

УЧЕБНИК РУССКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА.

ШЕРШЕНЕВИЧ Габриэль Феликсович

Издательство "Статут", 2005

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие (А. Маковский)

УЧЕБНИК РУССКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА. Том 1

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Габриэль Феликсович Шершеневич (В. Краснокутский)

Список трудов Г.Ф. Шершеневича

ВВЕДЕНИЕ

§ 1. Понятие о гражданском праве

§ 2. Методы гражданского правоведения

§ 3. Литература и пособия

§ 4. История гражданского законодательства на Западе

§ 5. Источники русского гражданского права

§ 6. Применение норм права

§ 7. Система гражданского права

ОБЩАЯ ЧАСТЬ

§ 8. Юридические отношения

§ 9. Физическое лицо как субъект права

§ 10. Акты гражданского состояния

§ 11. Влияние различных обстоятельств на дееспособность

§ 12. Влияние различных обстоятельств на правоспособность

§ 13. Юридическое лицо как субъект права

§ 14. Вещи как объекты права

§ 15. Юридические сделки

§ 16. Представительство

§ 17. Исковая давность

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ

ОТДЕЛ I. ВЕЩНОЕ ПРАВО

§ 18. Общее понятие о вещных правах

§ 19. Укрепление вещных прав на недвижимость

§ 20. Владение

§ 21. Понятие о праве собственности

§ 22. Ограничения права собственности в силу закона

§ 23. Способы приобретения права собственности

§ 24. Прекращение права собственности

§ 25. Общая собственность

§ 26. Общинная [и семейная] собственность

§ 27. Сервитуты

§ 28. Наследственное пользование

§ 28.1. Право застройки

§ 29. Залоговое право

ОТДЕЛ II. ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

§ 30. Общее понятие об исключительных правах

§ 31. Авторские права

§ 32. Промышленные права

СОДЕРЖАНИЕ

ОТДЕЛ III. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО

§ 33. Понятие об обязательстве

§ 34. Субъекты обязательства

§ 35. Содержание обязательства

§ 36. Действие обязательства

§ 37. Изменение лиц в обязательстве

§ 38. Обеспечение обязательств

§ 39. Прекращение обязательства

§ 40. Договор

§ 41. Купля-продажа

§ 42. Запродажа

§ 43. Поставка

§ 44. Мена

§ 45. Заем

§ 46. Дарение

§ 47. Мирная сделка

§ 48. Страхование имущества

§ 49. Страхование лица

§ 50. Ссуда

§ 51. Имущественный наем

§ 52. Личный наем

§ 53. Подряд

§ 54. Доверенность

§ 55. Поклажа

§ 56. Товарищество

§ 57. Обязательства, основанные на гражданском правонарушении

§ 58. Обязательства, возникающие из незаконного обогащения

ОТДЕЛ IV. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

§ 59. Общее понятие о семье и семейных правах

§ 60. Заключение брака

§ 61. Расторжение брака

§ 62. Личные и имущественные отношения супругов

§ 63. Личные и имущественные отношения между родителями и детьми

§ 64. Родственный союз

§ 65. Опекa и попечительство

ОТДЕЛ V. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

§ 66. Общее понятие о наследовании

§ 67. Открытие наследства и меры охранения его

§ 68. Наследование по завещанию

§ 69. Наследование по закону

§ 70. Принятие наследства и отречение от него

§ 71. Утверждение в праве наследования

§ 72. Последствия принятия наследства

§ 73. Завещательный отказ

§ 74. Исполнение завещания

Рецензия на книгу Г.Ф. Шершеневича "Учебник русского гражданского права" (А. Симолин)

Редакционная коллегия серии:

д.ю.н., проф. Е.А. СУХАНОВ (председатель редакционной коллегии);

к.ю.н., доц. В.С. ЕМ (заместитель председателя редакционной коллегии);

д.ю.н., проф. В.В. ВИТРЯНСКИЙ;

д.ю.н., проф. А.Е. ШЕРСТОБИТОВ;
к.ю.н., доц. Е.В. КУЛАГИНА;
к.ю.н., доц. Н.В. КОЗЛОВА;
к.ю.н., доц. П.А. ПАНКРАТОВ
Генеральный менеджер проекта к.ю.н., доц. В.С. ЕМ
Научный редактор тома к.ю.н., доц. В.С. ЕМ

Предлагаемый вниманию читателя т. 1 "Учебника русского гражданского права" Г.Ф. Шершеневича воспроизводится по одиннадцатому, первому посмертному изданию, подготовленному к печати по поручению юридического факультета Императорского Московского университета приват-доцентом В.А. Краснокутским.

В данном томе автором освещены вопросы о понятии, предмете, методе, системе гражданского права, источниках гражданского законодательства, а также дан обзор литературы, имевшейся на момент написания учебника. Помимо этого в первом томе тщательно исследованы особенности гражданских правоотношений с определением правового статуса субъектов этих отношений, правового режима их объектов и изложены основные положения о сделках, представительстве, исковой давности. В первом томе также нашли отражение учения Г.Ф. Шершеневича о вещных и исключительных правах.

Предисловие

С Габриэлем Феликсовичем Шершеневичем у меня связано живое ощущение личности этого выдающегося ученого. Это необычно, но и причина этого тоже необычна.

В прославленном в свое время ВИЮНе (Всесоюзном институте юридических наук)[1] долгие годы работал замечательный человек и превосходный "трудовик" доктор юридических наук Евгений Иванович Астрахан. Тонкий юрист, основной автор первых комментариев к КЗОТ РСФСР, которые в 50-х годах судьи цитировали в своих решениях, Евгений Иванович был человеком в высшей степени интеллигентным, удивительно добрым, деликатным и внимательным. Не знаю, чем тогда я, совсем молодой человек, заслужил его особое расположение, но Евгений Иванович время от времени дарил мне книги по гражданскому праву из своей библиотеки. Один из последних таких подарков, уже в дни моего ухода из ВИЮНа, – вышедший в 1915 г. сборник "Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича", с очень теплой надписью: "в знак большой симпатии и подлинного уважения, на память добрую. 14.7.68".

С отношением Евгения Ивановича ко мне, вероятно, связано и то, что вскоре после его смерти многолетний руководитель сектора трудового права ВИЮНа профессор А.И. Ставцева передала мне три книги из его библиотеки, о которых дальше и пойдет речь.

Две из них представляли собой плотно перевязанную грубой бечевкой толстую пачку листов, без обложки, без титула, без имени автора. Было видно, что папку давно не развязывали, снаружи она от времени и пыли совсем потемнела, верхние и нижние листы пообтрепались. Все это не вызывало желания немедленно поинтересоваться содержимым пачки, и она надолго оказалась запрятанной куда-то подальше.

Только несколько лет спустя, подбирая книги, чтобы отдать в переплет, я удосужился развязать эту пачку. Почти сразу стало ясно, что передо мной хорошо известный "Учебник торгового права" Г.Ф. Шершеневича, точнее, так называемые наборные экземпляры двух изданий этого учебника, то есть экземпляры, с которых в типографии набирались (тогда еще вручную) гранки этих изданий.

Между этими экземплярами было много общего. Основой каждого служил разобранный на странички типографский текст предыдущего издания. И почти на каждой странице от руки, мелким, абсолютно различимым "бисерным" почерком были сделаны небольшие, в одно-два слова дополнения, значительно реже – изменения. Но на многих страницах были "вклейки": на тонкой, почти папиросной бумаге, тем же почерком в прежний текст вносились иногда отдельные новые

фразы, иногда целые абзацы, а в некоторых местах – чуть не целые страницы. В тексте этих поправок и дополнений почти не было исправлений и ошибок!

Сопоставление обоих наборных экземпляров с опубликованным текстом разных изданий "Учебника торгового права" позволило легко установить, что один из них относится к шестому изданию, вышедшему в 1912 г., а другой – к седьмому изданию 1914 г. Между ними – кончина Габриэля Феликсовича 12 августа 1912 г. Иными словами, передо мной были наборные экземпляры последнего прижизненного и первого посмертного издания "Учебника" Г.Ф. Шершеневича.

О наборном экземпляре седьмого издания, к которому Г.Ф. уже не мог иметь отношения, речь дальше. Но чья же рука готовила к печати шестое издание? При обращении к тексту сомнения исчезали: трудно было предположить, что стилистические изменения в опубликованный текст (их, повторяю, было крайне мало) мог вносить кто-либо, кроме самого Г.Ф.

В чтении подлинных рукописных строк есть магия живого общения с написавшим их. Вы читаете тот же самый текст, который своей рукой, своим пером писал автор, писал на том же листе бумаги, который вы держите в руках. Но главное не в ощущении подлинности документа. Горизонтально-ровные или катящиеся вниз, к правому обрезу листа, строки, славянская округлость или готическая остроконечность почерка, развевающиеся завитки букв, самоизобретенные сокращения, загадки неопределенных, а то и отсутствующих окончаний слов, или, напротив, шеренгочки букв, стоящих как в школьной прописи, – вся эта неповторимость рукописи рождает образ писавшего ее. В этом неповторимая прелесть рукописного текста и его вечное преимущество перед самым совершенным печатанием, хоть на "Ундервуде", хоть на современном компьютере.

Почерк Г.Ф. завораживает. Ровнейшие строчки с абсолютно одинаковыми – как отмеренными – интервалами между ними, каждое слово четко отделено от другого, каждая мелкая буква различима, даже когда исправление "втискивается" между строками печатного текста. Почерк человека точного, выражающего свои мысли ясно и к чужому труду – наборщиков – относящегося уважительно. И в то же время почерк совершенно индивидуальный, со своими утвердившимися украшениями – то "спинка" у строчного "к" в начале слова вытягивается как верхушка скрипичного ключа, то над строками возлетают завитки "д" – как петля перед одними буквами, как элегантно лебединый изгиб – перед другими, то "спинка" буквы "р" уходит вниз петлей вместе с окончанием предыдущего "е", "п" или "т" и т.д.

Точности и красоте формы соответствуют точность и профессионализм содержания. Со времени предыдущего издания "Учебника торгового права" Г.Ф. (1910) едва ли прошло полтора года, а поправки вносятся на каждую вторую-третью страницу, где-то одно слово, а где-то пять-шесть вклеек. И текст, и библиография пополняются ссылками на новые работы – на вышедшие за это время книги А.И. Каминки, А.Ф. Федорова, на ряд появившихся новых статей. Приводится все новое законодательство, а новый закон о договоре торговой комиссии (21 апреля 1910 г.) влечет огромные (без помарок!) вставки в текст соответствующей главы и т.д.

Редко-редко встречаются редакционные улучшения прежнего текста. Но новый текст полон новыми мыслями, новыми аргументами, новой полемикой. Вот Г.Ф. спорит с А.Ф. Федоровым, считающим, что "поставка возможна лишь в составе торгового промысла" (с. 32), критикует сенатское решение, открывающее приказчику, работающему с процента от прибыли, доступ к торговым книгам хозяина: "приказчик в доле все же не товарищ", пишет Г.Ф. (с. 62). Скептически отзываясь об институте торговых агентов: "под именем торгового агента в торговом обороте выступает деятель с весьма мало определившимся юридическим обликом" (с. 80). Полемизирует с П.П. Цитовичем и А.И. Каминкой, утверждая, что свобода договора в русском праве не означает возможность учредить акционерную коммандиту (с. 107), и т.д., и т.д. Новое издание, следующее почти сразу за предыдущим, становится самостоятельным результатом полноценного научного творчества!

Об этой черте Г.Ф. и его творчества хорошо сказано в статье о нем, публикуемой в настоящей книге. О его "сложной неустанной работе пересмотра, проверки и обновления своих взглядов...", о том, как "борозду за бороздой проводил он каждым изданием своих руководств в общественном сознании, углубляя ее каждый раз, захватывая новые глубины".

Это открытие заставило меня внимательнее присмотреться к другой из полученных книг, которой был "Учебник русского гражданского права" Г.Ф., вышедший десятым изданием тоже в 1912 г. в Москве, в том же "издании Бр. Башмаковых".

Книга эта хранит многочисленные пометы времени. Сменив до революции трех владельцев (последний раз в 1917 г.), оставивших на титульном листе красивые автографы, она, очевидно, еще до того, как попала в руки Е.И. Астрахана, хорошо послужила делу образования в новых советских вузах. Учебник вкривь и вкось исчеркан жирным карандашом, а на том же титуле косо синим карандашом: "Гойхбарг. Хозяйствен. право. т. I. Знать. Сервитут ... в кодексе – назван застройка". И другим почерком многозначительная надпись: "Из Шер. – одни институты": вероятно, таким было указание преподавателя – ограничиться изучением по "Учебнику" Г.Ф. чистой теории гражданского права, закрывая глаза на всякую "политику".

Но внимание мое привлекло другое. В 1995 г. "Учебник русского гражданского права" Г.Ф. был переиздан по шестому изданию (1907). Простой подсчет показал, что моя книга едва ли не на десять авторских листов, на одну пятую объема, больше переиздания 1995 г. Сопоставление текста обоих изданий показало, насколько подробнее и интереснее оказалось последнее прижизненное издание "Учебника русского гражданского права", при подготовке которого Г.Ф., по-видимому, скрупулезно проделал ту же титаническую работу, что и при подготовке уже упоминавшегося издания "Учебника торгового права". И огромный этот труд был проделан почти одновременно: оба издания вышли в одном и том же 1912 г.

Но на этом моя "история трех книг" не кончается. Среди них, как уже упоминалось, был и наборный экземпляр первого посмертного издания "Учебника торгового права" Г.Ф. (1914). Кем в этот экземпляр внесены изменения и сделаны вклейки? Ответ нашелся сразу. В тексте есть несколько рукописных пометок: "Прошу верстать прямо в листы" (то есть без набора гранок) и подпись – "В. Краснокутский". Обращение к библиографии работ Г.Ф. лишь подтвердило подготовку к печати этого издания приват-доцентом Московского университета В.А. Краснокутским.

Почти забытое имя В.А. Краснокутского мало что говорит современному читателю. Во всеобъемлющую библиографию русской литературы по гражданскому праву А.Ф. Поворинского под научной редакцией О.Ю. Шиловцова он не попал, поскольку она, к сожалению, оканчивается 1904 г.[2] Если же судить по библиографии советского периода, деятельность В.А. Краснокутского завершилась в середине 20-х годов XX века и ограничилась несколькими небольшими сугубо практическими работами о товариществах с ограниченной ответственностью и заключении договоров[3].

Между тем имя В.А. Краснокутского совсем не случайно для отечественной цивилистики.

Многие наши крупнейшие цивилисты (М.М. Богуславский, М.Г. Розенберг, В.А. Туманов и др.) учились у него в 40-х годах прошлого столетия как у одного из ведущих профессоров юридического факультета Института внешней торговли. В то время все знали, что В.А. Краснокутский был одним из авторов проекта Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. Скорее всего именно В.А. Краснокутскому мы обязаны тем, что основное цивилистическое содержание первого советского ГК было заимствовано из завершеного перед революцией проекта Гражданского уложения Российской империи, хотя подготовленный под его руководством проект ГК формально был забракован Наркомюстом. Поскольку В.А. Краснокутский был в то время сотрудником этого наркомата, нельзя исключить и его участие в создании предшествовавшего Гражданскому кодексу проекта Кодекса законов об обязательствах, подвергнутого резкой критике В.И. Лениным[4]. Вероятно, в этом надо искать причину научного безмолвия, на которое обрек себя В.А. Краснокутский в последующие десятилетия[5].

Это безмолвие контрастирует с его активной литературной деятельностью в предреволюционные годы, одним из направлений которой было переиздание по поручению Московского университета учебников Г.Ф. Шершеневича. Им было "пересмотрено и дополнено" и последнее прижизненное (десятое) издание "Учебника русского гражданского права" Г.Ф., о котором уже шла речь, и подготовлено таким образом одиннадцатое его издание, воспроизводимое в настоящей книге.

Работа В.А. Краснокутского над одиннадцатым изданием "Учебника" Г.Ф. почти тотчас по его выходе в свет получила отрицательную оценку в рецензии барона Александра Александровича Симолина[6]. Эта рецензия также воспроизводится в настоящем издании (т. 2, с. 450–458), и читатель сам может сопоставить содержащиеся в ней упреки с теми принципами подготовки одиннадцатого издания, которые поставил для себя В.А.Краснокутский.

Следует лишь обратить внимание читателя на те соображения, которыми руководствовалось издательство, делая выбор все-таки в пользу одиннадцатого, а не десятого издания:

– во-первых, одиннадцатое издание 1914 г., естественно, содержит больше информации о состоянии дореволюционного гражданского законодательства по сравнению с изданием 1912 г. В то время уже было оправданно и включение в него основных сведений о проекте Гражданского уложения, поскольку этот проект был внесен в Государственную Думу;

– во-вторых, изменения, внесенные В.А. Краснокутским в десятом издании "Учебника", намеренно сделаны им отличимыми от авторского текста Г.Ф., и эти отличия сохранены в настоящем переиздании;

– в-третьих, рецензия А.А. Симолина, человека явно близкого к Г.Ф. (А.А. Симолин учился в той же гимназии и на том же факультете, что и Г.Ф., а впоследствии работал на кафедре Г.Ф. и был его учеником), при очевидности лучших побуждений рецензента все же вряд ли может считаться вполне беспристрастной.

Кроме того, – и это, возможно, самое главное – в первую очередь сам "Учебник" Г.Ф., труд В.А. Краснокутского, имеющий целью сохранить его ценность для новых поколений, искренняя обстоятельнейшая рецензия А.А. Симолина – все это вместе дает представление о высоконравственной атмосфере, которая господствовала тогда в русской цивилистике, и о тех высоких требованиях, какие наши учителя предъявляли к себе и друг к другу!

Александр Маковский

7 декабря 2004 г.

УЧЕБНИК РУССКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА.

Том 1

Принятые сокращения

Решения Гражданского Кассационного Департамента Правительствующего Сената цитируются условно лишь цифрами. Первое двузначное число, напечатанное жирным шрифтом, означает десятилетие, к которому относится решение, второе, после запятой, обыкновенным шрифтом – номер самого решения. Так, 12,124 – означает решение Гражданского Кассационного Департамента Правительствующего Сената за 1912 год, № 124. Решения Общего собрания перед такими же условными обозначениями снабжены буквами о. с. Статьи законов гражданских из т. X, ч. 1 Свода Законов цитируются прямо (например, ст. 531), без указания тома и части, занимаемой в Своде.

Габриэль Феликсович Шершеневич*

31 августа 1912 года скончался незадолго перед тем покинувший Московский Университет профессор юридического факультета Габриэль Феликсович Шершеневич, скончался в полном расцвете духовных и творческих сил, подкошенный быстро развившимся наследственным недугом.

