи, въ общемъ, встрѣтила откликъ сочувствія у всѣхъ русскихъ юристовъ, со стороны ея догматической правильности (Анненковъ, Шершеневичъ, Мейеръ, Побѣдоносцевъ, Гуляевъ, Синайскій, Тютрюмовъ). Только одинъ Рязановскій всталъ на защиту субституціи, утверждая, что дѣйствующимъ нашимъ закономъ „отнюдь не воспрещена субституція въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ и послѣднюю надлежитъ признать допустимой (и послѣ открытія наслѣдства)", Лекціи по гражданскому праву, в. V, 1924, стр. 66. Это мнѣніе—уникумъ симпатично по своему теоретическому замыслу, но наноситъ ущербъ буквѣ и смыслу дѣйствующаго закона.

лѣдникъ, легитимированный къ наслѣдству, не можетъ быть затѣмъ лишенъ своихъ правъ: semel heres, semper heres [1]). Нынѣ отрицательное отношеніе къ субституціи оправдываютъ опасеніемъ установленія путемъ послѣдовательныхъ субституцій порядка наслѣдственнаго перехода на долгія или даже вѣчныя времена (чего-то вродѣ маіората, какъ выразился сенатъ), что вредитъ обращаемости имуществъ и семейному согласію. [2]). Въ Россіи къ этому добавили еще то соображеніе (ошибочное по существу) что имущество, перейдя къ наслѣднику, становится наслѣдственнымъ, или родовымъ, и, стало быть, изъемлется изъ дѣйствія завѣщанія.

Устраненіе субституціи создаетъ положеніе, далекое отъ идеала завѣщательной свободы. Потребности въ фидеикомиссарной субституціи,

---

[1]) Римскій финдеикомиссъ первоначально носилъ иной характеръ, чѣмъ нынѣшніе фидеикомиссы. Въ Римѣ это былъ неторжественный актъ, наслѣдодатель поручалъ своимъ наслѣдникамъ довѣрительно дѣлать различныя выдачи, недѣйствительныя stricto jure. Самъ Августъ подалъ примѣръ точнаго исполненія фидеикомисса, возбудивъ вопросъ о его дѣйствительности въ средѣ юристовъ, которые высказались положительно. Муромцевъ, Гражданское право древняго Рима, 1883 г., стр. 522. Первоначальнс включаемые въ кодициллы, т. е. въ неформальныя завѣщательныя распоряженія, фидеикомиссы потомъ стали входить и въ завѣщанія. Фидеикомиссъ, по содержанію, направлялся къ тому, чтобы наслѣдникъ передалъ другому лицу все наслѣдство, часть его, либо отдѣльное право. Фидеикомиссъ облегчалъ наслѣдованіе лицамъ, которымъ stricto jure таковое не разрѣшалось, и давалъ возможность обойти сложныя формальности завѣщательнаго волеизъявленія, путемъ составленія кодицилловъ. Фидеикомиссъ обращался часто не только къ наслѣднику по завѣщанію, но и къ наслѣднику по закону, чѣмъ устранялось ригористическое дѣйствіе другого римскаго начала о недопустимости одновременнаго наслѣдованія по закону и по завѣщанію (см. дальше). Фидеикомиссъ впослѣдствіи оказался излюбленнымъ институтомъ для римлянъ: косвенно онъ открывалъ двери для неограниченной субституціи. Муромцевъ, ib., также стр. 523 и прим. Наслѣдственные фидеикомиссы, изложеннаго римскаго содержанія съ нѣкоторыми лишь отступленіями, удержаны Св. Приб., ст. 2317 и сл. Bunge, Das lif—und estländische Privatrecht, 2, 1848, §§ 401 и 402.

[2]) См. Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 182. См. также Азаревичъ, Свобода и ограниченіе духовныхъ завѣщаній, Журн. Гр. и Уг. Права, 1889 г., кн. VIII, стр. 101 и сл.

весьма реальныя, удовлетворяются часто обходными путями, иногда — пожизненнымъ пользованіемъ, иногда институтомъ полномочныхъ, вродѣ англійскаго trustee или нашего душеприказчика и пр. Но все же и самыя субституціи въ жизни — явленіе распространенное, что видно изъ нашей практики, ведущей „борьбу“ съ этимъ институтомъ. На вопросъ, желательна ли у насъ (de lege ferenda) эта субсйстуція, отвѣтъ не можетъ быть иной, какъ только положительный. Опасеніе „маіоратовъ“ или чего либо подобнаго устраняется ограниченіемъ этой субституціи однимъ только подназначеніемъ, безъ права дальнѣйшихъ назначеній, что для практики было бы вполнѣ достаточно [1]). Не имѣетъ рѣшающаго значенія ссылка на сложность данной субституціи, такъ же, какъ и историческая традиція, навѣянная старымъ римскимъ правомъ. Фактически, нѣкоторое частное примѣненіе лежащаго въ основѣ простой субституціи принципа практика вынуждена была сдѣлать, признавъ, напр., завѣщаніе съ предоставленіемъ наслѣдства женѣ, а по выходѣ ея замужъ—дѣтямъ завѣщателя. Въ качествѣ справедливой нормы правило это воспроизводитъ Пр. Гр. Ул. въ спеціальной статьѣ, указывая, что у жены можетъ образоваться другая семья, чуждая завѣщателю, и т. д. [2]). Но почему нельзя распорядиться о переходѣ наслѣдства къ дѣтямъ завѣщателя послѣ смерти вдовы (у которой могутъ быть свои дѣти, также чуждыя завѣщателю)? Это остается неразгаданной загадкой закона [3]).

---

[1]) Ср. Schw. ZGB. Art. 449, Abs. 2. Такъ назыв. фамильный фидеикомиссъ, въ силу котораго завѣщатель устанавливаетъ неотчуждаемость имущества и переходъ такового по наслѣдству въ своей семьѣ до прекращенія ея или до иного имъ указаннаго предѣла, болѣе не разрѣшается Schw. ZGB, Art. 335, Abs 2. Curti—Forrer, cit., S. 281. Безконечное назначеніе послѣдовательныхъ наслѣдниковъ отвергаетъ Германскій законъ. Также англійское право, допуская субституцію, противится созданію безмѣрнаго числа of successive interests, при чемъ ограниченія здѣсь еще болѣе серьезны, чѣмъ по германскому праву, См. Schuster, The principles of german law, 1907, p. 607.

[2]) Ст. 1417, Объясненія, IV, 1903 г. стр. 212. Въ сущности это не что иное, какъ Nacherbe, § 2100 BGB.

[3]) Въ завѣщаніи съ субституціей, по разъясненію сената, отпадаетъ только подназначеніе, рѣш. гражд. 1882 г. № 130, что не всегда правильно, такъ какъ весьма нерѣдко завѣщатель, зная о недѣйствительности субституціи, иначе распорядился бы наслѣдствомъ, напр., при завѣщаніи въ пользу сожительницы съ субституціей своихъ нисходящихъ. Если наслѣдникъ умеръ до открытія наслѣдованія, то субститутъ

Наконецъ, къ общему роду замѣны, въ качествѣ вида, относится т. наз. право наслѣдственнаго приращенія, находящее свое выраженіе въ томъ, что доля отпавшаго наслѣдника по завѣщанію присоединяется къ долямъ другихъ дестинатаріевъ. Это право предполагаетъ, что часть завѣщаннаго наслѣдства осталась почему-либо совершенно вакантной и не предназначается никому [1]), по вульгарной субституціи или иному основанію. При наличности всего этого вакантная квота поступитъ не къ наслѣдникамъ по закону, а къ сонаслѣдникамъ по завѣщанію, съ активомъ и пассивомъ, каждому соотвѣтственно его собственной квотѣ. Дѣйствующему нашему праву незнакомо право приращенія, какъ таковое. Но, разумѣется, оно можетъ и у насъ быть выведено изъ завѣщательной воли, не только прямо, но и косвенно, по конкретному содержанію завѣщанія.

Принципъ наличности наслѣдника по завѣщанію въ моментъ delatio теоретически нарушается назначеніемъ наслѣдникомъ юридическаго лица, имѣющаго быть учрежденнымъ лишь впослѣдствіи. Абстрактно-юридически недопустимо завѣщаніе въ пользу благотворительнаго учрежденія, долженствующаго быть созданнымъ на чьи-либо средства вообще или на средства, оставляемыя для этого самимъ завѣщателемъ. Такъ именно смотрѣло на данный предметъ римское право, дѣлавшее исключеніе лишь по отношенію къ завѣщаніямъ, отдававшимъ имущество для цѣлей выкупа плѣнныхъ, а впослѣдствіи—вообще для бѣдныхъ. Недопустимы завѣщанія съ назначеніемъ правъ будущему юридическому лицу и по французскому закону и по Прибалтійскому [2]). Цѣли благотворительности достигаются по этимъ законода-

---

становится наслѣдникомъ, согласно рѣшенія 1882 г. № 30. Такая произвольная конверсія предписывается сенатомъ безъ опоры на какой-либо законъ, съ одной мало говорящей ссылкой на то, что „законность или незаконность завѣщательныхъ распоряженій опредѣляется по даннымъ“, „какія окажутся въ моментъ кончины“. Въ законодательствѣ, допускающемъ субституцію, гораздо болѣе послѣдовательна и логична эта замѣна субститутомъ, какъ правомочнымъ наслѣдовать назначенному въ завѣщаніи лицу, умершему хотя бы и до открытія наслѣдованія; ср. Schw. ZGB, Art. 489, Abs 3.

[1]) Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 180, 181.

[2]) Св. Приб., ст. 2348, 2352, Code Civil, Код. Нап., 937. Во Франціи законъ 4 февраля 1901 г. установилъ новую, облегченную систему принятія дара, стало быть и завѣщательнаго, учрежденіями общеполезнаго свойства: постановленія этого закона касаются преимущественно администра-

тельствамъ либо соотвѣтственнымъ возложеніемъ на наслѣдника, либо учрежденіемъ душеприказчества, либо путемъ фидеикомиссарной субституціи, гдѣ она существуетъ.

Въ противоположность этому указывается въ защиту допустимости подобныхъ завѣщательныхъ волеизъявленій, что наличность обще полезной цѣли замѣняетъ опредѣленность назначенія наслѣдника, а увѣренность всѣхъ и каждаго въ неминуемомъ утвержденіи такого юридическаго лица правительствомъ даетъ возможность ослабить формальныя требованія права въ данномъ случаѣ. Хотя эти разсужденія касаются только юридическихъ лицъ, преслѣдующихъ общеполезныя цѣли, но, разъ ставъ на путь льготныхъ изъятій, расширяютъ право назначенія будущаго юридическаго лица на всѣ юридическія лица вообще [1]). Дѣйствующее наше право не разрѣшаетъ вопроса ни въ ту, ни въ другую сторону. Можно считать дѣйствительнымъ у насъ завѣщаніе съ назначеніемъ имущества на открытіе благотворительнаго учрежденія, научнаго института и т. д., такъ какъ въ этомъ случаѣ юридическое лицо какъ бы возникаетъ уже въ моментъ delatio, по идеѣ своей [2]). Не возбраняется оставить деньги и имущество будущему университету даннаго города, коль скоро есть предначертаніе объ открытіи этого университета и, стало быть, налицо существуетъ реальная цѣль, ради которой дѣлается завѣщаніе. Но завѣщаніе „въ пользу такого-то юридическаго лица, если оно будетъ создано", есть посмертное распоряженіе по адресу неопредѣленнаго. Во всякомъ случаѣ, допущеніе завѣщательнаго распоряженія, подобнаго

тивнаго права, возлагая обязанности на префектовъ и Conseil d'Etat, Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 3, 1921, p. 742. Но предписываемое Code civil для богадѣленъ, бѣдныхъ и établisement d'utilité publiqe испрошеніе предварительнаго разрѣшенія власти, само по себѣ, остается въ силѣ, такъ что о завѣщаніи въ пользу еще не возникшаго благотворительнаго учрежденія нѣтъ рѣчи.

[1]) BGB § 2101, 84. Пр. Гр. Ул., ст. 1418 и кн. IV, Объясн., стр. 213 сл. Schw. ZGB допускаетъ завѣщать имущество für irgend einen Zweck als Stiftung, въ видѣ изъятій изъ Art. 542, Abs. I, въ силу котораго для пріобрѣтенія наслѣдства наслѣдникъ долженъ den Erbgang in erbfähigen Zustand erleben, Art. 493, Kurti-Forrer, cit., S. 405.

[2]) Въ рѣш. гражд. 1871 г. № 643 признано законнымъ назначеніе въ завѣщаніи капитала на устройство учебнаго заведенія, въ рѣш. гражд. 1876 г. № 369 допущено завѣщ. распоряженіе въ пользу благотворительныхъ учрежденій, которыя, согласно волѣ завѣщателя, должны быть открыты.

только что изложенному, по существу создающему сложное и неопредѣленное состояніе ожиданія, позволительно было бы лишь при непремѣнномъ условіи установленія въ завѣщаніи предѣльнаго срока, въ теченіе котораго это ожиданіе должно продолжаться. Такой срокъ, de lege ferenda, можетъ декретировать самъ законъ. Правомѣрно завѣщательное распоряженіе въ пользу бѣдныхъ, безъ ближайшаго означенія получателеи. Въ такомъ случаѣ, по современнымъ кодексамъ, предполагаются, при сомнѣніи, учрежденія для бѣдныхъ (или сами бѣдные) той мѣстности, гдѣ завѣщатель имѣлъ послѣднее мѣстожительство [1]). У насъ это пріемлемо in concreto въ качествѣ вывода изъ предполгаемой воли завѣщателя, въ большинствѣ случаевъ согласной съ такимъ именно распредѣленіемъ. Въ этомъ смыслѣ толкуется воля завѣщателя не только когда не означены точно бѣдные, но и тогда, когда, напр., раздача предоставлена душеприказчику, а послѣдній отказался или не въ состояніи былъ это сдѣлать.

Завѣщаемыя права и имущества указываются въ завѣщаніи либо въ общей формѣ („всѣ мои права", „все мое имущество"), либо путемъ индивидуальнаго обозначенія. Когда наслѣдникъ назначенъ лишь въ части, въ остальномъ происходитъ законное наслѣдованіе. Современное право отвергло то знаменитое ученіе римскаго права, по которому, согласно началу nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, наслѣдникъ по завѣщанію, независимо отъ того, сколько ему назначено, получаетъ все наслѣдство завѣщателя, какъ генеральный правопреемникъ. Bruchteil, т. е. доля наслѣдника можетъ быть опредѣлена не только дробью ($^1/_2$, $^1/_4$ наслѣдства), но и количествомъ правъ, напр., назначеніемъ недвижимости или торговаго предпріятія. Принадлежитъ ли назначенному въ индивидуальномъ правѣ роль наслѣдника или ему сообщается иное качество (легатарія) — это вопросъ факта, разрѣшаемый судомъ, въ случаѣ спора, по конкретнымъ даннымъ. Точность означенія завѣщаемыхъ правъ не исключаетъ возможности предоставленія дѣлать выборъ между отдѣльными правами. Если это право не делегировано третьему лицу (душеприказчику), то оно принадлежитъ, при сомнѣніи, надѣленному, по аналогіи съ принадлежностью этого права въ обязательствахъ альтернативныхъ кредитору и по тѣмъ же соображеніямъ (см. выше).

---

[1]) BGB § 2072, Пр. Гр. Ул., ст. 1420, Codice civile, Art. 832.

Отмѣна завѣщанія.

Возможность отмѣны—существенный аттрибутъ завѣщанія. Завѣщаніе утрачиваетъ силу по волѣ завѣщателя, выражаемой такимъ же образомъ, какъ и при составленіи завѣщанія. Не имѣютъ силы соглашенія объ ограниченіи завѣщателя въ правѣ отмѣны или, наоборотъ, о возложеніи на него обязанности отмѣны. Для отмѣны необходимо, по общему правилу, новое завѣщаніе [1]). Домашнее завѣщаніе можетъ быть отмѣнено также соотвѣтственной надписью, совершенной по правиламъ о завѣщаніи, и фактически, путемъ уничтоженія документа или отдѣльныхъ частей, оторванія подписи, даты и т. д., если все это совершено самимъ завѣщателемъ или по его порученію. Завѣщаніе разорванное, перечеркнутое, замазанное, залитое чернилами и пр. создаетъ презумпцію отмѣны по желанію завѣщателя [2]). Полученіе обратно завѣщанія, отданнаго лицу или учрежденію на храненіе, никакого предположенія отмѣны у насъ не создаетъ. Характеръ отмѣны такое обратное полученіе имѣетъ по BGB—Rücknahme aus der Verwahrung—въ виду обязательности отдачи оригинала завѣщанія in besondere amtliche Verwahrung [3]).

Изъ нѣсколькихъ завѣщаній позднѣйшее отмѣняетъ предшествующее, если они противорѣчивы. Въ противномъ случаѣ, всѣ они сохраняютъ силу: каждое изъ нихъ считается отдѣльнымъ завѣщаніемъ, но по существу волеизъявленіе—одно. Противорѣчивыя завѣщанія недѣйствительны, когда нельзя констатировать, какое изъ нихъ совершено раньше и какое позже. Неустранимое противорѣчіе завѣщаній, неизвѣстно когда совершенныхъ или имѣющихъ одну дату совершенія, можетъ выразиться въ томъ, что въ одномъ наслѣднику оставлено больше правъ, чѣмъ въ другомъ: при такой ситуаціи остается въ силѣ завѣщаніе съ ограниченіемъ, по презумпціи позднѣйшаго его составленія, что, казалось бы, соотвѣтствуетъ житей-

---

[1]) BGB, § 2254, Schw. ZGB, Art. 509, также Code Civil, Код. Нап. 1035, Пр. Гр. Ул., ст. 1428, абз. I, X т. I ч. ст. 1030.

[2]) См. рѣш. гражд. 1915 г. № 51. Даже, если завѣщаніе уничтожено или повреждено случайно или по чьей-либо винѣ, оно отпадаетъ, одинаково съ нарочито отмѣненнымъ, коль скоро невозможно точнымъ, безошибочнымъ образомъ установить его содержаніе,—съ сохраненіемъ, конечно, права на возмѣщеніе вреда. Это оговаривается спеціально въ Schw. ZGB, Art. 510, Abs. 2.

[3]) BGB § 2256, 2246; но иначе 1058 ст. X т. I ч.

,ской правдѣ, по крайней мѣрѣ, въ большинствѣ случаевъ (въ одномъ завѣщаніи оставленъ домъ, а въ другомъ тотъ же домъ съ возложеніями и легатами).

Самъ актъ отзыва завѣщанія можетъ быть, съ своей стороны, отозванъ. Это отмѣна отмѣны. По общему правилу, отмѣна отмѣны, сдѣланная expressis verbis или косвенно, возстанавливаетъ силу первоначальнаго завѣщанія [1]).

Отмѣненное завѣщаніе считается какъ бы никогда несуществовавшимъ, возстановленное завѣщаніе получаетъ силу съ момента совершенія [2]).

Во вниманіе къ интересамъ завѣщателя допускается иногда отмѣна завѣщанія особымъ актомъ судебнымъ или нотаріальнымъ. По Пр. Гр. Ул., завѣщатель дѣлаетъ въ томъ случаѣ заявленіе суду, который удо-

---

[1]) См. BGB. § 2257, Binder, Bürgerliches Recht, Erbrecht, 1923, s. 19. Въ этомъ отношеніи дѣйствуетъ принципъ, нѣсколько отличный отъ принципа разрѣшенія коллизіи послѣдовательныхъ законовъ съ противорѣчивымъ содержаніемъ: законъ, разъ отмѣненный, не можетъ вновь воспріять силу иначе, какъ изданіемъ другого закона или прямымъ подтвержденіемъ прежняго.

[2]) По ст. 1030 X т. I ч. нотаріальное завѣщаніе отмѣняется нотаріальныъ же, а домашнее—какъ нотаріальнымъ, такъ и домашнимъ. Это правило—остатокъ старыхъ временъ, когда существовали крѣпостныя завѣщанія, которыя могли быть отмѣняемы лишь распоряженіями „крѣпостными", т. е. такими завѣщаніями, которыя совершены у нотаріуса и внесены въ крѣпостную книгу. Порядокъ нотаріальнаго совершенія отмѣнительнаго завѣщанія распространенъ былъ съ крѣпостныхъ и на нотаріальныя завѣщанія. Въ прежнія времена (до 1831 г.) въ Россіи формальная сила всѣхъ завѣщаній было одинакова, и домашнее завѣщаніе могло отмѣнить даже крѣпостное. Къ старому порядку возвращается Пр. Гр. Ул., находя, совершенно основательно, что старшинство формъ завѣщанія усложняетъ законодательство, крайне тяжело для завѣщателя и, вообще, не имѣетъ правильнаго основанія, такъ какъ домашнее завѣщаніе не менѣе достовѣрно, чѣмъ нотаріальное. Это старшинство во многомъ связывалось съ институтомъ родовыхъ имуществъ, для предсмертнаго распоряженіями которыми какъ болѣе важными, требовалась непремѣнно болѣе торжественная, нотаріальная форма. Не говоря о томъ, что институтъ родовыхъ имуществъ обреченъ на уничтоженіе, не всякое, вѣдь, нотаріальное завѣщаніе касается родовыхъ имуществъ. См. обо всемъ этомъ Пр. Гр. Ул., Объясненія, IV, 1903 г., стр. 232.

стовѣряется въ самоличности завѣщателя, въ дѣйствительномъ желаніи его уничтожить завѣщаніе и протоколируетъ это [1]). Французское право даетъ возможность отмѣны черезъ нотаріальный актъ, содержащій въ себѣ объявленіе объ измѣненіи воли. Точно также по нашему дѣйствующему праву всякое завѣщаніе можетъ быть уничтожено завѣщателемъ посредствомъ совершенія о томъ нотаріальнаго акта, либо путемъ донесенія начальству при нахожденіи завѣщателя въ походѣ или въ откомандировкѣ [2]). Непослѣдовательность такого постановленія очевидна: не только домашнее, но и нотаріальное завѣщаніе тутъ допускается отмѣнить путемъ сдѣланнаго должностному лицу волеизъявленія, не имѣющаго формальныхъ реквизитовъ завѣщательнаго волеизъявленія. Принципіально, весьма важно предоставить завѣщателю, кромѣ общаго, еще и болѣе облегченный и доступный способъ уничтоженія завѣщанія. Возможно обойтись безъ составленія завѣщанія, но уничтоженіе составленнаго завѣщанія часто представляется настоятельной надобностью, а между тѣмъ можетъ оказаться неосуществимымъ почему-либо составленіе новаго завѣщанія объ уничтоженіи, не смотря на все желаніе завѣщателя. De lege ferenda, наиболѣе цѣлесообразнымъ представляется у насъ допущеніе судебнаго способа уничтоженія завѣщанія, по образцу, даваемому Пр. Гр. Ул. Такое судебное удостовѣреніе, соотвѣтственно обставленное, было бы въ достаточной мѣрѣ адэквàтно отмѣнѣ путемъ тестамента [3]).

[1]) Ст. 1428, абз. 2. Все это соотвѣтствуетъ порядку, существовавшему въ старыя времена въ Россіи для уничтоженія крѣпостныхъ завѣщаній. См. рѣш. гражд. 1870 г. № 1654.

[2]) ст. 1030 X т. I ч. См. Code Civil, Код. Нап., 1035.

[3]) Въ заключеніе—нѣсколько словъ о толкованіи завѣщанія. Римское право много зннималось этимъ вопросомъ; и нынѣ послѣднему удѣляется немало вниманія. Рядъ правилъ содержитъ по этому предмету, конечно, Св. Приб., стт. 2471—2475. Между тѣмъ нынѣ, когда съ развитіемъ (чуждой римскому праву) идеи свободнаго судейскаго усмотрѣнія—Freie Ermessung—, толкованіе не только законовъ, но и договоровъ и актовъ получило совершенно новый обликъ, освободившись отъ прежнихъ условностей и формальностей, настаивать на какихъ-то предустановленныхъ, индивидуальныхъ способахъ интерпретаціи завѣщательной воли значитъ, пожалуй, впадать въ противорѣчіе съ духомъ времени. Конкретно, предлагаемыя правила толкованія завѣщанія являютъ собой весьма мало отличнаго, характернаго и представляются въ той или иной формѣ пересказомъ общихъ началъ интерпретаціи. Въ частности, толкованіе in favorem testamenti, benigna interpretatio заключается въ томъ, что завѣщаніе

Наслѣдованіе по закону.

Поскольку отсутствуетъ завѣщательное распоряженіе, пройсходитъ наслѣдованіе по закону. Одно и то же лицо можетъ быть наслѣдникомъ и по завѣщанію и по закону.

Законъ, призывая къ наслѣдованію данныхъ лицъ, руководствуется преимущественно ихъ близостью къ наслѣдодателю. Поэтому диспозиція закона часто совпадаетъ съ тѣмъ, какъ диспонировалъ бы самъ наслѣдодатель, но такое совпаденіе не является категорическимъ постулатомъ права. Нерѣдко воля умершаго совершенно не совпадаетъ съ

надлежитъ изъяснять такъ, чтобы оно сохранило силу, а не теряло ее. Указываютъ, что всякая побѣда интерпретаціи, одержанная при отстаиваніи дѣйствительности завѣщанія, есть — eine der vornehmsten Aufgaben des Richters, Schmidt, Bürgerliches Recht, 1927, S. 549. Но развѣ такой favor въ какой-либо мѣрѣ привиллегія тестамента? Казалось бы, каждое волеизъявленіе надлежитъ толковать въ смыслѣ, благопріятномъ для сохраненія дѣйствительности его. Весьма нерѣдко признаніе ничтожности договора равносильно изъятію изъ оборота опредѣленныхъ экономическихъ или иныхъ благъ и цѣнностей.—Что при толкованіи завѣщанія нужно руководиться не буквальнымъ, а общимъ смысломъ и содержаніемъ, установить, такъ сказать, настоящую волю, Binder, Erbrecht, 1923, S. 10, это прямая и общая консеквенція обязательной директивы объ отыскиваніи истиннаго желанія и намѣренія сторонъ, формулированной въ BGB: Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, § 133. Не звучитъ новизной и спеціально выдвигаемое сенатомъ правило о томъ, что при неточномъ (ошибочномъ) означеніи въ завѣщаніи лицъ и имуществъ на судъ, въ случаѣ спора, возлагаетя обязанность установить истинную волю завѣщателя, по общему смыслу всего содержанія завѣщанія. Эта обязанность вовсе не объясняется тѣмъ, что законъ охраняетъ неприкосновенность и святость воли завѣщателя, какъ увѣряетъ Сенатъ, рѣш. гражд. 1914 г. № 41, а тѣмъ же генеральнымъ долгомъ суда интерпретировать волеизъявленіе по содержанію актовъ и документовъ.—Вопросъ о позволительности пользоваться при интерпретаціи завѣщанія посторонними доказательствами—письмами и даже свидѣтельскими показаніями есть также интегральная часть широкой проблемы о предѣлахъ дѣйствія начала письменнаго доказыва́нія въ гражданскомъ процессѣ. Несомнѣнно, справедливо утверждаютъ, что способъ толкованія при помощи опроса свидѣтелей опасенъ для завѣщаній, что высказанное словесно за-

тѣмъ, какъ распоряжается и распредѣляетъ законъ, порою прямо противна этому (обязательная доля). Законъ имѣетъ свою волю и свою точку зрѣнія, которая зиждется на соціальныхъ достиженіяхъ, и говорить о томъ, что онъ руководствуется исключительно „предполагаемой волей завѣщателя", не приходится, тѣмъ болѣе, что наслѣдство поступаетъ не только къ близкимъ наслѣдодателя, но и къ постороннимъ лицамъ и учрежденіямъ (на выморочномъ правѣ).

Современное право наслѣдованія родственниковъ покоится на принципѣ кровной связи, свойство не даетъ наслѣдственныхъ правъ. Изъ числа родственниковъ въ прежнія времена избирался лишь самый тѣсный кругъ, остальные, болѣе отдаленные, устранялись. Впослѣдствіи (во времена вассальныхъ отношеній) опредѣленность наслѣдственныхъ отношеній и необходимость знать, кто является преемникомъ правъ и обязанностей, привели къ расширенію круга призываемыхъ лицъ, даже до безпредѣльности. Въ данную эпоху вновь возникаетъ тенденція ограниченія наслѣдственныхъ правъ родственниковъ. Кодексы признаютъ дающее наслѣдственныя права родство только въ степеняхъ наиболѣе близкихъ, а правная политика говоритъ за сжатіе такового до предѣловъ семейной близости, исходя изъ того, что современнаго человѣка не соединяетъ уже тѣсная связь съ отдаленными род

вѣщателемъ не всегда поддается точному опредѣленію и, кромѣ того, можетъ имѣть притворный характеръ, Binder, cit, ib., Синайскій, Основы гражд. права, 1926, стр. 382. Но и во всемъ этомъ не ощущается новизны сравнительно съ принципомъ превалированія на судѣ, въ качествѣ доказательства, письменнаго документа надъ показаніями свидѣтелей.— Остальное въ ученіи о толкованіи завѣщанія относится преимущественно къ области презумпцій, создаваемыхъ закономъ на случай пробѣловъ въ завѣщаніи. Эти презумпціи иногда характера juris et de jure и ставятъ велѣніе закона на мѣсто невыраженной воли завѣщателя, но въ нихъ мало общаго съ интерпретаціей, какъ таковой. Иногда же это обычныя praesumptiones, не разнящіяся отъ предположеній, изъ которыхъ исходятъ при толкованіи каждаго акта и договора. Поэтому правъ былъ сенатъ, когда случайно обмолвился замѣчаніемъ о „толкованіи всякаго рода актовъ, въ томъ числѣ и духовныхъ завѣщаній, по ихъ внутреннему содержанію", рѣш. гражд. 1879 г. № 78. Усилія выдѣлить здѣсь какую-то особую діалектическую категорію, приводятъ въ концѣ концовъ лишь къ утвержденію общей мысли о неизбѣжности и при интерпретаціи завѣщанія выходятъ изъ узкой колеи специфическаго искусства на широкій путь примѣненія признанныхъ методовъ человѣческаго мышленія и логики

ственниками, что эта связь, по мѣрѣ усложненія жизни и развитія общей солидарности перемѣщается въ сторону коллектива. Съ другой стороны, лица, дѣйствительно близкія наслѣдодателю хотя и не по крови — супруги — надѣляются наслѣдственными правами въ полной мѣрѣ. Если женщины въ прежнія времена сильно ограничены были въ правѣ наслѣдованія и либо призывались только при отсутствіи мужчинъ („wo kein Schwert vorhanden, da erbt der Spindel"), либо вообще получали незначительную долю, то нынѣ для нихъ создается полное равенство съ мужчинами, въ связи съ общимъ уничтоженіемъ правовыхъ различій гражданъ.

Во всемъ объемѣ указанныя положенія дѣйствующимъ нашимъ правомъ еще не усвоены. Оно построено на началѣ неограниченности родственнаго призыва, противится расширенію правъ супруговъ и весьма сдержано въ отношеніи наслѣдственныхъ правъ родителей. Родственникъ, хотя бы отдаленнѣйшей степени, которая можетъ быть установлена лишь архивными справками, столь же пригоденъ у насъ для наслѣдованія (когда наступаетъ его чередъ), какъ и самые близкіе наслѣдодателю люди.Приходится благодарить судьбу, что у насъ метрикація не поставлена настолько образцово, чтобы можно было разбираться въ родословныхъ за столѣтія! Удержалось до сихъ поръ у насъ исторически выработавшееся и нынѣ принципіально непріемлемое болѣе различіе наслѣдственныхъ правъ родственниковъ по женскому колѣну, по матери, и по мужскому колѣну, по отцу,—когнатовъ и агнатовъ.

Римское право держалось прямолинейной точки зрѣнія—близости по крови, не обращая вниманія на линіи и вѣтви. Наслѣдники дѣлились на четыре класса; въ каждомъ классѣ лица соотвѣтственной степени призывались къ наслѣдованію. Не дѣлалось разницы между восходящими и нисходящими. Иной порядокъ усвоенъ въ нынѣшней Европѣ, по образцу стараго германскаго права. Именно, наслѣдники призываются по разрядамъ—парентеламъ. Первый разрядъ образуютъ сыновья и дочери и ихъ нисходящіе, при чемъ между дѣтьми наслѣдство дѣлится въ равныхъ частяхъ. Второй разрядъ—отецъ и мать наслѣдодателя и ихъ нисходящіе: одна половина идетъ отцу, а за его смертью, дѣтямъ, за смертью послѣднихъ, внукамъ и т. д., другая половина поступаетъ къ матери въ такомъ же порядкѣ. Третій разрядъ—это дѣдъ и бабка и т. д. Обычно наслѣдованіе продолжается до пятаго разряда, а затѣмъ прекращается. Ближайшая степень устраняетъ дальнѣйшую, при выбытіи наслѣдника примѣняется право представленія [1]).

[1]) Ближе объ этихъ системахъ — Пр., Гр. Ул. стт.

Дѣйствующее наше право призываетъ къ наслѣдованію въ первую голову дѣтей, внуковъ и т. д. За отсутствіемъ этихъ лицъ. наслѣдство идетъ въ первую боковую линію, т. е. къ братьямъ и сестрамъ полнороднымъ или эвентуально къ ихъ нисходящимъ. При отсутствіи родственниковъ первой боковой линіи, къ наслѣдству управомочена вторая боковая линія, т. е. дядя и тетка съ нисходящими, двоюродные братья и сестры съ нисходящими. Затѣмъ идетъ третья линія и т. д. Въ первой боковой линіи братья и сестры единокровные—отъ одной матери, но разныхъ отцовъ—при наличности полнородныхъ братьевъ и сестеръ не наслѣдуютъ вовсе и лишь при отсутствіи послѣднихъ призываются предпочтительно передъ другими родственниками. Однако, такое ограниченіе неполнородныхъ братьевъ и сестеръ не распространяется на дальнѣйшія боковыя линіи [1]). Проводимое нашимъ закономъ разграниченіе между братьями и сестрами полнородными и неполнород-

---

1357 и сл., BGB, §§ 1924 ff, Code Civil, Код. Нап., 731 и сл. Schw. ZGB призываетъ къ наслѣдованію тѣ же разряды, парентелы, но прекращаетъ наслѣдованіе при отсутствіи поколѣнія прародителей (прадѣда и прабабки и ихъ нисходящихъ) Art. 457—460. Французское право нѣсколько отступаетъ въ томъ, что принимаетъ въ разсчетъ не только вѣтви и линіи, но и близость степеней. Поэтому въ первую очередь призываются нисходящіе, потомъ братья и сестры или ихъ дѣти, далѣе восходящіе и, наконецъ, въ четвертую очередь, боковые наслѣдники. Въ такомъ порядкѣ идетъ наслѣдованіе по кодексу до 12 степени включительно, но по закону 31 декабря 1917 г. во Франціи—лишь до шестой степени включительно. Св. Приб. утверждаетъ законное наслѣдованіе по принципу кровнаго и гражданскаго родства, ст. 1870, причемъ наслѣдуютъ четыре разряда: 1) нисходящіе, 2) восходящіе, родные братья и сестры или дѣти ихъ, 3) единокровные братья и сестры или ихъ дѣти, 4) остальные ближайшіе по степени боковые родственники, безъ различія полнаго родства и неполнаго. Никто изъ лицъ низшихъ разрядовъ не можетъ быть допущенъ къ наслѣдованію, пока находятся въ живыхъ принадлежащія къ одному изъ высшихъ, Стт. 258, 1880, 1881.

[1]) Рѣш. гражд. 1908 г. № 15, 1887 г. № 106. Рязановскій требуетъ „признанія за единородными братьями и сестрами равнаго съ полнородными наслѣдственнаго права въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ и устраненія единоутробныхъ въ этомъ имуществѣ („Наслѣдованіе полнородныхъ, единокровныхъ и единоутробныхъ братьевъ и сестеръ въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ“, стр. 9 и сл.), Это идетъ

ными—несомнѣнно историческій пережитокъ. Позволительно не согласиться съ разсужденіемъ сената, будто братья и сестры, происходящіе отъ однихъ отца и матери, несравненно ближе стоятъ другъ къ другу, чѣмъ дѣти отъ разныхъ браковъ. Противоестественно и даже недостойно мѣрить родство братьевъ и сестеръ единствомъ отца и матери („крови“ и „утробы“): они всѣ, независимо отъ того, общіе ли у нихъ оба родителя либо только отецъ либо только мать, должны быть равны передъ закономъ о наслѣдованіи (разсуждая съ точки зрѣнія будущей реформы).

Какъ въ прямой, такъ и въ боковыхъ линіяхъ между равными степенями наслѣдство дѣлится поголовно, а степень ближайшая исключаетъ дальнѣйшую. Прежнее положеніе, въ силу котораго дочь получала $^1/_{14}$ недвижимости и $^1/_8$ движимости, исправленное закономъ 3 Іюня 1912 г. въ томъ смыслѣ, что доля дочери въ недвижимости внѣгородской земельной сводится къ одной четвертой части, а въ остальной недвижимости, такъ же какъ и въ движимости, равна долѣ сына, въ настоящее время измѣнено у насъ признаніемъ полнаго равенства наслѣдованія сына и дочери. Точно также отпало ограниченіе правъ женщины въ боковыхъ линіяхъ вмѣстѣ съ знаменитымъ правиломъ, что „сестра при братѣ не наслѣдница“ [1]). Не соотвѣтствуетъ нынѣшнимъ условіямъ равенства и та норма, въ силу которой въ боковыхъ линіяхъ наслѣдство всегда идетъ въ родъ отца, такъ что, наприм., дядя по матери или такой же двоюродный братъ не наслѣдуютъ [2]).

вразрѣзъ съ прямымъ смысломъ ст. 1140 X т 1 ч. Во французскомъ правѣ, гдѣ раздѣлъ совершается пополамъ между двумя линіями умершаго, полнородные, tous du méme lit, имѣютъ участіе въ обѣихъ линіяхъ, а единоутробные, de lits différents,— каждый только въ своей линіи; если же имѣются братья и сестры съ одной лишь стороны, то они получаютъ наслѣдство въ цѣлости, съ исключеніемъ всѣхъ прочихъ родственниковъ другой линіи, Code Civil, Код. Нап., 752, Planiol, Traité èlémentairn de droit civil, t. 3, 1921, p. 372.

[1]) См. Литовскій законъ 10 balandžio (апрѣля) 1922 m., устранившій изъ ст. 1128 X т. 1 ч. вторую часть, начинавшуюся словами „при наслѣдованіи въ земельномъ (внѣгородскомъ)“ до конца и примѣчаніе, а также ст. 1135. Въ Россіи уравненіе мужчинъ и женщинъ въ наслѣдственныхъ правахъ долго встрѣчало противодѣйствіе со стороны интересовъ крупнаго (дворянскаго) землевладѣнія; процессъ шелъ, но медленно.

[2]) Ст. 1138 X т. 1 ч. Имущество наслѣдодателя всегда поступаетъ въ родъ дѣда его отца или въ родъ прадѣда его

Примѣняемое какъ въ прямой линіи, такъ и въ линіяхъ боковыхъ право представленія заключается въ подставѣ на мѣсто выбывшаго до delatio наслѣдника—его нисходящихъ. Умершій какъ бы воскресаетъ на мигъ въ моментъ открытія наслѣдованія, чтобы передать свои права своимъ нисходящимъ. Послѣдніе вступаютъ въ степень выбывшаго, получаютъ все, что на эту степень причитается ихъ восходящему, и дѣлятъ полученное поголовно, съ дальнѣйшимъ правомъ представленія въ ихъ средѣ. Представляющій наслѣдуетъ не представляемому, а черезъ него наслѣдодателю. Это долгое время не признавалось, но нынѣ составляетъ communis doctorum opinio. Представляющій, примѣрно, не отвѣтственъ по обязательствамъ представляемаго и пр., если не наслѣдуетъ кромѣ того и самому представляемому. Отнятіе правъ наслѣдованія у представляемаго по какой либо причинѣ (приравниваемое къ смерти до delatio) не препятствуетъ представляющему вступить въ наслѣдованіе. Сюда относится лишеніе представляемаго правъ состоянія или, по французскому праву [1]), признаніе его недостойнымъ.

Право представленія надо отличать отъ трансмиссіи, которая знаменуетъ переходъ наслѣдственныхъ правъ послѣ наслѣдника, существовавшаго въ моментъ delatio, но затѣмъ отпавшаго, въ то время, какъ право представленія предполагаетъ отпаденіе наслѣдника еще до открытія наслѣдованія [2]).

Правомъ представленія не пользуется усыновленный, такъ какъ онъ, наслѣдуя усыновителю, не наслѣдуетъ родственникамъ послѣдняго. Также и внѣбрачный не имѣетъ права представленія къ роднымъ своей матери, какъ наслѣдующій только ей. Напротивъ, внѣбрачный представляется его нисходящими при наслѣдованіи послѣ бабушки, умершей матери ихъ отца.

дѣда и т. д., но никогда въ родъ бабки по отцу или въ родъ прадѣда или прабабки по бабкѣ и т. д., такъ какъ „эти послѣдніе родственники не суть родственники его изъ того рода, къ которому онъ принадлежитъ по отцу“ (Анненковъ). Имущество признается выморочнымъ, когда изъ рода отца не осталось никого, кто способенъ былъ бы наслѣдовать, рѣш. гражд. 1899 г. № 24. Правило приведенной статьи оказалось почему-то неотмѣненнымъ (очевидно, по недосмотру) Литовскимъ закономъ.

[1]) Code Civil, Код. Нап., 727.

[2]) См. Синайскій, Русское гражданское право, 2, 1918, стр. 279, 280.

Право представленія — изъятіе изъ общаго правила объ исключеніи ближайшей степенью дальнѣйшей и коррективъ къ прямолинейному примѣненію этого правила, могущему оказатьсяна практикѣ весьма несправедливымъ. Такъ, если имѣются два брата, изъ которыхъ одинъ умеръ, оставивъ семью, то естественно, что долей умершаго не долженъ обогатиться другой братъ, когда у перваго остались самыя близкія ему лица. Но далѣе дѣтей и вообще нисходящихъ право представленія итти не можетъ: за этимъ предѣломъ начинается уже учетъ близости степеней и самостоятельныхъ правъ наслѣдованія [1]).

Наслѣдованіе с у п р у г а современное право стремится выдвинуть впередъ, исходя изъ того, что супругъ наиболѣе близкій человѣкъ по духу. Супругъ наслѣдуетъ вмѣстѣ съ родственниками, причемъ его право тѣмъ шире, чѣмъ отдаленнѣе конкурирующіе съ нимъ кровные наслѣдники. Въ большинствѣ случаевъ на Западѣ пережившій супругъ получаетъ одну четверть, когда наслѣдуетъ съ родственниками перваго разряда, половину — при наслѣдованіи съ родственниками второго или третьяго разряда, а когда нѣтъ родственниковъ и третьяго разряда, ему достается все наслѣдство [2]). По французскому праву наслѣдованіе супруга обусловлено отсутствіемъ родственниковъ въ наслѣдоспособной степени. Иначе супругу принадлежитъ только узуфруктъ [3]). Законъ 29 апрѣля 1925 далъ супругу, не имѣющему права наслѣдованія, узуфруктъ: на $^1/_4$ наслѣдства, если умершій оставилъ дѣтей, на $^1/_2$—при наличности братьевъ и сестеръ (и внѣбрачныхъ дѣтей или ихъ нисходящихъ) и на все наслѣдство въ другихъ случаяхъ. По закону 9

---

[1]) Что правомъ представленія не пользуются восходящіе (Code Civil, Код. Нап., 74), это у насъ само собою разумѣется; ихъ наслѣдственныя права вообще относительнаго свойства (Infra).

[2]) BGB § 1931, Пр. Гр. Ул., ст. 1369, Čecho-Slov., § 718. По Schw. ZGB при наличности нисходящихъ супругъ получаетъ либо четверть наслѣдства въ собственность, либо половину въ пользованіе, по своему выбору, при наличности наслѣдниковъ, принадлежащихъ къ поколѣнію прародителей $^1/_2$ въ собственность и другую половину въ пользовладѣніе, при отсутствіи и этихъ наслѣдниковъ—все наслѣдство, Art. 462.

[3]) Code Civil, Код. Нап., 767, Loi du 9 Mars 1891, Гражд. Улож. 1825 г., стт. 232, 233. Planiol, Traité élémentaire dé droit civil, t 3, 1921, p. 388. Между прочимъ, по Гражд. Ул. 1825 г., съ дѣтьми супругъ дѣлитъ наслѣдство поголовно, получая ровную долю, съ правомъ выбора самой части, ст. 232. Правило—весьма основательное!

марта 1891 г. супругъ при вторичномъ вступленіи въ бракъ, терялъ узуфруктъ, если имѣлись нисходящіе умершаго, закономъ 3 апрѣля 1917 г. этотъ способъ прекращенія узуфрукта отмѣненъ [1]).

Русское право исторически выработало особое притязаніе пережившаго супруга вмѣсто наслѣдства на указную часть, предназначавшуюся первоначально на обезпеченіе вдовѣ „дожитка", а потомъ сдѣлавшуюся, по принципу взаимности, правомъ и пережившаго мужа. Указная часть нынѣ все же совпадаетъ, въ общемъ, съ наслѣдованіемъ [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ она отличается и нѣкоторыми особенностями.

---

[1]) См. Dalloz, Code civil, 1926, p. 287. По Св. Приб. супругъ дѣлитъ наслѣдство съ другими родственниками, если не осталось дѣтей. Когда же таковыя имѣются, между ними и пережившимъ супругомъ устанавливается особая общность, которая можетъ продолжаться даже при вступленіи вдовца или вдовы въ новый бракъ, стт. 1825 и сл.

[2]) Рѣш. гражд. 1914 г. №№ 8, 21 и 36. См. рѣш. гражд. 1913 г. № 92, въ которомъ сенатъ, по поводу передачи имущества безумныхъ и сумасшедшихъ въ управленіе ихъ „наслѣдниковъ", вывелъ общее правило, что „нельзя отъ посмертнаго перехода правъ къ супругу отнимать значенія наслѣдованія", также рѣш. гражд. 1914 г. № 30. Товстолѣсъ, Наслѣдованіе супруговъ по русскому праву въ связи съ Проектомъ Гражданскаго Уложенія, Журн. Мин. Юст., 1911 г. № 5, стр. 41 и сл. Институтъ наслѣдованія супруговъ признавалъ, между прочимъ, и Литовскій Статутъ, ів, стр. 13. A sensu contrario—рѣш. гражд. 1905 г. № 96, 1879 г. № 342, 1871 г. № 1224. Шершеневичъ, утверждая, что русское законодательство не считается по идеѣ съ наслѣдственными правами супруговъ, въ то же время замѣчаетъ: „Если указная часть не составляетъ наслѣдственной доли, а является, по цѣли своей, только средствомъ обезпеченія, то непослѣдовательнымъ нужно признать распространеніе этого права и на мужа въ отношеніи имущества жены" (Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912, стр. 859). Противъ сообщенія праву супруга свойствъ „наслѣдованія" рѣшительно возражаютъ нѣкоторые русскіе цивилисты, ссылающіеся на то обстоятельство, что ни въ источникахъ, ни въ постановленіяхъ десятаго тома о вдовьей долѣ не содержится указаній на то, что жена послѣ мужа или мужъ послѣ жены могутъ стать общими преемниками одинъ другого". Рязановскій, О посмертномъ преемствѣ супруговъ по русскому праву, 1914 г. стр. 145. Въ томъ же смыслѣ Синайскій, Русское гражданское право, в. 2, 1918, стр. 264. Азаревичъ, О наслѣдованіи родственниковъ бездѣтной вдовы въ указной части, Журн. Гр. и Уг. Права, 1880 г. кн. IV, стр. 44 и сл. Но, независимо отъ древнихъ истори-

Объ указной долѣ должна быть заявлена просьба при жизни пережившаго супруга, иначе она теряется [1]).

Въ указной долѣ нѣтъ права представленія. Она, по дѣйствующему нашему праву, не можетъ стать родовымъ имуществомъ, ибо родовой характеръ имущества опредѣляется принадлежностью пріобрѣтателя къ данному роду, указная же доля выдается супругу именно какъ таковому, т. е. лицу, принадлежащему къ другому роду.

ческихъ основаній и древнихъ представленій („мать при сынѣ не вотчинница"—не наслѣдница), нынѣ право супруга на наслѣдованіе вполнѣ сжилось съ общественнымъ правосознаніемъ и является довольно прочнымъ принципомъ. Родственная связь не есть единственное и исключительное основаніе къ наслѣдованію и по нашему закону, который считается здѣсь также съ иной близостью, кромѣ кровной, а въ супругѣ видитъ „часть личности" другого супруга.

[1]) Кредиторы пережившаго супруга, не просившаго о выдѣлѣ ему указной части, если они не въ состояніи получить удовлетвореніе съ своего должника другимъ способомъ, вправѣ сами домогаться выдачи его указной части для погашенія своихъ претензій, но лишь при жизни должника. Напротивъ, наслѣдники получаютъ указную долю, только когда супругъ просилъ о выдѣлѣ. Мысль закона, отразившаяся въ разныхъ старыхъ указахъ, была та, что переводъ указной части, о которой не просилъ супругъ, къ наслѣдникамъ (въ чужой родъ) долженъ считаться несправедливымъ и несовмѣстимымъ съ цѣлью, ради которой установленъ выдѣлъ указной доли. Поэтому предварительно должно было быть заявлено супругомъ формальное требованіе въ надлежащемъ судѣ о выдѣлѣ, т. е. раздѣлѣ наслѣдства. Пореформенная практика обошла 1152 ст. X т. I ч., разъяснивъ, что достаточно принятія супругами наслѣдства по общимъ правиламъ, стало быть, просьбы объ утвержденіи въ правахъ наслѣдованія либо фактическаго осуществленія, рѣш. гражд. 1893 г. № 97, 1888 г. № 95. Противъ такого взгляда сильно возражалъ въ свое время, опираясь на букву закона и историческія изысканія, Азаревичъ, О наслѣдованіи родственниковъ бездѣтной вдовы въ указной части, Журн. Гр. и Ул. Права, 1880 г., кн. 10, стр. 37 и сл. Такимъ образомъ не допускается лишь трансмиссія правъ пережившаго супруга. На точку зрѣнія отрицанія трансмиссіи становится и Пр. Гр. Ул., ст. 1371, все еще тяготѣя къ отжившимъ воззрѣніямъ въ данномъ отношеніи. Проектъ находитъ, что могутъ быть вѣскія основанія непринятія супругомъ наслѣдства: быть можетъ, супругъ зналъ о происхожденіи имущества или неодобрительныхъ способахъ пріобрѣтенія, быть можетъ, отноше-

Указная часть выдѣляется прежде всего, и лишь послѣ назначаются доли другимъ. Притязаніе на указную долю не погашается никакой давностью и не устраняется вступленіемъ въ новый бракъ [1]).

Указная часть выдается также изъ того имущества, которое слѣдовало бы пережившему супругу, если бы другой, умершій супругъ находился въ живыхъ при открытіи наслѣдованія послѣ отца или матери. Указная доля получается даже при жизни тестя или свекра (но не тещи или свекрови) въ извѣстныхъ предѣлахъ, а именно, изъ недвижимаго имущества, если за самымъ умершимъ недвижимости не было [2]).

Величина указной доли равнялась прежде $^1/_7$ недвижимости и $^1/_4$ движимости. Нынѣ, по изданному въ Литвѣ закону 10 апрѣля 1922 г., супругъ получаетъ одну четверть имущества въ собственность, а если нѣтъ нисходящихъ умершаго, то, кромѣ того, остальныя три четверти въ пожизненное пользованіе.

При расторженіи брака или признаніи его недѣйствительнымъ наслѣдованіе бывшаго супруга исключается, за прекращеніемъ прежней близости и отсутствіемъ основанія къ правопреемству [3]). Отмѣняется супружеское наслѣдованіе также признаніемъ брака недѣйствительнымъ уже послѣ смерти супруга по требованію другихъ лицъ (когда такое требованіе допускается). Продолжать начатый супругомъ искъ о разводѣ послѣ его

нія между супругами были таковы, что, по совѣсти и справедливости, пережившій супругъ не долженъ участвовать въ наслѣдствѣ. Объясненія, IV, 1903, стр. 106. Однако такія же „вѣскія основанія“ могутъ быть и у обыкновеннаго наслѣдника, тѣмъ не менѣе трансмиссія тутъ допускается. Нежелающій вправѣ отречься, наслѣдство никому не навязывается.

[1]) Ср. рѣш. гражд. 1914 г. № 8.

[2]) X т. I ч. стт. 1151, 1153. Норма, вызвавшая вообще отрицательное отношеніе! Дѣйствительно большей аномаліи, какъ это правопреемство при жизни наслѣдодателя, не въ состояніи былъ придумать старый законъ, спутавшій всѣ понятія о „наслѣдованіи“, „прижиткѣ“, „обезпеченіи“ и пр. Впрочемъ, были попытки со стороны практики ограничить это право только родовыми имуществами, ср. рѣш. гражд. 1897 г. № 68.

[3]) Пр. Гр. Ул., ст. 1372, Čecho-Slov., § 720; намекъ на эту мысль—въ ст. 533^{18}, пп. 1 и 2 X т. I ч. BGB отвергаетъ наслѣдованіе супруга даже въ случаѣ начатія другимъ супругомъ, впослѣдствіи умершимъ, иска о разводѣ, если налицо имѣется одна изъ законныхъ причинъ къ разводу, § 1933.

смерти дѣйствующій нашъ законъ не дозволяетъ, а потому у насъ смерть супруга до окончанія дѣла не препятствуетъ пережившему супругу наслѣдовать. Пережившій супругъ, имѣющій какія-либо иныя наслѣдственныя права, въ качествѣ родственника умершаго супруга, получаетъ, кромѣ супружеской доли, и эти права.

Родители, по дѣйствующему нашему праву, имѣютъ пожизненное пользованіе недвижимостью и находящимися въ кредитныхъ учрежденіяхъ капиталами своихъ бездѣтно умершихъ дѣтей, имущества же, доставшіяся дѣтямъ отъ самихъ родителей (конечно, дарственно), возвращаются къ послѣднимъ, „не въ видѣ наслѣдства, а яко даръ". Родители, по разъясненію сената,—преемники отдѣльныхъ правъ дѣтей послѣ смерти послѣднихъ[1]). Родители, значитъ, особаго рода сингулярные сукцессоры (съ соотвѣтственными правами и обязанностями), но не универсальные преемники въ какой либо мѣрѣ и долѣ.

Смерть лица, получившаго имущество въ даръ отъ своихъ родителей, безразлично въ зачетъ наслѣдственной долгъ или не въ зачетъ, имѣетъ, по ученію сената, послѣдствіемъ особое право дарителя имущества, напоминающее наслѣдованіе (а не уничтоженіе дара). Коль скоро умершій оставилъ послѣ себя дитя, хотя бы послѣднее умерло послѣ delatio, изложенное правило не примѣняется, а наслѣдство считается открывшимся послѣ потомка одареннаго [2]).

Сенатъ отвергаетъ свойства наслѣдованія и въ пожизненномъ пользованіи родителей, правда, не безъ колебаній [3]). Между тѣмъ по-

---

[1]) X т. I ч., стт. 1141, 1148, рѣш. гражд. 1873 г. № 436, Рязановскій, О посмертномъ преемствѣ супруговъ, 1914 г., ст. 137, его же—Преемство въ линіи восходящей по русскому праву, 1916, стр. 71.

[2]) Ср. рѣш. гражд. 1903 г. № 9. Статья 1142 X т. I ч. соотвѣтствуетъ отчасти Code civil, Код. Нап., 447, гдѣ также установленъ особый видъ наслѣдованія восходящихъ въ подаренномъ ими наслѣдодателю имуществѣ. Потому наслѣдственная масса такого лица во Франціи и въ б. Сувалкской губ. дѣлится на двѣ части, изъ которыхъ одна будетъ состоять изъ имущества, подареннаго ему восходящимъ и къ нему всецѣло возвращающагося, а другая изъ остального имущества, къ которому примѣняются общія правила наслѣдованія. Рѣш. гражд. 1902 г. № 5.

[3]) Объ этихъ колебаніяхъ, въ особенности въ вопросѣ о платежѣ долговъ, см. рѣш. гражд. 1873 г. № 436, 1876 г. № 274, 1875 г. № 821, 1892 г. № 46. Въ послѣднемъ изъ указанныхъ рѣшеній сенатъ нашелъ, что даже утвержденія въ правахъ наслѣдованія для полученія отцомъ пожизнен-

жизненное пользованіе родителей, какъ оно описано въ законѣ, ничѣмъ не отличается отъ другихъ видовъ наслѣдованія [1]).

Надо замѣтить, что не только теорія и практика не заняли прочной позиціи въ вопросѣ о характерѣ этого права родителей, но и самъ законъ не выдерживаетъ линіи до конца. Въ новѣйшее время законодательство стало явно склоняться къ признанію „наслѣдственныхъ правъ" родителей. Таковъ, напр., законъ 3 іюля 1902 г. и особенно Пол. 20 марта 1911 г. объ авторскомъ правѣ [2]). Пр. Гр. Ул. утверждаетъ наслѣдственныя права родителей, согласно принятой имъ системѣ законнаго наслѣдованія. Если бы нынѣшняя наша практика приняла точку зрѣнія наслѣдованія родителей, какъ относительно пожизненнаго пользованія, такъ и относительно возврата „дара", это было бы шагомъ впередъ: слѣдуетъ стремиться къ унификаціи наслѣдственныхъ правъ скорѣе, думается, чѣмъ къ разнымъ „сепаратизмамъ" въ этомъ отношеніи.

Изложенное правопреемство принадлежатъ и матери внѣбрачнаго, а также усыновителю относительно усыновленнаго. Другіе восходящіе—дѣдъ, бабка и т. д.—совершенно исключаются дѣйствующимъ закономъ изъ наслѣдованія.

Охрана наслѣдства.

До явки отсутствующихъ наслѣдниковъ необходимо оградить ихъ права и сберечь наслѣдство, особенно движимыя вещи отъ расхищенія и иныхъ злоупотребленій. Вѣрители наслѣдователя также заинтересованы въ сохраненіи наслѣдственнаго имущества. Имѣетъ интересъ въ томъ и

наго пользованія не требуется, а для принятія процентовъ по жизнь съ капиталовъ умершихъ дѣтей на основаніи 1145 ст. X т. I ч. достаточно свидѣтельства суда; ср. рѣш. гражд. 1887 г. № 91.

[1]) Что же касается ст. 1142 X т. I ч., то ко многимъ объясненіямъ ея, даваемымъ русскими цивилистами, можно добавить еще одно: желательно было оправдать, почему подаренныя родителями вещи должны перейти къ нимъ, а не къ боковымъ родственникамъ: пріобрѣтеніе послѣднихъ есть универсальное, пріобрѣтеніе родителей частное, „не въ видѣ (общаго?) наслѣдства". Эту мысль, повидимому, законъ и стремился выразить,—въ чрезвычайно неудачной, многословной редакціи.

[2]) X т. I ч., ст. 695[6]. Синайскій, Русское гражд. право, в. 2, 1918, стр. 261. Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ, 1912, стр. 115.

фискъ. Охрана наслѣдства производится путемъ описи, опечатанія и передачи имущества на храненіе, съ вызовомъ наслѣдниковъ [1]). Никакія охранительныя мѣры не нужны, коль скоро есть завѣщаніе.

Опись и опечатаніе имѣютъ мѣсто когда при открытіи наслѣдованія наслѣдники отсутствуютъ, причемъ предполагается отсутствіе болѣе или менѣе постоянное, а движимость описывается и при отсутствіи нѣкоторыхъ или основательномъ сомнѣніи въ томъ, всѣ ли наслѣдники находятся налицо. Иначе законъ предписываетъ воздерживаться отъ этихъ мѣръ, могущихъ быть стѣснительными для членовъ семьи [2]), а иногда и для третьихъ лицъ. Имущество пребываетъ въ состояніи охраны до принятія наслѣдства.

Охрана находитъ примѣненіе и тогда, когда совершенно неизвѣстно, имѣются ли какіе наслѣдники и кто они. Охраненію подлежитъ имущество, которое находилось во владѣніи умершаго [3]), но, конечно, нѣтъ надобности, чтобы оно было въ мѣстѣ прежняго постояннаго жительства наслѣдодателя. Послѣ умершаго супруга описывается и опечатывается только его имущество, а не все, что находилось въ общей квартирѣ супруговъ, какъ то имѣетъ мѣсто при взысканіяхъ [4]). Должностныя лица (судебные пристава), производящіе опись и опечатаніе, властны выдавать третьимъ лицамъ вещи, несомнительно принадлежащія послѣднимъ. Съ другой стороны, опекуны и наслѣдники вправѣ предъявлять иски о включеніи въ наслѣдственную массу изъятыхъ кѣмъ-либо предметовъ наслѣдства [5]).

Вызовъ наслѣдниковъ имѣетъ въ виду ускорить принятіе наслѣдства и уничтожить этимъ неопредѣленность. Онъ можетъ быть произведенъ въ любой моментъ, не стѣсняясь никакой давностью, т. е. хотя бы прошло и болѣе 10 лѣтъ со дня открытія наслѣдованія [6]). Это—охранительная мѣра sui generis. При отсутствіи

---

[1]) X т. I ч. стт. 1224, 1225, Пр. Гр. Ул., стт. 1539, 1540, BGB, § 1960, Code Civil, Код. Нап., 819, 820.

[2]) Практ. и Теор. Ком. Вормса и Ельяшевича, в. 3, стр. 46.

[3]) рѣш. гражд. 1880 г. 188.

[4]) рѣш. гражд. 1890 г. № 122.

[5]) Изъ охраненнаго имущества возмѣщаются расходы по сохраненію „по количеству издержекъ и качеству труда“, а также и по погребенію наслѣдодателя,—безъ необходимости особыхъ исковъ, рѣш. гражд. 1884 г. № 56, 1894 г. № 49.

[6]) рѣш. гражд. 1909 г. № 92.

сомнѣній, что всѣ наслѣдники налицо, вызовъ излишенъ. Сомнѣніе на практикѣ устраняется выдачей соотвѣтствующаго свидѣтельства какимъ-либо мировымъ судьей, знающимъ лично составъ семьи умершаго [1]).

По дѣйствующему нашему праву вызовъ дѣлается въ оффиціальныхъ газетахъ. Онъ совершается (кромѣ иниціативы оффиціальныхъ же мѣстъ и лицъ) по иниціативѣ заинтересованныхъ, подъ которыми законъ разумѣетъ довольно ограниченный кругъ персонъ. Это, примѣрно, совладѣльцы умершаго въ имуществѣ, сотоварищи его въ предпріятіи, сообязанные и соуправомоченные съ нимъ въ обязательствѣ, а также кредиторы и должники наслѣдства [2]). Фактически, вызовъ весьма часто совсѣмъ не производится, и наслѣдство остается долгіе годы въ безхозяйномъ состояніи, мало по малу разрушаясь и „разсасываясь". Между тѣмъ дѣло государства вмѣшаться и взять на себя, хотя бы субсидіарно, призывъ отсутствующихъ, тѣмъ болѣе, что эвентуальными преемниками, на выморочномъ правѣ, являются публичныя установленія. Кромѣ того самый вызовъ черезъ публикаціи, которыхъ обыкновенно никто не читаетъ, весьма проблематиченъ: гораздо продуктивнѣе былъ бы оффиціальный розыскъ, нѣкоторое указаніе на который имѣется и въ дѣйствующемъ нашемъ законѣ [3]).

---

[1]) Мировой судья не можетъ основываться въ данномъ случаѣ на показаніяхъ свидѣтелей или другихъ лицъ, какъ то неправильно дѣлается у насъ нерѣдко. Требованіе сената, чтобы помянутое свидѣтельство выдавалось только мѣстнымъ по открытію наслѣдства мировымъ судьей, рѣш. гражд. 1911 г. № 24, нецѣлесообразно и неосновательно.

[2]) X т. I ч., ст. 1224, Уст. Гражд. Судопр., ст. 1402, того же Устава ст. 4, Анненковъ, Защита правъ третьихъ лицъ въ производствѣ по охраненію наслѣдства, Журн. Гр. и Ул. Права, 1889 г., кн. II, стр. 61, 68 и сл. L'interêt fait l'action. Наслѣдникъ, по нашему закону, не можетъ участвовать въ процессѣ охраны (см. a sensu contrario Синайскій, Русское гражд. право, в. 2, 1918, стр. 229, и указываемое имъ рѣш. гражд. 1884 г. № 65, въ которомъ, впрочемъ, вопросъ прямо не разрѣшается). Наслѣдникъ въ состояніи принять наслѣдство или отречься отъ него, X т. I ч., ст. 1255, но не „охранять" его для кого-либо. Въ этомъ, однако, не достоинство, а скорѣе недостатокъ нашего дѣйствующаго закона, такъ какъ наслѣдникъ бываетъ заинтересованъ, — хотя бы для выясненія себѣ вопроса о принятіи или отреченіи, — въ составленіи описи, опечатаніи, вызовѣ наслѣдниковъ и другихъ охранительныхъ мѣрахъ. См. Герардъ, Объ охранѣ наслѣдства, Журн. Гр. и Уг. Права, 1873 г., кн. V, стр. 157, 121.

[3]) Ст. 1240 X т. I ч. По истеченіи шести мѣсяцевъ со

Принципіально представляется важнымъ и существеннымъ не столько точное указаніе способовъ сохраненія наслѣдства и розыска наслѣдниковъ, сколько предоставленіе суду устанавливать эти способы по конкретнымъ даннымъ и условіямъ, съ широкимъ надзоромъ и контролемъ со стороны того же суда. Послѣднему также надлежитъ рѣшать, по свободному усмотрѣнію, когда именно мѣры охраненія должны имѣть мѣсто. Руководящимъ началомъ должно быть: наибольшее огражденіе интересовъ отсутствующихъ, наименьшее стѣсненіе для присутствующихъ. Принципъ оффиціальности слѣдуетъ принимать въ разсчетъ при всякой охранительной мѣрѣ. Но обо всемъ этомъ можно трактовать лишь съ точки зрѣнія реформы [1]).

Утвержденіе наслѣдственныхъ правъ.

Участіе оффиціальныхъ органовъ—суда — въ легитимаціи наслѣдника выражается въ формѣ утвержденія наслѣдственныхъ правъ. Судъ опредѣляетъ, на основаніи представленныхъ свѣдѣній, что данному лицу приналежитъ все наслѣдство или квота. При этомъ судъ не доискивается права собственности на наслѣдственное имущество; онъ убѣждается лишь „въ относительномъ правѣ просителя на наслѣдованіе послѣ лица умершаго“, т. е. въ томъ, имѣетъ ли проситель послѣ умершаго право законнаго наслѣдованія [2]). Если же рѣчь идетъ о наслѣдо-

---

дня послѣдней публикаціи явившіеся наслѣдники вправѣ утвердиться въ правахъ наслѣдованія, другіе же сохраняютъ право иска къ нимъ о своихъ доляхъ на общемъ основаніи. Если никто не явится, наслѣдство остается въ опекунскомъ управленіи, стт. 1241, 1164. Почему то сдѣлано закономъ исключеніе для капиталовъ, внесенныхъ въ Государственный Банкъ: при наличности таковыхъ въ наслѣдствѣ вызовъ безусловно обязателенъ во всѣхъ случаяхъ, рѣш. гражд. 1892 г. № 46 (въ рѣшеніи 1911 г. № 24 признано, что это законоположеніе „исключительное, не распространяющееся на правоотношенія, въ немъ не предусмотрѣнныя“, стало быть, не касающееся прочихъ кредитныхъ учрежденій или сберегательныхъ кассъ). Вызовъ отпадаетъ по отношенію къ капиталамъ, въ Государственномъ Банкѣ находящимся, какъ разъясняетъ сенатъ, „лишь при исполненіи утвержденнаго судомъ духовнаго завѣщанія“, то же рѣш. гражд. 1892 г. № 46.

[1]) Ближайшій порядокъ описи, опечатанія имущества и вызова наслѣдниковъ составляетъ предметъ процессуальнаго права.

[2]) А. Гордонъ, Что долженъ доказать суду наслѣдникъ по закону для полученія открывшагося наслѣдства, Судебный журналъ, 1873 г., кн. II, стр. 11. Рѣш. гражд. 1867 г. № 177.

ваніи по завѣщанію, судъ констатируетъ, что данный актъ есть дѣйствительно духовное завѣщаніе, подлежащее исполненію. И то и другое соотвѣтственно удостовѣряется (Erbschein). Такого рода удостовѣреніе создаетъ презумцію наслѣдственныхъ правъ. По всѣмъ, почти, законодательствамъ Запада, наслѣдникъ можетъ, по желанію, обойтись и безъ утвержденія, вступивъ прямо въ обладаніе наслѣдственными правами [1]).

Институтъ Erbschein имѣетъ въ виду устраненіе сомнѣній, по крайней мѣрѣ съ внѣшней стороны, относительно личности и правъ наслѣдника и охраненіе интересовъ третьихъ лицъ, вступающихъ въ юридическія отношенія съ наслѣдникомъ. Институтъ этотъ выработался на почвѣ римскаго и германскаго права — bonorum possessio. Древній преторскій декретъ шелъ навстрѣчу наслѣдникамъ, позволяя имъ свободно вступать въ наслѣдство,—безъ тѣни подозрѣнія въ самоволіи. Точно также старое германское право направляло въ судъ лишь сомнѣвающагося, желающаго соблюсти осторожность наслѣдника. Въ дальнѣйшемъ судебное признаніе наслѣдственныхъ правъ выросло на корнѣ земельныхъ правоотношеній и требованія внесенія правъ на недвижимость въ Grundbuch. Вначалѣ Erbschein выдавался только при наслѣдованіи по закону, BGB распространилъ его и на наслѣдованіе по завѣщанію [2]). Erbschein, заключая въ себѣ начало достовѣрности, узаконяетъ всѣ дѣйствія наслѣдника въ отношеніи третьихъ лицъ, поскольку послѣднія не знали о недѣйствительности Erbschein.

По дѣйствующему нашему праву утвержденіе можетъ имѣть мѣсто при наслѣдованіи по закону и должно имѣть мѣсто при завѣщательномъ наслѣдованіи. Въ первомъ случаѣ наслѣдникъ лишь тогда прибѣгаетъ къ формальному утвержденію своихъ правъ, когда они не могутъ быть осуществлены безъ содѣйствія оффиціальныхъ учрежденій. Онъ можетъ просить объ утвержденіи вообще всякій разъ, когда на-

---

[1]) BGB, 2353, 3254, 2355, 2357, Achilles, BGB, 1920, S. 1210 f. Пр. Гр. Ул., ст. 1544 и сл. Code Civil, Код. Нап. требуетъ обращенія въ судъ лишь отъ супруга и государственнаго управленія при полученіи послѣднимъ имущества на выморочномъ правѣ, 770. См. также Правила объ управленіи вакантными и выморочными наслѣдствами, ст. 15, у Ставскаго, Гражд. Законы губ. Ц. Польск., 2, стр. 359. Нѣкоторыя законодательства либо совершенно не содержатъ постановленій по предмету утвержденія наслѣдственныхъ правъ, либо относятъ это къ области процессуальнаго права.

[2]) Binder, Erbrecht, 1923, S. 35 f.

ходитъ нужнымъ легитимироваться. Наслѣдникъ, обращающійся за такимъ утвержденіемъ по истеченіи назначеннаго къ явкѣ шестимѣсячнаго срока, не обязанъ доказывать ни того, кто другіе наслѣдники, ни того, что онъ не одинъ. До истеченія этого срока наслѣдникъ утверждается только тогда, если докажетъ, что онъ единственный наслѣдникъ, управомоченный получить наслѣдство [1]).