Покойный профессор происходил из польской дворянской семьи и родился 1 января 1863 года в Херсонской губернии. Среднее образование он получил в Казани, а затем там же окончил в 1885 году юридический факультет Казанского Университета, со степенью кандидата юридических наук, по представлении работы "Акционерные компании". В том же году он оставляется для приготовления к профессорскому званию по кафедре торгового права, сдает в 1887 году магистрантский экзамен, а в 1888 году чтением двух пробных лекций: "О праве замужней женщины на производство торговли" (по собственному избранию) и "О чеках" (по назначению факультета) открывает себе путь к преподавательской деятельности в качестве приват-доцента по кафедре торгового права. Будучи позднее утвержден по кафедре гражданского права в Казанском

Университете, Г.Ф. возвращался дважды к преподаванию торгового права – с 1896 по 1898 и с 1900 по 1904/05 учебный год. Чтение этого же предмета было принято на себя Г.Ф. и по перемещении в 1906 году в Московский Университет.

Степень магистра гражданского права Г.Ф. была получена в 1888 году от Московского Университета по защите диссертации "Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права". По защите в Казани докторской работы "Авторское право на литературные произведения" в декабре 1891 года Г.Ф. в следующем году назначается профессором Казанского Университета по кафедре торгового права и торгового судопроизводства, а с 1896 года перемещается на кафедру гражданского права и судопроизводства. С этих пор преподавательская деятельность Г.Ф. Шершеневича продолжается до конца 1905 года, когда он покидает профессию. Наступает пора политической деятельности Г.Ф., приводящая его к избранию депутатом от города Казани в 1-ю Государственную Думу. Почти одновременно, по представлению юридического факультета, Совет Московского Университета постановил ходатайствовать о перемещении Г.Ф. в качестве экстраординарного профессора по кафедре торгового права, но ввиду последовавшей уже отставки и принятия Г.Ф. депутатских полномочий могло состояться назначение его лишь сверхштатным профессором Московского Университета по названной кафедре. В этом звании он остается до 28 февраля 1911 года, когда согласно прошению увольняется из Московского Университета. Последний год жизни Г.Ф. нес преподавание гражданского и торгового права в Московском Коммерческом Институте.

Научный облик почившего Г.Ф. трудно обрисовать в немногих чертах и нелегко определить его место в истории русского юридического просвещения. Слишком многогранной представляется его личность, многосторонними оказываются интересы и сложной неустанная работа пересмотра, проверки и обновления своих взглядов на коротком протяжении 24 лет научной деятельности. Можно только сказать, что он по преимуществу был догматиком права, но с таким широким захватом исторических, социологических и философских элементов, какой так редко сочетается в одном лице. Первые монографические работы и общие курсы торгового (1888 и 1894 гг.) и гражданского права (1894 г.) уже обнаружили в нем качества догматика синтетического склада. Углубленное исследование текстов положительного законодательства и судебной практики в этих произведениях несколько отступает назад перед задачей охватить известную область права в ее целом, расположить и систематизировать добытый уже материал по расширенному и вновь координированному плану. Таким путем мозаичная работа предыдущих исследователей в трудах Г.Ф. по частному праву, особенно торговому, впервые сомкнулась в цельную картину системы. Но начатая работа обобщения неудержимо влекла Г.Ф. дальше. В "Курсе гражданского права" (1901–1902 гг.) исследование методологических приемов права переносит центр исследовательского интереса на изучение вопросов общей теории права. Рамки частного права оказываются перейденными, и в "Истории философии права" (1904 г.) рассматривается последовательная смена взглядов на взаимоотношение права и государства. Проверке и пересмотру подвергаются уже вопросы публичного права, и на почве добытого материала рождается мысль о высшем юридическом обобщении, философии права. Она, по мысли Г.Ф., должна охватывать три ветви: общую теорию права, философию права и политику права. С 1911 года появляются отдельные части общей теории права, но дальнейшая работа пресекается неумолимой смертью. Все время параллельно развивается и аналитическая, ремесленная так сказать, работа догматика над пересмотром и новой обработкой положительного законодательства и судебной практики в "Курсе торгового права" и "Учебниках" (издания 1911–1912 гг.).

Оставленное Г.Ф. научное наследие показывает, как неустанно рос и зрел его синтетический талант, расширялась аналитическая работа, какой силы уравновешенной объективности достигало уже его изложение. Вместе с тем неустанным распространением поля своих исследований все на новые области права Г.Ф. достигалась и другая цель. Под спокойным покровом позитивного изучения действующего права и трезвого исследования исторических его оснований раскрывался горячий призыв к социальному идеалу. Только содержание его, согласно общему позитивному взгляду Г.Ф. на природу права, раскрывалось в изучении изменчивого содержания различных областей права.

В области работ Г.Ф. по частному праву центральное по своему значению место занимают "Курс" и "Учебник торгового права" и "Учебник русского гражданского права". Для оценки значения этих руководств нужно иметь в виду состояние русской учебной литературы по частному праву к началу 90-х годов прошлого столетия. Она только еще зарождалась на основе оригинальных исследований в работах немногих цивилистов, разбросанных по разным университетам России. Между тем в среде рядового студенчества, волна которого вровень с ростом общественного развития и самоопределения росла в столичных и провинциальных университетах, ощущался духовный голод по систематическим пособиям и руководствам, с трудом утоляемый местными силами. На эту жаждающую ниву и вышел Г.Ф. со своими руководствами, и всю тяжесть работы один взял на себя. Борозду за бороздой проводил он каждым изданием своих руководств в общественном сознании, углубляя ее каждый раз, захватывая новые глубины. На "Учебниках" Г.Ф. молодые поколения знакомились со строением и жизнью гражданского общества, законами, управляющими гражданским и торговым оборотом. Не совсем иногда удачно по указанию критиков выполнялись детали работы, но в общем задача была понятна и выполнена верно. Если первоначально кое-где неправильно были поставлены леса, двинуты не те пружины, то в новых изданиях эти недостатки устранялись. Над этой работой усовершенствования покойный Г.Ф. трудился, не покладая рук, до последнего вздоха и новым поколениям оставил очищенные до кристаллической прозрачности руководства.

Научный характер и значение цивилистических трудов Г.Ф. нашли свое признание и в судебной практике и оказали на нее огромное влияние. Напомним решение Гражданского Кассационного Департамента Правительствующего Сената, где по поводу договора текущего счета имя Г.Ф. поставлено во главе представителей научных воззрений на этот институт (1907 г., N 18). В его же трудах сенатская практика нашла исход в своих колебаниях по вопросам, связанным с подробностями заключения и действия договора личного найма, юридической природы торгового дома и многим другим...

Наконец, Высочайше учрежденная комиссия по составлению проекта Гражданского Уложения, вырабатывая текст и систему законов проекта, на всем протяжении своих работ, и особенно в книге V, посвященной обязательствам и объединяющей институты гражданского и торгового права, принимала то или другое отношение к высказанным Г.Ф. взглядам, чем в свою очередь были вызваны и доклады, и статьи Г.Ф. по поводу работ комиссии и особенно книги V.

В связи с этими работами и выраженными пожеланиями реформ по отдельным вопросам частного права Г.Ф. занялся и общими вопросами о кодификации гражданского права в России. Истории кодификационных работ на Западе и у нас посвящен II выпуск "Курса гражданского права". В результате своих исследований Г.Ф. пришел к заключению о безусловной необходимости кодификации гражданских законов, распространения действия ее и на местные системы гражданского права, действующие в России, и на крестьянскую массу. Идея устранения дуализма в частном праве и объединение гражданского и торгового кодекса, практически примененная составителями проекта Гражданского Уложения, нашла у Г.Ф. полное признание и поддержку*. Позднее, в 1906 году, Г.Ф. в журнальной статье**, установив, что в переходные эпохи, подобные переживаемым, основные принципы права подвергаются переработке, признал возможным отказаться от обновления всего Гражданского Уложения и предлагал пока ограничиваться изданием отдельных законов.

Свои теоретические взгляды на общие вопросы права Г.Ф. изложил в появившихся в печати выпусках общей теории права. Философия права ищет постоянного в сменяющемся, но научной остается, поскольку строит свои понятия только на положительном праве, а не подставляет свои идеальные представления. Для построения такой философии права дают материал общие части специальных юридических наук. Обобщение этих данных и составляет задачу общей теории права. Однако определение самого права в пределах юридических – невыполнимая задача. Здесь необходимо содействие социологии и этики. Отношение философии права и социологии состоит в их взаимном сотрудничестве. Подобно праву, понятие и о государстве только социологическое. Реально существует только индивид, но общество обращает его в средство достижения целей и всегда будет так поступать, пока не утратит инстинкта самосохранения. Социальная норма характеризуется повелением, угрозой, содержащейся в обращении к индивиду со стороны

государства. Но само государство не вступает при этом в какое-то юридическое отношение к поданным и не занимает положение субъекта права. Невозможность юридического определения понятия о государстве вытекает из недопустимости двойственного определения одного и того же понятия – социологического и юридического. Таким образом, Г.Ф. приходит к заключению, что право есть равнодействующая двух групп интересов – властвующих и подвластных, а само право является "хорошо понимаемой политикой силы". Благоразумие принуждает властвующих к самоограничению. В связи с теорией принуждения в учении о праве стоит и теория первенства государства над правом как своим производением. Обоснование необходимости права строится на доказательстве его исторической необходимости не только в прошлом, но и в данный момент. Из изложенного явствует, что Г.Ф. в основных своих воззрениях на право и государство во многом сходится с Иерингом в его учениях о значении целей, принуждения и интересов. В отличие от него Г.Ф. значительно расширил привлекаемый материал и на нем проверил и сделал дальнейшие выводы. Нельзя также не заметить сильного влияния английского позитивизма и английской аналитической школы права (Дж. Остина), придавших взглядам Г.Ф. такое единство и последовательность.

При такой разносторонней и кипучей научной работе, какую развил Г.Ф., он находил возможным отдавать много сил и служению на общественном поприще. Так, Казанское Юридическое Общество, сыгравшее такую роль в деле распространения и укрепления в обществе правовых воззрений по всему Поволжью, многим обязано Г.Ф., как председателю, так и активному участнику и члену (см. протоколы Казанского Юридического Общества за 1899–1904 гг.).

По переселении в Москву кипучая организаторская деятельность Г.Ф. раскрывается с новой силой. При его горячем содействии, а отчасти и руководстве развивается деятельность Московского Общества народных университетов, Московского Коммерческого Института и состоящего при Московском Университете Юридического Общества. В истории этих ученых учебных и просветительных учреждений имя Г.Ф. вписано неизгладимыми чертами.

Выходящее ныне 11-е – первое посмертное издание "Учебника гражданского права" издается Императорским Московским Университетом, которому почивший Габриэль Феликсович завещал авторское право на все свои сочинения. Исполняя возложенное юридическим факультетом поручение подготовить к печати новое издание, нижеподписавшийся понял свою задачу в том смысле, чтобы, сохраняя в полной неприкосновенности по объему и по содержанию весь выработавшийся на предыдущих изданиях основной материал, дополнить и пересмотреть его в целях согласования с новейшими движениями юридической литературы, положительного законодательства и отчасти судебной практики. Сохранить в некоторых местах старый текст и сопоставить его с новой практикой и законодательством казалось ценным для выяснения роли Г.Ф. в развитии русского гражданского права. Необходимые дополнения и изменения, введенные в настоящее издание, выделены в тексте вертикальными чертами ||* или вынесены в примечания, вводимые впервые в это издание. Количество их, несмотря на принятую систему технических сокращений в ссылках на сенатские решения и законы гражданские, значительно увеличило объем книги и привело к решению разделить ее на два тома.

В. Краснокутский

*Список трудов Г.Ф. Шершеневича**

1. Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права. Казань, 1888.
2. Труды г. Цитовича в области торгового права (Жур. гр. и уг. права, 1888, N 3).
3. Русское торговое право г. Башилова (Жур. гр. и уг. права, 1888, N 6).
4. О праве замужней женщины на производство торговли (Жур. гр. и уг. права, 1888, N 7).
5. Курс торгового права. Казань, 1888, 2-е изд. 1892, 3-е изд. 1899, 4-е изд. Москва, 4 тома, 1908–1912.
6. Юридическая сила уставов акционерной компании (Жур. гр. и уг. права, 1889, N 3).
7. Конкурсное право. Казань, 1890, 2-е изд. 1898, 3-е изд. вошло в IV т. 4-го изд. Курса торгового права.
8. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891.
9. Новый проект устава об опеках и попечительствах (Жур. гр. и уг. права, 1892, N 5).

10. К вопросу о системе гражданского права (Юрид. летопись, 1892, N 8–9).
11. Наука гражданского права в России. Казань, 1893.
12. К вопросу о сущности гражданского права (Жур. гр. и уг. права, 1893, N 10).
13. Учебник русского гражданского права, изд. 1. Казань, 1894. Изд. 10. Москва, 1912.
14. Несколько слов о коммерческих судах (Жур. Мин. Юстиции, 1895, N 2).
15. Определение понятия о праве, 1896.
16. О последствиях безвестного отсутствия по русскому законодательству (Жур. Мин. Юстиции, 1896, N 5).
17. О порядке приобретения ученых степеней, 1897.
18. По поводу книги Вл. Соловьева "Оправдание добра" (Вопросы философии и психологии, 1897, май – июнь).
19. О чувстве законности. Публичная лекция. Казань, 1898 (Уч. зап. Казанского Университета).
20. Рецензия на диссертацию Петражицкого "Права добросовестного владельца" (Жур. Мин. Юстиции, 1898, N 6).
21. Учебник торгового права. Изд. 1. Казань, 1897, изд. 6. Москва, 1912.
22. Доклады в Юридическом Обществе при Казанском Университете: в 1899 г. – "Ответственность Московско-Казанской ж. д. за срочность доставки грузов" (12–25), "Проект общей части обязательственного права" (138 сл.); в 1901 г. – речь "Утилитарное учение о нравственности" (3–27).
23. Вопросы торгового права в проекте гражданского уложения (Право, 1899, N 41).
24. Новейшая кодификация гражданского права в Германии (Актовая речь в Казанском Университете), 1899.
25. О желательной постановке высшего юридического образования (Право, 1900, N 4).
26. Курс гражданского права, вып. 1. Казань, 1901; вып. 2. Казань, 1902.
27. О применении норм права (Жур. Мин. Юстиции, 1903, N 1).
28. История философии права. Казань, 1904. Изд. 2. Москва, 1807.
29. Герои Максима Горького перед лицом юриспруденции. Публичная лекция. Казань, 1904.
30. Программа к. д. партии, 1906.
31. Революция и гражданское уложение (Право, 1906, N 1).
32. Общее учение о праве и государстве. Москва, 1908, 2-е изд., 1911.
33. Социология. Москва, 1910.
34. Общая теория права. 4 вып. Москва, 1911–1912.
35. Германский закон 30 мая 1908 года о страховом договоре. Перевод под ред. проф. Г.Ф. Шершеневича. СПГ, 1909.
36. Законы по вопросу об обеспечении нормального отдыха торговых служащих. Перевод под ред. проф. Г.Ф. Шершеневича. Москва, 1910.

ВВЕДЕНИЕ

§ 1. Понятие о гражданском праве

Литература: Шершеневич, Курс гражданского права, т. I, в. I, 1901, § 9–17; Коркунов, Лекции по общей теории права, 1897, стр. 165–183; Муромцев, Определение и основное разделение права, 1879, стр. 183–250; Дювернуа, Чтения по русскому гражданскому праву, 1898, т. I, стр. 31–59; Васильковский, Учебник гражданского права, в. I, 1894, стр. 1–10; Кавелин, Что есть гражданское право и где его пределы, 1864. Собр. соч., т. IV; Умов, Понятие и методы исследования гражданского права (Моск. унив. изв., 1872, т. II, кн. 4); Гамбаров, Курс гражданского права, т. I, 1911, стр. 39–49).

I. Постановка вопроса. Характерным для современного юридического порядка является распадение норм права на две группы – на право публичное и на право гражданское, или, иначе, частное. Несмотря, однако, на повседневность указанного деления, с научной стороны до сих пор остается не вполне выясненным, где находится межевая черта между гражданским и публичным

правом, каковы отличительные признаки той сферы права, которая носит название частного права и составляет предмет особой науки. Это различие, установившееся исторически и упорно поддерживаемое, скорее сознается инстинктивно, чем основывается на точных признаках. Нельзя, конечно, сказать, чтобы был недостаток в попытках установить пограничную линию, но, к сожалению, попытки эти далеко не безупречны.

Между тем указанное различие имеет не одно теоретическое, но и практическое значение: по ст. 1 уст. гражд. суд. всякий спор о праве гражданском подлежит разрешению судебных установлений; если правоотношения, на почве которых между сторонами возник спор, входят в сферу права гражданского, спор этот как спор о праве гражданском подведом суду, если же, наоборот, правоотношения эти относятся к сфере публичного права или одна из сторон действует как политическая организация, спор подлежит решению администрации и изъят из ведения суда (о. с. 03, 34; 13, 52). Следовательно, чтобы определить подсудность гражданского суда и ограничить его компетенцию от ведомства уголовного суда и администрации, необходимо иметь понятие о гражданском праве.

Вопрос об отличии гражданского права от публичного следует рассматривать не с исторической точки зрения, т.е. как образовалось это различие, и не с точки зрения законодательной политики, т.е. как нужно провести это различие. Все сводится к определению, где в настоящее время проходит разграничительная линия, образовавшаяся, конечно, исторически и подлежащая изменению во времени применительно к перестроению общественной жизни.

Основание для различия частного права от публичного стремятся найти или в самом содержании правоотношений, или в порядке их охранения, другими словами, – отличительный признак видят или в материальном, или в формальном моменте.

II. Различие по материальному моменту. Устанавливая пределы гражданского права с точки зрения материального момента, принимают во внимание различие охраняемых правом интересов. По определению Ульпиана, *publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*. Это воззрение, несмотря на признанные недостатки, является наиболее распространенным. Противоположение мира частных, семейных интересов общественным интересам представляется каждому настолько естественным, что им пользуются как основанием для различия между публичным и частным правом. Из русских цивилистов этой точки зрения придерживаются Малышев, Пахман, Васьковский. На ту же точку зрения стал Сенат, когда он признал не подлежащим ведению гражданского суда иск учителя к земской управе о выдаче жалованья на время, когда тот не состоял больше учителем (о. с. 08, 11; ср. 10, 73), а также иск служащего в городском управлении о возврате ввиду увольнения всех взносов в пенсионный капитал на том основании, что устав о пенсиях есть акт публичный, что город является представителем общественной власти, органом, управляющим общественными делами (09, 68).

Указанный взгляд подвергался не раз сильной критике. В самом деле, где граница между частным и общественным интересом? Нельзя ли сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они имеют в виду обеспечить благоденствие частных лиц, и, наоборот, что частные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются с задачами общества? Охраняя интересы отдельного лица, право имеет свою цель в то же время охранение интересов всего общества. Если стать на точку зрения степени важности охраняемых интересов, большей или меньшей общности их, то можно прийти к различию, не совпадающему с установившимся делением права. Общественный интерес организации канцелярии округа путей сообщения может быть поставлен ниже интереса организации акционерного товарищества, между тем первый вопрос относится к области публичного, а второй – к области частного права. Порядок приобретения земельного участка входит в гражданское право, а порядок приобретения чина или титула – в публичное. Договор подряда или поставки между казною и частным лицом входит в сферу гражданского права, тогда как его общественное значение стоит вне сомнения.

III. Различие по формальному моменту. С точки зрения формального момента публичное и частное право различаются, смотря по тому, кому принадлежит инициатива защиты нарушаемого права, другими словами, обращается внимание не на то, что защищается, а на то, как защищается, не на содержание охраняемых интересов, а на порядок их охранения. Если эта защита возбуждается только по требованию лица, чье право нарушено, то мы имеем дело с частным

правом. Если же нарушение вызывает инициативу со стороны самого государства, даже нередко помимо и против воли потерпевшего лица, то перед нами область публичного права. Эта теория, особенно выдвинутая германским ученым Августом Тоном, построена на различии не тех интересов, которые охраняются правом, а тех средств, которыми эти интересы защищаются. В нашей литературе эта точка зрения была принята Дювернуа и Муромцевым и ныне последовательно проводится Гамбаровым. Наряду с формальным критерием он настойчиво подчеркивает значение дополнительного критерия направления интересов. Последнее может быть вскрыто путем исследования юридического отношения в целом и соотношения сталкивающихся в нем интересов между собой.

В пользу формальной теории говорит то, а) что она построена на чисто юридическом начале, т.е. на различии юридических средств, которыми охраняются жизненные интересы; б) что она находится в полном соответствии с формальным понятием о праве, единственно верным; в) что она способна была бы дать безусловно точный отличительный признак. Ее нельзя опровергать тем, что она все свое внимание обращает на патологическую сторону правовых норм, т.е. на случаи правонарушений, потому что действительно юридический характер норм раскрывается во всей своей силе именно в момент их нарушения.

Но формальная теория страдает настолько существенными недостатками, что не может быть принята. Во-первых, она предполагает, очевидно, что в положительном праве имеются точные указания, по чьей инициативе охраняется каждая из действующих норм. Но во многих случаях такого указания не имеется, а следовательно, рассматриваемая теория оказывается недостаточной. Таких указаний не может быть в отношении норм обычного права. Таких указаний недостает и нашим гражданским законам, в беспорядке разбросанным по всему Своду Законов. Не дается такое указание и при издании отдельного закона, не входящего в заранее определенный отдел. Во-вторых, против формальной теории может быть выставлено то возражение, что встречающееся в законодательстве распределение инициативы не соответствует сложившемуся в действительности различию между публичным и гражданским правом. С точки зрения формальной теории в гражданское право должны бы войти нормы, определяющие последствия диффамации, клеветы, контрафакции, кражи между супругами, между родителями и детьми, личные обиды и оскорбления, неосторожное банкротство, потому что во всех этих случаях инициатива защиты нарушенного интереса представлена частному лицу.

IV. Установление различия. Таким образом, слабая сторона формальной теории заключается в том, что она не удовлетворяет требованиям догматики, хотя и претендует на исключительно догматическое значение. Это заставляет возвратиться к материальной точке зрения. Противоположность личности и общества, частной жизни и общественной деятельности сознается более или менее всеми. В сфере своих частных интересов каждое лицо пользуется большою свободою, – от его воли зависит, жениться или остаться холостым, оно по своему произволу копит богатство или проживает все добытое трудом, устраивает собственное хозяйство или входит в чужое, оставляет свое достояние детям, или посторонним, или обществу. Круг этих отношений составляет ближайшую обстановку лица, которая ему особенно дорога, которая ему несравненно ближе интересов общественных, за которую оно готово бороться всеми силами даже при полном индифферентизме с его стороны к общественной жизни и деятельности, стоящих за стенами его домашнего очага. Можно ли законодателю не принять во внимание такого характера этих отношений, не предоставить самому заинтересованному призывать защиту в случае правонарушения, не остановить общественную власть перед границами этого интимного круга? Вот почему инициатива защиты гражданских прав предоставлена только управомоченному лицу, вот почему в гражданском процессе установлено состязательное начало, в силу которого действия суда ставятся в зависимость от требований сторон, суд обсуждает только те факты, которые были ему представлены заинтересованными лицами, не собирая сам доказательств, присуждает только то, что было потребовано, хотя бы оно было меньше должного. Не гражданское право заимствует свой характер от гражданского процесса, а, напротив, гражданский процесс строится применительно к характеру охраняемых им норм. Таким образом, мы видим, что в жизни невольно и отчасти бессознательно устанавливается противоположение частного и

общественного. Наука не должна пренебрегать этой житейской точкой зрения, если она не может предложить взамен более верного и точного взгляда.

Итак, гражданское право представляет собою совокупность юридических норм, определяющих частные отношения отдельных лиц в обществе. Следовательно, область гражданского права определяется двумя данными: 1) частные лица как субъекты отношения, 2) частный интерес как содержание отношения. Сюда входят личные и имущественные отношения семьи, отношения по владению, пользованию и распоряжению движимыми и недвижимыми вещами, принадлежащими отдельным лицам, целый ряд отношений, возникающих из разнообразных договоров, а также вследствие причинения вреда чужим имущественным интересам, отношения, возникающие на почве наследования имущества.

V. Имущественный характер гражданского права. Данное определение соединено еще с одним вопросом, который относится к самому существу гражданского права и возбуждает сомнение в науке. Необходимо ли ограничить круг частных отношений, составляющих область гражданского права, сферой одних только имущественных интересов, или же следует включить в эту область всевозможные правоотношения, если только за ними будет признан частный характер? Другими словами, должно ли понимать под гражданским правом только частноимущественное право или также частноличное, т.е. отношения, возникающие вследствие брака между членами семейного союза? Так, по мнению Мейера, "имущественные права имеют самостоятельный характер, резко отличающий их от других прав, и, следовательно, должна быть особая самостоятельная наука об имущественных правах, которую мы и называем гражданским правом. Если характеристическая черта всех учреждений семейственного союза чужда сфере гражданского права, то по строгой последовательности должно сказать, что учреждениям этим и не место в системе гражданского права. К нему относится лишь имущественная сторона семейственных отношений; другие же стороны должны быть рассматриваемы только по мере надобности для уразумения имущественной стороны". Поэтому Мейер предлагал отнести учение о браке и его последствиях к каноническому (гражданский брак?), а учение о родительской и опекунской власти – к государственному праву. Этот взгляд Мейера на содержание гражданского права создан под влиянием Савиньи и Пухты. Цитович пытался согласовать воззрение на гражданское право как на право распределения с возможностью включить в его состав и личные семейные отношения. Несколько иначе подошел к этому вопросу известный русский юрист и публицист Кавелин. Признавая, что гражданское право в его современном виде представляет собою "ветхую храмину", в которой гнездятся всевозможные противоречия и несообразности, Кавелин задался целью перестроить все здание. Предлагаемая им реформа должна состоять в исключении из настоящего гражданского права всех личных правоотношений и во включении в его состав из других отделов системы права разбросанных теперь повсюду юридических отношений между лицами по имуществу. Отрицая возможность провести разграничительную черту между публичным и частным правом, Кавелин предлагал независимо от этого признака создать право, которое соединяло бы в себе все имущественные отношения, безразлично, частного или публичного характера. Соответственно тому он соединяет в один отдел как весь современный имущественный состав гражданского права, так и учение о податях, налогах, пошлинах, акцизах, всевозможных сборах, повинностях, о пенсии эмеритуре, конфискации и денежных взысканиях. Этот крайний взгляд Кавелина вызвал основательные возражения со стороны Муромцева. В самом деле, предложенная Кавелиным конструкция страдает существенным недостатком – отсутствием объединяющего начала в отношениях, которые должны составить содержание особой науки. Имущественность есть признак не юридический, а только экономический.

Оставляя в стороне крайности Кавелина, следует отвергнуть взгляд, который ограничивает область гражданского права только частными имущественными отношениями. Если мы придаем решающее значение признаку частности в противоположность публичности отношений, то необходимо ставить семью, брак на одной стороне с собственностью, договором, завещанием, а не с организацией центральных или местных органов управления. Поэтому мы думаем, что семейное право, не только имущественное, но и личное, должно войти в состав гражданского права. Так смотрит на этот вопрос и наша практика, которая не отказывает в охране при посредстве гражданского суда личным правам, возникающим из брака, как, например, в исках одного супруга

к другому о выдаче ребенка (83, 20), о признании законности или незаконности рождения, хотя бы не было спора – ст. 1346 и след. уст. гр. суд. по сводному прод. 1912 г. (79, 236; 00, 35). Следует только иметь в виду, что имущественные отношения играют преобладающую роль в гражданском праве и что личные отношения одарены некоторыми юридическими особенностями, сравнительно с имущественными, именно меньшею степенью свободы распоряжения и неотчуждаемостью.

§ 2. Методы гражданского правопедения

Литература: Шершеневич, Курс гражданского права, т. I, в. I, § 18–24; Муромцев, Очерки общей теории права, 1877, стр. 1–202; Определение и разделение права, 1879, стр. 4–20; Что такое догма права, 1885; Пахман, О современном движении в науке права, 1882 (Ж. гр. и уг. пр.); Гольмстен, Этюды о современном состоянии науки права (Юрид. исслед. и статьи, 1894, стр. 1–34); Новгородцев, Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба, 1896; Думашевский, Наше правопедение, что оно есть и чем оно должно быть (Ж. М. Ю.); Малышев, Курс общего гражданского права в России, т. I, 1878, стр. 1–19; Коркунов, Лекции по общей теории права, стр. 347–354; Петражицкий, Введение в круг политики права (Киев. Унив. Изв., 1896, N 8 и 10, 1897, N 9; Гредескул, Социологическое изучение права (Ж. М. Ю., 1900, N 10); Он же, К вопросу о способах изучения права (Ж. М. Ю., 1904, N 4); В. Гессен, Возрождение естественного права (Право, 1902, N 10 и 11); Гамбаров, Курс гражданского права, стр. 94–175.

I. Историческое направление. Гражданское право, поставленное на историческую почву, имеет своею задачею исследование тех исторических данных, на которых основывается современный гражданско-правовой порядок. Изучая известный институт с самого его зарождения в праве данного народа, постепенные изменения в его судьбе, приходят к открытию национального характера недвижимой собственности, семьи, опеки и т.п. Исторический прием не ограничивается задачею выяснения исторического развития национальных институтов, но еще служит пособием для систематического изучения действующего права. Историческое исследование, например, необходимо, чтобы уяснить себе современное английское право относительно недвижимой собственности, которая до последнего времени вполне отражала на себе средневековый феодальный строй; такое исследование необходимо, чтобы понять сохраняющиеся еще в современном русском праве остатки ограничений в праве наследования лиц женского пола. Раскрывая особенности данного института в истории известного народа, исторический метод предупреждает возможность ошибок в приложении к национальному праву теоретических воззрений, не согласных с исторически выработавшимися воззрениями народа. Таким образом, историческое исследование составляет необходимое предварительное условие для систематического изучения гражданского права и для критики его с точки зрения законодательной политики.

Исторический прием получил особенное применение благодаря влиянию так называемой исторической школы, во главе которой стоял германский ученый Савиньи (1779–1861). Успех исторической школы может быть объяснен главным образом двумя обстоятельствами: крайностями предшествовавшей естественно-философской школы и общей реакцией, которая обнаружилась в начале XIX в. против идей XVIII в. как в политике, так и в поэзии, философии, науке, искусстве. Восемнадцатое столетие поставило вопрос следующим образом: если современный правовой порядок неудовлетворителен, то это объясняется историческими заблуждениями; а потому необходимо построить новый порядок, независимо от исторических данных, на одних только рациональных основаниях. Но историческая действительность не оправдала априорных построений, и мысль, утомленная беспочвенным мечтанием, обратилась к выяснению образования этой действительности. Вопрос о том, как преобразовать право, перешел в вопрос, как образовалось право. Право, стала говорить историческая школа, не может быть произвольно создано, – оно является результатом медленного, постепенного развития общественной жизни народа, так же как и язык его, нравы, политические учреждения. Поэтому историческая школа поставила вопрос следующим образом: задача науки заключается не в измышлении идеального правового порядка, который не может быть осуществлен, потому что не связан и не вытекает из народной жизни, а состоит в исследовании исторических оснований

данного права, для лучшего уразумения и применения его норм. К сожалению, историческое направление стало идеологическим обоснованием реакционных течений, направлявших умы назад, в глубь истории. Современные задачи предлагалось забыть ради прошлого.

И у нас историческая школа нашла себе благоприятную почву. С 30-х гг. XIX столетия, вплоть до судебной реформы, в нашей литературе господствует историческое направление, обращавшее ученых к исследованию главным образом древнейшей эпохи русского гражданского права. Успех этого направления поддерживался правительственным гонением на школу естественного права и поощрением исторической школы, как отвлекающей взор от преобразований к преклонению перед самобытностью. Благодаря этому направлению мы имеем целый ряд более или менее ценных исследований по истории гражданских институтов, как, например, залога (Мейер), поручительства (Капустин), наследования (Никольский, Беляев, Цитович, Кавелин), и особенно работу Неволлина "История российских гражданских законов" 1851 г., в 3 томах.

II. Догматическое направление. Это направление имеет свою целью систематическое изложение норм гражданского права известного народа в данное время. Конечно, задача такого изучения чисто практическая – способствовать лучшему усвоению и применению в жизни действующего права. Материалом для догматики является все положительное право, выражается ли оно в форме закона или обычая.

1. Прежде всего, на догматике лежит обязанность собрать рассеянные нормы права и раскрыть истинный смысл каждой из них, выяснить цель и содержание, другими словами – истолковать нормы. Логическое значение правовых норм таково же, какое придается аксиомам в науках теоретических: как и аксиомы, правовые нормы не подлежат обоснованию и доказыванию, а являются исходным моментом для заключений (Вундт). Сборники и комментарии – таковы первые научные шаги в истории правоведения.

2. За эту описательную задачу, которая свойственна юриспруденции так же, как ботанике, зоологии, этнографии и другим наукам естествознания, следует задача обобщения. Разлагая содержание норм одну за другой на отдельные представления, можно заметить, что в ряде норм повторяется один и тот же элемент. Экономия труда побуждает вынести этот элемент за скобки и рассмотреть его отдельно. Например, нетрудно подметить, что множество прав прекращается вследствие неосуществления их в течение известного времени. Этот элемент обобщается и изучается отдельно в виде исковой давности. Другой вид обобщения представляет нахождение юридических принципов. Под именем юридического принципа понимается общая мысль, направление, вложенное законодателем, сознательно или бессознательно, в целый ряд созданных им норм. Такие принципы нередко устанавливаются самим законодателем, и преобладание их в законодательстве говорит в пользу совершенства последнего. К сожалению, наше законодательство, напротив, ограничивается установлением отдельных норм и только весьма редко дает общие начала, как, например, никто по общему закону не может быть без суда лишен прав, ему принадлежащих (ст. 574), или – владение признается добросовестным доколе, пока не будет доказано, что владельцу достоверно была известна его неправость (ст. 530). Поэтому задача обобщения лежит у нас всецело на теоретической и практической юриспруденции. Таковы установленные последней принципы: принадлежность следует судьбе главной вещи (84, 75); никто не может подлежать ответственности за такие действия, которые он совершает в пределах своего права, хотя бы эти действия и причиняли кому-либо имущественную невыгоду (94, 63); никто без законных к тому оснований не вправе пользоваться безмездно чужим трудом или же присваивать себе выгоды от чужих действий (09, 109).

3. Не ограничиваясь описанием и обобщением, догматик задается целью определить юридические понятия, например, право собственности, обязательство, договор и пр. Определение основано также на обобщении. Выделяя группу отношений, получивших одно наименование, например договорных, и наблюдая всевозможные случаи их проявления, мы выделяем признаки, всем им свойственные, и соединяем их в одно. Однако между юридическим принципом и юридическим определением существует глубокое различие. "Юридическое определение, – по словам Муромцева, – обозначает сумму всех тех обстоятельств, с совокупностью которых связаны данные юридические последствия, и сумму всех тех последствий, которые связаны с этими

обстоятельствами". Возьмем, например, наследование по завещанию. Мы имеем сумму обстоятельств: смерть, наличие имущества, оставление умершим распоряжения, изъявление наследником согласия на принятие. Соответственно тому выступает сумма юридических последствий: приобретение прав, входящих в состав имущества, ответственность за долги наследователя, соединение двух имуществ. Юридический принцип есть результат анализа, юридическое определение – результат синтеза. В некоторых случаях сам законодатель берет на себя обязанность дать определения, хотя задача эта ему несвойственна и должна быть возложена на науку права. Например, наш законодатель определяет право собственности, завещание. Такие определения бесполезны в законодательстве, которое должно ограничиться установлением более или менее общих правил поведения. Такие определения могут быть и вредны в случае неудачной формулировки – они могут задержать дальнейшее развитие в жизни правовых норм. Некоторые определения установлены у нас судебной практикой, например понятие о состоянии, о доходе (90, 40).

4. Далее, законодательство каждого народа, если оно выражено даже в кодексе, весьма далеко от научной системы, да оно и не задается этой целью. Кроме того, по мере надобности издаются различные законы, которые стоят особняком, вне связи с кодексом или сводом. Приведение всего этого материала в порядок, соединение однородных законов и выделение разнородных частей составляют основную задачу догматики. Эта работа очень сложна там, где, как в Англии, нет кодекса, а есть ряд законов и судебных решений и где при этом один и тот же закон содержит нередко самые разнообразные постановления; эта работа значительно упрощается там, где народ имеет систематизированный кодекс, как, например, в Германии. Система, в которой распределяется материал положительного права, тем совершеннее, тем более достигает своей цели – дать обобщенное знание, чем более она удовлетворяет требованию постепенности в раскрытии понятий. Изучающий право в системе знакомится, прежде всего, с простыми юридическими отношениями и затем постепенно переходит к сочетаниям в их возрастающей сложности. При удачной систематизации все положительное право представляет собою стройное здание со строгою пропорциональностью частей и удобством расположения. Такая система представляется чрезвычайно полезной для практики, потому что препятствует возможности затеряться в массе законодательных подробностей. В привычном к системе уме юриста всякий новый закон легко найдет себе надлежащее место, даже целый кодекс разместится в пределах хорошо освоенной системы. Именно отсутствие систематического научного образования создает в лицах, приобретших знание права путем механического заучивания отдельных законов, то упорное недоброжелательство ко всякому новому закону и особенно к уложению, которое составляет слишком известное и распространенное явление. В их уме новый кодекс производит целый переворот, тогда как для систематика он дает лишь новый материал, который свободно укладывается в готовые формы.

Догматическое изучение гражданского права имеет господствующее значение в науке права. Собственно система, обобщения, определения вырабатывались до последнего времени преимущественно на римском праве, а затем прилагались к отдельным законодательствам, к праву французскому, германскому, русскому. Но теоретическое построение системы гражданского права, установление определений различных институтов, можно и должно быть исполнено независимо от римского права на основании того более богатого материала, который содержится в современных законодательствах европейских народов. Выработка теории на римском праве освобождает западных юристов от вырабатывания системы на почве отечественного права. Так, французские юристы в течение XIX века большею частью ограничивались комментированием французского гражданского кодекса, истолковыванием смысла отдельных его постановлений, причем вели свои исследования в законодательной, а не в самостоятельно-научной системе. Но такое отделение системы от описания порождает большие неудобства на практике, потому что при этом соединение системы с материалом возлагается на самих практических юристов. Новые поколения французских юристов постепенно освобождаются от указанных недостатков, а работы таких авторитетов, как Жени, Салейль, Демог, отмечены печатью полной самостоятельности.