Другіе наслѣдники вправѣ предъявить къ утвердившемуся наслѣднику свои притязанія, на общемъ исковомъ основаніи. Это въ состояніи сдѣлать наслѣдники, требующіе свою квоту либо совершенно оспаривающіе права утвержденнаго, какъ лучшіе наслѣдники или какъ правопреемники по завѣщанію. Безъ утвержденія наслѣдникъ, по разъясненію сената, не можетъ получить наслѣдство, если по отношенію къ послѣднему приняты охранительныя мѣры, или если оно заключается въ капиталахъ, находящихся въ кредитныхъ установленіяхъ, въ именныхъ процентныхъ бумагахъ, исполнительныхъ листахъ, долговыхъ документахъ [2]). Но наслѣдникъ вправѣ и безъ утвержденія искать и отвѣчать на судѣ по правамъ, относящимся къ наслѣдованію, предъявлять споръ противъ духовнаго завѣщанія наслѣдодателя, получать исполнительные листы по состоявшимся въ пользу наслѣдодателя судебнымъ рѣшеніямъ, даже отчуждать недвижимость, если не возникаетъ сомнѣнія въ наслѣдственныхъ правахъ такого наслѣдника. Вообще, какъ твердо установлено практикой, „по дѣйствующимъ у насъ издревле узаконеніямъ“ обязательное утвержденіе суда въ правахъ наслѣдованія нашимъ закономъ не предполагается. Поэтому, въ концѣ концовъ, каждое учрежденіе властно у насъ разрѣшать вопросы о наслѣдственныхъ правахъ къ нимъ обращающихся лицъ, коль скоро возможенъ въ данномъ отношеніи болѣе или менѣе безошибочный выводъ, хотя бы отсутствовало формальное опредѣленіе суда объ утвержденіи. Такова же между прочимъ задача и Старшаго Нотаріуса въ этомъ случаѣ [3]).

---

[1]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 1545.

[2]) Разъясненіе Общ. Собр. 1902 г. № 9, рѣш. гражд, 1899 г. № 10, 1877 г. № 310, 1872 г. № 277, 1871 г. № 675. т. XI. ч. 2 Полож. о Городскихъ Общественныхъ Банкахъ, ст. 61, также Уставъ Госуд. Банка, Уст. Госуд. Сберег. кассъ, Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, VI, 1909 г., стр. 404 и сл. По закону о понудительномъ исполненіи при взысканіи наслѣдникомъ по акту, выданному наслѣдодателю, требуется также предварительно утвержденіе въ правахъ наслѣдованія: п. 3 ст. 161[3]. Уст. Гр. Судопр.

[3]) Рѣш. гражд. 1896 г. № 116, 1911 г. № 24, 1905 г.

Легитимація наслѣдника по завѣщанію представляетъ нѣкоторыя особенности на почвѣ нашего права: послѣднее не признаетъ ни за какимъ завѣщаніемъ, все равно нотаріальнымъ или домашнимъ, юридической силы, пока оно не провѣрено судомъ. До этого никакое право назначеннаго наслѣдника не можетъ быть осуществлено. Со времени утвержденія завѣщанія къ исполненію онъ только и пріобрѣтаетъ возможность вступить въ обладаніе наслѣдствомъ [1]). Завѣщаніе передается суду для утвержденія всякимъ, въ чьихъ рукахъ оно находится, т. е. не только наслѣдникомъ, но и нотаріусомъ, хранителемъ, лицомъ, производящимъ опись и опечатаніе, душеприказчикомъ и пр. Соблюденіе срока, годичнаго со дня открытія наслѣдованія (для пребывающихъ за границей двухгодичнаго), обязательно, подъ страхомъ отказа въ утвержденіи [2]). Утвержденіе домашняго завѣщанія производится съ вызовомъ подписавшихся на завѣщаніи свидѣтелей, поскольку это оказывается возможнымъ. Утвержденіе всякаго завѣщанія отклоняется,—кромѣ пропуска срока,—при несоблюденіи въ завѣщаніи установленныхъ формальностей, при очевидной незаконности содержанія, при отсутствіи у завѣщанія завѣщательнаго права, поскольку все это видно изъ самого завѣщанія. [3]).

Правила нашего закона объ утвержденіи духовнаго завѣщанія, суровыя и обременительныя, отражающія старые взгляды, вызваны были малымъ развитіемъ грамотности въ населеніи и опасеніемъ злоупотребленій. Напротивъ, утвержденіе по закону въ общемъ льготно для населенія а практика еще болѣе расширяетъ даваемыя закономъ

№ 4 и 7, 1880 г. № 101 и 65, 1875 г. № 848, 582 и 519, ст. 1408 Уст. Гр. Судопр.

[1]) Рѣш. гражд. 1907 г. № 80, 1905 г. № 4, 1870 г. № 1697.

[2]) Можно доказывать, ст. 1066 X т. I ч., что срокъ пропущенъ по независящимъ обстоятельствамъ, вслѣдствіе умышленнаго сокрытія завѣщанія кѣмъ-либо, увоза завѣщанія въ недоступное для наслѣдника мѣсто, наличности чрезвычайныхъ обстоятельствъ,—напр. военныхъ дѣйствій,—помѣшавшихъ представленію завѣщанія, или отсутствія правильнаго отправленія правосудія и пр. Въ такомъ случаѣ и завѣщаніе дозволяется представить во общій давностный срокъ. Столь продолжительная отсрочка, по сравненію съ нормальнымъ годичнымъ срокомъ,—ничто иное, какъ простая аномалія и несогласованность. Пр. Гр. Ул. даетъ здѣсь лишь новый срокъ, такой же, какой установленъ для представленія завѣщанія къ утвержденію (двухгодичный), исчисляемый со времени устраненія помѣшавшаго обстоятельства, въ предѣлахъ общаго давностнаго срока, ст. 1547.

[3]) Въ Литовскихъ мѣстностяхъ б. Сувалкской губ.

облегченія. De lege ferenda, утвержденіе завѣщанія слѣдовало бы поставить въ тѣ же рамки, что и утвержденіе по закону, сдѣлавъ и первое факультативнымъ правомъ наслѣдника.

Пріобрѣтеніе наслѣдства [1]).

Хотя наслѣдственныя права принадлежатъ наслѣднику съ момента открытія наслѣдованія, но онъ вправѣ отречься отъ наслѣдства, считая для себя пріобрѣтеніе такового невыгоднымъ, ненужнымъ, а можетъ быть, даже антиморальнымъ. Нѣкоторыя законодательства для пріобрѣтенія наслѣдственныхъ правъ предписываютъ еще принятіе наслѣдства, т. е. дѣйствительное вступленіе въ правоотношенія по наслѣдованію. Другія, наоборотъ, связываютъ съ лицомъ наслѣдника всѣ юридическія отношенія уже въ силу самого факта открытія наслѣдованія, не требуя никакого особаго акта принятія. По германскому праву, пріобрѣтеніе наслѣдства происходитъ одновременно съ delatio, такъ что призываемый становится обладателемъ правъ при самомъ наступленіи смерти наслѣдодателя—„der Tote erbt den Lebenden“, „le mort saisit le vif“. Въ это же время могутъ быть обращены къ наслѣднику требованія третьихъ лицъ. Только въ интересахъ практическихъ удобствъ предусматривается нѣкоторое выжиданіе въ виду предоставляемаго наслѣднику въ теченіе опредѣленнаго срока права отказаться отъ наслѣдства [2]). Эту идею усвоило и французское право, но лишь для болѣе близкихъ родственниковъ, къ которымъ право собственности, владѣніе

завѣщаніе собственноручное (и тайное — mistyque) послѣ смерти завѣщателя представляется соотвѣтственному мировому судьѣ, который составляетъ, по внѣшней провѣркѣ завѣщанія, протоколъ о явкѣ и передаетъ завѣщаніе нотаріусу. Это, стало быть, не утвержденіе, а лишь осмотръ и охраненіе. Для публичныхъ (нотаріальныхъ) завѣщаній и эти формальности не требуются. См. Код. Нап., ст. 1007, также стт. 1742, 1693 Уст. Гражд. Судопр.

[1]) При составленіи этого отдѣла авторъ сдѣлалъ нѣкоторыя заимствованія изъ своихъ же очерковъ въ Практическомъ и Теоретическомъ Комментаріи Вормса и Ельяшевича къ Законамъ Гражданскимъ, в. 3, стт. 1254, 1355 и 1359 (безъ спеціальныхъ указаній на источникъ).

[2]) BGB, § 1492, Friedmann, Die Annahme der Erbschaft, 1909, S. 39 f. Schw. ZGB, Art. 560: Die Erben erwerben die Erb-

и право предъявленія исковъ переходитъ уже при открытіи наслѣдованія, съ сохраненіемъ права отреченія (наслѣдственная сезина). Для прочихъ наслѣдниковъ—successeurs irreguliers,—въ томъ числѣ для пережившаго супруга, внѣбрачныхъ дѣтей и государства, необходимъ, по буквѣ закона, вводъ во владѣніе, а по мнѣнію французскихъ юристовъ, по крайней мѣрѣ, фактическое владѣніе на наслѣдственномъ правѣ [1]). Нашъ дѣйствующій законъ стоитъ на точкѣ зрѣнія римскаго права, требовавшаго для пріобрѣтенія наслѣдства не только открытія наслѣдованія, но и aditio, cretio, т. е. принятія. По пандектному праву, только подвластныя дѣти наслѣдодателя пріобрѣтали наслѣдство помимо участія ихъ воли и противъ этой воли, даже если бы наслѣдство было переобременено долгами и у первыхъ вообще былъ интересъ не принимать [2]). Проводя прямолинейно точку зрѣнія универсальнаго преемства и продолженія личности въ отношеніи дѣтей, на которыхъ распостранялась potestas родителя, римское право за предѣлами этого заботилось уже болѣе объ интересахъ наслѣдниковъ, нежели о правахъ третьихъ лицъ. По смыслу нашихъ законовъ до принятія наслѣдства имѣется также лишь предполагаемый наслѣдникъ, но не дѣйствительный, снабженный правами и отвѣтственный по обязательствамъ [3]). Съ принятіемъ наслѣдства послѣднее считается принадлежащимъ наслѣднику со времени delatio [4]). Съ открытіемъ же наслѣдованія наслѣдники пріобрѣ-

---

schaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers Kraft Gesetzes", См. Escher, das Erbrecht des Schw. ZGB, 1912, S. 18.

[1]) См. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. III, 1921, p. 413 s. По Код. Нап. этими successeurs irregulier являются дѣти, рожденныя внѣ брака, переживший супругъ и государство. Во Франціи законъ 25 mars 1896 приравнилъ héritiers natureles къ heritiers legitimes. См. Code Civil, Код. Нап., 724, также 777.

[2]) Дернбургъ, Пандекты, т. III, стр. 136. Сынъ покойнаго, находящійся гдѣ-то въ дорогѣ, далеко отъ своего дома, въ моментъ смерти своего paterfamilias, еще не зная о ней, становился ipso jure наслѣдникомъ (Покровскій). Лишь впослѣдствіи преторъ сталъ давать такому наслѣднику beneficium abstinendi, т. е. право освободиться отъ наслѣдства путемъ непринятія.

[3]) Этотъ принципъ выражаетъ, опредѣленно, между прочимъ, ст. 2622 Св. Приб.: „Призваніемъ къ наслѣдованію устанавливается только одна возможность сдѣлаться наслѣдникомъ".

[4]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 1512. Code civil, Код. Нап., 777.

тают право вступить въ обладаніе наслѣдствомъ посредствомъ его принятія, и только по осуществленіи этого права притязаніе на наслѣдственное достояніе возводится ко времени смерти наслѣдодателя. Положеніе это одинаково относится какъ къ наслѣдникамъ по закону, такъ и къ наслѣдникамъ по завѣщанію [1]). Изложенный порядокъ находилъ себѣ нѣкоторое оправданіе въ самыхъ условіяхъ русской дѣйствительности. При громадныхъ разстояніяхъ и особомъ хозяйственномъ укладѣ, необходимость призываемаго немедленно отречься отъ открывшагося наслѣдства, подъ угрозой въ противномъ случаѣ быть сочтеннымъ за отвѣтственнаго наслѣдника, къ которому дозволяется простирать всякое требованіе къ наслѣдству, могла бы внести замѣшательство въ малоподвижный и вялый гражданскій оборотъ, превратить наслѣдственное право въ источникъ бѣдствій. Съ точки зрѣнія принципіальной представляется, однако, цѣлесообразнымъ принятіе системы наслѣдственной сезины. Эта система наиболѣе отвѣчаетъ жизни, такъ какъ въ большинствѣ случаевъ наслѣдство принимается, а не отклоняется. Она гарантируетъ и интересы третьихъ лицъ, которыя имѣютъ возможность непосредственно осуществить свои претензіи по отношенію къ наслѣднику, не выжидая особаго принятія ими наслѣдства. Система сезины ближе и самому понятію наслѣдованія, какъ непосредственнаго перехода всѣхъ правоотношеній и всей гражданско-правовой личности съ одного на другого [2]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1907 г. № 80, 1891 г. № 105. Въ рѣш. гражд. 1871 г. № 86 заключается выводъ, что отреченіе по нашему закону не является единственнымъ условіемъ освобожденія призываемаго отъ обязанностей по наслѣдству и что для этого достаточно одного „непринятія“. Нашъ законъ держится, такимъ образомъ, принципа самоопредѣленія въ вопросѣ принятія или непринятія наслѣдства, Катковъ, Преемство въ правѣ наслѣдованія по римскому и современному праву, 1904 г., стр. 243, см. также 248 и сл.

[2]) Нѣкоторые юристы стремились уже на почвѣ дѣйствующаго нашего права отстаивать сезину, но неудачно: Шершеневичъ, Русское гражданское право, 1912, стр. 750 и 751. Такъ же и Башмаковъ, аргументація котораго сводится, впрочемъ, болѣе къ демонстрированію преимуществъ германской системы, какъ обезпечивающей права третьихъ лицъ и даже самихъ наслѣдниковъ, Очерки права родового, наслѣдственнаго и обычнаго, 1911, стр. 101, 102. Contra Анненковъ, Система русск. гражд. права, VI, 1909, стр. 422, и редакторы Пр. Гр. Ул., основывающіеся на буквѣ и смыслѣ ст. 1254 X т. I ч.

И такъ, принятіе, по дѣйствующему нашему праву, составляетъ conditio sine qua non пріобрѣтенія наслѣдства,—въ то время, какъ по системѣ сезины принятіе знаменуетъ лишь устраненіе предположенія относительно возможнаго отказа.

Тѣмъ, что наслѣдство уже съ момента delatio считается принадлежащимъ наслѣднику (съ условіемъ принятія, у насъ—или неотреченія, по системѣ сезины), должна быть создана непрерывность обладанія и устранено безхозяйное состояніе наслѣдства. Въ прежнія времена наслѣдство считалось res nullius, такъ что оно могло попасть къ любому лицу. Впослѣдствіи этому противопоставлено было ученіе о наслѣдственной массѣ, какъ самостоятельномъ юридическомъ лицѣ—heredites jacens. Нынѣ и это ученіе отвергнуто, за отсутствіемъ надобности создавать фингированное лицо наслѣдственнаго комплекса. Считается, что во всякое время послѣ смерти наслѣдодателя есть кто-нибудь, имѣющій качества наслѣдника, а стало быть, и субъектъ наслѣдственныхъ правъ [1]). Дѣйствующее наше право не знаетъ не только представительства самого наслѣдства, но даже попечительства или особаго управленія, учреждаемаго на Западѣ (и по Пр. Гр. Ул.) надъ открывшимся наслѣдствомъ до принятія [2]). Весьма сомнительны договоры и иныя соглашенія наслѣдника, какъ субъекта наслѣдственнаго права, съ опекуномъ надъ наслѣдствомъ, какъ представителемъ того же права. Не допустимо предъявленіе исковъ наслѣдниками къ наслѣдственной массѣ. Менѣе сомнительны соглашенія между наслѣдникомъ и душеприказчикомъ, такъ же, какъ и искъ перваго ко второму, въ виду большей самостоятельности правъ душеприказчика (см. дальше). Возможенъ искъ наслѣдника, направленный лично къ душеприказчику, объ исполненіи завѣщанія.

До принятія наслѣдства призванный не лишенъ права совершить нѣкоторыя дѣйствія по обезпеченію правъ, не какъ пріобрѣтающій

---

[1]) Friedmann, cit., S. 79.

[2]) Назначаемая въ связи съ постановленіемъ статьи 215, 752 и 960 Уст. Гражд. Судопр. опека для отвѣта по иску имѣетъ случайный характеръ. Опекунъ тутъ представитель неявившихся наслѣдниковъ и „лица умершаго“, рѣш. гражд. 1910 г. № № 74 и 98. Взглядъ Шершеневича, Учебникъ русскаго гражд. права, стр. 750 и 75, что наслѣдство является само субъектомъ правъ и обязанностей, какъ юридическое лицо, дѣйствующее черезъ своихъ опекуновъ лишенъ правильнаго основанія.

наслѣдство, а какъ лицо, для котораго открывается возможность принятія, — въ силу потенціальности правомочія. Онъ можетъ вступать въ процессы, касающіеся наслѣдства, въ качествѣ третьяго лица на сторону опекуна или душеприказчика, предъявлять иски объ обращеніи имуществъ въ наслѣдственную массу, объ устраненіи душеприказчиковъ, наблюдать за конкурснымъ производствомъ при признаніи несостоятельности наслѣдственной массы и охранять интересы этой массы и пр. [1]).

Принятіе наслѣдства есть волеизъявленіе (n'est héritier qui ne veut), неформальнаго свойства, одностороннее, не требующее акцептаціи съ чьей-либо стороны. Оно происходитъ и путемъ фактическаго вступленія, коль скоро послѣднее даетъ основаніе заключить о намѣреніи вступившаго обладать наслѣдствомъ на правахъ наслѣдника. Принятіемъ наслѣдства можетъ быть даже полученіе съ почты посылки, адресованной на имя наслѣдодателя, или уплата срочнаго долга кредитору, какъ акты, конклюдентно выражающіе волю обладанія [2]).

---

[1]) См. рѣш. гражд. 1893 г. № 111, Рихтеръ, Объ ограниченіи правъ кредиторовъ въ случаѣ смерти должника, 1881 г., стр. 37.

[2]) Рѣш. гражд. 1867 г. № 384, также 1911 г. № 41. Въ рѣш. гражд. 1871 г. № 819 сенатъ нѣсколько затемнилъ вопросъ, признавъ, что „одно заявленіе себя чьимъ-либо наслѣдникомъ не даетъ еще никакихъ правъ и не составляетъ ни явнаго (?), ни гласнаго (?) принятія наслѣдства". Въ другихъ рѣшеніяхъ сенатъ отвергъ эту юридическую фразеологію и сталъ на точку зрѣнія „положительнаго заявленія наслѣдниками воли своей на принятіе наслѣдства", 1873 г. № 695, 1893 г. № 87. Также затемненъ вопросъ о принятіи въ рѣш. гражд. 1913 г. № 44 признаніемъ, что таковымъ, между прочимъ, считается одинаково какъ утвержденіе въ правахъ наслѣдованія, такъ и утвержденіе завѣщаній. Что принятіе слѣдуетъ видѣть въ утвержденіи законнаго наслѣдованія, это очевидно, ибо такое утвержденіе происходитъ лишь по просьбѣ наслѣдника. Но завѣщаніе представляется къ утвержденію даже постороннимъ: почему же лицо, упомянутое въ завѣщаніи, но такового не коснувшееся, а можетъ быть о немъ и не знающее, все же должно почитаться принявшимъ наслѣдство? Удовлетворительнаго отвѣта на это въ приведенномъ сенатскомъ рѣшеніи не найдемъ. Другое дѣло, конечно, если рѣчь идетъ о дестинатаріи, просившемъ объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію: здѣсь всѣ презумпціи за то, чтобы считать такого просителя выразившимъ желаніе и волю принять наслѣдство.

Иногда говорятъ еще о фингированномъ принятіи наслѣдства, заключающемся въ томъ, что наслѣдникъ, умышленно скрывшій или похитившій предметы наслѣдственной массы, считается пріобрѣвшимъ наслѣдство. Это должно служить для наслѣдника какъ бы наказаніемъ за неправомѣрное обращеніе съ наслѣдствомъ [1]). Большинство законодательствъ, въ томъ числѣ и наше, не знаютъ подобнаго рода карательной нормы, но не исключаютъ, конечно, возможности судить по конкретнымъ даннымъ, насколько въ этихъ дѣяніяхъ призываемаго заключается активное вмѣшательство въ наслѣдство, сознательное пользованіе объектами такового, а стало быть, и принятіе.

Актъ принятія способенъ найти выраженіе даже въ платежѣ долговъ наслѣдователя или иномъ исполненіи его обязательствъ. Но нельзя считать принятіемъ, напр., пребываніе въ наслѣдственномъ домѣ, временныя уплаты служащимъ или акты, имѣющіе цѣлью лишь сохраненіе вещей отъ похищенія и гибели. Слѣдуетъ замѣтить, что одни и тѣ же дѣйствія какъ, скажемъ, ремонтъ зданія, посѣвъ, кормленіе скота, застрахованіе имуществъ, взносъ погасительныхъ платежей и процентовъ и пр., могутъ быть разъ сочтены за принятіе, а другой разъ нѣтъ, въ зависимости отъ того, были ли эти дѣйствія предприняты призываемымъ въ качествѣ лица посторонняго—negatiorum gestio —или же въ нихъ сказалась опредѣленная и познаваемая рѣшимость сдѣлаться наслѣдникомъ—pro herede gestio [2]).

То, что мертвую форму внѣшняго дѣянія наполняетъ содержаніемъ юридически—релевантнаго факта,—это субъективный моментъ сознательной воли, опредѣляющій поведеніе лица, какъ хозяина и правопреемника. Выражается ли волеизъявленіе о принятіи въ формѣ утвержденія въ правахъ наслѣдованія либо въ формѣ иного декларативнаго акта, либо, наконецъ, въ фактическомъ пріобрѣтеніи, оно одинаково безповоротно, не можетъ быть ни условнымъ, ни срочнымъ, ни дѣлимымъ въ томъ смыслѣ, чтобы касаться какой-либо произвольно избранной части наслѣдства. Какъ справедливо указываютъ редакторы Пр. Гр. Ул., „наслѣдство со времени открытія предлагается наслѣднику, при наслѣдованіи по закону, на основаніяхъ, закономъ означенныхъ, а при наслѣдованіи по завѣщанію на условіяхъ, опредѣленныхъ волею завѣщателя“. Этихъ основаній и условій призываемый не можетъ измѣнить, посредствомъ оговорокъ и изъятій, ибо

---

[1]) См. Code Civil, Код. Нап., 792, Пр. Гр. Ул., ст. 1516.

[2]) Ср. Friedmann, cit., S. 25.

онъ вступилъ бы тѣмъ на путь недопустимой коллизіи либо съ закономъ, либо съ волей завѣщателя. Не допускается, между прочимъ, принятіе наслѣдства „до предварительнаго ознакомленія съ положеніемъ дѣлъ[1])".

Вступивъ въ наслѣдство, призванный не можетъ уже ссылаться на условія и ограниченія, условное же волеизъявленіе безъ фактическаго вступленія не есть вовсе принятіе[2]). (Бываетъ оговорка не существеннаго свойства: она во вниманіе не принимается, pro non dicto habetur).

Принятіе, когда бы оно ни состоялось, пріурочивается по юридическимъ результатамъ ретроспективно къ моменту деляціи, какъ будто бы оно именно въ этотъ моментъ произошло. Со времени деляціи принявшій считается субъектомъ правоотношеній, къ этому времени относятся и разсчеты по наслѣдству. Соотвѣтственно положенію имущества наслѣдодателя въ моментъ смерти послѣдняго опредѣляются права принявшаго[3]). Принявшій наслѣдство несетъ всѣ послѣдствія принятія: вмѣстѣ съ правами, принадлежавшими наслѣдодателю, на него переходятъ и всѣ обязательства наслѣдодателя, насколько они не прекратились со смертью послѣдняго. Creditores propinquissimi heredes. Долгъ—первый наслѣдникъ. Обязательственныя отношенія между наслѣдодателемъ и самимъ наслѣдникомъ, существовавшія до открытія наслѣдованія, смѣшиваются въ лицѣ принявшаго наслѣдство per confusionem съ момента delatio. Понятно, что и совершеніе всевозможныхъ юридически-релевантныхъ дѣйствій, выполненіе которыхъ лежало на наслѣдодателѣ, соблюденіе сроковъ, связывавшихъ

---

[1]) Рѣш. гражд. 1878 г. № 243, см. Пр. Гр. Ул., Объясненія, IV, 1903, стр. 358.

[2]) Принятіе должно произойти у насъ въ установленный періодъ времени. Непринявшій наслѣдства въ теченіе десяти лѣтъ со дня вызова наслѣдниковъ теряетъ права наслѣдованія. Стт. 1162 и 1246 X т. 1 ч. рѣш. гражд. 1999 г. № 36. Высказанъ былъ крайній взглядъ (Добринъ), будто давности для принятія наслѣдства у насъ вообще не существуетъ, какъ это было въ римскомъ правѣ, но это противорѣчитъ очевидности. Справедливо указывалось, что при такомъ положеніи была бы излишней публикація. Кромѣ того не могла бы наступить никогда выморочность. Давность для принятія наслѣдства вытекаетъ не только изъ отдѣльныхъ статей закона, но изъ всего духа и смысла нашего наслѣдственнаго права. Въ отношеніи завѣщанія, утвержденнаго къ исполненію, давности для принятія наслѣдства не существуетъ, пропускъ десятилѣтняго срока „наслѣдственныхъ правъ на завѣщанное имущество не поражаетъ", рѣш. гражд. 1913 г. № 43.

[3]) См. рѣш. гражд. 1907 г. № 11.

послѣдняго, обязательны для наслѣдника, который не вправѣ отговариваться позднимъ принятіемъ наслѣдства.

По обязательствамъ и долгамъ наслѣдодателя наслѣдникъ отвѣчаетъ въ полномъ размѣрѣ, когда наслѣдуетъ одинъ, и соразмѣрно полученной долѣ, если наслѣдуетъ съ другими. Таково общее правило. Солидарной отвѣтственности наслѣдниковъ нашъ законъ не признаетъ. Долевая отвѣтственность приноситъ не мало вреда и потерь кредиторамъ, вынужденнымъ дробить требованія между многочисленными должниками. Напротивъ, по другимъ законодательствамъ за общіе наслѣдственные долги наслѣдники отвѣчаютъ совокупно [1]).

Размѣръ и характеръ отвѣтственности указаны самимъ закономъ; ни завѣщатель ея измѣнить не можетъ—на одного возложить больше, на другого меньше, кого-либо совершенно освободить или установить солидарность („долгъ не ждетъ завѣщанія")—, ни наслѣдники путемъ соглашенія этого сдѣлать не въ состояніи. Завѣщательное распоряженіе о способѣ расплаты наслѣдниковъ имѣетъ значеніе для взаимныхъ разсчетовъ наслѣдниковъ между собою, но не для кредиторовъ, права которыхъ опредѣляются не волею наслѣдодателя, а самимъ закономъ. Точно также для наслѣдниковъ, а не третьихъ лицъ, обязателенъ договоръ первыхъ между собою о распредѣленіи на извѣстныхъ началахъ наслѣдственныхъ долговъ [2]). За долгъ, лежащій на доставшемся наслѣднику имѣніи, послѣдній несетъ отвѣтственность самъ („вещный долгъ"), не будучи вправѣ требовать чего-либо отъ другихъ сонаслѣдниковъ, развѣ бы иное, въ этомъ отношеніи, вытекало изъ завѣщанія. Въ размѣрѣ своей доли несетъ отвѣт-

---

[1]) У насъ о долевой отвѣтственности—рѣш. гражд. 1880 г., № 35, 1869 г. № 1292, ср. ст. 1548 X т. 1 ч. Даже держатель закладной долженъ дѣлить долгъ между сонаслѣдниками, получившими задолженное имущество, и „обращать на каждую часть изъ заложеннаго имѣнія взысканіе лишь такой суммы по закладной, которая соразмѣрна съ отношеніемъ этой части заложеннаго имѣнія къ цѣлому заложенному имѣнію"; рѣш. гражд. 1881 г. № 127. Какое стѣсненіе для посторонняго человѣка! Точку зрѣнія долевой отвѣтственности наслѣдниковъ отстаиваетъ для будущаго (безъ достаточнаго основанія) Пр. Гр. Ул., Объясненія, IV, 1903 г., стр. 383. Долевая отвѣтственность во французскомъ правѣ—Code Civil, Код. Нап. 870, 871. Солидарная отвѣтственность—BGB § 2058, Schw. ZGB, Čecho-Slov., § 560.

[2]) Nomina et debita hereditoria ipso jure inter heredes dividuntur. Рѣш. гражд. 1881 г. № 127 и 62, 1880 г. № 70, 1876 г., № 307, 1871 г. № 1173.

ственность по обязательствамъ и супругъ [1]). Въ случаяхъ предъявленія всего требованія къ одному изъ сонаслѣдниковъ, на немъ тяготѣетъ бремя доказыванія, какая доля отвѣтственности упадаетъ на другихъ наслѣдниковъ [2]).

На наслѣдника возлагается обязанность погребенія умершаго и несенія всѣхъ издержекъ, съ этимъ связанныхъ (die Kosten des standmässigen Beerdigung). Въ основѣ этой обязанности лежитъ, впрочемъ, не наслѣдственное преемство, а законъ—obligatio ex lege, обязательство изъ отношеній нравственно-естественныхъ. Иногда возлагаютъ на наслѣдниковъ еще облигаторное содержаніе, въ теченіе извѣстнаго срока послѣ смерти наслѣдодателя, лицъ, жившихъ при открытіи наслѣдованія въ его квартирѣ на его иждивеніи. Наше право не знаетъ этой обязанности, по существу справедливой и общественно-необходимой.

По размѣрамъ своимъ, отвѣтственность наслѣдника по обязательствамъ наслѣдодателя полная и неограниченная, независимо отъ количества полученнаго. Wer einen Heller erbt, muss einen Thaler zahlen.

Принципъ неограниченной отвѣтственности наслѣдниковъ поддерживало, между прочимъ, то, что въ немъ всегда видѣли практическое средство обезпеченія кредиторовъ, которые „со смертью должника—явленіемъ случайнымъ, не должны лишиться того удовлетворенія, на которое могли разсчитывать при жизни наслѣдователя“ [3]). Въ древнемъ Римѣ отвѣтственность наслѣдника ultra vires hereditatis объяснялось смѣшеніемъ имуществъ наслѣдодателя и наслѣдника, необходимостью гарантировать интересы третьихъ лицъ и освящалось самой идеей продолженія наслѣдникомъ гражданской - правовой личности своего наслѣдодателя. Императоръ Юстиніанъ, желая оградить и наслѣдниковъ отъ излишней и несправедливой отвѣтственности, создалъ для нихъ льготу составленія описи—beneficium inventarii—, пользуясь которой наслѣдникъ въ состояніи былъ поставить свои наслѣдственныя обязанности въ зависимость отъ размѣровъ полученнаго. Въ старой Европѣ, склонявшейся къ признанію именно ограниченной отвѣтственности наслѣдника („wo nichts ist hat der Kaiser sein Recht verloren“), Юстиніановская инвентарная си-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1880 г. № 35, 1879 г. 171. Нѣсколько иначе—1868 г. № 563, см. 1911 г. № 41.

[2]) рѣш. гражд. 1912 г. № 47, 1880 г. № 171, 1877 г. № 330. Это не касается супруга, съ лицомъ котораго не связывается у насъ презумпція „единства наслѣдственнаго преемства“.

[3]) Кассо, Преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя, 1895, стр. 6, I.

стема нашла себѣ благодарную почву. Въ настоящее время эта система находитъ себѣ широкое примѣненіе [1]). Въ Германіи наслѣдникъ отвѣчаетъ ограниченно, если просилъ объ учрежденіи попечительства надъ наслѣдствомъ, не вмѣшиваясь самъ въ дѣла наслѣдства, или же составилъ опись наслѣдства. Точно также по французскому праву принявшій наслѣдство на инвентарномъ правѣ обязанъ платить лежащіе на наслѣдствѣ долги лишь въ объемѣ доставшихся ему имуществъ [2]). Наше право не знаетъ инвентарной системы принятія наслѣдства и связанной съ нимъ „соразмѣрной“ отвѣтственности наслѣдника. Высказываемый иногда противоположный взглядъ основанъ на нѣкоторыхъ историческихъ данныхъ, изъ которыхъ видно, однако, лишь то, что въ прежней Россіи издавались отдѣльные сепаратные указы, въ интересахъ конкретной справедливости ограничивавшіе отвѣтственность того или иного наслѣдника по долгамъ наслѣдодателя. Также при конфискаціяхъ и принятіи наслѣдства по выморочному праву кредиторамъ уплачивалось лишь въ размѣрѣ принятого имущества. Но общимъ правиломъ

---

[1]) Это создаетъ въ средѣ юристовъ даже такое мнѣніе, будто нынѣ верхъ беретъ чисто экономическій принципъ, вытѣсняя прежній идеологическій взглядъ на моральныя связи между наслѣдникомъ и наслѣдодателемъ. Однако, подобное заключеніе бьетъ мимо цѣли, такъ какъ инвентарная отвѣтственность есть только частный коррективъ справедливости, не болѣе: имъ основное начало наслѣдованія какъ преемства въ гражданско-правовой личности, не ослабляется (infra).

[2]) BGB, § § 1967, 1975, 1994, 2013, Code Civil, Код. Нап. 802. Св. Приб., стт. 2648, 2649, Пр. Гр. Ул., стт. 1523, 1529, также Schw ZGB, Art. 580 и 593 (öffentlicher Inventar oder Liquidation), Čecho-Slov., § § 760, 761. Изъ инвентарной отвѣтственности выросло принятое нѣкоторыми законодательствами начало, что наслѣдникъ можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ совершенно освободиться отъ отвѣтственности путемъ выдачи кредиторамъ и легатаріямъ всего наслѣдственнаго имущества, Codice Civil, Код. Нап., 802, п. I. Cretchmar, Das Erbrecht des deutschen BGB, 1910, S. 301.—Замѣчается тенденція предоставлять наслѣднику, даже не прибѣгшему къ „инвентарю“, доказывать, что полученное наслѣдство превышаетъ долги, такъ что особаго заявленія Antretung sub beneficio inwentarii — не требуется, и составленіе инвентаря служитъ лишь облегченіемъ доказыванія. Эту тенденцію усвоило пока изъ кодексовъ—только Бразильское Гражд. Уложеніе 1 января 1916 г. (сохранившее въ то же время въ цѣлости den Grundsatz der Universalsukcession, ст. 1587, нѣм. изд. Heinsheimer 1928, и коммент. издателя къ стт. 1572—1575).

была и осталась у насъ несомнѣнно, отвѣтственность неограниченная [1]). Если такова категорія сущаго, то иначе обстоитъ дѣло съ категоріей должнаго.

Наслѣднику, безспорно, необходимо дать ту или иную возможность освободиться отъ безграничной отвѣтственности передъ казной, кредиторами и легатаріями, путемъ закрѣпленія въ оффиціальномъ актѣ количества полученнаго въ наслѣдство. Пусть безпредѣльная отвѣтственность есть обще-логическій выводъ изъ универсальнаго преемства, практическія условія и гражданскій оборотъ обнаруживаютъ потребность въ изъятіяхъ для отдѣльныхъ случаевъ. Этой потребности вполнѣ отвѣчаетъ существующій повсемѣстно наслѣдственный, „инвентарь", введеніе котораго—одна изъ важнѣйшихъ задачъ реформы нашего гражданскаго права [2]).

---

[1]) Что положенія ст. 1529 заимствованы изъ источниковъ западнаго права и изъ римскаго законодательства – это твердо установлено, См. Кассо, Преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя, 1895 г., въ особенности стр. 226 и сл., И. Кистяковскій, Долговая отвѣтственность наслѣдника въ римскомъ правѣ, 1900 г., стр. 102 и сл. Впрочемъ, по мнѣнію второго авт. ра, уже въ римскомъ правѣ необходимость для наслѣдника платить долги наслѣдодателя и исполнять обязательства наслѣдовательной массы, безпредѣльно и неограниченно, была признана отжившей свой вѣкъ и была удержана только въ силу традиціоннаго консерватизма, ib. стр. 103, но это, повидимому мало подтверждается источниками и идетъ вразрѣзъ съ общимъ мнѣніемъ. Достовѣрно лишь то, что, рецепируя эту отвѣтственность наслѣдника ultra vires hereditatis, наше законодательство оставило безъ всякаго вниманія важный коррективъ къ нему—beneficium inventarii.

[2]) Согласно прим. къ 1259 ст. по обязательствамъ безсрочнымъ и срокомъ до востребованія наслѣдникъ отвѣчаетъ только полученнымъ имуществомъ. Это исключеніе объясняемое, повидимому, особой тяжестью такихъ обязательствъ для наслѣдника, которому, въ виду возможности немедленнаго взысканія, законъ и пожелалъ представить нѣкоторыя средства защиты. Льгота наслѣднику по долгамъ торговаго заведенія, заключающаяся въ отвѣтственности лишь наслѣдственнымъ имуществомъ при составленіи описи „конторскимъ книгамъ, документамъ, наличнымъ деньгамъ и векселямъ" (a contrario изъ ст. 10 прилож. 1238 ст. X т. I ч.), имѣетъ въ виду поощрять такого наслѣдника къ вызову кредиторовъ, составленію описи, оповѣщенію властей. Эта мѣра, созданная еще Банкротскимъ Уставомъ 1800 г. въ интересахъ торгово-

Privillegium inventarii, гдѣ оно существуетъ, создается только для наслѣдниковъ. Но и кредиторы наслѣдователя часто заинтересованы въ раздѣленіи правовыхъ сферъ наслѣдодателя, съ одной стороны и наслѣдника, съ другой, именно, когда наслѣдникъ лично обремененъ долгами и взысканіе съ него самого можетъ уменьшить ихъ шансы на полученіе. Въ такомъ случаѣ Римское право прибѣгало къ т. наз. separatio bonorum, т. е. къ обособленію правовой сферы наслѣдодателя, для того, чтобы кредиторъ послѣдняго могъ получить удовлетвореніе изъ своей, такъ сказать, натуральной имущественной массы, не конкуррируя съ вѣрителями самого наслѣдника. Современныя новѣйшія законодательства отказались отъ института сепараціи, находя болѣе вѣрное средство обезпеченія интересовъ кредиторовъ въ учрежденіи особаго управленія, Nachlassverwaltung (BGB, Schw. ZGB). Цѣль послѣдняго—покрыть изъ наслѣдства сначала долги наслѣдодателя, а затѣмъ уже выдать имущество наслѣдникамъ и его кредиторамъ. Напротивъ, французское право удержало сепарацію, какъ цѣльный институтъ. Устанавливаетъ ее и Пр. Гр. Ул. [1]). На почвѣ дѣйствующаго нашего права сепарація можетъ быть выведена только изъ общаго содержанія законовъ, не допускающихъ мысли объ умаленіи правъ вѣрителей вслѣдствіе смерти должника.

Separatio допускается у насъ каждый разъ, когда въ ней возникаетъ реальная потребность, и осуществляется путемъ иска или возраженія, а иногда и въ частномъ производствѣ (при распредѣленіи вырученныхъ отъ продажи имущества должника денегъ между кредиторами). По дѣйствующему нашему праву сепарація—не генеральное раздѣленіе имуществъ, а лишь проблема преимущественнаго удовлетворенія кредиторовъ наслѣдодателя изъ предметовъ, принадлежащихъ къ наслѣдственной массѣ и имѣющихся налицо у наслѣдника [2]). Такъ

промышленныхъ предпріятій, столь часто запущенныхъ и задолженныхъ, носитъ также характеръ спеціальнаго изъятія.— Родители, которые не считаются настоящими наслѣдниками по дѣйствующей у насъ практикѣ (см. выше), не обязаны въ случаѣ недостатка оставшагося послѣ дѣтей имѣнія платить долги послѣднихъ изъ собственнаго своего имущества: рѣш. гражд. 1876 г. № 274, 1875 № 821, 1873 г. № 758. Это—особая отвѣтственность cum viribus hereditatis, т. е. не въ размѣрѣ полученнаго (pro viribus hereditatis), а лишь имѣющимся налицо наслѣдственнымъ имуществомъ.

[1]) ст. 1533. Code Civil, Код. Нап., 878—880.

[2]) Сенатъ первоначально не признавалъ никакой сепараціи, ссылаясь на то, что „законъ не устанавливаетъ различія между долгами наслѣдодателя и личными долгами наслѣд

какъ рѣчь идетъ здѣсь о привиллегіи для вѣрителей, то они и при состоявшейся сепараціи не лишены права обращать взысканіе также на имущество наслѣдника и въ случаѣ недостатка въ предметахъ наслѣдственной массы и вообще, при всѣхъ условіяхъ. Само собою разумѣется, что законодательная замѣна отжившей separatio bonorum, создающей немалую путаницу на практикѣ—особенно въ такомъ несовершенномъ видѣ, какъ она существуетъ у насъ—, институтомъ наслѣдственнаго управленія вполнѣ отвѣчала бы современнымъ потребностямъ.

Отреченіе—отказъ наслѣдника отъ открывшагося наслѣдства—такъ же, какъ и принятіе, есть волеизъявленіе, но болѣе формальнаго характера, дѣлаемое обыкновенно передъ судомъ, путемъ подачи соотвѣтственнаго письменнаго заявленія. Отреченіе столь же безусловно, безсрочно и пр., какъ и принятіе. Съ существенными оговорками этого рода, оно лишено всякой силы и отпадаетъ. Недѣйствительно отреченіе отъ части наслѣдства. Недопустимо отреченіе въ пользу кого-либо: отказъ отъ наслѣдства—актъ односторонній. Немыслимы договоры объ отреченіи. Не создавая самъ по себѣ никакихъ правъ для контрагента, договоръ объ отреченіи можетъ быть сочтенъ для отрекающагося доказательствомъ принятія имъ наслѣдства. Это есть симулятивное принятіе, но все же принятіе, а не отреченіе. Отказъ отъ наслѣдства въ чью-либо пользу, какъ актъ договорный, не есть отреченіе, а отреченіе за вознагражденіе есть использованіе наслѣдства, т. е. принятіе [1]).

ника", рѣш. гражд. 1880 г. № 23, также 1879 г. № 294, 1878 г. № 32. Въ восьмидесятыхъ годахъ сенатъ началъ отказываться отъ этой точки зрѣнія и допустилъ сепарацію, какъ право преимущественнаго удовлетворенія передъ долгами наслѣдника: рѣш. гражд. 1887 г. № 76. См. также 1886 г. № 63, 1895 г. № 75. Подтверждена сепарація въ рѣш. гражд. 1914 г. № 40. За сепарацію высказались Побѣдоносцевъ, Рихтеръ, Анненковъ, Никольскій, Змирловъ, противъ—Кассо.

[1]) Рѣш. гражд. 1878 г. № 243, 1893 г. № 4, иначе 1874 г. № 228. Въ рѣш. 1893 г. № 4 сенатъ отвергъ возможность опредѣленія наслѣдственныхъ долей на основаніи соглашенія объ отреченіи одного сонаслѣдника въ пользу другихъ. По ст. 1517 Пр. Гр. Ул., „наслѣдникъ, отрекшійся отъ наслѣдства за вознагражденіе, считается принявшимъ наслѣдство". Также Code Civil, Код. Нап 780, Laurent, Avent—projet de revision du Code Civil, p. 529. Другія законодательства объ этомъ не упоминаютъ, но мысль о конверсіи возмезднаго „отреченія" въ принятіе является и для нихъ логическимъ выводомъ: подобное отреченіе представляетъ собой въ сущности vice versa способъ раздѣла наслѣдства, см. Пр. Гр. Ул., Объясненія, IV, 1903 г., стр. 368.

Отреченіе не имѣетъ силы, когда оно касается еще не открывшагося наслѣдства. Какъ правильно указалъ сенатъ, отреченіе предполагаетъ, что право принадлежитъ отрекающемуся, а право на наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ лишь съ кончины владѣльца [1]).

Законъ поощряетъ принятіе наслѣдства, но иначе смотритъ на отреченіе. Въ отношеніи безповоротности отреченія онъ вводитъ рядъ коррективовъ. Нѣтъ окончательнаго отреченія, пока налицо не будетъ заявившаго притязаніе другого наслѣдника. Поэтому не только поданное въ судъ заявленіе объ отреченіи можетъ быть взято обратно, но наслѣдникъ вправѣ заявить отказъ отъ отреченія даже послѣ постановленія судомъ опредѣленія о принятіи къ свѣдѣнію отреченія [2]). Съ момента заявленія новымъ наслѣдникомъ своего желанія получить долю, отъ котораго первый наслѣдникъ отрекается, отреченіе становится безповоротнымъ. Фактическое принятіе наслѣдства послѣ отреченія (до того, какъ вступится другой наслѣдникъ) адэкватно отказу отъ отреченія. Согласно Пр. Гр. Ул., наслѣдникъ, отрекшійся отъ наслѣдованія по завѣщанію, не можетъ получить завѣщанное имущество въ порядкѣ наслѣдованія по закону [3]). Дѣйствующее наше право не содержитъ этого воспрещенія, да въ немъ и надобности не представляется. Возможныя въ данномъ случаѣ злоупотребленія, на которыя ссылается Пр. Гр. Ул., какъ обходъ правъ легатарія и пр., предупреждаются инымъ законнымъ способомъ, достаточно гарантирующимъ противъ шиканы. Они не колеблютъ общаго начала, что наслѣдованіе открывается вмѣстѣ съ основаніемъ, которымъ служитъ либо законъ, либо завѣщаніе, а потому отрекшійся отъ наслѣдства, которое открылось для него по тестаменту, не можетъ быть лишенъ правъ принять то же наслѣдство въ качествѣ законнаго наслѣдника, если онъ таковымъ является.

Послѣдствіе отреченія заключается въ томъ, что отрекшійся не въ состояніи уже получить наслѣдство и вообще не имѣетъ къ нему болѣе никакого отношенія. Право наслѣдованія переносится въ такомъ случаѣ

---

[1]) Рѣш. гражд. 1876 г. № 280. X т. 1 ч. ст. 1062, въ видѣ изъятія, даетъ право дочерямъ въ рядныхъ записяхъ отрекаться „отъ дальнѣйшаго участія въ наслѣдствѣ“.

[2]) Рѣш. гражд. 1910 г. № 108, 1904 г. № 97. При поступленіи допустимаго отказа отъ отреченія по принятіи судомъ къ свѣдѣнію послѣдняго судъ долженъ принять къ свѣдѣнію новое заявленіе такъ же, какъ онъ принялъ первое, рѣш. гражд. 1910 г. № 108.

[3]) Ст. 1509. Contra BGB, § 1498, Св. Приб., ст. 2780 и Čecho Slov., § 767.

на другого преемника, для отрекшагося отпадаютъ права и обязанности. По распространенному мнѣнію, отрекшійся считается умершимъ до открытія наслѣдованія, вслѣдствіе чего нисходящіе его вступаютъ въ его степень [1]). Другое ученіе отрицаетъ возможность заступить отрекшагося по правопреемству [2]). Къ этой послѣдней точкѣ зрѣнія примыкаетъ и дѣйствующее наше право, не знающее фикціи смерти отрекшагося. У насъ отрекшійся почитается совершенно отпавшимъ, какъ бы его никогда не было, наслѣдство переходитъ къ другимъ наслѣдникамъ, по ихъ собственному праву—de leur chef и по близости степени родства [3]).

Для принятія, какъ и для отреченія, необходимъ извѣстный комплексъ обстоятельствъ, обусловливающихъ дѣйствительность волеизъявленія вообще, и прежде всего дѣеспособность и свобода воли. Неполнолѣтніе, умалишенные и пр. дѣйствуютъ черезъ законныхъ представителей, юридическія лица—черезъ органы, а по западнымъ законодательствамъ всѣ они принимаютъ наслѣдство лишь на инвентарномъ правѣ, съ ограниченной отвѣтственностью. Несостоятельнаго должника замѣняетъ конкурсное управленіе или соотвѣтствующій послѣднему органъ. Что касается расточителя, то, принимая во вниманіе, что расточитель въ состояніи совершать лишь тѣ юридическія дѣйствія, которыя не возлагаютъ на него обязательствъ, что отреченіе есть отказъ отъ правъ, а принятіе—вступленіе не только въ права, но и въ обязанности, приходится признать, что расточителя и въ томъ и другомъ случаѣ (особенно при принятіи) замѣняетъ опекунъ (contra Шершеневичъ).

Волеизъявленіе о принятіи или отреченіи отпадаетъ при принужденіи, обманѣ и при ошибкѣ въ essentialia, т. е. когда заблужденіе казалось тожества наслѣдственной массы или иныхъ существенныхъ элементовъ. По BGB, принятіе или отреченіе оспариваются подачею заявленія въ Nachlassgericht [4]).

Случаи, когда третьи лица — вѣрители — заинтересованы въ оспариваніи волеизъявленія о принятіи, весьма рѣдки, какъ рѣдко и самое

---

[1]) BGB § 1953, Пр. Гр. Ул., ст. 1521.

[2]) Code Civil, Код. Нап., 787. Св. Приб., ст. 2785.

[3]) Рѣш. 2-го отдѣленія Гр. Кас. Деп. отъ 17 Ноября 1911 г. по д. Шобера. Ср. также рѣш. гражд. 1892 г. № 58, ошибочно принятое цивилистами (Поповъ, Договоръ отреченія отъ наслѣдованія по русскому праву, Право 1912 г. № 27, стр. 1455 и др.) за признаніе сенатомъ отреченія фингированной смертью до delatio.

[4]) § 1955. Срокъ, порядокъ и поводъ къ оспариванію—§ 1954.

принятіе переобремененнаго долгами наслѣдства in fraudem creditorum. Напротивъ, отреченіе во вредъ кредиторамъ—явленіе довольно частое, особенно у насъ, при легкой склонности ко всевозможнымъ фиктивностямъ во избѣжаніе платежа долговъ. Французскій кодексъ упоминаетъ о правѣ кредиторовъ оспаривать недобросовѣстное отреченіе должника, также швейцарскій. Напротивъ, германская практика отвергаетъ это право на томъ основаніи, что при отреченіи ничего не убываетъ изъ имущества должника. Дѣйствующее наше право не препятствуетъ вѣрителямъ предъявивъ искъ объ уничтоженіи отреченія должника по общимъ правиламъ объ уничтоженіи „подложныхъ" (недобросовѣстныхъ) дѣйствій, разъ будетъ доказана цѣль причиненія вреда кредиторамъ—actio Pauliana. Законъ не различаетъ въ данномъ отношеніи, случаѣ, касается ли неправомѣрный актъ должника его наличнаго имущества или такого, которое еще не находится въ обладаніи должника, но составляетъ уже предметъ его права.—Споръ кредиторовъ направляется на предоставленіе имъ возможности обратить взысканіе на наслѣдство, причитающееся отрекшемуся, не болѣе, т. е. отреченіе признается недѣйствительнымъ „лишь въ интересахъ кредиторовъ и только въ размѣрѣ ихъ претензій"[1]).

Кромѣ отреченія и непринятія бываетъ состояніе отпаденія наслѣдника по той причинѣ, что самъ законъ считаетъ недопустимой передачу ему наслѣдства. Это—устраненіе наслѣдника по недостойности, цѣликомъ приравниваемое по послѣдствіямъ къ добровольному отреченію.

Такое устраненіе закономъ наслѣдника извѣстно почти всѣмъ западнымъ кодексамъ. Оно имѣетъ мѣсто, когда наслѣдникъ умышленно убьетъ наслѣдодателя или причинитъ ему душевную болѣзнь либо предприметъ противъ него такое дѣйствіе, которое лишитъ наслѣдодателя возможности совершить или отмѣнить завѣщаніе—Erbunwürdigkeit[2]). Французское законодательство признаетъ недостойность, при убійствѣ наслѣдодателя, покушеніи на его жизнь, возведеніи на него неправильнаго уголовнаго обвиненія и даже при недонесеніи объ убійствѣ наслѣдодателя[3]). Дѣйствующему нашему праву неизвѣстно

---

[1]) Рѣш. гражд. 1884 г. № 50. Пр. Гр. Ул., ст. 1520, Code Civil, Код. Нап., 788, Codice Civile, Art. 979, Schw, ZGB Art. 578. Германская точка зрѣнія—Etsch. d. Rg., B. 57,5. 297, У Friedmann'a, cit, S. 160. Hartmann—Meikel, Gesetz. betreff. d. Anfechtung, 1913, S. 76.

[2]) См. BGB, § 2339, Пр. Гр. Ул. ст. 1347, Св. Приб. ст. 2848, Schw. ZGB Art. 540, Cecho-Slov., § § 550 551.

[3]) Code Civil, Код. Нап., 727, 728.

устраненіе наслѣдника силою закона, хотя, какъ свидѣтельствуетъ исторія, были попытки, между прочимъ въ серединѣ прошлаго вѣка, означить въ законахъ случаи, когда „наслѣдникъ дѣлается недостойнымъ своего права и долженъ онаго лишиться“ [1]). Практика дала нѣкоторые возмутительные образцы обрѣтенія наслѣдства лицами, умышленно убившими наслѣдодателя, либо хитростью и обманомъ исторгнувшими у него составленное завѣщаніе для уничтоженія, либо инымъ способомъ злоупотребившими завѣщательной свободой его. Наложенная кара часто не препятствуетъ такому преступнику ввестись въ наслѣдство (былъ случай убійства наслѣдодателя со спеціальной цѣлью получить наслѣдственное имущество, неполнолѣтнимъ, не подвергшимся за это и наказанію). Здѣсь несомнѣнный пробѣлъ закона, который долженъ быть восполненъ de lege ferenda въ смыслѣ лишенія недостойнаго во всѣхъ перечисленныхъ и подобныхъ казусахъ наслѣдованія какъ по закону, такъ и по завѣщанію.

Отчужденіе открывшагося наслѣдства.

Наслѣдникъ, не имѣя намѣренія или не будучи въ состояніи вступить въ наслѣдство, можетъ пожелать продать его другому лицу. Если при этомъ обезпечиваются интересы вѣрителей наслѣдственной массы, то такая уступка не находится ни въ какомъ принципіальномъ противорѣчіи съ правомъ вообще и наслѣдственнымъ правомъ въ частности. Поэтому почти всѣ западные законодательства разрѣшаютъ уступку правъ на открывшееся наслѣдство—Erbschaftskauf. Требуется опредѣленная письменная, даже нотаріальная форма, устанавливается отвѣтственность покупщика наряду съ продавцомъ по наслѣдственнымъ обязательствамъ, сонаслѣднику предоставляется преймущественное право покупки и пр. [2]). Русское право дозволяло уступать право на открывшееся наслѣдство, по т. наз. улиточной записи, въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ, куда этотъ институтъ перенесенъ былъ изъ Литовскаго Статута 3 редакціи 1588 г., въ другихъ мѣстахъ такая уступка воспрещалась [3]). Въ этомъ отношеніи наше право шло по сто-

[1]) Примѣръ Unwürdigkeit — въ прежнемъ Уложеніи о Наказ., ст. 1566.

[2]) BGB § 2371—2385, Пр. Гр. Ул., стт. 1534—1538. См. также Code Civil, Код. Нап., 1869, 841, Св. Приб., стт. 2667—2676, Čecho-Slov., § 1173. Бываетъ, хотя и рѣже, также безмездное отчужденіе, которое должно обсуждаться, конечно, по аналогичнымъ началамъ (съ признаніемъ того же права выкупа за дарителемъ).

[3]) Рѣш. гражд. 1892 г. № 86, 1876 г. № 447.

памъ римскаго права, которое противилось отчужденію наслѣдства, исходя изъ начала semel heres, semper heres. Мыслима была для наслѣдника, желавшаго уступить наслѣдство, только фактическая реализація путемъ передачи отдѣльныхъ предметовъ, цессіи правъ и требованій и пр. Общегерманское право стало допускать продажу наслѣдственнаго комплекса, съ переводомъ на покупщика и правъ и обязательствъ. Прусское Земское право впервые установило всѣ, нынѣ общепринятыя, начала института, сдѣлавъ покупщика наслѣдства правопреемникомъ наслѣдователя, т. е. соотвѣтственно и собственникомъ и вѣрителемъ и должникомъ.

Примѣръ Европы показываетъ, что данный институтъ имѣетъ широкое примѣненіе въ жизни, то же свидѣтельствуетъ практика тѣхъ мѣстъ Россіи, въ которыхъ онъ существовалъ. Поэтому онъ будетъ, несомнѣнно, введенъ въ будущемъ и у насъ. Современное право даетъ всѣ средства борьбы съ дурными сторонами этого института,—именно, съ возможностью неумѣренной спекуляціи наслѣдствомъ, безразсудныхъ наслѣдственныхъ продажъ и т. д.

Иски и споры по наслѣдованію.

Дѣла, касающіеся наслѣдства, поскольку они безспорны и не предполагаютъ возможности нарушенія чьихъ-либо правъ, производятся въ частномъ, охранительномъ порядкѣ, безъ примѣненія принципа состязательности. Въ этомъ порядкѣ происходитъ утвержденіе по закону и утвержденіе завѣщанія. При предъявленіи въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства нѣсколькими лицами самостоятельныхъ, одно другое исключающихъ правъ на то же наслѣдство, судъ разсматриваетъ въ томъ же порядкѣ всѣ права и не обязанъ отсылать просителей къ исковому порядку [1]). Но часто наслѣдственныя права вызываютъ крупныя сомнѣнія—прямо отрицаются или допускаютъ эвентуальное отрицаніе. Тогда единственный исходъ—это обращеніе къ общему исковому процессу. Наслѣдникъ volens—nolens предъявляетъ

[1]) Рѣш. гражд. 1897 г. № 71. Иначе въ мѣстностяхъ, принадлежавшихъ къ б. губерніямъ Прибалтійскимъ, гдѣ при возникновеніи спора о правѣ наслѣдованія между разными лицами, предъявившими свои права, этимъ лицамъ представляется доказывать свои наслѣдственныя права въ исковомъ порядкѣ, ст. 2021 Уст. Гражд. Судопр. Объ этой разницѣ см. приведенное рѣшеніе сената, а также рѣшеніе Латвійскаго Сената, Senata civila Kasacijos Departamenta Spriedumi 1921 g. № 50.

искъ, когда его наслѣдственныя права нуждаются въ подтвержденіи доказательствами (что касается родства и другихъ обстоятельствъ). Въ этомъ случаѣ искъ предъявляется къ опекуну, за отсутствіемъ иныхъ отвѣтчиковъ [1]). Эти иски неизбѣжны и тогда: а) когда наслѣдникъ, въ качествѣ лучшаго, домогается своихъ правъ цѣликомъ или частью отъ другого, получившаго наслѣдство путемъ утвержденія въ правахъ наслѣдованія, б) когда наслѣдствомъ овладѣло другое лицо фактически, безъ формальнаго утвержденія, и претендентъ вынужденъ предъявить искъ о наслѣдствѣ, съ тѣмъ, что самое утвержденіе, если потребуется, произойдетъ въ томъ же исковомъ процессѣ [2]).

Утвержденіе завѣщанія совершается, въ исковомъ порядкѣ не только въ тѣхъ отдѣльныхъ казусахъ, о которыхъ счелъ нужнымъ упомянуть законъ, а именно, при пропускѣ срока по уважительнымъ причинамъ или же при полученіи отказа въ охранительномъ порядкѣ. Наслѣдникъ можетъ заранѣе предвидѣть необходимость въ искѣ, по спорности обстоятельствъ, отъ которыхъ зависитъ утвержденіе завѣщанія, и ему нѣтъ надобности, въ такомъ положеніи, „испытывать счастье“ въ охранительномъ порядкѣ. Искъ объ утвержденіи завѣщанія допустимъ, такимъ образомъ, и тогда, когда охранительнымъ судопроизводствомъ вообще нельзя пользоваться по какимъ либо фактическимъ или юридическимъ препятствіямъ [3]). Въ исковомъ дѣлѣ суду не дано больше правъ при рѣшеніи вопроса о соблюденіи формальностей завѣщанія (если этотъ вопросъ является предметомъ спора), чѣмъ въ дѣлѣ охранительномъ. Поэтому

---

[1]) Противъ такого иска сенатъ. Основаніе—невозможность привлеченія опекуна въ качествѣ отвѣтчика. Рѣш. гражд. 1915 г. № 67. Но приводимый сенатомъ доводъ недостаточно убѣдителенъ.

[2]) Что касается сроковъ на предъявленіе подобныхъ исковъ, то они у насъ зависятъ отъ того, была ли произведена публикація или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ давность течетъ для наслѣдниковъ, очевидно, со дня публикаціи. При отсутствіи публикаціи, если имущество фактически принято другимъ наслѣдникомъ, споръ между сонаслѣдниками подчиняется общимъ правиламъ о давности. Послѣднее имѣетъ мѣсто, стало быть, тогда, когда наслѣдникъ фактически принялъ наслѣдство сейчасъ же по открытіи наслѣдованія либо во всякомъ случаѣ до публикаціи: Бутовскій, Открытіе наслѣдства и вызовъ наслѣдниковъ, Журн. Мин. Юст., 1914 г. № 1, стр. 19.

[3]) См. Бѣляцкинъ, Искъ объ утвержденіи духовнаго завѣщанія, Вѣстникъ Гражданскаго права, 1913 г. № 7, стр. 86 и сл. Другого мнѣнія Змирловъ, Объ утвержденіи духов-

завѣщаніе дефектное въ смыслѣ формы не будетъ утверждено и при исковомъ разбирательствѣ, но рѣшеніе самого вопроса о наличности дефекта происходитъ, въ случаѣ спора, въ процессѣ исковомъ, а не охранительномъ.

Оспаривается въ исковомъ порядкѣ какъ завѣщаніе, уже утвержденное, такъ и ждущее только своего утвержденія. Истецъ можетъ доказывать неподлинность завѣщанія, отсутствіе сознательности или свободы воли у завѣщателя при составленіи завѣщанія, ничтожность завѣщанія вслѣдствіе его отмѣны, незаконность распоряженій, несоблюденія формы и пр., а также несоблюденіе срока для представленія завѣщанія къ утвержденію. Придавая особую важность завѣщанію, затрагивающему порою права многихъ лицъ и даже общественные интересы, законъ устанавливаетъ краткій, преклюзивный срокъ для оспариванія его силы [1]). Поводомъ къ предъявленію иска объ уничтоженіи завѣщанія служитъ какъ фактъ представленія завѣщанія къ утвержденію, такъ и самая возможность такого представленія, пока она существуетъ.

ныхъ завѣщаній въ исковомъ порядкѣ, Юридическій Вѣстникъ, 1886 г., № 5, стр. 119 („искъ допускается не иначе, какъ послѣ отказа судомъ въ безспорномъ порядкѣ... тогда отказъ основанъ не на внѣшнихъ недостаткахъ со стороны формы завѣщанія, а на видимыхъ порокахъ, касающихся существа завѣщательныхъ распоряженій"); также Маттель, Къ вопросу объ утвержденіи духовныхъ завѣщаній къ исполненію, Журн. Гр. и Уг. Права, 1898 г. кн. III стр. 111 („наслѣдникъ по завѣщанію не лишенъ права предъявить искъ объ утвержденіи завѣщанія судебнымъ порядкомъ во всѣхъ случаяхъ отказа въ утвержденіи въ охранительномъ порядкѣ").

[1]) Срокъ этотъ двухгодичный со дня публикаціи объ утвержденіи. Двухлѣтній срокъ касается одинаково спора по содержанію и по обряду совершенія завѣщанія, т. е. какъ по несоблюденію предписанныхъ закономъ формъ, такъ и по незаконности завѣщательныхъ распоряженій, рѣш. гражд. 1882 г. № 49, равно какъ и по дефектамъ волеизъявленія и прочимъ основаніямъ. Нѣсколько иначе рѣш. гражд. 1877 г. № 79, по смыслу котораго указанный срокъ распространяется лишь на споры по формальнымъ недостаткамъ (что явно неосновательно). Но все изложенное относится къ распоряженіямъ, подлежащимъ исполненію непосредственно по смерти завѣщателя и утвержденіи завѣщанія, а не условнымъ, которыя могутъ получить силу лишь впослѣдствіи; рѣш. гражд. 1893 г. № 11, 1886 г. № 20. Точно также истеченіе двухгодичнаго срока не поражаетъ права на предъявленіе спора про-

Искъ объ утвержденіи или уничтоженіи завѣщанія и искъ по поводу законнаго наслѣдованія предъявляются нормально только представителями наслѣдства (наслѣдникомъ по закону, по данному завѣщанію, по другому завѣщанію, душеприказчикомъ) и къ наслѣдникамъ: въ этихъ искахъ не принимаютъ участія кредиторы[1]). Въ случаѣ же признанія уголовнымъ судомъ факта преступнаго совершенія завѣщанія, если послѣднее уголовнымъ судомъ почему-либо не уничтожено, или подложности опредѣленія суда объ утвержденіи законныхъ правъ наслѣдованія, оспаривать такія порочныя наслѣдственныя права искомъ или возраженіемъ въ состояніи всякое заинтересованное лицо. Такова сущность наслѣдственнаго иска, Erbschaftsklage, который, по общему правилу, не можетъ касаться постороннихъ. Въ отношеніи послѣднихъ дѣло идетъ всегда объ индивидуальныхъ правахъ и индивидуальныхъ предметахъ наслѣдственнаго комплекса.

тивъ завѣщанія, составленнаго преступнымъ способомъ. Споръ противъ такого завѣщанія допустимъ до истеченія общедавностнаго срока, а въ видѣ возраженія противъ иска по по добному завѣщанію—безъ ограниченія срокомъ, рѣш. гражд. 1893 г. № 11, 1886 г. № 63. Сенатъ трактуетъ въ этихъ рѣшеніяхъ о „подлогѣ, но нельзя игнорировать въ данномъ случаѣ и другія уголовно-наказуемыя дѣянія.

[1]) Наслѣдники должны фигурировать на отвѣтной сторонѣ такимъ образомъ: дестинатарій, всѣ вмѣстѣ,—всѣ вмѣстѣ при спорѣ противъ духовнаго завѣщанія (слѣдуетъ ли привлекать легатаріевъ, вопросъ спорный, сенатъ, повидимому, за положительный отвѣтъ, см. рѣш. гр. 1914 г. № 41, 1906 г. № 97, 1901 г. № 104) и ближайшіе призываемые по закону въ данной степени,—по иску объ утвержденіи духовнаго завѣщанія, рѣш. гражд. 1908 г. № 90. Коль скоро въ самомъ оспариваемомъ завѣщаніи нѣкоторыя назначенія сдѣланы въ пользу неизвѣстныхъ лицъ, истецъ не обязанъ и не можетъ привлекать ихъ къ отвѣту, рѣш. гр. 1914 г. № 41. Противъ существующей практики поднялъ свой голосъ довольно авторитетный русскій юристъ В. Гордонъ („Отвѣтчикъ по иску о недѣйствительности завѣщанія“, 1913 г., стр. 83 и сл.), указавшій на то, что привлеченіе дестинатаріевъ по завѣщанію въ качествѣ отвѣтчиковъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ создавало бы затрудненія и для истца и для отвѣтчиковъ и что наслѣдники по завѣщанію не являются дѣйствительными нарушителями правъ оспаривающаго завѣщаніе. Въ замѣчаніяхъ Гордона много справедливаго, особенно что касается дестинатаріевъ, еще не принявшихъ наслѣдства. Но рекомендуемое имъ предъявленіе такого иска къ лицу умершаго, ib., стр. 90, едва ли вѣрное средство, едва ли даже не худшее зло. Не говоря уже о легкой возможности,

По римскому праву, создавшему особый искъ—hereditatis petito—, послѣдній предъявлялся одинаково къ лицу, считавшему себя наслѣдникомъ—possessor pro herede, или къ постороннему, оспаривавшему наслѣдственное право истца, possessor pro possessore. Это былъ искъ изъ универсальнаго преемства Universalklage. Но наслѣдникъ могъ предъявить къ постороннему похитителю наслѣдственныхъ вещей искъ объ отдѣльныхъ предметахъ, основываясь на своемъ правѣ наслѣдника—Singularklage. Нынѣ германское право даетъ наслѣднику наслѣдственный искъ, Universalklage, лишь противъ possessor pro herede, о выдачѣ наслѣдства. Особенности этого иска заключаются, главнымъ образомъ, въ способахъ доказыванія и возраженія, въ возможности оспариванія Erbschein и пр. Такой же смыслъ имѣетъ швейцарская

при этомъ положеніи, различныхъ злоупотребленій, серьезныхъ и важныхъ, принципіальная неправильность заключается въ томъ, что къ лицу умершаго пришлось бы предъявлять искъ объ уничтоженіи завѣщанія его же преемниками по акту, въ большинствѣ случаевъ ему совершенно чуждому, составленному посторонними отъ его имени безъ его дѣйствительнаго участія,—какъ лица, напр., невмѣняемаго и т. д. О такомъ отвѣтчикѣ еще можно было бы трактовать при недѣйствительности завѣщанія по незаконности распоряженій, но въ этихъ дѣлахъ, по большей части, и оспаривать завѣщаніе вовсе не приходится, такъ какъ незаконное распоряженіе ничтожно само по себѣ и безусловно. (Лишь при завѣщаніи родовыхъ имуществъ сенатъ колебался открыто это признать). Съ другой стороны, въ огромной массѣ случаевъ, какъ это не прочь какъ будто подтвердить и самъ Гордонъ, именно дестинатаріи по завѣщанію прямо заинтересованы въ томъ, чтобы быть привлеченными къ отвѣту по такому иску, причемъ одна возможность вступленія въ дѣло ихъ интересовъ, конечно, не гарантируетъ. Вообще, мы не помнимъ случая, когда призваніе въ качествѣ отвѣтчиковъ наслѣдниковъ по завѣщанію по иску о признаніи такового недѣйствительнымъ создавало бы особыя трудности. Нежелательныя явленія рождаются лишь при неопредѣленности лицъ этихъ наслѣдниковъ а также при допущеніи необходимости призыва къ отвѣту по иску и всевозможныхъ легатаріевъ. Съ первымъ успѣшно боролась кассаціонная практика послѣдняго времени. Что касается второго, то несомнѣнно, что практикѣ придется, въ концѣ концовъ, выработать модусъ — обходиться въ данномъ случаѣ безъ участія легатаріевъ. Отъ этого значительно уменьшится количество жалобъ на компликаціи при оспариваніи духовнаго завѣщанія.

„Erbschaftsklage", предоставляемая лицу, которое „ein besseres Recht zu haben glaubt". Die Erbschaftsklage ist nur gegenüber einem Beklagten gegeben, der selbst ein Erbrecht behauptet (комментаторы швейц. закона). Еще опредѣленнѣе выражаетъ эту мысль Чехо-Словацкій Проектъ. Св. Приб. даетъ искъ о наслѣдствѣ наслѣднику противъ всякаго, оспаривающаго его право. Французскій законъ не упоминаетъ вовсе о наслѣдственномъ искѣ, имѣя въ виду, очевидно, общія нормы процессуальнаго права. Согласно Пр. Гр. Ул., какъ утвержденіе въ правахъ наслѣдованія, такъ и утвержденіе завѣщанія къ исполненію не препятствуетъ дѣйствительному наслѣднику отыскивать свои права въ исковомъ порядкѣ судопроизводства въ теченіе десяти лѣтъ со дня открытія наслѣдованія [1]). (Пр. Гр. Ул. уничтожаетъ разницу между оспариваніемъ наслѣдованія по закону и по завѣщанію, и давностный срокъ не ставится въ зависимость отъ публикаціи).

При неизбѣжности отмѣны у насъ особаго акта утвержденія завѣщанія и необязательности утвержденія по закону, наслѣдственный искъ долженъ будетъ, со временемъ, въ нашей практикѣ получить расширенный смыслъ. Именно: въ теченіе общедавностнаго срока, считая со дня delatio, дѣйствительный наслѣдникъ будетъ управомоченъ оспаривать цѣликомъ или частью права лица, утвердившагося въ правахъ наслѣдованія или фактически принявшаго наслѣдство въ качествѣ наслѣдника по закону или завѣщанію.

Съ удовлетвореніемъ наслѣдственнаго иска, отвѣтчикъ долженъ вернуть наслѣднику не только всѣ права и все имущество, но и возмѣстить ущербъ, по правиламъ о добросовѣстности или недобросовѣстности владѣнія, смотря потому, зналъ ли отвѣтчикъ неправость своего обладанія, т. е. что онъ не наслѣдникъ, что есть другіе наслѣдники, интересы которыхъ неправомѣрно обойдены и пр., или не зналъ [2]). Замѣтить

---

[1]) См. обо всемъ изложенномъ: BGB, § 2018, Binder, Erbrecht, 1923, S. 60 f., Schw. ZGB, Art. 598, Curti—Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1911, cit., S. 487, Св. Приб., стт. 2599 и сл., Code Civil. Код. Нап., 789, Пр. Гр. Ул., ст. 1548.

[2]) Сенатомъ признано, что одно осуществленіе наслѣдственныхъ правъ, самимъ закономъ допускаемое, не служитъ еще подтвержденіемъ недобросовѣстности лица, правомъ своимъ воспользовавшагося; „признакомъ недобросовѣстности могутъ быть признаваемы лишь дѣйствія утвержденнаго въ правахъ наслѣдника, направленныя къ сокрытію отъ сонаслѣдниковъ факта открытія наслѣдства, къ утайкѣ наслѣдственнаго имущества и дѣйствія, носящія признаки обмана (ст. 525 и 526 X т. I ч.)". Рѣш. гражд. 1914 г. № 18, 1891 г. № 105). Вообще,

должно, что нѣкоторые склонны варьировать отвѣтственность при передачѣ наслѣдства неправымъ обладателемъ дѣйствительному наслѣднику. По взгляду германскихъ юристовъ, добросовѣстный наслѣдникъ, проигравшій дѣло, несетъ меньшую отвѣтственность, чѣмъ добросовѣстный владѣлецъ вообще. Объясненіе этому то, что первый владѣлъ не единой вещью, а цѣлымъ комплексомъ, какъ полновластный хозяинъ. Это положеніе приводитъ къ тому, что такому мнимому наслѣднику, не знавшему о порокахъ, возмѣщаются не только необходимые и полезные расходы, но, вообще, всѣ издержки, потраченныя на наслѣдственное достояніе, даже затраты на роскошь, въ зависимости отъ обстоятельствъ. Вообще говоря, ему дается возможность выйти изъ наслѣдства безъ выгодъ, но и безъ вреда [1]). Эта мысль въ основѣ своей заключаетъ, быть можетъ, зерно истины, („большій хозяинъ, больше правъ"), но все же она слишкомъ урѣзываетъ права собственника; она чужда всѣмъ другимъ законодательствамъ, въ томъ числѣ Пр. Гр. Ул. и дѣйствующему нашему праву. Практика же не указала еще достаточно прочныхъ стимуловъ къ усвоенію этой привиллегіи для лицъ, въ качествѣ наслѣдниковъ владѣвшихъ наслѣдствомъ добросовѣстно, но все же незаконно [2]).

сенатъ, повидимому, все болѣе и болѣе склонялся къ признанію общаго принципа дѣйствительности такого добросовѣстнаго распоряженія, которое въ данную минуту „должно быть разсматриваемо, какъ распоряженіе собственника, законное не только по формѣ, но и по существу, составляющее осуществленіе права собственности".

[1]) Binder, cit, 63. BGB, § 2022.

[2]) По правиламъ о добросовѣстномъ и недобросовѣстномъ владѣніи опредѣляются и права лицъ, пріобрѣвшихъ что-либо отъ наслѣдника, отвергнутаго впослѣдствіи въ этомъ качествѣ по спору дѣйствительнаго наслѣдника. BGB, исходя изъ представленія о достовѣрности—öffentlicher Glaube—считаетъ добросовѣстность лишь тогда, когда имѣлась Erbschein, о неправильности которой мнимый наслѣдникъ не зналъ, § § 2365, 2366; Пр. Гр. Ул. имѣетъ въ виду права, „добросовѣстно и возмездно пріобрѣтенныя отъ лицъ, утвержденныхъ въ правахъ наслѣдства по закону, признанныхъ наслѣдниками по рѣшенію суда или дѣйствующихъ на основаніи утвержденнаго судомъ завѣщанія", ст. 1549. Наша судебная практика, основываясь на толкованіи ст. 1301 X т. I ч., признала не подлежащимъ повороту отчужденіе (продажу и залогъ), совершенное наслѣдниками по закону, утвержденными въ правахъ наслѣдованія, хотя бы впослѣдствіи оказалось, что отчужденное право должно принадле-

Легатъ.

Наслѣдникъ, универсальный правопреемникъ, продолжатель гражданско-правовой личности умершаго, противоставляется легаторію, лицу, получающему лишь опредѣленную индивидуальную правовую выгоду, по назначенію завѣщателя въ тестаментѣ. Эта правовая выгода заключается или въ предметѣ, прямо получаемомъ изъ наслѣдственной массы, или въ объектѣ, который обязанъ доставить легатарію наслѣдникъ (изъ наслѣдственнаго комплекса либо изъ другихъ источниковъ). Во второй разновидности право легаторія нѣсколько напоминаетъ кредиторское правомочіе, отличаясь, однако, отъ послѣдняго въ существѣ тѣмъ, что представляетъ собою доставленіе, вытекающее изъ волеизъявленія умершаго, а не изъ какой-либо правовой связанности, vinculum juris.

жать другимъ наслѣдникамъ по закону или завѣщанію, а также совершенное наслѣдникомъ по завѣщанію, утвержденному къ исполненію, по признанному впослѣдствіи недѣйствительнымъ, все это при условіи, что пріобрѣтатель дѣйствуетъ добросовѣстно: рѣш. гражд. 1910 г. № 97, 1904 г. № 23, 1891 г. № 105, 1880 г. № 101, 1879 г. № 113, 1894 г. № 5, 1890 г. № 43, 1877 г. № 1878, 1876 г. № 46. Сенатомъ указано, что для признанія продажи наслѣдственнаго имущества безповоротнымъ законъ требуетъ только одного— чтобы продавецъ въ моментъ совершеннаго акта продажи почитался законнымъ наслѣдникомъ и собственникомъ отчуждаемаго имущества вслѣдствіе воспослѣдовавшаго со стороны надлежащаго суда признанія его наслѣдственныхъ правъ; послѣдующее же затѣмъ уничтоженіе означеннаго судебнаго акта уже не можетъ имѣть значенія даже и въ томъ случаѣ, когда будетъ установлено неимѣніе продавцомъ самого права на отчужденное имъ наслѣдство, рѣш. гражд. 1914 г. № 30; см. также 1915 г. № 49. Эти, именно, положенія, установленныя практикой (хотя и не безъ колебаній, ср. рѣш. гражд. 1887 г. № 34 и 1883 г. № 79) и нашли себѣ формулировку въ Пр. Гр. Ул. См. также Čecho-Slov., § 783. Общій масштабъ bona fides долженъ быть руководящимъ и въ правовыхъ отношеніяхъ между посторонними пріобрѣтателями и наслѣдниками. Распространяется ли дѣйствіе принципа, указаннаго въ 1301 ст. X т. I ч., и на арендные контракты, заключенные прежнимъ владѣльцемъ, на это прямого отвѣта въ законѣ нѣтъ. Поскольку рѣчь идетъ объ арендныхъ контрактахъ еще не осуществленныхъ, т. е. объ отношеніяхъ чисто обязательственнаго характера, вопросъ рѣшается—безъ спора—отрицательно. Но что касается осуществленнаго арендnаго договора, казалось

Легатъ естественно вытекаетъ изъ природы предсмертныхъ волеизъявленій, которыя часто бываютъ направлены на передачу данному лицу или учрежденію (благотворительному) извѣстнаго права, безъ возложенія на него обязательствъ по наслѣдству и безъ надѣленія его свойствами генеральнаго преемника. Легаты существовали въ самыя древнія времена, составляя даже порою единственное содержаніе тестамента. Римское право различало легаты per vindicationem, получаемые изъ наслѣдства, и облигаторные, пріобрѣтаемые черезъ наслѣдника: heres meus dominus esto Titio centum dare. Такое же различіе существовало и въ старомъ европейскомъ правѣ, оно же выражено expressis verbis въ современныхъ кодексахъ, въ томъ числѣ и въ Св. Приб. Только BGB порвало съ этимъ взглядомъ, устранивъ виндикаціонный легатъ по тѣмъ соображеніямъ, что наслѣдникъ долженъ принять все самъ въ качествѣ Universalsuccessor'a. Германская точка зрѣнія осуждена юристами, какъ ультра—доктринерская [1]). Французское право относитъ къ легатамъ т. наз. частныя завѣщательныя распоряженія—á titre particulier (завѣщательныя распоряженія общія — universelles или долевыя — á titre universell — суть не что иное, какъ наслѣдованіе). „Частный легатарій", по общему правилу, не отвѣчаетъ за долги наслѣдства. Такой легатарій имѣетъ во Франціи вещный искъ къ наслѣднику, коль скоро первому завѣщана собственность или вещное право, и личный искъ о выдачѣ въ другихъ случаяхъ.

По нашему праву, облигаторный легатъ можетъ быть возложенъ на наслѣдника по завѣщанію или по закону и даже на легатарія, вопреки римскому праву, допускавшему обремененіе легатомъ только наслѣдника по завѣщанію. Виндикаціонный легатъ получается безъ необходимаго участія наслѣдника. Въ отличіе отъ французскаго права, въ ко-

---

бы правильнымъ сохраненіе его силы, при вышеуказанныхъ условіяхъ, ибо начало 1301 ст. касается всякаго вещнаго права, пріобрѣтеннаго добросовѣстнымъ третьимъ лицомъ отъ наслѣдника, права котораго впослѣдствіи были оспорены (e majore ad minas). Contra рѣшеніе Латвійскаго Сената 1925 г. № 23 (изданіе Konradi—Walter, Izvilkumi no Latvijas Senata civila—Kasacijas Departamenta Spriedumiem, 1. turp., l. 86, 84), который, впрочемъ, вообще ратуетъ почему-то противъ широкаго толкованія 1301 ст., допущеннаго русскимъ сенатомъ но на самомъ дѣлѣ оказавшагося, замѣтимъ съ своей стороны, столь благотворнымъ для нашей практики.

[1]) Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 505. Между тѣмъ она усвоена и Швейцаріей: см. Schw. ZGB, Art. 562, BGB, § 2174.

торомъ исторически выработалась „saisine“ только для одного наслѣдника, почему легатарій для полученія своего права долженъ прибѣгать, въ случаѣ спора, къ искамъ противъ наслѣдниковъ, у насъ виндикаторный легатарій вправѣ обращать требованіе непосредственно къ наслѣдственной массѣ.

Виндикаціонный легатъ слѣдуетъ отличать отъ назначенія наслѣдника путемъ оставленія ему вмѣсто идеальнои доли опредѣленнаго права или вещи. Въ случаѣ сомнѣнія, судъ долженъ установить, есть ли данное право легатъ или наслѣдственная квота. Два имѣнія, образующія все наслѣдство, оставляются двумъ сыновьямъ—очевидно, что это наслѣдованіе, а не легаты. (См. выше). При назначеніи въ легатъ вещи, принадлежащей другому лицу, наслѣдникъ обязывается ее пріобрѣсти и доставить, — какъ то обязанъ сдѣлать продавецъ по отношенію къ покупщику. При невозможности доставить въ натурѣ, наслѣдникъ уплачиваетъ стоимость вещи.

На почвѣ дѣйствующаго нашего права легату сильно не повезло. Въ виду несовершенной формы выраженія законовъ ихъ желали понимать такимъ образомъ, что будто бы никакого различія между наслѣдникомъ и легатаріемъ у насъ не существуетъ. Институтъ легата старались не замѣчать, его игнорировали. Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній сенатъ разъяснилъ, что отказоприниматели такіе же соучастники въ наслѣдствѣ, какъ и прямые наслѣдники, стало быть, должны платить долги наслѣдователя и пр.[1]). Лишь впослѣдствіи сенатъ, оглянувшись на всю свою предшествующую практику въ этомъ вопросѣ, значительно отступилъ отъ нея и узаконилъ легатъ, однако, вопросъ о платежѣ долговъ легатаріемъ остался открытымъ[2]). Кромѣ того сенатъ, повидимому, допускаетъ лишь облигаторный легатъ, назначаемый путемъ возложенія обязанности на наслѣдника, уподобляя,

---

[1]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 294, 1877 г. № 373, 1868 г. № 777. Въ рѣш. гражд. 1900 г. № 104 сенатъ впервые употребилъ запретный терминъ „легатъ“ по поводу уплаты наслѣдственныхъ пошлинъ. Юридическая литература отчасти поддерживала сенатскій взглядъ на легатарія, варьируя и разнообразя таковой. Доходили до того, что видѣли въ легаторіи, „не только посредственнаго, но и вполнѣ условнаго наслѣдника, подучающаго назначенный ему отказъ лишь при востребованіи послѣдняго отъ обремененнаго наслѣдника и теряющаго его при отсутствіи такого требованія“, Остриковъ, Кассаціонный Сенатъ и законъ о правахъ отказопринимателя, Журн. Мин. Юст. 1903 г. № 4, стр. 164, 171.

[2]) Рѣш. гражд. 1909 г. № 40.

тоже неправильно, конечно, легатарія „кредитору". Элиминируя предлагаемое сенатомъ ограниченіе понятія легата только облигаторными отказами, неосновательное и не находящее подкрѣпленія въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ, и дополняя сенатское разъясненіе правиломъ о безотвѣтственности легатарія за долги наслѣдователя, можно признать въ остальномъ это рѣшеніе пріемлемымъ и даже дѣлающимъ какъ будто „эпоху" въ области легатарнаго права.

По указанію сената, наслѣдникъ является продолжателемъ юридической личности умершаго и вступаетъ по отношенію къ завѣщанному имуществу во всѣ тѣ права, которыя принадлежатъ завѣщателю, легатарій же имѣетъ лишь право требовать выдачи завѣщанной ему суммы, которое возникаетъ не ранѣе, какъ по вступленіи наслѣдника во владѣніе имуществомъ, изъ стоимости котораго должна быть произведена эта выдача. Эта мысль сената безупречна въ отношеніи облигаторнаго отказа. Право же на виндикаціонный легатъ,—отвергаемый сенатомъ, но не закономъ,—зарождается въ моментъ открытія наслѣдованія и осуществляется субъектомъ легата независимо отъ вмѣшательства и дѣятельности самого наслѣдника. Наслѣдникъ является обладателемъ всѣхъ правъ и кредиторомъ всѣхъ долговыхъ требованій, безъ ограниченія, когда бы эти права и требованія ни возникли и ни обнаружились, становясь хозяиномъ и распорядителемъ наслѣдства, въ цѣломъ или квотѣ. Легатарій получаетъ индивидуальное правомочіе, черезъ наслѣдника или непосредственно изъ массы—право собственности или иное вещное право на данный предметъ, обязательство наслѣдника что-либо совершить или не совершить въ его пользу, долгъ наслѣдственной массы, освобожденіе отъ обязанности и пр. Въ остальномъ легатарій чуждъ наслѣдству. Онъ свободенъ отъ исполненія обязательствъ наслѣдодателя.

Легатъ выдается по удовлетвореніи кредиторовъ либо когда предвидится остатокъ сравнительно съ ихъ претензіями. Въ случаѣ преждевременнаго полученія легата онъ подлежитъ возврату въ соотвѣтственномъ размѣрѣ, коль скоро долговъ оказалось бы больше, чѣмъ имуществъ въ наслѣдственной массѣ,—по правиламъ о возвратѣ незаконнаго обогащенія [1]). При виндикаціонномъ, непосредственномъ легатѣ, требуется со стороны легатарія принятіе со всѣми послѣдствіями такового. При облигаторномъ, посредственномъ лѣгатѣ, право требованія обусловливается принятіемъ наслѣдства со стороны наслѣдника, со всѣми послѣдствіями суспензивной conditio.

[1]) Ср. разсужденія составителей Пр. Гр. Ул., Объясненія, IV, 1903 г., стр. 373 и сл.

Пр. Гр. Ул. поспѣшилъ отречься отъ легата, ссылаясь на прошлое русскаго права, противное будто бы всякому различію между наслѣдникомъ и отказопринимателемъ, и не предвидя грядущей сенатской практики въ которой отъ этихъ „историческихъ основаній“ уже ничего не остается. На самомъ дѣлѣ сила тутъ не въ исторіи. Давно и упорно противники легата указывали на трудность отграниченія наслѣдства отъ легата и на возможность освобожденія отъ долговой отвѣтственности наслѣдника подъ видомъ „легатарія“. Но трудности одолѣваются соотвѣтственной юридической работой, главное участіе въ которой долженъ принять, конечно, судъ, разрѣшая конкретныя дѣла. Разграниченіе облегчается принятіемъ къ учету всѣхъ данныхъ, могущихъ дать свидѣтельство о дѣйствительной волѣ завѣщателя, въ томъ числѣ сравнительной значительности или незначительности назначенія. Играетъ роль эвентуальное возложеніе самимъ завѣщателемъ на назначеніе уплаты долговъ, какъ презумція наслѣдованія, а не легата, родственная близость и пр. Что же касается указанія на несправедливость обремененія обязательствами одного наслѣдника, съ исключеніемъ легатарія, то еще болѣе несправедливо заставлять уплачивать долги умершаго такое лицо, которое получаетъ изъ наслѣдства какія-либо крохи. Несправедливо, неестественно и противно здравой волѣ завѣщателя счесть наслѣдникомъ кучера, которому завѣщателемъ оставлена за долгую службу пара тысячъ при милліонномъ наслѣдствѣ, благотворительное учрежденіе, долженствующее, по логикѣ вещей, получить капиталъ чистый, безъ вычетовъ и т. д. и т. д. [1]). Одно дѣло—наслѣдникъ въ квотѣ, въ какой бы формѣ послѣдняя ни вырази-

[1]) См. мою статью „Наслѣдникъ и легатарій“, Право, 1909 г. № 43, а также очеркъ мой въ Прак. и Теорет. Вормса и Ельяшевича, в. 3, стр. 183. За освобожденіе легатарія отъ платежа долговъ наслѣдодателя высказался и Синайскій, Русск. гражд. право, 2, 1918 г., стр. 272 и 273, поддерживающій положеніе, что словамъ сената въ рѣш. гражд. 1909 г. № 40 „съ принятіемъ легата на легатарія переносятся обязанности, связанныя съ онымъ“, правильно придавать ограничительный смыслъ—перехода лишь обремененій, лежащихъ на легатѣ. Иначе понимаетъ слова сената Товстолѣсъ („сенатъ не отрѣшился отъ прежняго взгляда на летатарія въ вопросѣ о платежахъ долговъ“), Отвѣтственность наслѣдника предъ кредиторами вообще и предъ легатаріемъ въ частности, Журн. Мин. Юст. 1915 г. № 9, стр. 190. Но и Товстолѣсъ въ результатѣ изслѣдованія приходитъ къ выводу, что „легатарій свободенъ отъ обязанности платить долги, которые, удовлетворяются изъ наслѣдственной массы“, Журн. Мин. Юст., 1915 г. № 10, стр. 91.

лась, т. е. дробью или указаніемъ опредѣленныхъ имуществъ, и другое дѣло—лицо, которому завѣщатель пожелалъ удѣлить что-либо изъ щедротъ своихъ, безъ назначенія его универсальнымъ правопреемникомъ. Въ этомъ вся сущность антитезы наслѣдства и легата.

Раздѣлъ наслѣдства.

По принятіи наслѣдства, наслѣдники, не желающіе оставаться въ общемъ обладаніи, прибѣгаютъ къ раздѣлу. Послѣдній бываетъ полюбовный, путемъ договора, ничѣмъ не отличающагося въ своемъ дѣйствіи отъ другихъ соглашеній, и принудительный. Наслѣдственный раздѣлъ самъ по себѣ не создаетъ никакихъ новыхъ правъ, подтверждая только существующія доли, полученныя путемъ наслѣдованія. Поэтому онъ не является источникомъ пріобрѣтенія правъ, однако, при условіи, что никакія части правъ однихъ наслѣдниковъ не переходятъ къ другимъ по прямому отчужденію, что также не воспрѣщено закономъ. Раздѣлъ въ дѣйствительномъ смыслѣ только прекращаетъ общность права, не болѣе, иначе это уже уступка или что-либо другое. Каждый наслѣдникъ, и по совершеніи раздѣла, производитъ свои права на доставшееся ему (при раздѣлѣ) имущество прямо и непосредственно отъ наслѣдодателя, но не отъ своихъ сонаслѣдниковъ [1]). Цѣль наслѣдственнаго раздѣла—дать возможность каждому сонаслѣднику перейти отъ наслѣдственной связанности къ самостоятельному осуществленію своей квоты, въ качествѣ полнаго распорядителя и хозяина. Въ этомъ отношеніи положеніе аналогично общей собственности, съ тѣмъ только отличіемъ, что общая собственность создается обыкновенно въ результатѣ соглашенія

[1]) Рѣш. гражд. 1911 г. № 56, 1885 г. № 124, 1878 г. № 274. Contra Нот. Пол. ст. 158 п. 4, относящее раздѣльныя записи къ актамъ о переходѣ права собственности, безъ достаточнаго основанія и безъ дѣйствительной связи съ матеріальнымъ правомъ, см. также рѣш. гражд. 1885 г. № 124. Не исключается раздѣлъ, какъ не заключающій въ себѣ элементовъ отчужденія, и тогда, когда на имуществѣ умершаго или на части наслѣдника лежитъ запрещеніе. Раздѣлъ нельзя смѣшивать съ распредѣленіемъ долей наслѣдованія въ измѣненіе дѣйствительно причитающихся частей, ср. рѣш. гражд. 1893 г. № 4. Такое распредѣленіе обсуждается по началамъ уступки наслѣдства. Въ остальномъ, раздѣлъ общаго наслѣдства, хотя бы при этомъ все имущество уступалось одному изъ сонаслѣдниковъ подъ условіемъ денежныхъ выплатъ другимъ, не устанавливаетъ перехода права собственности: рѣш. гражд. 1903 г. № 14. Раздѣлъ не отождествляется съ договоромъ купли во всемъ объемѣ, ib.

участниковъ, между тѣмъ какъ наслѣдственная общность вынужденная, а потому раздѣлъ наслѣдства еще болѣе естественъ и умѣстенъ, чѣмъ раздѣлъ общей собственности. Возникающая часто настоятельная надобность въ раздѣлѣ именно наслѣдства привела къ тому, что наше дѣйствующее право признало этотъ раздѣлъ, какъ особый институтъ, и лишь его сочло нужнымъ регулировать спеціальными нормами, оставивъ безъ особаго вниманія раздѣлъ общей собственности (supra). На самомъ дѣлѣ существенной разницы между этими видами раздѣла не констатируется, такъ что общія нормы могли бы быть созданы для всѣхъ раздѣловъ, одинаково. Существуютъ иногда въ законахъ только нѣкоторыя столь существенныя отличія наслѣдственнаго раздѣла. Такъ, по BGB не въ случаѣ назначенія въ завѣщаніи земельнаго участка одному наслѣднику, стоимость этого участка, при сомнѣніи, опредѣляется, для взаимныхъ разсчетовъ сонаслѣдниковъ, по его нормальной хозяйственной доходности въ моментъ раздѣла [1]). Въ случаѣ сомнѣнія относительно частей вслѣдствіе ожидаемаго рожденія раздѣлъ откладывается до устраненія сомнѣнія [2]). При нахожденіи въ составѣ наслѣдства долгового требованія устанавливается (Пр. Гр. Ул.) взаимная отвѣтственность наслѣдниковъ за состоятельность должника къ платежу. Эта отвѣтственность имѣетъ цѣлью облегчить раздѣлъ наслѣдства путемъ устраненія опасенія ущерба при несостоятельности должника для тѣхъ наслѣдниковъ, которые зачитываютъ эти требованія въ свою долю [3]).

Дѣйствующее наше право признаетъ раздѣлъ всего наслѣдственнаго комплекса либо отдѣльныхъ вещей, поступившихъ въ общую собственность наслѣдниковъ по наслѣдству. Наслѣдственный раздѣлъ мыслимъ, пока существуетъ наслѣдственный комплексъ, хотя бы наслѣдниковъ въ ихъ правахъ успѣли замѣнить по правопреемству постороннія лица, отъ которыхъ также не отнимается право требовать

---

[1]) BGB § § 2049. По Пр. Гр. Ул., эта хозяйственная стоимость опредѣляется черезъ помноженіе на 25 ежегоднаго, по десятилѣтней стоимости, чистаго дохода имущества, ст. 1553.

[2]) BGB § 2043, Пр. Гр. Ул., ст. 1554, абз. 2.

[3]) См. Пр. Гр. Ул., ст. 1555. По франц. праву, такая отвѣтственность есть результатъ взаимныхъ гарантій сонаслѣдниковъ по нарушеніямъ и отчужденіямъ, происходящимъ отъ предшествовавшихъ раздѣлу причинъ, и потому она не имѣетъ мѣста, если несостоятельность должника наступила послѣ раздѣла, Code Civil, Код. Нап., ст. 886. Codice Civile, Art. 1037.

раздѣла и участвовать въ немъ [1]). Нѣтъ надобности для раздѣла, чтобы наслѣдники непремѣнно утверждены были въ правахъ наслѣдованія.

Правила о раздѣлѣ проникнуты у насъ стремленіемъ создать миролюбіе среди наслѣдниковъ и старой идеей предпочтенія индивидуальнаго обладанія обладанію общему.

На первое мѣсто законы ставятъ раздѣлъ полюбовный. Онъ кончается раздѣльнымъ актомъ, совершаемымъ (при наличности недвижимости) въ крѣпостномъ порядкѣ — раздѣльной записью. Раздѣлъ движимости особой формы не требуетъ: и можетъ быть доказываемъ свидѣтелями. Что касается судебнаго раздѣла, то таковой производится въ охранительномъ порядкѣ, причемъ участникамъ дается двухлѣтній срокъ для добровольнаго раздѣла и налагается штрафъ на препятствующихъ мирному раздѣлу наслѣдниковъ. Что недостигшіе полнолѣтія и вообще недѣеспособные такъ же, какъ и безвѣстно-отсутствующіе наслѣдники участвуютъ на судѣ въ раздѣлѣ черезъ законныхъ представителей, это само собою разумѣется. Не требуется ожидать, пока появится на свѣтъ претендентъ—nasciturus: его права учету не подлежатъ, вопреки тому, что и онъ по закону наслѣдникъ. Nasciturus'у предоставляется закономъ, повидимому, отстаивать свои права впослѣдствіи [2]). Нераздробляемыя вещи отдаются однимъ наслѣдникамъ, съ соотвѣтственнымъ вознагражденіемъ другихъ, причемъ преимущественное право на недѣлимый предметъ имѣетъ старшій по возрасту. Дѣлимые предметы раздробляютъ на равноцѣнныя части, и мечутъ жребій. Допускается передѣлъ послѣ судебнаго (но не послѣ полюбовнаго) раздѣла [3]).

На практикѣ нисколько не облегчаютъ наслѣдственнаго раздѣла эти казуистическія и сложныя правила. Бываетъ такъ, что положеніе оказывается совершенно безвыходнымъ. Такъ, если наслѣдникъ, имѣющій право старшинства, а за нимъ слѣдующій и всѣ другіе откажутся отъ принятія недѣлимой вещи, то судебный раздѣлъ становится невозможнымъ, что и признано практикой [4]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1891 г. № 24.

[2]) ст. 1106 X т. I ч., ср. рѣш. гражд. 1872 г. № 1046.

[3]) X т. I ч., стт. 1315—1340.

[4]) Рѣш. гражд. 1909 г. № 10. Въ этомъ рѣшеніи сенатъ запретилъ суду навязывать имѣніе старшему наслѣднику, противъ желанія послѣдняго, что конечно, вполнѣ основательно. Но въ тоже время у суда отнято почему-то право производить пу-

Съ принципіальной точки зрѣнія, законъ могъ бы отказаться отъ нынѣшнихъ подробныхъ правилъ—инструкцій охранительному суду и съ успѣхомъ ограничиться, вмѣсто этого, предоставленіемъ заинтересованнымъ права иска, въ потребныхъ случаяхъ, о принудительномъ раздѣлѣ. Пришлось бы только дать суду нѣсколько общихъ директивъ относительно взаимныхъ гарантій сонаслѣдниковъ при раздѣлѣ долгового достоянія, принятія во вниманіе интересовъ отсутствующихъ или еще неродившихся (но уже зачатыхъ) наслѣдниковъ, а также третьихъ лицъ. Въ остальномъ наслѣдственный раздѣлъ надлежало бы ввести въ рамки общихъ нормъ о раздѣлѣ правъ и имуществъ, съ признаніемъ за судомъ права самаго широкаго усмотрѣнія при разрѣшеніи подобныхъ дѣлъ.

Выдѣлъ.

При опредѣленіи законныхъ наслѣдственныхъ долей принимается во вниманіе то, что получено было наслѣдникомъ въ качествѣ выдѣла — Ausgleichung. Это вытекаетъ изъ того справедливаго начала, что наслѣдникъ долженъ получить лишь столько, сколько ему положено закономъ, если наслѣдодатель не выразилъ надлежащимъ образомъ иного желанія.

Подъ выдѣломъ разумѣется предоставленное наслѣдодателемъ данному лицу, какъ будущему наслѣднику своему, при жизни своей безвозмездно имущественное благо, по поводу конкретныхъ обстоятельствъ и событій. Выдѣлъ, стало быть, имѣется лишь тогда, когда либо прямо обусловливается, что получившій имущество долженъ засчитать таковое въ счетъ наслѣдственной доли, которую онъ получитъ впослѣдствіи, либо такой выводъ косвенно вытекаетъ изъ характера и обстановки выдачи изъ размѣра даннаго или другихъ обстоятельствъ. При надѣленіи приданымъ выходящей замужъ женщины обыкновенно предполагается выдѣлъ. Въ общемъ, выдѣлъ простой и выдѣлъ—приданое подчинены однимъ правиламъ и являются въ одинаковой мѣрѣ предвареніемъ наслѣдованія [1]).

Выдѣлъ принимается въ счетъ лишь той наслѣдственной доли, которая достается послѣ лица, его совершившаго. По разъясненію

блично продажу имущества для раздѣла. Судъ, по этому рѣшенію, не вправѣ даже руководствоваться при раздѣлѣ общимъ смысломъ законовъ, на основаніи 9 и 10 стт. Уст. Гражд. Судопр. Это рѣшеніе, въ общемъ, приводитъ къ одному изъ тупиковъ, въ которые попадаютъ у насъ нерѣдко наслѣдники, не сумѣвшіе раздѣлиться мирнымъ путемъ и вынужденные для этого обратиться въ судъ.

[1]) Ср. Рѣш. гражд. 1910 г. № 16.

сената, сумма, выданная братомъ сестрѣ при выходѣ ея замужъ послѣ смерти родителей, въ качествѣ приданаго, не подлежитъ зачету въ долю причитающагося сестрѣ послѣ отца наслѣдства [1]).

Выдѣлъ преслѣдуетъ различныя цѣли. Чаще всего родственникъ, обычно родитель, отдаетъ при жизни своей имущество наслѣдникамъ, не имѣя возможности по старости лѣтъ или по болѣзни имъ управлять и завѣдывать. Еще чаще выдѣлъ совершается по поводу предстоящаго брака или устройства надѣляемымъ самостоятельной жизни. Иногда выдѣлъ диктуется желаніемъ удовлетворить будущаго наслѣдника, дабы онъ не касался остального имущества, относительно котораго наслѣдователь дѣлаетъ завѣщаніе. Послѣднее имѣетъ особый raison d'etre тамъ, гдѣ законъ устанавливаетъ обязательную долю.

Ни при какомъ выдѣлѣ недопустимо полученіе выдѣленнымъ впослѣдствіи, по открытіи наслѣдованія, полной наслѣдственной доли, вопреки интересамъ прочихъ наслѣдниковъ. Въ томъ согласны всѣ законодательства, не исключая и нашего, равно предписывающіе обязательный зачетъ [2]). Зачетъ дѣлается примѣнительно къ стоимости въ моментъ открытія наслѣдованія, а не въ моментъ самой выдачи (contra Пр. Гр. Ул.). Если выдѣленный получилъ менѣе того, сколько ему причитается, онъ вправѣ, конечно, требовать соотвѣтственнаго добавленія. Въ обратномъ случаѣ, при превышеніи выдѣломъ наслѣдственной доли, отбирать отъ выдѣленнаго что-либо не приходится, какъ не отбирается имущество у лица, одареннаго наслѣдодателемъ при жизни. При отпаденіи выдѣленнаго до или послѣ delatio, зачетъ совершаетъ заступающій его мѣсто (нисходящій выдѣленнаго).

Самое понятіе зачета указываетъ, что возвратъ производится лишь въ разсчетахъ съ равными сонаслѣдниками, а не съ другими лицами, кредиторами и пр. Такъ какъ выдѣлъ обыкновенно соотвѣтствуетъ предполагаемой наслѣдственной долѣ, то выдѣляемый, по принятому порядку, уже при выдѣлѣ отрекается отъ наслѣдства. Такое отреченіе не признается преждевременнымъ и дѣйствительно, не въ примѣръ общему отреченію, могущему произойти лишь послѣ delatio. Отреченіе выдѣленнаго имѣетъ силу также по отношенію къ его наслѣдникамъ, (нисходящимъ), если изъ самаго акта отреченія не усматривается иное. Это естественный выводъ изъ существа и цѣли выдѣла [3]).

---

[1]) ib.

[2]) BGB, § 2055, Code Civil, Код. Нап., 848, Св. Приб. ст. 2745 и сл., X т. I ч., стт. 994 и сл., 1003, ст. 1320 (внутренній смыслъ).

[3]) X т. I ч., ст. 1002, Св. Приб., ст. 2773, Пр.

Выдѣляющіе — это тѣ, послѣ которыхъ надѣляемые имѣютъ право наслѣдованія по закону, т. е. не только родители, но и другіе родственники. По нѣкоторымъ законодательствамъ, въ томъ числѣ по BGB, Св. Приб. и дѣйствующему нашему праву, это только восходящіе: родители, дѣды и т. д. Такое ограниченіе не оправдывается условіями дѣйствительности: ничего ненормальнаго нѣтъ въ томъ, чтобы выдѣлъ произведенъ былъ, напр., братомъ. De lege ferenda это ограниченіе должно отпасть у насъ [1]).

Выдѣлъ, какъ и отреченіе при выдѣлѣ, совершается у насъ письменно, съ соблюденіемъ правилъ о передачѣ недвижимостей, если выдѣлъ ихъ касается (отдѣльная запись, рядная запись) [2]). Западные кодексы примѣняютъ въ данномъ случаѣ нормы о формахъ, въ которыхъ совершается переходъ имуществъ, съ одной стороны, и отреченіе съ другой, что, несомнѣнно, гораздо правильнѣе.

Выдѣлъ, безмездное надѣленіе при жизни, смѣшиваемое иногда съ дареніемъ, не есть на самомъ дѣлѣ дареніе, по отношенію къ которому дѣйствуютъ особыя правила поворота, которое, конечно, не имѣетъ никакихъ свойствъ наслѣдованія и игнорируется при опредѣленіи наслѣдственныхъ долей. Имѣло ли мѣсто дареніе или выдѣлъ — рѣшаетъ, въ случаѣ спора, судъ по конкретнымъ даннымъ на основаніи дѣйствительнаго намѣренія заинтересованныхъ [3]).

Гр. Ул., ст. 1559. По BGB указанное правило вытекаетъ, именно, изъ общихъ нормъ объ отреченіи отъ наслѣдства, § 2349.

[1]) По Schw. ZGB, имущество, данное als Heiratsgut, Ausstattung, Vermögensabtretung, Schuldverlass und dergleichen нисходящему мыслится, какъ выдѣлъ, насколько наслѣдодатель не выразилъ противнаго, а все то, что какой бы то ни было наслѣдодатель отдалъ другимъ своимъ законнымъ наслѣдникамъ при жизни, считается выдѣломъ только тогда, если это имущество дано было именно для будущаго зачета, Art. 626. Французское право при выдѣлахъ—„rapports“, „возвратахъ“— имѣетъ въ виду „всякаго наслѣдника“, Code Civil, Код. Нап., 943.

[2]) X т. I ч., стт. 1000, 1003, 1006, рѣш. гражд. 1910 г. № 78, Пр. Гр. Ул., стт. 1561, 1562.

[3]) Schw. ZGB считаетъ нужнымъ оговорить, что „übliche Gelegenheitsgeschenke stehen nicht unter der Ausgleichungspflicht“. Такая оговорка по существу излишняя, даже при той системѣ, какую усвоилъ этотъ кодексъ, и свидѣтельствуетъ лишь о сугубой осторожности. По французскому праву, до 1898 г. легатъ приравнивался къ дару въ отношеніи rapport, т. е. подлежалъ зачету въ счетъ наслѣдствъ на подобіе нашего выдѣла. Законъ 24 марта 1898 г. отмѣнилъ этотъ порядокъ, какъ противный, въ большинствѣ случаевъ, намѣренію завѣ-

Въ выдѣлѣ, какъ предваренномъ наслѣдствѣ, можно видѣть способъ установленія мира въ семьѣ и устраненія недоразумѣній въ будущемъ, хотя иногда въ практикѣ онъ-то, именно, и приводитъ къ спорамъ и искамъ. У насъ выдѣлъ пріобрѣлъ въ послѣдніе годы особое значеніе въ связи съ земельной реформой, между прочимъ, въ виду различнаго отношенія ея къ дару и предваренному наслѣдованію и пр.

Выморочное право и наслѣдованіе государства.

Весьма нерѣдко послѣ умершаго не остается ни наслѣдника по закону, ни завѣщательнаго распоряженія относительно назначенія наслѣдника. Въ такомъ случаѣ оставшееся имущество—выморочное—идетъ въ пользу коллектива—государства, что естественно. Естественно потому: а) что государство беретъ себѣ вообще всякое имущество, не имѣющее хозяина, даже „падающее съ неба“, какъ выражается нашъ законъ, б) что государству и имъ установленному правопорядку каждый гражданинъ обязанъ самой возможностью какихъ—либо пріобрѣтеній такъ что оно на эти пріобрѣтенія вправѣ претендовать преимущественно передъ кѣмъ—либо другимъ, постороннимъ „оккупантомъ“ („res nullius cedit pirmam occupanti“), в) что соціальная мораль требуетъ, чтобы накопленныя гражданиномъ цѣнности шли послѣ его смерти, если нѣтъ спеціально для того предназначенныхъ лицъ, въ пользу коллектива, въ средѣ котораго онъ жилъ и членомъ котораго онъ является.

Поэтому современныя законодательства восприняли принципъ, формулированный конкретно въ BGB слѣдующимъ образомъ: Ist zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassersvorhanden, so ist der Fiskus des Bundesstaates, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat, gesetzlicher Erbe [1]).

Старая римская юриспруденція относила выморочное право къ наслѣдованію, а не къ государственной оккупаціи никому не принадлежащихъ

щателя. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 3, 1921, p. 504. На почвѣ нашего права вопросъ этотъ вообще возникать не можетъ, ибо выдѣлъ у насъ является актомъ прижизненнымъ.

[1]) § 1936. Если умершій не принадлежалъ ни къ какому Bundesstaat, наслѣдникомъ является der Reichsfiskus. По французскому праву, наслѣдство, въ случаѣ выморочности, принадлежитъ государству, Code Civil, Код. Нап., 768, также по Čecho-Slov. § 421, По Св. Приб.—либо извѣстнымъ установленіямъ, либо казнѣ, ст. 1965, по Schw. ZGB—кантону или общинѣ, управомоченной къ тому соотвѣтствующимъ кантональнымъ законодательствомъ, Art. 466.

имуществъ, какой выморочное право представлялось впослѣдствіи, въ средніе вѣка, при господствѣ частно—правового принципа даже въ публичныхъ отношеніяхъ. По новѣйшимъ законодательствамъ, выморочное право есть также наслѣдованіе со всѣми его послѣдствіями или, какъ выражается комментаторъ швейцарскаго закона Curti—Forrer, „das Gemeinde wird dabei wirklicher Erbe in privatrechtlichem Sinne". Нѣкоторыя сомнѣнія въ этомъ отношеніи вызываетъ французскій кодексъ, который относитъ выморочное право къ наслѣдованію особаго рода—successions irregulières, наряду съ наслѣдованіемъ супруговъ,—требующему обязательнаго „inventaire" и пр. Въ результатѣ такого положенія часть французской юриспруденціи склонна совершенно отрицать наслѣдственныя свойства этого права, причисляя его къ droit de souverenité. По дѣйствующему нашему праву, выморочное имущество принадлежитъ, какъ и по Св. Приб., государственной казнѣ и отдѣльнымъ оффиціальнымъ институціямъ, болѣе даже послѣднимъ, нежели первой. Выморочныя имущества обращаются: послѣ смерти членовъ Университета и чиновниковъ учебнаго вѣдомства—въ пользу тѣхъ учебныхъ заведеній, при которыхъ умершіе находились, послѣ смерти духовныхъ властей—въ духовное вѣдомство, послѣ служащихъ и призрѣваемыхъ въ благотворительныхъ учрежденіяхъ—къ этимъ учрежденіямъ, согласно уставовъ послѣднихъ. Городскія имущества, недвижимыя и движимыя (а нынѣ сюда надо отнести и внѣгородскія), идутъ въ пользу общественныхъ самоуправленій [1]). Въ настоящее время трудно даже представить себѣ случай, когда выморочное имущество должно было бы поступить казнѣ. Въ прежнее время такой переходъ былъ вполнѣ возможенъ, кромѣ того значительная часть выморочныхъ имуществъ поступала прежде въ сословныя учрежденія (дворянъ).

Особое положеніе выморочнаго права выработалось у насъ благодаря дѣйствію факторовъ историческихъ, этнографическихъ, территоріальныхъ. Русское государство первоначально ревниво присваивало себѣ безнаслѣдныя имущества и практиковало это въ широкомъ масштабѣ. По многочисленности населенія, малой организованности, недостаточности надзора за забираемыми имуществами и связанному съ этимъ чиновному и иному хищничеству, государство, вмѣстѣ съ незначительной пользой отъ выморочныхъ имуществъ, пріобрѣтало безчисленное множество хлопотъ, жалобъ и споровъ. Влѣдствіе этого оно въ концѣ концовъ стало „великодушно" отказываться отъ подобныхъ имуществъ—въ пользу сословій и организацій.

---

[1]) См. X т. I ч., стт. 1167 и сл.

Представляетъ ли выморочное право наслѣдованіе или нѣтъ, этотъ вопросъ вызывалъ у насъ нескончаемые споры, которые поддерживались тѣмъ, что законы, въ разное время изданные и противорѣчивые, давали опору различнымъ мнѣніямъ. Въ концѣ концовъ приходится согласиться, что у насъ выморочное право есть наслѣдованіе, ибо чѣмъ же другимъ, кромѣ наслѣдованія, можетъ быть переходъ всего комплекса правъ умершаго къ юридическому лицу публичнаго права, обладающему полученнымъ достояніемъ на правахъ частнаго хозяина? Но есть въ этомъ правѣ и нѣкоторыя черты отличія. Прежде всего, субъектамъ выморочнаго права не дана возможность отреченія. Въ виду этого естественно, что они отвѣчаютъ по долгамъ наслѣдователя не свыше полученнаго актива. Этотъ выводъ подкрѣпляется общественными моментами выморочнаго права, тѣмъ, что публичный интересъ не долженъ терпѣть ущербъ во имя интересовъ частныхъ лицъ—кредиторовъ умершаго, по правильному замѣчанію Рязановскаго, хотя, замѣтимъ съ своей стороны, законъ категорическаго подтвержденія этому выводу не даетъ [1]).

[1]) Въ рѣш. Общ. Собр. 1887 г. № 19 сенатъ призналъ, что „пріобрѣтеніе имуществъ по выморочному праву составляетъ одинъ изъ видовъ пріобрѣтенія имуществъ наслѣдствомъ по закону". См. Рязановскій, Выморочное Право, 1914 г., стр. 38, тамъ же изложеніе противоположныхъ взглядовъ. Самъ Рязановскій относитъ у насъ выморочное право къ категоріямъ римскаго генеральнаго преемства при жизни и на случай смерти, а именно, видитъ въ немъ successio universalis sui generis, заключающуюся въ томъ, что казна пріобрѣтаетъ главнымъ образомъ права и лишь по неизбѣжной необходимости несетъ и нѣкоторыя обязанности, ib. стр. 38, 29. Въ рѣш. гражд. 1891 г. № 2 сенатъ утверждаетъ иное: „наслѣдованіе казны по выморочному праву не есть наслѣдство въ общемъ смыслѣ этого слова". Поэтому Сенатъ не допускаетъ, чтобы субъекты выморочнаго права обращались съ ходатайствомъ передъ судомъ для полученія опредѣленій объ утвержденіи за ними выморочныхъ правъ. См. также рѣш. 1892 г. № 59. Для выморочности, въ противоположность общему наслѣдованію, законъ требуетъ обязательной предварительной публикаціи и истеченія срока, который въ прежнія времена понимался въ смыслѣ полугодового срока для явки наслѣдниковъ (съ правомъ прочихъ наслѣдниковъ на возвратъ), а въ серединѣ XIX в. изъясненъ былъ закономъ въ смыслѣ десятилѣтняго срока со времени послѣдняго припечатанія въ вѣдомостяхъ вызова о явкѣ для полученія наслѣдства. X т. I ч., ст. 979, въ ред. 1842 г. и нынѣшняя ст. 1162; Пр. Гр. Ул., Объясн., кн. IV, 1903 г. стр.

Такъ какъ выморочное право, какъ право наслѣдованія, пріурочивается по своему дѣйствію и послѣдствіямъ къ моменту delatio, то съ этого момента субъекты в. п. въ состояній предпринимать нѣкоторые акты по охранѣ своихъ законныхъ интересовъ въ ожиданіи реализаціи своего права впослѣдствіи. Они могутъ добиваться учрежденія опекъ надъ наслѣдственнымъ имуществомъ, простирать притязанія къ постороннимъ лицамъ объ обращеніи имуществъ въ наслѣдственную массу и предъявлять иски другъ къ другу о признаніи выморочныхъ правъ [1]).

Что выморочное право представляетъ собою могущественное орудіе пріобрѣтенія и обладанія въ рукахъ коллектива, вполнѣ очевидно. Но это при условіи, что выморочныя права будутъ принадлежать всецѣло казнѣ или какимъ-нибудь общесоціальнымъ организаціямъ, не разсѣиваясь по многочисленнымъ установленіямъ, часто вовсе не нуждающимся въ выпадающихъ на ихъ долю выморочныхъ благахъ. Несмотря на то, что самъ законъ сильно урѣзалъ права фиска на безнаслѣдныя имущества, практика все же стремилась утверждать верховенство казны, хотя бы in abstracto. Сенатъ признавалъ право казны „главнымъ выморочнымъ правомъ", уступающимъ правамъ другихъ лицъ постольку, „поскольку имѣется прямое указаніе на то въ законѣ".

Но проблема идетъ теперь шире и глубже. Вопросъ ставится о правахъ государства на наслѣдованіе не только въ смыслѣ обрѣтенія никому не принадлежащихъ наслѣдствъ, но даже въ смыслѣ конкурренціи съ наличными наслѣдниками. Лишь презумпція особой близости къ умершему должна обусловливать право лица на наслѣдованіе въ нынѣшнее время (supra). Эта презумпція не идетъ далѣе семьи: родителей, дѣтей, супруговъ. Можно, пожалуй, прибавить и братьевъ. За предѣлами круга этихъ лицъ не должно быть болѣе наслѣдниковъ, кромѣ самого государства, если наслѣдователь не избралъ себѣ правопреемника въ завѣщаніи [2]). Завѣщательная свобода не затрагивается, она

111, 112. Только когда за это время никто изъ наслѣдниковъ не явится или когда изъ явившихся въ срокъ никто не докажетъ своихъ правъ, наступаетъ дѣйствіе выморочнаго права, рѣш. гражд. 1901 г. № 23.

[1]) Ср. помянутое рѣш. гражд. 1901 г. № 23, а также 1892 г. № 52, 1884 г. № 138, 1878 г. № 199, 1877 г. № 374.

[2]) Знаменательно, что, не взирая на то, что съ начала XIX в. крупнѣйшіе ученые, юристы и экономисты, требовали созданія „границъ наслѣдованія", западное право продолжаетъ

остается во всей силѣ, какъ основа собственности и личныхъ правъ человѣка. Но если предсмертнаго распоряженія о наслѣдствѣ нѣтъ и нѣтъ никого изъ категоріи ближайшихъ родственниковъ, вѣрнѣе, родныхъ, все наслѣдство—достояніе государства.

За установленіе подобнаго наслѣдственнаго права государства говоритъ рядъ весьма вѣскихъ доводовъ. И въ центрѣ стоитъ здѣсь соображеніе о полной непригодности нынѣшней системы наслѣдованія, благодаря которой даже при самой отдаленной связи съ наслѣдодателемъ человѣкъ можетъ пользоваться результатами его прижизненныхъ трудовъ совершенно незаслуженно (наслѣдникъ „американскаго дядюшки“, der lachende Erbe). Такой порядокъ хорошъ

держаться въ данномъ отношеніи старыхъ формъ наслѣдованія, завѣщанныхъ отжившимъ родовымъ бытомъ. Лишь кое-что достигнуто здѣсь по сравненію съ римскимъ правомъ. Именно, французскій кодексъ не пошелъ далѣе 12-ой степени родства (!). Были сдѣланы предложенія впослѣдствіи Французскому Парламенту признать выморочность за неимѣніемъ кровныхъ родственниковъ 4 или 6 степени, но они сочувствія не встрѣтили (Vallier, Кассо). И только въ 1917 г., какъ мы видѣли, законное наслѣдованіе ограниченно во Франціи шестой степенью. Schw. ZGB останавливается у 6-ой третьей парентеллы, за предѣлами которой нѣтъ законнаго наслѣдованія, только дѣду съ бабушкой и ихъ потомству дается еще пожизненное пользованіе. Въ нѣкоторыхъ штатахъ Америки законное наслѣдованіе ограничивается четвертой степенью. BGB, англійское право и нашъ дѣйствующій законъ признаютъ наслѣдованіе ad infinitum. Но даже самые горячіе сторонники „границъ“ не рѣшаются на то, чтобы признать отпаденіе законнаго наслѣдованія за порогомъ семьи. Рязановскій, апологетъ „предѣловъ“, готовъ дать „ограниченное право наслѣдственнаго преемства“ третьей и четвертой степени родства („Границы наслѣдованія, 1915 г., стр. 18). Пергаментъ, также занимавшійся этимъ вопросомъ, своихъ предположеній о самыхъ границахъ не высказываетъ, отмѣчая только, со ссылками на крупнѣйшіе авторитеты, необходимость тѣсныхъ предѣловъ наслѣдованія, ратуя противъ того, что „гомеопатическая доза общей крови призвана замѣнить ближайшую родственную связь“, и указывая, что „такое право наслѣдованія въ роли лишеннаго смысла pretium sanguinis грубо погрѣшаетъ противъ своей природы и куетъ оружіе противъ самого себя“: „Предѣлы наслѣдованія“ въ гражданскомъ правѣ, 1906 г., стр. 19. См. также Азаревичъ, Свобода и ограниченіе духовныхъ завѣщаній, Журн. Гр. и Уг. Права, 1889 г., кн. VIII, стр. 75 и

для сатирическаго романа, но не для права и общественной морали. Въ самомъ дѣлѣ, что можно возразить противъ того, что высказали Пергаментъ, Рязановскій и другіе о погоняхъ за наслѣдствами, о посредникахъ по розысканію наслѣдствъ и развращающемъ вліяніи всего этого на общество? Кому незнакомы, добавимъ мы отъ себя, возмутительныя картины, когда умирающаго „дядю“ окружаютъ ожидающіе наслѣдники, со страхомъ и трепетомъ взирающіе на врача, не скажетъ ли онъ, что „еще есть надежда“? Развѣ мы не приближаемся здѣсь къ области „моральныхъ преступленій“, не говоря уже о томъ, что нерѣдко и самыя настоящія преступленія совершаются противъ наслѣдодателя, будучи вызваны „нетерпѣніемъ“ родственника, которому „надоѣло ждать“ и котораго къ постели умирающаго привела не какая-либо близость, сочувствіе и т. п., а именно жажда наслѣдственной добычи? Но и въ небогатой крестьянской средѣ, привыкшей, по прежнему устройству, къ господству трудового начала и въ области наслѣдованія, нынѣ, по укрѣпленіи индивидуальной собственности, при маломъ сравнительно развитіи грамотности и незначительномъ процентѣ завѣщаній, переходъ наслѣдствъ къ постороннимъ для семьи наслѣдодателя родственникамъ, не имѣвшимъ никакихъ обязанностей по отношенію къ умершему, можетъ оказаться чреватымъ такими грозными послѣдствіями для общественной нравственности, которыхъ многіе до сихъ поръ себѣ и не представляли. Вмѣшательство законодательства требуется здѣсь, какъ неотлагательная нужда.

Съ другой стороны государство, задачи котораго растутъ вширь и вглубь, охватывая всѣ углы и матеріальной и духовной жизни гражданина, все болѣе и болѣе нуждается въ средствахъ, источникомъ пополненія которыхъ и явилось бы опредѣленное право его наслѣдовать гражданамъ. По мотивамъ финансовымъ съ давнихъ поръ введенъ налогъ на наслѣдства, прогрессивно увеличивающійся по мѣрѣ уменьшенія близости наслѣдника съ наслѣдодателемъ [1]). Остается сдѣ-

---

сл. Горячій сторонникъ „границъ наслѣдованія“—германскій юристъ Bamberger видитъ въ наслѣдованіи государства, между прочимъ, способъ покрытія нынѣшнихъ военныхъ убытковъ, рекомендуя создать наряду съ Verwandtenerbrecht ein gesetzliches Erbrecht des Reiches и кромѣ того установить обязательную долю государства—ein Pflichtteilsrecht des Reiches in der Form eines Ausbaues der Erbschaftssteuer (Erbrecht des Reiches und Erbschaftssteuer, 1917, S. 39).

[1]) Въ Латвіи нынѣ, по законамъ 1919, 1921 и 1922 г.г., наслѣдственныя пошлины такъ велики, что представляютъ

лать еще шагъ, рѣшительный шагъ—и откровенно признать государство наслѣдникомъ въ извѣстныхъ (указанныхъ выше) предѣлахъ. Само собою разумѣется, что разрѣшеніе этой крупной проблемы постулируетъ организацію, гарантирующую правильное использованіе получаемыхъ государствомъ благъ, въ интересахъ коллектива, цѣлесообразное управленіе при помощи соотвѣтственныхъ органовъ, надлежащее назначеніе этихъ новыхъ средствъ и пр. и пр. Достиженіе цѣли прямого государственнаго участія въ наслѣдованіи не только очиститъ наслѣдственное право отъ чуждыхъ примѣсей, отъ крупныхъ аномалій, но будетъ означать серьезное движеніе впередъ по пути соціальнаго благоустройства и соціальной солидарности. Гражданинъ получитъ возможность трудиться и пріобрѣтать въ утѣшительномъ сознаніи, что онъ это дѣлаетъ не только для себя и близкихъ, но и для всего организованнаго общества.

собою „скрытую экспропріацію собственности въ интересахъ общественныхъ“: Синайскій, Основы гражданскаго права 1926, стр. 15. Въ Германіи законы 20 іюля и 7 августа 1922 г. и 19 декабря 1923 г. значительно увеличили Erbschaftsteuer. По Erbschaftsteuergesetz vom 22 August 1925 наслѣдственный налогъ доходитъ въ опредѣленныхъ случаяхъ до 60% (См. изд. Schachian, 1925, S. 23).

Реализація частныхъ правъ.

Осуществленіе права.

Цѣль и сердцевина каждаго правомочія есть его осуществленіе. Право для того и возникаетъ, чтобы быть осуществленнымъ. Осуществленіе выражается въ томъ, что управомоченный по своему желанію фактически пользуется предметомъ права, распоряжается имъ. Такъ какъ сумма осуществленныхъ индивидуумами имущественныхъ и личныхъ правъ, въ общей сложности составляетъ гражданскій оборотъ, то въ такомъ осуществленіи косвенно заинтересованъ и коллективъ. Поэтому каждое частное право заключаетъ въ себѣ и нѣкоторый элементъ публичный, не говоря уже о томъ, что извѣстныя права, какъ авторское право, родительское право, непосредственно затрагиваютъ общество, и его интересы, будучи насквозь проникнуты соціальными свойствами. Такое положеніе вещей приводитъ нѣкоторыхъ даже къ преувеличенному представленію, будто вообще право есть обязанность. Заключая въ себѣ зерно здоровой мысли, подобная трансформація, въ общемъ, мало вяжется съ сущностью частнаго права, осуществленіе котораго всегда—предметъ свободной воли и автономіи управомоченнаго, вопреки праву публичному, гдѣ правомочіе и обязанность могутъ въ дѣйствительности быть вполнѣ тождественны, фигурировать въ качествѣ двухъ сторонъ одного и того же понятія [1]).

Каждый властенъ осуществлять свое право,—не вторгаясь въ сферу правъ другого, по правилу: „живи и жить давай другимъ“. Изъ сущности права, какъ мѣры свободы дѣятельности индивидуума, вытекаетъ, что не можетъ быть прямого нарушенія чужого права подъ видомъ

---

[1]) Болѣе близкимъ къ истинѣ представляется взглядъ Синайскаго, по мнѣнію котораго право лица гражданско-правового общества не есть только нѣчто, конкретно ради пользы этого лица существующее, но и особая его позиція во всемъ гражданско-правовомъ обществѣ для созданія „твердости оборота“,—хотя и Синайскій, кажется, склоненъ нѣсколько преувеличивать публичный моментъ въ гражданскомъ оборотѣ (Основы Гражданскаго Права, 1926, стр. 441).

осуществленія своего собственнаго. Не допускается осуществленіе права, противорѣчащее добрымъ нравамъ: давать защиту такому способу пользованія правами значило бы впасть въ противорѣчіе съ болѣе значительной цѣнностью—общимъ благомъ.

Отъ использованія правомочія со стороны субъекта такового бываютъ неудобства и потери для другихъ, что общественно—неизбѣжно и юридически—нормально, коль скоро такой вредъ естественное послѣдствіе пользованія правомъ. Но кто осуществляетъ свое право съ исключительной цѣлью вредить другому, совершаетъ неправомѣрную шикану [1]). При этомъ безразлично, въ какой области проявляется эта шикана, при осуществленіи ли вещныхъ правъ, въ обязательственныхъ правоотношеніяхъ или въ иной сферѣ права. Право, какъ свѣтильникъ, указываетъ дорогу человѣку, но непозволительно самовольное заглядываніе со свѣтомъ въ чужія окна и жилища. Если кто-либо пускаетъ вредные газы на участокъ своего сосѣда, чтобы отравить ему лѣтній отдыхъ, онъ является нарушителемъ, точно такъ же, какъ и тотъ, кто заставляетъ контрагента принять купленный предметъ въ опасную минуту, когда предмету угрожаетъ гибель, или требуетъ выселенія изъ помѣщенія больного жильца, слегшаго въ постель. Summum jus, summa injuria. Посягательство шиканера можетъ быть направлено на матеріальныя и не-матеріальныя цѣнности, даже на религіозное чувство; намѣреніе причинить вредъ констатируется по объективнымъ проявленіямъ.

Однако, даже тамъ, гдѣ такого прямого намѣренія на самомъ дѣлѣ нѣтъ, возможно еще простое злоупотребленіе, также недопустимое при осуществленіи правъ, коль скоро смотрѣть на послѣднее не только со стороны субъективной заинтересованности, но и съ соціальной точки зрѣнія общественныхъ достиженій. Злоупотребляющій пользуется своимъ правомъ не соотвѣтственно реальнымъ задачамъ права, не считается съ важными интересами другихъ лицъ только потому, что послѣдніе недостаточно ограждены юридической нор-

---

[1]) Ср. BGB, § 226, Пр. ОП, ст. 1174. Правило „qui jure suo utitur, neminem laedit", пріемлемое съ абстрактной точки зрѣнія, отжило свой вѣкъ въ качествѣ безусловнаго, „категорическаго императива". Какъ замѣтила, между прочимъ, записка Мин. Юстиціи по проекту кн. V Гражд. Уложенія (обязательственное право), „осуществленіе права, направленное исключительно на причиненіе вреда другому, безъ всякой пользы для себя, является въ сущности ни чѣмъ инымъ, какъ извращеніемъ права, вопреки его экономическому и историческому назначенію, т. е. другими словами, дѣяніемъ явно неправомѣрнымъ", стр. 381.

мой, игнорируетъ общій порядокъ и благополучіе коллектива. Критерій для отличія злоупотребленія отъ правомѣрнаго пользованія правомъ не всегда легко найти, но таковой слѣдуетъ искать въ идеѣ взвѣшиванія интересовъ. Тамъ, гдѣ человѣкъ явно превысилъ свои правомочія по сравненію съ дѣйствительной потребностью либо поставилъ свое относительно малое благо выше драгоцѣнныхъ благъ другого, тамъ приходится констатировать признаки „злоупотребленія". Злоупотребленіемъ былъ случай (нашумѣвшій когда то въ Россіи) набиванія гвоздей на запяткахъ кареты, для наказанія садящихся на запятки мальчишекъ, злоупотребленіемъ является практикуемое и понынѣ устройство самострѣловъ въ клѣтяхъ и сараяхъ противъ явныхъ и тайныхъ нарушителей чужой собственности.

Въ извѣстномъ смыслѣ шикана есть только видъ злоупотребленія, а самое понятіе злоупотребленія входитъ составной частью въ болѣе широкое понятіе отрицанія доброй совѣсти въ частныхъ правоотношеніяхъ. Поэтому на правильный путь становятся законодательства, провозглашающія генеральную норму о томъ, что каждый при осуществленіи правъ (и исполненіи своихъ обязанностей) долженъ дѣйствовать согласно доброй совѣсти и добрымъ нравамъ—nach Treu und Glauben [1]). Пр. Гр. Ул. слѣдуетъ въ данномъ отношеніи римскому праву: qui jure suo utitur, neminem laedit. Но и римское право давало отвѣтчику возраженіе противъ неблаговидныхъ уловокъ истца—exceptio doli generalis. Пр. Гр. Ул. не признаетъ никого отвѣтственнымъ за недобросовѣстное пользованіе своимъ правомъ, давая каждому возможность осуществлять свои права по своему желанію [2]). Индивидуализмъ, слишкомъ далеко идущій, способный вести къ отрицанію правового порядка и самыхъ устоевъ общежитія!

Дѣйствующее наше право трактуетъ о доброй совѣсти по поводу отдѣльныхъ казусовъ, напр., при исполненіи договоровъ; оно отмѣчаетъ, какъ непозволительное, злоупотребленіе супругомъ „принадлежащими ему силу брака правами". Но и общая мысль о пользованіи правомъ согласно добрымъ нравамъ закону также не чужда. Между прочимъ, смежные вла-

---

[1]) Schw. ZGB, Art. 1. Злоупотребленіе, шикана и прочіе виды недобросовѣстности являются спутниками не только осуществленія права въ тѣсномъ смыслѣ, но и всякой иной реализаціи субъективныхъ правъ и правомочій, однако всего болѣе имѣютъ мѣсто именно при осуществленіи, почему, по принятой нами системѣ, о нихъ упоминается здѣсь.

[2]) См. ст. 2602.

дѣльцы сосѣднихъ участковъ не могутъ располагать ими, какъ заблагоразсудятъ, безъ принятія во вниманіе взаимныхъ интересовъ, ибо, какъ разъяснилъ сенатъ (supra) „немыслимо было бы общежитіе безъ права сосѣдства — безъ обязанностей сосѣдей взаимно поступаться неограниченностью своего обладанія". Противное этому принципу дѣйствіе, по справедливому указанію сената, не теряетъ значенія нарушенія правъ сосѣда только потому, что собственникъ при совершеніи его оставался въ предѣлахъ своего имѣнія, напр., заведя каменоломню у самой границы своего участка, засорялъ землю сосѣда, сбрасывалъ снѣгъ или мусоръ на сосѣдній участокъ, устроилъ на своей же землѣ приспособленія, направляющія дымъ промышленнаго заведенія на землю сосѣда [1]). Отсюда само собою очевидно, что прямое причиненіе вреда сосѣдомъ сосѣду, въ качествѣ цѣли дѣянія, при пользованіи правомъ составляетъ неправомѣрность и у насъ. Съ другой стороны, нѣтъ надобности ограничивать это областью только сосѣдскихъ отношеній, игнорируя вообще согражданъ и людей. Никто не свободенъ пользоваться своимъ правомъ такъ, чтобы лишать другого возможности пользоваться его правами — заключаетъ сенатъ [2]). Такое требованіе отъ гражданъ уважать права другъ друга предполагаетъ признаніе и критерія, которымъ въ данномъ случаѣ только и можетъ быть—добрая совѣсть и добрые нравы. Однако открыто санкціонировать всѣ консеквенціи этого принципа наша практика еще не рѣшилась. Это вопросъ дальнѣйшихъ завоеваній суда въ борьбѣ съ злостностью и неправдой, столь обильно процвѣтающими въ нынѣшнее время. Афоризмъ „fiat justitia, pereat mundus" не къ лицу нашей эпохѣ.

Вліяніе времени на осуществленіе правъ (давность).

„Потокъ временъ въ своемъ теченіи уноситъ всѣ дѣла людей"; онъ мѣняетъ взгляды, создаетъ новыя представленія.

Прошествіе долгаго времени, въ теченіе котораго существуетъ то или иное фактическое состояніе въ пользу даннаго субъекта, создаетъ предположеніе законности этого состоянія. „Давность не малый свидѣтель". Время способно фингировать существованіе извѣстныхъ волевыхъ актовъ и событій, хотя бы они на самомъ

---

[1]) Рѣш. гражд. 1910 г. № 81.

[2]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 51, 1902 г. № 126, ст. 103[1], 1539 X т. I ч., Ср., впрочемъ, старый взглядъ о неограниченномъ пользованіи правами — рѣш. гражд. 1894 г. № 63, 1885 г. № 81, 1870 г. № 403.

дѣлѣ не нашли выраженія въ опредѣленной формѣ. Если по вызову данное лицо не является въ теченіе установленнаго времени, оно презюмируется отказавшимся отъ своихъ правъ, совершенно или условно,—какъ то бываетъ при розыскѣ наслѣдниковъ,—либо умершимъ—при безвѣстномъ отсутствіи. Кто продолжительный срокъ не пользовался своимъ правомъ, дѣлалъ это, по предположенію закона, потому, что не желалъ пользоваться (фикція отказа). Напротивъ, при фактическомъ обладаніи кѣмъ - либо въ теченіе продолжительнаго времени правомъ дефектнымъ, правопорядокъ въ извѣстныхъ случаяхъ примиряется съ дефектами, корригируетъ ихъ и искусственно утверждаетъ требуемыя закономъ условія, въ дѣйствительности отсутствующія [1]).

Не осуществлявшій долгое, установленное закономъ время своего права теряетъ послѣднее: давность исковая. Владѣвшій установленное время вещью, какъ своей, не имѣя къ тому достаточныхъ законныхъ основаній, пріобрѣтаетъ (при извѣстныхъ условіяхъ) эту вещь окончательно: давность владѣнія.

Хотя извлекать или не извлекать выгоды изъ своего права, по общему началу, оставляется всецѣло на волю управомоченнаго, но время можетъ оказать либо цѣлительное, либо губительное дѣйствіе на право въ зависимости отъ осуществленія—Genuss или не-осуществленія—Nicht-Genuss.

Давность появилась въ Римѣ еще въ XII таблицахъ (2 года для владѣнія недвижимостью и годъ—для владѣнія движимостью), причемъ она не примѣнялась къ вору; fur никогда не могъ стать собственникомъ украденной вещи. Римское право позднѣйшаго времени знало давность пріобрѣтательную—usucapio—и затѣмъ давность исковую, т. е. потерю иска (но не права) съ истеченіемъ времени—praescriptio longi temporis (10 лѣтъ inter praesentes и 20 л. inter absentes). Подобнаго рода давность извѣстна была и древне-русскому праву,—сначала въ видѣ нормъ обычнаго права только для usucapio (Псковская правда), а затѣмъ и по указамъ и грамотамъ для пріобрѣтенія исковъ и тяжбъ [2]). Та и

---

[1]) Происходитъ, по заключенію юристовъ, „наказаніе бездѣйствующаго собственника и награжденіе дѣятельнаго владѣнія, какъ долговременнаго факта, въ силу его уважительности обращаемаго положительнымъ закономъ въ право". Оксъ, Виндикація, Журн. гр. и уг. права, 1874 г., кн. 2, стр. 55.

[2]) См. Энгельманъ, О давности по русскому гражданскому праву, 1901, стр. 25 и сл., 50 и сл. По мнѣнію однихъ,

другая давность получила у насъ названіе „земской давности“—терминъ заимствованный изъ Литовскаго Статута.

Право старой Европы не различало отдѣльныхъ видовъ давности, а считалось вообще съ Verschweigung—продолжительнымъ умолчаніемъ—, которое вело къ потерѣ права, а не только иска, съ одной стороны, и къ пріобрѣтенію, съ другой. Это ученіе усвоилаболѣе или менѣе опредѣленно и нынѣшняя кодификація Франціи, Германіи, Швейцаріи [1]), оно же вошло впослѣдствіи и въ наше дѣйствующее право.

Юристы издавна старались объяснить принципъ дѣйствія давности, но каждый по своему, односторонне. Институтъ давности, несомнѣнно, гнѣздится въ общественной психикѣ, въ стремленіи набросить покровъ забвенія на все, не соотвѣтственно праву сложившееся въ отношеніяхъ между индивидуумами, насколько источникъ такого несоотвѣтствія превышаетъ память человѣка, считать, что такое конкретное отношеніе, возникшее въ отдаленное время, не подлежитъ измѣненію, „быльемъ поросло“. Правопорядокъ принимаетъ во вниманіе, что положеніе, съ которымъ долго мирились и свыклись, должно найти законное признаніе въ конечномъ счетѣ, что доказательства со временемъ исчезаютъ, тлѣютъ и испепеляются, почему было бы несправедливо обязывать доказывать ветхое правоотношеніе, что упустившій защиту своего права, кромѣ того, либо не желалъ защищать его, либо обнаружилъ недопустимую въ оборотѣ небрежность. Отчасти, правда cum grano salis, приходится считаться и съ предположеніемъ отказа управомоченнаго. При этомъ, если такого отказа часто и нѣтъ, то для правопорядка онъ вполнѣ замѣщается фактомъ очевиднаго забвенія субъектомъ о своемъ правѣ, продолжительный періодъ имъ не осуществленномъ. Не что-либо отдѣльное, а все это вмѣстѣ, въ синтезѣ, привело къ возникновенію, развитію и расширенію института давности, начальные истоки котораго все же затаены въ недоступныхъ глубинахъ правосознанія и морали.

Универсальный характеръ давности выражается въ возможности пріобрѣтенія или потери права только на основаніи истеченія проме-

---

нынѣшняя наша давность появилась еще въ XVIII в., по мнѣнію другихъ, болѣе основательному,—при первомъ изданіи Свода Законовъ, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ французскаго кодекса. По Литовскому Статуту, дѣйствовавшему въ Литвѣ до 1840 г., устанавливалась давность въ 10 лѣтъ для иска о недвижимости и въ 3 года для иска о долгахъ, лежащихъ на имѣніи, которое переходитъ къ новому собственнику. См. Раздѣлъ 4, Артикулъ XCI, Раздѣлъ 7, Артикулъ X.

[1]) Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 61.

жутка времени, въ зависимости отъ того, въ чью пользу оно протекло. Этимъ давность отличается отъ тѣхъ отношеній, въ которыхъ самое право уже съ момента возникновенія замыкается въ извѣстный періодъ продолжительности, по волеизъявленію или закону. Если притязаніе ограничено такимъ образомъ, что установленъ его начальный и конечный моментъ, то минованіе опредѣляющаго это притязаніе времени знаменуетъ погашеніе права черезъ преклюзивный срокъ, а не черезъ исковую давность [1]). Подобнаго рода прекращающіе право преклюзивные сроки создаются контрагентами въ соглашеніяхъ, ихъ заранѣе опредѣляетъ для оборота и самъ законъ (предъявленіе требованія къ поручителю въ теченіе мѣсяца). Истеченіе преклюзивнаго срока окончательно уничтожаетъ право, исковая давность даетъ возраженіе противъ иска. Вообще же давность, какъ не входящая—подобно преклюзивному сроку—въ составъ существенныхъ элементовъ правоотношенія, не предполагается сама собой, о желаніи ею воспользоваться должно быть заявлено [2]).

---

[1]) Это различіе проводится довольно подробно, но не достаточно ясно въ рѣш. гражд. 1905 г. № 10, 1901 г. № 109, см. также 1914 г. № 76.