У нас догматическое направление в гражданском праве установилось со времени судебной реформы 1864 г., когда в новых судебных учреждениях, которым воспрещено было останавливать

решение дел под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов, проявилась потребность в систематизированном знании права, в понимании сущности правовых институтов, когда простое заучивание буквы закона оказалось уже недостаточным при новых условиях. Спрос на образованных юристов, заменивших собою прежних законовевдов, должен был связать ближе науку права, в ее догматической постановке прежде всего, с судебной практикой. Одно время, однако, во взглядах нашего Сената на значение науки права для судов обнаружилось отрицательное отношение к такому сотрудничеству. По поводу решения Виленской судебной палаты, снабженного указаниями на учения римского и французского права, Сенат счел нужным обратить внимание на неуместность ссылок на начала "так называемой теории права" (91, 62). Но в новейшее время Сенат сам счел уместным при определении присущих договору контокоррента свойств обратиться к тому определению, которое этому договору дает "наука права" (07, 18), и стал ссылаться на "общие начала гражданского права" (08, 107, по вопросу о зачете) и ту же "теорию права" (13, 46).

III. Социологическое направление. Гражданское правоведение, поставленное на социологическую почву, имеет свою целью изучение законов развития гражданского права. Правовые явления составляют вид явлений социальной жизни и в этом качестве подлежат тому же методу изучения, как и другие общественные явления, принадлежащие к области морали, религии, культуры. Социология имеет свою задачую изучение законов, по которым происходят явления общественной жизни. Как часть социологии, наука гражданского права должна подвергнуть своему исследованию законы развития того круга общественных явлений, которые известны под именем частноправовых отношений. Но из этого не следует создавать особой науки, отдельной от социологии, а) потому что на первых ступенях истории различные отрасли права еще не различаются, публичное не обособляется от частного, гражданское от уголовного, б) потому что на первых ступенях истории право очень слабо отличается от религии, морали, обрядов. Предметом социологического изучения могут быть все вообще правовые отношения совместно с другими общественными явлениями, но это составляет задачу социологии, а не правоведения, что не мешает последнему пользоваться выводами первой. Тем не менее можно говорить о совершенном вытеснении из правоведения социологическим направлением догматического изучения, в пользу которого говорят потребности общественной жизни.

Материалом для социологического изучения является не право одного какого-либо народа в его современном (догматическое направление) или историческом виде (историческое направление), но правовые явления всех народов и во все времена их жизни. Задачу собирания и разъяснения этого материала выполняет сравнительное правоведение. Социологическое направление имеет свою целью раскрыть те общественные условия, которые вызвали к жизни существование данного института и при наличности которых институт всегда появится, а также обнаружить первичную его форму и выяснить постепенное изменение под влиянием общественных сил, с установлением в виде научного закона правила, в какую сторону должны изменять развитие данного института данные силы. Так, например, необходимо выяснить, составляет ли брак общее явление, и если да, то какие общественные условия вызвали его; затем рассмотреть различные формы брака – гетерическую, групповую, патриархальную, полиандрию, полигамию, моногамию, – установить их преемственную связь и зависимость от всех прочих общественных условий народной жизни. К сожалению, следует признать, что в этом отношении еще очень мало сделано и почти никаких законов не открыто. Впрочем, это не говорит еще против верности и полезности самого направления, а скорее обуславливается небольшим числом ученых, посвящающих себя этой деятельности, и незначительностью успехов самой социологии, за которую только и может следовать правоведение.

В нашей литературе социологическое направление было особенно выдвинуто Муромцевым, который предложил различать общее гражданское правоведение как науку, изучающую законы развития гражданского права, и гражданско-правовую политику как искусство, устанавливающее правила и приемы, которыми должны руководиться законодатель и судья. В последнее время начал выходить задуманный на сравнительно-исторической основе "Курс гражданского права" Гамбарова.

IV. Критическое направление. Критическое направление имеет своей целью на основании исторического, догматического и социологического исследований представить соображения о том, насколько действующие нормы отвечают потребностям времени и места, какие изменения следовало бы сделать в существующем гражданском порядке, в целом или в отдельных его частях. "Каждый народ, в котором не погасла искра жизни, – говорит Малышев, – естественно, заботится об улучшении и усовершенствовании своего права, о приспособлении и реформах в той или другой части законодательства". Критика гражданского законодательства имеет особенно важное значение в России, которая лишена нового гражданского кодекса, а во многом еще живет под действием старинных указов, механически сведенных в одно и кое-как связанных вставками иностранного теоретического происхождения. Критика может быть направлена на указание несоответствия действующего права с историческими его основаниями или на несоответствие его новейшим потребностям общества или нравственному сознанию последнего, на противоречия в отдельных постановлениях, на невыдержанность принципов. Богатым материалом для критики является западное законодательство в тех своих частях, которыми оно стоит на уровне новейших правовых воззрений и которые могут послужить образцом, достойным подражания. Пользование иностранными законодательствами может иметь и догматическую цель – при сходстве институтов разъяснить отечественное право более подробными положениями чужих кодексов. Нашей практике случается обращаться к западным кодексам для лучшего уяснения русского права, например по вопросу о юридической силе пари (83, 57), отношений из чека (12, 45). Такое сравнительное изучение современных законодательств с целью сопоставления их с отечественным правом в видах выяснения и улучшения последнего не следует смешивать со сравнительным правоведением, которое ставит своей целью путем сравнения права различных народов на разных ступенях культуры выяснить общие законы развития права. Понятно, что критическое отношение к действующему праву, необходимое для законодателя, должно быть совершенно чуждо суду, который призван не изменять право, а только применять его.

К сожалению, ученые-цивилисты слишком пренебрегают критическим приемом и ограничиваются комментированием и систематизированием существующего права без указания его недостатков и желательных в нем изменений. Сравнение в этом отношении науки гражданского права с другою чисто юридическою наукою, уголовным правом, далеко не говорит в пользу первой. Криминалисты давно прибегают к критическому приему и благодаря тому являются несравненно более подготовленными к законодательной деятельности, нежели цивилисты. Законодатель, широко пользующийся советами и указаниями науки уголовного права, остается беспомощным в области гражданского права, предоставлен своим собственным силам, практическим знаниям и житейскому опыту.

Сторонником критического направления у нас является Петражицкий, настаивающий на построении рядом с догмой права науки политики права как особой дисциплины, служащей прогрессу и усовершенствованию существующего правопорядка путем научной, методической и систематической разработки соответственных проблем. Исходя из того что право есть психический фактор общественной жизни, Петражицкий видит задачи политики права: 1) в рациональном направлении индивидуального и массового поведения посредством соответственной правовой мотивации, 2) в совершенствовании человеческой психики, в очищении ее от злостных, антисоциальных склонностей, в насаждении и укреплении противоположных склонностей. Миссия будущей науки политики права состоит в сознательном ведении человечества в том же направлении, в каком оно двигалось до сих пор путем бессознательно эмпирического приспособления. Хотя Петражицкий и говорит о возрождении естественного права, но сам же отграничивает политику права от естественного права по научным посылкам и научному методу, которых лишено было направление XVII и XVIII веков. Гражданско-правовая политика ставит вопрос так: в противоположность действующим в данный момент нормам права должны быть согласно новым условиям времени и места установлены такие-то нормы, как наиболее отвечающие обнаруженным потребностям и этическим воззрениям. Напротив, естественное право старого времени ставило научный вопрос следующим образом: в противоположность действующим в данный момент нормам должны быть введены такие-то нормы, не зависящие от случайностей времени и места и вытекающие из неизменных условий

общежития и природы человека. Да и теперь еще некоторые ученые признают единое и неизменное естественное право; такого взгляда придерживается, например, французский цивилист Пляньюль; другой французский цивилист – Капитан – видит в естественном праве только руководящий принцип, направляющий законодателя в сторону осуществления идеала справедливости и примирения интересов индивида и коллективности. Насколько общи социальные условия существования современных образованных народов, настолько возможно единство гражданско-правовой политики.

В нашем изложении мы будем придерживаться главным образом догматического направления, как наиболее соответствующего учебным и практическим целям судебной деятельности. Исторический элемент будет введен лишь настолько, насколько это необходимо для уяснения действующего права.

§ 3. Литература и пособия

Литература: Шершеневич, Наука гражданского права в России, 1893.

Литература русского гражданского правоведения невелика, потому что вообще правоведение в России не имеет исторических корней в русской жизни. Следуя модным направлениям западной юриспруденции, русские юристы предались в начале прошлого столетия естественному праву, потом углубились в исторические исследования. Только судебная реформа 1864 г. выдвинула жизненную потребность в догматических работах.

Сочинений, посвященных систематическому обзору русского гражданского права, сравнительно немало, но, к сожалению, немного dokonченного.

Среди курсов, имеющих значение и для настоящего времени, видное место занимает Мейер "Русское гражданское право" – лекции, читанные сначала в Казанском, потом в С.-Петербургском университетах. Лекции эти не были изданы при жизни самим Мейером, а появились после его смерти в издании его учеников (в 1858–1859 г.). В последнее время устаревшие по законодательному материалу лекции были вновь изданы профессором С.-Петербургского Университета Гольмстеном (последнее издание 1910 г.). Курс Мейера представляет собою полное изложение русского гражданского права. Система курса – пандектная: общая часть, вещное, обязательственное, семейное и наследственное право, причем последний отдел несоразмерно мал. Изложение Мейера легкое и изящное. Содержание пропитано интересом к бытовой стороне юридических отношений и проникнуто гуманным характером, ценность которого усиливается с точки зрения исторической перспективы. Курс Мейера может и теперь служить педагогическим целям, быть пособием при изучении русского гражданского права.

Вторым по времени является Победоносцев "Курс гражданского права" в 3 томах. Начало курса относится к 1868 г., последнее издание – 1896 г. Первый том содержит вотчинные права, второй – семейное и наследственное, третий – обязательственное право. Автор обещал еще общую часть, но она не появилась, так что курс остался неоконченным. В противоположность учебнику Мейера курс Победоносцева имеет задачу удовлетворить потребностям практики. Автор дает в своем курсе историческое освещение институтам гражданского права и сопоставляет русское право с западными. Спокойный и тонкий анализ, бесстрастное изложение, упорный консерватизм в вопросах законодательной политики – таковы отличительные черты Победоносцева как ученого. Наиболее слабою стороною является теоретическая – автор избегает определений и конструкций. Зато в решении отдельных вопросов русского права автор может служить педагогическим образцом. Следить за автором в его заключениях и таким путем приобретать способность к самостоятельным юридическим решениям – такова главная польза, которую можно получить от чтения этого курса. Наиболее ценным является первый том. Литературные указания в последних изданиях не пополнены и потому мало пригодны.

В 1879 г. Кавелин издал "Права и обязанности по имуществам", и это сочинение, дополняемое "Очерком юридических отношений, возникающих из семейного союза" (1884 г.) и "Очерком юридических отношений, возникающих из наследования имущества" (1885 г.), составляет как бы полное систематическое изложение русского права. Однако в то время как "Очерки" имеют учебное значение, "Права и обязанности" представляют собою попытку

оправдания теоретических воззрений Кавелина на сущность гражданского права и педагогическим целям вовсе не отвечают.

Неоценимое значение для практиков представляет собою Анненков "Система русского гражданского права", которая, однако, по характеру своему скорее должна быть признана комментарием. Сочинение состоит из 6 томов, вышедших ныне вторым изданием. Автор с поразительной детальностью исследует каждый вопрос, давая цельные готовые ответы и не обходя трудностей. Для догматических целей автор выводит на свет источники, на которых основываются действующие законы. По каждому вопросу автор приводит мнения и аргументы всех русских ученых с подробностью, нередко излишнею и утомительною. Как справочная книга, "Система" Анненкова незаменима. К слабым сторонам этого сочинения относится крайне тяжелое изложение, которое совершенно лишает его педагогических достоинств. Нельзя не пожалеть также, что автор для сравнений пользуется не французским и германским законодательствами, а второстепенными – итальянским и саксонским.

Полную противоположность Анненкову представляет профессор С.-Петербургского Университета Дювернуа "Чтения по гражданскому праву". Вышли т. I (4-е изд. 1903 г.) – общая часть и т. II в. 1 (изд. 1899 г.) – вещное право, в. 2, обязательственное право, общая часть (1901 г.). Изложение Дювернуа блестящее и увлекательное. Отдельные мысли, отличающиеся оригинальностью, останавливают на себе внимание. Но сочинение не имеет ни педагогических, ни практических достоинств. Как учебное пособие, оно неудовлетворительно, потому что не дает последовательного изложения предмета: передать прочитанное чрезвычайно затруднительно. А так как автор излагает не все действующее право, а бросает лишь отдельные штрихи, то усвоение русского гражданского права по этому сочинению невозможно. С практической стороны непригодность "Чтений" Дювернуа обнаруживается из того, что автор и не задается целью рассмотреть сколько-нибудь подробно действующее право. Сочинение это представляет собою скорее ряд последовательных монографий, стремящихся осветить с научной стороны отдельные вопросы.

С педагогической стороны лучшим пособием может служить Васьковский "Учебник гражданского права", 2 выпуска. Сочинение, к сожалению, не окончено: первый выпуск (1894 г.) посвящен общей части, второй (1896 г.) – вещному праву. Изложение отличается поразительной легкостью: простым и живым языком автор излагает самые сложные вопросы гражданского права, значительно облегчая тем изучающему и без того трудную задачу усвоения предмета. Автор весьма удачно соединяет в сжатом изложении теорию, сравнение с западными законодательствами и русское право. Литературные указания имеются в достаточном изобилии. При краткости учебник не может служить практическим задачам подобно труду Анненкова.

Из неоконченных произведений следует указать на Малышева "Курс общего гражданского права в России", т. I, 1878 г., и Цитовича "Курс русского гражданского права", т. I, 1878 г. Оба этих курса дальше введения не пошли. Малышев дает подробнейшие литературные указания, а приложение к т. I, вышедшее в 1880 г., представляет собою систематический свод гражданских законов и обычного права России. Цитович в своем введении посвящает все свое внимание вопросу об источниках права. Также неоконченным остался и "Курс гражданского права" автора настоящего учебника, начатый в 1900 г. в Казани и вышедший в двух выпусках (глав – VII). В них Шершеневич развил свои основные воззрения по общей теории гражданского права и дал очень полный и критический обзор западной и русской литературы по затронутым вопросам (основные понятия гражданского права, его методы и история источников на Западе и в России). В нашей литературе это, кажется, единственный образец специальной научной библиографии.

В 1907 г. вышло "Русское гражданское право" профессора Киевского, ныне Московского, Университета Гуляева (4-е изд. – 1913 г.). Как указывает сам автор, он, "предполагая теоретические положения права известными своим слушателям, изучившим римское право, ограничился изложением отечественного законодательства, не прибегая к утомительному воспроизведению теоретических учений". Обзорное положительное материала и сенатской практики впервые в русской учебной литературе по всем отделам было сопоставлено с предположениями проекта гражданского уложения.

Представить в возможной полноте действующее законодательство в связи с сенатской практикой на основе теоретических воззрений и сравнительного законодательства ставит своей задачей вышедшее в двух выпусках "Русское гражданское право" профессора Синайского (Киев, 1914 г.). Автор отмечает оживление нашей научной литературы и широко пользуется им, чем сообщает своей работе печать свежести и современности.

Другую цель ставит себе уже упоминавшееся выше (стр. 29) оригинальное произведение русской цивилистической литературы – Гамбаров "Курс гражданского права", т. I, 1911 г., содержащий в себе введение и общую часть. Курс задуман на широких началах: "...предмет курса есть не русское, а общее гражданское право, насколько оно получается в осадке развития его отдельных институтов и доктрин у всех народов, стоящих в более или менее сходных условиях жизни". Курс представляет значительный интерес с точки зрения примененного автором сравнительно-исторического метода. К сожалению, хотя автор уделяет в предисловии немало внимания социальной юриспруденции, но именно эта сторона в курсе наименее затрагивается.

Систематическое изложение русского гражданского права имеется и на иностранных языках. Таковы: Lehr, Elements de droit civil russe, 2 тома, 1877–1890, Todaro della Gallia, Istituzioni di diritto civile russo, 1894; Von Veh, Ueberblick über das russische Privatrecht (энциклопедия Гольцендорфа); Neubecker, Die Grundzüge des russischen Rechts (в издании Russlands Kultur und Volkswirtschaft). Все эти работы не имеют значения для русской читающей публики.

По истории русского гражданского права до сих пор остается незаменимым Неволин "История российских гражданских законов", 1851, 3 тома. Для ориентирования в литературе русского гражданского права может служить работа автора настоящей книги – "Наука гражданского права в России", 1893 г. Подробный перечень всей русской литературы, не исключая газетных статей, дают Поворинский "Систематический указатель русской литературы по гражданскому праву", 2-е изд., 1904 г., и Никонов "Гражданское право. Указатель литературы", 1904 г.

При огромном объеме Свода Законов и разбросанности наших гражданских законов немаловажное значение имеет труд Гожева и Цветкова "Сборник гражданских законов", 3 тома, – теперь значительно устаревший.

При бедности содержания наших гражданских законов практика Правительствующего Сената имеет большое значение. Знакомство с огромным подлинным материалом затруднительно и этим объясняется большой спрос на издания т. X, ч. I, снабженные положениями, извлеченными из решений гражданского кассационного департамента. Таковы издания т. X, ч. I Арефы, Боровиковского, Гаугера и Тютрюмова, т. XI, ч. 2 – Носенко и Добровольского. По совершенно новому для России плану составляется выходящий под редакцией Вормса и Ельяшевича, с участием многочисленных сотрудников практический и теоретический комментарий "Законы гражданские" (вышли пока три выпуска). Материалом для комментирования статей служат научные исследования, исторические источники действующего права и, наконец, судебная практика, которая, по мысли редакторов, будет сведена в научную систему и критически разработана. Справочным пособием служить не может и от обращающихся к нему требует вдумчивого изучения.

Для ознакомления с правом важнейших западных законодательств можно указать следующие пособия: 1) для французского права лучшим в настоящее время руководством по систематичности, ясному и интересному изложению следует, несомненно, признать Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 3 тома; типичным, в духе французских комментариев является Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, 3 тома; в духе немецких курсов составлен Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 8 томов, изложенный по пандектной системе (посл. изд. с 1897 г.); 2) для германского права – Enneccerus, Kipp и Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, два тома в пяти частях; Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3 тома; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, два тома (имеется французский перевод); Dernburg, Das bürgerliche Rechts des deutschen Reichs und Preussens, пять томов; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, т. I–IV, 1900–1908 гг.; 3) для швейцарского права – высоконаучные Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, под ред. Gmür, и такой же Kommentar, под ред. Egger, Oser, Escher, Reichel и Wieland (шесть томов); 4) для английского права – Stephen, New Commentaries of

the Law of England, 4 тома; Jenks, A Digest of English civil law, 6 вып., 1905–1912 гг.; на французском языке – Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, 2-е изд., 1906 г.; на немецком – Schirrmeyer, *Das bürgerliche Recht Englands*, пять выпусков, 1905–1912 гг.