[2]) Обыкновенно трактуютъ лишь о воспрещеніи суду поднимать вопросъ о давности безъ возраженія отвѣтчика по предъявленному къ нему иску, BGB § 222, Abs. I, Komment. Achilles'a S. 108, Пр. Гр. Ул., ст. 106, Schw. OR. Art. 142. Въ томъ же смыслѣ—франц. практика, хотя законъ по этому предмету совсѣмъ не упоминаетъ. Между тѣмъ можетъ возникнуть вопросъ о правѣ суда руководствоваться давностью безъ указанія управомоченнаго и по иску, въ которомъ послѣдній не участвуетъ. Такъ, по требованію собственника о выселеніи наемщика или захватчика отвѣтчикъ возражаетъ, что недвижимость уже успѣла перейти по давности въ собственность къ другому лицу. Очевидно, и въ этомъ случаѣ ссылка на давность не пріемлется до указанія на нее со стороны управомоченнаго. Можетъ на usucapio не ссылаться узукапіентъ не только какъ отвѣтчикъ, но и какъ истецъ. Неопредѣленна позиція 132 и 706 стт. нашего Уст. Гражд. Судопр., требующихъ ссылки на давность со стороны „тяжущихся". Вмѣсто „тяжущихся" было бы правильнѣе сказать: „управомоченныхъ"? Въ рѣш. гражд. 1875 г. № 970 сенатъ воспретилъ суду руководиться давностью, которой коснулась истцовая сторона, предусмотрѣвшая „возраженіе отвѣтчика". Изъ этого рѣшенія можно какъ будто вывести общій аргументъ—о недопустимости для суда считаться съ давностью безъ иниціативы со стороны субъекта давностнаго права. Самая ссылка на

Давность, въ основу которой, по идеѣ, положены, inter cetera, черты презумптивнаго отказа, распространяется лишь на такія права, которыя допускаютъ частныя распоряженія. Она не примѣняется къ отношеніямъ личнаго свойства: отыскиванію правъ состоянія, защитѣ права на имя, къ искамъ о семейныхъ правахъ, объ алиментахъ и т. п.

Истеченіе промежутка времени—основная черта всякой давности и главное ея условіе. Съ этой точки зрѣнія usucapio и исковая давность суть двѣ стороны одного и того же предмета и могутъ быть разсматриваемы, въ общемъ, подъ однимъ угломъ зрѣнія, не упуская изъ виду при этомъ, конечно, и присущихъ тому и другому отличительныхъ особенностей. То, что нѣкоторые кодексы трактуютъ ихъ отдѣльно, вытекаетъ изъ желанія оттѣнить практическую важность этихъ особенностей, а отчасти объясняется также избранной этими кодексами системой изложенія. Стремленіе же нѣкоторыхъ, напр. редакторовъ Пр. Гр. Ул., доказать „несостоятельность общей теоріи давности“ само оказывается малосостоятельнымъ. Это усматривается хотя бы изъ того, что большинство статей одной давности редакторамъ пришлось повторить въ отдѣлѣ о другой давности, въ формѣ ссылокъ, а прочія постановленія въ значительной мѣрѣ оказываются пригодными, въ сущности, для того и другого вида давности.

Давностный срокъ колеблется въ разныхъ странахъ, отъ 40 лѣтъ до года и даже ниже. Французское право, по примѣру древняго Рима, создало тридцатилѣтній срокъ (среднее существованіе возмужалаго человѣка), таковъ общій срокъ и по германскому праву: die regelmaessige Verjaehrungsfrist beträgt dreissig Jahre. Въ Швейцаріи, такъ же, какъ у насъ, давность дѣсятилѣтняя. Этотъ послѣдній срокъ слѣдуетъ въ дѣйствительности считать и съ общей точки зрѣнія вполнѣ достаточнымъ и нормальнымъ.

Естественно, что цѣлый рядъ изъятій сдѣланъ повсемѣстно для многихъ правоотношеній, требующихъ болѣе быстрой давностной ликвидаціи (особенно въ торговлѣ). Такъ, въ Германіи двухгодичной давностью погашаются требованія купцовъ, фабрикантовъ и ремесленниковъ по обязательствамъ неторговымъ для должника, притязанія изъ нѣкоторыхъ отношеній по продажѣ сельскихъ и лѣсныхъ продуктовъ, претензіи желѣзныхъ дорогъ, владѣльцевъ гостинницъ, служащихъ о жалованьи, учителей и наставниковъ, врачей, адвокатовъ и нотаріусовъ,

---

давность допускается въ любомъ положеніи дѣла, до кассаціонной инстанціи, а неиспользованіе этой ссылки въ данномъ дѣлѣ не есть отказъ отъ давности.

а четырехлѣтней давностью—притязанія о процентахъ, наемной платѣ, рентахъ и иныхъ повременныхъ платежахъ—и пр. и пр. Въ правѣ б. Царства Польскаго для исковъ врачей и аптекарей за визиты и медикаменты установлена годичная давность, для исковъ преподавателей и наставниковъ—шестимѣсячная, адвокатовъ—двухгодичная, для платежей по вѣчнымъ и пожизненнымъ рентамъ, по пенсіямъ на содержаніе, для наемной платы, для процентовъ со взятыхъ въ заемъ суммъ и, вообще, для всего того, что выплачивается ежегодно или въ болѣе краткіе періодическіе сроки—пятилѣтняя давность. (Во Франціи по закону 1892 г., это было измѣнено въ томъ, что для иска врача и аптекаря создана двухлѣтняя давность, и кромѣ того, годичной давностью ограничены иски владѣльцевъ пансіоновъ, слугъ и нѣкоторыхъ другихъ, а по закону 1911 г. двухлѣтняя давность погашаетъ искъ торговца къ неторговцу за товары). По дѣйствующему нашему праву, для исковъ къ желѣзнымъ дорогамъ за смерть и увѣчье или за гибель и поврежденіе груза дана годовая давность, а въ прежнее время для исковъ изъ договора сельскаго найма по Положенію о наймѣ на сельскія работы полагался мѣсячный срокъ давности. Двухгодичный срокъ—давность для требованій объ уничтоженіи купчихъ и данныхъ, а также завѣщаній, годовой—для истребованія приплода при спорѣ о животномъ, двухлѣтній же—для исковъ о назначеніи вознагражденія потерпѣвшему рабочему или служащему на фабрикѣ либо заводѣ, пятилѣтній—для взысканія убытковъ за нарушеніе авторскаго права [1]).

---

[1]) Объ изложенномъ относительно сокращенной давности см. X т. I ч., стт. 683, 1524, 1066^{12}, 431, 695^{26}, т. XII, ч. I, Общ. Уст. Жел. Дор., стт. 135, 136, Уст. о Пром., Ст. 36 Прилож. къ ст. 156^{19}, рѣш. гражд. 1903 г. № 64, BGB, § § 196, 197, Code Civil, Код. Нап., 2271, 2272, 2273, 2277, L 30 novembre 1892, 26 février 1911. Пр. Гр. Ул. близокъ къ BGB. По Schw. ZGB, Art. 128, пятилѣтней давностью погашаются иски о платежѣ найма и другихъ періодическихъ уплатахъ, требованіе за переданные продукты по хозяйству, за исполненные ремесленные заказы, за доставленные товары въ мелочной продажѣ, иски служащихъ о жалованьи, адвокатовъ, врачей, нотаріусовъ, прокуристовъ и пр. Наконецъ, приходится упомянуть еще объ особой давности, создаваемой X т. I ч. для сохранныхъ росписокъ (договоръ поклажи). Именно, послѣ смерти поклажепринимателя наслѣдники его обязаны вызвать черезъ публикацію поклажедателей покойнаго и, если вызываемые не явятся въ теченіе шести мѣсяцевъ, они лишаются своихъ правъ на отданный въ поклажу предметъ. Въ случаѣ смерти поклажедателя—наслѣд-

Такъ какъ давностные сроки созданы для защиты правъ частныхъ лицъ, то они могутъ быть измѣняемы соглашеніями сторонъ. Однако, такое измѣненіе допустимо только въ формѣ сокращенія срока, но не удлиненія. Оставлять на волю сторонъ и удлиненіе означало бы возможность совершеннаго уничтоженія давности, что противорѣчило бы задачамъ, достигаемымъ правопорядкомъ при посредствѣ этого института. Между тѣмъ нѣкоторые юристы (а также и нѣкоторые новѣйшіе кодексы) противятся какъ удлиненію, такъ и сокращенію, руководясь опасеніемъ чрезмѣрныхъ вліяній сильныхъ на слабыхъ и исскусственныхъ ограниченій права судебной защиты. Едва ли, однако, такой запретъ основателенъ и заслуживаетъ сочувствія. Борьба съ эксплоатаціей должна итти въ иномъ направленіи, не нарушая безъ настоятельной нужды общихъ принциповъ свободы соглашеній и волеизъявленій. Въ гражданскомъ оборотѣ уменьшеніе давностнаго срока, какъ клаузула договора, можетъ оказаться потребнымъ для общихъ пользъ. Таковы, между прочимъ, сокращенные сроки для требованій изъ страхованій, для претензій къ общественнымъ банкамъ и пр.[1]).

Вопросъ объ измѣненіи давности privatorum pactis актуаленъ обычно при исковой давности. Теоретически можно себѣ представить возникновеніе его при insucapio: нѣтъ ничего принципіально-невозможнаго въ соглашеніи о сокращеніи давности владѣнія (хотя здѣсь дѣло усложняется нормами о способахъ укрѣпленія правъ на недвижимость).

По изложеннымъ основаніямъ не противорѣчитъ закону волеизъявленіе о неиспользованіи давности, коль скоро она протекла, но не огульное отреченіе отъ выгодъ давности, или иначе: никто не можетъ

ники его должны вызвать поклажепринимателя, подъ страхомъ потери права на искъ о возвратѣ вещи. Для учинившихъ вызовъ дѣйствіе десятилѣтней давности для истребованія хранимыхъ предметовъ считается—со дня припечатанія послѣдняго вызова. Подробнѣе—см. въ ст. 2113.

[1]) Schw. OR, Art, 129: „Die . . . . . Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden", также Пр. Гр. Ул, ст. 108. Напротивъ, по BGB, давность не можетъ быть weder ausgeschlossen, noch erschwert. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig, § 225, въ этомъ же смыслѣ и § 1349. Ни франц., ни дѣйствующее наше право объ этомъ предметѣ не трактуютъ. При отсутствіи прямыхъ постановленій допустимость сокращенія и недопустимость удлиненія давности отвѣчаетъ общимъ тенденціямъ права (contra Синайскій, Русское гражданское право, Ь. 1, 1917, стр. 123, отрицающій въ данномъ случаѣ всякія соглашенія).

заранѣе отказаться отъ права ссылаться на давность, но допускается соглашеніе объ отказѣ отъ давности уже наступившей (Пр. Гр. Ул., Code Civil, Код. Нап., Schw. ZGB, общій смыслъ дѣйствующаго нашего права). Отказъ отъ наступившей давности можетъ быть и молчаливый, въ формѣ конклюдентныхъ дѣйствій, напр., должникъ сознательно исполняетъ обязательство послѣ истеченія давности въ намѣреніи не пользоваться ею, провладѣвшій давностный срокъ вноситъ, съ тѣмъ же намѣреніемъ, дѣйствительному собственнику арендную плату за время владѣнія. бываетъ и такъ: по истеченіи давностнаго срока давностный владѣлецъ предъявляетъ искъ къ собственнику о своихъ чинщевыхъ правахъ или правѣ застройки или даже просто арендномъ правѣ. Какое значеніе имѣетъ подобный искъ? Очевидно, онъ презюмируетъ отказъ истца отъ давности.

Сроки давностные исчисляются по правиламъ, установленнымъ для сроковъ процессуальныхъ. При исчисленіи праздничные и воскресные дни не принимаются въ разсчетъ: если срокъ выпадаетъ на воскресный или праздничный день, онъ переносится на слѣдующій обыковенный день [1]).

Начало срока давности—моментъ возникновенія того состоянія, продолженіе котораго влечетъ послѣдствія давности. При usucapio это —время фактическаго завладѣнія cum animo rem sibi habendi, при исковой давности—время возникновенія притязанія и права на предъявленіе иска (actio nata). Въ вещныхъ правоотношеніяхъ, при исковой давности, играетъ роль нарушеніе, но не всегда, такъ какъ нарушенія можетъ и не быть (добровольное оставленіе вещи у кого—либо или гдѣ-либо), въ обязательствахъ—моментъ, въ который открылась претензія на исполненіе. При правѣ условномъ, либо пред-

[1]) Протекшій давностный срокъ не подлежитъ реституціи, какъ реституируются, напр. процессуальные сроки по опредѣленнымъ въ уставѣ гражд. судопр. причинамъ. Возстановленіе пропущенныхъ давностныхъ сроковъ допускается лишь въ видѣ генеральной мѣры, въ законодательномъ порядкѣ. Таковъ законъ, изданный въ Литвѣ 23 іюля 1925 г. о валоризаціи (Aufwertung) старыхъ обязательствъ, въ силу котораго „допускается предъявлять искъ въ теченіе шести мѣсяцевъ со дня изданія этого закона о тѣхъ долгахъ, по которымъ срокъ давности истекъ послѣ 1 октября 1922 г.“, т. е. послѣ дня замѣны прежней валюты литами. Veikusių Lietuvoje piniginių vienetų pakeitimo litais įstatymas, 5, p. c, Vyr. Žin 1925 m. № 197. Въ этомъ постановленіи закона, имѣющемъ свойство чрезвычайной мѣры, рѣчь идетъ, несомнѣнно, о давности общей, десятилѣтней (и пятилѣтней по векселямъ), но не иной.

полагающемъ „увѣдомленіе“ или заявленіе спора, давность начинается со времени наступленія условія, надобности „увѣдомить“ или оспорить. При этомъ необходимо принимать во вниманіе не только моментъ возникновенія притязанія, но и юридическую возможность осуществленія послѣдняго, такъ какъ при отсутствіи таковой было бы несправедливо подвергать истца послѣдствіямъ пропуска срока давности[1]). Вообще, необходимость иска и возможность такового по свойству правонарушенія—эти два условія опредѣляютъ собою начало теченія исковой погасительной давности. Пока существуютъ права арендатора либо пожизненнаго пользователя, нельзя предъявить къ этимъ лицамъ искъ объ отобраніи предмета, поэтому и давность до окончанія срока найма или пожизненнаго пользованія не начинается. Собственникъ можетъ прибѣгнуть къ установительному иску—Feststellungsklage—, но не обязанъ это сдѣлать. Нѣтъ особой надобности въ искѣ и по окончаніи срока найма. Лишь когда наемщикъ до или послѣ срока, либо пожизненный пользователь повели себя какъ собственники, не признавая правъ дѣйствительнаго хозяина[2]), противъ послѣдняго начнется давность, которая потребуетъ иска съ его стороны (объ изъятіи изъ владѣнія, воспрещеніи и пр.).

Коль скоро обязательство имѣетъ срокъ исполненія, день срока, естественно, и будетъ началомъ погасительной давности. По обязательству безсрочному это начало пріурочивается къ первому же дню, когда обязательство появилось, по обязательству, не могущему имѣть срока,—non facere, воздержаться—ко дню совершенія противнаго обязательству дѣянія. Для обязательствъ срокомъ по востребованію давность должна, принципіально, исчисляться со времени возникновенія обязательства, а не со времени истребованія. Это потому, что во-первыхъ, предъявленіе требованія—несущественный аттрибутъ обязательства, и во-вторыхъ, само это „требованіе“ возникаетъ вмѣстѣ съ обязательствомъ, такъ что истекшій срокъ давности погашаетъ обязательство вмѣстѣ съ правомъ „востребованія“. Иначе вѣритель по такому обязательству могъ бы ad libitum протянуть для себя срокъ давности, не предъявляя требованія. Противъ этого дѣйствующій нашъ законъ, считающій въ такихъ обязательствахъ требованіе неизбѣжнымъ для начала давности[3]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1892 г. № 86, 1889 г. № 48, 1883 г. № 126. (Сенатъ говоритъ вообще о „возможности осуществленія“, что, быть можетъ, не совсѣмъ точно).

[2]) См. рѣш. гражд. 1910 г. № 68, 1878 г. № 130.

[3]) Положеніе, что необходимость напоминанія или востребованія не вліяетъ на теченіе давности, не оговаривается спе-

При нарушеніи длящемся начальнаго момента давности не существуетъ, и искъ можетъ быть предъявленъ во всякое время [1]). Здѣсь давность течетъ со времени состоявшагося рѣшенія суда объ устраненіи нарушенія, но уже какъ давность судебнаго рѣшенія. Поэтому мыслимо положеніе, при которомъ истецъ потеряетъ право на возстановленіе, напр., на закрытіе оконъ въ сосѣднемъ домѣ—получивъ судебное рѣшеніе и не приведя его затѣмъ въ исполненіе въ періодъ исковой давности—хотя отвѣтчикъ самостоятельнаго права на свѣтъ не пріобрѣтетъ, по невозможности согласно дѣйствующимъ законамъ usucapio права [2]).

Если одного истеченія времени достаточно при давности исковой, то при usucapio нужны еще другія условія, относящіяся къ состоянію того права, которое съ одной стороны теряется, а съ другой пріобрѣтается. Узукапіентъ долженъ такъ держать себя, точно онъ на самомъ дѣлѣ данное право имѣетъ. Онъ съ внѣшней стороны своего поведенія не можетъ отличаться ничѣмъ отъ настоящаго хозяина. Необходимо, чтобы рефлектирующій на право собственности по usucapio относился къ предмету какъ дѣйствительный, управомоченный dominus

---

ціально въ кодексахъ, какъ очевидное само собою (см., однако, Св. Приб., ст. 3624 и Пр. Гр. Ул., ст. 112 абз. 2). У насъ, согласно 1549 ст. X т. I ч., по долговымъ обязательствамъ безсрочнымъ и выданнымъ срокомъ до востребованія давность считается со дня представленія такого обязательства ко взысканію. Такимъ образомъ законъ для обязательствъ этого рода предписываетъ не только необходимость требованія, но еще и въ формѣ иска. Законъ этотъ изданъ былъ въ 1862 году и замѣнилъ прежній порядокъ, при которомъ право иска по всѣмъ вообще долговымъ обязательствамъ, какъ срочнымъ, такъ и безсрочнымъ, терялось, если искъ не былъ предъявленъ въ теченіе десяти лѣтъ, см. рѣш, гражд. 1889 г. № 53. Законъ — совершенно не жизненный, не отвѣчающій ни цѣлесообразности ни юридической логикѣ.

[1]) Ср. рѣш. гражд. 1898 г. № 88.

[2]) Сенатъ аргументируетъ въ приведенномъ рѣш. гражд. 1898 г. № 88, а также въ рѣш. гражд. 1878 г. № 156: „Такъ какъ право участія въ выгодахъ чужого имущества не можетъ быть пріобрѣтено давностью, то нельзя признать, чтобы утрачивалось и право требовать прекращенія такого пользованія судебнымъ порядкомъ". Эта аргументація не продумана до конца, а сопоставленіе пріобрѣтенія съ утратой произвольно. Фактически, оказывается, одно безъ другого вполнѣ возможно.

Дѣйствующее наше право признаетъ лишь usucapio dominii. Ни сервитутъ, ни чиншевое право, ни право участія, ни какое-либо другое право въ чужой вещи у насъ не пріобрѣтаются путемъ давности: сколько бы ни продолжалось пользованіе такими правомочіями, собственникъ не утрачиваетъ, за истеченіемъ давности, возможности требовать прекращенія пользованія.

Что usucapio касается, по нашему праву, только права собственности, въ этомъ смыслѣ разрѣшается вопросъ—ранѣе чрезвычайно спорный—съ рѣдкимъ единодушіемъ въ юридической литературѣ и судебной практикѣ [1]). Поэтому владѣніе на правѣ собственности есть у насъ общее требованіе пріобрѣтательной давности. Въ этомъ отношеніи и на почвѣ нашей дѣйствительности правильно указаніе, что лучше отсутствіе всякаго титула, какъ, напр. у вора, чѣмъ недостаточный титулъ, какъ у арендатора: melius est non habere titulum quam habere vitiosum.

Никакая детенція или прекарное владѣніе къ пріобрѣтенію права собственности по давности не приводитъ [2]). Одно пользованіе, напр., арендатора и вообще зависимое владѣніе не составляетъ основанія къ полученію права собственности по давности. Мужъ, обладающій имуществомъ жены въ качествѣ такового, не вправѣ ссылаться на usucapio, независимо отъ количества лѣтъ этого обладанія.

Но владѣніе, бывшее первоначально зависимымъ, можетъ впослѣдствіи измѣнить свой характеръ, сдѣлаться самостоятельнымъ, слѣдовательно способнымъ къ превращенію въ право собственности при наличности прочихъ необходимыхъ для этого условій [3]).

То же можетъ произойти и съ участникомъ общей собственности, который перестаетъ обладать одной только своей долей, овладѣвая для себя всей вещью, и съ чиншевикомъ, измѣнившимъ въ свою пользу основаніе владѣнія, и пр.[4]).

Вещь должна быть способна къ переходу по началамъ частнаго

---

[1]) Мейеръ, Побѣдоносцевъ, Шершеневичъ, Синайскій. Также Энгельманъ, О давности по русскому гражданскому праву, 1901 г., стр. 396 и сл. Рѣш. гражд. 1900 г. № 57, 1898 г. № 88, 1886 г. № 87, 1878 г. № 156, 1873 г. № 1305. Въ такомъ духѣ и Пр. Гр. Ул., ст. 907.

[2]) См. Boeuf, Resumé de droit civil, 1925, p. 1925, Code civil, Код. Нап., 2229, 2236, 2262. X т. I ч., ст. 533.

[3]) Рѣш. гражд. 1880 г. № 19.

[4]) См. X т. I ч., стт. 560, 1242, рѣш. гражд. 1880 г. № 19.

права. Нѣтъ usucapio для вещей extra commercium, для предметовъ публичнаго пользованія, но не для вещей, принадлежащихъ казнѣ, городу и вообще самоуправленіямъ на правахъ приватнаго обладанія [1]). Недоступна вещь пріобрѣтенію по давности, коль скоро не имѣетъ самостоятельнаго бытія въ оборотѣ: касательно такой вещи недопустимо отдѣльное владѣніе,—какъ актъ не только физическаго, но и юридическаго свойства. Это распространяется на составныя части

---

[1]) Рѣш. гражд. 1902 № 2. Не распространяется давность на участокъ подъ набережную, бечевники или замѣняющія ихъ пристани, на городскую площадь, улицы, переулки, тротуары, проходы и пролегающіе черезъ городскія земли водныя сообщенія; можно пріобрѣсти по давности выгонныя земли. Рѣш. гражд. 1902 г. № 106, 1892 г. № 25, 1888 г. № 43. Общ. Собр. 1902 № 12. Межи генеральнаго межеванія не подлежатъ уничтоженію путемъ давности владѣнія, такъ какъ ихъ устанавливаютъ въ общихъ интересахъ, но возможно пріобрѣсти по давности двѣ или нѣсколько дачъ вмѣстѣ съ входящей въ нихъ межею, а также обмежеванную дачу, хотя бы прилегающую къ самой межѣ. (См. X т. I ч., ст. 563, рѣш. гражд. 1885 г. № 81, 1884 г. № 111, 1878 г. № 88, Энгельманъ, О давности по русскому гражданскому праву, 1901 г., стр. 250 и сл.; a sensu contrario рѣш. гражд. 1877 г. № 267). По закону о землеустройствѣ 1911 г. (X т. 1 ч., ст. 563[1]), сила давностнаго завладѣнія не распространяется не только на границы, но и на земли, прилегающія къ этимъ границамъ, насколько такое завладѣніе имѣетъ мѣсто со стороны сосѣдняго владѣльца, по смежности съ которымъ установлена или возобновлена такая граница. Это правило установлено, въ отступленіи отъ общихъ началъ давности, для укрѣпленія твердости границъ поземельныхъ участковъ. Вообще же, такъ какъ изъятіе какого-либо предмета изъ дѣйствія давности—исключеніе изъ общаго правила объ универсальномъ дѣйствіи таковой, то оно ни въ какомъ случаѣ не подразумѣвается, а должно быть точно указано въ законѣ, и говорить о нераспространеніи давности можно лишь по поводу тѣхъ вещей, которыя прямо перечислены въ законѣ. Рѣш. гражд. 1902 г. № 106, 1901 г. № 103, Гуляевъ, Русское гражданское право, 1911 г., стр, 139. Въ частности, церковныя имущества сенатъ безъ всякаго законнаго основанія исключалъ изъ дѣйствія давности (рѣш. гражд. 1893 г. № 2). Однако, въ виду „укрѣпившейся судебной практики“, разрѣшавшей вопросъ иначе, сенатъ вынужденъ былъ впослѣдствіи пересмотрѣть свой взглядъ и пришелъ къ выводу, что „изъятія церковныхъ и монастырскихъ земель изъ дѣйствія земской давности не постановлено“, рѣш. гражд. 1902 г. № 2.

нераздѣленнаго предмета, на принадлежности, поскольку послѣднія продолжаютъ оставаться въ связи съ главной вещью. Нельзя путемъ usucapio искусственно раздѣлить недѣлимую вещь. Недопустима usucapio по отношенію къ квартирѣ въ домѣ (рѣшеніе Литовскаго Верховнаго Трибунала), исключая, однако, квартиры, составляющія отдѣльную собственность по эксдивизіи—, а тѣмъ болѣе нѣтъ usucapio по отношенію къ комнатамъ или частямъ дома.

Что и самъ субъектъ давности долженъ быть юридически способенъ къ пріобрѣтенію данной вещи (правоспособенъ и дѣеспособенъ), это понятно само собою, принимая во вниманіе, что давность есть основаніе полученія собственности, равное прочимъ основаніямъ. За неполнолѣтнихъ, душевно-больныхъ и пр. пріобрѣтаетъ опекунъ и попечитель, за несостоятельнаго Конкурсное Управленіе, за юридическое лицо —его органъ. Расточитель обходится безъ помощи опекуна.

Въ частности, не въ состояніи использовать давность владѣнія недвижимостью лица, ограниченныя въ правахъ пріобрѣтенія таковой, напр., у насъ иностранцы. Ихъ владѣніе, какъ не—юридическое, въ счетъ usucapio не идетъ. Какое значеніе имѣетъ въ данномъ отношеніи новый законъ, снимающій съ этой категоріи лицъ ограниченія въ пріобрѣтеніи? Вопросъ этотъ возникаетъ у насъ на практикѣ. Очевидно, время, прошедшее до изданія такого закона stricto jure не должно было бы итти въ счетъ владѣнія. Но по соображеніямъ правной политики и гуманности вопросъ въ дѣйствительности рѣшается иначе: указанныя лица считаются владѣвшими законно также до опубликованія льготнаго закона. Напротивъ, если бы изданъ былъ новый ограничительный законъ въ этомъ духѣ (что также не исключается), онъ не распространялся бы на давность, оконченную до его изданія, развѣ бы изъ содержанія самого закона вытекало иное [1]).

Требуемыя нѣкоторыми законодательствами добросовѣстность владѣнія и закономѣрность его основанія (такъ, чтобы на лицо было—„res habilis, possessio, tempus, bona fides, justus titulus“) не обязательны по дѣйствующему нашему праву.

Bona fides предполагаетъ владѣніе въ невѣдѣніи о препятствіяхъ къ пріобрѣтенію вещи въ собственность.

Justus titulus—это то юридическое основаніе, котораго, вообще, достаточно для установленія права, но которое въ конкретномъ случаѣ встрѣтило помѣху, устранившую возможность перехода права собственности. Possessor съ justus titulus владѣетъ въ силу купли, дара, за-

[1]) Ср. рѣш. гражд. 1889 № 12.

вѣщанія, наслѣдованія и пр., но не судебнаго секвестра или иныхъ актовъ, не имѣющихъ цѣлью переноса праза собственности [1]).

Изложенныя требованія покоятся на мысли о томъ, что usucapio есть средство облегченія положенія собственника, который получилъ право, но съ невинными дефектами, и нуждается съ теченіемъ времени въ диспенсаціи этихъ пороковъ. Дѣйствующее наше право сосредоточиваетъ въ данномъ отношеніи интенсивное вниманіе на иной, съ общественно моральной точки зрѣнія болѣе глубокой мысли о необходимости спокойствія и мира въ общежитіи. Идея „забвенія" старыхъ дѣлъ, устраненія споровъ противъ завладѣній и захватовъ по истеченіи большихъ промежутковъ времени, привела къ утвержденію еще въ Сводѣ Законовъ изд. 1832 г. нормы о признаніи за всякимъ владѣльцемъ права собственности послѣ десятилѣтняго владѣнія. Мѣра эта оказалась весьма пригодной въ условіяхъ русскаго поземельнаго владѣнія, основаннаго на фактическихъ отношеніяхъ часто неизвѣстнаго или неопредѣленнаго происхожденія и титула. Нашъ законъ идетъ такъ далеко, что даетъ всякому захватчику черезъ 10 лѣтъ право собственности: таково цѣлительное дѣйствіе времени и „забвенія". Этотъ пунктъ подвергается больше всего критикѣ со стороны теоретиковъ, видящихъ въ немъ косвенное узаконеніе неправомѣрности. Однако, благодѣтельныя послѣдствія нашего закона фактически отражаются, въ цѣломъ и общемъ, не столько на „захватчикахъ", сколько на лицахъ, которыя долгіе и долгіе годы владѣютъ хотя и по титулу, но не имѣя доказательствъ существованія такового, безъ оформленія, „безъ бумажки". Такія лица часто лишены всякой возможности обосновать свое владѣніе законными данными, и требовать отъ нихъ такого обоснованія могло бы оказаться для нихъ равносильнымъ отнятію права [2]).

Послѣдствія давности наступаютъ сами по себѣ, безъ необходимости особаго признанія съ чьей-либо стороны [3]).

---

[1]) См. Св. Приб., стт. 839, 829, Boeuf, Résumé de droit civil, 1925, p. 425. Добросовѣстность требуютъ, для движимости, BGB, § 937, Abs. 2, Schw. ZGB, Art. 728. Французское право при отсутствіи bona fides и justus titulus предписываетъ давностный срокъ въ 30 лѣтъ взамѣнъ 10 и 20 лѣтъ для прочихъ случаевъ. Schw. ZGB, Art. 661, 662, ограничиваясь при владѣніи недвижимостью со стороны добросовѣстнаго лица, неправильно внесеннаго въ Grundbuch, давностью въ десять лѣтъ, даетъ давностное право всякому владѣльцу, стало быть, и недобросовѣстному, на недвижимость не внесенную, когда владѣніе продолжалось тридцать лѣтъ.

[2]) См. рѣш. гражд. 1915 г. № 48.

[3]) При существующей у насъ крѣпостной системѣ за-

Укрѣпленіе недвижимости по давности владѣнія путемъ особаго производства—въ охранительномъ порядкѣ—требуется по дѣйствующему нашему праву лишь въ отношеніи третьихъ лицъ и для соотвѣтствующихъ отмѣтокъ въ крѣпостныхъ книгахъ [1]).

Дѣйствіе давности ретроспективное, съ обратной силой съ момента начала ея теченія. Собственникъ вещи, полученной другимъ черезъ usucapio, утрачиваетъ право и на всѣ плоды, приращенія, доходы, когда бы все это ни было получено. При исковой давности теряется какъ самое право требованія, такъ и всѣ приращенія и дополненія, право на недополученные проценты и т. д.

пись въ книгахъ, сама по себѣ, не вліяетъ на отношенія по давности. Допускается пріобрѣтеніе имѣнія по давности, хотя бы оно числилось въ книгѣ за другимъ. Точно также значащаяся въ книгѣ отмѣтка о залогѣ не препятствуетъ погашенію давностью самого требованія, обезпеченнаго залогомъ, причемъ съ отпаденіемъ требованія отпадаетъ и залогъ. Право въ чужомъ имѣніи, если оно нарушено и о таковомъ нарушеніи иска не предъявлено въ теченіе 10 лѣтъ, отмѣняется за силою давности (одно непользованіе такимъ правомъ у насъ дѣйствія давности не влечетъ). Иное при ипотечной системѣ. Въ виду того, что съ ипотечной записью связываются начала гласности, достовѣрности и соотвѣтствія дѣйствительному положенію, внесенныя въ ипотечную книгу права, вообще, не утрачиваются по давности (BGB, § 902, Ипотечный Уставъ 1818 г., ст. 123, Св. Приб., стт. 1317, 1597, см., однако, 855, 1284 и сл., ср. также Čecho-Slov., § 1392); стало быть, въ перечисленныхъ выше случаяхъ давность силы не возымѣетъ права перваго собственника, залогодателя и пр. сохранятся незатронутыми.

[1]) Судъ постановляетъ о выдачѣ просителю свидѣтельства на владѣемое имущество, на основаніи чего нотаріусъ и выдаетъ свидѣтельство примѣнительно къ порядку выдачи данныхъ на имущества, пріобрѣтаемыя съ публичнаго торга. Послѣ этого происходитъ укрѣпленіе у Старшаго Нотаріуса. При разсмотрѣніи дѣла судъ, по разъясненію сената, долженъ принимать во вниманіе какъ письменные разнаго рода документы, такъ и другія доказательства, въ томъ числѣ и свидѣтельскія показанія, дознаніе черезъ окольныхъ людей, производить осмотры на мѣстѣ, „заботливо относиться“ къ установленію тожества имущества, о которомъ производится дѣло, допускать къ участію въ мѣстныхъ осмотрахъ на основѣ широкой гласности всѣхъ заинтересованныхъ сосѣднихъ владѣльцевъ, крестьянскія общества и казну и принимать отъ нихъ заявленія; рѣш. гражд. 1901 г. № 46, 1872 г. № 92, 1868 г. № 449.

Вмѣстѣ съ главнымъ требованіемъ отпадаютъ залоги, поручительства и другія обезпеченія [1]).

Отпадаетъ у субъекта требованія не только искъ съ исполнительной силой, но и искъ о признаніи правоотношенія, такъ наз. установительный, Feststellungsklage [2]).

Періодическіе платежи погашаются исковой давностью каждый въ отдѣльности, развѣ бы они составляли принадлежность какого—либо особаго права. Въ послѣднемъ случаѣ погашеніе самого права повлечетъ погашеніе и періодическихъ платежей. То же касается пожизненной ренты и другихъ пожизненныхъ обязательствъ, какъ пожизненное представленіе ежегоднаго урожая и пр. Иллюстрація: кто либо обязывается по договору вступить въ предпріятіе и при этомъ производить родственнику владѣльца предпріятія пожизненныя уплаты, а затѣмъ въ теченіе десяти лѣтъ къ обязавшемуся никакихъ требованій о вступленіи не предъявляетъ. По нѣкоторымъ кодексамъ, покрытіе давностью одного изъ наступившихъ доставленій пожизненной ренты или иныхъ пожизненныхъ уплатъ задавниваетъ и все право на ренту [3]). Дѣйствующее наше право этого послѣдствія не признало или, вѣрнѣе, не выразило. Поэтому, имѣющій право на алименты можетъ у насъ 30—40 лѣтъ ихъ не взыскивать, а затѣмъ возобновить свое требованіе. Составители BGB принципіально противились допущенію погашенія исковой давностью права на пожизненную ренту. Того же взгляда держится и французское право. Тѣмъ не менѣе все это едва ли основательно съ точки зрѣнія законодательной политики.

Хотя давности присущи свойства абсолютности — абсолютное пріобрѣтеніе при usucapio, полное уничтоженіе права при longi temporis praescripto—однако въ томъ случаѣ, когда по своему пога-

---

[1]) Contra для требованій, обезпеченныхъ закладомъ движимости, рѣш. гражд. 1891 г. № 26 (безъ достаточнаго основанія), см. также Zoll, Prawo cywilne, str. 230.

[2]) Бывшій собственникъ теряетъ при usucapio свое право не только по отношенію къ прескрибенту, но и по отношенію ко всѣмъ другимъ, которые въ правѣ представить ему соотвѣтственное возраженіе. Ср. X т. I ч., ст. 533, Code Civil, Код. Нап., 2219, BGB, § 900, Мотивы къ Герм. Гражд. Улож. („не можетъ быть двойной собственности")—у Полетаева, Давность виндикаціи, Журн. Гр. и Уг. Права, 1893 г., кн. V, стр. 19, 20. Contra рѣш. гражд. 1891 г. № 68.

[3]) См. Schw. OR, Art. 131, Св. Приб., ст. 3628, Пр. Гр. Ул., ст. 116, абз. 2.

шенному праву вѣритель получилъ что-либо отъ должника по незнанію послѣдняго о давности или иному недоразумѣнію и ошибкѣ, онъ не обязанъ полученное вернуть, къ нему непримѣнима condictio indebiti. По BGB, „доставленное въ исполненіе покрытаго давностью обязательства не можетъ быть потребовано обратно „auch wenn die Leistung ir Unkenntniss der Verjährung bewirkt worden ist“ [1]). Но такой же результатъ можетъ имѣть мѣсто и при usucapio, когда, напрм., кто-либо внесъ наемную плату за вещь, не зная почему-нибудь о своемъ правѣ собственности на послѣднюю по давности владѣнія (пріобрѣтенномъ для него повѣреннымъ). И здѣсь нужно сказать: ausgeschlossen ist die Rückforderung. Всѣ эти положенія о недопустимости обратнаго требованія вполнѣ пріемлемы по разуму дѣйствующаго нашего закона, хотя прямого упоминанія о томъ въ немъ нѣтъ. Они вытекаютъ изъ общихъ представленій о давности, дающей въ принципѣ только возможность отклоненія чужого права, а еще болѣе изъ невозможности примѣнить здѣсь начала незаконнаго обогащенія по моральнымъ соображеніямъ [2]).

---

[1]) § 222, Abs. 2, также Пр. Гр. Ул. ст., 117, Св. Приб. ст. 3640, Schw. OR., Art. 63, Abs. 2.

[2]) Такимъ образомъ у насъ нѣтъ надобности оперировать съ чуждымъ нашему праву ученіемъ о „естественномъ обязательствѣ“—obligatio naturalis—и утверждать, что исполненное по погашенному давностью требованію не подлежитъ возврату, именно, какъ исполненіе по сохраняющемуся обязательству (чего на самомъ дѣлѣ у насъ нѣтъ). Contra Гуляевъ, Русское гражданск. право, 1911, стр. 105, также Дювернуа. Указы, на которыхъ основанъ дѣйствующій нашъ законъ о давности, а именно Манифестъ 1787 г. и Банкротскій Уставъ 1900 г., также предписывали, что погашенныя давностью притязанія „предаются“ забвенію, таковые иски и требованія уничтожаются“ (приложеніе къ 694 ст., X т. I ч., прим., ст. I), То, что по уст. гражд. судопр., стт. 132 и 706, судъ самъ не возбуждаетъ вопроса о давности, есть только высшее проявленіе процессуальнаго начала, что судъ не затрагиваетъ никакихъ возраженій, которыхъ не выдвигаетъ сторона, (что, впрочемъ, само по себѣ, стало сомнительнымъ съ принципіальной точки зрѣнія въ настоящее время). Во всякомъ случаѣ, разъ возраженіе заявлено, отпадаетъ и искъ и самое право: ничто не говоритъ у насъ противъ этого. Съ другой стороны, непріемлемъ взглядъ сената, изложенный въ рѣш. гражд. 1904 г. № 101, о томъ, что платежъ по обязательству, произведенный по истеченіи давности, можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ и взысканъ обратно въ виду истеченія давностнаго срока.

Если при наличности всѣхъ указанныхъ условій давности послѣдняя все же не возымѣла дѣйствія, то это свидѣтельствуетъ что возникли препятствія, которымъ законъ сообщаетъ силу задерживать или отмѣнить послѣдствія ея теченія. Это есть пріостановка—Hemmung— или перерывъ давностнаго срока. Пріостановка означаетъ, что извѣстный промежутокъ времени въ давностный срокъ не зачитывается, исключается изъ него. Давность пріостанавливается, главнымъ образомъ, по недѣеспособности лица, противъ котораго она течетъ, но также въ видѣ общей льготы, съ наступленіемъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, на время задерживающихъ ходъ гражданскаго оборота,—какъ война, революція—, когда осуществленіе права становится общей невозможностью. Agere von valenti non curit praescriptio. Въ Германіи давность пріостанавливается когда управомоченный вслѣдствіе Stillstand der Rechtspflege или вслѣдствіе непреодолимой силы, въ теченіе послѣднихъ шести мѣсяцевъ давностнаго срока не въ состояніи былъ предъявить искъ, когда недѣеспособный не имѣлъ законнаго представителя въ продолженіе шести мѣсяцевъ передъ истеченіемъ давности [1]). По дѣйствующему нашему праву теченіе давности пріостанавливается на время малолѣтства, душевной болѣзни, глухонѣмоты, при чемъ предоставляется потомъ срокъ не менѣе двухъ лѣтъ: для умалишенныхъ и глухонѣмыхъ со дня выздоровленія, для несовершеннолѣтнихъ со дня достиженія совершеннолѣтія [2]). Указанная пріостановка не касается лицъ, надъ которыми

---

[1]) BGB, § § 203, 206, см. также § 204—о пріостановкѣ давности между супругами, между родителями и дѣтьми на время несовершеннолѣтія послѣднихъ, между опекунами и подопечными. Также Пр. Гр. Ул., стт. 118, 119, 122. Св. Приб. трактуетъ не о vis major, а о военныхъ обстоятельствахъ, ст. 3625. Пріостановка давности изъ-за наличности Einreden, по § 202 BGB, есть въ сущности не Hemmung а преждевременность иска— actio non nata. По Франц. праву давность не имѣетъ теченія противъ несовершеннолѣтнихъ, между супругами и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, Code Civil, Код. Нап., 2252—2259. По Schw. OR. давность не начинается, а начатая пріостанавливается при требованіяхъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей противъ родителей, подопечныхъ къ опекунамъ, супруговъ во время брака, слугъ противъ хозяевъ, пока существуютъ служебныя отношенія и, между прочимъ, solange eine Forderung von einem Schweizerischen Gerichte nicht geltend gemacht werden kann, Art. 134.

[2]) Какъ разъяснилъ сенатъ, пріостановка касается лишь общей десятилѣтней, но не болѣе краткой давности, какъ напр. спе-

установлена опека по инымъ признакамъ, напр., по расточительности, безвѣстному отсутствію, или учрежденъ конкурсъ по несостоятельности. Другихъ случаевъ пріостановки нашъ законъ также не знаетъ. Не пріостанавливается давность по болѣзни, лишенію свободы или иной невозможности, вслѣдствіе случая или vis major. Однако, въ изданныхъ разновременно правилахъ о введеніи въ той или иной мѣстности судебной реформы указывалось, что въ случаѣ возобновленія истцомъ дѣла, начатаго имъ въ прежнемъ порядкѣ и по поводу введенія реформы прекращеннаго, время, истекшее со дня предъявленія имъ иска до объявленія ему о прекращеніи, въ исчисленіе давности не полагается. Въ недавнее время давность пріостанавливалась путемъ спеціальныхъ мораторіевъ въ виду военныхъ дѣйствій и т. п. [1]).

ціальной давности по иску на основаніи 683 ст. X т. I ч., рѣш. гражд. 1894 г. № 111, по иску наслѣдниковъ мужа матери дѣтей о признаніи послѣднихъ незаконнорожденными, рѣш. гражд. 1910 г. № 44. Сенатъ основываетъ это прежде всего на томъ, что законъ о пріостановкѣ десятилѣтней давности имѣетъ спеціальный характеръ и не подлежитъ распространительному толкованію. Но не менѣе важно то соображеніе сената, что недопустимо пріостановленіе краткой давности на все время, иногда довольно продолжительное малолѣтства. (Также Синайскій, contra Шершеневичъ).—Вопросъ возникаетъ въ отношеніи правъ по давности наслѣдниковъ неполнолѣтняго (душевно-больного и пр.). Имъ предоставляется tempus utile, т. е. остатокъ времени (см. infra). Разсчетъ долженъ быть тотъ, чтобы наслѣдники неполнолѣтняго получили такой промежутокъ времени, какой имѣлъ бы самъ неполнолѣтній, если бы былъ живъ, но не болѣе десяти лѣтъ во всякомъ случаѣ. Такимъ образомъ, если неполнолѣтній достигъ двадцати одного года и затѣмъ умеръ до истеченія двухлѣтняго срока, наслѣдникамъ его остается недостающее до двухъ лѣтъ. Когда бы неполнолѣтній умеръ, напр., въ возрастѣ восемнадцати лѣтъ, наслѣдникъ имѣлъ бы въ распоряженіи пять лѣтъ (3+2), а если смерть застигла неполнолѣтняго въ возрастѣ до одиннадцати лѣтъ, наслѣдникамъ остается общая десятилѣтняя давность. Этотъ же масштабъ надлежитъ примѣнять, mutatis mutandis, и къ наслѣдникамъ душевно-больного и глухо-нѣмого.

[1]) См. X т. I ч. ст. 694, прилож. къ примѣч., ст. 2 о малолѣтнихъ и пр., а также ст. 4 о возможности отсрочекъ для состоящихъ въ плѣну или по службѣ въ заграничныхъ походахъ, указъ 23 Сентября 1915 г., о мораторіумѣ для давностныхъ сроковъ по дѣламъ гражданскимъ. Рѣш. гражд. 1896 г. № 42. Въ частности, небезынтересно рѣш.

Давность прерывается признаніемъ права, — до истеченія срока ея, а не послѣ,—со стороны лица, въ пользу котораго она текла, въ какой-нибудь формѣ, прямымъ ли подтвержденіемъ, уплатой процентовъ или чѣмъ-либо подобнымъ. Выдача обязательства по покрытому давностью долгу, если она не является конклюдентнымъ отказомъ отъ давности или особымъ видомъ уплаты (novatio), есть простое подтвержденіе долга, сдѣланное по прошествіи давности и, стало быть, ни для кого не обязательное. Затѣмъ, перерывъ давности происходитъ вслѣдствіе своевременнаго предъявленія иска вѣрителемъ—при иск. давности, собственномъ—при usucapio. Наконецъ, при usucapio бываетъ еще фактическій перерывъ, юридически релевантный, когда владѣлецъ вытѣсняется изъ владѣнія либо самъ оставляетъ намѣреніе владѣть либо по другимъ причинамъ перестаетъ владѣть [1]). Къ иску приравнивается и всякое иное дѣйствіе, ему адэкватное, какъ заявленіе претензіи въ конкурсъ, засвидѣтельствованіе третейской записи, а также сдѣланное на судѣ возраженіе о существованіи права. Безразлично, кто искъ предъявилъ—противникъ или самъ субъектъ давности [2]). Обыкновенное требованіе и обыкновенное заявленіе о правѣ, поданное хотя бы въ присутственное мѣсто, перерыва не создаетъ, такъ же, какъ и предъявленіе иска въ ненадлежащемъ судѣ или въ ненадлежащемъ порядкѣ либо преждевременно. Подачу искового прошенія съ нарушеніемъ предѣловъ вѣдомства нельзя признать предъявленіемъ иска. Прошеніе должно быть не только подано, но и принято и имѣть силу для дальнѣйшаго движенія дѣла. Требуется соотвѣтствен-

---

гражд. 1868 г. № 357 о несущественности обстоятельствъ невозможности предъявленія иска по неизвѣстности мѣстожительства отвѣтчика.

[1]) Не измѣняютъ послѣдствій фактическаго отношенія давностнаго владѣльца разныя юридическія дѣйствія прежняго владѣльца, „документальнаго собственника", напр., совершеніе послѣднимъ закладной на имѣніе, contra рѣш. гражд. 1906 г. № 42, по которому такой залогъ прерываетъ давность. Презумпція отказа, какъ общее основаніе давности, о чемъ трактуетъ сенатъ въ этомъ рѣшеніи, не должна находить себѣ непремѣнно подтвержденіе въ каждомъ конкретномъ случаѣ.

[2]) Но въ вопросѣ о перерывѣ давности путемъ иска слѣдуетъ не забывать и процессуальнаго начала индивидуализаціи судебныхъ дѣйствій въ смыслѣ обязательности ихъ только для участниковъ процесса. Поэтому предъявленіе иска лицомъ А, само по себѣ, не повліяетъ на теченіе давности по отношенію къ лицу Б (см. дальше).

ное хожденіе истца, Prozessbetrieb; дѣло не должно быть прекращено, искъ не долженъ быть отклоненъ [1]). По ученію сената, достаточно предъявленія требованія въ учрежденіи, замѣняющемъ судебное установленіе. Къ такимъ учрежденіямъ сенатъ причислилъ въ свое время нѣкоторыя крестьянскія присутствія и мѣста, „въ которыхъ разбирательству дѣлъ придается значеніе судебнаго разбирательства и спорящія стороны называются истцами и отвѣтчиками [2]). Подобныя полусудебныя установленія существуютъ и у насъ; къ нимъ можно, думается, отнести и жилищные отдѣлы — Butų skyrius —, разбирающіе споры (предварительные) между наймодавцами и нанимателями. А затѣмъ, съ предъявленіемъ иска (или равнаго ему требованія) не обязательно уже, для перерыва давности, чтобы состоялось какое-либо рѣшеніе по таковому, лишь бы требованіе истца не оказалось не доведеннымъ до конца либо исковое прошеніе возвращеннымъ [3]).

Перерывъ давности есть собственно ея аннулированіе для даннаго казуса: давности болѣе нѣтъ, и рѣчь можетъ итти лишь о новомъ теченіи ея [4]). Если собственникъ завладѣлъ обратно своимъ предметомъ, вѣритель предъявилъ искъ къ должнику,—все прежнее состояніе, какъ не достигшее цѣли, имѣетъ уже интересъ чисто „историческій“, но не правовой [5]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1903 г. № 138, 1882 г. № 25.

[2]) См. обо всемъ этомъ Уст. Гражд. Судопр., стт. 145, 718, 80, 735, 270, рѣш. гражд. 1867 г. № 97, Энгельманъ, О давности по русскому гражданскому праву, 1901 г., стр. 273 и сл.

[3]) Рѣш. гражд. 1915 г. № 1, разъясненіе (примѣнительно къ X т. I ч.) Латвійскаго Сената 1926 г. № 142, въ изданіи Konradi-Walter, Izvlikumi no Latvijas Senata Kasacijas Departamenta Sprendumiem, 1 turp., l. 78.

[4]) Рѣш. гражд. 1914 г. № 76.

[5]) По всѣмъ законодательствамъ не прерываетъ давности искъ, не доведенный до благополучнаго для истца конца. Въ то же время новѣйшее право, а именно германское и швейцарское, даетъ извѣстный короткій промежутокъ времени для уничтоженія дефектовъ, иначе говоря, для предъявленія новаго иска съ исправленіемъ подсудности, соблюденіемъ упущенныхъ формальностей и пр., BGB § 212, Abs. 2, Schw. OR., Art. 139. Это—вполнѣ справедливый коррективъ, смягчающій summum jus. Дѣйствующее наше право этого корректива не знаетъ. По указанію сената, для перерыва давности (сенатъ неправильно говоритъ „для пріостановле-

Когда при usucapio говорятъ о непрерывности владѣнія, то имѣютъ въ виду именно отсутствіе одного изъ тѣхъ препятствій, которыя уничтожаютъ давность. Перерывъ, стало быть, имѣетъ универсальное значеніе для давности: это-либо искъ—„безспорное“ и „спокойное“ владѣніе, о чемъ упоминаетъ нашъ законъ, несомнѣнно, одно понятіе именно непредъявленіе иска—либо иной фактъ, аннулирующій протекшій срокъ. И здѣсь „непрерывность, спокойствіе и безспорность“ вовсе не какія-либо специфическіе аттрибуты давности владѣнія,

нія теченія давности“) искъ долженъ быть предъявленъ въ указанномъ порядкѣ, въ надлежащій по подсудности судъ и къ надлежащему отвѣтчику, возвращенное по несоблюденію этого исковое прошеніе или прекращенное производство, такъ же, какъ взятый назадъ искъ, равно и отказъ въ искѣ не прерываетъ давности, рѣш. гражд. 1872 г. № 11. Недостаточно одного оглашенія предмета иска, рѣш. гражд. 1870 г. № 1297, 1867 г., № 97, 1897 г. № 63, 1914 г. № 76. Нѣкоторый диссонансъ—въ рѣш. гражд. 1877 г. № 64, по которому давность прерывается рѣшеніемъ, впослѣдствіи отмѣненнымъ, по иску, въ которомъ смѣшаны были разные предметы. Это сенатское рѣшеніе едва ли основательное и выдержанное. Вообще, избранный сенатомъ путь для разграниченія понятій „надлежащаго требованія“ и „простого оглашенія предмета“ сенатъ же самъ дѣлалъ порою довольно скользкимъ, допуская, напр., перерывъ давности по требованію, предъявленному въ судъ о взысканіи „съ кого слѣдуетъ“, безъ необходимаго указанія отвѣтчика, рѣш. гражд. 1841 г. № 1168. BGB считаетъ для чего-то нужнымъ оговорить, что при перерывѣ давности владѣнія путемъ иска die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen, welchen sie herbei führt, также Пр. Гр. Ул., ст. 915. По мнѣнію редакторовъ Пр. Гр. Ул., это правило отрицается нынѣ дѣйствующими нашими законами, „которые признаютъ за перерывомъ пріобрѣтательной давности черезъ предъявленіе иска безусловное значеніе, приравнивая дѣйствіе онаго къ дѣйствію перерыва давности въ случаѣ утраты самого владѣнія“, Объясненія, III, т. I, 1902, стр. 626. Какое оригинальное заключеніе! Выходитъ, что если кто-либо предъявилъ искъ къ владѣльцу, то и всякій иной можетъ опирать свое право на этотъ фактъ. Такая точка зрѣнія навязывается нашему закону, вопреки ясному смыслу нормы, изложенной въ Уст. Гражд. Судопр., по которой даже вступившее въ законную силу рѣшеніе обязательно лишь для участвующихъ въ немъ лицъ, а не только что предъявленіе иска! Никакое дѣйствіе въ гражданскомъ судѣ не касается постороннихъ процессу лицъ, и вся вышеприведенная оговорка BGB и Пр. Гр. Ул. по существу ненужная и стучится въ открытую дверь.

а общія предпосылки всякой давности, т. е. и исковой. Требованіе, чтобы владѣніе было не только непрерывнымъ, но и безспорнымъ и спокойнымъ, является совершенно излишнимъ, такъ какъ „спокойствіе“ и „безспорность“ равны отсутствію иска, а послѣднее—непрерывности [1]).

Давность, какъ основаніе перехода или потери права, допускаетъ преемство въ лицахъ съ положительной и отрицательной стороны. Именно, преемникъ присоединяетъ къ своему времени время своего праводателя путемъ сложенія времени владѣнія, при давности пріобрѣтательной, и времени непредъявленія иска, при давности исковой. При этомъ безразлично, каково само преемство: универсальное или сингулярное, основанное на соглашеніи или публичномъ торгѣ возмездное или дарственное [2]).

Пока право продолжаетъ существовать у прежняго управомоченнаго, не можетъ быть рѣчи о какой-либо давности. Стало быть, давностный владѣлецъ не пріобрѣтаетъ собственности, разъ прежній собственникъ еще сохранилъ срокъ исковой давности, вслѣдствіе, наприм., пріостановки его теченія. Съ другой стороны, неосуществленіе собственникомъ вещи своихъ правъ въ теченіе исковой давности не влечетъ для него потери собственности, коль скоро другое лицо не

---

[1]) Собственникъ, предъявившій искъ къ узукапіенту о своихъ правахъ и выигравшій дѣло, тѣмъ самымъ уничтожилъ владѣніе узукапіента съ самаго начала теченія эвентуальнаго срока давности, такъ что „непрерывность“ владѣнія послѣдняго могла существовать лишь до предъявленія этого иска. Узукапіентъ, у котораго вещь отнята кѣмъ-либо и который предъявилъ искъ о возстановленіи своего права, выигравъ таковой, считается „владѣвшимъ непрерывно“ все время. Фактическое оставленіе узукапіентомъ вещи на время, безъ завладѣнія таковой другимъ лицомъ, не прерываетъ владѣнія перваго. Послѣднее имѣетъ особое значеніе по отношенію къ предметамъ, которые покинуты были ихъ собственниками во время войны и революціи.—На строгомъ разграниченіи терминовъ „спокойствіе“, „безспорное“ и „непрерывное“ владѣніе настаиваетъ Энгельманъ, О давности по русскому гражданскому праву, 1901, стр. 226 и сл., и въ особенности 243, принимая въ разсчетъ грамматическій смыслъ закона, но упуская изъ виду при этомъ: что X т. I ч. вовсе не заботится о чистотѣ терминовъ, и выраженій, а ст. 534 можно понимать и въ томъ смыслѣ, что „безспорное“ есть только объясненіе значенія понятія „спокойное“. Наконецъ „грамматика“ дозволяетъ и такую интерпретацію словъ: спокойное, т. е. безспорное и непрерывное!

[2]) Ср. Code Civil, Код. Нап., 2235, Полетаевъ, Давность виндикаціи, Журн. Гр. и Уг. права, 1893 г., кн. V, стр. 6 и 7.

пріобрѣло собственности по давности на ту же вещь [1]). Невозможно, чтобы собственникъ лишился своего права на предметъ, въ то время, какъ ни одно другое лицо этого права не пріобрѣло. Допустимо поэтому, что собственникъ и черезъ двадцать лѣтъ впервые предъявитъ у насъ виндикаціонный искъ, если за это время его вещью владѣли лица, между которыми преемственной связи не было (взаимные захваты, переходъ предмета съ публичныхъ торговъ).

Въ заключеніе надо отмѣтить, что порою давность судебнаго рѣшенія, т. е. та давность, которая течетъ, когда остается безъ осуществленія требованіе, подтвержденное окончательнымъ судебнымъ рѣшеніемъ, разсматривается юристами, какъ нѣчто совершенно особое, специфическое. Однако эта давность въ сущности касается тѣхъ же правъ, только признанныхъ вошедшимъ въ законную силу рѣшеніемъ, и подчинена, въ цѣломъ, всѣмъ изложеннымъ началамъ общей давности. Лишь въ виду освященія права авторитетомъ суда, давность судебнаго рѣшенія по нѣкоторымъ законодательствамъ удлиняется сравнительно съ прочими видами давности. Другіе, a sensu cantrario, находятъ, что давность судебнаго рѣшенія подлежитъ даже сокращенію, не безъ основанія указывая, что кредиторъ, не получая долга въ теченіе умѣреннаго періода послѣ вступленія рѣшенія въ законную силу, обыкновенно „списываетъ“ долгъ, а должника несправедливо держать всю жизнь подъ страхомъ возможнаго взысканія. По англійскому праву, судебное рѣшеніе по истеченіи шести лѣтъ исполняется лишь при наличности особыхъ обстоятельствъ, а по прошествіи двѣнадцати лѣтъ вообще не подлежитъ исполненію [2]). По дѣйствующему нашему праву срокъ въ данномъ случаѣ тотъ же, что и общій срокъ давности. Напротивъ, если право погашается болѣе короткой давностью, то, будучи подтверждено судебнымъ рѣшеніемъ, оно подлежитъ давности общей [3]).

---

[1]) Рѣш. гражд. 1910 г. № 68, 1891 г. № 68, 1889 г. № 48.

[2]) Sprinz, Verjährung der Urteilsforderungen, DJZ, 1928, H. 3, S. 378.

[3]) См. BGB, § 218, Abs. I. X т. I ч. ст. 694 прил. ст. 6, Пр. Гр. Ул., ст. 129 Schw. OR, Art. 137, Abs. 2. Понятно, что давность судебнаго рѣшенія нельзя прервать обычнымъ путемъ, т. е. предъявленіемъ иска. Перерывъ здѣсь совершается инымъ способомъ, именно, исполненіемъ рѣшенія въ какой-либо формѣ, добровольнымъ со стороны отвѣтчика либо принудительнымъ. Достаточно подачи просьбы объ исполненіи надлежащему оффиціальному органу (судебному приставу).—Все это

По мѣрѣ того, какъ право на недвижимость закрѣпляется въ книгахъ, пріобрѣтающихъ значеніе явности и всеобщей обязательности, кругъ случаевъ давностнаго завладѣнія все болѣе и болѣе съуживается. Современные кодексы не даютъ права на пріобрѣтеніе по давности владѣнія недвижимости, записанной въ ипотечную книгу, во всякомъ случаѣ ранѣе смерти лица, которое значится послѣднимъ собственникомъ (BGB, Пр. Гр. Ул., Швейцарское право). Дѣйствующее наше право, напротивъ, считается не съ записями, а съ фактическимъ состояніемъ. Поэтому давность владѣнія играетъ у насъ сравнительно значительную роль, однако это будетъ до тѣхъ поръ, пока и у насъ не будетъ созданъ ипотечный порядокъ съ его особенностями, по образцу Запада. Что касается движимостей, то по отношенію къ нимъ давность отходитъ на второй планъ въ силу новыхъ идей о юридическихъ послѣдствіяхъ добросовѣстнаго пріобрѣтенія отъ несобственниковъ, равносильнаго законному титулу. Центръ тяжести такимъ образомъ переносится на давность исковую. Нужно замѣтить, что счастливымъ образомъ у насъ утвердился сравнительно недолгій общій давностный срокъ въ 10 лѣтъ, вопреки другимъ законодательствамъ, значительно удлиняющимъ этотъ срокъ. Въ переживаемое нами время, знаменующееся быстротой экономической жизни и гражданскаго оборота, тутъ нежелательны через-

---

касается рѣшеній съ исполнительной силой и не относится къ рѣшеніямъ, не заключающимъ въ себѣ implicite возможности исполненія, напр. къ искамъ и признаніи правоотношеній—Feststellungsklagen. Рѣшенія по этимъ послѣднимъ искамъ никакой давностью не погашаются. Что касается давности нехожденія по дѣлу (2 ч. 1 ст. прилож. къ ст. 694 X т. I ч.), то она—прямая консеквенція общей давности, ибо при нехожденіи перерывъ теряетъ силу и начинается вновь теченіе давности. Новый перерывъ можетъ произойти путемъ возобновленія дѣла, т. е. дѣйствія, прямо направленнаго къ дальнѣйшему движенію процесса и способнаго таковое вызвать: просьбы о назначеніи дѣла къ слушанію, о вызовѣ отвѣтчика черезъ публикацію, о привлеченіи третьяго лица. Но такое значеніе неприсуще акту чисто канцелярскаго свойства, напр., полученію справки, указанію новаго адреса, ходатайству о перенесеніи дѣла изъ одного реестра въ другой. Также не есть возобновленіе просьба объ обезпеченіи иска или доказательствъ.— Еще говорятъ о такой давности, какъ трехлѣтній срокъ, въ теченіе котораго слѣдуетъ просить у насъ объ исполненіи заочныхъ рѣшеній (см. Синайскій, Русск. гражд. право, в. 1, 1917, стр. 126). На самомъ дѣлѣ это процессуальный срокъ—хотя и продолжительный— прекращающій лишь производство. Ст. 735 Уст. Гражд. Судопр., рѣш. гражд. 1896 г. № 59.

чуръ длинные сроки, даже сохраняя полное уваженіе къ чужимъ правамъ и чужой собственности [1]). Однако, недостатокъ дѣйствующаго нашего права—въ отсутствіи особыхъ предусмотрѣнныхъ, западнымъ правомъ сокращенныхъ сроковъ погасительной давности, въ которыхъ нуждается множество правоотношеній. Считать давностный срокъ въ десять лѣтъ тамъ, гдѣ можно ограничиться пятью, тремя годами, а то и годомъ—крайне обременительно для оборота. Чувствуется у насъ неурегулированность вопроса о пріостановленіи давности по причинамъ vis major: войны, революціи, временнаго прекращенія дѣятельности судовъ и иныхъ чрезвычайныхъ событій. Но это явленія, большей частью, временныя, которымъ можно итти навстрѣчу спеціальными законами. Хотя и желательно изданіе также общей нормы въ этомъ отношеніи, но съ другой стороны, слишкомъ широкое примѣненіе начала пріостановленія не отвѣчало бы общественнымъ задачамъ давности. Институтъ нашей давности, въ цѣломъ, довольно удовлетворителенъ и нуждается лишь въ нѣкоторыхъ исправленіяхъ и дополненіяхъ.

Обезпеченіе правъ.

Дѣяніе человѣка, насколько оно должно совершиться въ пользу другого, какъ юридическая обязанность, можетъ вызыватьнужду въ обезпеченіи, что оно вообще произойдетъ или произойдетъ надлежащимъ образомъ. Обезпеченіе совершается либо созданіемъ отвѣтственности еще новыхъ субъектовъ либо предназначеніемъ для того имущества. Права обезпечиваются, въ интересахъ прочности, поручительствомъ или залогомъ—закладомъ. Возможно соединеніе того и другого: это—двойное обезпеченіе, не противорѣчащее ни закону, ни благочинію, ни общественному порядку [2]). И залогъ—закладъ, и поручительство являются дополнительными обязательствами, не имѣющими самостоятельнаго бытія, слѣдующими за судьбой обязательствъ главныхъ. Въ этомъ поручительство и залогъ сходствуютъ. Но они отличаются тѣмъ, что при залогѣ—закладѣ гарантія сводится къ выдѣленію для цѣлей обезпеченія опредѣленныхъ матеріальныхъ благъ, между тѣмъ, какъ при поручительствѣ гарантійнымъ факторомъ является особое лицо.

---

[1]) См. разсужденія Rossi, докладчика комиссіи по пересмотру гражданскаго кодекса Италіи, у Santangelo Spotto, Diritto civile, 1924, p. 256.

[2]) Рѣш. гражд. 1908 г. № 104.

Поручительство.

Поручитель беретъ на себя, на случай, если должникъ не исполнитъ своей обязанности въ отношеніи вѣрителя по договору или иному основанію, самому это совершить или, во всякомъ случаѣ, отвѣтствовать. Дѣяніе, за которое ручается поручитель, можетъ быть доставленіе по договору, воздержаніе отъ нарушенія вещнаго права, исполненіе судебнаго рѣшенія и многое другое. Словомъ, поручитель обязывается исполнить при неисполненіи обязательства главнымъ должникомъ, Hauptschuldner. Поручительство отличается отъ солидарной отвѣтственности нѣсколькихъ лицъ, при которой обязанности всѣхъ равныя, между тѣмъ какъ въ поручительствѣ обязанность — дополнительная. Оно несходно также съ обѣщаніемъ дѣйствія третьяго лица, ибо тутъ обязанность не двойственная, а единая. Отъ неустойки или задатка поручительство разнится тѣмъ, что оно дается не контрагентомъ, а третьимъ лицомъ. Само собою разумѣется, что поручительство надлежитъ отмежевать отъ разнаго рода завѣреній, справокъ, выписокъ, аттестацій и другихъ подобныхъ актовъ, не содержащихъ въ себѣ обязательства параллельно съ обязательствомъ должника, а иногда и совершенно не имѣющихъ юридическаго значенія.

То, что поручитель постороннее лицо, исполняющее чужую обязанность, и что его собственное обязательство акцессорное, составляетъ квинтъ-эссенцію поручительской отвѣтственности, характеризующую поручительство еще со времени римскаго права. Поручитель со своимъ доставленіемъ приходитъ лишь на помощь, притомъ безкорыстно, какъ предполагается по крайней мѣрѣ въ правоотношеніяхъ гражданскихъ. Въ торговлѣ, гдѣ все спекулятивно и нѣтъ альтруизма и услугъ, поручительство—гарантія сводится къ установленію одинаковой съ должникомъ отвѣтственности, а нерѣдко и къ полной замѣнѣ должника.

Почти всѣ кодексы отмѣчаютъ субсидіарный характеръ гражданскаго поручительства, чѣмъ предрѣшается ограниченіе предѣловъ отвѣтственности поручителя [1]). Въ значительной степени, при регламентаціи института поручительства вниманіе закона сосредоточено именно на огражденіи правъ и интересовъ поручителя. Поручитель воленъ, конечно, принять на себя большую тяжесть, напр., „какъ поручитель и

---

[1]) BGB § 765, Пр. Гр. Ул., ст. 2548, Code Civil, Код. Нап. 2011, Schw. OR., Art. 492. Ср. рѣш. гражд. 1869 г. № 522. Одинъ Св. Приб. вводитъ въ опредѣленіе поручительства лишь „принятіе на себя обязанности отвѣтствовать за долгъ третьяго лица“, ст. 4505.

плательщикъ", т. е. отвѣтственность и самостоятельную. Но, въ существѣ, его обязательство эвентуальное, „на случай", и пребываетъ въ полной зависимости отъ главнаго обязательства.

Главное обязательство можетъ быть не только абсолютнымъ, но и условнымъ, возникающимъ въ будущемъ, и подлежать поручительству во всемъ объемѣ либо въ части. Возможно поручительство за поручителя и поручительство по обязательству, обезпеченному залогомъ или закладомъ. Допускается ручательство въ томъ, что договаривающійся достигъ совершеннолѣтія [1]), что собственно означаетъ гарантію исполненія, если нельзя будетъ получить съ должника вслѣдствіе ссылки его на несовершеннолѣтіе.

Поручительство бываетъ потребно при заключеніи договора и послѣ этого, до самого исполненія: оно допускается во всѣ эти моменты, вопреки мнѣнію сената, что поручительство должно послѣдовать „до опредѣленнаго въ обязательствѣ срока его исполненія" [2]).

Согласія должника на дачу поручительства не требуется, такъ какъ заинтересованнымъ является лишь принимающій и дающій поручительство (возможный моральный интересъ должника въ данномъ случаѣ во вниманіе не принимается). На практикѣ это рождаетъ поводы къ злоупотребленіямъ въ процессѣ, путемъ созданія искусственнаго отвѣтчика для подсудности и иныхъ цѣлей, но дѣло процесса съ этимъ бороться. Соглашеніе должника съ лицомъ ручающимся не есть поручительство, какъ думаетъ сенатъ [3]).

По источнику происхожденія поручительство бываетъ договорное, законное либо судебное, создаваемое силою рѣшенія суда, по содержанію—простое и срочное. Дѣйствующему нашему праву чуждо законное поручительство, а также и судебное (поручительство въ обезпеченіе иска относится къ процессуальному праву). Напротивъ дѣленіе на простое и срочное, мало существенное по западнымъ кодексамъ, имѣетъ большое догматическое значеніе по дѣйствующему нашему праву.

Простой поручитель отвѣчаетъ за долгъ только при несостоятельности должника, юридической или фактической, разумѣя подъ послѣд-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1892 г. № 67.

[2]) Рѣш. гражд. 1876 г. № 69, 1870 г. № 648. По утвержденію сената „обязательство въ обезпеченіе долга, срокъ уплаты коего уже минулъ, теряетъ характеръ поручительства по оному и является новымъ долговымъ актомъ". Такое превращеніе неизвѣстно ни теоріи, ни позитивнымъ законодательствамъ, не знаютъ его и дѣйствующіе наши законы.

[3]) Рѣш. гражд. 1873 г. № 1478.

ней безуспѣшность принудительнаго взысканія— Zwangsvollstreckung ohne Erfolg—безъ вины взыскателя [1]). Но если будетъ тянуться долго неопредѣленное состояніе, то рискуютъ, что и состоятельный должникъ впадетъ тѣмъ временемъ въ неоплатность. Поэтому такому поручителю Schw. OR даетъ право, по наступленіи срока требованія съ главнаго должника, домогаться отъ вѣрителя предъявленія иска къ должнику въ теченіе четырехъ недѣль. По дѣйствующему нашему праву, простой поручитель освобождается отъ отвѣтственности, когда вѣритель въ продолженіе шести мѣсяцевъ со дня наступленія срока требованія съ главнаго должника не предъявилъ къ нему иска (также Пр. Гр. Ул.) [2]).

При поручительствѣ на срокъ—„солидарно", „какъ плательщикъ", „наравнѣ съ главнымъ должникомъ"—требованіе можетъ быть предъявлено непосредственно къ поручителю, либо къ нему и къ должнику одновременно и совмѣстно. Послѣднее болѣе всего практикуется, какъ неизбѣжное для сохраненія обоихъ отвѣтчиковъ. Дѣйствующее наше право требуетъ, чтобы обязательство было предъявлено ко взысканію не далѣе, какъ въ мѣсячный срокъ, не указывая противъ кого, но теорія дополнила: противъ поручителя (Шершеневичъ). Это вполнѣ резонно потому, что законъ имѣетъ цѣлью оградить именно поручителя, взявшаго на себя тяжелую отвѣтственность, и обезпечить ему регрессъ къ должнику. Коль скоро требованіе вѣрителемъ предъявлено къ срочному поручителю, послѣдній отвѣчаетъ въ теченіе всей земской давности [3]).

По обязательствамъ какъ срочнымъ, такъ и безсрочнымъ предусматривается часто востребованіе—Kündigung. Поручителю надлежитъ знать о послѣдовавшемъ востребованіи: оно должно быть обращено и къ поручителю, причемъ для него срокъ востребованія течетъ съ момента увѣдомленія его [4]).

Назначеніе поручительства—облегчить вѣрителю полученіе по обязательству, забронировать долгъ. Поэтому естественно, что при наличности

---

[1]) BGB § 771, Пр. Гр. Ул. ст. 2557, ч. I, Schw. OR., Art. 495, рѣш. гражд. 1880 г. № 121, 1897 г. № 41.

[2]) Согласно X т. I ч. ст. 1558, п. 1, по простому поручительству вѣритель, не получивъ удовлетворенія отъ должника, сообщаетъ объ этомъ поручителю съ предложеніемъ, не согласится ли тотъ произвести удовлетвореніе и при несогласіи поручителя вправѣ просить судъ объ обезпеченіи своего требованія на немъ на случай несостоятельности должника.

[3]) Рѣш. гражд. 1905 г. № 10.

[4]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 2570, Schw. OR., Art. 500, Abs. 2 und 3.

нѣсколькихъ поручителей они должны отвѣчать солидарно, съ тѣмъ, что исполнившій главное обязательство вправѣ требовать отъ прочихъ сопоручителей причитающейся на ихъ долю части [1]). Усвоенное нѣкоторыми законодательствами (Приб., Французскимъ, Итальянскимъ) старое beneficium divisionis,—benefice de division—, заключающееся въ томъ, что сопоручитель, къ которому искъ обращенъ, имѣетъ право требовать раздѣла претензіи между всѣми сопоручителями, чуждо прочимъ кодексамъ, а также дѣйствующему нашему праву (и Пр. Гр. Ул.).

Но вѣритель не долженъ претендовать на пріобрѣтеніе путемъ поручительства чего-либо новаго, увеличивающаго или улучшающаго главное обязательство. Поручителю, въ огражденія справедливыхъ интересовъ его, дается право дѣлать противъ вѣрителя всѣ тѣ возраженія, которыя могъ бы представить главный должникъ, насколько эти возраженія не исключены существомъ обязанности послѣдняго. Заявленіе этихъ возраженій въ нѣкоторомъ родѣ даже обязательно, упущеніе ихъ можетъ отразиться на правѣ регресса къ другимъ сопоручителямъ [2]).

По удовлетвореніи вѣрителя поручителемъ, на послѣдняго переходитъ требованіе перваго къ главному должнику, съ сохраненіемъ возраженій должника не только противъ вѣрителя, но и противъ самого поручителя – cessio necessaria. Существуетъ мнѣніе, что такой регрессъ къ должнику не устраняется даже тѣмъ, что тотъ уже произвелъ исполненіе вѣрителю, коль скоро объ этомъ не былъ увѣдомленъ поручитель, добросовѣстно доставившій, между тѣмъ, предметъ обязательства кредитору. Такой выводъ не гармонируетъ съ сущностью поручительства, не требующаго даже, какъ мы видѣли, согласія должника и не создающаго никакихъ прямыхъ взаимоотношеній между послѣднимъ и поручителемъ (кромѣ самого права регресса). Напротивъ, справедливо требовать, чтобы поручитель, желая удовлетворить вѣрителя, первоначально освѣдомился во избѣжаніе двухъ исполненій, не сдѣлалъ ли этого самъ должникъ по лежащей на немъ главной обязанности.

Удовлетворенный вѣритель передаетъ поручителю всѣ данныя и документы въ подтвержденіе требованія.

Право обратнаго требованія касается капитала, процентовъ, издержекъ а также понесенныхъ убытковъ.

---

[1]) По дѣйствующему нашему праву это относится къ срочному поручительству, по поручительству простому съ каждаго взыскивается часть долга, которая по числу сопоручителей причитается на его долю: X т. I ч., ст. 1558, п. 5, рѣш. гражд. 1890 г. № 58.

[2]) Ср. Schw. OR, Art. 596, Oser, Das Obligationenrecht, 1915, S. 880.

Вѣритель вправѣ въ договорѣ воспретить поручителю регрессъ къ главному должнику: тогда для послѣдняго возникаетъ отношеніе, находящее свою аналогію въ договорѣ въ пользу третьихъ лицъ (противъ всего этого Schw. OR.). Вѣритель можетъ при этомъ руководствоваться не только интересами должника, но и своими собственными, имѣя въ виду самому получить дальнѣйшее удовлетвореніе съ должника по другимъ своимъ претензіямъ.

Удовлетвореніе вѣрителя со стороны поручителя происходитъ порою еще ранѣе, чѣмъ послѣдній обязанъ это сдѣлать. Именно, по наступленіи срока по главному обязательству, поручитель, въ интересахъ освобожденія себя отъ обязанностей и улучшенія удобнаго момента регресса, можетъ пожелать, чтобы вѣритель принялъ отъ него доставленіе. Вѣрителю останется избрать: либо освобожденіе поручителя, либо принятіе удовлетворенія съ передачей обезпеченій [1]).

Беря на себя отвѣтственность по индивидуальному обязательству, поручитель вправѣ разсчитывать на неизмѣнность обязательства въ томъ смыслѣ, что не уменьшатся шансы на полученіе съ главнаго должника благодаря произвольнымъ дѣйствіямъ вѣрителя. Безъ согласія поручителя вѣритель не вправѣ сократить или уничтожить, ко вреду перваго, всякаго рода обезпеченія—залогъ, закладъ, гарантію, другое поручительство и пр., лежавшіе на главномъ требованіи въ моментъ появленія такового или возникшіе впослѣдствіи съ отвѣтственностью въ противномъ случаѣ за убытки. Послѣдніе могутъ превышать самое доставленіе по обязательству, когда поручитель вынужденъ былъ обратиться съ регрессомъ къ должнику, не достигшимъ цѣли и повлекшимъ за собою лишь напрасныя траты. Čecho-Slov. распространяетъ это правило только на обезпеченія, возникшія weinigstens bei Leistung der Bürgerschaft, имѣя въ виду, что позднѣйшія обезпеченія поручителя не касаются. Однако, всякій актъ, облегчающій вѣрителю возможность получить удовлетвореніе, когда бы первый ни возникъ, идетъ на пользу поручителя и не можетъ быть уничтоженъ безъ нарушенія его права. Кромѣ того, и съ точки зрѣнія справедливости, которая требуетъ возможно большаго огражденія интересовъ лица, несущаго отвѣтственность за чужой долгъ, представляется цѣлесообразнымъ обязать вѣрителя къ сохраненію обезпеченій какъ возникшихъ до или во время установленія поручительства, такъ и появившихся впослѣдствіи [2]).

---

[1]) См. X т. I ч., стт. 1558, 1560, рѣш. гражд. 1874 г. № 717, Пр. Гр. Ул., ст. 2568, Schw. OR, Art. 510.

[2]) Пр. Гр. Ул., Объясненія, V, т. V, 1899, стр. 294. См. BGB, § 776, Schw. OR., Art. 509.

Что вѣритель безъ согласія поручителя не вправѣ измѣнять, дополнять, новировать или отсрочивать главное обязательство, заключать мировыя соглашенія, подъ страхомъ потери отвѣтственности поручителя [1]), все это само собою разумѣется и не нуждается въ особомъ законодательномъ подтвержденіи. Такого рода модуляціи обязательства представляютъ собою въ сущности установленіе новыхъ правоотношеній, за которыя поручитель не бралъ на себя отвѣтственности. Удержаніе при этихъ условіяхъ обязанностей поручителя значило бы, кромѣ того, предоставленіе вѣрителю и должнику легкую возможность недобросовѣстнаго обхода правъ и интересовъ поручителя. Только французское право не освобождаетъ поручителя въ случаѣ простой отсрочки, но даетъ ему въ то же время право, не считаясь съ таковой, начать противъ должника искъ съ цѣлью принудить его къ платежу. Дѣйствующее наше право (и Пр. Гр. Ул.) не исключаетъ и отсрочку изъ причинъ, совершенно снимающихъ отвѣтственность съ поручителя, что вполнѣ основательно, имѣя въ виду, кромѣ сказаннаго, еще огромный рискъ, связанный съ такими отсрочками и могущій иногда обнаружиться лишь впослѣдствіи. Другіе кодексы даннаго предмета вовсе не касаются.

Однако, индивидуальный характеръ отвѣтственности поручителя не означаетъ, что сами стороны не вправѣ измѣнить ее по существу. Контрагенты, вѣрнѣе кредиторъ вправѣ согласиться съ поручителемъ не только объ уменьшеніи, но и объ увеличеніи отвѣтственности послѣдняго. Новѣйшія законодательства напр., Швейцарское, стремятся ставить тому извѣстные предѣлы, обусловленные желаніемъ покровительствовать поручителю, какъ лицу, отвѣчающему за чужія обязанности. Однако, эта опека не всегда отвѣчаетъ потребностямъ оборота и справедливости. Въ частности, нѣтъ препятствій, чтобы сроки, связанные съ поручительствомъ, укорачивались, а также удлинялись (какъ не—давностные). Само поручительство можетъ быть поставлено въ зависимость отъ срока—Bürgschaft für eine bestimmte Zeit—, съ наступленіемъ котораго оно отпадаетъ. Это бываетъ тогда, когда отношенія поручительства желаютъ окончательно ликвидировать до опредѣленнаго момента (банковскія гарантіи). Такой срокъ иногда совпадаетъ со срокомъ главнаго обязательства, иногда наступаетъ ранѣе, а иногда существуетъ даже если главное обязательство вовсе не имѣетъ срока. А поручился за долгъ Б на срокъ 15 мая, ограничивъ срокъ поручительства 1-мъ

---

[1]) См. X т. I ч. ст. 1558, п. 4, Пр. Гр. Ул., ст. 2571, рѣш. гражд. 1869 г. №№ 504, 522, 556.

іюня. Искъ къ А долженъ быть предъявленъ не до 15 іюня, какъ то имѣло бы мѣсто, если бы А былъ обычнымъ поручителемъ, а до 1-го іюня. Даваемый швейцарскимъ правомъ въ этомъ случаѣ вѣрителю еще дополнительный льготный срокъ (4 недѣли) довольно стѣснителенъ для оборота и чуждъ прочимъ законодательствамъ, какъ и дѣйствующему нашему праву.

Не можетъ только поручитель взять на себя болѣе, чѣмъ самъ должникъ, т. е. отвѣчать въ большемъ размѣрѣ, на болѣе суровыхъ условіяхъ. Для поручителя въ этомъ отношеніи является massgebend только отвѣтственность главнаго должника, все остальное отпадаетъ, какъ недѣйствительное [1]). Превышеніе имѣло бы значеніе и силу лишь, какъ неустойка, если бы послѣдняя expressis verbis была именно установлена, какъ дополненіе къ поручительству.

Какъ обязанность субсидіарная, поручительство отпадаетъ со всякимъ отпаденіемъ главнаго обязательства, за изъятіемъ случаевъ, когда поручительство дано было въ дѣйствительности обязательства.

Наконецъ, что касается формы, то заключенія всякаго договора поручительства на письмѣ, въ видѣ ли приписки къ главному акту или отдѣльнаго документа, требуютъ и западные кодексы и дѣйствующій нашъ законъ [2]). При такомъ повышенномъ требованіи исходятъ изъ того, что принятіе на себя чужой обязанности предполагаетъ строгое взвѣшиваніе и прочное оформленіе. Письменная форма поручительства ничѣмъ инымъ не замѣнима—non est in acto, non est in mundo—, развѣ бы поручитель добровольно исполнилъ. Словесныя ручательства и словесныя гарантіи весьма распространены, они покоятся на увѣренности въ исполненіи должникомъ. Иногда такія обязательства только подтверждаютъ будущее исполненіе должникомъ, безъ созданія собственнаго обязательства ручающагося, и носятъ характеръ скорѣе моральный, чѣмъ юридическій.

Процессъ коммерсіализаціи жизни сказался всего болѣе именно на поручительствѣ. Оно въ торговлѣ служитъ базой для кредита, являясь однимъ изъ условій его возможности вообще. Но поручительству приходится дѣйствовать часто закулиснымъ способомъ, по соображеніямъ нежелательности дискредитировать главное обязательство, особенно если рѣчь идетъ о циркуляціонныхъ документахъ, какъ вексель. По-

---

[1]) См. Пр. Гр. Ул., ст. 2551, абз. 2, BGB § 767, Code Civil, Код. Нап., 2013, X т. I ч., ст. 1556.

[2]) X т. I ч., ст. 1562, рѣш. гражд. 1880 г. № 267, Пр. Гр. Ул., ст. 2554, BGB, § 767, Schw. OR, Art. 493. Contra Св. Приб., терпящій и словесное поручительство.

ручительство симулируется въ торговомъ быту подъ видомъ разныхъ „надписей“, солидарныхъ обязательствъ и пр. Удерживая сущность поручительства, торговый оборотъ, а за нимъ и гражданскій внѣшнее проявленіе его весьма разнообразятъ.

Торговый оборотъ имѣетъ тенденцію приравнить обязательство поручителя во всемъ главному обязательству. Въ гражданскихъ правоотношеніяхъ поручитель, напротивъ, не желаетъ обыкновенно фигурировать прямымъ участникомъ чужого обязательства для сохраненія піетета, и здѣсь поручительство въ исконной формѣ довольно живуче.

Дѣловые люди предпочитаютъ срочное поручительство, простое порождается чаще всего незнаніемъ его послѣдствій (необходимости ждать несостоятельности или неоплатности должника). Иногда учитываютъ выгоды того и другого поручительства и создаютъ поручительство „на срокъ и послѣ срока“. По Устав. Гражд. Судопр., при судебномъ поручительствѣ въ обезпеченіе иска, неуказаніе, на какихъ условіяхъ ручается поручитель, означаетъ ручательство на срокъ. При поручительствѣ не-судебномъ, обычно, исходя изъ интересовъ поручителя и считая срочное поручительство болѣе обременительнымъ, дѣлаютъ, при сомнѣніи, предположеніе въ пользу поручительства простого. Это предположеніе усваиваетъ и Пр. Гр. Ул. Между тѣмъ нельзя отрицать, что на самомъ дѣлѣ стороны имѣютъ въ виду преимущественно, именно, срочное поручительство. На немъ и слѣдуетъ сосредоточить главное вниманіе, особенно при реформѣ.

Цѣлесообразность устанавливаемыхъ X т. I ч. сроковъ—мѣсячнаго (по Пр. Гр. Ул. шестимѣсячнаго) для предъявленія иска къ поручителю и шестимѣсячнаго для иска съ должника—весьма сомнительна. Правда, они даютъ нѣкоторую гарантію поручителю, особенно при продолжительныхъ давностныхъ срокахъ у насъ, но зато вызываютъ столько компликацій и несправедливости, что предпочтительнѣй было бы въ будущемъ отъ этихъ сроковъ отказаться.

Простое поручительство и поручительство срочное, принципіально, должны различаться только по способу отвѣтственности. Именно, срочный поручитель долженъ отвѣчать на тѣхъ же основаніяхъ и такимъ же образомъ, какъ и самъ должникъ, простой—лишь при обнаружившейся невозможности истребовать съ должника, о чемъ рѣшаетъ судъ по конкретнымъ даннымъ. Что касается презумпціина личности того или другого поручительства, то ее слѣдуетъ дѣлать въ пользу срочнаго, если изъ содержанія и существа соглашенія или изъ иныхъ данныхъ не вытекаетъ отвѣтственность по началамъ простого поручительства. (Послѣднее начало пріемлемо, кажется, и по дѣйствующему нашему праву).

Залоговое право.

Акцессорное реальное правомочіе на опредѣленную вещь въ опредѣленной суммѣ, созданное въ пользу вѣрителя со стороны должника или третьяго лица, для обезпеченія требованія или притязанія, и заключающееся въ преимущественномъ удовлетвореніи передъ другими кредиторами изъ этой вещи въ случаѣ неисполненія, составляетъ сущность залогаваго права.

Объектомъ залоговаго права служатъ какъ недвижимости со всѣми ихъ принадлежностями—залогъ—, такъ и движимые предметы—закладъ [1]).

Многія законодательства допускаютъ закладывать также права и требованія, какъ узуфруктъ, эмфитевтъ, сервитутъ, ренты, заемныя письма и даже самый залоговый актъ. Дѣйствующее наше право признаетъ лишь залогъ и закладъ вещей, но не правъ, этимъ безъ надобности довольно сильно стѣсняя оборотъ. По нашимъ законамъ еще возможенъ закладъ цѣнныхъ бумагъ, сосредоточивающихъ въ себѣ весь корпусъ права, но не иныхъ документовъ или даже векселей [2]). Такъ какъ закладываемый предметъ отчасти какъ бы выбываетъ изъ сферы обладанія должника, по крайней мѣрѣ въ отношеніи другихъ претензій и требованій къ послѣднему, то этотъ предметъ долженъ быть строго индивидуализированъ.

Въ прежнія времена имѣли распространеніе такъ называемые генеральные, или открытые залоги на все имущество должника. Такіе залоги представляютъ собою большія выгоды для вѣрителя—залогопринимателя, но въ корнѣ нарушаютъ интересы прочихъ кредиторовъ и оказались вредными для оборота; и даже опасными [3]). Нынѣ эти за-

---

[1]) Въ разговорной русской рѣчи словами „залогъ“ и „закладъ“ пользуются безъ особаго различенія: „биться объ закладъ“ и „биться объ залогъ“ (Ср. Даль).—Строгаго разграниченія не дѣлаетъ у насъ и юриспруденція. Залогъ (ипотека) въ законодательствахъ имѣетъ троякое значеніе, выражая: а) залоговое право—jus hypothecarium, б) залоговое обязательство — obligatio hypothecaria и в) самый обезпеченный договоръ. Варадиновъ, Ипотека, Журн. Мин. Юст., т. XII, ч. II, стр. 532.

[2]) Западныя законодательства указываютъ и способъ реализаціи заклада требованія, при чемъ допускается вступленіе закладодержателя въ права по осуществленію требованія, цѣликомъ или совмѣстно съ вѣрителемъ. BGB, § 1275,. Св. Приб., ст. 1466, Schw. ZGB, § 906, Abs. 2. Также Пр. Гр. Ул., ст. 1164.

[3]) Gianturco, Instituzioni di diritto civile italiano, 1919, p. 273·

логи отмѣнены повсемѣстно, не признаетъ ихъ и дѣйствующее наше право. Залогъ тяготѣетъ надъ всѣмъ заложеннымъ предметомъ и надъ каждой его частью — est totum in toto et in qualibet parte. Предметъ залога недѣлимъ и самъ залогъ — нѣчто юридически цѣлое: только въ такомъ качествѣ залогъ способенъ быть дѣйствительнымъ обезпеченіемъ. При уменьшеніи имущества залогъ не уменьшается, сосредоточиваясь цѣликомъ на оставшейся части. „Долевой залогъ" бываетъ тогда, когда закладывается доля сособственника. Мыслимо также, что и самъ собственникъ заложитъ лишь долю своей вещи, хотя на практикѣ это встрѣчается весьма рѣдко. Нѣкоторыя законодательства, исходя изъ практическихъ затрудненій, послѣднее совершенно воспрещаютъ [1]).

Сумма залога должна быть означена, на неизвѣстныя суммы залогъ не допускается. Опредѣленность предмета и суммы составляютъ принципъ спеціальности, имѣющій большое значеніе для огражденія интересовъ третьихъ лицъ.

Однако, принципу спеціальности не препятствуетъ совокупный залогъ, т. е. съ солидарной отвѣтственностью нѣсколькихъ имѣній— Gesamthypothek. Такой залогъ, наиболѣе гарантирующій вѣрителя, способствуетъ развитію вещнаго кредита, а съ принципіально-юридической точки зрѣнія никакихъ препятствій не встрѣчаетъ. Совокупный залогъ извѣстенъ германскому праву, швейцарскому [2]). Пр. Гр. Ул., такъ же, какъ и дѣйствующее наше право, не допускаетъ совокупнаго залога главнымъ образомъ въ виду могущихъ возникнуть при публичной продажѣ затрудненій. Однако, такое соображеніе не можетъ быть рѣшающимъ: затрудненія устраняются практикой, и не требуютъ въ жертву того, что насущно и жизненно. Совокупный залогъ особенно полезенъ при раздѣлахъ по отношенію къ вновь образованнымъ отдѣльнымъ имѣніямъ (въ этомъ случаѣ и Пр. Гр. *Ул.*, въ видѣ исключенія, допускаетъ совокупный залогъ), при солидарной отвѣтственности нѣсколькихъ содолжни-

---

[1]) BGB § 1114, Св. Приб., ст. 1358, прим. Пр. Гр. Ул., ст. 1042, Schw. ZGB, Art. 797, Abs. 2. Послѣднее оговариваетъ, что части земельнаго участка не могутъ быть заложены, насколько раздѣленіе участка на части не предусмотрѣно въ Grundbuch. Ни французскій, ни итальянскій законъ, ни наше дѣйствующее право не содержатъ ограниченій залога какой бы то ни было доли имущества. Въ частности, о недѣлимости залога—см. рѣш. гражд. 1910 г. № 21.

[2]) BGB, § 1132, Schw. ZGB, Art. 798 (съ нѣкоторыми ограниченіями). Contra X т. I ч., ст. 1644.

ковъ и пр. Возможенъ совокупный закладъ и движимостей,—этому дѣйствующій нашъ законъ не противится—, напр., закладъ нѣсколькихъ построекъ.

Реальный характеръ права залога выражается въ томъ, что залогъ слѣдуетъ за вещью, какова ни была судьба послѣдней, ему свойственны черты вещности (ипотеки) [1]).

Переходъ права собственности на вещь залога не касается — droit de suite. Это относится главнымъ образомъ къ недвижимости. Переходъ движимости разматривается еще подъ угломъ зрѣнія добросовѣстности пріобрѣтенія, которая способна создавать самостоятельныя права въ лицѣ пріобрѣтателя съ исключеніемъ вещныхъ правъ другихъ лицъ. По формулировкѣ редакторовъ Пр. Гр. Ул., вѣритель, претензія котораго обезпечена залогомъ, можетъ осуществить свое залоговое право и послѣ перехода имѣнія къ другому лицу, въ то время какъ личный вѣритель, т. е. такой, претензія котораго залогомъ не обезпечена, можетъ искать удовлетворенія только изъ того имущества, которое принадлежитъ должнику во время производства взысканія, и лишь въ видѣ исключенія вправѣ обратиться къ имуществу, отчужденному должникомъ, а именно когда предварительно достигнетъ признанія такого отчужденія недѣйствительнымъ, какъ произведеннаго должникомъ съ умысломъ нанести вредъ своимъ вѣрителямъ [2]).

---

[1]) См. рѣш. гражд. 1910 г. № 101. Въ этомъ отношеніи залоговое право на основаніи X т. I ч. не отличается отъ ипотечнаго права, дѣйствующаго въ б. округѣ Варшавской Судебной Палаты, ib. Однако, признавать залоговое право вполнѣ идентичнымъ съ вещными правами не приходится: всѣ теоріи, созданныя въ этомъ направленіи, нынѣ достаточно развѣнчаны. Субъектъ залоговаго права прямого отношенія къ „вещи“ не имѣетъ, хотя и въ состояніи использовать ее въ томъ или иномъ отношеніи, при извѣстныхъ условіяхъ. Конечно, это не значитъ, что залоговое право—чистое обязательство: оно все же соединено съ вещью—пусть даже, какъ въ обязательствѣ, отношенія создаются здѣсь только между данными лицами. Ученіе объ отвѣтственности „вещи“, а не лица („вещь сама—должникъ“) искусственно и отдаетъ анахронизмомъ. Ближе къ истинѣ утвержденіе, что право залога есть право на мѣновую цѣнность изъ даннаго имущественнаго объекта. (Звоницкій, О залогѣ по русскому праву, 1912, стр. 245, 231 и сл.). Залогъ—функція, его значеніе—обезпеченіе. Это институтъ sui generis, которому свойственны и обязательственныя и вещныя черты, — послѣднія, несомнѣнно, въ большей мѣрѣ, чѣмъ первыя.

[2]) Объясненія, III, т. 2, 1902 г., стр. 315. По дѣйствую-

По акцессорному своему свойству залогъ раздѣляетъ судьбу главнаго обязательства, возникаетъ не ранѣе послѣдняго и вмѣстѣ съ нимъ угасаетъ.

По содержанію своему, залоговое право связываетъ юридически вещь съ опредѣленнымъ назначеніемъ. Заложенная вещь не можетъ быть предметомъ пользованія со стороны залогопринимателя, по общему правилу, являясь исключительно depot assurant le privilège (Code Civil) [1]). Только въ видѣ изъятія, дѣйствующее наше право передаетъ во владѣніе вѣрителя, по его требованію, заложенное недвижимое имущество, при предъявленіи закладной ко взысканію, для пользованія доходами вмѣсто процентовъ. Этотъ порядокъ находитъ себѣ нѣкоторую аналогію съ antichrèse, antichretisches Pfandrecht,—устарѣлой формѣ залога, заключающейся въ передачѣ, по договору, нѣдвижимости вѣрителю, который обращаетъ ler fruits . . . a la charge de les imputer annulement sur les interêts s'il lui en est du, et ensuite sur le capital de la creance [2]). (Здѣсь доходы идутъ на покрытіе не только процентовъ, но и капитальной суммы).

щему нашему праву, продажа заложенной недвижимости возможна была лишь при взносѣ причитающейся по закладной суммы во время утвержденія купчей. Изъ этого дѣлались неизбѣжныя исключенія при продажѣ имѣнія съ публичнаго торга—по общему закону и по Уставамъ кредитныхъ учрежденій,—въ томъ, что допускался переводъ долга по закладной на покупщика. По Литовскому закону отъ 10 декабря 1919 г., при утвержденіи купчей долгъ по всякой закладной на недвижимость со всѣми процентами принимаетъ на себя новый пріобрѣтатель, безъ необходимости согласія вѣрителя, причемъ, если отчуждается имущество по частямъ, „каждая часть отвѣчаетъ за весь долгъ, которымъ было обременено все имущество, совмѣстно съ другими собственниками". V. Ž. 1919 № 18: Papildomasai Lietuvos Notariato Sutvarkymo Įstatymas, 1 ir 2 str. Для прежняго права—X т. I ч. ст. 694 прим., прилож., ст. 3.

[1]) Нѣкоторые кодексы—BGB, Пр. Гр. Ул.,—предоставляютъ держателю плодоприносящаго заклада, при сомнѣніи, право на плоды, съ зачетомъ ихъ стоимости въ уплату долга. Правило это чуждо дѣйствующему нашему праву, на почвѣ котораго вопросъ долженъ быть рѣшенъ по смыслу соглашенія сторонъ, по обычаямъ и обыкновеніямъ. По Св. Приб., ст. 1493, вѣритель, которому заложена съ правомъ владѣть плодоприносящая вещь, имѣетъ не только право, но и обязанность собирать плоды и доходы.

[2]) Code Civil, Art. 285.

Что обезпечиваетъ закладная? Долгъ. Обычно это долгъ по займу, но это можетъ быть, конечно, долгъ и изъ всякаго другого правоотношенія, даже требованіе убытковъ или незаконнаго обогащенія. Обезпечивается закладной и несуществующій еще будущій долгъ, открытый кому-либо кредитъ, разсроченные взносы, получаемыя разновременно подъ особыя обязательства или векселя суммы. Допустимы закладныя, обезпечивающія алименты, легаты. Необходимо лишь, чтобы требованіе могло выразиться въ извѣстной денежной формѣ, чтобы указанъ былъ если не точный размѣръ, то по крайней мѣрѣ максимумъ. Такъ называемый кредитный залогъ даетъ возможность обезпечивать недвижимымъ имуществомъ неопредѣленныя требованія, будущія или возникающія въ процессѣ длящихся отношеній, съ указаніемъ въ крѣпостныхъ (ипотечныхъ) книгахъ высшаго размѣра. При этомъ отдѣльныя претензіи—банковскій контокуррентъ, векселя, притязаніе на возмѣщеніе убытковъ—сохраняютъ полную самостоятельность въ отношеніи зачета, давности, процессуальныхъ привиллегій и пр., и лишь конечный результатъ, насколько онъ не превышаетъ установленной заранѣе суммы, становится объектомъ залоговаго права [1]). Обезпечиваемое обязательство можетъ быть и не свое: залогъ допустимо установить, какъ гарантію по чужому обязательству.

Смыслъ обезпеченія сводится къ тому, что заложенное имущество при неисполненіи обязательства становится источникомъ удовлетворенія (преимущественнаго); не можетъ быть закладной, которая преслѣдовала бы иныя цѣли. Когда архитекторъ, строя домъ, выдалъ закладную на свое имущество, это означаетъ, что въ случаѣ нарушенія имъ трудового договора по постройкѣ, онъ обязывается произвести извѣстный платежъ, какъ неустойку, которая съ своей стороны обезпечивается закладной. Но если бы отъ члена торговаго дома сотоварищи получили закладную на его домъ въ цѣляхъ воспрепятствовать ему отчудить таковой, пока существуетъ товарищество, подобная закладная не имѣла бы силы, какъ исключающая удовлетвореніе по какой-либо претензіи.

Изложеннаго положенія залогъ закладъ достигъ въ результатѣ сложнаго, тяжелаго историческаго процесса и продолжительной эволюціи. Съ самыхъ древнихъ временъ человѣчество нуждалось въ обезпеченіи долговъ и требованій. Рядомъ съ личнымъ ручательствомъ—по-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1889 г. № 4, 1880 г. № 287, Пол. Нот., ст. 185, BGB § 1190—Höchstbetrags (Maximal,- Kautions—)Hypotheken, Пр. Гр. Ул. ст. 1047, Св. Приб., ст. 337, прим., Code Civil, Art. 2148 (L. I. Mars 1918), Schw. ZGB, Art. 794, Abs. 2.

ручительствомъ—только конкретное, опредѣленное, вѣрителю извѣстное имущество въ состояніи было служить такимъ обезпеченіемъ. Вполнѣ естественно, что первоначально вещь отдавалась вѣрителю, съ сохраненіемъ за должникомъ лишь права получить обратно по уплатѣ долга. Эта форма залога существовала въ древнемъ Римѣ—fiducia cum creditore contracta, затѣмъ въ средніе вѣка—Eigentumspfand,—съ тѣмъ, что въ Европѣ должникъ имѣлъ право выкупа, въ то время, какъ въ древнемъ Римѣ онъ обязанъ былъ выкупить. Во второй стадіи развитія, ältere Satzung, закладывая вещь также передается вѣрителю, но онъ только пользуется ею, покрывая изъ доходовъ проценты и долгъ. Движимыя вещи вручаются кредитору въ видѣ Faustpfand, безъ права удовлетворенія изъ выгодъ этихъ вещей. При этой формѣ залога, стороны могли условиться, на случай неуплаты, объ оставленіи предмета въ пользу вѣрителя или о продажѣ черезъ судъ.

Еще въ древнемъ Римѣ, хотя и въ самое послѣднее время выработался залогъ безъ владѣнія, съ оставленіемъ вещи у должника. Это была зародившаяся еще въ римскія времена hypotheca, дававшая право вѣрителю, въ случаѣ неисполненія, требовать вещь себѣ для продажи—actio hypothecaria, что касалось недвижимостей и движимостей въ одинаковой мѣрѣ. Система ипотеки сильно развилась и разрослась впослѣдствіи въ Европѣ, превратившись въ простое договорное соглашеніе, и вытѣснила старый европейскій залогъ по книжнымъ записямъ [1]). Легкость залоговъ привела къ созданію всеобщихъ ипотекъ на все имущество должника. Залоговое право очутилось въ кризисѣ, оборотъ терпѣлъ отъ неувѣренности въ кредитѣ.

Съ XVIII вѣка вводится вновь въ Европѣ запись въ Grundbuch, уничтожается Generalhypothek, создается очередь закладнымъ, ordine fra la ipotheche, обязательная продажа черезъ судъ, достовѣрность, публичность и спеціальность [2]).

---

[1]) Въ отношеніи движимостей эта система распространялась лишь на такіе объекты, какъ большіе товарные оклады, корабли и вообще предметы, которые должникъ нелегко могъ устранить—bei Seite schaffen—и тѣмъ лишить ипотеку практическаго смысла, Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 201.

[2]) Дальнѣйшее утвержденіе ипотечной системы приводило на Западѣ къ укрѣпленію и усиленію кредита и увеличенію цѣны недвижимостей. Такое же явленіе замѣтно было въ б. Царствѣ Польскомъ по изданіи тамъ ипотечныхъ законовъ 1818 и 1825, г.г. Карницкій, О введеніи ипотечной системы въ царствѣ Польскомъ по законамъ 1818 и 1825 г., Журн. Гр. и Уг. Права, 1878 г. кн. V, стр. 94, 95.

Въ Россіи процессъ развитія шелъ медленнѣе. Старые законы и указы трактуютъ главнымъ образомъ о залогѣ недвижимостей, причемъ римская fiducia пустила здѣсь глубокіе корни. Продажа съ сохраненіемъ права выкупа была обычнымъ способомъ обезпеченія долговъ. Отъ этого порядка получилось столько неудобствъ и злоупотребленій, что въ началѣ XVII вѣка совершенно запрещено было закладывать имущества. (Страннымъ образомъ этотъ взглядъ о какой-то одіозности заклада удержался въ народныхъ воззрѣніяхъ до послѣднихъ временъ). Возобновленіе этого права выразилось въ томъ что вѣритель, получивъ заложенное имущество, считался уже не собственникомъ, а только владѣльцемъ, имѣющимъ право лишь на удовлетвореніе изъ заложеннаго имущества преимущественно передъ другими кредиторами (указъ 1737 г.). Ни отчуждать заложенное имущество, ни создавать на немъ новые залоги должникъ не вправѣ былъ. Съ начала XIX в. залоги стали совершаться въ формѣ оставленія предмета у должника, съ правомъ вѣрителя на продажу по распоряженію суда, причемъ вѣритель лишь въ видѣ исключенія могъ принять предметъ въ свое владѣніе и пользованіе до продажи, по предъявленіи взысканія. Въ дальнѣйшемъ шла эволюція въ сторону европейскаго залогового права, закончившаяся еще въ прежнее время въ Россіи допущеніемъ нѣсколькихъ залоговъ и нынѣ у насъ узаконеніемъ также продажи съ переводомъ долга на новаго пріобрѣтателя. Залоговое право мало по малу теряетъ связь съ отжившими историческими формами, становясь самостоятельнымъ, первостепеннной важности, институтомъ.

Въ системѣ залоговъ въ настоящее время различаютъ, по способу возникновенія: залогъ законный, судебный и добровольный.

Въ Италіи залоговое право въ силу самого закона имѣетъ, между прочимъ, продавецъ на проданную недвижимость до выполненія покупщикомъ обязательствъ изъ акта продажи, малолѣтній на имущество своего опекуна, государство на имущество осужденнаго для покрытія издержекъ судебнаго производства. По Code civil, законное залоговое право принадлежитъ женѣ по отношенію къ вещамъ мужа, недѣеспособнымъ—относительно имуществъ ихъ опекуновъ и государству, коммунѣ и публичнымъ установленіямъ—на имущества сборщиковъ и подочетныхъ управителей. Въ Швейцаріи надѣляется законнымъ залоговымъ правомъ требованіе продавца по отношенію къ проданному участку, сонаслѣдниковъ и сособственниковъ въ отношеніи правъ, которыя вытекаютъ изъ раздѣла имуществъ, составляющихъ общность, ремесленниковъ и подрядчиковъ, доставившихъ матеріалъ или трудъ для оборудованія участка земли, но отношенію къ этому участку. Въ Англіи

законный залогъ довольно ограниченъ: онъ принадлежитъ—landlord'амъ, т. е. поземельнымъ собственникамъ въ отношеніи неуплоченной арендаторами аренды. Онъ распространяется на все имущество, находящееся налицо у арендатора, если только оно не изъято изъ общаго закона въ качествѣ особаго класса вещей. Напротивъ, въ Германіи такое долговое право имѣетъ всякій собственникъ, притомъ въ обезпеченіе не только уже причитающихся, но и будущихъ платежей,—однако самый залогъ касается лишь предметовъ, составляющихъ собственность арендатора[1]). Подобіемъ законнаго залога является по дѣйствующему нашему праву обезпеченіе требованій продавца на предметахъ, проданныхъ съ разсрочкой платежа, которые до полной оплаты не могутъ быть покупщикомъ ни отчуждаемы, ни закладываемы.

Нынѣ „законныя" закладныя права, въ большинствѣ, исчезаютъ (особенно универсальныя): ихъ значительнымъ образомъ замѣняетъ, въ роли обезпеченія, т. наз. право удержанія—jus retentionis.

Судебная ипотека въ настоящемъ смыслѣ это принудительный залогъ, устанавливаемый либо непосредственно судебнымъ рѣшеніемъ для сторонъ либо по поводу судебнаго рѣшенія для обезпеченія требованія истца[2]). Дѣйствующее наше право не знаетъ спеціальнаго судебнаго залога. Предъявляемые въ судахъ денежные иски и рѣшенія судовъ о взысканіи обезпечиваются соотвѣтственной отмѣткой въ крѣпостныхъ книгахъ, которая имѣетъ запретительный характеръ, препятствуя отчужденіямъ и залогамъ. Такой характеръ въ прежнее время присущъ былъ также добровольному залогу, а нынѣ сохранился только для требованій частныхъ лицъ и казны.

Добровольный залогъ возможно установить волеизъявленіемъ при жизни или на случай смерти (у насъ только при жизни) по общему правилу, что всякій, кто вправѣ распоряжаться даннымъ предметомъ, т. е.

---

[1]) BGB, §§ 559—663, 581, Abs. 2, 585, 590, Schuster, The principles of german law, 1907, p. 245, 246, 247. Въ Германіи, кромѣ того, законный залогъ принадлежитъ, въ опредѣленныхъ предѣлахъ, подрядчику и предпринимателю на находящійся въ ихъ владѣніи матеріалъ подрядившаго или заказчика, § 647, хозяину гостинницы на вещи постояльцевъ, § 704, находчику на найденную вещь, § 974 (рядъ другихъ случаевъ предусмотрѣнъ въ торговомъ правѣ).

[2]) См. Code civil, Art. 2123, Св. Приб., ст. 1412, Пр. Гр. Ул., ст. 298. Ипотечный Уставъ 1818 г. упоминалъ о судебной ипотекѣ, проистекающей изъ вошедшаго въ законную силу судебнаго рѣшенія, ст. 111.

собственникъ, принимая во вниманіе, что залогъ предполагаетъ эвентуальное отчужденіе, jus distrahendi [1]).

Но закладъ движимости, совершенный даже и не-собственникомъ, сохраняетъ силу, насколько закладопріниматель дѣйствовалъ добросовѣстно. Практика признала это сначала для процентныхъ бумагъ и другихъ подобныхъ цѣнностей, а затѣмъ и въ видѣ генеральнаго правила. По указанію сената, изъ того, что собственникомъ движимости считается владѣлецъ (сенатъ выражается неправильно „держатель"), вытекаетъ, что совершенный послѣднимъ закладъ даетъ право дѣйствительному собственнику не искъ объ уничтоженіи заклада, а только личное требованіе къ владѣльцу [2]). Весьма раціонально было бы при этомъ предоставленіе закономъ дѣйствительному собственнику удовлетворить во всемъ добросовѣстнаго закладопринимателя и получить обратно свою вещь (ср. Čecho-Slov.).

Совершеніе залога подчинено нынѣ опредѣленному порядку и опредѣленной формѣ.

Залогъ недвижимости, въ интересахъ публичности, вносится въ крѣпостныя (ипотечныя) книги, на основаніи предварительнаго акта. Предварительный актъ—это либо распоряженіе публичнаго свойства, либо частное волеизъявленіе, надлежащимъ образомъ удостовѣренное. По дѣйствующему нашему праву, залогъ недвижимости—закладная крѣпость—совершается въ формѣ крѣпостного акта. Съ утвержденіемъ закладной, Старшій Нотаріусъ налагаетъ у себя запрещеніе на заложенное имѣніе и дѣлаетъ распоряженіе о напечатаніи по этому предмету объявленія. Вещное право залогодержателя на имущество создается съ момента утвержденія закладной Старшимъ Нотаріусомъ [3]). Западное право даетъ возможность совершить залогъ недвижимости не только въ видѣ выдачи соотвѣтственнаго акта—Briefhypothek—но и просто книжнымъ путемъ—Buchhypothek. Buchhypothek имѣетъ мѣсто, когда залогопріниматель заинтересованъ только въ обезпеченіи, но не въ использованіи акта, путемъ, наприм., передачи. Buchhypothek имѣетъ преимущества,

---

[1]) См. исключеніе изъ этого правила для пожизненнаго пользователя, который можетъ, если ему предоставлено право залога въ завѣщаніи, заложить (по существу чужое) имѣніе, съ разрѣшенія Высшаго суда—X т. I. ч. ст. 1629.

[2]) Рѣш. гражд. 1879 г. № 165, 1884 г. № 6, 1885 г. № 89, BGB § 1207, Čecho-Slov. § 456. Ближайшимъ образомъ весь вопросъ входитъ въ проблему добросовѣстнаго пріобрѣтенія отъ не-собственника.

[3]) Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 1055 и сл., BGB, § § 116, 117.

какъ независимое отъ самаго акта, который, какъ и всякій актъ, нуждается въ сохраненіи и проч. Такая свобода выбора имѣетъ положительный смыслъ и значеніе даже въ психологическомъ отношеніи и, несомнѣнно, благопріятна для развитія залоговаго кредита. Но общимъ правиломъ является все же ипотечный документъ, дающій возможность каждому желающему ознакомиться съ состояніемъ ипотечныхъ правъ и въ значительно большей степени способствующій обращаемости ипотеки [1]).

Залогъ движимости—закладъ—совершается составленіемъ письменнаго акта и передачей закладодержателю вещи въ цѣляхъ обезпеченія [2]). Передача вещи ограждаетъ права и интересы не только закладопринимателя, но и третьихъ лицъ, которыя могли бы вступить съ должникомъ въ обязательства по поводу этого имущества или имѣя его въ виду, какъ фондъ для удовлетворенія на случай надобности. Только тогда, когда закладъ очевиденъ для третьихъ лицъ по какимъ либо инымъ даннымъ и обстоятельствамъ, вполнѣ допускается оставленіе вещи у должника. Таковъ закладъ морского судна по документамъ, также закладъ торговыхъ предпріятій, совершаемый во Франціи по закону 17 марта 1909 г. съ надлежащей записью въ реестрѣ тор-

---

[1]) Ср. Strecker, Hypothek, въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 25 Lief., S. 210. Въ то время, какъ римское право залогомъ лишь обезпечивало главное требованіе, германское право стремится отдѣлить Hypothek отъ Forderung и готово видѣть въ первой совершенно самостоятельное право (на извлеченіе выгодъ—процентовъ изъ цѣнности участка). Практически выходитъ, что не ипотека охраняетъ долгъ, а послѣдній обезпечиваетъ существованіе ипотеки (Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, S. 204). Возможно установить Grundschuld—ипотеку, какъ таковую, независящую отъ какого-либо требованія, а также спеціально Rentengrundschuld, который обусловливаетъ покрытіе изъ доходовъ участка повременныхъ платежей и является реальнымъ обремененіемъ, безъ личнаго долга (ib). Германскій ипотечный порядокъ, въ общемъ, принятъ и Швейцаріей. Напротивъ, французское право видитъ въ ипотекѣ лишь нѣчто акцессорное къ самому требованію. Кромѣ разныхъ правиллегированныхъ долговъ, обезпечиваемыхъ генеральными и спеціальными ипотеками въ силу самого закона, договорныя ипотеки должны быть во Франціи строго спеціализированы, слѣдуя во всемъ за главнымъ требованіемъ и въ немъ черпая источникъ своего бытія.

[2]) BGB § 1205, Пр. Гр. Ул. § 1113, Code Civil, Код. Нап., 2076, Св. Приб., ст. 1336, Schw. ZGB, § 884, X т. I ч., ст. 1671, 1676.

говаго суда, и пр. По Schw. ZGB kann ein Pfandrecht an Vieh ohne Uebertragung des Besitzes bestellt werden durch Eintragung in ein Verschreibungsprotokoll und Anzeigung an das Vertreibungsamt. Наконецъ, мыслимо положеніе, когда передача предмета во владѣніе по самому существу окажется невыполнимой, наприм., въ случаѣ заклада постройки въ качествѣ движимости. По указанію сената, при закладѣ построекъ, находящихся на чужой землѣ, закладодержатель пріобрѣтаетъ право требовать продажи ихъ на сносъ, какъ движимаго имущества, и закладная должна быть совершена, какъ на движимость, причемъ соблюденіе формальностей, установленныхъ для заклада движимыхъ имуществъ, какъ то: приложеніе печатей и передача ихъ заимодавцу совершенно не примѣнимо къ постройкамъ [1]). Оставленіе заложеннаго предмета у закладодателя практикуется очень часто по соображеніямъ экономическаго характера, для предоставленія должнику возможности пользоваться вещью въ интересахъ уплаты долга. Иногда (при куплѣ-продажѣ въ разсрочку платежа) оставленіе предмета у должника составляетъ корпусъ соглашенія. Тѣмъ не менѣе, за исключеніемъ случаевъ, когда такое оставленіе заложеннаго предмета у закладодателя предусмотрѣно закономъ (или обычаемъ, какъ въ торговлѣ), закладное право въ настоящемъ значеніи не возникаетъ, коль скоро вещь не передана вѣрителю или третьему лицу. Несоблюденіе при этомъ условія о закладѣ со стороны должника, какъ отчужденіе имъ вещи или новый закладъ, повлечетъ за собой отвѣтственность должника за вредъ и убытки, но не коснется правъ и интересовъ третьихъ лицъ: послѣднія вправѣ съ такимъ закладомъ не считаться, коль скоро не знали о его существованіи. Такъ какъ сущность требованія передачи сводится именно къ огражденію правъ третьихъ лицъ, то правильно признано практикой, что вмѣсто передачи можно ограничиться другими адэкватными дѣйствіями, какъ напр., наложеніемъ видимыхъ печатей закладодателя [2]). Письменная форма, сама по себѣ, настолько безусловное требованіе при закладахъ, что при несоблюденіи этого нѣтъ никакого заклада: закладодатель въ такомъ случаѣ вправѣ истребовать предметъ заклада обратно. Въ результатѣ останется въ силѣ только обязательство, которое имѣлось въ виду обезпечить закладомъ, и то при условіи, что

---

[1]) Рѣш. гражд. 1901 г. № 6, см. также 1914 г. № 25.

[2]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 659 и (особенно) 1872 г. № 891. Другія формальности—опись, наличность свидѣтелей и пр. несущественны.

изъ существа правоотношеній не возникаетъ противное по неразрыной связи обязательства съ закладомъ [1]).

Послѣдствія залога заключаются въ возможности принудительной продажи заложенной вещи и полученія изъ ея цѣнности преимущественнаго удовлетворенія. Такое преимущественное удовлетвореніе доминируетъ надъ правами другихъ кредиторовъ—личныхъ, но оно не должно нарушать безъ надобности ихъ интересы. Это кредиторы, напр., вправѣ удовлетворить залогодержателя, при безуспѣшности для нихъ произведеннаго торга, и оставить имущество за собой, съ соблюденіемъ соотвѣтственныхъ правилъ Уст. Гражд. Судопр. [2]). Каждый послѣдующій залогодержатель уступаетъ первенство предшествующему. Въ случаѣ погашенія залоговъ предыдущихъ, послѣдующій залогодержатель становится на мѣсто выбывшаго. Оставивъ имѣніе за собой (когда это допускается процессуальными законами), второй залогодержатель обязанъ удовлетворить перваго [3]). Преимущественное удовлетвореніе распространяется какъ на капитальную сумму, такъ и на добавочныя требованія, а также на судебныя издержки и просроченные проценты, Verzugszinsen, т. е. на проценты, фиксированные въ закладной или въ самомъ законѣ [4]). Послѣдніе входятъ въ привиллегію съ исчисленіемъ ихъ

---

[1]) Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній сенатъ разъяснилъ, что акты на закладъ движимаго имущества, заключенные безъ соблюденія предписанныхъ на то въ законѣ правилъ, „даютъ право вѣрителю и должнику на полученіе обратно ихъ вещей и денегъ“, рѣш. гражд. 1875 г. № 658, 1872 г. № 974. Въ такой безоговорочной формѣ тезисъ сената непріемлемъ. Въ дѣйствительности, заклады совершаются, при незначительности суммы долга, словеснымъ способомъ, безъ всякихъ формальностей, съ одной передачей вещи. Сколь бы ни желательно было итти навстрѣчу и этому порядку, но безконечное множество злоупотребленій, возможныхъ при отсутствіи документа, властно повелѣваетъ держаться письменности. Однако упущеніе другихъ формальностей, упоминаемыхъ въ законѣ (X т. ст. 1671), именно явки, въ качествѣ средства удостовѣренія времени установленія заклада, наложенія печатей и составленія оцѣночныхъ описей, имѣющихъ въ виду устраненіе споровъ о тождествѣ предметовъ, не играетъ роли безусловнаго порока и можетъ быть исправлено другими данными, въ случаѣ спора. Ср. рѣш. гражд. 1875 г. № 94, Пр. Гр. Ул., ст. 1115 и объясненія къ ней.

[2]) рѣш. гражд. 1912 г. № 36.

[3]) рѣш. гражд. 1910 г. № 101, 1885 г. № 8.

[4]) Ср. Strecker, Hypothek, въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 25 Lief., 1928, S. 215.

лишь за опредѣленные промежутки—обычно за послѣдніе два года—на Западѣ и безъ ограниченія по нашимъ законамъ, не знавшимъ ранѣе никакой конкуренціи закладныхъ и признававшимъ лишь одинъ единственный залогъ на имѣніи. Причисляются и расходы по содержанію (предмета заклада). На неустойки и убытки залогъ, по общему правилу, не распространяется, развѣ бы изъ содержанія закладной или изъ закона вытекало противоположное (contra BGB и Пр. Гр. Ул. для заклада движимостей). Въ виду такихъ консеквенцій залога, недѣйствительны въ гражданскомъ оборотѣ—иначе въ торговлѣ—соглашенія объ оставленіи вещи въ собсвенность залогопринимателя въ случаѣ неиспоненія должникомъ обязательства: pactum comissorium, Verfallvetrag, договоръ „на упадъ". Признаніе недѣйствительности pactum comissorium вполнѣ отвѣчаетъ справедливости и морали, это удерживаетъ вѣрителя отъ злоупотребленія и использованія тяжелаго положенія и легковѣрія должника [1]). Иногда сохраняютъ силу за подобными соглашеніями, состоявшимся по наступленіи срока закладному требованію (BGB, Пр. Гр. Ул.), имѣя въ виду, что въ это время злоупотребленія закладодержателя становятся уже невозможными. Ни французское право, ни наше дѣйствующее право этого ограниченія не знаютъ. На самомъ же дѣлѣ злоупотребленія, использованіе и пр. возможны и послѣ наступленія срока, при обращеніи взысканія, не говоря уже о принципіальномъ характерѣ запрета pactum comissorium.

Указанныя послѣдствія залоговыхъ правъ наступаютъ въ отношеніи имущества со всѣмъ, что къ нему впослѣдствіи присоедино, пристроено, со всѣми принадлежностями. Залогъ не имѣетъ касательства къ страховому вознагражденію, если о томъ не оговорено въ самомъ страхованіи, въ виду чисто обязательственнаго характера страхованія. Однако, въ интересахъ цѣлесообразности многіе кодексы—но не нашъ законъ—оговариваютъ принадлежность страховаго вознагражденія залогодержателю, отъ какой бы опасности ни застрахованъ былъ предметъ [2]), что представляется справедливымъ и пріемлемымъ у насъ, какъ принципъ, въ будущемъ. Желаніе нѣкоторыхъ юристовъ утвердить это начало de lege lata поспѣшно и не подтверждается ни буквой, ни смысломъ дѣйствующаго нашего закона.

Права свои залогодержатель можетъ пожелать уступить другому. Внѣ спора въ юриспруденціи право перевода закладной на нед-

---

[1]) BGB § 1229, Пр. Гр. Ул., ст. 1134, Code Civil, Art. 2078, (2). Рѣш. гражд. 1872 г. № 119, 1870 г. № 1169. Ср. исключенія въ пп. 1 и 2 прим. къ ст. 1677 X т. I ч.

[2]) См. Strecker, cit., S 218.

вижимость; передачу закладной на движимость одни обусловливаютъ согласіемъ закладодателя, другіе и эту передачу допускаютъ безъ такого согласія (точка зрѣнія BGB и Čecho - Slov). Широкая возможность передача закладныхъ и ихъ оборотоспособность отвѣчаютъ экономическимъ нуждамъ. Но въ то время, какъ въ лицѣ залогодержателя должникъ обыкновенно не заинтересованъ, ему не все равно, въ чьихъ рукахъ будетъ находиться его закладъ. Поэтому для передачи заклада на движимость правильнѣе требовать разрѣшенія должника. У насъ первоначально (до 1898 г.) практика воспрещала передачу всякой закладной: таковая передача могла быть производима лишь путемъ совершенія новой закладной. Впослѣдствіи законъ былъ разъясненъ въ смыслѣ запрета передачи по надписямъ, основаннаго на томъ, что залогодатель ввѣряетъ залогъ заимодавцу, т. е. опредѣленному лицу. Съ согласія же залогодателя и по особому акту закладная вполнѣ передаваема, и такую передачу Старшій Нотаріусъ отмѣчаетъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, хотя бы она совершена была въ формѣ домашняго акта [1]).

Вопросъ объ отношеніи залогодержателя къ прочему имуществу должника, не охватываемому закладной, при неисполненіи залогодержателемъ, получилъ неодинаковое разрѣшеніе въ разныхъ законодательствахъ. Несомнѣнно, что залогодержатель, пріобрѣтая privillegium, въ то же время долженъ имѣть право, при недостаткѣ, обратиться къ другому имуществу должника, наравнѣ съ другими кредиторами. Такое же право обращенія къ прочему имуществу должника вѣрителю слѣдуетъ предоставить и при другихъ условіяхъ, коль скоро ему не удается, по объективнымъ причинамъ, получить удовлетвореніе. Но вправѣ ли залогодержатель это сдѣлать и безъ всего этого, т. е. вообще свободно выбирать между заложеннымъ ему предметомъ и незаложенными вещами должника? И на этотъ вопросъ, казалось бы, отвѣтъ можетъ быть только положи-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1909 г. № 74, 1908 г. № 82, 1898 г. № 20. Дѣйствующее наше право допускаетъ передачу лишь данному лицу. Ни залоговыхъ актовъ на предъявителя, ни перевода закладныхъ по надписямъ дѣйствующіе наши законы не разрѣшаютъ. Но предоставленное залогодателемъ залогодержателю право передачи закладной „другому лицу“ означаетъ право и всѣхъ послѣдующихъ залогодержателей передавать отъ себя закладную, безъ испрошенія согласія залогодателя, рѣш. гражд. 1909 г. № 74. Въ виду акцессорности залога и связанности его съ самимъ обязательствомъ не можетъ быть перехода одного обязательства безъ залога и одного залога безъ обязательства, Ср. BGB, § 1153.

тельный: это выводъ изъ тѣхъ же свойствъ обезпеченія, которыя никоимъ образомъ не допускаютъ поставленія вѣрителя по залогу въ чемъ-либо ниже прочихъ кредиторовъ. Послѣднихъ же права этимъ нисколько не затрагиваются. Отъ нихъ не скрыто имущественное положеніе должника, если ихъ претензіи возникли послѣ совершенія закладной, но пусть залогъ возникъ впослѣдствіи, они и въ такомъ случаѣ не вправѣ препятствовать должнику независимо самоопредѣляться въ своей имущественной сферѣ (иначе послѣдовательно можно было бы дойти до отрицанія закладныхъ). Такъ именно рѣшаютъ вопросъ западные кодексы, и только французское право требуетъ предварительнаго обращенія взысканія по закладной. Дѣйствующее наше право, по основаніямъ историческаго характера, не допускаетъ взысканія изъ другихъ средствъ залогодателя, даже при обнаружившейся невозможности удовлетворенія изъ заложеннаго имущества. Изъ этого сдѣланы только нѣкоторыя исключенія, между прочимъ, для залоговъ въ пользу казны, какъ то вытекаетъ изъ Полож. о казенныхъ подрядахъ и подставкахъ [1]). Практика вынуждена была допустить довзысканіе, когда объ этомъ правѣ упомянуто въ закладной либо въ особомъ актѣ: недопущеніе и этого прямо грозило бы разстройствомъ нашему институту залога. Впрочемъ, указанныя ограниченія касаются лишь недвижимостей; по поводу заклада движимостей сомнѣній не возникало относительно права вѣрителя взыскивать съ остального имущества должника, если проданный закладъ не покроетъ претензіи или если вообще закладъ исчезнетъ безъ вины кредитора. Въ частности, банкъ вправѣ требовать дополнительныхъ уплатъ (и дополнительныхъ обезпеченій) при обезцѣненіи отданныхъ въ закладъ процентныхъ бумагъ [2]).

Разъ залогодержатель удовлетворенъ, его не должна уже интересовать дальнѣйшая судьба заложеннаго имущества. Поэтому залогодатель впровѣ условиться съ кѣмъ-либо о новомъ залогѣ, который возымѣетъ силу по удовлетвореніи перваго залогодержателя. Допускается установленіе на одно и тоже имущество нѣсколько залоговъ съ извѣстной градаціей этихъ правъ. Долгое время сопротивлявшаяся

---

[1]) См. стт. 220, 221, Полож. о взысканіяхъ гражд., ст. 315, Пр. Гр. Ул., Объясненія III, т. 2, 1902 г., стр. 503 и сл.

[2]) Обо всемъ этомъ—рѣш. гражд. 1908 г. № 34, 1903 г. № 98, 1901 г. № 2, X т. I ч. ст. 1674[1]. Добавочная отвѣтственность остальнымъ имуществомъ предусмотрѣно по закладу вещей, отданныхъ въ товарные склады, въ законѣ 30 марта 1888 г. о товарныхъ складахъ: Кассо, Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ, 1898 г., стр. 389.

этому наша практика вынуждена была уступить и признать возможность нѣсколькихъ закладныхъ на одну и ту же недвижимость, въ видѣ общаго правила. Сначала это признано было закономъ для залога въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ, а затѣмъ правило фактически распространено было и на другіе залоги, чѣмъ нашъ залогъ приближенъ къ ипотечному праву [1]). При залогѣ недвижимости проведено начало старшинства. Старшинство правъ опредѣляется послѣдовательностью внесенія, развѣ бы въ крѣпостныхъ (ипотечныхъ) книгахъ установленъ былъ, по соглашенію, иной порядокъ. Старшинство распространяется на капитальную сумму, плюсъ издержки взысканія, плюсъ установленные въ закладной проценты. Въ ограниченіе безмѣрнаго количества процентовъ иногда стремятся установить предѣлъ (только за два года по Ипотечному Уставу 1818 г. и Пр. Гр. Ул.), но это не препятствуетъ вносить о процентахъ особую обезпечительную статью, насколько они не обезпечены въ первоначальной статьѣ. На включенную въ закладную неустойку за неисполненіе, какъ на обязательство самостоятельное, старшинство не распространяется, развѣ бы стороны въ закладной оговорили иное [2]). Залогодатель, на Западѣ, имѣетъ право выговорить старшинство себѣ самому, въ интересахъ созданія впослѣдствіи залога въ пользу новаго контрагента. Это —оставленіе мѣста для будущаго залога, сохраненіе для него правъ старшинства [3]).

---

[1]) Законъ 12 февраля 1862 г., X т I ч., стт. 1630[1], 1646, Уст. Гр. Судопр., ст. 1215, Марковъ, Ипотечная система и законодательныя работы по введенію ея въ Россіи, Журн. Гр. и Торг. Права, 1872 г., кн. 2, стр. 227, Гуляевъ, Русское гражданское право, 1911, стр. 195, 196, рѣш. гражд. 1881 г. № 38, 1889 г. № 88, 1906 г. № 51, 1907 г. № 101, 1912 г. № 36.

[2]) Ср. рѣш. гражд. 1871 г. № 231.

[3]) Германское право даетъ собственнику для цѣлей обезпеченія кредита, право внести въ книгу на свое имя требованіе, обезпеченное залогомъ, могущее переходить по надписямъ, §§ 1191 ff. — Grundschuld, Eigentümerhypothek. За нѣкоторыми изъятіями, Eigentümerhypothekengläubiger пользуется всѣми правами (въ отношеніи третьихъ лицъ) обычнаго залогодержателя. BGB, § § 1191 ff. Strecker, cit., S. 211 f. Дѣйствующее наше право не создало ни возможности сохраненія старшинства для предстоящаго залога— Vorbehalt des Ranges für ein künftig einzutragendes Recht, на института Grundschuld. Для ускоренія и облегченія залога кредитнымъ установленіямъ и казнѣ дѣйствующій нашъ законъ установилъ особый способъ учета старшинства путемъ выдачи залоговыхъ свидѣтельствъ о принадлежности имѣнія залого-

Что касается заклада движимаго предмета нѣсколькимъ лицамъ, то онъ также мыслимъ, хотя больше теоретически. Во всякомъ случаѣ, при такомъ двойномъ или многократномъ закладѣ отъ новыхъ вѣрителей — закладопринимателей не должно быть скрыто о томъ, что уже существуютъ вещныя обезпеченія. Въ отношеніи третьихъ лицъ, конечно, эффективенъ лишь тотъ изъ нѣсколькихъ закладовъ, который совершенъ былъ съ передачей вещи (или о которомъ имъ было извѣстно).

Въ той же мѣрѣ, какъ и другіе институты частнаго права, нуждается въ пересмотрѣ наше залоговое право, устарѣлое, съ разновременно сдѣланными заплатами, полное стѣсненій и путъ. Ни интересы самого залогодержателя, ни интересы третьихъ лицъ не ограждены въ достаточной мѣрѣ. Первый мало гарантированъ въ полученіи причитаю щагося ему. Упустивъ клаузулу о дополнительной отвѣтственности должника прочимъ имуществомъ, онъ рискуетъ, что его права сведутся къ нулю въ томъ случаѣ, когда заложенное имущество окажется недостаточнымъ: залогъ изъ преимущества превратится въ лишеніе, privilegium odiosum. Залогодержателю не дано свободно распоряжаться закладной, использовать ее для собственнаго кредита. Онъ не защищенъ противъ недобросовѣстности должника, разоряющаго заложенное имѣніе. Повсемѣстно залогодержателю дается искъ о воспрещеніи должнику вредностныхъ дѣйствій въ имѣніи, объ уничтоженіи отдѣльныхъ незакономѣрныхъ актовъ въ этомъ направленіи, объ оспариваніи обременительныхъ арендныхъ контрактовъ, заключенныхъ залогодателемъ и пр. У насъ залогодержатель въ состояніи основываться лишь на общихъ нормахъ о предупрежденіи дѣйствій должника, направленныхъ къ причиненію вреда кредиторамъ, (actio Pauliana),

---

дателю и о состояніи имѣнія въ отношеніи ко взысканіямъ и запрещеніямъ. По свидѣтельству, выдача котораго сопровождается наложеніемъ запрещенія, имѣніе принимается въ залогъ непосредственно кредитнымъ установленіемъ или казеннымъ управленіемъ и имъ же совершается обезпечиваемый залогомъ актъ, безъ участія Старшаго Нотаріуса. У послѣдняго сохраняются данныя о позднѣйшихъ запрещеніяхъ, послѣ выдачи свидѣтельства. По принятіи имѣнія въ залогъ, вновь налагается запрещеніе. Хотя старшинство создается по общему правилу по времени выдачи свидѣтельства, но кредитныя установленія должны считаться и съ положеніемъ имѣнія при самой выдачѣ ссуды. См. рѣш. гражд. 1883 г. № 53, 1894 г. № 4. Законъ 16 марта 1892 г. о залоговыхъ свидѣтельствахъ.

что, конечно, его мало устраиваетъ. При наличности какого-либо запрещенія на имѣніи, совершеніе закладной вообще исключается, что невѣроятно стѣснительно и нелогично [1]). Записямъ въ книгахъ, по непримѣнимости къ нимъ принципа всеобщей достовѣрности, свойственнаго системѣ ипотеки, сообщается довольно случайный характеръ. Если въ книгахъ запрещеніе по закладной окажется снятымъ неправильно, слѣдующая закладная должна будетъ уступить свое мѣсто, такъ какъ по суду такое исключенное запрещеніе цѣликомъ возстанавливается. Новый собственникъ также можетъ получить, сюрпризомъ, на пріобрѣтенномъ имъ имѣніи такую неправомѣрно вычеркнутую закладную, хотя онъ о ея существованіи и не подозрѣвалъ. Между тѣмъ залогъ долженъ являть собой дѣйствительное вещное обезпеченіе, независимое отъ лицъ. Далѣе, разъ возникшей закладной не слѣдуетъ ставить препятствій къ свободному переходу изъ рукъ въ руки. Залогодержатель долженъ имѣть право обращаться, при неплатежѣ по закладной, по своему желанію къ какому угодно имуществу должника. Все это требуетъ вниманія будущаго законодателя.

Надлежитъ расширить самый кругъ примѣненія залоговаго права, въ частности ввести завѣщательный залогъ —hypotheka testamentaria—, нынѣ совершенно незнакомый нашимъ гражданскимъ законамъ [2]).

Измѣненіе системы укрѣпленія недвижимостей поставитъ у насъ закладныя въ болѣе близкую зависимость отъ книжной записи отсутствіе которой будетъ знаменовать несуществованіе закладной для третьихъ добросовѣстныхъ лицъ. Въ интересахъ устраненія нежелательныхъ послѣдствій коллизіи нѣсколькихъ принадлежащихъ разнымъ лицамъ залоговыхъ правъ, необходимо прочно установить соотношеніе между послѣдними, фиксировать предѣлы правъ по каждой закладной, между прочимъ, ограничить размѣръ могущихъ быть взыскиваемыхъ въ порядкѣ преимущественнаго удовлетворенія процентовъ. Само собою разумѣется, что требуется привести въ ясность и процессуальныя нормы, касающіяся взысканія по закладнымъ, оставленія имущества за залогодержателемъ и пр., устранить допущенное закономъ смѣшеніе нормъ процессуальныхъ и матеріальныхъ.

Залоговое право наше нуждается въ реформахъ и измѣненіяхъ во всѣхъ своихъ частяхъ и основаніямъ.

---

[1]) Нынѣ въ Литвѣ, какъ мы уже знаемъ, это отмѣнено.

[2]) См. Варадиновъ, Ипотека, Журн. Мин. Юст., т. XII, ч. II, стр. 562.

Нелишне при этомъ вспомнить общее требованіе, давно уже раздававшееся въ Россіи (Пестржецкій) и особенно настоятельное въ настоящее время, о томъ, чтобы облегчить совершеніе актовъ на права въ отношеніи недвижимости и сдѣлать его доступнымъ для населенія, что особенно касается людей недостаточныхъ [1]),

Охрана правъ.

Частное право охраняется въ случаѣ нарушенія или угрозы нарушеніемъ. Охрана заключается въ способахъ судебнаго характера, главнымъ образомъ, и въ нѣкоторыхъ внѣсудебныхъ, въ видѣ исключенія. Право поддерживается не только этой охраной, но и другими факторами, коренящимися въ народномъ сознаніи и общественномъ порядкѣ. Эти же факторы направляютъ остріе свое, иногда незримо, противъ каждаго нарушителя, вызывая и въ немъ и въ окружающей средѣ соотвѣтствующую психическую, а порою и дѣйственную реакцію. Но на нихъ правопорядокъ не можетъ цѣликомъ положиться: онъ вырабатываетъ конкретные способы и мѣры воздѣйствія на нарушеніе и несоотвѣтствующія праву положенія. Судебная защита ultimum refugium при всякой обидѣ и всякомъ нарушеніи, никто не можетъ быть самъ себѣ судьей („свой разсудокъ, свой и судъ"). Поэтому двери суда должны быть открыты для всѣхъ и всегда. Судебная защита возводится на степень публично-правового института, она становится неотъемлемымъ правомъ гражданина. Отъ нея нельзя отказываться всецѣло или въ части по договорамъ и волеизъявленіямъ, ее нельзя ограничить въ распоряженіи на случай смерти.

Формы судебной защиты созданы самимъ закономъ: ихъ также безсильны измѣнить, за рѣдкими исключеніями, соглашенія заинтересованныхъ. Отправленіе правосудія принадлежитъ либо призываемымъ къ тому оффиціальнымъ органамъ, судебнымъ установленіямъ, дѣйствующимъ по установленнымъ обрядамъ и формамъ, либо создаваемымъ ad hoc самими сторонами судамъ—третейскимъ судамъ, арбитражнымъ судамъ. Внѣ этого не можетъ быть обязательнаго рѣшенія по спору о частномъ

---

[1]) Отдѣльно стоитъ регламентація залоговъ въ кредитныхъ установленіяхъ, руководствующихъ въ своихъ дѣйствіяхъ, кромѣ законовъ, еще и частными уставами, а также заклады въ Ссудныхъ кассахъ, оперирующихъ подъ наблюденіемъ органовъ самоуправленій, по началамъ какъ частнаго, такъ и публичнаго права.

правѣ [1]). Недѣйствителенъ договоръ о предоставленіи рѣшенія спора между сторонами третьему лицу (духовному, адвокату).

Въ эпоху государственныхъ потрясеній, когда правовые устои колеблются, переживаетъ кризисъ и это „неотъемлемое" право судебной защиты. Угаръ борьбы, чувство озлобленія и нѣкоторыя иныя причины привели во время всемірной войны къ ограниченію гражданъ непріятельскихъ государствъ въ первую очередь относительно права искать и отвѣчать на судѣ. Въ Россіи сенатъ лишилъ иностранцевъ, поданныхъ враждебныхъ государствъ, права судебной защиты даже черезъ повѣренныхъ вскорѣ по объявленіи войны, предвосхитивъ изданный впослѣдствіи о томъ же законъ [2]). Нѣкоторыя другія воюющія государства, въ томъ числѣ сама Германія, твердо выдержали до конца принципъ, отказавшись отъ всякихъ,—этого рода—ограниченій права судебной защиты.

Искъ есть формальный моментъ частнаго права, нѣчто дополнительное къ послѣднему. Включеніе судебной защиты въ составъ самого права, какъ интегральной части его, представляется недостаточно обоснованнымъ, звучитъ даже какъ анахронизмъ. Возможно представить себѣ абстрактно положеніе, при которомъ искъ о возстановленіи частныхъ правъ предъявлялся бы не субъектами этихъ правъ, а посторонними лицами—actio poularis. Нынѣ такого порядка нѣтъ, и иниціатива предоставляется цѣликомъ субъекту права, что вытекаетъ изъ автономности частныхъ правъ, — признака, характеризующаго таковыя съ внѣшней, а не внутренней стороны. Судебная защита исключается изъ области матеріальнаго частнаго права и подчиняется всецѣло нормамъ процесса, построеннаго на основахъ не только частно-правовыхъ, но и публично—правовыхъ.

Въ прежнія времена правила матеріальныя и процессуальныя составляли единую и нераздѣльную совокупность. Французскій кодексъ удержалъ нѣкоторые остатки этого смѣшенія подъ несомнѣннымъ вліяніемъ стараго римскаго права, которое не знало твердаго разграниченія между матеріальнымъ правомъ и процессомъ. Еще въ большей мѣрѣ матеріальные и процессуальные законы сливались въ прежнемъ русскомъ правѣ до изданія Устава Гражданскаго Судопроизводства; не расторгнуто окончательно единеніе и до настоящаго времени. Даже Пр. Гр. Ул. не свободенъ отъ упрека въ

---

[1]) Рѣш. гражд. 1914 г. № 53, 1913 г. № 75, 1871 г. № 945 (также Литовскій Верховный Трибуналъ). Невыдержано рѣш. гражд. 1881 г. № 16.

[2]) Рѣш. Общ. Собр. 1915 г. № 1. Собр. Узак. 1915 г. № 2446.