§ 4. История гражданского законодательства на Западе

Литература: Пахман, История кодификации гражданского права, 2 т., 1876; Шершеневич, Курс гражданского права, в. 2, 1902, § 40–55. Для ознакомления с историей французского права в хронологическом порядке: Esmein, *Cours de l'histoire du droit français*, 3-е изд., 1907; в систематическом порядке: Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3-е изд., 1905. Для ознакомления с историей германского права: Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 5-е изд., 1908 (в хронологическом порядке); Thudichum, *Geschichte des deutschen Privatrechts*, 1894 (в систематическом порядке). Для английского права: Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, 6 т., 1882–1883. Для итальянского права: Salvioi, *Manuale di storia del diritto italiano*, 3-е изд., 1899.

I. Исходные начала. В европейской цивилизации различаются три элемента, под влиянием которых она сложилась, – римский, христианский и германский. Естественно, что и на праве как на одной из сфер общественной жизни должно было обнаружиться действие этих факторов. Влияние христианства обнаружилось преимущественно на семейном праве, германское влияние – на поземельном и наследственном праве, римское – на обязательственном. Рассмотрим каждый из указанных элементов в отдельности.

1. Если ошибочно было распространено до Савиньи мнение, будто римское право с VI века потеряло совершенно свое значение и применение, то все-таки остается верным, что влияние его было довольно ограничено до рецепции. Это было право, которым руководствовалась одна часть общества, образовавшегося на развалинах Римской империи, – побежденное население, давно привыкшее к римской культуре и римскому праву. Победоносные варвары, разрушившие памятники науки и искусства, оставили неприкосновенным римское право. Варвары, образовавшие новые государства в Галлии и Испании, не только сохранили силу за существовавшими источниками римского права, но еще сами способствовали собиранию их для пользы туземного населения. Эти сборники известны под именем *Leges romanae*, из которых наиболее выдается сборник, составленный в вестготском государстве при Аларихе II, в 506 г., *Lex Romana Visigothorum*, или *Breviarium Alaricianum*. В основание этого памятника положены частные сборники гермогенианский и григорианский, *Codex Theodosianus*, а также литературные произведения, *Institutiones* Гая и *Sententiae receptae* Павла. *Breviarium Alaricianum* (название XVI века) служило единственным средством ознакомления с римским правом вплоть до возобновления в XI веке занятий этим предметом. Меньшее сравнительно значение имел *Edictum Theodorici* – сборник, составленный между 511 и 515 гг. для римского и германского населения остготского государства *Lex Romana Burgundionum*, иначе *Parian*, составленный около 517 г. в Бургундском государстве. По окончательном расселении народов и образовании новых государств обнаружилось, что римское право особенно укрепилось в южной Франции и средней Италии. Нравственное влияние его пока было незначительно, во-первых, потому, что германцы еще не достигли той степени общественного развития, на которой принципы римского права совпадали бы с их мировоззрением, и, во-вторых, потому, что западному миру не было еще известно римское право в его последней отделке, в форме юстиниановского законодательства.

Римское влияние на современные нам законодательства и юриспруденцию имеет свои корни не в этих остатках, а в том увлечении римским правом, которое появилось позднее и известно под именем рецепции римского права. Под этим именем понимается распространение влияния юстиниановского законодательства на западе Европы с конца XV, особенно в XVI веке, которое достигло признания за ним силы положительного права. Это событие в истории права представляется в высшей степени замечательным и останавливает на себе внимание. Законодательство одного народа через тысячу лет после кодификации усваивается другими народами при иных бытовых условиях и притом после упорной борьбы с самим обществом, которое отстаивало свое национальное право. Факт этот трудно согласуется с представлением о

медленном образовании права из национальных основ, как этому учила историческая школа. Без сомнения, римское право было чуждо народному правосознанию германской нации в тот момент, когда, по выражению Иеринга, впервые постучало в дверь Германии.

В объяснение этого поразительного явления приводят обыкновенно следующие причины рецепции. Германские государи смотрели на себя как на непосредственных преемников римских императоров, а потому считали своею обязанностью покровительствовать римскому императорскому законодательству. Склонности государей европейских к римскому праву способствовало немало и то, что законодательство Юстиниана проникнуто монархическими тенденциями и в нем можно было найти много оправданий для проявившегося в то время стремления усилить верховную власть. Западная церковь, центром которой был римский престол, также покровительствовала римскому праву как продукту более высокой духовной силы сравнительно с памятниками варварского языческого права. "Ecclesia vivit lege romana", – говорили в то время, а при широкой судебной компетенции, которая принадлежала церкви в средние века, ей легко было проводить в жизнь начала римского права. Римское право как высоко развитое право и притом произведение одного из важнейших народов древности возбуждало научный интерес и привлекало к себе многих ученых, что, несомненно, стоит в связи с возрождением классицизма. Научные занятия по римскому праву начались в Италии в XII веке и особенно усилились во Франции в XVI столетии. Изучение римского права помимо научного интереса соединялось с выгодами, потому что знающие его получали важные места, судебные и административные, достигали почестей, отличий и расположения государей. С усилением королевской власти обнаружилось стремление устранить или по крайней мере ослабить народный элемент в судах. Назначаемые королевскою властью судьи, преимущественно знакомые с римским правом, естественно, применяли к делам это последнее и таким путем проводили в жизнь римские начала. Наконец, и главное: успеху римского права много способствовало изменение экономических отношений, проявившееся в начале новой истории и требовавшее регулирования со стороны более совершенного права, чем прежнее национальное. Римское право с его развитым обязательственным правом явилось наиболее подходящим и устранило трудную задачу развития и усовершенствования отечественного права, связанного историческими формами.

Последствия рецепции римского права обнаружились во всей последующей истории еврейского права и до сих пор не утратили своей силы. Признание за римским правом значения положительного права имело влияние на теоретическую и практическую юриспруденцию. Научная разработка права не шла далее положений, признанных римским правом как писанным* разумом. Все мировоззрение юриста получило римский отпечаток. Теоретическая ценность придавалась лишь тем принципам, которые согласовались с римскими источниками. В практическом отношении это привело к полному игнорированию национальных основ права, которые не получали дальнейшего развития. Рецепция, приучив мысль к постоянному пользованию готовыми положениями, значительно и надолго ослабила самостоятельное творчество в области права. Идеальный правовой порядок был найден, оставалось только раскрыть его смысл. Зато юристы-практики выработали в себе тонкую юридическую технику, привыкли к стройным конструкциям и логическим выводам, которых они не приобрели бы на почве национального права. Техника была выдвинута в ущерб творчеству. Естественно, что при таком значении для юриспруденции римское право должно было оказать влияние и на законодательства европейских народов. Действительно, не только отдельные законы, уставы, но издавались целые гражданские кодексы, созданные на почве скорее римского, чем народного права, как это обнаруживается, например, на Французском гражданском кодексе 1804 г., Саксонском 1863 г., даже на первом проекте общегерманского Гражданского уложения, изданном в 1888 г. и получившем характерную кличку "der kleine Windscheid". Таким образом, можно сказать, что и до сих пор римское право продолжает свое действие в государствах, имеющих кодексы, потому что оно вошло составною частью в эти уложения. Благодетельное значение рецепции и ее влияния на юриспруденцию обнаруживается в том, что признание общих начал права заставило забыть о национальных различиях, а это обстоятельство воспрепятствовало во Франции и Германии полному торжеству партикуляризма и способствовало выработке представления об общих началах для европейских законодательств. Римское право в своем

объединяющем действии оказало такое же влияние на юриспруденцию и законодательство европейских народов, как латинский язык – на их науку.

2. Церковь проявила сильное воздействие на нравственную и умственную жизнь, на общественные отношения Европы. Все мировоззрение средних веков носит на себе церковный характер. "Философия вместе с наукою превратилась в прислужницу богословия, этическое мирозерцание прониклось идеалами монашеского аскетизма, политические теории приняли теократический характер, и все это отразилось и в преобладании церковной письменности с ее житиями святых, благочестивыми легендами и назидательными проповедями отречения от мира и подчинения церковному авторитету, и в религиозном характере, каким отмечены произведения средневекового искусства" (Кареев). Естественно, что и область права подверглась влиянию этой силы. Сначала, пока церковь не приобрела еще политического могущества, влияние ее было чисто нравственным: так, церковь силою своего духовного авторитета боролась против рабства, ордалий, судебного поединка, многоженства, легкости расторжения брачных уз. Позднее же, с возвышением папской власти, церковь приобрела и формальную возможность воздействия на юридический быт, главным образом вследствие своей судебной власти. Первоначально подчинение церковному суду было добровольным. Спорящие весьма часто обращались к духовному лицу за разрешением недоразумения, что объясняется неудовлетворительностью светского правосудия, равнодушием верховной власти к этой своей обязанности и ко вмешательству церкви в эту сферу. Когда же церковь приобрела политическое значение, она постаралась закрепить за собою судебную власть. Компетенция церкви постепенно все более расширялась. В отношении лиц власть ее распространялась на всех духовных по всем делам; в предметном отношении церковному суду подлежали дела, имеющие какое-либо прикосновение к религии, а именно: вопросы о заключении и расторжении брака, о личных и имущественных отношениях между супругами, между родителями и детьми, о приданом, о наследовании, о завещании, вообще всякое дело, если только оно рассматривалось не только как правонарушение, но и как грех (*quia peccatum est*).

Такое положение дел потребовало установления норм, которыми должна была руководствоваться церковь при разрешении всех этих споров. В этом отношении церковь не занялась выработкою самостоятельных положений, но примкнула к римскому праву, только согласно духу времени придала ему своеобразный церковный отпечаток. Бывшие первоначально в употреблении частные сборники канонического права заменились позднее официальным сборником, который был освящен авторитетом пап. Этот сборник получил с XV века (на Констанцском и Базельском соборах) название *Corpus juris canonici*. Он состоит из следующих частей: а) *Decretum Gratiani* представляет собою систематизированный сборник канонов, основанный на апостольских правилах, постановлениях соборов, отрывках из отцов церкви, из римского права, из капитуляриев франкских королей; он был составлен в половине XII века болонским монахом и вместе с тем преподавателем канонического права Грацианом; б) Декреталии папы Григория IX (1227–1241); в) *Liber sextus* или собрание декретов Бонифация VIII (1294–1303); г) *Clementinae*, или Собрание декретов папы Климента V (1305–1314). *Corpus juris canonici* содержит в себе очень много постановлений, относящихся к гражданскому праву.

При той обширной юрисдикции, которая была предоставлена церкви, она легко могла проводить свои взгляды на юридический быт западных народов. Более всего обнаружилось влияние канонического права на брачное и вообще семейное право, и здесь после упорной борьбы церковь достигла торжества, изменив германские порядки. Церковь, стоя на почве римского права, выдвинула идею о завещании, чуждую варварам, и открыла таким путем новый порядок перехода имуществ. В области обязательственного права влияние церкви было менее значительно, но и здесь оно проявилось вследствие энергичного преследования процентов со стороны церкви.оборот, который не в состоянии был обойтись без роста, принужден был прибегать к уловкам, чтобы избежать запрещений церкви. Отсюда немало форм сделок, объясняющихся почти исключительно этою целью, как, например, *commenda*, *rente constituée*, *rente foncière*. Наименьшее влияние церкви проявилось на вещном поземельном праве.

3. Германские племена, вторгнувшиеся в римские владения, сохранили за бывшими римскими гражданами возможность пользоваться римским правом, дав им в руководство *Leges romanae*.

Вместе с тем германцы составили памятники своего народного права, в отличие от первых называвшиеся *Leges barbarorum*. Каждое племя имело свой памятник права, таковы *Lex Salica*, *Lex Ripuaria*, *Lex Wisigothorum*, *Lex Burgundionum*, *Lex Alemannorum*, *Lex Baiuvariorum*, *Lex Frisionum* и др. Сила каждого из этих сборников распространялась не на всех живущих в пределах данного племени, а на всех принадлежащих к племени, где бы они ни находились. Отсюда видно, что в то время господствовал не территориальный, а личный принцип права. Романское население жило под действием своего права, германцы – своего, и притом каждое племя держалось отдельного права, так что случалось встречать в одном месте несколько лиц, из которых каждое было подчинено особому праву.

К составлению своих народных сборников германцы побуждены были прежде всего изменением бытовых условий при переселении и опасением, что при этом легко могут быть забыты обычаи отцов. К тому же могло существовать опасение, что народное германское право потеряет свою самобытность при соприкосновении с римским. Наконец, кодификация римских законов не могла не послужить примером для кодификации германского права.

Leges barbarorum представляют собою сборники обычного права, следовательно, чисто народного, без всякого воздействия высшей власти. Однако римское право успело оказать свое действие на германцев, и на их народных памятниках отразилось отчасти и римское законодательство. Сборники составлялись или по требованию самого народа, как это, например, было у салических франков, или же по предложению королей. С этой целью избирались старейшие и наиболее сведущие в обычаях отцов лица, со слов которых записывались правила. Проект, составленный таким образом, прочитывался в собрании свободных лиц, которые одобряли или требовали изменения редакции. Составление сборников начинается с конца V столетия и особенно энергично ведется в течение VI века. Впоследствии многие из сборников подвергались значительным изменениям в позднейших редакциях. Содержание *Leges barbarorum* составляет преимущественно уголовное право, регулирование порядка мести, величины вознаграждения, которое должно было заменить последнюю. Собственно гражданского права сборники касаются мало не потому, что не существовало обычаев, но потому, что вновь образующееся общество прежде всего заинтересовано поддержанием внутреннего мира, обеспечением личной безопасности и неприкосновенности.

Обычаи, которые легли в основание этих сборников и которые явились продуктом продолжительного догосударственного быта германцев, имели глубокое влияние на развитие права западных народов, составившихся из смешения германских элементов с местными. Обычаи, которые имели силу во Франции до прошлого столетия, составляли непосредственное положение тех, которые закреплены были в *Leges barbarorum*; точно так же *Lex Wisigothorum*, несмотря на неоднократные изменения, содержит правила, которые до сих пор продолжают сохранять свою силу в Испании.

В противоположность *Leges barbarorum* в эпоху Меровингов и Каролингов издаются капитулярии (от деления их на главы – *capita*) как акты законодательной деятельности королей. Капитулярии еще и тем отличались от *leges*, что были обязательны для всех, живущих на данной территории, тогда как *leges*, как мы видели, шли за пределы территории, допуская в свою очередь действие чужих прав на своей территории.

Вскоре после смерти Карла Великого созданная им империя распалась на части, которые образовали собою современные европейские государства – Францию, Германию, Италию. С этого времени право развивается самостоятельно в каждой из указанных стран. Рассмотрим в отдельности историю законодательства в важнейших европейских государствах.

II. Франция. Благодаря силе исторически сложившихся обстоятельств, Франция со времени Каролингов разделилась на две половины. В южной половине, приблизительно до реки Луары, где преобладал романский элемент населения, сохраняло свое действие римское право, и потому эта местность называлась *paus de droit écrit* (страною писаного права), хотя римские законодательные памятники держались здесь силою только обычая. Северная половина, в которой преобладал германский элемент, называлась *paus de droit coutumier* (страною обычного права), потому что здесь имели применение германские народные обычаи. Несмотря на единство происхождения, население северной Франции не имело общего обычного права, но находилось под действием

различных местных обычаев. С усилением королевской власти с XIII века обычаи эти начинают обобщаться. Влияние королей на объединение права обуславливается прежде всего установлением однообразия в судебной организации. Затем короли берут на себя задачу собирания и выяснения местных обычаев, задачу, которая прежде выполнялась частными лицами. Так, Карл VII в 1453 г. издал повеление, чтобы обычаи были записаны сведущими людьми и представлены ему для рассмотрения и одобрения. Такое повеление неоднократно повторялось следующими королями, и в течение XV и XVI столетий было действительно составлено несколько сборников местных обычаев.

С XVI века развитие права совершается главным образом посредством королевских указов, известных под именем ордонансов. Такие указы издавались и ранее королями (с XII века), но особенное значение они приобретают с XVI столетия. Значение их в истории права настолько велико, что дало основание германскому ученому Варнкёнигу сказать: "История ордонансов – это история Франции". В истории ордонансов замечательны особенно два момента: третья четверть XVII столетия (Кольбер) и вторая четверть XVIII (д'Агессо). Ордонансы первого периода касаются преимущественно торгового права, как ордонанс торговый 1673 г. и ордонанс морской 1681 г., затем административного права, судоустройства и судопроизводства, как, например, знаменитый акт 1667 г., тогда как гражданское право мало ими затрагивается. Эта область привлекает к себе ордонансы в сравнительно позднее время, как, например, ордонансы 1731 г. о дарениях, 1735 г. о завещаниях, 1747 г. о субституциях и некоторые другие. Благодаря значению королевской власти, которого она достигла во Франции ранее, чем в других странах, ее ордонансы влияли на объединение французского права, разобщенного местными обычаями.

На объединение права оказала немалое влияние также рецепция римского права, хотя она здесь не имела такого громадного значения, как в Германии. Изучение римского права по первоисточникам с исторической точки зрения, особенно со времени школы XVI века, во главе которой стояли Кюжа (Cujacius) и Доно (Donellus), проведение римских воззрений легистами в судебную практику способствовали некоторому игнорированию местных обычаев и замене их общими началами римского права.

Несмотря на все эти стремления к объединению, на различные изменения обычаев, единство в праве не могло быть достигнуто вследствие глубокой правовой розни между севером и югом и разнообразия местных обычаев вследствие неприкосновенности права, обещанного некоторым провинциям (например, Дофинэ) при самом присоединении их к Франции, вследствие разделения общества на сословия (дворяне, горожане), крепко придерживавшиеся привилегий, данных им королями во время борьбы за власть. Только революция изменила положение дел, резко порвав с историческими традициями и стремясь к полному единству Франции. Только с этого времени явилась возможность создания общего для всей Франции гражданского законодательства.

После неоднократных неудачных попыток, когда несколько проектов было отвергнуто за то, что они слишком придерживались исторических основ, удалось при некотором упокоении возбужденных умов достигнуть давно желанной цели. Комиссия из 4 лиц с поразительной быстротою (в четыре месяца) выработала проект гражданского уложения, в обсуждении которого принял энергичное участие сам Наполеон I, тогда еще консул. Проект был обнародован сначала по частям, а потом, в 1804 г., в целости под именем Code civil. Название это было изменено в 1807 г. на Code Napoléon, когда Наполеон стал императором, и впоследствии, смотря по историческим обстоятельствам, название это неоднократно менялось.

Несмотря на некоторые новые начала, на новую форму, французский кодекс в значительной степени стоит на исторической почве. Материалами для составителей послужили прежние местные обычаи, ордонансы, римское право и даже французская научная литература, особенно труды знаменитого юриста XVIII века Потье. Кодекс пытался слить все это в одно, заменить собою прежние различные источники, которые потеряли свое юридическое значение по предметам, предусмотренным в уложении.

Система кодекса заимствована из римского права. Он делится на три книги. Первая книга содержит постановления о лицах (личное и семейное право), вторая говорит об имуществах и различных видоизменениях собственности (разделение вещей, право собственности, сервитуты),

содержание третьей книги составляют различные способы приобретения права собственности (наследование, дарение, завещание, обязательства, средства обеспечения, давность).

В оценке кодекса французские и германские ученые не сходятся. Первые, стоя на национальной почве, считают это произведение французского ума своею гордостью, выставляют на вид краткость и личность выражений, тонкость и точность понятий, достигнутое им правовое объединение Франции, новые идеи, положенные в его основу, и подражание всей Европы французскому образцу. Напротив, германские ученые, нередко также с национальной точки зрения, относятся враждебно к французскому кодексу, указывают на его неполноту, поверхность*, механичность объединяющих начал. Сами французы сознают, впрочем, частные недостатки, но отстаивают неприкосновенность кодекса в целом виде, допуская лишь изменения отдельных постановлений. Действительно, в течение XIX века многие части французского уложения были изменены новыми законами, проникнутыми совершенно иным духом, и все же французы неохотно поддаются выдвинутой с 1904 г. по поводу столетия кодекса мысли о переработке всего кодекса. Правда, состоялся даже официальный перевод Германского гражданского уложения с примечаниями в 4 томах, но этот образец, конечно, находит мало сторонников даже в академических кругах Франции. Официального издания кодекса не существует с 1816 г.

Каковы бы ни были слабые стороны Code civil, они не помешали широкому распространению его по всей Западной Европе. Во многих странах он был принят целиком, как, например, в Бельгии, Сардинии, герцогстве Варшавском, во многих германских княжествах. В других странах он был принят в переработанном виде, например в Испании, где даже новейший кодекс 1888 г. остался на почве французской, в Италии (уложение 1865 г.). Его начала отразились на кодексах, не желавших иметь с ним ничего общего, как, например, на саксонском уложении 1863 г. Наконец, его влияние не прошло бесследно и в отношении нашего Свода Законов.

III. Германия. В период времени, следующий за политическим обособлением Германии, прежние источники права, *Leges barbarorum* и *Capitularia*, приходят в забвение. Прямой отмены их со стороны законодательной власти не было, но они сами собою вышли из употребления вследствие изменившихся бытовых отношений. Однако народное право, которое внесено было в *Leges barbarorum*, связанное со всею прошедшею жизнью германцев, понятно, продолжало действовать и развиваться далее. До XIII века германское право остается чисто обычным и неписанным: оно живет в сознании народа и выражается в решениях суда, в котором участвует народный элемент.

Благодаря феодальному строю все общество распадается на отдельные группы, делится на сословия, корпорации и почти независимые владения. Отсюда обычное право лишено всякого единства, разнообразится по местности и сословиям. Этому особенно благоприятствует разнообразие судебной организации. С конца IX века в Германии принцип личных прав заменяется принципом территориальным, право племенное превращается в земское право. При партикуляризме, преобладавшем в то время в Германии, это обстоятельство повлекло за собою еще большее различие в обычаях. Города, пользовавшиеся правом независимого суда (иммунитетом), создавали путем судебных решений городское право, отдельное для каждого города. Оно обобщалось лишь настолько, насколько города вступали в союз (например, Ганза), колонии следовали праву метрополии, вновь возникающие города принимали уже сформированное право старых, наиболее известных городов. Особенным уважением на востоке пользовалось право города Магдебурга, которое получило распространение за пределами Германии, особенно в Польше.

В XIII веке появляются частные сборники местных обычаев. Выше всех таких произведений стоит Саксонское Зерцало (*Sachsenspiegel*), составленное около 1230 г. одним из судей, Эйке фон Репгау. Оно содержит в себе саксонское земское и ленное право. Несколько ниже по достоинству считается другой частный сборник – Швабское Зерцало (*Schwabenspiegel*), составленное около 1275 г. неизвестным лицом. Оба сборника имели громадный успех и широкое применение. Они приняты были судами в руководство, комментировались глоссами, переводились на другие языки. Собственно, для ленного права имел значение частный сборник, составленный в Болонье в XII веке и известный под именем *Libri feudorum*.

Отсутствие такой сильной центральной власти, как во Франции, не дало возможности собрать и объединить обычное право, а рецепция римского права надолго задержала развитие германского права из народных исторических начал. Только в конце XVII века поднимаются голоса против господства римского права в пользу отечественного. Преобладание идей естественного права в XVIII столетии привело к созданию кодексов, проникнутых рационалистическим духом. Таковы кодексы Пруссии и Австрии. В конце XVIII столетия, в 1794 г., в Пруссии вступает в силу кодекс под именем "Общее земское право прусских провинций" (*Allgemeines Landrecht für Preussischen Staaten*). Прусское уложение имеет в своем основании германское народное и римское право, слитые довольно искусно в одно. Содержание его составляет преимущественно частное право, не только общее, но и особенное, ленное, как купеческое, горное. Но вместе с тем в прусском земском праве нашло себе место и публичное право, не исключая и уголовного. Прусское уложение страдает существенными недостатками. Считая юриспруденцию совершенно лишним искусством, веря во всемогущество законодателя, составители его стремились по возможности предусмотреть все случаи. Отсюда получилась казуистичность постановлений и отсутствие общих объединяющих начал. В начале прошлого столетия Австрия получила в 1811 г. Общее гражданское уложение (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*). Оно разделяется на 3 части, из которых одна содержит постановления о личных (в том числе и семейных) правах, вторая – об имущественных правах, наконец, третья, мало связанная с первыми, говорит о возникновении, изменении, прекращении прав и обязанностей и о давности. В противоположность прусскому земскому праву австрийское гражданское уложение избегает казуистичности и стремится ограничиться общими принципами, которые нередко представляются совершенно бессодержательными и бесполезными для практики.

Таким образом, благодаря исторически сложившимся обстоятельствам, установившемуся разобщению между составными частями Германии, последняя не обладала общими для всей страны источниками права. Каждая политически обособленная местность имела свои источники. В одних государствах действовали кодексы новейшей формации, как, например, в Саксонии или Пруссии; в других имел силу французский гражданский кодекс; в третьих – источники старинные, как городские статуты или ленные уставы; в иных, наконец, – римское право в объеме рецепции. Мало того, в одном и том же месте действовали совместно некоторые из указанных источников; так, рядом с кодексами германского или французского происхождения сохранили свою силу особенные ленные или городские права, рядом с новейшим уложением – римское право. Последнее играло в Германии двойную роль: в одних местностях оно составляло прямой, непосредственный, иногда даже единственный источник права, а во всей почти Германии его значение было субсидиарное, т.е. к нему обращались в случае молчания закона. Этим обстоятельством объясняется особенное значение, которое придавалось в Германии изучению пандект, богатство литературы по римскому праву, сохранявшему до последнего времени силу положительного права в Германии.

Разнообразие и неопределенность источников, многочисленность местных прав должны были, естественно, возбудить мысль об объединении гражданского права. Эта идея возникала в Германии во время сильного пробуждения национального чувства, после народных побед, обнаруживших значение соединенных сил. Так было после низвержения Наполеона I, то же повторилось после франко-прусской войны. В 1814 г. появилась брошюра Тибо "О необходимости общего гражданского права для Германии". Ответ не замедлил появиться. В том же году Савиньи в брошюре "О призвании нашего времени к законодательству и правоведению" выступил против предложения Тибо. Возражения его основывались на недостаточной разработке исторического материала, на отсутствии точного юридического языка и терминологии, на сомнении в полезности вообще кодификации как фактора, задерживающего естественное развитие права из народного сознания. Если идея Тибо не получила осуществления, то причиной тому были не убедительность брошюры Савиньи, а сепаратистские тенденции отдельных германских правительств, справедливо опасавшихся, что объединение на почве права легко может угрожать их политической самостоятельности. Общество стояло на стороне Тибо, и в течение всего XIX века мы видим постоянную борьбу между стремлениями германского народа к политическому и правовому единству и стремлениями отдельных германских правительств отстаивать свою независимость.

Торжество, в конце концов, переходит на сторону народных желаний, и объединенная германская империя приобрела общее государственное, административное, уголовное, процессуальное, конкурсное, торговое право. Необъединенным долго оставалось гражданское право, но этому препятствовала еще и сравнительная трудность самой задачи – консервативность этой части права и малая теоретическая разработка ее. Тем не менее в 1874 г. назначена была комиссия, главным образом из практиков, которая изготовила и опубликовала в 1888 г. проект вместе с обширными мотивами. Но проект встретил в литературе сильную критику. Возражения сводились к следующему. Некоторые, продолжая стоять на точке зрения Савиньи, отрицали возможность и необходимость кодификации общего гражданского права Германии. Другие упрекали проект за индивидуалистическую тенденцию, лежащую в его основе, тогда как в жизни и в законодательной политике начинают преобладать противоположные течения, не одобряли внешней формы, тяжелого изложения и громадного содержания каждой статьи. Ввиду массы поднявшихся возражений была назначена новая комиссия для переработки первого проекта, которая и выполнила свою задачу к 1895 г. В следующем году проект внесен был в рейхстаг, принят и утвержден императором. В силу вступило Германское гражданское уложение (*Bürgerliches Gesetzbuch*) с 1 января 1900 г.

Содержание Германского уложения частью основывается на римских, частью на германских началах и частью, самую незначительную, представляет нововведения. Если с уложением соединялись надежды на окончательное устранение правовой розни между немцами, то с изданием его эти надежды далеко не могут считаться осуществленными, потому что многочисленные специальные отделы гражданского права остались под действием местных законодательств. Система уложения – пандектная: общая часть, обязательственное право, вещное право, семейственное и наследственное. Перестановка обязательственного и вещного права оправдывалась тем, что первое представляет собою отношения более простого рода, чем второе. Четырнадцать лет применения нового уложения дали достаточный материал для суждения о достоинствах и недостатках техники и содержания кодекса, и как в литературе было высказано, так и со стороны правительства уже внесено в рейхстаг несколько проектов дополнений и изменений. Германский кодекс, почти на 100 лет старший по сравнению с французским, если и не может свидетельствовать о значительных успехах юриспруденции за истекшее столетие, то все же служит образцом для возобновившихся в XX веке кодификационных течений в Европе; ему суждено долго еще оказывать значительное влияние и по содержанию на другие европейские законодательства, и в том числе, конечно, на русское.

Германский образец оказался превзойденным в последнем законодательном произведении, в трехязычном (французско-немецко-итальянском) Гражданском кодексе Швейцарии. В 1881 г. швейцарские кантоны впервые объединились на почве обязательственного права. Затем подготовлялось дальнейшее объединение по остальным отделам гражданского права. Проект гражданского кодекса, в значительной степени работа профессора Губера, весьма удачно сочетал новую материю германского права со старой французской формой. Это несомненно лучшее произведение законодательного творчества как со стороны содержания, так и со стороны техники (сжатость и ясность изложения, прогрессивные социальные идеи). Кодекс, ставший законом 10 декабря 1907 г., вступил в действие с 1 января 1912 г. Одновременно получило силу и пересмотренное обязательственное право, изданное 30 марта 1911 г. в виде отдельного закона.

[К столетнему юбилею австрийского уложения правительство по указаниям почившего уже знаменитого своего цивилиста Унгера (†1913) подготовило и в 1907 г. внесло в палату господ проект "изменения и дополнения некоторых постановлений общего гражданского уложения". Принятый 19 декабря 1912 г. в редакции комиссии палаты господ обширный проект "Новеллы к общему гражданскому уложению" касается всех отделов уложения и как по содержанию, так и по систематике является продуктом современной развитой и усовершенствованной германской законодательной техники. На противоположной точке зрения – не реформы существующего кодекса, а построения современной частноправовой системы – поставлена кодификация в Венгрии. Такова была задача первой редакции проекта венгерского гражданского уложения, выработанного в 1900 г. Вторая редакция в работах подготовительной комиссии под председательством ст.-секретаря Имлинга (†1913) наряду с верностью к традициям старого

венгерского права отразила сложное влияние новейших тенденций швейцарского уложения и германского в его усовершенствованной австрийской обработке. После окончательного установления второй редакции в мае 1913 г. проект венгерского гражданского уложения 8 октября того же года был внесен министром юстиции в палату представителей. Первая часть посвящена личному и семейному праву, вторая – вещному, третья – обязательственному и четвертая – наследственному, причем весь материал уложен в 1991 статью (в германском гражданском уложении – 2385 статей).]

IV. Англия. Развитие английского права шло самостоятельным путем, независимо от римского и канонического. Поэтому оно представляет особенности в прошедшем и в настоящее время сравнительно с правом континентальных государств. История источников права в Англии тесно связана с историей судебной организации.

В половине V столетия в Англию вторглось германское племя, англосаксы, которое укрепилось на завоеванном острове и положило основу британского государства. Вместе с собою оно принесло германское обычное право, то самое, которое нашло себе выражение в *Leges barbarorum*. От этого первого периода английской истории сохранилось очень много сборников народных обычаев, составленных как во время существования семи государств, так и во время объединения их. Особенный интерес представляют законы Альфреда Великого и Эдуарда Исповедника (*Leges Edwardi Confessoris*).

В XI столетии в истории Англии произошло событие, наложившее свою печать на все последующее развитие английского права. Вместе с завоеванием Англии норманами и упрочением их власти последовало перенесение из Франции новых юридических начал. Феодализм пускает глубокие корни и отражается на всем правовом быту англичан. При первом же норманнском короле Вильгельме Завоевателе было составлено несколько сборников как норманнского, так и англосаксонского обычного права, были исполнены знаменитое описание состояния поземельной собственности и личная перепись, известная под именем *Doomsdaybook*. При последующих королях законодательная деятельность ослабляется, уступая место другому источнику – судебным решениям. С XIII века начинается постепенное слияние англосаксонских и норманских правовых начал.

Особенностью английского процесса было разделение его на две стадии, подобные римским – *jus* и *judicium*. Характерною чертою английского судоустройства являлось разделение, даже в гражданских делах, вопросов права и факта. Первый вопрос разрешался судьями короля, второй – присяжными судьями. Прежде чем обратиться к суду, истец должен был добиться королевского предложения (*writ*), которое давалось канцлером, если заявленное требование казалось юридически обоснованным. Сначала такие предложения согласовались с обстоятельствами каждого дела, а потом были выработаны общие формулы. Благодаря этому иски (*writs*) индивидуализировались в Англии, как в Риме *actiones*. Сборники таких формул составили источник права. Такими же источниками являлись судебные протоколы производства и решений, называемые *Reports*, содержащие в себе краткое изложение фактической стороны процесса, подробную аргументацию сторон и основания решения суда. Обычное право в форме судебных решений составляло в течение всей последующей истории Англии главный источник права. Только в XIX столетии начинают сознавать неудобство такого положения дел и раздаются голоса в пользу континентальной системы, т.е. кодификации.

В настоящее время английские юристы разделяют весь исторически сложившийся правовой материал на две части: на *statute law*, или право, созданное законодательным путем, и *common law*, или обычное право.

А. В понятие статутного права не входят законы, изданные первыми норманнскими королями. В новейшие сборники входят законы только со времени Эдуарда III, с XIV столетия. В XIX веке ввиду вновь возникших потребностей издано очень много отдельных законов. Однако они не отличаются особенною устойчивостью и вопреки пресловутому консерватизму английского народа очень часто меняются, переходя от одних принципов к противоположным, как, например, законы о банкротстве, авторском праве, векселях, об имущественных отношениях супругов и др. Кроме того, следует заметить, что англичане не обладают способностью

формулировать законы. Их законы содержат часто разнообразный материал, статьи очень большие, язык не отличается точностью.

В. Главную основу английского права составляет *common law*, материал которого образовался из веками накопившихся судебных решений, которые в качестве прецедента пользуются в Англии большим уважением. Конечно, такой громадный материал затрудняет для суда возможность непосредственно пользоваться им и выдвигает потребность в обработке его. Английская научная литература занимается главным образом разработкой этой массы судебных решений, приведением их в систему, выведением общих положений. Ввиду такого практического направления английской научной юриспруденции литература пользуется в Англии значительным авторитетом, и лучшие произведения постоянно цитируются в судебных прениях и решениях. Следует заметить, что ни в практике, ни в науке гражданское право не успело еще совершенно отчетливо выделиться из общей системы права.

§ 5. Источники русского гражданского права

Литература: Шершеневич, Курс гражданского права, т. I, § 30–39, 56–61; Гамбаров, Курс гражданского права, т. I, 1911, стр. 180–370; Малышев, Курс общего гражданского права, т. I, 48–317; Градовский, Начала русского государственного права, т. I, 7–112; Сергеевич, Лекции по истории русского права, стр. 6–19; Коркунов, Лекции по общей теории права, стр. 275–308; Дювернуа, Источники права и суд в древней России, 1869; Нольде, Очерки по истории кодификации местных гражданских законов при графе Сперанском, в. I. Попытка кодификации литовско-польского права, 1906, в. II, Кодификация местного права прибалтийских губерний, 1914; Даневский, Об источниках местных законов, 1857; Пахман, История кодификации гражданского права, т. II, стр. 319–485; Федоров, Введение в курс гражданского права прибалтийских губерний, 1898; Беляев, Общеимперский закон и местные остзейские узаконения (Ж. М. Ю., 1898, ноябрь); Рейнике, Очерк законодательства Царства Польского (1807–1881) (Ж. М. Ю., 1901, N 8, 9 и 10); Пергамент, О применении местных законов Арменопула и Донича, 1905; Кассо, Византийское право в Бессарабии, 1907; Он же, Петр Манега, забытый кодификатор бессарабского права, 1914; Дружинин, Право и личность крестьянина, 1912.

I. Общий обзор. Под именем источников права следует понимать формы выражения положительного права, которые имеют значение обязательных средств ознакомления с действующим правом. Такими источниками признаются обычное право и закон. Некоторые присоединяют к ним судебную практику и науку права, но та и другая, игравшие некогда роль источников права, а первая и до сих пор в Англии, в настоящее время у нас не могут считаться таковыми, потому что ознакомление с правом через них не соответствует признаку обязательности. В этом техническом смысле понятие об источниках права не должно быть смешиваемо с другими понятиями, которые также обозначаются этим выражением. Источники права в указанном значении отличны: а) от правопроизводящих сил – народного правосознания и законодательной власти, которые нередко называются источниками права, например, когда говорят, что воля законодателя есть источник всякого права; б) от исторических памятников, которые в свое время имели значение источников права, а теперь сохранили лишь историческое значение как средство научного познания прежнего права, напр., когда говорят, что студенты работают по источникам права, как *Corpus juris civilis* или Русская Правда; в) от материала, положенного в основание закона, например, когда говорят, что Литовский Статут послужил источником при составлении Уложения Алексея Михайловича.