нѣкоторомъ смѣшеніи. Въ частности, матеріализацію судебнаго иска настойчиво проводитъ сенатъ, видя въ немъ нѣчто вродѣ „вещи въ себѣ“ и допуская его переходъ отъ однихъ къ другимъ въ качествѣ не коррелата правоотношенія, а самостоятельнаго права [1]). Въ общемъ, однако, объемлющее судебную защиту процессуальное право достаточно выдѣлилось въ особую вѣтвь и у насъ. Только отдаленнымъ образомъ судебная защита можетъ быть нынѣ связываема съ матеріальнымъ правомъ. Это - связь, покоющаяся на томъ, что, не взирая на возможность существованія отдѣльныхъ правъ и правомочій помимо всякаго судебнаго воздѣйствія, большинство матеріальныхъ частныхъ правъ предполагаютъ эвентуальное принудительное возстановленіе и признаніе со стороны суда [2]).

Объ охранѣ внѣсудебной можно трактовать въ связи съ необходимой обороной, состояніемъ крайней необходимости, ретенціей. Все это категоріи явленій правового характера. Необходимая оборона, т. е. причиненіе кому-либо насилія или вреда для отраженія угрожающихъ отъ него неправомѣрныхъ дѣяній, не только извиняется съ точки зрѣнія уголовной караемости, но и признается правомочіемъ. Принципъ допустимости vim vi repellere санкціонированъ повсемѣстно, признанъ онъ и у насъ. По разъясненію нашей практики, нападеніе на чужія права понимается тутъ довольно широко. Характернымъ является то, что дѣйствія „совершены съ насиліемъ противъ владѣльца нарушеннаго

[1]) См., наприм., рѣш. гражд. 1909 г. № 86, 1880 г. № 262.

[2]) Не только путемъ иска охраняется нарушенное гражданское право, но и путемъ возраженія. Кромѣ того законъ даетъ суду право принимать рядъ мѣръ къ предупредительной охранѣ гражданскихъ правъ, на случай нарушенія. Германско-англійское право знаетъ особые иски о воспрещеніи будущихъ нарушеній, съ предоставленіемъ суду налагать на отвѣтчика штрафъ или арестъ за каждое будущее нарушеніе — Unterlassungsklage, injunction. Французская практика заимствовала эти иски, широко практикуя ихъ безъ наличности прямого закона. Наша практика допускаетъ иски о воспрещеніи, но безъ дополнительнаго привѣска—штрафа или ареста, чѣмъ, конечно, дѣйствіе этихъ исковъ значительно обезцѣнивается. Кромѣ того нѣкоторые кодексы—Германскій, Пр. Гр. Ул.— даютъ суду право по требованію законо-заинтересованнаго лица принимать вообще разныя мѣры для охраненія права, даже безъ предъявленія иска или въ ожиданіи предъявленія его, вплоть до заарестованія въ необходимыхъ случаяхъ должниковъ, имѣющихъ намѣреніе скрыться и избѣжать суда: einstweilige Verfügungen.

права или лицъ, замѣняющихъ его, или безъ насилія, но въ ихъ присутствіи и вопреки ясно выраженной ими волѣ“ [1]).

Государство не въ состояніи быть наготовѣ со своимъ аппаратомъ принужденія повсюду и во всѣ моменты. Въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ возможности прибѣгнуть къ помощи этого аппарата по исключительнымъ условіямъ событія и обстановки, гражданинъ беретъ самъ на себя защиту попираемаго права. Для государства охрана частныхъ правъ отъ насилія — функція, для гражданина самопомощь, — право, косвеннымъ обоснованіемъ и оправданіемъ которому служитъ интересъ самаго государства, какъ бы делегирующаго въ этомъ случаѣ гражданину частицу своихъ правомочій. Поэтому право необходимой обороны ставится въ законѣ въ широкомъ масштабѣ. Необходимо лишь, чтобы нападеніе произведено было на важное благо, какъ жизнь, здоровье, или значительное имущественное право. Благо можетъ быть не только собственное защищающагося, но и близкаго ему лица. Вопросъ о значительности блага, серьезности интереса, степени опасности, близости подвергшагося нападенію отражающему таковое и пр., рѣшаетъ въ конечномъ счетѣ судъ по конкретнымъ даннымъ дѣла. Не требуется сообщеніе о случившемся полиціи, какъ то было ранѣе, неважно, чтобы нападающій могъ иначе спастись отъ опасности, наприм., путемъ бѣгства. На подвергшемся нападенію не лежитъ обязанность оберечь и ограждать какіе либо интересы нападающаго. У послѣдняго дозволяется насильственно отнять вещь, имъ захваченную, коль скоро реакція происходитъ тутъ же на мѣстѣ.

Если бы оказалось, что дѣйствительнаго повода къ необходимой оборонѣ не представлялось и что были лишь внѣшніе показатели, способные ввести въ заблужденіе, то налицо имѣлась бы путативная оборона, обсуждаемая по правиламъ объ ошибкѣ. Наоборотъ, превышеніе предѣловъ необходимой обороны, производящее отвѣтственность, констатируется тогда, когда на самомъ дѣлѣ надобности къ оборонѣ уже не было, напр., нападающій бѣжалъ, явились органы власти и т. д., или когда принятыя мѣры обороны превосходили то, что требовалось для отраженія нападенія. Тѣмъ не менѣе, превышеніе предѣловъ обороны не составляетъ нарушенія, если нападающій покушался на жизнь или женскую честь [2]). Въ этомъ случаѣ дѣйствіе превысившаго оборону вызвано было такимъ тяжкимъ посягательствомъ, что ждать вполнѣ

---

[1]) Рѣш. уголовн. 1885 г. № 7, 1875 г. № 318 (Синайскій).

[2]) Уголовн. Улож., стт. 45, 459, 479. Минцъ, Курсъ Уголовнаго Права, т. I, 1925, стр. 58.

раціональнаго контръ-дѣйствія съ его стороны и разборчивости въ средствахъ не приходится; все, что онъ совершилъ, хотя бы съ излишествомъ, при огражденіи себя и своихъ ближнихъ отъ подобнаго рода посягательства, ему не ставится въ минусъ ни въ уголовномъ, ни въ гражданскомъ порядкѣ. Но состояніе потерпѣвшаго можетъ быть принято во вниманіе и при нападеніяхъ на другія блага, такъ что судъ и здѣсь въ конечномъ счетѣ рѣшаетъ о возможности какой-либо отвѣтственности[1]).

Отъ необходимой обороны, какъ защиты своихъ правъ противъ нападающаго, отличается крайняя необходимость, при которой вредъ наносится какому-либо предмету невиновнаго лица для отраженія грозящей отъ этого предмета опасности. Согласно опредѣленію Пр. Гр. Ул., „не вмѣняется въ вину нанесеніе вреда чужому животному или вообще чужой вещи, если оно было необходимо для огражденія грозившей отъ нихъ кому-либо опасности“ [2]). Крайняя необходимость можетъ создаться и противъ невмѣняемыхъ лицъ.

---

[1]) См. Hafter, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, 1926, 142 f. Современные гражданскіе кодексы, говоря о необходимой оборонѣ, по большей части не опредѣляютъ этого понятія, предоставляя это практикѣ. См. Schw. ZGB, Art. 52, Abs. 2, Пр. Гр. Ул., ст. 99, Св. Приб., стт. 3285, 3380. BGB указываетъ, что Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden, § 227, Abs. 2. Уголовные кодексы также не даютъ опредѣленія, но указываютъ на предѣлы необходимой обороны, условія криминальной отвѣтственности за превышеніе ея и пр..

[2]) Ст. 100. BGB, §§ 228, 904, Св. Приб. 875, 4590. (Послѣдній считаетъ, нужнымъ оговорить при этомъ, что „учинившій убійство или изувѣченіе домашняго животнаго по своеволію обязанъ вознаградить за вредъ“). Крайняя необходимость всегда предполагаетъ дѣйствіе посторонняго случайнаго фактора. Она не распространяется на тѣ казусы, когда кто—либо вынуждается совершить дѣяніе, возложенное по закону или договору на другого, но послѣднимъ не выполняемое. Нѣтъ крайней необходимости, вопреки мнѣнію сената, если „сторона, терпящая отъ неисполненія ея контрагентомъ лежащей на немъ обязанности“, совершаетъ „въ предотвращеніе дальнѣйшихъ для себя невыгодъ необходимыя дѣйствія за счетъ контрагента и безъ обращенія въ судъ“, напр., производитъ ремонтъ, безъ котораго квартира оказывается невозможной или неудобной для жилья, см. рѣш. гражд. 1901 г. № 87. На самомъ дѣлѣ мы здѣсь не выступаемъ изъ сферы чисто—обязательственныхъ отношеній и способовъ исполненія, которыхъ ни одинъ законъ не исчерпываетъ до

Крайняя необходимость не исключаетъ возложенія, въ зависимости отъ обстоятельствъ, на прибѣгшаго къ ней возмѣщенія вреда и убытковъ (хотя бы уголовная отвѣтственность и не предполагалась). Когда плавающій пароходъ очутится въ критическомъ положеніи вслѣдствіе перегрузки и капитанъ распорядится опустить въ воду чужіе грузы, безъ особаго разбора, никто не будетъ отвѣчать. Но при опасности предположительной, отдаленной, всякое необдуманное выбрасываніе грузовъ можетъ повлечь отвѣтственность. Такимъ образомъ взвѣшиваніе интересовъ, соображеніе положенія и дѣйствительныхъ нуждъ играетъ существенную роль при крайней необходимости. Весьма важна и относительная цѣнность нарушаемаго блага по сравненію съ благомъ угрожаемымъ, а также виновность—умыселъ или неосторожность—лица, очутившагося въ опасности (травленіе животныхъ). Уголовное право идетъ еще дальше и признаетъ ненаказуемымъ и непреступнымъ вредоносное дѣяніе, совершенное для спасенія важныхъ благъ отъ опасности, неотвратимой иными средствами, хотя бы эта опасность возникла со стороны[1]). Но съ точки зрѣнія цивильной, въ этомъ случаѣ можетъ родиться отвѣтственность за причиненный вредъ, развѣ бы по условіямъ казуса исключалась всякое вмѣненіе. Если проѣзжающіе, преслѣдуемые стаей волковъ, бросили одну изъ пары нанятыхъ ими лошадей на съѣденіе, они не будутъ отвѣчать ни въ уголовномъ, ни въ гражданскомъ порядкѣ. Но вотъ при неосторожной охотѣ группа охотниковъ, гонимыхъ звѣрями, пробѣжала черезъ посѣянное поле: потоптанный посѣвъ падетъ убыткомъ на охотниковъ, хотя уголовной кары за умышленную порчу чужихъ вещей они не понесутъ.

Наконецъ, способъ самопомощи, заключающійся въ правѣ удержанія—jus retentionis—, обусловливается опасностью лишиться возможности осуществленія права и заключается въ задержаніи вещей и даже людей. Это—мѣра временная, обнимающая тѣ положенія, когда исполненіе со стороны обязаннаго не наступаетъ и не можетъ состояться безъ содѣйствія активнаго субъекта[2]).

конца и къ которымъ вполнѣ допустимо отнести всякое удовлетвореніе себя, въ законныхъ предѣлахъ, вѣрителемъ за счетъ неисправнаго должника. Синайскій, Русское гражданское право, 1, 1917, стр. 133, не видитъ тутъ „крайней необходимости“ по отсутствію нападенія, опасности.

[1]) Ср. Угол. Улож., ст. 46, абз. 2.

[2]) Катковъ, Понятіе права удержанія въ римскомъ правѣ, 1910 г., стр. 9 и сл., 172. Право удержанія не уничтожаетъ

Jus retentionis предполагаетъ отсутствіе иного способа оградить свое право, при чемъ немедленно долженъ быть предъявленъ искъ въ судѣ и исходатайствованъ секвестръ вещи либо арестъ лица или установленіе его самоличности, если задержаніе произошло именно по неизвѣстности послѣдней. Въ видѣ нѣкотораго общаго правила, о jus retentionis упоминаетъ Германскій Кодексъ и Пр. Гр. Ул. Обычно же объ этомъ трактуется въ связи съ отдѣльными институтами частнаго права. Сюда относится, между прочимъ, задержаніе вещей, принадлежащихъ нанимателю, за неплатежъ наемныхъ денегъ,—звѣрей и животныхъ при потравахъ, предметовъ, подлежащихъ возврату по договору, до уплаты затратъ на нихъ или причиненныхъ ими убытковъ и т. д. [1]).

встрѣчнаго требованія, какъ это бываетъ при компенсаціи, а только парализуетъ его до извѣстнаго момента, А. Нольде, О законномъ правѣ удержанія по Св. Гражд. Узак. Губ. Прибалт., Журн. Мин. Юст., 1903 г. № 6, стр. 275. Въ прежнее время ретентору давалась exceptio doli.

[1]) См. BGB § 229, 273, Abs. 2, Schw. OR. Art. 57, Пр. Гр. Ул., ст. 101. О задержаніяхъ при потравахъ и при самовольныхъ порубкахъ—X т. I ч., стр. 539 прим., Уставъ Сельск. Хозяйства, ст. 164 и сл., Уст. Лѣсной, ст. 690. Весьма обстоятельно вопросъ разработанъ въ Англіи. Право удержанія дается въ Англіи прежде всего перевозчику въ отношеніи перевозимыхъ вещей до уплаты цѣны перевозки и расходовъ: specific lien. Такой же specific lien имѣетъ лицо на отданный ему для починки, обработки или иныхъ подобныхъ цѣлей предметъ до уплаты за работу (ср. у насъ рѣш. гражд. 1913 г. № 37). Общее право удержанія предмета, general lien, не только для покрытія того, что причитается за этотъ предметъ, но и для уравненія разсчетовъ и балансовъ допускается въ Англіи лишь въ опредѣленныхъ случаяхъ, на которые имѣются указанія въ статутахъ или обычаяхъ. General lien былъ признанъ за адвокатомъ относительно бумагъ и документовъ, находящихся въ его рукахъ въ связи съ исполненіемъ профессіональныхъ обязанностей, за банкиромъ въ отношеніи цѣнностей, поступавшихъ на имя кліента для реализаціи, но не депонированныхъ для спеціальныхъ какихъ—либо цѣлей, и пр. Кромѣ того the vendor's lien есть право продавца удержать проданную и ставшую собственностью покупщика вещь, какъ обезпеченіе до уплаты ея цѣны. См. Campbell, Principles of English law, 1907, p. 300, 301, 302. Въ противоположность этой детализированной системѣ англійскаго права, по праву германскому jus retentionis, Zurückbehaltungsrecht, съ одной стороны, переплетается съ правомъ контрагента на неисполненіе до исполненія противной стороной, а съ другой, являетъ

Дѣйствующему нашему праву jus retentionis, какъ генеральная директива, неизвѣстна. Фактически его и нынѣ не избѣгнуть на практикѣ — Not hat kein Gebot: задерживаются вещи и документы до разсчета, жел. дороги безбилетный пассажиръ до выясненія личности или уплаты задерживается въ вагонѣ и пр. Остается будущему закону санкціонировать своимъ авторитетомъ эти и имъ подобныя явленія жизни. Широко практикуется у насъ данное правомочіе въ торговлѣ, согласно торговымъ обычаямъ [1]).

Весьма разнообразны виды самопомощи, перечислить ихъ нѣтъ возможности. Не одно частное право, но и криминалистика тщательно изслѣдуетъ категоріи дозволенныхъ вторженій въ чужое благо для спасенія какого-либо высшаго блага, относя къ нимъ даже такія дѣйствія, какъ ограниченіе свободы умалишенныхъ со стороны завѣдующаго предназначеннымъ для нихъ домомъ, оперативное удаленіе вра-

собою конкретное правомочіе на удержаніе всякаго даннаго предмета до возмѣщенія расходовъ, потраченныхъ на него, или убытковъ, понесенныхъ черезъ него (если только предметъ не добытъ ретенторомъ путемъ умышленнаго недозволеннаго дѣянія).

[1]) Ср. 54[1] ст. Уст. Торг. Характерно, что въ рѣш. гражд. 1913 г. № 37 (о которомъ рѣчь была выше), признавшемъ право мастерового или ремесленника не выдавать вещи собственнику до уплаты причитающейся за починку ея платы, нѣкоторые склонны усматривать побѣду общаго принципа jus retentionis на почвѣ дѣйствующаго нашего права. Латвійскій Сенатъ, опираясь на это рѣшеніе, утверждаетъ, что „namnieka retencijas tiesibu institutu pazista ari kr. civillikums“ („право удержанія признаютъ за наймодавцемъ также русскіе гражданскіе законы“), рѣш. 1924 г. № 3, изданіе Konradi-Walter, Izvilkumi no Latvijos Senata Civila Kasacijos Departamenta Spriedumiem, 1 turp., l. 91. Такъ далеко, однако, русскій сенатъ не шелъ въ своихъ выводахъ изъ дѣйствующаго закона. Твердые обычаи, которые оправдывали бы удержаніе предмета и денегъ, до выполненія противной стороной своихъ обязанностей, у насъ констатировать пока также не удалось (ихъ не приводитъ и Пахманъ). Между прочимъ, можно отмѣтить, что Совѣты прис. повѣр. воспрещали членамъ адвокатской корпораціи удерживать довѣрительскіе документы и деньги, данные адвокату для опредѣленнаго назначенія, „если бы даже у него были какіе-либо неоконченные съ довѣрителемъ разсчеты по проведеннымъ дѣламъ“. Опредѣленія Московскаго Совѣта присяжныхъ повѣренныхъ 1909/1910 г. № 600, 1888/1889 г. № 133, Марковъ, Правила адвокатской профессіи въ Россіи, 1913, стр. 307.

чомъ плода для спасенія жизни матери и пр.[1]). Существенный признакъ, которымъ надлежитъ руководствоваться, это—угроза гибели либо существеннаго ухудшенія значительному личному или имущественному достоянію.

Опасность родитъ не только героизмъ, но и право. Если она чревата болѣе крупнымъ вредомъ, чѣмъ вредъ, который причиняетъ спасающійся, праву приходится мириться съ тѣмъ, что меньшее жертвуется большему. Съ возникновеніемъ опасности въ высшей степени, право охраны достигаетъ своего апогея. Тонущій хватается за другого, толкаетъ его на дно и самъ спасается: мораль молчитъ, а право даетъ свою санкцію. Напротивъ, нельзя, конечно, ради спасенія своихъ ничтожныхъ интересовъ подвергать риску цѣнныя блага другого. Позволительно посягать на чужое, чтобы выручать свое, лишь до извѣстныхъ предѣловъ и съ эвентуальной обязанностью возмѣщенія и удовлетворенія. Собственникъ загорѣвшагося зданія, очутившись безъ воды, отнимаетъ бочку съ водой у проѣзжающаго: это, можетъ быть, и самопомощь, но обязанность уплаты за отнятое вполнѣ естественна и логична.

Чувство мѣры и справедливости должно подсказать судьѣ правильное рѣшеніе въ случаяхъ спора. Было время, когда ко всѣмъ средствамъ самопомощи относились отрицательно, именно, благодаря опасенію злоупотребленій и самоуправствъ и связаннаго съ этимъ огрубѣнія нравовъ. Римское право не признавало самозащиты. Нынѣшнее право разсчитываетъ на интенсивное и повсемѣстное развитіе цивилизаціи и знаній, взаимнаго уваженія и солидарности. Признавая общимъ правиломъ судебную защиту, правопорядокъ удѣляетъ подобающее мѣсто и самозащитѣ.

Представительство.

При представительствѣ данное лицо—представитель беретъ на себя исполненіе того, что должно выполнить другое лицо - представляемый—, выражая за послѣдняго волевые акты и создавая непосредственно для него права и обязанности. Представительство должно входить въ ученіе о реализаціи правъ: оно касается одного изъ формальныхъ моментовъ таковой, а именно, возможности совершенія всякаго рода юридически-релевантныхъ дѣйствій не лично управомоченнымъ, а черезъ другого.

---

[1]) См. Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung (vom 23 Juli 1918), S. 12.

Представительство есть расширеніе правомочій личности и занимаетъ почетное мѣсто среди крупнѣйшихъ пріобрѣтеній идеи развитія индивидуальности.

Представительство либо дополняетъ волю индивидуума, являясь добровольно избранной формой выраженія этой воли—волюнтарное представительство—, либо замѣняетъ собою дефектную волю другого, именно, малолѣтняго, безумнаго и т. д., — представительство законное. Второе въ исторіи предшествовала первому. Человѣчество долгое время не могло усвоить рафинированной мысли о возможности замѣнять себя въ юридическихъ отношеніяхъ инымъ лицомъ [1]). Представители (на землѣ и на небѣ) могли дѣйствовать за другихъ, но только отъ своего имени. Не знало широкаго представительства и римское право. Только необходимость въ опекѣ и вытекающія изъ опеки послѣдствія привели къ созданію юридическаго представительства, сначала лишь законнаго, а впослѣдствіи, въ процессѣ развитія, и добровольнаго. Поэтому было бы неправильно въ институтѣ представительства сколько-нибудь базировать на старомъ правѣ, въ частности на римскомъ правѣ.

Нынѣ представительство допускается во всѣхъ случаяхъ, кромѣ тѣхъ, гдѣ дѣятельность индивидуума носитъ чисто персональный характеръ. Нѣтъ представительства при составленіи духовнаго завѣщанія, въ большинствѣ отношеній семейственнаго характера, нѣтъ его, въ видѣ общаго правила, въ трудовомъ договорѣ, въ осуществленіи правъ личности и т. д. Дѣйствующій нашъ законъ не допускаетъ представительства также при подачѣ просьбъ объ узаконеніи, при заключеніи брака. Не можетъ быть представительства въ совершеніи преступленій и проступковъ. Поэтому недѣеспособные не отвѣчаютъ за вредъ, причиненный уголовно-наказуемыми дѣяніми ихъ законныхъ представителей [2]).

Признакъ истиннаго представительства отсутствуетъ, когда одно лицо дѣйствуетъ лишь за счетъ второго, но въ отношеніи къ третьимъ фигурируетъ въ качествѣ самостоятельнаго субъекта. Это—отношеніе комиссіонерства, свойственнаго всего болѣе торговлѣ [3]). Наконецъ, отъ

---

[1]) Представительство не замѣчается у народовъ на первыхъ ступеняхъ развитія, „когда умъ человѣка не развилъ еще въ себѣ способности отвлеченнаго мышленія, а устремленъ на одно внѣшнее, образное и всему духовному придаетъ вещественное выраженіе". А. Гордонъ, Представительство въ гражданскомъ правѣ, Журн. Мин. Юст., XXXI, ч. II, стр. 224.

[2]) Zoll, Prawo cywilne, str. 24.

[3]) Нѣкоторые считаютъ комиссіонерство представитель-

представительства отличается порученіе кому-либо фактическаго дѣйствія, заключающагося въ простой передачѣ чужой воли, безъ выраженія своей, какъ наприм., отправка посыльнаго съ письмомъ или съ устнымъ сообщеніемъ волеизъявленія, возложеніе на какого-либо перевода на судѣ рѣчей и объясненій съ одного языка на другой: Bote, nuntius. Такой нунцій можетъ быть лицомъ неволеспособнымъ и недѣеспособнымъ—малолѣтнимъ, ему нѣтъ необходимости знать содержаніе воли посылающаго, которую онъ воспроизводитъ чисто-механически. Въ противоположность представительству, Botschaft не имѣетъ никакого самостоятельнаго юридическаго значенія [1]).

Эффективность представительства заключается въ предположеніи — praesumptio juris et de jure—совпаденія воли представителя съ волей представляемаго, только и играющей роль для созданія правоотношенія. Однако, это лишь съ точки зрѣнія теоріи. Практически, представитель выражаетъ свою собственную волю, но съ переходомъ дѣйствія ея въ отношеніи результатовъ на представляемаго. Въ виду этого качество воли, ея релевантность и способность порождать юридическіе результаты оцѣниваются по личности самого представителя, а не представляемаго. Самые же результаты, насколько они возникаютъ для представляемаго, обсуждаются въ ихъ юридическомъ и фактическомъ составѣ по личности представляемаго. Тѣмъ не менѣе, юридическая сила дѣянія устраняется, коль скоро обнаружено несовпаденіе и есть основаніе заключить о нарушеніи этимъ цѣлостности волевого акта. Такъ, при usucapio черезъ представителя у послѣдняго долженъ быть animus обладать на правѣ собственности (для

ствомъ посредственнымъ, Zoll, cit. str. 24 (zastępstwo posrednie). Св. Приб., ст. 3111, видитъ въ комиссіонерѣ безгласнаго заступника, принимая во вниманіе vinculum juris между нимъ и комитентомъ. Но характернымъ въ представительствѣ является не эта черта, а именно отношеніе къ третьимъ лицамъ, вступающимъ черезъ представителя въ непосредственную юридическую связь съ представляемымъ.

[1]) Отличаютъ представительство и отъ договора въ пользу третьихъ лицъ: въ послѣднемъ создается для третьяго лица только право, между тѣмъ какъ представительство устанавливаетъ и обязанности. Кромѣ того, въ договорѣ въ пользу третьихъ лицъ вѣритель дѣйствуетъ, какъ самостоятельный контрагентъ, чего нѣтъ въ представительствѣ, имѣющемъ въ виду чужія права и интересы. Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922 г., стр. 88, 89.

представляемаго). Но представитель не можетъ въ этомъ отношеніи расходиться съ выраженной волей самого представляемаго. Всякое такое противорѣчіе подрываетъ usucapio (представитель, напр., считаетъ, что владѣетъ „на правѣ собственности“ вещью для представляемаго, а послѣдній вноситъ за нее хозяину наемную плату, или наоборотъ).

Представитель долженъ обладать здоровой и зрѣлой волей: это требованіе безусловное. Но ему не мѣшаетъ неполнолѣтіе или ограниченіе въ правѣ совершить акты по имущественному либо иному своему положенію, наприм., несостоятельность, расточительность. Только отъ представительства на судѣ опредѣленно устраняются закономъ неполнолѣтніе и состоящіе подъ опекой[1]). Не будетъ назначенъ неполнолѣтній и опекуномъ, такъ какъ роль опекуна сводится именно къ восполненію воли опекаемаго. Но въ прочихъ отношеніяхъ безусловнаго запрета недѣеспособному быть представителемъ не существуетъ, ибо рѣчь идетъ не о его правахъ, а о правахъ и интересахъ другихъ лицъ [2]).

Представляемый не можетъ быть однимъ изъ тѣхъ, которые лишены по закону возможности пріобрѣтать данное право, наприм., иностранцемъ, желающимъ пріобрѣсти черезъ представителя недвижимость (насколько иностранцамъ это воспрещено).

Въ виду назначенія представительства выражать волю о правоотношеніяхъ другого, представитель не вправѣ заключать договоровъ и обязательствъ съ самимъ собою—Selbstkontrahieren. Онъ не можетъ дѣйствовать одновременно и какъ представитель другого довѣрителя. Все это было бы мыслимо абстрактно, держась теоретическаго взгляда о выраженіи представителемъ чужой воли. Но даже и въ этомъ случаѣ, въ виду столкновенія интересовъ и возможности злоупотребленій, было бы недопустимо подобное совмѣстительство. Однако, при добровольномъ представительствѣ это право можетъ быть прямо оговорено представляемымъ для представителя, а въ нѣкоторыхъ ситуаціяхъ оно вытекаетъ косвенно изъ другихъ обстоятельствъ и условій.

Представительство добровольное основывается на волеизъявленіи явномъ или конклюдентомъ, при жизни или на случай смерти: довѣ-

---

[1]) Уст. Гражд. Судопр. ст. 45, пп. 1, 4 и 5, ст. 246, пп. 2, 5 и 7.

[2]) По признаніи должника несостоятельнымъ онъ утрачиваетъ у насъ право быть повѣреннымъ по прежде выданнымъ ему довѣренностямъ, но ему могутъ быть выданы новыя довѣренности тѣми лицами, которыя, зная о его несостоятельности, „тѣмъ не менѣе питаютъ къ нему довѣріе и ввѣряютъ ему свои интересы“, рѣш. гражд. 1906 г. № 30.

ренность, душеприказчичество. Законное представительство коренится въ велѣніи закона: родительская власть, опека, конкурсное управленіе. Здѣсь подлежатъ отдѣльному разсмотрѣнію довѣренность, опека и душеприказчичество.

Довѣренность.

Въ отношеніяхъ по довѣренности представитель—повѣренный выражаетъ волю относительно возникновенія, измѣненія и прекращенія правъ представляемаго—довѣрителя, на основаніи порученія послѣдняго. Порученіе знаменуетъ внутреннія отношенія между довѣрителемъ и повѣреннымъ, довѣренность касается третьихъ лицъ. Иногда порученіе и довѣренность соединяются въ одномъ актѣ, но и тогда ихъ слѣдуетъ разграничивать, какъ имѣющія различную юридическую природу: первое есть по существу species трудового договора, второе — представительство [1]). При выполненіи отдѣльныхъ актовъ полномочіе и порученіе могутъ совершенно не совпадать. Такъ, весьма часто довѣритель, вы-

[1]) Поэтому порученіе совершается въ такой формѣ, какой требуетъ соотвѣтственный видъ трудового договора, иногда, стало быть, даже словесно, напротивъ, для довѣренности установлены, какъ увидимъ дальше, опредѣленныя строгія формы.—Различіе между довѣренностью и порученіемъ нынѣ твердо проводится на Западѣ въ теоріи и практикѣ. Оно извѣстно было германскому торговому праву· съ прежнихъ временъ, Нерсесовъ, Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ, 1872 г., стр. 163. Оно проводится и въ нынѣшнемъ Handelsgesetzbuch, см. § § 49, 383. Смѣшеніе полномочія съ порученіемъ—характерная черта нашей практики; началось оно съ давнихъ поръ (см. рѣш. гражд. 1870 г. № 800) и продолжалось до послѣдняго времени. По этой причинѣ, напр., прекращеніе довѣренности отождествлялось у насъ съ прекращеніемъ порученія, что, конечно, неправильно. Впрочемъ, часто смѣшеніе являлось только чисто формальнымъ, терминологическимъ, по существу практика умѣла дѣлать выводы изъ различія того и другого. Разграниченіе между порученіемъ—Auftrag—и полномочіемъ—Vollmacht – въ BGB, § § 164 ff, 662 ff, Schw. OR., Art. 32 ff, 314 ff. Не считается съ нимъ французское право. Code civil, Код. Нап., 1984 и сл. Французскій взглядъ усвоило и Бразильское Гражданское Уложеніе 1 января 1916 г., стт. 1288 и сл., нѣм. изд. Heinsheimer 1928; однако, послѣдній кодексъ все же дѣлаетъ нѣкоторую разницу, напр., что касается формы, см. замѣчанія комментатора къ стт. 1288—1292.

давая повѣренному полномочіе на извѣстныя дѣйствія, такъ или иначе ограничиваетъ его въ правѣ совершенія ихъ (безъ особаго разрѣшенія), въ договорѣ порученія.

Анализируя природу довѣренности, приходятъ къ выводу, что является исключеніемъ изъ правила объ обязательности договоровъ лишь для участвующихъ въ немъ лицъ. Между тѣмъ сущность довѣренности преимущественно и заключается въ обращеніи довѣрителя къ третьимъ лицамъ съ предложеніемъ вступить въ юридическія отношенія съ нимъ черезъ другое лицо. Можно трактовать здѣсь о своеобразномъ институтѣ, но не о какомъ—то отступленіи отъ началъ договора. Въ древнемъ Римѣ, которому этотъ своеобразный институтъ былъ чуждъ, лежащія въ основѣ его потребности удовлетворялись обходнымъ путемъ, именно, договоръ совершался непосредственно повѣреннымъ съ контрагентомъ, а затѣмъ переносился новымъ соглашеніемъ повѣреннаго съ довѣрителемъ—мандатомъ на послѣдняго. Современное право эту искусственность отбросило, и жизненнымъ запросамъ дано соотвѣтственное удовлетвореніе. Съ этой точки зрѣнія довѣренность—институтъ новѣйшей формаціи, sui generis. Это—варьируя слова Нерсесова—„институтъ, по преимуществу космополитическій, объясняемый однородностью потребностей, вызвавшихъ этотъ институтъ въ современномъ гражданскомъ оборотѣ“ [1]).

Содержаніе довѣренности—большей частью совершеніе юридическихъ актовъ, но возможно также полномочіе на отдѣльныя дѣйствія фактическаго характера. Послѣднее встрѣчается довольно рѣдко, въ виду того, что въ томъ обыкновенно не чувствуется особой нужды: наблюденіе надъ домомъ, за служащими и т. д. не требуетъ спеціальнаго полномочія [2]). Полномочіе на фактическія дѣйствія легко можетъ перейти въ юридическій актъ, наприм., въ договоръ объ услугахъ, о подрядѣ и т. д. (но въ то же время отличается, напр. отъ подряда несамостоятельностью дѣйствій повѣреннаго).

Нѣтъ основанія признавать, что довѣренность выдѣляется своей безмездностью. Этотъ взглядъ о безмездности, высказываемый, впро-

---

[1]) Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ, 1878 г., стр. 175.

[2]) По BGB, § 662, имѣется въ виду дѣятельность вообще, Geschäft, къ которой германская практика относитъ sowohl Rechtsgeschäfte wie tatsächliche Handlungen (RG). По Пр. Гр. Ул., 2035,—исполненіе порученія, также безъ ограниченія, по Schw. OR., Art. 394, Abs. 1—Geschäfte oder Dienste, независимо отъ юридическаго или фактическаго свойства. Согласно рѣш.

чемъ, довольно осторожно, объяснимъ развѣ тѣмъ, что обычно вознагражденіе выговаривается не въ самомъ полномочіи, а въ договорѣ порученія. Указаніе на безмездность—нѣкоторое наслѣдіе римскаго права, которое вообще, если и касалось полномочій, то лишь въ связи съ осуществленіемъ умственныхъ работъ, за которыя вознагражденія не полагалось. Нынѣ эту безмездность оттѣняетъ германское право, исходя изъ того, что при возмездности имѣется Dienstvertrag, Werkvertrag или Mäklervertrag—договоръ о посредничествѣ. Согласно сказанному выше, это ученіе юридически не выдерживаетъ критики, тая въ себѣ неосновательное отождествленіе довѣренности съ порученіемъ. По швейцарскому праву, возмездность будетъ лишь тогда, когда она предусмотрѣна соглашеніемъ или обычна. Это заимствованіе изъ французскаго права, по которому договоръ довѣренности считается безмезднымъ, если не было противнаго тому условія. Пр. Оп. такъ же, какъ и дѣйствующее наше право усвоили иную точку зрѣнія, несомнѣнно болѣе правильную, реальную и жизненную, устраняющую всякія предположенія въ ту или другую сторону. Она подчеркивалась неоднократно сенатомъ, утверждавшимъ, что порученіе по договору довѣренности можетъ быть „возмездное и за вознагражденіе“[1]). Иногда размѣръ вознагражденія повѣреннаго устанавливается закономъ, обыкновенно субсидіарно, на случай отсутствія соглашенія (такса вознагражденія присяжныхъ повѣренныхъ).

Въ отношеніи формы только дѣйствующее наше право предъявляетъ обычныя свои преувеличенныя требованія, въ то время, какъ западные кодексы подчиняютъ договоръ довѣренности общимъ правиламъ о свободѣ формы. По дѣйствующему нашему праву, довѣренность должна быть совершена непремѣнно письменно: вѣрющія письма свидѣтельствуются согласно правиламъ, изложеннымъ въ Нот. Уставѣ. Только для облегченія нѣкоторыхъ дѣйствій допускается болѣе простая, но тѣмъ

Гражд. 1870 г. № 1039, дѣйствія повѣреннаго могутъ быть — „одниличныя повѣреннаго“, или „установляющія взаимныя права и обязанности между довѣрителемъ и третьими лицами“. Въ Code Civil, Код. Нап. 1984 г. повѣренному „дается право совершать что—либо“. Толкованіе французскихъ юристовъ неодинаково, но большинство склоняется, и повидимому справедливо, къ ограничительному пониманію, въ смыслѣ только „юридическихъ актовъ“. Св. Приб., стт. 4363, 4401, трактуетъ о порученіи, но имѣетъ въ виду „заступленіе чужихъ правъ“, т. е. совершеніе юридическихъ дѣяній.

[1]) См. объ изложенномъ—BGB § 662, Schw. OR., Art. 394, Abs. 3, Code Civil, Код. Нап. 1986, рѣш. гражд. 1870 г. № 1039, 1875 г. № 483.

не менѣе письменная форма выраженія уполномочія. Отъ этого строгаго реквизита пришлось практикѣ отступить для тѣхъ случаевъ, когда обстановка и вся сфера, въ которой дѣйствуетъ повѣренный, говоритъ за наличіе полномочія, хотя послѣднее не выражено на письмѣ (служащій магазина, управляющій домомъ, приказчикъ) [1]). Вполнѣ достаточно, какъ подтверждено было сенатской практикой, того, что повѣренный поставленъ былъ по волѣ своего довѣрителя или съ вѣдома его въ такое положеніе, которое давало третьему лицу поводъ заключать о существованіи уполномочія на совершеніе извѣстнаго рода дѣйствій, другими словами, что третье лицо, съ которымъ вступилъ въ правоотношенія повѣренный, не знало и не могло знать объ отсутствіи довѣренности—полномочія. Кромѣ того, нельзя требовать письменнаго, а тѣмъ болѣе формальнаго уполномочія на совершеніе повседневныхъ актовъ, ибо такое требованіе было бы совершенно невыполнимо (impossibilium nulla est obligatio). И дѣйствительно, кассаціонная практика разъяснила, что для силы полномочія на такія дѣйствія, какъ напр., купить что-либо или обмѣнять, отослать деньги по принадлежности или получить деньги, внести залогъ, не установлено особой формы, и фактъ подобнаго полномочія (сенатъ, говоритъ конечно, „порученія“) можетъ быть доказываемъ даже свидѣтельскими показаніями [2]).

Въ довѣренности обычно срокъ ея дѣйствія не указывается. Это относится къ negotii accidentalia. Такъ рѣшаетъ вопросъ теорія, такъ обстоитъ онъ и въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ [3]). Но если срокъ уста-

---

[1]) Рѣш. гражд. 1894 г. № 63, 1876 г. № 484. Но здѣсь, собственно, дѣло не столько въ формѣ, сколько въ возможности, вообще, выводить полномочіе конклюдентно, изъ извѣстныхъ внѣшнихъ состояній, свидѣтельствующихъ наглядно о наличности такового. Въ томъ же рѣшеніи и въ другихъ признано сенатомъ, что особый нотаріальный порядокъ совершенія довѣренности необходимъ лишь на представительство въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя должны совершаться однимъ лицомъ отъ имени другого при содѣйствіи органовъ Правительственной власти; для обычныхъ актовъ достаточно простого письма, телеграммы, удостовѣренія. Можно прибѣгнуть также къ купеческому циркуляру, публикаціи въ газетѣ и другому способу оповѣщенія. Ср. Пр. Гр. Ул., ст. 2036, абз 2.

[2]) Рѣш. гражд. 1911 г. № 69, 1890 г. № 113, 1888 г. № 112, 1876 г. № 123, 1875 г. № 770, 1868 г. № 866.

[3]) Ст. 2306 (1-я половина) X т. I ч. По уставу Торг., ст., 37, 41, только торговыя довѣренности выдаются

новленъ въ довѣренности, то онъ стѣсняетъ повѣреннаго лишь въ томъ, что могло бы быть предпринято послѣ срока, не касаясь продолжительности совершаемыхъ имъ во время дѣйствія довѣренности актовъ, коль скоро этого ограниченія нѣтъ въ довѣренности [1]).

Взаимныя юридическія отношенія сторонъ по довѣренности характеризуются интимно—личнымъ довѣрительнымъ свойствомъ. Повѣреннымъ не является случайный человѣкъ, какъ при куплѣ, наймѣ или даже при трудовомъ договорѣ, а лицо избранное [2]). Довѣріе часто отпадаетъ, его нельзя никому навязывать. Поэтому довѣритель властенъ довѣренность въ каждый моментъ отмѣнить, съ правомъ истребованія самого документа, ее содержащаго, отъ устраняемаго повѣреннаго. Отъ довѣренности вправѣ отказаться въ любое время свободно и повѣренный, которому довѣріе оказалось бы ненужнымъ, обременительнымъ, не могущимъ быть оправданнымъ и пр. Никакія соглашенія, ограничивающія право отказа отъ довѣренности со стороны довѣрителя или повѣреннаго, не имѣютъ силы, такъ же, какъ не играютъ роли въ данномъ отношеніи и сроки дѣйствія довѣренности, если бы они были установлены. По этимъ соображеніямъ, казалось бы, нельзя взыскивать убытковъ или неустоекъ за преждевременный отказъ отъ довѣренности со стороны повѣреннаго или довѣрителя. Этотъ взглядъ, прежде отвергнутый сенатомъ, признанъ былъ имъ же, отчасти, въ послѣднее время [3]). Повѣренный долженъ лишь увѣдомить заблаговременно довѣрителя о сложеніи полномочій, не надѣясь на какія-либо иныя формы оглашенія факта уничтоженія довѣренности, а присут-

---

на срокъ не свыше трехъ лѣтъ, однако несоблюденіе и этого условія имѣетъ ограниченное значеніе, особенно, что касается третьихъ лицъ, см. рѣш. гражд. 1906 г. № 30. О годовомъ срокѣ для довѣренности на полученіе жалованья и пенсіи— 2-ая половина ст. 2306 X т. I ч.

[1]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 646.

[2]) Этому не противорѣчитъ возможность надѣленія юридическаго лица довѣренностью, которая въ такомъ случаѣ „выдается не опредѣленнымъ личностямъ, а учрежденію, представляющему чужое общество, независимо отъ лицъ, изъ которыхъ оно состоитъ“, рѣш. гражд. 1882 г. № 151. „Избраннымъ“ можетъ быть и юридическое лицо.

[3]) Рѣш. гражд. 1903 г. № 83. Старый взглядъ—въ рѣш. гражд. 1875 г. № 483, 1868 г. № 305, опиравшихся на отсутствіе прямого закона о недѣйствительности отказа отъ права отмѣны довѣренности.

ственному мѣсту и суду, при отказѣ, повѣренный сообщаетъ адресъ довѣрителя. Для третьихъ лицъ прекращеніе довѣренности, и о выдачѣ которой было объявлено циркулярами или публикаціями, обязательно съ того момента, когда оно стало имъ извѣстно либо вообще сдѣлалось гласнымъ: до этого юридическіе акты, совершенные ими съ повѣреннымъ, не теряютъ своей силы по отсутствію полномочія. Когда о выдачѣ довѣренности кто-либо былъ спеціально увѣдомленъ, ему должно быть такимъ же образомъ сообщено объ отмѣнѣ. Если повѣренному предназначено было дѣйствовать въ опредѣленныхъ учрежденіяхъ или вступать въ юридическія отношенія съ опредѣленными лицами, эти учрежденія и лица должны быть поставлены въ извѣстность о послѣдовавшемъ уничтоженіи довѣренности. Рѣшающимъ всегда является начало добросовѣстности сторонъ, вступающихъ въ договоры и соглашенія [1]).

По тому же основанію персональнаго характера правоотношеній по довѣренности, смерть довѣрителя или повѣреннаго—для юридическаго лица прекращеніе дѣятельности—уничтожаетъ довѣренность въ дальнѣйшемъ (иначе при торговой довѣренности, въ случаѣ смерти довѣрителя) [2]). Къ смерти приравнивается въ данномъ отношеніи лишеніе правъ состоянія, признаніе душевнобольнымъ, безвѣстно — отсутствующимъ, расточителемъ или несостоятельнымъ должникомъ. Въ частности, относительно расточителя—повѣреннаго требуется, казалось бы, та же оговорка, что и относительно повѣреннаго, объявленнаго несостоятельнымъ должникомъ, а именно: довѣренность, выданная лицу послѣ признанія его расточителемъ, какъ знаменующая довѣріе къ нему, сохраняетъ силу [3]).

---

[1]) Изъ того, что довѣренность есть in abstracto обращеніе ко всѣмъ и каждому, послѣдовательно было бы заключить, что и объ уничтоженіи ея должны быть увѣдомлены всѣ и каждый, но право не выработало формъ такого универсальнаго оповѣщенія. Вмѣсто этого всякій такой спорный случай обсуждается in concreto, по признаку освѣдомленности—дѣйствительной или эвентуально возможной—третьяго лица.

[2]) Однако, дѣйствіе довѣренности, по общему правилу, прекращается не въ моментъ смерти довѣрителя, а въ моментъ, когда до повѣреннаго дошло свѣдѣніе о его смерти, рѣш. гражд. 1915 г, № 29, Пр. ОП., ст. 594. До полученія этого извѣстія совершенное повѣреннымъ сохраняетъ силу.

[3]) Судьба передовѣрія при перемѣнѣ въ лицѣ довѣрителя слѣдуетъ судьбѣ главной довѣренности, но измѣненіе въ лицѣ повѣреннаго на передовѣріе не вліяетъ: отказъ,

Повѣренный обязанъ точно и добросовѣстно выполнить полномочіе. Если повѣренныхъ не одинъ, а нѣсколько, они осуществляютъ полномочіе сообща, но каждый вправѣ дѣйствовать и отдѣльно, причемъ отвѣтственность во второмъ случаѣ индивидуальная, а въ первомъ совмѣстная, въ равныхъ доляхъ, развѣ бы изъ существа отношенія или изъ какихъ—либо особыхъ основаній не вытекало иное [1]). Выполняя полномочіе, повѣренный не долженъ выходить изъ предѣловъ такового. Несущественныя отступленія во вниманіе не принимаются, а существенныя должны быть оправданы крайней необходимостью и невозможностью снестись съ довѣрителемъ или ждать его распоряженій, безъ значительнаго ущерба для послѣдняго. Это постулатъ доброй совѣсти, а стало быть и права. Руководящимъ является предположеніе эвентуальнаго одобренія со стороны довѣрителя [2]). Для третьихъ лицъ важенъ самый актъ полномочія, но не какія-либо спеціальныя, не выраженныя прямо въ полномочіи оговорки или ограниченія. Даже если повѣренный поступаетъ прямо противъ порученія и указаній своего довѣрителя, но не выходя изъ предѣловъ полномочія, довѣритель отвѣчаетъ за его дѣйствія передъ третьими лицами, сохраняя лишь искъ объ убыткахъ къ самому повѣренному [3]). Объективный моментъ играетъ рѣшающую роль для постороннихъ, вступающихъ въ отношенія съ самимъ повѣреннымъ, часто даже не зная довѣрителя. Если предѣлы полномочія не очерчены съ опредѣленностью въ довѣренности, то рѣшеніе вопроса о томъ, насколько то или иное дѣйствіе воспрещено повѣренному и, наоборотъ, насколько оно входитъ въ его компетенцію,

---

смерть и пр. этого первоначальнаго повѣреннаго не прекращаетъ передовѣрія, все равно, избранъ ли субститутъ самимъ довѣрителемъ или повѣреннымъ, Пр. ОП., ст. 596.

[1]) Это—принципъ дѣйствующаго нашего права. Въ томъ же смыслѣ Code Civil, Код. Нап., 1995. Иначе (солидарность дѣйствій и отвѣтственности)—Schw. OR., Art. 403.

[2]) См. BGB § 665, Пр. ОП., ст. 570, Schw. OR. Art. 397-contra Св. Приб., держащійся строго „предѣловъ полномочія", ст. 4386.

[3]) Этотъ общій принципъ опредѣленно выраженъ въ Бразильскомъ Гражд. Улож., 1916 г. ст. 1313, нѣм. изд. Heinsheimer 1928, менѣе опредѣленно въ BGB, § 665 и Schw. ZGB, Art. 397. Вообще же, въ каждой довѣренности признается „существованіе уполномочія на исполненіе повѣреннымъ такихъ дѣйствій, которыя только предполагаются, хотя прямо и не выражены въ довѣренности", Пестржецкій, О довѣренности, Журн. Гр. и Торг. Права, 1872 г. кн. 3, стр. 405.

рѣшается по общему содержанію довѣренности и существу того порученія, которое дано повѣренному.

Прежнія огульныя дѣленія довѣренностей на общія и частныя, полныя и ограниченныя, не выдержали критики жизни. Западные кодексы старой формаціи стремились создавать особыя довѣренности для нѣкоторыхъ актовъ, причемъ однообразіе далеко нельзя было констатировать въ этомъ смыслѣ: одни требовали подобной спеціальной довѣренности для отчужденія недвижимости, другіе—для полученія денегъ, третьи для даренія и пр. и пр. Донынѣ швейцарское право предполагаетъ eine besondere Ermächtigung для веденія процесса, заключенія договоровъ и обязательствъ, принятія третейскаго суда, вступленія въ вексельныя отношенія, отчужденій и обремененій земельныхъ участковъ и для даренія. Св. Приб. воспрещаетъ универсальному уполномоченному, безъ особой на то довѣренности, совершать „мировыя сдѣлки", но отчуждать имущество своего довѣрителя, вести тяжбы, дѣлать новаціи производить и получать платежи такой уполномоченный вправѣ, хотя бы о томъ не было положительнаго упоминанія въ довѣренности, но только при крайней необходимости и въ видахъ устраненія убытковъ для своего довѣрителя. Пр. ОП., кромѣ актовъ по вещнымъ правамъ, займамъ, дареніямъ, мировымъ соглашеніямъ, предполагаетъ особую довѣренность еще для обязательства неустойки, для принятія наслѣдства, для отреченія отъ такового и для нѣкоторыхъ другихъ волеизъявленій. По дѣйствующему нашему праву, особое полномочіе нужно на судебныя дѣйствія вообще и на извѣстные спеціальные судебные акты, а также, въ особенности, на продажу и залогъ недвижимостей. Ни французское, ни германское право въ этомъ направленіи никакихъ предустановленныхъ правилъ и ограниченій не создаютъ. Въ дѣйствительности, едва ли мыслимо предусмотрѣть заранѣе тѣ случаи, когда требуется особое полномочіе: это рѣшается только по индивидуальнымъ обстоятельствамъ, характеру порученія, содержанію полномочія, отношенію сторонъ и пр. Въ практикѣ сената встрѣчаемъ тутъ по однимъ и тѣмъ же казусамъ разнорѣчивыя разъясненія. Между прочимъ, даже право повѣреннаго на выдачу векселя сенатъ ставилъ въ зависимость отъ толкованія, содержанія довѣренности. Съ другой стороны, право обязываться неустойкой признано сенатомъ за повѣреннымъ, уполномоченнымъ на заключеніе договоровъ по тому мотиву, что право повѣреннаго обезпечить договоръ истекаетъ изъ уполномочія его, хотя, замѣтимъ съ своей стороны, неустойка по дѣйствующему нашему праву, является видомъ неограниченнаго размѣромъ штрафа, устанавливаемаго контрагентами[1]).

[1]) Объ изложенномъ выше см. Пр. ОП., ст. 563, Уст. Гр. Судо-

Ни одинъ интересъ не можетъ считаться болѣе важнымъ сравнительно съ другимъ а priori, при обсужденіи вопроса о предѣлахъ полномочія; все зависитъ отъ справедливаго обсужденія судомъ конкретныхъ обстоятельствъ. Будущее наше уложеніе приметъ, несомнѣнно, французско-германскую точку зрѣнія, не стѣсняющую безъ надобности судейскаго усмотрѣнія, полагаясь всецѣло на него тамъ, гдѣ иной способъ разрѣшенія проблемы трудно осуществимъ, неумѣстенъ и порою связанъ съ вредомъ и опасностью.

По персональному свойству довѣренности, повѣренный не въ состояніи передать полномочіе другому лицу, за исключеніемъ случая, когда такое право ему предоставлено самимъ полномочіемъ или вытекаетъ изъ послѣдняго косвеннымъ образомъ (а по Schw. OR, Пр. ОП. и Св. Приб. еще и тогда, когда повѣренный вынужденъ былъ къ тому обстоятельствами). При передачѣ другимъ, когда это возможно, повѣренный несетъ отвѣтственность за дѣйствія субститутовъ, если отъ него зависѣлъ выборъ, т. е. когда лица этихъ субститутовъ не были указаны вначалѣ или потомъ довѣрителемъ. Отвѣтственность касается неправильностей и упущеній при выборѣ субститута. При наличности права передачи субститутъ считается непосредственнымъ представителемъ довѣрителя. Но передъ послѣднимъ отвѣтственъ всякій субститутъ, неза-

---

производства, ст. 250, Врем. Правила для мировыхъ судей и нотаріусовъ, стт. 250 и 71, Пол. о Каз. Подр. и Пост., стт. 70 и 71, рѣш. гражд. 1875 г. № 275, 1877 г. № 215 и 161, а также, заключеніе стараго сената, подтвержденное Высочайше утвержденнымъ 6 декабря 1850 г. мнѣніемъ Государственнаго Совѣта, о правѣ лица, имѣющаго довѣренность на совершеніе договора, включить въ него, и безъ спеціальнаго уполномочія, пунктъ о неустойкѣ, Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Госуд. Совѣта за 1850—1856 г., стр. 394 и сл. Относительно ограниченія, предусмотрѣннаго въ процессуальномъ законѣ, дѣло сводится у насъ обычно къ простой и бездушной отпискѣ въ довѣренностяхъ: „не исключая правъ, предусмотрѣнныхъ въ 250 ст. Уст. Гр. Суд.“. По закону 12 марта 1914г., предоставленіе повѣренному права веденія дѣлъ о возстановленіи совмѣстнаго жительства супруговъ, о содержаніи отдѣльно живущаго супруга (X т. I ч. стт. 103^{1}, 106^{1}, Литовскій законъ 10—IV—1922 г., Civilinių įstatymų pakeitimas ir papildymas), а равно о взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ родителей въ отношеніи дѣтей въ случаѣ уклоненія родителей отъ совмѣстнаго жительства (X т. 1 ч., ст. 164^{1}) должно быть выражено положительно въ довѣренности, съ означеніемъ самаго предмета дѣла. Уст. Гражд. Судопр. ст. 1345^{5}. Законъ щедръ на созданіе ограниченій для повѣренныхъ и довѣрителей!

висимо отъ наличности или отсутствія права передовѣрія у повѣреннаго, совершившаго передачу.

Повѣренный обязанъ, по требованію довѣрителя, отчитаться передъ нимъ въ исполненіи порученія, передать все, что поступило къ нему для довѣрителя, сообщить довѣрителю всѣ свѣдѣнія. Онъ долженъ предупреждать всякій возможный для довѣрителя вредъ, съ отвѣтственностью по гражданскимъ и уголовнымъ законамъ. Даже отказавшись отъ довѣренности, повѣренный обязанъ неизбѣжные акты въ пользу довѣрителя совершать до того момента, когда послѣдній получитъ фактическую возможность дѣйствовать самъ или уполномочить другого. Также долженъ поступить повѣренный при смерти довѣрителя и при иномъ прекращеніи довѣренности по законнымъ основаніямъ, въ ожиданіи распоряженія со стороны легальныхъ представителей. Даже на наслѣдникахъ повѣреннаго, въ случаѣ смерти послѣдняго и наступающаго поэтому прекращенія довѣренности, лежитъ обязанность извѣстить незамедлительно довѣрителя и принять между тѣмъ всѣ необходимыя мѣры къ огражденію правъ и интересовъ довѣрителя [1]). Эта обязанность можетъ быть выведена изъ существа законовъ о довѣренности и о наслѣдованіи и пріемлема, какъ общій постулатъ, на почвѣ дѣйствующаго нашего права, насколько осуществленіе ея, по обстоятельствамъ дѣла, оказывается возможнымъ. Такая же обязанность падаетъ и на законнаго представителя—Конкурсное управленіе, опекуна —при прекращеніи довѣренности, которая ранѣе еще дана была лицу, лишившемуся затѣмъ, вполнѣ или частью, дѣеспособности.

Довѣритель беретъ на себя уплату за труды повѣреннаго и за понесенные издержки. Въ случаѣ прекращенія довѣрителемъ довѣренности до исполненія порученія или до истеченія срока довѣренности, Пр. ОП. [2]) даетъ повѣренному одно лишь право на соотвѣтствующую труду послѣдняго часть вознагражденія. Такое рѣшеніе вопроса представляется лишеннымъ резона. Довѣритель можетъ отозвать довѣренность, но этимъ не затрагивается лежащее въ основѣ довѣренности порученіе

---

[1]) См. Code Civil, Код. Нап., 2010, Пр. ОП., ст. 592, Schw. OR., Art. 405, Abs. 1, Codice Civile, Art. 1763, Čecho-Slov. § 950.—Св. Приб., ст. 4413, даетъ наслѣднику лишь „право“ продолжать начатое дѣло впредь до дальнѣйшаго распоряженія, а BGB идетъ такъ далеко, что считаетъ въ этомъ случаѣ самую довѣренность продолжающейся: der Auftrag gilt in soweit als fortbestehen, 673.

[2]) ст. 576.

или иное отношеніе, какъ трудовой договоръ и пр. Повѣренный, подобно мандатарію, долженъ быть вознагражденъ за преждевременное расторженіе, по общимъ правиламъ объ исполненіи обязательствъ, а не только по стоимости затраченнаго имъ труда [1]).

При превышеніи повѣреннымъ полномочія, т. е. когда онъ сдѣлалъ болѣе того, на что имѣлъ право по довѣренности, для довѣрителя необязательно все, совершенное за предѣлами полномочія. Въ части превышенія довѣренности юридическія послѣдствія такія же, какъ и при отсутствіи довѣренности (съ помянутой выше клаузулой относительно третьихъ лицъ). Если отдѣленіе превышающей части отъ прочихъ частей исполненнаго акта невозможно или крайне невыгодно для довѣрителя, послѣдній воленъ отказаться отъ всего акта [2]). Но повѣренный вправѣ взять на себя возмѣщеніе вреда для довѣрителя отъ превышенія полномочія, и тогда имъ совершенное можетъ быть признано облигаторнымъ in toto для довѣрителя.

Довѣритель своимъ послѣдующимъ одобреніемъ — ratihabitio — дѣлаетъ всякое превышеніе правомѣрнымъ: повѣренный въ такомъ случаѣ считается уполномоченнымъ на все дѣйствіе съ самаго начала,— ratihabitio mandato aequiparatur. Но это при условіи, что такая ratihabitio не нарушаетъ въ чемъ-либо правъ третьихъ лицъ или публичнаго интереса [3]).

---

[1]) Редакторы Пр. Гр. Ул. ссылаются на сенатскія опредѣленія 1863 г. 1842 г., касавшіяся вознагражденія судебныхъ повѣренныхъ, на правила о вознагражденіи присяжныхъ повѣренныхъ, Учр. Суд. Уст., прил. къ ст. 396, прим. Сенатскіе приказы проникнуты неуваженіемъ къ труду дореформенныхъ повѣренныхъ и не подлежатъ обобщенію. Вознагражденіе прис. пов., лицъ полуоффиціальныхъ, къ данному вопросу вообще касательства не имѣетъ.—Čecho-Slov. даетъ въ этомъ случаѣ повѣренному einen angemessenen Teil der Belohnung, § 945. Правильнѣе Schw. OR (внутренній смыслъ Art. 34. In diesen Fällen, указываетъ Oser по поводу этой статьи, трактующей о послѣдующемъ ограниченіи или отмѣнѣ довѣрителемъ выданной имъ довѣренности, behält aber der frühere Bevollmächtigte nach wie vor seine Gegenansprüche aus Dienstvertrag oder Auftrag: Das Obligationenrecht, 1915, S. 153). Въ Германіи, при подобномъ положеніи, „уплата за исполненіе порученія (въ обширномъ смыслѣ) должна подчиняться правиламъ о договорѣ личнаго найма и подряда“ — (Reatz, См. Пр. Гр. Ул., Объясненіе, V, т. 3, 1899 г., стр. 78 и сл., а также 76, 77).

[2]) см. рѣш. гражд. 1879 г. № 142.

[3]) Въ частности, кассаціонная практика преподала нѣ-

Такое положеніе, когда кто—либо дѣйствуетъ въ интересахъ другого безъ всякаго полномочія, съ давнихъ поръ пріобрѣло названіе negotiorum gestio. По общему правилу, не допускается самовольной интервенціи въ чужую правовую сферу, подъ страхомъ отвѣтственности и возмѣщенія вреда матеріальнаго и моральнаго—culpa est imiscere se rei ad se non partinenti. Но подобное „невмѣшательство" противорѣчитъ человѣческой натурѣ, когда живые интересы ближняго требуютъ извѣстныхъ дѣйствій въ его пользу даже со стороны посторонних. Эти дѣйствія предпринимаются часто соотвѣтственно предпола-

---

сколько важныхъ разъясненій, касающихся ratihabitio дѣйствій представителя въ судебномъ процессѣ. Непредставленіе довѣренности при прошеніи, поданномъ въ судъ, можетъ быть восполнено впослѣдствіи, лишь бы подаваемый прошеніе былъ дѣйствительно уполномоченъ на то, о чемъ онъ просилъ, но ratihabitio на судѣ не пріемлема, когда она имѣетъ мѣсто по истеченіи давностнаго или процессуальнаго срока на совершеніе дѣйствія, предпринимаемаго до истеченія этого срока—рѣш. гражд. 1892 г. № 93, 1885 г. № 43, 1874 г. № 586. Ратигабиція возможна при разсмотрѣніи судомъ просьбъ и бумагъ, поданныхъ повѣреннымъ, который устраненъ затѣмъ судомъ отъ веденія дѣла по отсутствію надлежащаго полномочія (завѣдующимъ и управляющимъ дѣлами своего довѣрителя)—рѣш. гражд. 1896 г. № 6—и недопустима, коль скоро такого полномочія нѣтъ и не можетъ быть по отсутствію у представителя, выступающаго какъ оффиціальный повѣренный („частный повѣренный"), права на веденіе чужихъ дѣлъ, рѣш. гражд. 1903 г. № 11. Замѣтимъ по поводу двухъ послѣднихъ рѣшеній, что въ нихъ едва ли усматривается то внутреннее противорѣчіе, о которомъ трактуютъ нѣкоторые, напр. Мезенкампфъ, О послѣдствіяхъ признанія повѣреннаго неимѣющимъ полномочія на веденіе дѣла, Оттискъ изъ журнала „Вѣстникъ Гражданскаго права", декабрь 1913 г., стр. 141 и сл. При всей неясности сенатскихъ разсужденій, вполнѣ заслуживаетъ вниманія общая мысль о необходимости разграниченія недостаточности фактическаго полномочія отъ присвоенія себѣ представителемъ функцій, которыхъ онъ лишенъ по закону, ограждающему особые публичные интересы. Contra Шерешевскій, Значеніе дѣйствій повѣреннаго, не удовлетворяющаго требованіямъ 389 и 406[2] стт. Учрежденія судебныхъ установленій, Журн. Мин. Юст., 1916 г. № 5, особенно стр. 128, 129. Въ остальныхъ пунктахъ разъясненія сената совпадаютъ съ тѣми, что преподаетъ нынѣ Литовскій Верховный Трибуналъ, указавшій, между прочимъ, что „если искъ

гаемой волѣ его, а то и противъ его воли, но согласно его дѣйствительнымъ интересамъ. Въ отсутствіи даннаго лица его рабочіе, инвентарь, скотъ остаются безъ хозяина и присмотра: необходимы дѣйствія по оплатѣ труда, по покупкѣ съѣстныхъ припасовъ, корма. Наступаетъ непріятель, и собственникъ не въ состояніи забрать всѣхъ своихъ вещей, подать заявленія властямъ, ликвидировать свои обязательства и т. д.: все это совершаетъ вмѣсто него другой. Желая покончить съ жизнью человѣкъ ранилъ себя, нужна медицинская помощь, имъ отвергаемая: ее доставляетъ сосѣдъ, приглашая врача, заказывая лѣкарства. Во всѣхъ этихъ случаяхъ совершившій неизбѣжные и нужные акты дѣйствуетъ не какъ повѣренный, а какъ распорядитель—negotiorum gestor—, создавая извѣстныя юридическія отношенія между собою и хозяиномъ—dominus'омъ negotii. Въ результатѣ, почти всѣ законодательства, въ томъ числѣ и наше, признаютъ vinculum juris между такимъ гесторомъ и лицомъ, въ пользу котораго онъ дѣйствовалъ. Только англійское право придерживается стариннаго правила, что никто не можетъ сдѣлать изъ себя вѣрителя другого помимо воли послѣдняго, и не даетъ никакого иска за „добровольныя услуги" — voluntary services. Впрочемъ, и англійское право вынуждено допускать отдѣльныя исключенія изъ этого ригористическаго правила, напр., при спасеніи вещей во время морскихъ приключеній

Гестора дѣятельность — это услуги повѣреннаго, но она не вытекаетъ изъ соглашенія [1]). Она также не правонарушеніе, ибо происходитъ вмѣшательство въ пользу dominus'a и не вопреки полномочію, какъ при превышеніи довѣренности. Отношенія по negotiorum gestio не представляются особымъ институтомъ sui generis, который покоится будто бы цѣликомъ на спеціальномъ законѣ, какъ думаютъ нѣкоторые, ибо вполнѣ совпадаютъ въ основныхъ частяхъ съ довѣренностью, отличаясь отъ нея лишь отсутствіемъ прямого полномочія. Отличіе значительное, но сходство еще болѣе значительное!

начатъ безъ довѣренности или съ недостаточнымъ полномочіемъ, то ratihabitio довѣрителя имѣетъ силу настолько, насколько права отвѣтчика въ возбужденномъ спорѣ не зависятъ отъ предъявленія этого иска", Vyr. Trib. 1927-1-31 d. sprendimas Mikalausko bylojoje Radvil, Siaulienko ir Stačiunų val. Vald., „Teise" № 11, 1927, p. 86.

[1]) Negotiarum gestio является представительствомъ „не только помимо довѣренности, но и помимо всякаго другого строго-юридическаго основанія, (какъ напр., представительство по закону"), А. Гордонъ, Представительство въ гражданскомъ правѣ, Журн. Мин. Юст., т. XXXI, ч. I, стр. 246.

Дѣйствія гестора касаются сферы интересовъ личности и имущества хозяина, но имѣютъ порою и болѣе широкій кругъ примѣненія, являясь веденіемъ не только чужихъ дѣлъ, но и дѣлъ для другого.— Negotorium gestio шире довѣренности: гесторъ выражаетъ иногда волеизъявленія отъ своего имени, но для другого, и въ такомъ случаѣ его дѣятельность находитъ себѣ аналогію скорѣе не въ довѣренности, а въ комиссіи. Вся суть—въ желаніи достигнуть результатовъ для посторонняго—contemplatione domini—, получающемъ осуществленіе въ творимыхъ гесторомъ актахъ.

Гесторъ руководствуется эвентуальными намѣреніями и эвентуальными разсчетами dominus'a, а поскольку все это ему неизвѣстно и не можетъ быть извѣстно, объективными пользами и выгодами, памятуя, что потребуетъ отвѣта dominus за непризванное вступленіе въ область его интересовъ. Оправданіе дѣйствій гестора коренится въ презумпціи, что dominus negotii сдѣлалъ бы то же самое (dominum eadem facturum fuisse) или далъ бы уполномочіе или одобрилъ бы содѣянное [1]).

Negotiorum gestor обязанъ при первой возможности извѣстить dominus'a о содѣянномъ, ожидая его распоряженій, и въ остальномъ вести себя, какъ повѣренный.

Dominus обязывается къ оплатѣ услугъ гестора, когда таковыя не предполагаются по характеру своему и другимъ даннымъ безмездными, а также возмѣщеніе его дѣйствительныхъ издержекъ и затратъ, какъ повѣреннаго [2]). Въ этомъ одинъ изъ характерныхъ пунктовъ gestio, отличающій его отъ незаконнаго обогащенія, при которомъ дозволяется требовать лишь того, на что имущество обогатившагося увеличилось, „приращенія". Dominus принимаетъ на себя также обязательства, въ которыя вступилъ gestor, выполняя свою дѣятельность въ качествѣ такового, либо освобождаетъ его иначе отъ этихъ обязательствъ. Все это при условіи, что вмѣшательство гестора было необходимымъ или полезнымъ. Если содѣянное гесторомъ было вредно для хозяина, первый обязанъ возстановить все въ прежнее состояніе и возмѣстить ущербъ, имѣя право на доставленное по правиламъ о возвратѣ незаконнаго обогащенія. Такой же результатъ производитъ воспрещеніе доминуса вмѣшиваться. Но въ послѣднемъ отношеніи изъемлются положенія, когда: а) рѣчь шла о дѣйствіяхъ неизбѣжно-необходимыхъ, и б) запретъ самъ по себѣ противорѣчилъ закону, добрымъ нравамъ или

[1]) См. А. Гордонъ, Представительство безъ полномочія, 1893 г., стр. 61.

[2]) Ср. BGB § 673, Пр. Гр. Ул., ст. 2589, Code civil, Код. Нап. 1375, Schw. OR., Art. 422, Св. Приб. ст. 4449.

общественному порядку. Въ этихъ случаяхъ допускается negotiorum gestio contra voluntatem domini negotii. Насколько здѣсь извинительны, добросовѣстныя заблужденія со стороны гестора, рѣшается по конкретнымъ условіямъ дѣла и конкретной справедливости[1]).

По началамъ negotiorum gestio обсуждаются также и просто полезныя дѣйствія, коль скоро польза для доминуса — очевидна. Но, конечно, никто не можетъ оказывать другому пользу, вопреку желанію послѣдняго („въ рай за волоса не тащутъ"), и потому запретъ совершить полезное дѣйствіе, напр., перестроить сарай въ домъ, превращаетъ это дѣйствіе въ безусловно не правомѣрное.

Допустимъ, что арендаторъ сдѣлалъ приспособленіе на участкѣ для спасенія участка отъ оползней. Если это требовалось для пользованія участкомъ, то примѣняются соотвѣтственныя нормы объ арендѣ и взаимныхъ разсчетахъ между наемщикомъ и наймодавцемъ. Когда это дѣлается исключительно для отсутствующаго собственника, безъ надобности для самого арендатора, имѣется negotiorum gestio. Когда же арендаторъ въ интересахъ собственника участка воздвигъ сооруженія для предупрежденія возможнаго затопленія луговъ, то negotiorum gestio это будетъ при условіи, что существенное улучшеніе дѣйствительно было, въ противномъ случаѣ арендаторъ либо долженъ будетъ снести эти сооруженія и возмѣстить ущербъ, либо, если собственникъ ими все же воспользуется, получитъ право требовать вознагражденія, но только какъ за незаконное обогащеніе.

Когда dominus не обязанъ вернуть издержки дестору, послѣдній во всякомъ случаѣ вправѣ забрать все, имъ доставленное, насколько это возможно безъ ущерба для хозяина[2]).

Ratihabitio превращаетъ negotiorum gestio въ полномочіе.

---

[1]) Слѣдуетъ ли напоминать при этомъ о безусловной необходимости щадить всѣ, даже самыя субтильныя, проявленія чужой индивидуальной свободы? Нельзя, напр., защищать на судѣ подсудимаго противъ воли послѣдняго только потому, что подсудимый невиновенъ и желаетъ быть осужденнымъ. Назначеніе защитника государствомъ вопреки желанію подсудимаго практиковалось широко на Западѣ въ прежнее время и практикуется въ извѣстныхъ предѣлахъ и нынѣ (въ Германіи, Франціи, Италіи). См. Миттермайеръ, Руководство въ судебной защитѣ по уголовнымъ дѣламъ, 1863, стр. 19, 21, 30, 35, 49 и сл., Фойницкій, Курсъ Уголовнаго Судопроизводства, изд. 1915 г., стр. 71, 72.

[2]) Ср. Св. Приб., ст. 4449, Пр. ОП., ст. 1159, Schw. Or. Art. 422, Abs. 3.

Negotiorum gestio—проявленіе человѣческаго альтруизма, если оно не слѣдствіе злостныхъ замысловъ. Отношенія сторонъ должны быть здѣсь обсуждаемы по началамъ uberrimae fidei. Нельзя, впрочемъ, скрывать, что практическое значеніе института negotiorum gestio не столь значительно, какъ обыкновенно думаютъ. На практикѣ обычно при negotiorium gestio происходитъ послѣдующее одобреніе, иначе взаимоотношенія сторонъ разрѣшаются согласно нормамъ о незаконномъ обогащеніи, а въ подлежащихъ случаяхъ, и о неправомѣрныхъ дѣйствіяхъ—деликтахъ. Во время войны и революціи имущества оставляются нерѣдко на произволъ судьбы спѣшно покидающими мѣсто пребыванія гражданами: въ эти эпохи negotiorum gestio пріобрѣтаетъ большое значеніе, для спасенія и сохраненія. Въ качествѣ такихъ гесторовъ фигурировали даже оффиціальныя учрежденія, какъ органы самоуправленія и правительственныя установленія, бравшія въ свое завѣдываніе земли, дома, драгоцѣнности, мебель и другіе предметы исчезнувшихъ или изгнанныхъ собственниковъ и владѣльцевъ.

Дѣйствующее наше право не содержитъ рѣшительно никакихъ правилъ о распорядителѣ безъ полномочія, не приходилось высказываться по этому предмету и сенату. Послѣдній разсматривалъ близкія къ negotiorum gestio отношенія, но не самый этотъ институтъ, на что обратили вниманіе въ свое время редакторы Пр. Гр. Ул.—На вопросъ, насколько negotiorum gestio обрѣтаетъ почву въ нашемъ правѣ, отвѣтъ, казалось бы, можетъ быть довольно простой: изложенныя общія положенія этого института, какъ вытекающія изъ существа представительства и справедливости, вполнѣ гармонируютъ, если не съ буквой, то съ разумомъ нашихъ законовъ и потому вполнѣ пріемлемы и у насъ не только de lege ferenda, но и de lege lata [1]).

Завѣщательный исполнитель (душеприказчикъ).

Въ функціяхъ исполненія завѣщанія согласно выраженной волѣ наслѣдователя имѣется элементъ представительства, хотя юридическое положеніе тамъ и здѣсь нѣсколько различное. Въ томъ случаѣ, когда исполненіе завѣщанія поручается наслѣднику, преемнику по завѣщанію

[1]) Латвійскому сенату приходится упоминать, на почвѣ примѣненія русскихъ законовъ, объ институтѣ negotiorum gestio, причемъ этотъ высшій кассаціонный судъ оперируетъ въ данномъ отношеніи (такъ же, какъ и при actio de in rem versa) все съ той же 574 ст. X т. I ч. См. рѣшеніе 1924 г. № 35, въ изданіи Konradi—Walter, Izvilkumi po Latvijas civila Kasacijas Departamenta Spriedumiem, 1 turp., l. 77.

или по закону, функція экзекуціи не представляетъ собой ничего самостоятельнаго, являясь лишь дополнительною къ наслѣдственнымъ правамъ. Постороннее лицо, которому завѣщатель поручаетъ опредѣленныя дѣйствія по исполненію завѣщанія либо исполненіе въ цѣлости, есть особый экзекуторъ, или душеприказчикъ.

Римское право не знало душеприказчиковъ: послѣдніе появились на сцену съ введеніемъ христіанства, когда потребовалось назначеніе въ завѣщаніи опредѣленнаго лица преимущественно для осуществленія назначенныхъ въ тестаментѣ выдачъ въ пользу церкви и благотворительныхъ учрежденій, помимо или вопреки волѣ наслѣдниковъ. Въ древней Россіи душеприказчику наслѣдодатель передавалъ особо-интимныя инструкціи семейнаго и религіознаго характера, поручалъ совершеніе заупокойныхъ молитвъ и выдачи на духовныя цѣли [1]). Такимъ душеприказчикъ остался въ Россіи, по идеѣ, до послѣдняго времени, съ тѣмъ лишь, что значительно расширились его функціи по управленію и распоряженію имуществомъ. Въ Англіи въ каждомъ завѣщаніи фигурируетъ душеприказчикъ, безъ него можно обойтись лишь когда наслѣдственное имущество состоитъ только изъ недвижимостей. Подробныя постановленія о душеприказчикахъ — Testamentvollstrecker — содержитъ Германскій кодексъ, менѣе подробныя, но опредѣленныя — Швейцарское Уложеніе (Willensvolstrecker). Французскій законъ не изобилуетъ нормами относительно executeurs testamentaires, но практика создала очень много въ этомъ отношеніи. Въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ весьма скудны постановленія о душеприказчикахъ [2]). Но какъ и во Франціи, русская судебная практика развила всѣ стороны института, создавъ довольно стройныя положенія.

Наиболѣе характерной является дѣятельность душеприказчика до вступленія наслѣдниковъ въ свои права, но она можетъ продолжаться и далѣе, до того момента, пока всѣ наслѣдственныя права наслѣдниковъ и легатаріевъ окончательно реализуются или опредѣляются. Нѣтъ сомнѣнія въ нѣкоторомъ сходствѣ между душеприказчикомъ и мандатаріемъ. Но полномочіе душеприказчика вытекаетъ

---

[1]) Душеприказчику послѣдняя воля — о поминовеніи души главнымъ образомъ—„приказывалась“, т. е. завѣщалась. („Приказъ“—завѣщаніе; „А приказъ весь дати и взяти и по душѣ поправить“).

[2]) Одно „слово“ о нихъ въ X т. 1 ч., ст. 1084, и упоминаніе о душеприказчикѣ, какъ отвѣтчикѣ по искамъ, основаннымъ на завѣщаніи, въ ст. 24 Уст. Гр. Судопр. — вотъ почти все, что находимъ въ нашемъ законѣ.

изъ волеизъявленія не при жизни, какъ въ мандатѣ, а на случай смерти: этимъ опредѣляется разница функцій и отношеній. Нельзя утверждать, какъ то дѣлаютъ весьма многіе, что душеприказчичество оборотная сторона мандата. Въ самомъ дѣлѣ, если душеприказчикъ только репредентантъ, то спрашивается, чьимъ именно представителемъ онъ является. Одни на этотъ вопросъ отвѣчаютъ: представителемъ наслѣдодателя. Этотъ взглядъ поддерживали германскіе и русскіе юристы: къ нему же примкнулъ въ Россіи сенатъ, считавшій душеприказчика отвѣтственнымъ уполномоченнымъ завѣщателя [1]). Но исполненіе полномочія умершаго наслѣдодателя и возникновеніе самого полномочія только со дня его смерти—это противорѣчитъ идеѣ представительства. Смерть прекращаетъ волюнтарное представительство, а не порождаетъ его. Да и не нуждается завѣщатель, какъ лицо, выбывшее изъ міра юридическихъ отношеній, въ представительствѣ (Шершеневичъ). Нельзя также считать душеприказчика дѣйствующимъ по полномочію наслѣдниковъ: такого полномочія на самомъ дѣлѣ нѣтъ и не можетъ быть, такъ какъ душеприказчикъ назначается не въ ихъ интересахъ, а часто даже противъ ихъ интересовъ. Ничего не измѣняетъ добавленіе, что душеприказчикъ осуществляетъ законное представительство за наслѣдниковъ, коль скоро, все таки, онъ не ихъ интересы охраняетъ. Тѣ, которые утверждаютъ, что душеприказчикъ—законный представитель наслѣдниковъ, забываютъ, какъ замѣтилъ одинъ юристъ, что ни одно изъ этихъ трехъ понятій не подходитъ къ функціямъ душеприказчика [2]). Ища выхода изъ этихъ противорѣчій, думаютъ найти его въ концѣ концовъ въ томъ, что называютъ душеприказчика представителемъ самого наслѣдства, наподобіе опекуна (Шершеневичъ, Дернбургъ). При этомъ забываютъ, что наслѣдство не считается нынѣ болѣе юридическимъ лицомъ, что опекуны надъ имуществомъ умершаго дѣйствуютъ для отсутствующихъ или не осуществившихъ еще своихъ правъ наслѣдниковъ, назначае-

[1]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 28, 1881 г. № 145, 116, также проф. Гольмстенъ, Юридическія изслѣдованія и статьи, 1894 г. стр. 130, А. Гордонъ, Представительство въ гражданскомъ правѣ, 1879 г., стр. 243. Въ самое послѣднее время сенатъ сталъ отступать отъ этого взгляда и склоняться къ тому мнѣнію (см. дальше), что душеприказчикъ-представитель самого наслѣдственнаго имущества, рѣш. гражд. 1914 г. № 23. Къ этому сенатъ пришелъ послѣ рѣш. 1908 г. № 90, въ которомъ глухо сказано, что „душеприказчики не могутъ быть признаваемы представителями ни завѣщателя, ни наслѣдниковъ по завѣщанію".

[2]) Hartmann, Gutachten in Verhandlungen d. XXI Deutschen Juristentages, § 6.

мые и смѣщаемые въ порядкѣ самого закона, этого же всего нѣтъ въ душеприказчичествѣ. Въ качествѣ deus ex machina явилась теорія признанія душеприказчика „органомъ", по типу Конкурснаго управленія, ликвидирующаго имущество несостоятельнаго должника, и даже „органомъ оффиціальнымъ". Но органъ также предполагаетъ существованіе замѣняемаго имъ лица (при конкурсѣ это кредиторы и отчасти самъ должникъ), а оффиціальный моментъ можетъ только объяснить нѣкоторыя особыя свойства душеприказчичества, но отнюдь не опредѣляетъ собой этотъ, по существу, частно-правный институтъ [1]).

Путь къ разгадкѣ природы душеприказчичества будетъ найденъ, когда обращено будетъ должное вниманіе на его индивидуальныя свойства. Душеприказчикъ имѣетъ свои самостоятельныя права, по преемству отъ завѣщателя. Онъ прежде всего представитель идеальныхъ интересовъ наслѣдодателя, продолжатель личности завѣщателя въ осуществленіи этихъ интересовъ. Но душеприказчикъ надѣляется правами и имущественнаго характера, поскольку ему поручается владѣніе и распоряженіе имуществами для достиженія извѣстныхъ цѣлей. Въ этомъ отношеніи онъ также является независимымъ субъектомъ правомочій и обязанностей (вопросъ о личной матеріальной выгодѣ не играетъ здѣсь рѣшающей роли [2]). Но эти самостоятельныя права душеприказчика не исключаютъ элемента представительства, напротивъ они тѣсно

---

[1]) Ученіе о душеприказчикѣ, какъ оффиціальномъ органѣ, усвоило BGB и отчасти Schw. ZGB, см. Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentvollstreckung, S. 40. Escher, Das Erbrech des Schweiz. ZGB, 1912. S. 112. Къ этому же примыкаетъ Пр. Гр. Ул. На Западѣ въ прежнія времена душеприказчикъ принималъ всѣ права отъ наслѣдодателя по договору съ послѣднимъ—Treuhänder, Salmann. Впослѣдствіи онъ сталъ превращаться въ исполнителя по одностороннему волеизъявленію наслѣдодателя, все болѣе и болѣе обрѣтая характеръ оффиціальнаго дѣятеля, подчиненнаго контролю суда. Все это было и остается чуждымъ нашему праву. У насъ были только отдѣльныя пожеланія въ этомъ смыслѣ („судъ—верховный душеприказчикъ": Гордонъ, Представительство въ гражданскомъ правѣ, стр. 274, 275). См. мою статью въ Сборникѣ памяти Шершеневича, 1915 г. стр., 98, прим.

[2]) Объ этомъ подробно въ указанной статьѣ моей въ Сборникѣ въ память Шершеневича, 1915 г., стр., 98 и сл. Къ такому выводу отчасти склоняется и Синайскій, Основы гражд. права, 1926, стр. 437, см. его же, Русское гражданское право, II, 1918 г. стр. 287. Въ Англіи исполнитель завѣщанія надѣленъ правами, никому не подчиненными, и мо-

сплетаются съ представительствомъ, образуя одно неразрывное цѣлое. Душеприказчикъ свое право—сложнаго, морально—имущественнаго свойства—осуществляетъ не для себя, а для другихъ: для наслѣдниковъ, кредиторовъ, для памяти умершаго. Онъ выступаетъ въ роли то представителя наслѣдниковъ, то фингированнаго уполномоченнаго какъ бы воскресающей на время личности умершаго и во всякомъ качествѣ репрезентанта, не будучи по существу ничьимъ дѣйствительнымъ представителемъ. Если онъ мандатарій, то одновременно онъ и дестинатарій, наряду съ наслѣдниками. Такая своеобразная природа душеприказчичества предопредѣляетъ и сущность его функцій и его отношенія къ наслѣдникамъ и третьимъ лицамъ.

Основаніемъ дѣятельности душеприказчика является завѣщаніе. Личныя распоряженія завѣщателя, письма послѣдняго и т. п., не имѣютъ характера обязательности для опредѣленія правъ душеприказчика, хотя и въ состояніи служить нѣкоторымъ подспорьемъ при интерпретаціи этихъ правъ. На случай смерти, отказа или иного отпаденія душеприказчика можетъ быть назначенъ въ завѣщаніи другой душеприказчикъ—субститутъ—, даже если отпаденіе послѣдовало бы послѣ принятія первымъ душеприказчичества[1]). Но душеприказчикъ не вправѣ передать свои правомочія другому лицу, по своему избранію, хотя бы такое общее право передачи ему и было предоставлено по завѣщанію. Contra BGB, Пр. Гр. Ул. и Св. Приб., которые даютъ завѣщателю право предоставить душеприказчику назначеніе себѣ преемника, а также избраніе себѣ на помощь новыхъ душеприказчиковъ. Другія законодательства, въ томъ числѣ и Schw. ZGB, отвергаютъ такое правомочіе завѣщателя. Послѣднее рѣшеніе предоставляется болѣе основательнымъ по особому персональному характеру правъ душеприказчика, съ одной стороны, и съ другой—въ виду отсутствія того контроля надъ выбо-

---

жетъ даже передать ихъ другому путемъ завѣщанія. Имѣя въ виду отвлеченную возможность существованія такого порядка, Codice civile, art. 99, счелъ нужнымъ прямо воспретить переходъ по наслѣдству этихъ правъ, по личному ихъ свойству.

[1]) Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, ч. 2, 1896 г., стр. 626: „Нѣтъ препятствія назначать душеприказчика въ подставу, т. е. втораго, на случай отказа или смерти перваго". Пр. Гр. Ул., ст. 1435, абз. 2: „Въ завѣщаніи можетъ быть опредѣлено, къ кому переходитъ исполненіе обязанности на тотъ случай, когда назначенный душеприказчикъ не сдѣлается или перестанетъ быть душеприказчикомъ", Ср. BGB, § 2197, Abs. 2.

ромъ, какой возможенъ со стороны довѣрителя при передовѣріи по довѣренности. При отпаденіи душеприказчика, если самимъ завѣщателемъ неподназначенъ другой, затрудненія могутъ быть устранены лишь учрежденіемъ опеки или инымъ какимъ—либо подобнымъ способомъ. Точно также не въ состояніи завѣщатель делегировать третьему лицу избраніе душеприказчика. BGB и это признаетъ возможнымъ,—и все потому, что отождествляетъ душеприказчичество съ Amt, такъ что всѣ спорные вопросы рѣшаетъ въ концѣ концовъ судъ. Пр. Гр. Ул., слѣдуя въ данномъ отношеніи всецѣло за BGB, не находитъ однако, возможнымъ сдѣлать и этотъ рѣзкій выводъ о возможности предоставленія третьему лицу избрать душеприказчика. По BGB это можетъ быть предоставлено завѣщателемъ даже суду.

Допустимо назначеніе душеприказчикомъ и юридическаго лица.

Дѣеспособность и зрѣлая воля—необходимыя условія для всякаго душеприказчика, причемъ наличность или отсутствіе этихъ свойствъ обсуждается по тому моменту, когда душеприказчикъ долженъ вступать въ свои права и обязанности [1]). Душеприказчикъ начинаетъ свою дѣятельность немедленно по сообщеніи ему о назначеніи и о смерти завѣщателя, у насъ — съ утвержденіемъ завѣщанія, иногда же и до утвержденія, если это необходимо для охраны интересовъ наслѣдства [2]). Назначенный душеприказчикъ можетъ, конечно, принять душеприказчичество или отказаться отъ него, при чемъ объ отказѣ надлежитъ заявить по правиламъ объ отреченіи отъ наслѣдованія, т. е. въ судъ [3]). Отказъ долженъ быть своевременный, согласно тому, какъ это требуется отъ повѣреннаго. При принятіи владѣнія и управленія душеприказчикъ составляетъ опись всему получаемому. Это требованіе, знакомое всѣмъ западнымъ кодексамъ, кромѣ нашего дѣйствующаго права, вполнѣ цѣлесообразно: оно устраняетъ споры и недоразумѣнія и отвѣчаетъ интересамъ не только наслѣдниковъ и кредиторовъ, но и самаго душеприказчика.

Душеприказчикъ владѣетъ, управляетъ и завѣдуетъ, руководясь желаніемъ наслѣдодателя, содержаніемъ завѣщательныхъ распоряженій и

---

[1]) По X т. I ч. устраняются въ данномъ случаѣ нѣкоторыя категоріи лицъ, какъ служащіе карантиннаго учрежденія, не имѣющіе права быть душеприказчиками тѣхъ, которые выдерживаютъ карантинъ, а также свидѣтели по завѣщанію, стт. 1085, 1054, п. 3.

[2]) Рѣш. гражд. 1898 г. № 96.

[3]) Рѣш. гражд. 1871 г. № 873, 1898 г. № 77. BGB, § 2226, Пр. Гр. Ул., ст. 1452, Св. Приб., ст. 2455.

собственнымъ усмотрѣніемъ, основаннымъ на доброй совѣсти, хозяйственности и морали. Онъ производитъ отчужденія, насколько это необходимо для исполненія, уплачиваетъ долги, выдаетъ легаты, взыскиваетъ причитающееся въ пользу наслѣдственной массы [1]). Душеприказчикъ передаетъ наслѣдство управомоченнымъ лицамъ, согласно волѣ завѣщателя или закону, оказывая при этомъ всякое зависящее содѣйствіе къ полученію ими своего достоянія [2]).

Всѣ права свои душеприказчикъ осуществляетъ своимъ именемъ, но для наслѣдственной массы, безъ вознагражденія (установленнаго для мандатарія), развѣ бы наслѣдодатель таковое опредѣлилъ въ завѣщательномъ актѣ [3]). Если бы вознагражденіе оговорено было, оно разсматривается, въ общемъ, подъ угломъ зрѣнія завѣщательныхъ назначеній и отказовъ.

Душеприказчикъ возмѣщаетъ наслѣдникамъ вредъ, который онъ причинилъ своими неправильными дѣйствіями во время осуществленія своихъ функцій [4]).

При наличности нѣсколькихъ душеприказчиковъ, вопросъ о солидарной или долевой отвѣтственности ихъ, о возможности дѣйствовать однимъ безъ другихъ, разрѣшается толкованіемъ завѣщанія и общими нормами [5]).

---

[1]) Все это имѣетъ характеръ облигаторности для наслѣдниковъ, развѣ бы распоряженіе душеприказчика выходило изъ предѣловъ его правомочій или оказалось незаконнымъ. Рѣш. гражд. 1871 г. № 1264. Проф. Шершеневичъ, критикуя это вполнѣ основательное рѣшеніе, готовъ признать, повидимому, обязательными для наслѣдниковъ и нелегальныя отчужденія. Это недопустимо потому, что права и обязанности душеприказчика вполнѣ очерчиваются актомъ завѣщанія и закономъ. За неправильныя дѣйствія по управленію душеприказчика въ области наслѣдства отвѣчаютъ наслѣдники, чьи права и интересы въ конечномъ счетѣ реализуетъ душеприказчикъ. (Ср. Spreckelsen, Der Begriff des privatrechtlichen Amtes unter besonderer Berüsksichtigun der Testamentvollstreckung, 1927, S. 59 ff).

[2]) О задачахъ душеприказчика сенатъ высказывался много разъ, неизмѣнно толкуя ихъ полномочія распространительно, рѣш. 1899 г., № 40, 1881 г. № 116, 1875 г. № 749, 1871 г. № 1258.

[3]) Пр. Гр. Ул., ст. 1451; contra BGB, § 2221.

[4]) Ср. BGB, § 2219.

[5]) Рѣш. гражд. 1898 г, № 76. При отсутствіи противопоказаній въ завѣщаніи, съ отпаденіемъ одного душеприказ-

Душеприказчикъ обязанъ отчетностью передъ наслѣдниками. Ни отъ этой обязанности, ни отъ отвѣтственности за неправильныя дѣйствія, невыдачу предметовъ и т. д., завѣщатель не въ состояніи заранѣе освободить душеприказчика [1]). Иски и требованія о выдачахъ и вообще объ исполненіи завѣщанія наслѣдникй обращаютъ къ самому душеприказчику, а не къ наслѣдственной массѣ.

Душеприказчикъ не долженъ быть оставленъ при функціяхъ, если онъ существенно отступаетъ отъ предѣловъ пользованія своимъ правомъ, нарушая возложенное на него порученіе. По BGB, судъ, согласно ходатайству участника наслѣдованія, удаляетъ душеприказчика wenn ein wichtiger Grund vorliegt. То же по Св. Приб., дающему право просить объ этомъ не только наслѣдникамъ и легатаріямъ, но вообще „интересованнымъ въ дѣлѣ лицамъ", т. е., какъ можно думать, даже и кредиторамъ, въ случаѣ медленныхъ или противныхъ ихъ пользамъ дѣйствій душеприказчика. Это право въ состояніи использовать всякое заинтересованное лицо и по Пр. Гр. Ул. — въ случаѣ существеннаго нарушенія душеприказчикомъ своихъ обязанностей, явной его неспособности или по иному уважительному основанію. Въ Швейцаріи, гдѣ отсутствуетъ прямая норма по этому предмету, право устраненія душеприказчика выводится изъ контрольныхъ функцій государства надъ душеприказчикомъ, какъ должностнымъ лицомъ, въ извѣстномъ смыслѣ [2]). По дѣйствующему нашему праву, возможность устраненія душеприказчика не предполагается въ видѣ какого-либо конкретнаго правила. Но, принимая во вниманіе, что душеприказчику принадлежитъ опредѣленное частное право, что съ послѣднимъ связаны обязанности, которыя самое право дѣлаютъ какъ бы условнымъ, слѣдуетъ допустить возможность обращенія въ судъ съ требованіемъ устраненія душеприказчика, явно злоупотребляющаго своими обязанностями, ихъ неисполняющаго, либо исполняющаго съ явнымъ вредомъ для наслѣдства. Объ этомъ просятъ наслѣдники, чьи права такими неправильными дѣйствія душеприказчика нарушаются, и самая просьба разсматривается, при нынѣшнемъ положеніи нашего права, въ обще—исковомъ порядкѣ, какъ споръ о правѣ гражданскомъ [3]).

чика завѣщаніе исполняютъ другіе душеприказчики, рѣш. гражд. 1875 г. № 27, 1867 г. № 308. Въ такомъ смыслѣ и Пр. Гр. Ул., ст. 1441.

[1]) Ср. BGB, § 2220, Пр. Гр. Ул., ст. 1447. Это высказано, относительно отчетности, въ рѣш. гражд. 1897 г. № 1, № 263, 1868 г. № 78 (нѣтъ „безотчетныхъ душеприказчиковъ").

[2]) Escher, cit., S. 112.

[3]) Рѣш. гражд. 1912 г. № 28.

При отсутствіи назначенія душеприказчика йли отпаденіи его, когда завѣщаніе нѣкому исполнить и исполнителемъ является принявшій наслѣдство наслѣдникъ въ тѣхъ правахъ, изъ которыхъ распоряженіе завѣщателя подлежитъ исполненію, такой исполнитель, согласно сказанному выше, дѣйствуетъ, именно, въ качествѣ наслѣдника: правила о душеприказчикѣ къ нему прямого примѣненія не имѣютъ [1]).

Созданная сенатомъ система душеприказчичества, въ общемъ, значительно удовлетворяетъ потребностямъ, но она должна найти себѣ подтвержденіе въ опредѣленныхъ нормахъ закона. Необходимо, съ точки зрѣнія реформы, выявить принципіальный взглядъ на душеприказчичество, причемъ, казалось бы, онъ не можетъ быть иной, какъ только тотъ, что душеприказчичество есть институтъ sui generis, слагающійся изъ элементовъ представительства и самостоятельныхъ полномочій. Слѣдуетъ создать нѣкоторый контроль охранительнаго суда надъ дѣятельностью душеприказчика, безъ того, чтобы требовалось возводить послѣдняго на степень оффиціальнаго лица [2]). Суду назначенный душеприказчикъ съ самаго начала долженъ выразить свое согласіе или несогласіе на принятіе функцій, по требованію заинтересованныхъ лицъ. Этому же суду необходимо предоставить въ потребныхъ случаяхъ освобождать и устранять душеприказчика съ сохраненіемъ, въ видѣ извѣстнымъ образомъ обусловленной альтернативы, также и нынѣшняго искового порядка ихъ удаленія,—этого несомнѣнно замѣчательнаго созданія новѣйшей сенатской интерпретаціи. Какъ самъ душеприказчикъ, такъ и наслѣдникъ или легаторій могли бы обращаться къ охранительному суду, когда представляется настоятельная необходимость, оправдываемая создавшимися обстоятельствами, отступить отъ прямой воли завѣщателя для исполненія завѣщанія,—по примѣру западной практики.

Опека.

Вездѣ, гдѣ требуется искусственное и принудительное восполненіе юридической дѣятельности лица по отсутствію у него необходимой въ

---

[1]) Рѣш. гражд. 1875 г. № 27, 1872 г. № 885, Св. Приб., ст. 2453, Čecho-Slov., § 776.

[2]) Не безъ нѣкотораго основанія Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1927, S. 237, 238, указываетъ, что душеприказчичество доступно нынѣ только зажиточнымъ классамъ и опытнымъ въ веденіи своихъ дѣлъ людямъ. Но Menger идетъ слишкомъ далеко, требуя чтобы при отсутствіи въ завѣщаніи назначенія душеприказчика функціи такового передавались суду.

оборотѣ сознательности и воли, либо по инымъ причинамъ, на сцену выступаетъ то спеціальное правовое установленіе, которое именуется опекой. Опека это представительство, создаваемое не волеизъявленіемъ частныхъ лицъ, а самимъ закономъ. Она свидѣтельствуетъ о солидарности людей, въ средѣ которыхъ принципъ естественнаго отбора встрѣчаетъ противодѣйствіе со стороны другого начала—поддержки слабыхъ и немощныхъ и защиты коллективомъ благъ индивидуумовъ, почему-либо лишенныхъ натуральной защиты своихъ интересовъ: малолѣтнихъ, безумныхъ, безвѣстно-отсутствующихъ и пр. Опека надъ недѣеспособнымъ, съ одной стороны, и прочіе виды опеки, съ другой, существенно различаются между собою, но ихъ объединяетъ общій признакъ законнаго заступничества. Опека, какая бы ни была, дѣйствуетъ именемъ коллектива, какъ munus publicum—, но существомъ своихъ конкретныхъ задачъ она проникаетъ въ сферу частнаго права, будучи для нея главнымъ образомъ предназначена[1]).

Опека надъ неполнолѣтними бываетъ представительствомъ интересовъ имущественныхъ и персональныхъ—опека имущественная и опека личная. Личная опека сводится къ передачѣ постороннему лицу нѣкоторыхъ правъ и обязанностей, по закону принадлежащихъ родителямъ. Но эти права и обязанности только внѣшнимъ образомъ связываются съ опекуномъ, насколько послѣднему необходимо совершать извѣстныя дѣйствія для достиженія такихъ цѣлей, какъ воспитаніе и обученіе неполнолѣтняго и т. д. Личная опека не имѣетъ, конечно, тѣхъ свойствъ нравственной связи, какая существуетъ между родителями и дѣтьми. Требованіе отъ личной опеки, чтобы она замѣняла семью, хотя бы искусственно, превышаетъ дѣйствительность, идетъ дальше природнаго положенія вещей и не осуществимо. Достаточно, если все то, что необходимо

---

[1]) „По мусульманскому праву, постановленія объ опекунахъ и объ опекѣ составляютъ часть ученія о духовныхъ завѣщаніяхъ; правила объ опекунахъ и правила о духовныхъ завѣщаніяхъ излагаются въ одной главѣ. Въ законодательствахъ Запада статья объ опекахъ причислена къ постановленіямъ о „семейственномъ правѣ“, Торнеу, Мусульманское право, 1866 г., стр. 107. „Опека“ отъ слова печься—согрѣваться?—пещись, печалиться, заботиться, радѣть; принимать къ сердцу, дѣлать, что можешь, въ пользу кого-либо, или чего-либо, хлопотать, ревновать: Даль. („Не пекись о насущномъ, а пекись о нетлѣнномъ“. Примѣнительно къ опекуну правиленъ девизъ: Пекись и о „насущномъ“ и о „нетлѣнномъ“).

для обезпеченія неполнолѣтнему достойнаго въ будущемъ существованія, опекунъ выполнитъ съ доброй совѣстью и сознаніемъ общественно-моральнаго долга, какъ гражданинъ, а не какъ родитель [1]).

Съ достиженіемъ извѣстнаго возраста—у насъ семнадцати лѣтъ—опека въ широкомъ смыслѣ преобразуется въ попечительство, состоящее въ одномъ содѣйствіи неполнолѣтнему при совершеніи имъ юридическихъ актовъ.

Древняя опека была институтомъ чисто охранительнаго свойства, имѣвшимъ въ виду спасеніе имущества отъ гибели и расхищенія: въ римскомъ правѣ, а затѣмъ и въ правѣ старой Европы опека чужда была какихъ-либо иныхъ чертъ, кромѣ свойствъ управленія имуществомъ, нерѣдко въ интересахъ родственниковъ. Нынѣ центръ тяжести перенесенъ къ задачамъ коллектива, къ заинтересованности послѣдняго въ приготовленіи гражданина изъ осиротѣвшаго, къ внѣшней замѣнѣ для сироты того, чего онъ лишился отъ родительскаго ухода и заботы.

Опека учреждается въ настоящее время лишь при отсутствіи обоихъ супруговъ. При смерти одного супруга, родительская власть надъ дѣтьми и забота переходятъ цѣликомъ на другого супруга [2]). Однако,

---

[1]) Кто станетъ оспаривать желательность сердечныхъ отношеній между опекуномъ и сиротой? Государство дѣлаетъ все для укрѣпленія этой внутренней связи, отдавая предпочтеніе въ назначеніи опеки родственникамъ, въ которыхъ предполагается больше любви и расположенія къ подопечному, которые знаютъ его семейную жизнь, навыки и т. д. (Хотя съ другой стороны,—замѣтимъ попутно,—порою бываетъ потребность въ томъ, чтобы именно родственника держать далеко отъ опеки, когда, напр., между нимъ и подопечнымъ предвидятся споры объ имуществѣ и наслѣдствѣ). „Интимность", искусственная семья" и пр.—эти лозунги много говорятъ сердцу, они импонируютъ юристамъ и приводятъ къ помѣщенію опеки въ отдѣлѣ нормъ о семьѣ („опека въ порядкѣ семейственномъ"). При этомъ, однако, нельзя упустить изъ виду, что опека все же родъ заступничества, что въ этомъ ея истинная сущность, а имущественная опека даже почти единственно представительство (какъ и душеприказчичество). Жизнь показываетъ, что увлеченіе теоріей „опеки—семьи" можетъ имѣть весьма нежелательные результаты. Опека, увы, порою столько же семья, сколько искусственный глазъ похожъ на естественный.

[2]) X т. I ч., ст. 229, Св. Прик. ст. 272, Гражд. Ул. 1825 г., ст. 349, Code civil, Art. 405, Čecho-Slov, §§ 176, 187. Германско-Швейцарское право отвергаетъ опеку для лица, состоя-

нѣкоторыя законодательства, въ томъ числѣ и наше дѣйствующее право, до сихъ поръ создаютъ опеку и при смерти одного родителя, имѣя въ виду главнымъ образомъ имущественную сторону. Затѣмъ, нынѣшній правопорядокъ ставитъ опеку на высоту государственнаго органа, призваннаго достигать публичныхъ цѣлей. Но это только pium desiderium: въ жизни такое стремленіе не находитъ полнаго признанія и осуществленія. Въ Германіи въ опекѣ принимаютъ участіе прежде всего семья и родственники—въ формѣ Familienrat, семейнаго совѣта—, затѣмъ община. Судъ осуществляетъ интенсивный надзоръ за опекуномъ и Familienrat. По французскому праву, власть суда въ опекунскихъ дѣлахъ значительно слабѣе. Семейный совѣтъ, Conseil de famille, назначаетъ опекуновъ, наблюдаетъ за ними и дѣйствуетъ довольно независимо (только нѣкоторыя его постановленія подлежатъ утвержденію суда). Въ Швейцаріи опека находится въ рукахъ опекуна—Vormund und Beistand—и опекунскихъ учрежденій, имѣющихъ власть распорядительно-контрольную—Vormundschaftsbehörde und Aufsichtsbehörde. Дѣйствія опекуна подлежатъ обжалованію въ Vormundsbehörde, а распоряженія послѣдняго въ Aufsichtsbehörde. Въ исключительныхъ случаяхъ, преимущественно при наличности въ составѣ имущества подопечнаго лица предпріятія, учреждается семейная опека—Familienvormundschaft, при которой права, обязанности и отвѣтственность Formundschaftsbehörden переносятся на семейный совѣтъ—Familienrat. Въ Россіи въ прежнее время опека,—при особомъ вниманіи къ ней со стороны законодателя и предпочтеніи государствомъ сословныхъ порядковъ и устройствъ,—носила опредѣленныя сословныя черты. Назначеніе опекуновъ такъ же, какъ и надзоръ за ними составляли прерогативу: дворянскихъ опекъ—для дворянъ, волостныхъ судовъ—для крестьянъ и сиротскихъ судовъ—для прочихъ обывателей. Судъ рѣшалъ, по поступившимъ къ нему жалобамъ, правильность дѣйствій опекунскихъ учрежденій. Въ важнѣйшихъ случаяхъ,—при отчужденіи недвижимости,—требовалась аппробація постановленій „опекунскихъ учрежденій“ со стороны сената. Въ настоящее время опека вполнѣ утратила свой сословный характеръ [1]).

Не можетъ быть сомнѣнія, что представительство подопечныхъ принадлежитъ опекуну и не принадлежитъ судебнымъ установленіямъ‘

щаго подъ родительской властью отца или матери, въ виду несовмѣстимости опекунской власти съ родительской. Schw. ZGB, Art. 367, Abs. I, также Пр. Гр. Ул., ст. 519, Абз. I.

[1]) Ср. Тютрюмовъ, Гражданское право, 1921, стр. 430. По принятому теперь въ Литвѣ порядку, дѣла по всѣмъ опекамъ поручены мировымъ судьямъ.

задача которыхъ—разрѣшеніе спорныхъ вопросовъ и верховный контроль. Но даже опекунскія учрежденія, въ томъ числѣ и семейные совѣты, гдѣ послѣдніе имѣются, не являются представителями, а лишь осуществляютъ государственныя и общественныя распорядительно-контрольныя функціи. Въ прежнее время различались, по способу назначенія, троякаго рода опека: завѣщательная—tutela testamentaria, назначаемая родителями въ завѣщаніи, законная, когда опекунъ утверждался самимъ закономъ, и наконецъ, опека по распоряженію оффиціальныхъ установленій—tutela dativa. Нынѣ это раздѣленіе потеряло свое значеніе. Каждая опека есть tutela dativa въ томъ смыслѣ, что она утверждается опекунскими органами. Законъ даетъ предпочтеніе тѣмъ или инымъ лицамъ, предписываетъ руководствоваться ceteris paribus волей завѣщателя, но послѣднее слово принадлежитъ всегда опекунскимъ установленіямъ, которыя и отвергнутъ и назначить могутъ любое лицо, если того требуютъ интересы подопечнаго. Такъ, хотя кодексы устанавливаютъ право родителя назначить опекуна въ завѣщаніи или вообще избрать такового заранѣе, но въ то же время оказавшаяся неспособность или недостойность этого лица не стѣсняютъ опекунскія учрежденія въ призывѣ другого лица вмѣсто „избранника“[1]). Трудно согласиться съ постановкой вопроса въ законодательствахъ французскомъ, Прибалтійскомъ и Чехо-Словацкомъ, придающихъ назначенію опекуна родителя въ завѣщаніи облигаторный для всѣхъ смыслъ (также Пр. Гр. Ул. позволяетъ устранить такого опекуна лишь при наличности законныхъ причинъ). Дѣйствующее наше право, содержитъ постановленіе категорическаго свойства о правѣ родителей опредѣлить въ духовномъ завѣщаніи къ остающимся послѣ нихъ малолѣтнимъ дѣтямъ и имуществу опекуновъ, по собственному своему избранію[2]). Но практика истолковала законъ такъ, что этотъ заранѣе назначенный долженъ, предварительно принятія опеки, все же быть утвержденъ опекунскими установленіями, которыя не лишены права

---

[1]) По BGB это бываетъ тогда, когда seine (назначеннаго въ завѣщаніи опекуна) Bestellung das Interesse des Mündels gefährdet würde, а по разъясненію практики, учитывается die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Interessen des Mündels, BGB, § 1778, Abs. 1 и Komment. Achilles, S. 972. По Schw. ZGB такое предпочтеніе оказанное отцомъ или матерью какому-либо лицу, принимается во вниманіе, wen nicht wichtige Gründe dagegen sprächen, Art. 380. Contra Шершеневичъ.

[2]) X т. I ч., ст. 227.

отвергнуть его изъ—за отсутствія не только законной, но и иной квалификаціи, и назначить другого, по соображенію интересовъ и пользъ самого недѣеспособнаго [1]).

Если родители опекуна не укажутъ или если указанный ими окажется неподходящимъ, опекунскія учрежденія избираютъ опекуна изъ числа лицъ, наиболѣе близкихъ къ подопечному, преимущественно родственниковъ, по степени изъ близости, а при отсутствіи или нежелательности таковыхъ лицъ, посторонняго.

То, что у насъ и сами родители въ качествѣ опекуновъ должны получить утвержденіе опекунскихъ установленій, сенатъ обосновываетъ систематическимъ и историческимъ толкованіемъ закона, съ прибавленіемъ того соображенія, что „требованіе предварительнаго утвержденія родителей въ правахъ опекуновъ является . . . единственнымъ способомъ къ осуществленію предписанія закона о недопущеніи нѣкоторыхъ лицъ, признанныхъ недостойными, къ опекунству“ [2]). Однако, эта точка зрѣнія способна встать въ противорѣчіе съ идеей взаимоотношеній между родителями и дѣтьми. Высказанный сенатомъ взглядъ отвергли въ свое время и составители проектовъ новыхъ опекунскихъ уставовъ, находившіе, что требованіе утвержденія родителей—естественныхъ опекуновъ—въ опекунскомъ званіи является ненужной формальностью, тормозящею только дѣло, нерѣдко во вредъ несовершеннолѣтнимъ [3]).

---

[1]) Contra Шершеневичъ, Русское гражд. право, стр. 773. Въ рѣш. гражд. 1873 г. № 1239 сенатъ находитъ возможнымъ не только не назначать такого опекуна, въ случаѣ надобности, но и устранять его, при такой же надобности, уже послѣ того, какъ онъ былъ назначенъ.

[2]) „Объ опекахъ и попечительствахъ надъ сельскими обывателями“, оффиціальное изданіе, 1904 г., стр. 45. Отецъ опредѣлялся самимъ закономъ въ качествѣ опекуна „безотчетнаго“ къ несовершеннолѣтнему ребенку еще по Литовскому статуту, Раздѣлъ 6, Артикулъ 2, § 1. О томъ, что родители—естественные опекуны, для которыхъ никакого утвержденія въ этомъ званіи не требуется, упоминаетъ Св. Приб., ст. 273. Также (впрочемъ, нѣсколько неопредѣленно) Невзоровъ, Опека надъ несовершеннолѣтними, 1892 г., стр. 147, ср. 166 и сл. По новѣйшему шведскому закону, опекунъ—это отецъ (въ первую очередь) и мать (надъ внѣбрачнымъ ребенкомъ—только мать), и лишь при отсутствіи родителей опекунъ „назначается“ судомъ, Gesetz vom 27 juni 1924 über die Vormundschaft, Kapitel 2, § 1, 2, 3, Kapitel 4 ff. (см. изд. Nyren, Vormundschaft, 1927, S. 76 ff.).

[3]) Рѣш. гражд. 1887 г. № 37, 1880 г. № 60.

Нравственныя качества избираемаго, его отношеніе къ собственной семьѣ и къ семьѣ покойнаго родителя, способность къ призрѣнію подопечнаго, а также имущественное состояніе кандидата,—все это принимается во вниманіе при избраніи его. Не могутъ быть опекунами: недѣеспособные, лишенные правъ, имѣющіе явные и гласные пороки, извѣстные по своей суровости и мизантропіи, имѣвшіе тяжбы, споры, гражданскіе или иные, съ родителями подопечнаго. Понятно само собою, что было бы непростительной неправильностью назначить опекуномъ, наприм., лицо, которое извѣстно своей явной неблагожелательностью къ людямъ вообще и къ семьѣ подопечнаго въ частности. Перечисленіе въ законѣ причинъ къ неутвержденію лица въ званіи опекуна, какъ правильно разъяснено сенатомъ, „составляетъ лишь указаніе примѣровъ", а опекунскія учрежденія „не только вправѣ, но и обязаны отказывать въ опредѣленіи опекуномъ всякаго не соотвѣтствующаго требуемымъ качествамъ" [1]).

Считая опекунство общественной обязанностью, теорія и практика пришли на Западѣ къ выводу, что нельзя отказываться отъ такового, кромѣ случаевъ наличности причинъ, прямо указанныхъ въ законѣ. Къ послѣднимъ относится прежде всего преклонный возрастъ [2]). Далѣе, принимается во вниманіе служба, отдаленность мѣстожительства, наличность нѣсколькихъ опекъ, болѣзнь и увѣчье, особое семейное или имущественное состояніе. Такое правило существуетъ во французскомъ правѣ, Св. Приб., швейцарскомъ правѣ. По BGB и Пр. Гр. Ул., а въ извѣстныхъ случаяхъ и по Гражд. Улож. 1825 г., можетъ отказаться, кромѣ того, еще и женщина [3]). Дѣйствующее наше право о принудительности опекунскихъ обязанностей не упоминаетъ, никакихъ послѣдствій для

---

[1]) Рѣш. гражд. 1895 г. № 50, 1893 г. № 8, 1885 г. № 106.

[2]) По Code civil, Art. 433, и Гражд. Улож. 1825 г., § 405, —въ 65 лѣтъ, по BGB, § 1786, Abs. 2,—въ 60 лѣтъ („denn das Alter seit sieht nach Erholung und Ruhe, nicht dagegen nach Uebernahme neuer Lasten", Bovensiepen, Alter und Recht, въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, I L, S. III).

[3]) L. 20 mars 1917, отмѣнившій во Франціи воспрещеніе женщинамъ быть опекуншами, предоставилъ имъ (за исключеніемъ матери внѣбрачнаго ребенка) право отклонить опеку.—Съ другой стороны, дабы не переобременять обязанностями гражданина, новѣйшіе кодексы фиксируютъ опредѣленный срокъ въ теченіе котораго назначенный обязывается быть опекуномъ: 2 года Schw, ZGB, Art. 415, столько же по Бразильскому Гражданскому Уложенію 1 января 1916 г., ст. 444, нѣм. изд. Heinsheimer, 1928.

отказывающихся не создаетъ и мѣръ понужденія не содержитъ. Поэтому у насъ „опекунство не признается обязательной общественной повинностью“ [1]) На практикѣ испрашивается у насъ прямое согласіе опредѣляемаго лица, безъ чего обычно не дѣлается и самое назначеніе. Нужно замѣтить, что и у насъ нѣкоторые дѣлали попытки придачи опекунству характера принудительнаго munus publicum, основываясь на отдѣльныхъ косвенныхъ указаніяхъ закона, какъ правило о возможности освобожденія отъ опекунства управляющихъ аптеками, военныхъ, при чемъ изъ этихъ указаній, какъ исключеній, восходили къ общему началу обязательности [2]). Однако, суды справедливо отвергали возможность возложенія на гражданъ такой значительной обязанности, безъ прямого закона и по искусственному силлогизму изъ разновременно изданныхъ случайныхъ постановленій. Прежнему полицейскому государству, создававшему для обывателя такъ много повинностей въ свою пользу, не приходило на мысль возлагать на него еще обязанности по отношенію къ интересамъ частныхъ лицъ. Между тѣмъ, нѣтъ ничего болѣе естественнаго, съ точки зрѣнія общественной, какъ примѣненіе для даннаго случая принципа принудительности. Общественная солидарность требуетъ соціальной заботы объ участи того, кто остался безъ естественныхъ заступниковъ и представителей, а эта нужда найдетъ себѣ удовлетвореніе только тогда, когда гражданинъ, на котораго упадетъ очередь, не въ состояніи будетъ отказаться. Будущее право должно это осуществить (съ тѣмъ, что опека вообще необходима будетъ лишь при отсутствіи обоихъ родителей).

Опека учреждается по мѣсту жительства подопечнаго [3]). Это само собою понятно при личной опекѣ. Но тотъ же порядокъ соблюдается, когда она создается надъ личностью и имуществомъ и даже только надъ имуществомъ. Въ большинствѣ случаевъ мѣстожительство это совпадаетъ съ мѣстомъ послѣдняго жительства умершихъ родителей. Опека подлежитъ переводу при перемѣнѣ подопечнымъ мѣста своего жительства. Мысль Пр. Гр. Ул., что опека устанавливается непремѣнно „по мѣсту жительства родителей, послѣ котораго встрѣчается надобность въ учрежденіи опеки“, не отвѣчаетъ интересамъ подопечнаго и нецѣлесообразно. Въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ такое требованіе опоры не находитъ. Точно также нецѣлесообразно и не вытекаетъ изъ нормы

---

[1]) Рѣш. общ. собр. сената 1890 г. № 20.

[2]) См. т. XIII, Уст. Врач., ст. 393, Св. воен. постановл., кн. VII, ст. 929.

[3]) Ср. Гражд. Улож. 1825 г., ст. 373, Code Civil, Art. 406, Schw. ZGB, Art. 376, Abs. 1.

дѣйствующаго нашего права заявляемое нѣкоторыми юристами другое требованіе, а именно, чтобы открывать опеку по мѣсту нахожденія имущества (Шершеневичъ). Имущество можетъ находиться въ разныхъ пунктахъ, и дробить опеку немыслимо, самъ же по себѣ locus rei sitae не долженъ вліять на мѣсто учрежденія опеки.

Возможно опредѣленіе одного опекуна къ личности, а другого къ имуществу. Но призваніе двухъ или нѣсколькихъ опекуновъ къ лицу или имуществу либо къ тому и другому, по общему правилу, не должно практиковаться. Только въ исключительныхъ случаяхъ, когда имѣется нѣсколько самостоятельныхъ имуществъ, можетъ быть при каждомъ изъ нихъ особый опекунъ, если это диктуется дѣйствительными, настоятельными нуждами. Также по особой сложности дѣлъ назначаются иногда два или нѣсколько опекуновъ или соопекуны къ уже назначеннымъ [1]).

Опека открывается по дошедшимъ отъ родственниковъ, отъ должностныхъ и частныхъ лицъ свѣдѣніямъ. Современныя законодательства, кромѣ нашего, возлагаютъ даже обязанность сообщенія на близкихъ родственниковъ, а также на оффиціальныхъ лицъ, получившихъ извѣстіе о смерти или иномъ событій, которое даетъ основаніе къ учрежденію опеки (Пр. Гр. Ул., Codice Civile, а Čecho-Slov. налагаетъ этотъ долгъ и на befreundete Personen).

При вступленіи въ опеку опекунъ составляетъ опись получаемаго въ завѣдываніе и копію таковой представляетъ опекунскому учрежденію. Это правило распространяется и на родителей, принимающихъ на себя опеку по общимъ правиламъ [2]). Въ опись вносятся затѣмъ и

---

[1]) Недостатки многоопекунства значительно устраняются тамъ, гдѣ разногласія между ними разрѣшаются опекунскими установленіями, наприм., въ Германіи—BGB, §§ 1779, 1775; см. также Пр. Гр. Ул., ст. 536, абз. 2, 537. На почвѣ дѣйствующаго нашего права сенатъ разъяснилъ, что „опекуны, когда ихъ нѣсколько, представляютъ въ совокупности личность малолѣтняго и по самому существу понятія о представительствѣ составляютъ какъ бы одно лицо“, рѣш. гражд. 1877 г. № 17. Но кто рѣшаетъ у насъ возникающіе между соопекунами споры —это одинъ изъ тѣхъ многочисленныхъ вопросовъ, которые остаются безъ отвѣта въ нашемъ правѣ. Изъ рѣш. гражд. 1873 г. № 1586 можно сдѣлать косвенный выводъ, что само опекунское установленіе опредѣляетъ, должно ли управленіе нѣсколькихъ опекуновъ быть совмѣстное или раздѣльное.

[2]) X т. I ч., ст. 266, Пр. Гр. Ул. ст. 543 и сл., BGB § 1802, Гражд. Улож. 1825 г. ст. 427, Св. Приб. стт. 365 и сл.

предметы, позднѣе поступающіе въ составъ правъ подопечнаго. Назначенный опекунъ приступаетъ безотлагательно къ управленію и завѣдыванію, ведя себя по отношенію къ достоянію подопечнаго съ полной рачительностью [1]).

Опекунъ заботится о воспитаніи и образованіи подопечнаго, о подготовленіи его къ будущей дѣятельности и работѣ — сообразно положенію, какое занимали родители подопечнаго, и открывающимся возможностямъ. Нѣтъ надобности предписывать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторыя законодательства, чтобы опекунъ замѣнялъ подопечному въ личныхъ попеченіяхъ и заботахъ „родного отца“ (о чемъ рѣчь была уже выше). Опекунъ отвѣчаетъ передъ третьими лицами за недостаточный надзоръ за опекаемымъ [2]).

---

[1]) „Какъ старательный хозяинъ“, Пр. Гр. Ул., ст. 549, Св. Приб. ст. 357, Čecho-Slov § 250, X т. I ч. ст 266 и сл. По BGB опекунъ дѣйствуетъ во многомъ независимо, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ (акты о недвижимости, заемъ) испрашиваетъ согласіе опекунскаго суда, который самъ не вмѣшивается въ дѣло управленія. Для актовъ менѣе значительныхъ достаточно разрѣшенія особаго опекуна—блюстителя. Также и по Св. Приб., по которому, однако, опекунскій (сиротскій) судъ имѣетъ значительное право надзора надъ опекуномъ. BGB, § 1821 ff., Св. Приб., 357, 377 и сл., Загоровскій, Курсъ семейнаго права, 1909 стр. 540 и сл., Тютрюмовъ, Гражданское Право, 1921, стр. 437. Такова же приблизительно дѣятельность опекуна и по французскому праву, предоставляющему разрѣшать важнѣйшія дѣйствія опекунскимъ установленіямъ и суду, Code Civil, Art. 454 468. Гражд Улож. 1825 г., стт. 431—448. Въ Щвейцаріи работа опекуна подчиняется значительному надзору опекунскихъ органовъ—Organe der Vormundschaft—и раздѣляется въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ особымъ Beistand, призываемымъ для обособленныхъ дѣйствій или для управленія имуществомъ. Въ Англіи общимъ опекуномъ считается королъ—pater patriae: опекуны поступаютъ по своему разумѣнію и усмотрѣнію, но на нихъ можно во всемъ жаловаться королевскому суду. По дѣйствующему нашему праву, дѣятельность опекуна довольно широка и самостоятельна.

[2]) X т. I ч., ст. 654.—Дѣйствующее наше право предоставляетъ опекуну слишкомъ много личной власти надъ опекаемымъ, доходящей даже до необходимости согласія перваго на вступленіе въ бракъ подопечнаго, X т. I ч., ст. 263, 6, Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912, стр. 277. Напротивъ, вполнѣ естественно право опекуна на искъ за личную обиду, нанесенную кѣмъ—либо подопечному, X т. I ч., ст. 265.

Насколько это возможно, опекунъ руководствуется въ управленіи имуществомъ директивами лица, которымъ имущество было предоставлено опекаемому. Подопечный, своимъ трудомъ добывающій себѣ заработокъ, можетъ располагать послѣднимъ безъ особаго разрѣшенія опекуна. Все то, что подопечный самъ отдалъ на храненіе постороннимъ лицамъ, банкамъ и пр., онъ вправѣ самостоятельно взять обратно. Въ остальномъ опекунъ дѣйствуетъ, заботясь о сохраненіи и умноженіи имущества и избѣгая всего того, что въ состояніи не только вредить интересамъ подопечнаго, но и представлять какую-либо угрозу таковымъ. Капиталы подопечнаго опекунъ помѣщаетъ въ надлежащія кредитныя учрежденія, преимущественно въ банкъ государства, для прирощенія изъ процентовъ, а въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ отдаетъ ихъ подъ залогъ частныхъ имуществъ, съ отвѣтственностью за выборъ. Опекунъ не управомоченъ дарить имущество подопечнаго, за исключеніемъ случаевъ, когда даръ вытекаетъ изъ требованія обычая, общественныхъ или моральныхъ условій,—не можетъ обезпечивать чужія обязательства имуществамъ подопечнаго. Никакой спекуляціи! Товары, цѣнныя бумаги, акціи, иностранную валюту и вообще все то, что таитъ въ себѣ элементъ риска, не долженъ пріобрѣтать опекунъ для подопечнаго за счетъ послѣдняго. Опекунъ не вправѣ заключать долгосрочные контракты, связывая подопечнаго на время, когда послѣдній станетъ дѣеспособнымъ; этимъ опекунъ могъ бы предрѣшить всю дальнѣйшую судьбу правъ подопечнаго. Арендный контрактъ на наемъ недвижимости подопечнаго, принципіально, не можетъ превышать срокомъ то время, когда подопечный станетъ дѣеспособнымъ, развѣ бы установлено было, что какія-либо особыя обстоятельства, коренящіяся въ выгодахъ подопечнаго, диктовали необходимость продолжить срокъ аренды. Однако, по дѣйствующему нашему праву, срокъ этотъ строго ограничивается достиженіемъ подопечнымъ 17-ти лѣтняго возраста, послѣ чего договоръ болѣе не обязателенъ, а если опека учреждена по иному, чѣмъ не полнолѣтіе, основанію, то наемъ недвижимости не долженъ превышать двѣнадцать лѣтъ [1]). При продажѣ, мѣнѣ или закладѣ недвижимости опекунъ предварительно испрашиваетъ разрѣшеніе опекунскихъ установленій и суда, безъ чего эти акты недѣйствительны [2]). Такое отчужденіе

---

[1]) X т. I ч., ст. 1692[1], п. 2, законъ 15 марта 1911 г.

[2]) X т. I ч. ст. 277. По французскому праву, продажа движимости и отчужденіе недвижимости подопечнаго совершается только съ публичныхъ торговъ. Гражд. Улож. 1825 г., стт. 429, 436, Code Civil, Art. 452, 459. Это требованіе от-

можетъ понадобиться для уплаты долговъ подопечнаго, для его содержанія и воспитанія, а также вслѣдствіе ветхости имущества, убыточности и пр. Окончательное рѣшеніе по этому предмету принадлежитъ высшему суду (прежде въ Россіи это былъ сенатъ, нынѣ въ Литвѣ это Верховный Трибуналъ). Разрѣшеніе требуется и на отчужденіе частей недвижимости, между прочимъ, на такой лѣсорубочный договоръ, которымъ подъ порубку отдается столь значительная доля лѣса, что это представляется равносильнымъ отчужденію существенной части самаго недвижимаго имѣнія [1]).

Для полученія денегъ и капиталовъ изъ кредитныхъ учрежденій необходимо разрѣшеніе только опекунскихъ установленій, которыя даютъ таковое, коль скоро деньги и капиталы нужны для содержанія подопечнаго и поддержанія его дѣлъ или для другихъ неотложныхъ нуждъ подопечнаго. Опекунъ не вправѣ пользоваться имуществомъ или деньгами подопечнаго для личныхъ цѣлей и надобностей, что нѣкоторые законодательства считаютъ нужнымъ особо оговорить [2]), устанавливая иногда за нарушеніе этого сцеціальныя невыгодныя послѣдствія для опекуна. Опекуну не воспрещается вступать въ долговыя отношенія и даже выдать вексель, если все это необходимо для торговаго, промышленнаго или иного предпріятія, находящагося въ составѣ имуществъ подопечнаго. Опекунъ ищетъ и отвѣчаетъ на судѣ за подопечнаго безъ какихъ-либо спеціальныхъ полномочій.

Вообще, опекунъ совершаетъ свободно всѣ дѣйствія и акты, насколько законъ не предписываетъ ему дополнять свою дѣятельность распоряженіями другихъ учрежденій. Онъ даетъ отчеты опекунскимъ установленіямъ. Онъ отвѣчаетъ за вредъ, причиненный его неправильными дѣйствіями имуществу или личности подопечнаго. Эта отвѣтственность съ него не снимается фактомъ полученія имъ на то или иное дѣйствіе разрѣшенія опекунскихъ установленій или суда.

Договоры и соглашенія опекуна съ опекаемымъ недѣйствительны [3]).

вергли другія законодательства, въ томъ числѣ и Čecho-Slov. (хотя оно существуетъ въ Австрійскомъ Кодексѣ). Продажа съ публичныхъ торговъ нисколько не гарантируетъ интересовъ подопечнаго и только способно затруднить безъ надобности реализацію имущества. О публичномъ торгѣ упоминаетъ также, но въ видѣ факультативной мѣры, Пр. Гр. Ул., ст. 570, абз. 2.

[1]) Рѣш. гражд. 1903 г. № 142, 1880 г. № 45.

[2]) X т. I ч., ст. 292, Пр. Гр. Ул., ст. 564, Св. Приб., ст. 411.

[3]) Рѣш. гражд. 1903 г. № 88.

Совершеніе актовъ опекуномъ на свое имя, какъ контрагента, недопустимо уже потому, что это противорѣчило бы сущности договора, предполагающаго совпаденіе двухъ воль. Но запрещеніе имѣетъ и болѣе глубокое и практическое значеніе въ смыслѣ предупрежденія возможности большихъ злоупотребленій и большого вреда. Недозволяется опекуну, по общему правилу, вступать въ договоры по имуществу подопечнаго даже со своей женой и съ близкими родными своими. Если бы встрѣтилась серьезная надобность въ договорѣ опекуна или его жены либо родныхъ съ подопечнымъ, то ничего другого не оставалось бы, какъ назначеніе для этой цѣли спеціальнаго опекуна, представителя ad hoc [1]).

Не можетъ опекунъ пріобрѣтать претензіи третьихъ лицъ къ подопечному, развѣ бы прямые интересы и выгоды подопечнаго того требовали. Въ послѣднемъ случаѣ, при взысканіи надлежитъ опредѣлить другого опекуна для отвѣта. Кромѣ того, подобный опекунъ— цессіонарій своей пріобрѣтенной претензіей ни въ чемъ не долженъ ухудшать положеніе другихъ кредиторовъ подопечнаго путемъ созданія какихъ-либо особыхъ обезпеченій и пр. Эти положенія, какъ вытекающія изъ сущности опеки и общихъ началъ справедливости, вполнѣ пріемлемы, казалось бы, и на почвѣ дѣйствующаго нашего права, хотя и не заключающаго прямыхъ постановленій по данному предмету [2]).

---

[1]) Сенатъ нашелъ дѣйствительной уступку правъ несовершеннолѣтняго, совершенную съ согласія его попечителя въ пользу жены послѣдняго, развѣ было бы „установлено, что, давая свое согласіе на совершеніе сдѣлки, попечитель, по соглашенію съ контрагентомъ, сознательно и злонамѣренно дѣйствовалъ во вредъ интересамъ несовершеннолѣтняго", рѣш. гражд. 1911 г. № 104. Представляется, во всякомъ случаѣ, болѣе правильнымъ возложеніе на жену (родныхъ) попечителя (опекуна) и на послѣдняго обязанность доказывать добросовѣстность дѣйствій (выгодность акта для подопечнаго).

[2]) Цессію указаннаго рода нѣкоторыя законодательства даже категорически отвергаютъ, Гражд. Улож. 1825 г., ст. 424, Code Civil, Art. 450, ч. 3. Также Св. Приб. ст. 389, отнимающій у подобнаго опекуна право на удовлетвореніе претензіи послѣдняго, ст. 389. Французское право разрѣшаетъ опекуну съ соотвѣтствующаго разрѣшенія въ соотвѣтствующемъ порядкѣ, снять въ наемъ имущество подопечнаго, Гражд. Улож. 1825 г. ст. 424. Code Civil, Art. 450, п. 3, а Пр. Гр. Ул. допускаетъ, съ соблюденіемъ особыхъ условій, не только наемъ, но и пріобрѣтеніе имущества, ст. 577, абз. 2.

Также и въ случаѣ возникновенія судебнаго дѣла между опекуномъ и подопечнымъ неизбѣжно назначеніе другого опекуна для защиты интересовъ подопечнаго, если только судебное дѣло не такого рода, что свидѣтельствуетъ о полномъ разладѣ между первоначально назначеннымъ опекуномъ и подопечнымъ: въ послѣднемъ случаѣ потребуется совершенно освободить этого опекуна отъ его функцій законнаго представителя.

Опека прекращается съ достиженіемъ подопечнымъ полнолѣтія. Послѣ этого представительство опекуна теряетъ raison d'être. Однако, дѣйствія, совершенныя опекуномъ до момента формальнаго снятія опеки могутъ быть признаны дѣйствительными въ теченіе того времени, которое требовалось для ликвидаціи опекунства. Такъ рѣшается вопросъ на практикѣ, при отсутствіи особыхъ правилъ объ этомъ въ самомъ законѣ.

Съ прекращеніемъ опеки опекунъ составляетъ общій отчетъ въ томъ, что не вошло въ прежніе отчеты, и передаетъ имущество и все, находившееся въ его владѣніи и завѣдываніи, бывшему подопечному. При уклоненіи послѣдняго отъ принятія опекунъ озабочивается мѣрами обезпеченія дальнѣйшей сохранности достоянія по оставленіи имъ опекунства, и поступаетъ согласно правиламъ, постановленнымъ на случай невозможности для должника исполненія обязательства по причинамъ зависящимъ отъ вѣрителя: вноситъ, что можно, въ депозитъ суда и т. д.

Опекунъ можетъ рефлектировать навознагражденіе. Точка зрѣнія французскаго права, относящаго опекунство къ безплатнымъ обязанностямъ, несправедлива и не принята другими кодексами, въ томъ числѣ и дѣйствующимъ нашимъ правомъ. По нашему закону, опекунамъ опредѣляется вознагражденіе въ размѣрѣ пяти процентовъ чистаго дохода [1]).

---

[1]) X т. I ч., ст. 284. Сенатъ полагаетъ, что этотъ процентъ никоимъ образомъ не долженъ исчисляться съ валового дохода, ибо это вело бы къ тому, что во многихъ случаяхъ на воспитаніе и пропитаніе малолѣтняго ничего не осталось бы изъ чистой прибыли, рѣш. гражд. 1880 г. № 45, также рѣш. Общ. Собр. 1888 г. № 10; contra, неосновательно, дореформенная русская практика и нѣкоторые юристы (Побѣдоносцевъ). BGB опредѣляетъ, что die Vormundschaft wird unentgeltlich geführt, но предоставляетъ опекунскому суду въ особыхъ случаяхъ назначать eine angemessene Vergütung по соображенію труда опекуна и состоянія имущества подопечнаго, § 1836, такъ же Čecho-Slov. § 247—275.

Въ заботѣ о болѣе близкой, интимной связи опеки съ интересами опекаемаго, почти всѣ культурныя законодательства, кромѣ нашего, именно, французское, германское, швейцарское создаютъ особые семейные совѣты, состоящіе изъ предсѣдателя и двухъ или болѣе членовъ. Всѣ эти лица избираются обыкновенно въ установленномъ порядкѣ изъ родственниковъ подопечнаго и даже изъ друзей его. Семейный совѣтъ, съ своей стороны, избираетъ опекуновъ или кандидатовъ въ опекуны, наблюдаетъ за дѣйствіями опекуновъ, провѣряетъ и утверждаетъ ихъ отчеты, дѣлаетъ ревизіи, даетъ опекуну указанія, а въ извѣстныхъ случаяхъ и согласіе на тотъ или иной сравнительно значительный актъ, напр., на продажу лишнихъ предметовъ, полученіе денегъ изъ банковъ. Иногда семейный совѣтъ принимаетъ нужныя мѣры самостоятельно, независимо отъ опекуна. Сем. совѣтъ дѣйствуетъ подъ контролемъ другихъ опекунскихъ учрежденій. Бываетъ такъ, что предсѣдатель семейнаго совѣта избирается не родственниками, а органами самоуправленія, какъ лицо оффиціальнаго свойства. На предсѣдателя семейнаго совѣта возлагается, кромѣ предсѣдательствованія, особая распорядительная работа. Онъ еще до формированія всего сем. совѣта принимаетъ мѣры къ охранѣ достоянія подопечнаго отъ расхищенія (опись, опечатаніе), онъ же присутствуетъ при составленіи описей опекуномъ. Особо благопріятствуетъ семейнымъ совѣтамъ французское право, перелагая на нихъ разрѣшеніе части тѣхъ актовъ, которые требуютъ оффиціальнаго подтвержденія. Въ Швейцаріи семейный совѣтъ созывается лишь ausnahmsweise, при необходимости продолженія предпріятія и по другимъ исключительнымъ поводамъ.

Семейному совѣту присущи всѣ выгодныя черты участія близкихъ людей въ осуществленіи опеки [1]). Въ то же время коллегіальный характеръ дѣйствій сем. совѣта устраняетъ возможность злоупотребленій со стороны отдѣльнаго родственника, который пожелалъ бы выдвинуть свои личные или имущественные интересы во вредъ подопечному. Учрежденіе семейнаго совѣта порою факультивно, т. е. имѣетъ мѣсто тогда, когда того требуютъ интересы подопечнаго, при незначительныхъ же и несложныхъ опекахъ разрѣшается обходиться безъ него.

---

[1]) Семейные совѣты вытравляютъ въ институтѣ опеки вредныя черты публичнаго присмотра и чиновныхъ заботъ. Эти черты въ значительной мѣрѣ еще присущи „государственной“ германской опекѣ, между тѣмъ, какъ во Франціи опека, по общему признанію, давно уже стоитъ на надлежащей высотѣ, освободившись отъ холоднаго формализма и оффиціальностей.

Опека надъ безумными, расточителями и безвѣстно—отсутствующими подчиняется, въ общемъ, всѣмъ (изложеннымъ) правиламъ объ опекѣ надъ малолѣтними, mutatis mutandis [1]).

Допускаемая въ нѣкоторыхъ странахъ опека надъ осужденными на заключеніе, для охраны ихъ достоянія, создается обычно при назначеніи такому лицу наказанія на срокъ не менѣе года и при томъ лишь тогда, когда заключенный не имѣетъ самъ повѣреннаго и уполномоченнаго на управленіе дѣлами. Однако и повѣренный, если онъ оставленъ или впослѣдствіи назначенъ осужденнымъ, дѣйствуетъ подъ контролемъ опекунскихъ учрежденій и можетъ быть устраненъ, въ случаѣ надоб-

---

[1]) X т. I ч., ст. 377, 381. Ср. рѣш. гражд. 1903 г. № 30. Такое же значеніе имѣетъ назначеніе опеки къ умершему участнику гражданскаго процесса, Уст. Гр. Судопр., стт. 215, 752, 960, рѣш. гражд. 1878 г. № 290, къ имуществу скрывшагося обвиняемаго въ уголовномъ процессѣ, Уст. Уг. Судопр., ст. 851, къ наслѣдственному имуществу, находящемуся въ спорѣ вслѣдствіе предъявленнаго иска объ уничтоженіи завѣщанія, утвержденнаго или ожидающаго утвержденія,—и еще не поступившему ни въ чье владѣніе, X т. I ч., ст. 1066^{14}. При учрежденіи опеки „процессуальной", въ порядкѣ указанномъ стт. 215, 752 и 960 Уст. Гр. Судопр., опекунъ назначается не только для выступленія на судѣ или для иной какой-либо спеціальной цѣли, а вообще для охраны имущества умершаго собственника; находящееся же въ производствѣ судебнаго мѣста гражданское дѣло служитъ только поводомъ къ учрежденію опеки: рѣш. гражд. 1912 г. № 134. Назначеніе опеки по 1066^{14} ст. X т. 1 ч. имѣетъ въ виду особое обезпеченіе правъ лицъ, возбуждающихъ споръ противъ завѣщанія и принимается судомъ ex officio, стало быть, и при отсутствіи ходатайства о томъ заинтересованныхъ лицъ, рѣш гражд. 1903 г. № 144. Но судъ можетъ, конечно, констатировать и отсутствіе надобности въ такой опекѣ, напр., когда все имущество заключается въ банковомъ вкладѣ, на который уже наложенъ арестъ по иску объ уничтоженіи завѣщанія и признаніи наслѣдственныхъ правъ наслѣдниковъ по закону. Какъ въ приведенномъ случаѣ, такъ и въ случаѣ, предусмотрѣнномъ вышеупомянутыми стт. 752 и 960 Уст. Гражд. Судопр., опекунское установленіе не вправѣ отказать въ учрежденіи опеки, коль скоро имѣется на то соотвѣтственное постановленіе суда. По аналогіи съ опекой „процессуальной" сенатъ допускаетъ назначеніе представительства—опеки къ неизвѣстному собственнику при предъявленіи къ нему исковъ и притязаній третьими лицами, права которыхъ нарушаются его вещами, брошенными или оставленными въ безхозяйномъ состояніи, рѣш. гражд. 1903 г. № 73.

ности и замѣненъ опекуномъ по назначенію. Институтъ опеки надъ осужденнымъ, основанный на гуманности и общественности, получаетъ общее признаніе въ послѣднее время, но чуждъ пока дѣйствующему нашему праву.

Опека замѣняетъ лицо недѣеспособнаго (подопечнаго). Но иногда обнаруживается нужда не въ полномъ замѣщаніи, а лишь въ нѣкоторомъ обязательномъ представительствѣ. Къ индивидууму, котораго нельзя считать вполнѣ недѣеспособнымъ, но который въ то же время не въ состояніи самостоятельно распоряжаться своимъ достояніемъ, назначается попечитель, Pfleger.

По нѣкоторымъ западнымъ законодательствамъ, попечительство есть только частичное представительство надъ лицами, временно лишенными возможности осуществлять необходимую дѣятельность: безвѣстно—отсутствующими, лицами съ физическими или душевными недостатками. Кромѣ того попечитель замѣняетъ опекуна въ опредѣленномъ, конкретномъ дѣйствіи, напр., въ веденіи судебнаго дѣла, либо въ завѣдываніи опредѣленнымъ имуществомъ (случай назначенія малолѣтнему имущества съ указаніемъ законнаго представителя для управленія таковымъ). Наконецъ, попечитель призывается въ особыхъ, специфическихъ случаяхъ, напр. для представительства интересовъ имѣющаго родиться nasciturus'a и пр. [1]). Другія законодательства не знаютъ особаго попечительства, ограничиваясь для всѣхъ случаевъ одной только опекой. По дѣйствующему нашему праву, состоящій подъ попечительствомъ т. е. достигшій 17 лѣтъ, (supra) совершаетъ юридическія дѣйствія самъ, но съ согласія попечителя, а акты менѣе важнаго свойства—по управленію имуществомъ—даже и безъ этого согласія [2]). Указанное разграниченіе въ дѣйствительности нелегко осуществимо и вызываетъ множество споровъ. Въ виду этого и такъ какъ, по закону, простымъ „согласіемъ" ограничивается роль попечителя даже въ самыхъ крупныхъ

[1]) BGB, §§ 1909—1921, Пр. Гр. Ул., стт. 641—671. Въ Италіи curatore speciale назначается для дѣтей, подвластныхъ одной и той же patria padestà, если между ними или между ними и padre возникаетъ споръ, и при тѣхъ же условіяхъ для лицъ, находящихся подъ одной опекой; содѣйствіемъ curatore пользуются также умственно слабые и расточители, Art. 224 (3), 246 (2), 339 (1).

[2]) Такое же попечительство X т. 1 ч. назначаетъ глухонѣмому и нѣмому, по опредѣленію высшаго суда—въ Литвѣ Верховнаго Трибунала—съ достиженіемъ этими лицами совершеннолѣтія, если будетъ найдено опаснымъ предоставить имъ вполнѣ право управленія, ст. 381.