По исторической последовательности обычное право предшествует закону, но по практическому значению в настоящее время закон занимает первое место, а обычное право стоит на втором плане. В XVIII столетии при господствовавшей убежденности во всемогуществе законодателя за обычным правом не признавали вовсе значения. Кодексы XVIII и XIX столетий под влиянием такой идеи до крайности стесняют или даже вовсе устраняют этот источник права. Такова именно точка зрения Французского кодекса 1804 г. и Австрийского уложения 1811 г. Только Савиньи и Пухта подняли в науке его значение и поставили наряду с законом. Влияние исторической школы сказалось на новом Германском уложении. Если первоначально

предполагалось устранить обычное право или предоставить ему второстепенное место, то в окончательной редакции решение этого вопроса было совершенно отклонено. Германское уложение 1896 г. не определяет соотношения между двумя источниками права, и, по мнению новейших комментаторов, это уже дело факта, который из источников возьмет верх. Новый Швейцарский кодекс 1907 г., напротив того, счел своим долгом указать соотношение источников права: обычное право занимает второе место после закона.

В русской истории соотношение между этими источниками не всегда было одинаковое. В удельный период обычное право составляет единственный источник права. Древние славяне жили по своим местным обычаям – "имяху бо обычаи свои и законъ отецъ своихъ и преданія, каждо свой норовъ". Памятники истории русского права в первый период – Русская Правда, Псковская Судная Грамота, Новгородская Судная Грамота – основаны главным образом на обычном материале, на "пошлине". В московском государстве закон (грамоты, указы, судебники, уложение) становится рядом с обычаем и занимает равное положение. "Старина" продолжает пользоваться большим авторитетом, считается выше воли государей. Последние сначала даже не решаются самостоятельно творить право, а лишь закрепляют обычаи. При составлении Царского Судебника имелось в виду "судебник исправить по старине". С другой стороны, московские государи настаивают на исключительном применении того обычного права, которое узаконено ими. В Судебнике 1550 г. постановляется "впередь всякія дела судить по сему Судебнику". Тем не менее все почти гражданское право остается еще под действием обычного права вне закона. В императорский период закон вытесняет обычное право и становится если не единственным, то господствующим источником. Закон уже не повторяет обычного права, а, напротив, идет наперекор ему, носит реформаторский, творческий характер. Воля государя как источник права принимает более или менее определенную форму. Свод Законов в соответствии с этим направлением и согласно с научным воззрением, господствовавшим в эпоху его составления, признает также закон основным и единственным источником права, – Империя Российская управляется на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке (т. I, ч. 1, ст. 47, а теперь ст. 84, по изд. 1906 г.). О праве обычном не упоминается. Только позднее, при крестьянской и судебной реформе, обычное право обратило на себя внимание законодателя.

II. Обычное право. Обычным правом называются нормы права, которые устанавливаются самою общественною средою путем постоянного, однообразного соблюдения правил поведения. Относительно происхождения этого источника в прежнее время (XVIII век) существовал взгляд, что обычное право возникает вследствие простой привычки: случайно совершенные одними действия повторяются другими, и на почве повторяемости создается убеждение в их необходимости. Историческая школа в лице Пухты иначе объяснила существование обычного права. Выбор тех или других действий не случайный, а сознательный, основанный на убеждении в правильности их. Подражание и повторяемость основываются на согласии общества с этою точкою зрения. Следовательно, обычаи не создают обычного права, но являются лишь выражением ранее сложившегося народного правосознания. Новейшие последователи исторической школы, особенно Гирке, стремятся найти примиряющую точку зрения. Если нельзя признать, говорят они, что обычное право создается силою одной повторяемости, потому что тогда каждое правило поведения, нравственности или приличия следовало бы признать за норму права, то, с другой стороны, надо согласиться, что нормы обычного права нет, пока она не проявилась в повторении, а потому повторяемость поведения не есть только выражение обычного права, а существенный момент его возникновения. Другими словами, обычное право обуславливается двумя моментами: а) народным правосознанием и б) повторяемостью правила.

Но приходится возвратиться к старой теории и совершенно отказаться от народного убеждения как условия образования обычного права. Это народное убеждение в необходимости данного правила как нормы права (*opinio necessitatis*) представляет совершенно неопределенную величину. Его можно понимать как убеждение, что так надо поступать, потому что такое-то правило должно быть, и как убеждение, что так надо поступать, потому что такое правило существует, – тонкость, неразличимая в сознании юридически не подготовленных людей. Между тем в первом случае это было бы выражение чувства справедливости, во-вторых, – констатирование уже готового обычного права. Также трудно понять, каким образом в сознании

общественной среды может выступать представление о правиле как необходимой норме права в отличие от всякого другого правила, когда даже в науке не установились признаки, отличающие норму права от других правил общежития. Требование, чтобы убеждение было народным, предполагает такое единство среды, которого в действительности не существует и никогда не существовало: различия по национальности, по классам, по культурному уровню устраняют единое народное правоубеждение. Ввиду сказанного необходимо признать, что обычное право образуется вследствие подражания поведению, повторяемость которого уже создает психическое предрасположение в его пользу. Все, сложившееся временем, как и все, совершающееся в массе, приобретает авторитет необходимости.

Обычаев общенародных в настоящее время, при огромном составе современных государств, не существует вовсе или они чрезвычайно редки. К таким исключительным явлениям можно отнести, например, правило, в силу которого женщина при выходе замуж меняет свою фамилию на фамилию мужа. Преобладают частные и местные обычаи, образующиеся в той или другой общественной среде, например в кругу крестьян данной местности, в кругу торговцев данной отрасли торговли. Среда для образования правовых обычаев зависит всегда от сферы возможного воздействия со стороны образца, а возможность такого воздействия чаще всего определяется сферой экономического соприкосновения. Вот почему сила некоторых крестьянских обычаев не идет дальше деревни или села, если крестьянское общество продолжает еще оставаться в состоянии домашнего хозяйства. Напротив, в торговом мире, где соприкосновение происходит иногда на значительном пространстве, правовые обычаи охватывают по своему действию большой район, хотя и небольшое число лиц в его пределах.

От обычного права необходимо отличать, с одной стороны, заведенный порядок, а с другой – обряды. Тогда как обычное право есть норма объективного права, заведенный порядок есть только восполнение обычной картины отношений, из которой выводится субъективное право. Устанавливая свои отношения в каждом конкретном случае, люди не определяют их полностью, исходя из предположения само собою разумеющегося. Так, например, при найме квартиры не условливаются, должен ли квартирант приносить плату домохозяину или домохозяин должен приходить или присылать за нею, – все дело в заведенном порядке. Заведенный порядок может существовать для одного конкретного отношения или для ряда отношений. Например, данный страхователь при наступлении срока взноса премии никогда сам не вносил ее, а ждал страхового агента. Картина может представиться шире. В данном страховом обществе за премиями всегда посылаются агенты. Еще шире – русские страховые общества обыкновенно не ждут страхователей, а еще до срока посылают им через агентов заготовленные расписки. Из приведенных примеров можно видеть, что заведенный порядок не указывает, как всегда должно быть, а как обыкновенно бывает, хотя не исключается возможность устроить отношения и иначе. Отсюда обнаруживается, что заведенный порядок представляет не норму права, а только факт, часто повторяющийся, который дает основание к заключению о том, как стороны предполагали определить свое отношение. От обычного права и заведенного порядка необходимо еще отличать обряды, которые сопровождают юридическое отношение, но не имеют для него юридического значения ни как норма, ни как факт. Например, принято в низшей купеческой среде вспрыскивать сделку за счет покупателя; принято, что родители невесты приглашают жениха и угощают его, а он тратится на подарки своей невесте; принято, чтобы при венчании свидетелями были холостые молодые люди. Никакие юридические последствия с такими обрядами при всей их общности не связываются.

С рассматриваемой точки зрения вся задача суда при обнаружении нормы обычного права заключается в том, чтобы установить постоянную повторяемость правила поведения, относящегося к тому конкретному отношению, которое в решении должно быть под него подведено. Суд не обязан, да и не в состоянии проверить, насколько такое правило соответствует народному убеждению. Необходимо только, чтобы суд принял во внимание, насколько часто применялось правило, насколько однообразно, без вариаций, повторялось оно в жизни, насколько оно при всей своей древности осталось не поколебленным в последнее время новыми течениями. Этим и ограничивается задача суда при установлении нормы обычного права.

Нередко к этим условиям присоединяется еще требование, чтобы содержание обычного права не противоречило нравственности. Но положение это довольно трудно обосновать. В нашем законодательстве оно нигде не выражено, а из сущности обычного права вывести его нельзя, потому что если нравственности могут противоречить законы, то почему не могут ей противоречить нормы обычного права? Притом этические воззрения в современных сложных обществах чрезвычайно разнообразны. Неизвестно, чей нравственный масштаб должен быть приложен к норме обычного права – населения ли, среди которого норма сложилась, или судьи, которому приходится применить ее. Суд, обязанный применять нормы права, так же мало призван к этической оценке норм обычного права, как и норм законодательных. Ввиду этого необходимо признать, что норма обычного права, существование которой установлено с надлежащей точностью, должна быть применяема судом, хотя бы и противоречила этическим взглядам судей. Сказанное не относится к заведенному порядку, который, являясь исполнением договора, подчиняется действию ст. 1528, запрещающей договоры, противные нравственности (благочинию).

Область допускаемого по русскому законодательству применения обычаев определяется или по роду рассматриваемых отношений, или по судебной инстанции, рассматривающей спорное отношение.

По материальному признаку: а) в делах торговых все суды за недостатком закона имеют обращаться к обычному праву (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 1); б) в делах о наследовании, об опеке и попечительстве среди крестьян применение обычного права допускается вообще во всех судах, потому что это положение материального права (общ. пол. о крест., ст. 13, т. X, ч. 1; ст. 1184, п. 5). Область применения местных обычаев в наследовании после крестьян представляется весьма неустойчивой. В начале своей деятельности Сенат устанавливал довольно узкие границы силе обычаев при наследовании. В 80-х и 90-х гг. обнаружилось изменение во взглядах Сената, который в ряде решений (80, 174; 91, 86) высказался в том смысле, что обычай в наследовании после крестьян применим не только к недвижимости и не только к надельной земле, но ко всякому имуществу, будет ли это торговый капитал, деньги в банке, дом в городе. Но затем Сенат делает новый поворот (05, 53) и устанавливает, что местный обычай применяется в порядке наследования крестьянами только в том случае, если наследство обнимает или надельную землю, или имущество, хотя и выходящее из пределов надела, но открывшееся в той местности, где надел находится, и притом если наследователь* имел в этой местности перед смертью постоянное пребывание. Колебания эти устраняются временными правилами 1912 г. о волостном суде (прилож. 1 к примеч. ст. 2 учр. суд. уст.). Согласно ст. 54 этих правил в числе прочих гражданских дел, подлежащих ведению волостного суда, признаются: ...5) дела по наследованию, кроме исковых, и дела по разделам между наследниками крестьянского имущества, входящего в состав крестьянского надела или составляющего его принадлежность, – без ограничения суммы и б) дела по наследованию, кроме исковых, и дела по разделам между наследниками оставшегося после крестьян движимого имущества, находящегося в пределах волостного судебного участка и не составляющего принадлежности крестьянского надела, – если ценность его не превышает 500 руб.

По формальному признаку: а) во всех судах, как мировых, так и общих, допускается применение обычаев по всылке** одной или обеих сторон, когда применение дозволяется именно законом, или в тех случаях, которые положительно не разрешены законами; в) волостному суду при разрешении тяжб и споров между крестьянами, в особенности же дел о разделе крестьянского наследства, дозволяется руководствоваться местными обычаями (т. IX общ. пол., ст. 135). Согласно ст. 76 врем. прав. 1912 г. волостной суд решает дела по совести. При разрешении дел по наследованию и разделам крестьянского имущества суд руководствуется существующими местными обычаями; сими обычаями суду предоставляется руководствоваться при разрешении прочих гражданских дел. Таким образом, дело, возникшее в крестьянской среде, смотря по подсудности, разрешается или на основании обычаев, или на основании законов.

Неудобство такого положения, устраняющего возможность заранее определить, какого рода нормы будут применены к устанавливаемому отношению, настолько очевидно, что не требует дальнейших пояснений. На крестьян распространяются и перед волостным судом общие постановления законов гражданских о правах и обязанностях семейственных (т. IX общ. пол. о

крест., ст. 1). Некоторые хотели бы ограничить действие этой статьи тем, что крестьяне подчинены только личному семейному праву, а не имущественному. Но такое заключение не следует из самой статьи.

Из приведенного мы видим, что мировые и общие суды при применении обычного права, вне указанных законом случаев, не могут руководствоваться этим источником права.

Сила обычного права определяется его значением как источника положительного права. В области своего применения оно имеет такую же силу, как и закон – "повальный обычай, что царский указ". Только действие обычного права начинается там, где молчит закон. При совместном существовании положение их в русском законодательстве неравное, – обычное право должно уступить место закону (т. I, ч. 1, изд. 1906 г., ст. 84). Отсюда следует, что обычное право не может противоречить закону; так, не имеет силы обычай, возлагающий на передатчика права по обязательству ответственность за осуществимость его (69, 175), обычай, устанавливающий общность имущества между родителями и детьми (70, 308). Обычное право не выдерживает при сопоставлении с нормами законодательными, как имеющими повелительный характер, так равно и с теми, которые имеют только восполнительное значение. [Даже установленный обычай не может иметь силы более, чем закон (например, обычай, согласный со ст. 2247, обязывающей хозяев выдавать слугам аттестаты, но лишенной санкции (12, 91))]. Сила заведенного порядка иная – она только восполняет волю контрагентов, насколько она не успела ясно выразиться в договоре (ст. 1539, п. 4, Закон 24 мая 1893 г. о преследовании ростовщических действий) [или в одностороннем акте, например при освобождении от наследственных пошлин сумм, назначенных завещателем на погребение своего тела, размер которых может определяться судом на основании обычая среды, к которой завещатель принадлежал (06, 85)]. Поэтому заведенный порядок, как и договор, несомненно, устраняет применение восполнительного закона, который рассчитан на его отсутствие. Смещение на практике обычного права с заведенным порядком и послужило поводом к утверждению, будто по нашему законодательству обычное право способно устранить силу закона. Нет противоречия и тогда, когда обычное право применяется в случаях, дозволенных законом. При существовании двух равных по содержанию норм, обычной и законодательной, мировой судья с дозволения закона отдает преимущество обычной и тем не устраняет действия закона, а, напротив, дает ему применение. Тем менее обычное право в состоянии отменить силу закона, оно может только ослабить фактически применяемость известного закона, противного народному убеждению.

В силу того, что суду должно быть известно положительное право своей страны, что обычное право составляет источник положительного права, суд обязан сам по себе (*ex officio*) применять обычное право, не ожидая ссылки сторон (78, 225). Противоположное правило установлено законом для мировых, а теперь и общих судов. Обязательность применения обычного права относится к тому праву, которое стало известно суду по прежним делам или иным способом. Если же обычное право суду неизвестно, то по ссылке сторон суд обязан принять все находящиеся в его распоряжении меры для ознакомления с ним, например вызвать лиц, способных дать необходимые указания по этому вопросу (91, 86). [Новый закон возлагает на сторону, ссылающуюся на не известный суду местный обычай, обязанность доказать его существование (ст. 101 уст. гр. суд. по прод. 1912 г.).] Обычное право не относится к области фактов, а потому удостоверение его не подчиняется правилам, которые установлены в уставе гражданского судопроизводства для доказывания обстоятельств, относящихся к делу. [Однако новый закон о местном суде пошел именно по этому пути. Суд при разрешении вопроса о существовании обычая может принимать в соображение сверх общеустановленных доказательств решения по однородным делам и удостоверения подлежащих учреждений (ст. 102 уст. гр. суд. по прод. 1912 г.). Наконец, по ст. 412 уст. гр. суд. в новой редакции допускается производство дознания через окольных людей для доказательства существования общеизвестного местного обычая.] Применение обычного права, известного суду, должно иметь место помимо, даже против воли сторон, безразлично – знают ли они о его существовании или нет. Напротив, применение правил заведенного порядка может быть допущено только по ссылке сторон и при удостоверенном знании его или о нем, потому что в противном случае он не может считаться молчаливым дополнением их воли. Смещение обычного права с заведенным порядком привело к утверждению, будто доказывание обычного права

возлагается на стороны на том же основании, как и доказывание фактической стороны дела. [Новый закон о местном суде и тут не согласуется с излагаемой теорией.]

Относительно обычного права как источника права возникает вопрос, может ли нарушение прямого смысла обычая или неправильное толкование его послужить поводом к кассации решения. Вопрос сводится к задачам кассационной инстанции. Если она имеет своим назначением поддерживать единообразное понимание закона, тогда обычное право не может подать повода к кассации. Если же задачей кассационной инстанции мы признаем поддержание единообразного применения положительного права, то обычное право как признанный источник его в случае нарушения смысла или неправильного толкования может послужить поводом к кассации решения. Нет никакого основания ограничивать задачи кассации только наблюдением над законом и относить вопросы обычного права к существу дела. Исходя из того, что норма обычного права имеет свойство общеобязательности, как и закон, Сенат признал возможность кассационных жалоб на решения, в коих допущено явное нарушение или неправильное толкование такого торгового обычая, существование и содержание которого установлено судом (00, 27).

III. Закон. Законом называется юридическая норма, установленная государственной властью в определенном заранее порядке.

а. Как юридическая норма, закон представляет общее правило поведения для граждан и по этому признаку отличается от судебного решения, сила которого исчерпывается одним случаем. В качестве юридической нормы закон в материальном смысле отличается от закона в формальном смысле, т.е. распорядительной меры, принимаемой на данный случай, которая ввиду ее важности проходит законодательный порядок, например отчуждение государственных имуществ, утверждение бюджета, одобрение займа.

б. Как норма, исходящая от государственной власти, закон по основным законам* 23 апреля 1906 г. должен быть выражением согласной воли трех элементов, которым совокупно принадлежит ныне законодательная власть в России: Государственной Думы, Государственного Совета и Государя Императора (т. I, ч. 1, изд. 1906 г., ст. 86). Этим впервые положено у нас твердое начало для отличия закона от указа, который может исходить от одного монарха в порядке верховного управления, но не иначе как в соответствии с законами (т. I, ч. 1, ст. 11). Только во время прекращения занятий Государственной Думы могут быть в чрезвычайных случаях издаваемы единолично монархом указы с силою закона (т. I, ч. 1, ст. 87). Сила таких норм условная – они прекращают свое действие через два месяца по открытии Думы, если подлежащим министром не будет внесен в Думу соответствующий законопроект или если он не будет принят Думою или Советом[7].

с. Как норма, устанавливаемая в определенном порядке, закон должен удовлетворять тем формальным требованиям относительно законодательной инициативы, порядка рассмотрения Думою и Советом и Высочайшего утверждения, какие даны в наших ныне действующих основных законах.

По содержанию своему и по пространству действия законы представляют несколько видов.