дѣлахъ, а фактически неполнолѣтній послѣ 17 лѣтъ пользуется у насъ слишкомъ большими правами,—на практикѣ легко открывается дорога разнымъ злоупотребленіямъ [1]). Въ будущемъ нашемъ кодексѣ опека будетъ, несомнѣно, единая. (Такое единство—въ шведскомъ законѣ отъ 27 іюня 1924 г.) Будутъ учреждены семейные совѣты, созданы опекунскіе суды, подчиненные высшимъ судебнымъ учрежденіямъ, какъ аппеляціоннымъ и кассаціоннымъ инстанціямъ. Такой представляется въ грядущемъ оффиціальная организація попеченія о недѣеспособныхъ и фактически лишенныхъ возможности дѣйствовать по указаннымъ въ законѣ причинамъ. Объ этомъ съ полной опредѣленностью трактуютъ намѣченные законопроекты. Съ осуществленіемъ всего этого долженъ будетъ настать моментъ, когда съ нашей опеки будетъ снята окончательно тяжесть старыхъ обвиненій въ недобросовѣстности, корыстолюбіи и „казенщинѣ“, въ томъ, что она „изъ чисто хозяйственнаго и семейнаго дѣла“ превратилась „въ дѣло чисто канцелярское: въ искусство писать рапорты и донесенія“. Опекѣ надлежитъ занять у насъ подобающее ей мѣсто, именно стать одной изъ важнѣйшихъ функцій общественной жизни и государственности.

[1]) См. „Объ опекахъ и попечительствахъ надъ сельскими обывателями“, оффиц. изданіе, 1904 г., стр. 39.

СОДЕРЖАНІЕ.

Общія положенія.

Право, Мораль, Справедливость.

Правовыя нормы. Право въ субъективномъ смыслѣ. Право въ объективномъ смыслѣ. Мораль. Проблема сближенія права и морали. Справедливость. Справедливость и законность . . . . . 1— 8

Публичное и частное право.

Отличіе публичнаго права отъ частнаго. Interessentheorie. Значеніе разграниченія между публичнымъ и частнымъ правомъ . . . . . 9— 13

Особыя свойства частнаго права.

Приватный интересъ. Интересъ имущественный и неимущественный 13— 14

Источники частнаго права.

Идеальный запасъ общественныхъ нормативовъ. Главнѣйшіе источники частнаго права. Обычай и законъ. Прочіе источники частнаго права. Общая тенденція къ ассимиляціи источниковъ права . . . 14— 16

Обычай.

Сущность обычая. Исторія обычая. Отличія обычая отъ нравовъ и этикета. Отношеніе обычая къ морали и справедливости. Обычай и законъ. Обычай, какъ средство интерпретаціи волеизъявленій. Пользованіе обычаемъ при восполненіи пробѣловъ закона. Значеніе обычаевъ въ дѣйствующемъ правѣ и въ реформѣ . . . . . 16— 25

Законъ.

Законъ съ матеріальной и формальной стороны. Законъ въ болѣе широкомъ смыслѣ. Автономные статуты. Формальная критика закона. Матеріальная критика закона („конституціонность" закона). Законъ въ прежнія времена и нынѣ. Роль закона въ государствѣ . . . . 26— 32

Дѣйствіе закона.

Диспозитивный характеръ цивильнаго закона. Jus cogens. Невозможность отговариваться незнаніемъ закона. Равенство гражданъ передъ закономъ. Равенство математическое и законъ. Правило о дѣйствіи закона лишь на будущее время, безъ обратной силы. Пространство дѣйствія закона . . . . . 32— 44

Примѣненіе иностранныхъ законовъ.

Допустимость примѣненія права другого государства къ иностранцу. Конфликтное право. Международные частно-правовые статуты. Лич-

ныя права, правоспособность и дѣеспособность въ международномъ частномъ правѣ. Вопросъ о дѣйствительности и силѣ актовъ со стороны формы, въ международномъ частномъ правѣ. Locus regit actum. Отсылка. Малая разработанность коллизіоннаго права. Кодификація конфликтнаго права . . . . . 44— 66

Административное распоряженіе.

Административное распоряженіе, какъ исполненіе закона и восполненіе пробѣловъ закона. Отличіе адм. распор. отъ закона. Оспариваніе административнаго распоряженія. Адм. распор. и судъ . . . . 66— 73

Судебная практика.

Сущность и объемъ дѣйствія судебнаго рѣшенія и значеніе его, какъ прецедента. Судебные прецеденты въ древности и нынѣ. Сила судебнаго прецедента у насъ. Значеніе рѣшеній сената—прежнее и нынѣшнее . . . . . 73— 79

Наука права.

Задача науки права. Роль науки права въ исторіи правосудія . . . 79— 80

Интерпретація и примѣненіе нормъ права.

Субсумпція и восполненіе пробѣловъ закона. Интерпретація закона. Интерпретація закона въ прошломъ и нынѣ. Методы интерпретаціи закона. Доктринальное и аутентическое толкованіе закона. Логическое толкованіе закона. Толкованіе филологическое. Распространительное и ограничительное толкованіе. Толкованіе систематическое, историческое. Взаимное сочетаніе способовъ толкованія закона. Аналогія. . . . . 81—102

Правоотношенія и ихъ группировка.

Юридическое отношеніе и интересъ. Система правоотношеній. . . 102—107

Права личности.

Правоспособность.

Составъ понятія правоспособности. Отличіе правоспособности отъ дѣеспособности. Ограниченіе правоспособности. Рабство. Klostertod. Гражданская смерть . . . . . 108—112

Рожденіе и смерть.

Рожденіе съ точки зрѣнія права. „Выкидышъ". Рожденіе двойни, тройни и т. д. Nalciturus. Вліяніе смерти на правовую сферу лица. Моментъ кончины. Удостовѣреніе рожденія и смерти. . . . . 112—120

Безвѣстное отсутствіе.

Понятіе безвѣстнаго отсутствія. Огражденіе правъ и интересовъ при б. отс. Двѣ презумпціи. Б. отсутствіе прежде и теперь. Опроверженіе презумпціи смерти при б. отс. Облегченные способы признанія б. отс. Недостатки постановленій о б. отс. . . . . 120—128

Правовыя различія лицъ.

Ограниченія и привиллегіи въ современномъ правѣ. Полъ. Религія и національность. Сословія и состоянія. . . . . 129—140

Иностранцы.

Нынѣшняя правоспособность иностранца. Прежнія ограниченія иностранцевъ на Западѣ и въ Россіи. Современныя государственныя мѣропріятія въ отношеніи иностранцевъ въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ странахъ и у насъ . . . . . 140—144

Дѣеспособность.

Понятіе дѣеспособности. Возрастъ. Душевно-больные. Нѣмые и глухонѣмые. Расточители. Несостоятельные должники. О дѣеспособности de lege ferenda. . . . . 145—153

Мѣстожительство.

Значеніе мѣстожительства. Понятіе мѣстожительства. Временное пребываніе . . . . . 155—160

Соединеніе лицъ (Юридическое лицо).

Сущность юридическаго лица. Юридическое лицо въ историческомъ развитіи. Юридическія лица публичнаго права и юр. лица частнаго права. Теоріи юридическаго лица. Правоспособность и дѣеспособность юр. лица. Возникновеніе юр. лица. Прекращеніе юр. лица. Положеніе вопроса о юр. лицахъ въ нашемъ правѣ. Товарищества и акц. общества . . . . . 160—183

Особыя личныя права.

Правовые интересы личности. Жизнь, здоровье, честь, имя, духовныя проявленія и пр. Авторское право. Право на жизнь. Право на собственное изображеніе. Право на имя. Право на честь. Право на извѣстную скрытность частной сферы существованія . . . . . 184—202

Вещное право.

Вещи.

Понятіе вещи. Вещи тѣлесныя и безтѣлесныя. Свойства вещи въ юридическомъ смыслѣ. Вещи, изъятыя изъ оборота. Вещи движимыя и недвижимыя, родовыя и благопріобрѣтенныя, замѣнимыя и незамѣнимыя, потребляемыя и непотребляемыя, дѣлимыя и недѣлимыя. Составныя части. Принадлежности. Плоды . . . . . 203—220

Сущность права на вещь.

Субъектъ права на вещь. Вещныя права и numerus clausus. Отличіе вещныхъ правъ отъ обязательственныхъ. Землевладѣніе. Аграрная реформа . . . . . 220—224

Право собственности.

Границы права с. Эластичность пр. с. Собственность съ точки зрѣнія соціальной. Экспропріація. Предѣлъ свободы собственности. Правомочія собственника. Владѣніе, пользованіе, распоряженіе. Ископаемое и добываемое въ нѣдрахъ земли. Право рыбной ловли и право охоты. Береговое право . . . . . 224—237

Владѣніе.

Сущность владѣнія. Категоріи владѣнія. Переходъ владѣнія Прекращеніе владѣнія. Защита владѣнія. Поссессорный искъ. Владѣніе добросовѣстное и недобросовѣстное. Объ упоминаемомъ въ законѣ „правѣ на владѣніе“ . . . . . 237—254

Ограниченіе собственности.

Легальныя ограниченія права собственности. Право участія общаго. Право участія частнаго. Примѣрный характеръ перечисленія въ законѣ ограниченій правъ собственника . . . . . 255—263

Общая собственность.

Происхожденіе общ. с. Сущность общ. с. Пользованіе, управленіе и распоряженіе въ общ. собств. Раздѣлъ общ. собств. . . . . 263—269

Пріобрѣтеніе права собственности.

Первоначальные и производные способы пріобрѣтенія права собств.: сущность разграниченія. Трудности разграниченія 269

Производные способы пріобрѣтенія права собственности.

Традиція. Укрѣпленіе. Система „ипотечная“ и система „крѣпостная“. 269—279

Первоначальные способы пріобрѣтенія права собственности.

Овладѣніе. Res nullius. Находка. Кладъ. Плоды. Намывъ. Отрывъ. Насажденія и посѣвъ. Постройка на чужой землѣ. Право застройки. Соединеніе, смѣшеніе и переработка вещей. Спецификація. Commixtio, confusio . . . . . 279—307

Сервитуты.

Понятіе сервитута. Реальный и личный сервитутъ. Отличіе сервитута отъ найма, права застройки. Возникновеніе сервитута. Прекращеніе сервитута. Право угодій въ Россіи. Ликвидація сервитутовъ. Пользовладѣніе (узуфруктъ). . . . . 307—314

Наслѣдственное пользованіе.

Римскій эмфитевтъ въ Европѣ. Наслѣдственное пользованіе въ казенныхъ и частныхъ земляхъ въ Россіи. Оброчное содержаніе. Чиншевое право . . . . . 314—320

Обязательственное право.

Обязательство.

Сущность обязательства. Предметъ обязательства. Обязательства дѣлимыя и недѣлимыя, родовыя и видовыя. Денежныя обязательства. Введеніе новыхъ валютъ и валоризація (Aufwertung). Доставленіе данной монетой. Вопросы валюты въ доставленіи по обязательству. Альтернативное обязательство. Дополнительныя доставленія по обязательству. Имущественный и неимущественный интересъ въ обязательствѣ. . . . . 321—331

Возникновеніе обязательства.

Обязательства изъ закона и обязательства изъ волеизъявленія. Человѣческая воля, какъ основаніе возникновенія обязательства. Волеизъявленія одностороннія и взаимныя. . . . . 331—334

Договоръ.

Договоръ съ одностороннимъ и двусторонниимъ доставленіемъ. Синалагматическіе договоры. Договоры въ пользу третьихъ лицъ . 334—341

Свобода обязательствъ изъ волеизъявленій (свобода договора).

Предѣлы допустимости волеизъявленій. Принудительныя обязательства. . . . . 341—343

Образованіе обязательства (заключеніе договора).

Возникновеніе обязательства изъ закона силою самого закона. Принятіе при волеизъявленіяхъ. Совпаденіе воль въ договорѣ. Договоры между присутствующими и договоры между отсутствующими. 343—346

Основаніе обязательства.

Causa обязательства. Абстрактныя обязательства. . . . . 346—349

Форма обязательствъ.

Устная и письменная форма. Сущность письменной формы. Виды письменныхъ актовъ. Нотаріатъ. Роль письменныхъ документовъ въ гр жданскомъ правѣ . . . . . 349—356

Содержаніе обязательства.

Общія замѣчанія 356

Условія.

Понятіе условія. Отличіе отъ „возложенія". Виды условій. Наступленіе и ненаступленіе условія. . . . . 356—360

Дефектныя обязательства.

Незаконное обязательство. Обязательство съ безнравственнымъ содержаніемъ. Обязательства изъ игры. Игра и страховой договоръ. Обязательство невозможное. Послѣдствія признанія недѣйствительности дефектнаго обязательства. . . . . 360—373

Недостатки волеизъявленій въ обязательствахъ.

Надлежащее и ненадлежащее выраженіе воли. Симуляція. Ошибка. Обманъ. Принужденіе. . . . . 373—383

Исполненіе обязательствъ.

Сущность исполненія по обязательствамъ. Treu und Glauben. Исполненіе въ синалагматическомъ договорѣ. Частичное исполненіе и разсрочка. Datio in soeutum. Проценты. Исполненіе надлежащему вѣрителю. Исполненіе черезъ другое лицо. Исполненіе черезъ представителя и служащаго. Исполненіе кредитору вѣрителя. Исполненіе pro invito. Исполненіе при наличности нѣсколькихъ обязательствъ у вѣрителя. Доказательства исполненія по обязательству. 383—395

Время и мѣсто исполненія.

Сроки. Leistungsort и Erfüllungsort. Юрид. послѣдствія, связанныя съ мѣстомъ исполненія. . . . . 395—400

Послѣдствія неисполненія по обязательствамъ.

Препятствія со стороны вѣрителя. Внесеніе предмета исполненія въ депозитъ суда. Неисправность должника. Невозможность исполненія по обстоятельствамъ. . . . . 400—413

Неустойка, задатокъ, отступное.

О гарантіяхъ исполненія обязательства. Неустойка, ея цѣли и задачи. Задатокъ. Отступное. . . . . 413—422

Перемѣны въ обязательственныхъ правоотношеніяхъ (Цессія).

Переводъ обязательства. Цессія. . . . . 422—431

Множественность вѣрителей и должниковъ.

Общность вѣрителей и общность должниковъ. Совокупные вѣрители. Солидарные должники. . . . . 431—438

Прекращеніе обязательствъ.

О типичныхъ случаяхъ прекращенія обязательствъ. Зачетъ. Сліяніе. Прекращеніе договоровъ по взаимному согласію. Новація. Отказъ отъ права по обязательству . . . . . 438—448

Отдѣльныя обязательства.

Дареніе. Купля—продажа. Наемъ (аренда). Ссуда. Поклажа. Заемъ. Подрадъ. Трудовой договоръ. Правонарушеніе. Требованіе изъ неказнаго обогащенія. Значеніе классификаціи. . . . . 449—562

Семейственное право.

Общія замѣчанія.

Сущность семейственнаго права и его объемъ. Семья. Отличительныя особенности семейственнаго права по сравненію съ другими институтами частнаго права. Семейственный интересъ, какъ основа семейственнаго права. . . . . 563—567

Бракъ.

Понятіе брака. Бракъ, какъ гражданскій институтъ, ... 567—568

Реквизиты бракосочетанія.

Согласіе брачущихся. Вліяніе ошибки, обмана и принужденія на свободу согласія при бракѣ. Отсутствіе надлежаагщо разумѣнія. Сговоръ (помолвка). Согласіе родителей, опекуновъ и начальниковъ. Брачный возрастъ. Вѣроисповѣдныя препятствія. Родство. какъ препятствіе къ браку . . . . . 568—577

Заключеніе брака.

Бракъ церковный и гражданскій. Исторія института гражданскаго брака. Гражданскій бракъ, облигаторный и факультативный. Форма заключенія гражданскаго брака. Преимущества гражданскаго брака. 578—585

Недѣйствительный бракъ.

Случаи недѣйствительности брака. Недѣйствительность относительная и абсолютная. Охрана права третьихъ дицъ. . . . . 585—586

Прекращеніе брака.

Смерть супруга. Разводъ. Историческія данныя касательно развода. Поводы къ разводу. Супружеская невѣрность. Неспособность къ брачному сожительству. Жестокое обращеніе. Безвѣстное отсутствіе. Злостное оставленіе супруга. Сумасшествіе супруга. Взаимное согласіе супруговъ. Процессъ о разводѣ. . . . . 586—596

Права и обязанности въ бракѣ.

Личныя правоотношенія супруговъ. Взаимныя обязанности нравственнаго свойства и ихъ правовыя послѣдствія. Званіе и гражданство жены. Фамилія. Совмѣстное жительство супруговъ. Алиментація. Имущественныя отношенія между супругами. . . . . 597—616

Родители и дѣти.

Прежняя родительская власть и постепенное ея смягченіе. . . . 616—617

Происхожденіе ребенка.

Понятіе законнаго дитяти и законность рожденія. . . . . 617—629

Права родителей и дѣтей.

Сущность родительской власти въ настоящее время. Воспитаніе ребенка. Исправительныя мѣры. Содержаніе дѣтей. Представительство за дѣтей. Распредѣленіе родительской власти между родителями. Имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми. Прекращеніе родительской власти. . . . . 629—640

Внѣбрачныя дѣти.

Внѣбрачныя дѣти раньше и теперь. Понятіе внѣбрачнаго ребенка. Юридическая связь внѣбрачнаго ребенка съ отцомъ и матерью. Исходныя положенія проблемы внѣбрачнаго происхожденія. . . . 640—649

Усыновленіе.

Начала, на которыхъ покоится усыновленіе. Условія и реквизиты усыновленія. Форма усыновленія. Права и обязанности усыновленнаго. . . . . 649—655

Родственники.

Родственный союзъ. Близость родства и способы ея опредѣленія. Взаимныя права и обязанности родственниковъ. Положительное и отрицательное вліяніе родства на правовыя отношенія. . . . . 656—659

Наслѣдственное право.

Понятіе наслѣдованія.

Наслѣдственный переходъ правъ и обязанностей. Отличіе наслѣдованія отъ сингулярнаго преемства . . . . . 660—664

Открытіе наслѣдованія.

Основаніе открытія наслѣдованія. Время и мѣсто открытія наслѣдованія . . . . . 664—667

Виды наслѣдованія.

Наслѣдованіе законное и завѣщательное. Наслѣдственный договоръ. 668—670

Наслѣдованіе по завѣщанію. (Общія замѣчанія).

Сущность завѣщанія. Спеціальныя требованія отъ завѣщательнаго акта. Свобода завѣщательныхъ распоряженій. Объектъ завѣщательнаго распоряженія. Пороки завѣщательной воли. Завѣщаніе несовершеннолѣтняго, расточителя . . . . . 670—676

Форма завѣщанія.

Письменная форма римскаго завѣщанія. Форма завѣщанія на Западѣ и у насъ. Домашнее и нотаріальное завѣщаніе. Особыя завѣщанія. Словесныя завѣщанія. . . . . 676—686

Содержаніе завѣщанія.

Предѣлы завѣщательной воли. Необходимые наслѣдники на Западѣ. Неограниченность волеизъявленія по завѣщанію у насъ. Условія, сроки и оговорки въ завѣщаніи. Права и лица въ завѣщаніи. Индивидуализація наслѣдника. Замѣна лица наслѣдника по завѣщанію. Субституція. Право приращенія. Назначеніе наслѣдникомъ будущаго юридическаго лица. Способы указанія завѣщаемыхъ правъ и имуществъ . . . . . 686—699

Отмѣна завѣщанія.

Свобода отмѣны завѣщанія. Способы отмѣны завѣщанія. . . . . 700—702

Наслѣдованіе по закону.

Принципъ кровной связи. Порядокъ наслѣдованія по закону. Право представленія. Наслѣдованіе супруга. Родители и наслѣдованіе. 703—714

Охрана наслѣдства.

Способы охраны наслѣдства. Опись, опечатаніе, вызовъ наслѣдниковъ. Участіе суда въ принятіи охранительныхъ мѣръ. . . . . 714—717

Утвержденіе наслѣдственныхъ правъ.

Сущность удостовѣреній наслѣдственныхъ правъ. Erbschein. Утвержденіе въ правахъ наслѣдованія и утвержденіе завѣщанія по нашему праву . . . . . 717—721

Пріобрѣтеніе наслѣдства.

Принятіе наслѣдства. Наслѣдственная сезина. Наслѣдство до принятія. Способы принятія наслѣдства. Послѣдствія принятія наслѣдства. Отвѣтственность наслѣдника по обязательствамъ наслѣдодателя. Инвентарная система принятія наслѣдства. Сепарація. Отреченіе отъ наслѣдства. Волеизъявленіе о принятіи и отреченіи. Оспариваніе отреченія и принятія. Устраненіе наслѣдника по недостойности . . . . . 721—737

Отчужденіе открывшагося наслѣдства.

Уступка наслѣдственныхъ правъ. Erbschaftskauf на Западѣ. Положеніе вопроса объ уступкѣ наслѣдства у насъ. . . . . 737—738

Иски и споры по наслѣдованію.

Охранительный порядокъ производства дѣлъ объ утвержденіи въ правахъ наслѣдованія и утвержденіи завѣщанія. Обращеніе къ исковому процессу. Искъ объ утвержденіи или уничтоженіи завѣщанія и искъ о законномъ наслѣдованіи. Послѣдствія проигрыша наслѣдникомъ процесса о наслѣдствѣ. . . . . 738—745

Легатъ.

Отличіе легатарія отъ наслѣдника. Легатъ облигаторный и виндикаціонный. Легатъ по дѣйствующему нашему праву. . . . . 745—750

Раздѣлъ наслѣдства.

Полюбовный и принудительный раздѣлъ. Раздѣлъ по нашему закону. Правила раздѣла. . . . . 750—753

Выдѣлъ.

Понятіе выдѣла. Послѣдствія выдѣла. О лицахъ, совершающихъ выдѣлъ. Форма выдѣла. Выдѣлъ и дареніе. . . . . 753—756

Выморочное право и наслѣдованіе государства.

Случаи выморочности. Сущность выморочнаго права. Особенность выморочнаго права у насъ. Право государства на наслѣдованіе. . . 756—762

Реализація частныхъ правъ.

Осуществленіе права.

Понятіе осуществленія права. Шикана. Злоупотребленіе правомъ. Добрая совѣсть при осуществленіи права. . . . . 763—766

Вліяніе времени на осуществленіе права (давность).

Понятіе давности. Давность исковая и давность владѣнія. Принципъ дѣйствія давности. Универсальный характеръ давности. Отличіе давности отъ преклюзивныхъ сроковъ. Давностные сроки. Измѣненіе давностныхъ сроковъ. Исчисленіе давностныхъ сроковъ. Спеціальныя условія для usucapio. Послѣдствія давности. Пріостановка и перерывъ давности. Преемство въ лицахъ при давности. Взаимоотношеніе давности владѣнія и давности исковой. Давность судебнаго рѣшенія. Общій взглядъ на давность и ея значеніе. . . 766—791

Обезпеченіе правъ.

Сущность обезпеченія правъ. Способы обезпеченія. 791

Поручительство.

Обязанность поручителя. Субсидіарный характеръ поручительства. Отношеніе должника къ поручительству. Источники происхожденія поручительства. Поручительство договорное, законное, судебное. Поручительство простое и срочное. Нѣсколько поручителей. Отношеніе между поручителемъ и вѣрителемъ. Индивидуальныя свойства поручительства. Форма поручительства. . . . . 792—800

Залоговое право.

Сущность залогового права. Объектъ залогового права. Сумма залога. Принципъ спеціальности. Совокупный залогъ. Реальный характеръ права залога. Долгъ по закладной. Смыслъ обезпеченія по закладной. Эволюція залогового права. Залогъ законный, судебный и добровольный. Совершеніе залога. Послѣдствія залога. Передача закладныхъ. Отношеніе залогодержателя къ незаложенному имуществу должника. Будущее нашего залогового права. . . . . 800—818

Охрана правъ.

Способы охраны частныхъ правъ. Судебная защита и ея формы. Судебный искъ. Необходимая оборона. Крайняя необходимость. Право удержанія . . . . . 818—826

Представительство.

Сущность представительства. Представительство волюнтарное и законное. Случаи, когда представительство не допускается. Отличіе

представителя отъ комиссіонера и нунція. Совпаденіе воли представителя съ волей представляемаго . . . . . 826—830

Довѣренность.

Довѣренность и порученіе. Природа института довѣренности. Содержаніе довѣренности. Вопросъ о безмездности довѣренности. Форма довѣренности. Срокъ довѣренности. Взаимныя юридическія отношенія повѣреннаго и довѣрителя . . . . . 830—841

Распорядитель безъ полномочія.

Negotiorum gestio. Юридическій характеръ дѣятельности гестора. Отношенія между гесторомъ и dominus'омъ gestio. Положеніе вопроса о веденіи чужихъ дѣлъ безъ полномочій въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ . . . . . 841—845

Завѣщательный исполнитель (душеприказчикъ).

Исполненіе завѣщанія. Понятіе душеприказчика Юридическая природа душеприказчичества. Основаніе дѣятельности душеприказчика. Отчетъ душеприказчика. Устраненіе душеприказчика. Душеприказчичество и реформа . . . . . 854—870

Опека.

Сущность опеки. Опека имущественная и опека личная. Попечительство. Опека на Западѣ и у насъ. Виды опекъ. Избраніе и утвержденіе опекуна. Отказъ отъ опекунства. Вступленіе опекуна въ исполненіе своихъ обязанностей. Дѣятельность опекуна. Прекращеніе опеки. Семейные совѣты. Опека надъ безумными, сумасшедшими и безвѣстно-отсутствующими, осужденными Попечительство на Западѣ. Будущность нашихъ нормъ объ опекѣ . . . . . 854—870.

Предметный указатель.

Abatage 229.
Абортъ 112 сл.
Авторское право 185 сл.
Аграрная реформа 224 сл.
Административное распоряженіе 66 сл. законная сила адм. расп. 72, 73.
Административный судъ 11, 12, 71 и сл.
Акцентъ 345.
Акціонерныя общества 179, 181, 182 сл.
Алиментація внѣбрачнаго ребенка 645 сл., а. дѣтей 631 сл., а. родственника 658 сл., а. супруга 604 сл.
Альтернативное обязательство 327 сл.
Аналогія примѣненія закона 100 сл.
Антиморальное обязательство см. Дефектное.
Аренда 466 сл.
Aufwertung 325 сл.
Аутентическое толкованіе закона 88 сл.

Безвѣстное отсутствіе 120 сл. 123 сл. 868, б. о. супруга 593 сл.
Безподанные 50, 65.
Береговое право 225 сл.
Безхозяйныя вещи 279 сл.
Благопріобрѣтенное имущество 212 сл.
Боковыя линіи 706 сл.
Бракоразводный процессъ 596.
Бракъ 566, 567 сл.
Буквальный смыслъ закона 84.

Вещныя права въ коллизіонномъ правѣ 52 сл.
Вещь 105, 203 сл., Сущность права на в. 220 сл.
Виды наслѣдованія 668 сл.
Vis major см. Непредолимая сила
Владѣльческій искъ 241 сл.
Владѣніе 233, 237 сл.
Внѣбрачныя дѣти 640 сл.
Внѣсудебная защита 818 сл., 825 сл.
Военная добыча см. Непріятельское.
Воздушное пространство 232.
Возрастъ 116 сл., брачный в. 574 сл.
Война и безвѣстное отсутствіе 127.
Воспитаніе ребенка 630 сл.
Воспрещеніе будущихъ нарушеній 202.
Временное правительство 12. 71, 223.
Временное пребываніе 159 сл.
Время исполненія обязательства 395 сл., см. Обратная.
Выдѣлъ 753 сл.
Вызовъ наслѣдниковъ 715 сл. 125.
Выкидышъ 112 сл.
Выкупъ 473.
Выморочное право 756 сл., в. п. при безвѣстномъ отсутствіи 126,
Вѣтви дерева 261.

Генеральный залогъ 800 сл. 805.
Генерическое см. Родовое.
Глухонѣмые 151.
Гражданская смерть 110 сл.
Гражданскій бракъ 578 сл.
Грамматическое толкованіе закона см. Филологическое.

Давность 766 сл., д. владѣнія 767 сл., д. исковая 767 сл., дѣйствіе д. 780 сл., преемство при д. 788, пріостановка и перерывъ д. 783 сл., д. судебнаго рѣшенія 789.
Давность владѣнія см. Usucapio.
Дареніе 449 сл.
Datio in solutum 388.
Движимыя вещи 209 сл.
Двойня 113.

Дворянство 136.
Двусторонній договоръ см. Синалагматическій.
Денежное обязательство 324 сл.
Депозитъ суда 401 сл.
Дефектныя обязательства 360 сл.
Дикія животныя и птицы 281.
Диспозитивный характеръ цивильнаго закона.
Добросовѣстное владѣніе 250.
Добросовѣстное пріобрѣтеніе отъ несобственника 271 сл.
Довѣренность 830 сл., срокъ д. 833 сл., форма д. 832 сл.
Договоръ 334 сл., д. въ пользу третьихъ лицъ 336 сл.
Доказательство исполненія по обязательству 393 сл.
Доктринальное толкованіе закона 88, 89 сл.
Документы 353 сл.
Долевое исполненіе по обязательству 386 сл.
Домицилій см. Мѣстожительство.
Дополнительныя доставленія по обязательству 330.
Дорога необходимая 261.
Духовныя лица 138.
Душевно-больные 149 сл., 867.
Душеприказчикъ 846 сл., см. Исполненіе завѣщанія.
Дѣеспособность 145 сл. 108, д. въ конфликтномъ правѣ 49 сл.
Дѣлимыя вещи 215 сл., д. обязательства 322 сл.

Единообразіе судебныхъ рѣшеній 78 сл.

Женщина см. Полъ.
Жестокое обращеніе съ супругомъ 593.
Животное 1.
Жизнь 195.

Завѣщаніе 668 сл., 670 сл., з. несовершеннолѣтняго 674 сл., расточителя 675, словесныя з. 685 сл., содержаніе завѣщанія 686 сл., См. Форма завѣщанія.
Задатокъ 420 сл.,
Задаточная росписка 467.
Заемныя письма 500 сл.
Заемъ 498 сл.
Закладъ см. Залогъ.
Законность рожденія см. Происхожденіе ребенка.
Законъ 15, 26 сл., з. и административное распоряженіе 66 сл., критика з., формальная и матеріальная 28 сл., Notverordnungen 26 сл., понятіе з. 26, роль з. въ правовомъ государствѣ 32,
Залогъ 800 сл., взысканіе по з. съ прочаго имущества должника 813 сл., новый з. заложенной вещи 814 сл., послѣдствія з. 811 сл., реформы права з. у насъ 816 сл., совершеніе з. 808 сл., уступка з. 808 сл.
Замѣнимыя вещи 213 сл.
Запродажа 465 сл.
Запойцы 155.
Застройка 294 сл.
Засѣвъ 292.
Зачетъ 438 сл.
Злоупотребленіе правомъ 764 сл.

Игра 364 сл.
Идеальныя общества 174 сл.
Изображеніе 195 сл.
Имущественныя отношенія между супругами 607 сл.
Имя (право на имя 196) сл.
Инвентарь 731 сл.
Иностранные законы 44 сл., констатированіе и. з. 61 сл.
Иностранцы 140 сл.
Интерпретація см. Толкованіе.
Ипотечная система 275 сл., см. Залогъ.
Исключительное свойство вещнаго права 222 сл.
Ископаемыя 234.
Искъ 819 сл., и. объ утвержденіи и уничтоженіи завѣщаніи 741 сл., наслѣдственный 738 сл.,

Исполненіе обязательства 283 сл., и. другому лицу 390 сл., и. pro invito 391, и. при нѣсколькихъ обязательствахъ 392 сл.
Исправительныя мѣры родителей по отношенію къ дѣтямъ 631 сл.
Историческая интерпретація закона 96 сл.
Источники частнаго права 14 сл.

Jus cogens въ конфликтномъ правѣ 54, см. Принудительныя нормы.
Jus retentionis см. Удержаніе.

Causa см. Основаніе обязательства.
Kauf bricht (bricht nicht) Miete 480 сл.
Квитанція см. Доказательство исполненія по обязательству.
Кинематографія см. Авторское право.
Кладъ 286 сл.
Кодификація права 65.
Коллективный см. Тарифный.
Коллизія разногосударственныхъ законовъ 46.
Конфликтное право см. Коллизія.
Кооперація 139.
Концессіонная система возникновенія юридическихъ лицъ 172 сл.
Крайняя необходимость 822 сл.
Крестьяне 138.
Критика закона см. Законъ.
„Крѣпостная" смстема 276, 277 сл.
Купля—продажа 455 и сл., к.-п. съ разсрочкой платежа 471 сл.

Laesio enormis 457 сл.
Легатаріи 699, 745 сл.
Ликвидація юр. лица 175 сл.
Литература см. Авторское право.
Литы 325 сл.
Личное задержаніе должника 412 сл.
Личность (права л.) 108 сл.
Личныя права см. Особыя личныя права.
Личныя правоотношенія супруговъ 597 сл.
Locus regit actum 60.

Метрикація 118 сл.
Мировое соглашеніе („мировая сдѣлка") 448.
Множественность вѣрителей и должниковъ 431 сл.
Монахъ 109 сл.
Monstrum 113.
Мораль 1 сл.
Музыка см. Авторское право.
Мѣна 465.
Мѣсто исполненія обязательства 398 сл.,
Мѣстожительство 155 сл., м. жены 601 сл.

Надѣльныя земли 138 сл.
Наемъ 466 сл.
Намывъ 290 сл.
Нарушеніе обязательства см. Неисполненіе.
Насажденіе 292.
Наслѣдованіе 660 сл., н. въ авторскомъ правѣ 191 сл., н. государства 756 сл., н. безвѣстно отсутствующему 122 сл., н. по завѣщанію 670 сл., н. по закону 703 сл., н. родственниковъ 659, н. съ точки зрѣнія конфликтнаго права 58 сл., н. усыновленнаго 655.
Наслѣдственное пользованіе 314 сл.
Наслѣдственный договоръ 669 сл.
Nasciturus 113 сл.
Наука права 79 сл.
Находка 282 сл.
Національность 132 сл.
Невозможное обязательство см. Дефектное.
Невозможность исполненія по обязательству 406 сл.
Невѣрность супружеская 501 сл.,
Negotiorum gestor см. Распорядитель.
Неграмотный см. Письменная.
Недобросовѣстное владѣніе 250 сл.
Недвижимыя вещи 209 сл.
Недостатки волеизъявленій въ обязательствѣ 373 сл.
Недѣйствительный бракъ 585 сл.
Недѣлимыя см. Дѣлимыя.

Незаконное обязательство см. Дефектное.
Незамѣнимыя вещи см. Замѣнимыя.
Незнаніе закона 34.
Неимущественный интересъ въ обязательствѣ 330 сл.
Неисполненіе обязательства 401 сл. 404 сл.
Необходимая оборона 820 сл.
Непотребляемыя вещи см. Потребляемыя
Непреодолимая сила 408 сл.
Непріятельское имущество 280.
Несовершеннолѣтній см. Возрастъ.
Несостоятельные должники 153 сл.
Неспособность супруга къ брачному сожительству 592 сл.
Неустойка 414 сл.
Нисходящіе 705 сл.
Нотаріусы 275 сл.
Notverordnungen см. Законъ.
Нѣмые 151.
Обезпеченіе правъ 791 сл.
Обманъ 377 сл.
Оборотъ (вещи, изъятыя изъ о.) 207 сл.,
Обратная сила закона 39 сл.
Оброчное содержаніе 316.
Общая собственность 263 сл
Обычай 4, 15, 16 сл, 20 сл., 260, 262.
Обязательство 321 сл., о. въ конфликтномъ правѣ 53 сл.
Ограниченіе правъ 129 сл., о. собственности 255 сл.
Ограничительное толкованіе закона 92 сл.
Одновременная смерть 116 сл.,
Одобреніе (послѣдующее) дѣйствій повѣреннаго см. Ratihabitio.
Onus probandi при неисполненіи обязательства 410.
Опека 853 сл., о. въ конфликтномъ правѣ 57 сл., о. для отвѣта по иску 724. о. родителя 855 сл., 858. о. родственниковъ 657 сл., 855, 856.
Опекунскія учрежденія 856, 857 сл.
Организаціи хозяйственнаго и соціальнаго характера новѣйшаго времени 139.
Органы см. Юридическое лицо
Основаніе обязательства 346 сл.
Осушка (законъ объ о. земель 260)
Осуществленіе права 763 сл.
Отвѣтственность наслѣдника 728 сл.
Отказъ наслѣдственный см. Легатарій.
Отказъ отъ права по обязательству 446 сл.
Отреченіе отъ наслѣдства 733 сл.
Отрывъ 291.
Отступное 422 сл.
Отсутствующіе (договоръ между о.) 344 сл.
Отсылки въ коллизіонномъ правѣ 62.
Отчужденіе наслѣдства 737 сл.
Охота 235.
Охрана наслѣдства 714 сл.
Охрана правъ 818 с.
Очистки 460 сл.
Ошибка 375 сл.

Парнетеллы 705, 706.
Партіи 139.
Переводъ 189 сл.
Передача см. Традиція
Передовѣріе 838 сл.
Переработка см. Спецификація
Письма 189 сл.
Письменная форма обязательства 351 сл.
Плодъ сл. Nasciturus
Плоды 219 сл., 788 сл.
Поднаемъ 477 сл.
Подрядъ 518 сл.
Поклажа 490 сл.
Pollicitacio см. Публичное обѣщаніе.
Полномочіе см. Довѣренность и Распорядитель.
Пользованіе 233.
Пользовладѣніе 306, 312 сл.
Полъ 129.
Помолвка см. Сговоръ.
Попечительство 855, 868 сл.
Поручительство 792 сл.
Порядокъ призыва къ наслѣдованію по закону 705 сл.
Посессорный искъ см. Владѣльческій
Поставка 469 сл.
Постройка 210, 292 сл.

Потребляемыя вещи 214 сл.,
Право 1 сл., 104, объективное п. 105, субъективное п. 105,
Право участія общаго 256 сл.
Право участія частнаго 259 сл.,
Правовое государство см. Законъ.
Право застройки см. Застройка.
Правомочіе 1, 104 сл., ли ное п. 106 сл,
Правосознаніе 1,
Правоотношеніе 103 сл.,
Право представленія 708 сл,,
Правоспособность 108 сл., п. въ конфликтномъ правѣ 49 сл.,
Представительство 826 сл., п. родителей за дѣтей 635 сл.,
Преимущественная покупка при продажѣ доли общей собственности 266
Прекращеніе брака 586 сл.,
Прекращеніе отношеній между родителями и дѣтьми 639 сл.
Прецедентъ см. Судебная практика.
Привиллегіи 129, 136.
Пригульный скотъ, 284,
Приданое 613 сл.,
Принадлежность 217.
Принудительный договоръ 342.
Принудительныя нормы 33.
Принужденіе
Принятіе наслѣдства см. Пріобрѣтеніе.
Присутствующіе (договоры между п.) 344.
Пріобрѣтеніе наслѣдства 721 сл..
Пріобрѣтеніе права собственности 269
Проба (покупка на п.) 473.
Продажа см. Купля—продажа
Продажа съ публичнаго торга 459.
Прозвище 199.
Производные способы пріобрѣтенія права собственности 269 сл.
Происхожденіе ребенка 617 сл.,
Проценты 388 сл., 502 сл.,
Прямая линія (при наслѣдованіи) 707 сл.
Псевдонимъ 199, см. Авторское право.
Публикаціи о вызовѣ безвѣстно — отсутств. 12?.
Публичное обѣщаніе вознагражденія 332
Публичное право 8 и сл.,
Публичный торгъ см. Продажа съ п. т.

Равенство передъ закономъ 36 сл.
Радіо 193.
Разводъ 586 сл.,
Раздѣлъ общей собственности 266 сл., р. наслѣдства 750 сл.
Раздѣльное жительство супруговъ 630 сл.
Разсрочка уплаты по обязательству 387 сл.
Распорядитель безъ полномочія 841 сл.
Распоряженіе 233.
Распространительное толкованіе закона 9 сл.
Расточители 151, 867, см. Завѣщаніе.
Ratihabitio 740.
Реквизиція 332, см. Принудительный договоръ.
Религія 132 сл., р. брачущихся 576.
Родители 616 сл., 629, 635 сл., 713 сл.
Родовое имущество 212 сл.
Родовое обязательство 323 сл.
Родство при вступленіи въ бракъ 576 сл.
Рожденіе 112 сл.
Рыба 281 сл.
Рыбная ловля 285.
Рѣчь 189.

Самопомощь см. Внѣсудебная защита.
Свобода договоровъ 341 сл.
Свобода завѣщательныхъ распоряженій 672.
Свобода совѣсти 133.
Свойственники 657.
Сговоръ 570.
Сезина 722 сл.
Секвестръ 332.
Семейный совѣтъ 657, 866 сл.
Семейственное право 563 сл.
Семейственныя правоотношенія въ коллизіонномъ правѣ 54 сл.
Семья см. Семейственное право.
Сенатъ (значеніе рѣшеній с.) 77.
Separatio 732 сл.
Сервитуты 307 сл.
Симуляція 374 сл.

Синалагматическій договоръ см. Исполніе обязательства.
Сингулярное правопреемство 662.
Система правоотношеній 107.
Систематическое толкованіе закона 94.
Скрытность (право на с.) 201.
Сліяніе 444 сл.
Случай 408.
Смерть 112, 116.
Смѣшеніе 303, 306.
Собственность, 224 сл.
Совершеннолѣтіе см. Возрастъ.
Совпаденіе воль въ договорѣ 343.
Согласіе при вступленіи въ бракъ: нупturіентовъ 563 сл., начальства 573, со стороны родителей 571 сл.
Согласіе супруговъ на разводъ 596.
Содержаніе см. Алиментація.
Содержаніе обязательства 356.
Соединеніе 303, 306.
Соединеніе лицъ см. Юридическое лицо.
Солидарность см. Множественность.
Сословіе 136 сл.
Составныя части 217.
Соціальная солидарность 2.
Союзъ родственный см. Родственники.
Спецификація 304 сл.
Споры о наслѣдствѣ 738 сл.
Справедливость 5 сл.
Срокъ давностный 770 сл., с. въ завѣщаніи 688, см. Время исполненія обязательства.
Ссуда 487 сл.,
Страхованіе 314, 367 сл.,
Строенія см. Постройка.
Сублокація см. Поднаемъ.
Субституція 693 сл.,
Судебная защита 818 сл.
Судебная практика 73 сл.
Судейское правотворчество 101 сл.
Судъ и администрація 68 сл., 71, 72, с. и законъ 77 сл.
Сумасшествіе супруга 594, см. Душевно-больные.
Супругъ 709 сл., см. Бракъ.

Тарифный договоръ 513 сл.
Товарищества 162, 173 сл.
Тестаментъ см. Завѣщаніе.
Толкованіе правовой нормы 82 сл.
Традиція 270 сл.
Трансмиссія 666, 692
Третьи лица: (договоръ въ пользу т. л.) см. Договоръ.
Трудовой договоръ.

Убытки отъ неисполненія обязательства 412.
Угодья см. Сервитуты.
Удержаніе (jus retentionis) 823 сл.
Удостовѣреніе рожденія и смерти см. Метрикація
Узаконеніе 624 сл.
Usucapio 770, 775 сл.
Указная часть 710 сл.
Укрѣпленіе права собственности на недвижимость 274 сл.
Универсальное правопреемство 662 сл
Условіе 356 сл., у. въ завѣщаніи 688
Усмотрѣніе (справедливое у. суда при взысканіи убытковъ) 413.
Уставы юридическихъ лицъ 170.
Установительные иски 200.
Устраненіе наслѣдника въ завѣщаніи 691 сл.
Усыновленіе 649 сл.
Утвержденіе завѣщанія 718 сл., 738 сл.
Утвержденіе въ правахъ наслѣдованія 717 сл., 738 сл.
Учрежденіе 162.

Факультативное обязательство 329.
Фамилія дѣтей 629, ф. замужней женщины 599 сл., см. Имя.
Фидеикомиссъ см. Субституція
Филологическое толкованіе закона 90.
Фирма 198, 200 сл.
Фискъ 9, 162.
Форма завѣщанія 676 сл.
Форма обязательства 349 сл., см. Locus
Фотографія см. Авторское право.
Fixgeschäft 405.

Храненіе см. Поклажа.
Художество см. Авторское право.

Церковный бракъ 578 сл.
Цессія 423 сл.
Цѣль закона 87.

Частное право 8 сл., не-имущественныя черты ч. п. 13 сл., приватная иниціатива въ ч. п. 13.
Честь 20.
Чиншевое право 316 сл.
Чудовищный видъ см. Monstrum

Шикана 764 сл.

Эвикція 461.
Экспропріація 229 сл.
Эластичность права собственности 225.

Юридическое лицо 160 сл., иностранное ю. л. 143, назначеніе наслѣдникомъ по завѣщанію будущаго ю. л. 697, правоспособность и дѣеспособность юр. лица въ конфликтномъ правѣ 50 сл., ю. л. публичнаго права 162, ю. л. частнаго права 162.

Списокъ работъ и сочиненій, на которыя сдѣланы ссылки въ настоящей книгѣ.

Абрамовичъ, О крестьянскихъ сервитутахъ въ губ. западныхъ, Прибалт. и Царств. Польскомъ, 1895.

Адлеръ, Отвѣтственность безъ вины въ гражданскомъ и уголовномъ правѣ. 1913 г.

Азаревичъ, О наслѣдованіи родственниковъ бездѣтной вдовы въ указчой части, Журн. Гр. и Уг. Права, 1880 г. кн. IV.

Его же, Русскій бракъ, Журн. Гр. и Уг. Права т. IV. 1904 г.

Его же, Свобода и ограниченіе духовныхъ завѣщаній, Журн. Гр. и Уг. Права, 1889 г. кн. VIII.

Его же, Семейныя и имущественныя отношенія по русскому праву, Журн. Гр. и Уг. Права, 1883 г. кн. IV.

Его же, Система римскаго права, т. 2, 1888 г.

Анненковъ, Защита правъ третьихъ лицъ въ производствѣ по охраненію наслѣдства, Журн. Гр. и Уг. Права, 1889 г., кн. I.

Его же. Опытъ комментарія къ Уст. Гражд. Судопр., т. I, 1881 г.

Его же, Послѣдствія неисполненія договора одной стороной по отношенію правъ и обязанностей другой стороны, Журн. Гр и Уг. Права 1890 г., кн. II.

Его же, Система русскаго гражданскаго права, т. I, 1910 г. т. 3, 1898, т. V, 1905.

Angerbach, Parlament und Begnadigungsrecht. D. I. Z. 1928, H. 3.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919.

Arndt, Abzahlungsgeschäft in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, 2 B., 1 L. 1927.

Asch, Der Erbe, 1925.

Bamberger, Erbrecht des Reiches und Erbschaftssteuer, 1927.

Barazetti, Das internationale Privatrecht im bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1897.

Башмаковъ, Очеркъ права родового, наслѣдственнаго и обычнаго, 1911 г.

Бентамъ, Избранныя сочиненія, т. I, 1867.

Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892.

Бернгефтъ и Колеръ, Гражданское право въ Германіи, 1910 г.

Büchler. Das neue Aktienrecht in Litauen, Sonderabdruck der Zeitschrift f. d. gesamte Handels- und Konkursrecht, L. XXXVIII B.

Binder, Bürgerliches Recht, Erbrecht, 1923.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1860.

Bovensiepen, Alter und Recht, въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1 L.

Боровковскій, Бракъ и разводъ, Ж. М. Ю., 1898 г. № 8.

Bovier, Manuel pratique de legislation du travail, 1927.

Фонъ-Бринкманъ, Ограниченіе правоспособности по безумію и сумашествію, Ж. М. Ю., 1908 г. № 6.

Бронштейнъ, Натуральное обязательство въ современныхъ правовыхъ системахъ, отдѣльный оттискъ изъ журнала „Вѣстникъ права", Апрѣль 1904 г.

Brugi, Instituzioni di diritto civile italiano, 1928.

Bruno, Codice Civile del regno d'Italia, 1905.

Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, 1874.

Brunet, Le principe d'égalité en droit francais, 1910.

Брунъ, Коллизіонная и матеріально-правовая норма о формѣ сдѣлокъ — locus regit actum, Журн. Мин. Юст., 1911 г. № 9.

Его же, Публичный порядокъ въ международномъ частномъ правѣ, Ж. М. Ю., 1916.

Буковскій, Св. Гражд. Узаконеній Губ. Приб., 1914.

Bunge, Das Liv.-und estländische Privatrecht, 2, 1848.

Бутовичъ, Договоры въ пользу третьихъ лицъ, Ж. М. Ю. 1910 г. № 2.

Бутовскій, Продажа съ разсрочкой платежа, Ж. М. Ю. 1915 г № 9.

Его же, Открытие наслѣдства и вызовъ наслѣдниковъ: Ж. М. Ю. 1914 г. № 1.

Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ 1912 г.

Его же, Возмѣщеніе моральнаго (не-имущественнаго) вреда, 1913.

Его же, Устраненіе наслѣдниковъ въ завѣщательномъ распоряженіи, Вѣстникъ Гражданскаго Права, 1913 г. № 2,

Его же, Наслѣдникъ и легатарій, Право, 1909 г. № 35.

Его же, Война и правосудіе, 1915.

Wahl, Adoption въ Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil — und Handelsrecht des In—und Auslandes, 213, 1 L.

Waldecker, Allgemeine Staatslehre, 1927.

Walker, Internationales Privatrecht, 1921.

Варадиновъ, Ипотека, Ж. М. Ю., т. XII, ч. II.

Васьковскій, Руководство по толкованію и примѣненію законовъ, 1913.

Его же, Учебникъ Гражданскаго Права, в. 1, 1894.

Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907.

Weiss, Manuel de droit international privé, 1925.

Винаверъ М., Общая часть обязательственнаго права въ проектѣ Гражд. Уложенія, Ж. М. Ю. 1901 г. № 4.

Windsheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2, 3, 1879.

Winkler-Krämer, Das aktienrechtliche Minderheitschutz 1928.

Вицинъ, О нѣкоторыхъ особыхъ договорахъ по русскому праву (изъ лекцій Д. Мейера) Ж. М. Ю. т. XI ч. II.

Wolff, Juridische Person und aufgegebenes Grundstück 1927.

Вормсъ и Ельяшевичъ Законы Гражданскіе (св. Зак. т. X, ч. I) практическій и теоретическій комментарій, Вып. 1. 2 и 3. 1914.

Гамбаровъ, Курсъ гражд. права, т. I, 1911 г.

Garris, Rechtsenzyklopödie und Methodologie (bearbeiteite Aufgabe mit Zusätzen von, Wenger, 1920.

Гедда, Крестьянскіе надѣльные, подворные участки, какъ имущество родовое, Ж. М. Ю. 1913, ноябрь.

Гедеманъ, Трансформатныя понятія собственности.

Гедримовичъ, О желательныхъ измѣненіяхъ общихъ положеній I ч. X т. по договору личнаго найма, Журн. Гр. и Уг. Права 1888 кн. V.

Geny, Methode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. I et II, 1919.

Герардъ, Охраненіе наслѣдства, Журн. Гр. и Уг. Права 1873 кн. V.

I. В. Гессенъ, Узаконеніе, усыновленіе и внѣбрачныя дѣти, 1910.

Gianturco, Institutioni di duitto civile Italians, 1919.

Гинсулъ, О легатахъ, 1912 г.

Гинсъ, Право на предметъ общаго пользованія, 1925.

Гольмстенъ, Опытъ построенія общаго ученія о правѣ регресса, М. М. Ю, 1919 г. № 9.
Его же, Юрид. изслѣдованія и статьи 1894 г.,
Его же, Очерки по русскому праву, в. I, 1895 г.

Гордонъ, Что долженъ доказать суду наслѣдникъ по закону для полученія открывшагося наслѣдства, Судебный Журналъ, 1873 г. кн. II.
Его же, Представительства безъ полномочій.
Его же, Представительство въ гражданскомъ правѣ, Журн. Мин. Юст. XXXI ч. I.

Городинскій, Замѣчанія на проектъ книги пятой Гражданскаго Уложенія объ обязательствахъ, М. М. Ю., 1900 № 4.

Горяиновъ, Руководство для Консуловъ, 1903,

Градовскій, Начала русскаго государственнаго права, т. I, 1875.

Гр жданское уложеніе, Объясненія Редакціонной Комиссіи, кн. 1, 1903, кн. 2, 1902, кн. 3, 1902, кн. 4, 1903, ки. 5, т. 1, 2, 3, 4, 5, 1899 г.

Гражданское Уложеніе 1825 г.

Grasso, Principii di diritto internationale. 1896.

Д. Гриммъ, Лекціи по догмѣ римскаго права 1924,
Его-же, Очерки по ученію объ обогащеніи, 1891.

Гуляевъ, Иски и возстановленія нарушеннаго владѣнія въ практикѣ Гражданскаго Касаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената Ж. М. Ю. 1910 г. № 3.

Его-же, Русское Гражданское право, 1911 г.

Гуляевъ, Предбрачный даръ въ римскомъ правѣ и въ памятникахъ Византійскаго законодательства, 1891 г.

Гусаковскій, Отвѣтственность за неисполненіе договора Ж. М. Ю., 1913 г. № № 8 и 9.

Handelsgesetzbuch,—Erläuterungen Littauer—Mosse, 1920.

Haff, Instituzionen des Deutschen Privatrechts, B, I, 1927.

Hermann, Das Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen, 1925.

Hoeniger-Kahn, BGB mit Nebengesetzen, 1926.

Haffer, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, 1926.

Hoffmann, Das Reichgesetz über das Verlagsrecht, 1925

Hochenberg, Juristische Rundschau, D. I. Z. 1928, H. 6.

Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 1922.

Dalloz, Dictionnaiee pratique de droit. 1926.

Данилова, Отвѣтственность должника за дѣйствія третьихъ лицъ, участвующихъ въ исполненіи договора, 1913 г.

Das bürgerliche Gesetzbuch für die Čechoslovakische Republik, Entwurf der Kommision für die Revision des ABGB, 1924.

Дебольскій, Гражданская дѣеспособность по русскому праву до конца XVII в., 1903.

Демченко, Судебный прецедентъ, Ж. М. Ю., 1903 г. № 4.

Его-же, Идея права съ точки зрѣнія категорій возможности, необходимости и долженствованія, 1908 г.

Его-же, Существо наслѣдства и призванія къ наслѣдованію по русскому праву, 1877 г.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, B I, 1902, B, 2, 1899.

Devonshire, The New Property Code, 1927.

Дидонъ, Брачный разводъ, пер. Пономарева, 1909.

Düring, Internationales Recht der Privatluftfahrt, 1927.

Дистерло, О наймѣ на сельско-хозяйственныя работы по закону и по обычному праву Журн. Гр. и Уг. Права 1886 г. кн. III.

„Die neue Generation", 21 Jahr, Heft 12, 1921.

Die Staatsverfassungen des Erdballs, herausg. von Posener.

М. Добровольскій, Практика бывшаго 4-го и судебнаго департамента, а также 2-го общаго Правительствующаго Сената Собранія и Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената по торговымъ дѣламъ, т. I, 1908 г.

Дювернуа, Чтенія по русск. гражд. праву, т. 1. в. 2, 1898 г.

Дюги, Общія преобразованія гражданскаго права со времени Кодекса Наполеона, 1919

Евтихіевъ, Законная сила актовъ администраціи, 1911.

Egli, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, 1926.

Elster, Moratorium in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, L. 8.

Ельяшевичъ. Еще о спецификаціи по русскому праву, Право 1913 № 3.

Его же, Право участія частнаго и его защита, 1914.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1896.

Jenks, A digest of English civil law, V. II, part. III, 1908.

Jenks, Digest de droit civil anglais, trad., t. 1, 2, 1923.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1 B, 2 Abt., 1910, 1 B, 1 Abt., 1909.

Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung (vom 23. Juni 1918).

Erb, Vom Wesen des Rechts und der Sittlichkeit, 1925.

Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen, Liv. Est. und Kurland, I, 1889

Ettinger, Zbrodniarz w świetle antropologii i psychologji, 1924.

Escher, Das Erbrecht des Schw. ZGB, 1909.

Журналъ Особаго Совѣщ. при Госуд. Сов. для предвар. разсмотрѣнія Пр. Гр. Ул., 1901.

Записка Министра Юстиціи по Проекту кн. V Гражданскаго Уложенія (Обязательственное Право) отъ 14 октября 1913 г.

Загоровскій, Курсъ семейнаго права, 1909 г.

Загурскій, Родительская власть по современному французскому законодательству 1893.

Замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, 1891.

Звоницкій, О залогѣ по русскому праву, 1912.

Siber, Draufgabe, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 9 L, 1926.

Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927.

Змирловъ, Договоръ займа по нашимъ законамъ, Журн. Гр. и Уг. Права, 1882 г. кн. V.

Его же, Договоръ найма имуществъ по нашимъ законамъ, Журн. Гр. и Уг. Права, 1884 г. кн. II,

Его же, Объ утвержденіи духовныхъ завѣщаній въ исковомъ порядкѣ, Юридическій Вѣстникъ, 1886 г. № 5,

Его же, О взысканіи съ судей убытковъ; Ж. М. Ю. 1905.

Jahne, Die Akademie für internationales Recht im Haag, D. J. Z. 1925, Heft 22.

Jonton, Simples explications sur le droit civil, 1904.

Isaac, Die Codifikation des Internationalen Privatrechts nach den Beschlüssen der International law Association Wien 1926, — 1927.

Кавелинъ, Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ, 1879.

Карницкій, О введеніи ипотечной системы въ Царствѣ Польскомъ по законамъ 1818 и 1825, Журн. Гр. и Уг. Права, 1878, кн. V.

Карышевъ, Вѣчно наслѣдственный наемъ земель на континентѣ Западной Европы 1885

Катковъ, Понятіе права удержанія въ римскомъ правѣ, 1910.

Его же, Преемство въ правѣ наслѣдованія по римскому и современному праву, 1904 г.

Кассо, Запродажа и задатокъ, 1903.
Его же, Источники русскаго гражданскаго права, 1900 г.
Его же, Къ столѣтію Кодекса Наполеона, 1904 г.
Его же. Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ, 1898 г.
Его же, Преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя, 1895 г.
Его же, Зданія на чужой землѣ, 1905.

Кистяковскій, Долговая отвѣтственность наслѣдника въ римскомъ правѣ, 1900.
Его же, Понятіе субъекта права, 1903.

Kohler, Autorrecht, 1880.
Его-же, Urheberecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1907.

Koelrenter, Oeffentliches Recht въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 10 d. 1926.

Cosentini, La reforme de la legislation civile, 1913.

Kretschmar, Das Erbrecht des deutschen BGB, 1910.

Conradi-Walter, Izvilkumi po Latvijos Senata civila Kasacijos Departamenta.

Copinger, The laiw of Copyrigth, 1909.

Коркуновъ, Исторія философіи права, 1915,
Его-же, Указъ и законъ, 1894.

Krückmann, Einführung in das Recht, 1912.

Курдиновскій, Договоры о правѣ наслѣдованія, 1913.
Его-же, Къ ученію о легальныхъ ограниченіяхъ права собственности на недвижимость въ Россіи, 1899.
Его-же, Объ ограниченіяхъ права собственности на недвижимое имущество по закону, 1904.

Sell, Japan in Staatsverfassungen des Erdballs.

Curti-Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, 1911.

Kutrzeba, Mniejszości w najnowszem prawie międzynarodowem, 1925.

Левинъ, Теор. и Практ. Комм., 2.

Levy, Verschollenheit und Ehe im antiken Recht

Lehman, Allgemeiner Teil des BGB, 1822.

Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925.

Leonhardt, Bürgerliches Recht, 1926.
Лентовскій, Очерки изъ исторіи Литовско-русскаго гражданскаго права, Ж. М. Ю., 1903 г. № 7.

Леонтьевъ А., Волостной судъ и юридическіе обычаи крестьянъ, 1895 г.

Linz, Zur Mieterschutznovelle, DIZ, 1925, H. 7.

Лiонъ, Договоръ страхованія по русскому праву, 1892.

Листъ, Учебникъ угол. права, особ. ч., 1905.

Loebers, Tirdniecibas tiesbu parskats, 1927.

Malakauskis, Moterystės teisės, 1 t., 1 d. 1923.

Mayer, Rechtsphilosophie, 1922.

Mayer, Rechtsphilosophie, 1922.

А. Марковъ, Правила адвокатской профессіи въ Россіи, 1913.

П. Марковъ, Замѣтки о вопросахъ, возникающихъ изъ договора объ отдачѣ на храненіе, Журн. Уг. и Гр. Права, 1875 г., кн. 3 и 4,

Его-же, Ипотечная система и законодательныя работы по введенію ея въ Россіи, Журн. Гр. и Торг. Права, 1872 г., кн. 2.

Мартенсъ, Современное международное право, т. 2, 1883 г.

Маттель, Къ вопросу объ утвержденіи духовныхъ завѣщаній къ исполненію, Журн. Гр. и Уг. Права, 1889 г., кн. III.

Мейеръ, Русское Гражданское Право, изд. 1915 г., стр. 376.

Мензенкампфъ, О послѣдствіяхъ признанія повѣреннаго неимѣющимъ полномочія на веденіе дѣла 1913,

Его-же, Новѣйшія разъясненія понятія „Эксплоатаціи" въ ст. 683, X т. 1 ч., Отдѣльный оттискъ изъ журнала „Вѣстникъ Гр. Права".

Минцъ, Курсъ уголовнаго права, ч. I, 1925.

Миттермайеръ, Руководство къ судебной защитѣ по уголовнымъ дѣламъ, 1863.

Митюковъ, Курсъ римскаго права, 1902,

Его-же, Отвѣтственность продавца за эвикцію въ историко-сравнительномъ освѣщеніи, 1906 г.

Его же, Kompensatio, 1910.

Mottes, Das Recht an Schrift—und Kunstwerken, 1913.

Муромцевъ, Гражданское право древняго Рима, 1883.

Namitkiewitcz, Podręcznik prawa handlowego, 1922.

Невзоровъ, Опека надъ несовершеннолѣтнимъ 1892 г.

Его же, Русская женщина въ дѣйствующемъ законодательствѣ и въ дѣйствительной жизни, 1892 г.

Никоновъ, Actio Spalii, 1908 г.

Его-же, Споръ о ребенкѣ, 1911 г.

Новиковъ, Метрики, 1907 г.

Nolge, О законномъ правѣ удержанія по св. Гражд. Узакон. Губ. Приб., Ж. М. Ю. 1903 г. № 6.

Нольде Б. Проф., Очерки Международнаго Частнаго Права въ кн. Листъ, Международное Право, изд. 1923.

Объ опекахъ и попечительствахъ надъ сельскими обывателями, оффиціальное изданіе, 1904 г.

Оксъ, Виндикація, Журн. Гр. и Уг. Права, 1874 г., кн. 2.

Оршанскій, Изслѣдованія по русскому праву, семейному и наслѣдственному, 1877 г.

Остриковъ, Кассаціонный Сенатъ и законъ о правахъ отказопринимателей, Ж. М. Ю. 1903 г. № 4.

О чиншевомъ владѣніи въ городахъ и мѣстечкахъ Губерній Западныхъ и Бѣлорусской, Представл. Главнаго Управленія по дѣламъ мѣстнаго хозяйства въ Государственную Думу 16 октября 1908 г. № 206.

Палибинъ, Опека по расточительности, Ж. М. Ю., 1911 № 10.

Проф. Н. И. Паліенко, Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, 1908.

Его же, Предметъ и задачи энциклопедіи права и идея права, 1910.

Пахманъ, Обычное гражданское право въ Россіи, т. I, 2, 1877.

Пеньковскій, Кассаціонная практика, 1915.

Пергаментъ М., Предѣлы наслѣдованій въ гражд. правѣ, 1906 г.

Его же, Договорная неустойка и интересъ. 1899 г.

Пергаментъ О., Приданое по Бессарабскому праву, 1901 г.

Петражицкій, Права добросовѣстнаго владѣльца и доходы, 1897.

Пестржецкій, О договорѣ купли—продажи Журн. Гр. и Уг. Права 1873 № 6,

Его же, О довѣренности, Журн. Гр. и Торгов. Права, 1872, кн. 3.

Пиленко, Очерки частнаго, международнаго права, 1911 г.

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 1922, t. 2, 1923, t. 3, 1921.

Победоносцевъ, Курсъ Гражданскаго Права, 1, 2, 1896 г.

Позняковъ, Testamentum militare, 1915 г.

Покровскій, Замѣчанія на проектъ обязательственнаго права, 1901 г.

Его же, Проблема расточительства, Сб. памяти Шершеневича, 1915.

Полетаевъ, Давность виндикаціи, Журн. Гр. и Уг. Права 1893 г.

Положеніе о введеніи въ дѣйствіе Гражд. Улож., въ изданіи Тютрюмова, Проектъ Гражд. Улож.

Полянскій, Безвѣстное отсутствіе и имущественныя его послѣдствія, 1911.

Prouhdon, Les Majorats litteraires, 1868.

Ренненкампфъ, Юридическая Энциклопедія, 1889 г.

Рейнке, Движеніе законодательства объ имущественныхъ правахъ замужнихъ женщинъ, Журн. Гр. и Уг. Права 1884 г. кн. III.

Рихтеръ, Объ ограниченіи правъ кредиторовъ въ случаѣ смерти должника 1881 г.

Розинъ, Уголовное судопроизводство, 1916.

Rumpf, Das Ideal des volkstümlichen Rechts, 1913.

Runge, Scheidungsverträge nach bürgerlichen Recht, 1927.

Roux, Droit privé, 1920.

Рязановскій, Границы наслѣдованія, 1915 г.

Его-же. Лекціи по гражданскому праву, в. V, 1924.

Его-же, Наслѣдованіе полнородныхъ, единокровныхъ и единоутробныхъ братьевъ и сестеръ въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ, 1916 г.

Его-же, О посмертномъ преемствѣ супруговъ, 1914 г.

Его-же, Преемство въ линіи восходящей по русскому праву, 1916 г

Senata civila Kasacijas Departamenta Spriedumi 1921, 1922.

Simeon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, B. I, 1923.

Симолинъ, Договоръ промышленнаго ученичества, 1911 г

Его-же, Война и особыя завѣщанія, 1915

Синайскій, Личное и имущественное положеніе супруговъ, 1910 г.

Его-же, Основы Гражданскаго Права, ч. II, 1926 г.

Его-же, Русское Гражданское Право, 1, 1917, в. 2, 1917 г.

Случевскій, Учебникъ русскаго уголовнаго процесса, 1895 г.

Соколовскій, Рецепція римскаго гражд. права у современ. народовъ и его прямое значеніе для народовъ Россіи, 1891 г.

Sophian, Chitt's statutes, 1927.

Spoto, Diritto Civile, 1924.

Ставскій, Гражданскіе законы губерній царства Польскаго т. I и II, 1905.

Stankevičius, Baudžiamoji teisė, 1925.

Stammler, „Recht", in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, L. 21/22, 1927 г.

Stephen, The summary of the criminal law 1834.

Stier-Somlo, Arbeitsvertrag, въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, L. 3 и 4.

Marie Stritt, Die Frauenbewegung und § 218 d.STGB, въ „Die neue Generation", December 1925, Heft 12, 21 Jahre.

Судебные Уставы съ изложеніемъ разсужденій, 1867.

Sourdat, Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommage interêts en dehors des contrats t. I, 1902.

Таганцевъ, Русское Уголовное Право, т. 2.

Таль, Очерки промышленнаго права, 1916.

Teisės enciklopedija ir metodologija, 1924, подъ редакціей декана проф. Leonas.

Von Thur, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationsrecht, 1924.

Titze, Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnissen, 1923.

Товстолѣсъ, Наслѣдованіе супруговъ по русскому праву въ связи съ Проектомъ Гражданскаго Уложенія, Ж. М. Ю. 1911 г. № 5,

Его же, Отвѣтственность наслѣдника передъ кредиторомъ вообще и передъ легатаріемъ въ частности. Ж. М. Ю., 1915 г. №№ 9, 11, 12.

Его же, Свобода завѣщательныхъ распоряженій по русскому праву въ разные періоды его развитія, Ж. М. Ю., 1902 г. № 8.

Торнау, Мусульманское право, 1866.

Трепицынъ, Гражд. право Губ. Царства Польскаго и русское въ связи съ проектомъ Гр. Улож., Общая часть обяз. права, 1914 г.

Е. Трубецкой, Лекціи по энциклопедіи права, 1917 г.

Тютрюмовъ, Гражданское право, 1922.

Его же, Гражданскій процессъ, 1925 г.

Уголовное Уложеніе, Объясненія къ проекту, III, 1895.

Фойницкій, Курсъ Уголовнаго Судопроизводства, изд. 1915.

Friedmann, Die Annahme der Erbschaft, 1909.

Fries, Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebungen, 1803.

Fritz Flesner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

Zoll, Rzymskie prawo prywatne, 1920.

Его же, Prawo civilne, 1921.

Chase, Blakstone's Commentaries on the laws of England, 1926.

Cheshire, The modern law of real property, 1927.

Schäffer, Grundriss des privaten und öffentlichen Rechts, B IV, 1923.

Schw. Zivilgesetzbuch, Ausgabe in den drei Nationalsprachen, 1908.

Šaulys, Kanoniško proceso teisė, 1927.

Schachian, Erbschaftssteuergesetz in neuester Fassung, 1925.

Шенингъ, О вліяніи отчужденія имѣній на силу заключенныхъ по нимъ договоровъ найма и объ условіяхъ обязательности таковыхъ въ означенныхъ случаяхъ, Журн. Гр. и Уг. Права. 1891 г. кн. IX.

Шершевскій, О значеніи дѣйствій повѣреннаго, не удовлетворяющаго требованіямъ 389 и 406[2] ст. Учр. Суд. Установл., Ж. М. Ю. 1916 г. № 5.

Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражд. права, 1912.

Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts, I B, I Hallb, 1896

Schuster, The principles of german civil law, 1907.

Staudinger's Kommentar zum BGB.

Streit, Zur Frage über die Natur der zwischen privatrechtlichen Anwendungsformen, 1927.

Strecker, Hypothek, въ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 25 Lief., 1928.

Spiegel, Gesetz und Recht, 1913.

Örtmann, Die Rechtssprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, DIR, 1928, H. 7.

Энгельманъ, О давности по русскому гражданскому праву, 1901.

Эрдманъ, Обязательственное право губерній Прибалтійскихъ, 1908.

Эрштремъ, О задаткѣ, Ж. М. Ю. №№ 7 и 8.

Юреневъ, Семейственныя и гражданскія права женщины по русскимъ и польскимъ законамъ, Журн. Гр. и Уг. Права, 1877 г. кн. IV.

Юшкевичъ, Храненіе (custodia), какъ основаніе владѣнія недвижимостью, 1907.

Jaworski, Prawo civilne na ziemiach polskich, t. I.

Jarra, Ogólna teorja prawa, 1922.

Замѣченныя (случайно) важнѣйшія опечатки.

На какой страницѣ	Строка	Напечатано	Слѣдуетъ читать
107	1-ая снизу	представительствъ	представительствѣ
129	8 „ „	адвокатуры	адвокатурой
221	5 „ „	Borneuf	Boeuf
225	8 „ „	Ciwilne	Cywilne
227	3 „ сверху	спеціальной	соціальной
228	17 „ снизу	и фразеологія	слѣдуетъ не читать
229	11 „ „	pratic	pratique
311	10 „ „	gamykloms	ganykloms
314	4 „ сверху	несчастіи	несчастій
343	12 „ снизу	совпашеніи	совпаденіе
343	17 „ „	награды	наградой
344	7 „ сверху	retervée	reservée
366	2 „ „	(вообще)	, вообще,
388	4 „ „	Вѣритель	Вѣритель, какъ сказано выше,
409	9 „ снизу	№ 313	№ 13
804	8 „ „	залогъ закладъ	залогъ—закладъ
870	2 „ сверху	слишкомъ большими	большими, слишкомъ большими
въ нѣсколькихъ мѣстахъ		Spotto	Spoto

Того же автора:

Новое авторское право въ основныхъ его принципахъ, 1912 г.

Возмѣщеніе моральнаго (не-имущественнаго) вреда, 1913.

Война и правосудіе (къ вопросу о правовомъ положеніи подданныхъ воюющихъ государствъ), 1914 г.

Гражданскій оборотъ и война, 1915 г.

Война и государственное вознагражденіе, 1915 г.

Типографія Ф. Соколовской и Г. Лана, Каунасъ, ул. Майрониса 10-12. Тел. 793.