I. По своему содержанию гражданские законы разделяются на: а) принудительные, предписывающие (в форме повеления или запрещения) непременно известный образ действий, как, например, повеление опекуну принять имущество малолетнего по описи (ст. 266) или запрещение заключать договор личного найма на срок свыше 5 лет (ст. 2214); б) восполнительные, дополняющие волю частных лиц, когда и насколько последние не определили сами своих отношений, например, поручитель отвечает во всей сумме долга, если противное не установлено в договоре (ст. 1556). Такой же характер имеют нормы, определяющие переход наследства к родственникам в предположении, что этот переход не определен волею наследодателя в завещании. В гражданском праве соответственно самому характеру его преобладают законы восполнительные.

Уклонение или обход принудительного закона влечет за собою: а) признание юридического действия недействительным, например совершение купли-продажи недвижимости не в установленной форме (ст. 1417); б) уголовное наказание при сохранении гражданской силы за совершенным действием, например, вступление в брак без согласия родителей (ст. 6, улож. о наказ., ст. 1566); в) уголовное наказание совместно с признанием недействительности

юридического действия, например при вступлении во второй брак во время существования первого, законом не расторгнутого (ст. 20 и 37, п. 3; улож. о наказ. ст. 1554), или, например, купивший имение заведомо у малолетнего сверх возвращения купленного подвергается тюремному заключению на несколько месяцев (ст. 218, прим., и улож. о наказ., ст. 1689).

II. По пространству своего действия законы разделяются на общие, действующие на всей территории Империи в отношении всех лиц, и на: 1) местные, действующие в пределах известной только части Империи, 2) особенные, действующие в отношении особого только рода дел, 3) специальные, действующие в отношении определенных только лиц или категорий лиц. Все три разряда исключительных законов объясняются отчасти потребностями текущей жизни, отчасти историческими условиями образования территории и населения государства.

Общее законодательство есть понятие, образующееся путем противопоставления целого и частей государственной территории, всего и групп населения, всех и некоторых отношений. Такое общее законодательство для всей страны составляет высшую цель государственной жизни, к которой должно стремиться государство постепенно, не насилуя, однако, народных привычек. В России в настоящее время общие гражданские законы имеют сравнительно небольшую область применения ввиду многочисленности местных, особенных и специальных законов. Общие источники русского гражданского права сосредоточены по преимуществу в Своде Законов, т. X, ч. 1, который носит название "законы гражданские". Этот отдел Свода разделяется на 4 книги, из которых первая содержит постановления о правах и обязанностях семейственных; вторая – о порядке приобретения и укрепления права на имущества вообще; третья – о порядке приобретения и укрепления прав на имущества в особенности; четвертая – об обязательствах по договорам. Если принять во внимание, что в первом издании Свода Законов процессуальные законы составляли непосредственное продолжение указанных четырех книг (т. X, ч. 2), а также присоединить к этому материалу содержание непосредственно предшествующего IX тома (о разных родах состояния и различии прав, им присвоенных, и об актах состояния), то легко заметить, что система наших гражданских законов представляет близкое воспроизведение институционной системы. Надо, впрочем, заметить, что не только внешняя форма, но и весьма значительная часть этого материала составляют заимствование, главным образом из французского образца, иногда просто перевод, подчас весьма неудачный. Исторические указания нередко совершенно механически связаны с текстом статьи, и представление о наших гражданских законах как о продукте многовекового национального развития является значительно преувеличенным. Заметим, что т. X, ч. 1, которому присвоено название Свода Законов Гражданских, не исчерпывает всех гражданских законов, потому что они разбросаны по всему Своду: так, в т. X, ч. 3, изд. 1912 г., включено "положение о землеустройстве", в т. IX, изд. 1899 г., содержатся постановления о правах состояния и в особом приложении – положения о сельском состоянии, изд. 1902 г., в т. XI, ч. 2, изд. 1903 г., – торговые законы, т. XI, ч. 1, изд. 1896 г., содержит некоторые постановления о браках между лицами неправославными, т. XII, ч. 1 – постановления об ограничении права собственности и т.д. по уст. путей сообщения, изд. 1857 г., общ. уст. российских жел. дорог, изд. 1906 г., уст. строительному, изд. 1900 г.

Гражданские законы в настоящем виде явились на свет при издании Свода Законов в 1832 г. Затем при двух следующих изданиях Свода, 1842 и 1857 гг., повторялось также издание гражданских законов. В 1887 г. гражданские законы были изданы особо, независимо от остальных частей Свода. В 1900 г. это издание было повторено без сколько-нибудь существенных изменений: по этому изданию и сводному Продолжению 1912 г. должны быть приводимы законы гражданские.

Общее гражданское законодательство, составленное из приведенных в некоторый порядок законов, изданных в разное время, начиная с Уложения Алексея Михайловича, и связанных поверхностно положениями, заимствованными отчасти из французского права, страдает значительными недостатками, которые стали особенно чувствительны со второй половины прошлого столетия, когда частноправовые отношения получили значительное развитие в нашем быту. 1) Прежде всего, обращает на себя внимание недостаточность норм гражданского права, которую сознавал сам Сперанский: "...сколько объем нашего Свода обширен и полон, столько составные его части недостаточны и скудны". В т. X, ч. 1 статей 2334 – цифра немалая, а между

тем многие отношения, весьма важные в жизни, остаются вне закона. Самая цифра совершенно не отвечает действительности, потому что в общую сумму входит масса пустых номеров. 2) Несоответствие содержания законов, рожденных в давнее* время, условиям современности, в которых они должны быть применяемы, ставит судебную практику в крайнее затруднение. Гражданские законы, составленные в период помещичьего, земельного и натурального хозяйства, совершенно не приспособлены к запросам торгового оборота и менового хозяйства. 3) Нанизанные из разных времен, гражданские законы полны взаимных противоречий по прямому содержанию статей и по общему духу, положенному в их основу. 4) Возникновение гражданских законов в старое время и под влиянием тех или других выдвинувшихся вопросов отличает т. X, ч. 1 крайнею казуистичностью, тогда как сложность современного быта требует абстрактных норм, юридических принципов. 5) К этому присоединяется несистематичность в распределении материала, которая становится с течением времени все более резкой при каждом новом издании т. X, ч. 1 и которая расстраивает применение установленных в науке приемов толкования. 6) Многие постановления нашего законодательства, как, например, по наследственному праву, стоят в резком противоречии с современным чувством справедливости и потому заставляют суды сходить с почвы законности. 7) Большое затруднение при пользовании т. X, ч. 1 представляет совершенная невыдержанность терминологии, вследствие чего отдельные выражения не вызывают определенного представления, а, напротив, сами выясняются лишь по общему составу статьи.

Вполне очевидная непригодность т. X, ч. 1 для настоящего времени вызвала учреждение в 1882 г. комиссии для составления Гражданского уложения. Результатом ее работы является проект в двух его редакциях, из которых вторая относится к 1905 г. В целом едва ли скоро суждено этому проекту превратиться в закон. Взамен этого частичное обновление русского гражданского законодательства в последнее время происходит путем заимствования из того же проекта и переработки отдельных частей (право застройки, законы о личных и имущественных правах замужних женщин 12 марта 1914 г., о расширении наследственных прав лиц женского пола 3 июня 1912 г.).

С другой стороны, две отдельные и значительные части работ редакционной комиссии по составлению проекта гражданского уложения после рассмотрения их в особых комиссиях и установления окончательной редакции переданы уже министром юстиции в Государственную Думу. Первым является проект вотчинного устава, посвященный вотчинным установлениям, перешедший к Государственной Думе четвертого созыва от третьего и находящийся на рассмотрении подкомиссии по судебным реформам[8].

Затем в Государственную Думу четвертого созыва 14 октября 1913 г. министром юстиции внесена книга V проекта гражданского уложения, посвященная обязательственному праву, в редакции особого совещания, существенно изменившего текст второй редакции. В официальных записках высказывается надежда на скорейшее проведение этой части проекта, как вызывающей менее всего принципиальных возражений и настойчиво необходимой для нужд усиливающегося гражданского оборота. Если эти надежды осуществятся, принятый проект в качестве особой новеллы мог бы заменить и дополнить соответственные книги ч. 1 X т. Ввиду этих же соображений в настоящем издании учебника предположения проекта по обязательственному праву будут систематически рассмотрены в соответственном месте.

1. Местные законы, предназначенные для известной местности и ее коренных жителей, устраняют применение общего законодательства по тем предметам, которые определены местным законодательством. Установление, изменение или отмена общих законов не имеют влияния на местные законы, если противное не выражено в самом законе (т. I, ч. 1, ст. 88). В Российской империи действуют следующие местные законодательства.

а) В Царстве Польском с 1808 г. имеет силу французский гражданский кодекс, который отменил прежние национальные источники права. Гражданское уложение Царства Польского было вновь издано в 1825 г. Существеннейшие изменения в кодексе произведены были положением о союзе брачном 1836 г. и ипотечными уставами 1818 и 1825 гг. Перевод на русский язык состоялся в 1870 г., с изданием юридической комиссией сборника гражданских законов и постановлений в губерниях Царства Польского[9].

б) В Остзейском крае прежде действовали разнообразные источники: ленные и крестьянские права, городские статуты, узаконения польских и шведских королей, римское право. В настоящее время имеет силу созданный на основании этого материала Свод гражданских узаконений губерний остзейских в 1864 г., на русском и немецком языках, который составляет 3-ю часть свода местных узаконений губерний остзейских[10].

с) В Финляндии до присоединения ее к России имело применение Шведское уложение 1734 г., которое сохранило свою силу для этой местности и после включения ее в состав Империи. Последнее издание на шведском языке состоялось в 1856 г. В 1824 г. издан был русский перевод этого уложения параллельно со шведским его текстом. Кроме частного перевода, принадлежащего Малышеву (1894 г.), имеется еще издание Корево "Общее Уложение Финляндии", с дополнительными узаконениями, в 3 томах, 1912 г.

д) Бессарабия по своему прошлому связана с Византийскою империей, а потому византийские источники получили применение в этой местности, а именно Шестикнижие фессалоникского судьи Арменопула, составленное в половине XIV века, с грамотою Маврокордато 1785 г. и Краткое Собрание законов Донича. Эти источники сохранили значение и по присоединении этой страны к России в 1812 г. и вторично в 1879 г. Первый из этих источников имеется в русском переводе, сделанном в 1831 г. "Ручная книга законов, или так называемое Шестикнижие"[11]. По вопросу, следует ли под местными гражданскими законами, действующими в Бессарабской губернии, понимать только нормы, содержащиеся в указанных источниках, или же также и кодекс Юстиниана с новеллами и Базилики, на которых первые основаны, Сенат высказался в смысле допустимости пользоваться и первоисточниками (00, 72; 09, 35; 10, 74; 11, 78).

е) В губерниях Черниговской и Полтавской со времени соединения Малороссии с Польшею и Литвою действовал Литовский Статут, сила которого до 1839 г. распространялась на весь западный край. Но с этого времени действие этого источника ограничено указанными губерниями, а особенности его постановлений вместе со статьями из так называемого западного свода включены в состав т. X, ч. 1 со времени изд. Св. Зак. 1842 г.[12]

2. Особенными законами называются законы, которые дают для известного круга отношений (на какой-либо род дел) исключительные сравнительно с общим правом постановления.

А) Церковные законы имеют интерес для гражданского права, насколько они регулируют группу частнопроводных отношений, именно брачное право, основанное на браке как таинстве. Духовному, консисторскому суду подлежат брачные дела, насколько дело касается действительности или недействительности брака, а также расторжения брака. Источниками права для этих дел является устав духовных консисторий, изданный в 1841 г. и повторенный в 1883 г.; субсидиарное значение имеют законы, содержащиеся в Книге Правил, изданной Священным Синодом в 1839 г., и в Кормчей Книге, напечатанной в 1653 г. Для иностранных вероисповеданий особенные законы содержатся в уставе духовных дел иностранных вероисповеданий, т. XI, ч. 1, изд. 1896 г., а также имеют силу канонические правила католической церкви (ст. 61, 65, ср. ст. 90).

В) Торговые законы на Западе составляют особенное право, содержащееся в отдельных кодексах. У нас особой системы торгового права не существует, а имеются только отдельные законы, устанавливающие для торговых сделок исключения из общих правил. Такие постановления находятся в т. XI, ч. 2, изд. 1903 г., в т. X, ч. 1 и некоторых других местах свода.

3. Под именем специальных законов понимаются законы, дающие для известного круга лиц (для какого-либо рода людей) исключительные по сравнению с общим правом постановления. В отличие от местных и особенных применение специальных законов обуславливается не территориальными или предметными, а личными признаками. Сюда относятся постановления, определяющие влияние различных обстоятельств на дееспособность лица вследствие возраста, пола, звания, состояния, национальности, вероисповедания и т.п. Сюда же относятся привилегии, т.е. законы, создающие для известных физических или юридических лиц некоторое льготное положение. Особенно часто такие привилегии устанавливаются в пользу акционерных товариществ. Все эти постановления распределены по всему законодательству. Кроме того, для некоторых разрядов лиц существуют специальные источники права. Так, магометане по делам о

завещаниях и о разделе наследства руководствуются Кораном как источником религиозным и юридическим (т. X, ч. 1, ст. 1338).

Действие законов в отношении времени начинается не ранее их обнародования. Момент обнародования признается всюду, кроме Англии, где закон вступает в действие с момента принятия его парламентом. На континенте момент вступления закона в действие определяется различно: или устанавливается один общий срок для всего государства, как, например, в Германии, где закон вступает в действие одновременно на 14-й день после появления того номера официального сборника (Rechsgesetzblatt), в котором данный закон напечатан, или же допускается постепенность вступления его в действие в связи с расстоянием от столичного города, как, например, во Франции, где закон вступает в силу не одновременно, а последовательно: в Париже – через день по выходу соответствующего номера Journal Officiel, а в провинции – через день после получения его в главном городе округа (arrondissement).

В России принят порядок, близкий к французскому. Закон получает обязательную силу не прежде, как со дня его обнародования (т. I, ч. 1, ст. 91). Распубликование закона в "Собрании узаконений и распоряжений правительства" имеет значение официального его обнародования, и по обнародовании закон получает обязательную силу со времени назначенного для того в самом законе срока, при неустановлении же такового срока – со дня получения на месте листа сенатского издания, в коем закон напечатан (т. I, ч. 1, ст. 93). Итак, закон вступает в действие не одновременно, а постепенно, в зависимости от расстояния от Петербурга и в связи с состоянием путей сообщения. Получение в провинции номера официального сборника – таков момент вступления закона в силу. Однако указанный в законе срок не может считаться достаточно определенным. Остается невыясненным, кто должен получить закон и в каком месте? Получение на месте может по разным причинам быть не одновременно, установление юридических отношений может произойти до получения закона тем присутственным местом, где оно должно составить предмет рассмотрения, хотя и после получения закона в том же месте другими присутственными местами. Закон, устанавливая обнародование через Сенат, в то же время сохраняет обнародование закона в Губернских Ведомостях (т. II, ст. 438, п. 1), которое может произойти ранее получения листов судом. Следует ли считаться с действительным получением номера или с фиктивным, т.е. с днем, когда по почтовым порядкам закон должен бы прийти?

В некоторых случаях законодатель сам указывает определенный срок, с которого закон вступает повсеместно в силу, например Положение о привилегиях на изобретения, утвержденное 20 мая 1896 г., обнародовано в "Собрании узаконений" 11 июня, а вступило в силу 1 июля. Такое назначение срока представляется особенно целесообразным, когда изданный закон по своему объему или по новизне положенных в основу его начал требует от населения подготовки к восприятию нового права.

Действие закона продолжается до тех пор, пока он не будет отменен, заменен или изменен новым (т. I, ч. 1, ст. 94). Влияние нового закона на существующие юридические отношения выражается в том, что он не имеет обратного действия, и сила его распространяется только на будущее время (т. I, ч. 1, ст. 89). Закон может потерять силу и без издания нового закона, если он был издан в качестве временного, т.е. с указанием срока его предельного действия.

Начало, в силу которого закон не имеет обратной силы, рассчитано на суд, а не на законодателя. Подобное положение, как и вообще всякое иное, с юридической точки зрения не может стеснять государственную власть. Ничто не мешает законодателю постановить, что, уничтожая закон о давности, он вместе с тем не признает права собственности за теми, которые приобрели его до издания закона на этом основании (нечто подобное в указе Елизаветы, обязывающем личных дворян продать приобретенную ими землю); установив возраст совершеннолетия в 25 лет, признать недействительными все обязательства, заключенные до издания закона с лицами, не достигшими этого возраста. Примером может служить изданный во Франции в 1795 г. закон о наследовании, который распространил свою силу на все наследства, открывшиеся с 1789 г. Такие законы будут несправедливы, нецелесообразны, потому что могут поколебать доверие в обороте, устранить всякую обеспеченность, подорвать уважение к праву, но против юридической силы таких законов говорить нельзя. Сам законодатель по указанным соображениям не отступит от приведенного принципа законодательной политики без достаточно

основательных причин, каковые представлялись, например, при издании закона 19 февраля 1861 г. или закона 14 декабря 1892 г. о расторжении браков лиц, сосланных на жительство в Сибирь. Какая может быть сила такого правила для законодателя, которому разрешается распространить действие закона на прошедшее время (т. I, ч. 1, ст. 89), без ограничения этой возможности какими-либо условиями?

Но правило об обратном бессилии закона имеет полное юридическое значение в отношении суда, который, безусловно, должен им руководствоваться. Это значит, что гражданские правоотношения, сложившиеся на основании юридических фактов, имевших место до вступления нового закона в силу, не подлежат его действию, и потому суд должен применять в таких случаях старый закон. Так, например, семейные права приобретаются на основании брака, права наследования – на основании смерти наследодателя, права требования – на основании сделки или правонарушения. Если все эти факты произошли до нового закона, то создавшиеся на основании их отношения остаются ненарушаемыми. Если же факты эти произошли после нового закона, то приобретаемые на основании их права подлежат действию нового закона. Так, например, при существовании закона, в силу которого десятилетнее владение может перейти в собственность, известное лицо провладело 8 лет; между тем выходит ипотечный устав, отменяющий этот способ приобретения права собственности; так как факт, который мог бы создать собственность, десятилетнее владение, не завершился до издания нового закона, то и право собственности не может быть приобретено. Сомнение возбудил закон 3 июня 1892 г., который допустил не известное до того русскому законодательству право незаконнорожденных детей на наследование после матери. Сенат разъяснил, что этот закон, установив новый порядок наследования, не может иметь применения к наследствам, открывшимся после лиц, умерших до его обнародования (03, 139), потому что право наследования определяется по моменту открытия наследства, но новый закон, обязывающий отца к содержанию своих внебрачных детей, распространяется и на детей, рожденных до вступления закона 1892 г. в действие, потому что право на содержание обусловлено фактом существования внебрачного ребенка независимо от момента его рождения (10, 52).

Действие законов в отношении места сводится к тому общему началу, что суд в спорах между лицами, подсудными ему по местожительству, и по поводу имущества, находящегося в его округе, применяет законы, предназначенные для этой местности. Но возможно, что в деле, подлежащем судебному рассмотрению, будут лица, вещи или сделки, относительно которых допустимо сомнение, какому закону подчинены они. Например, выдан вексель в Берлине французом русскому подданному, в Москве продан дом англичанину, в Париже осталось наследство, наследники к которому русские подданные, в Варшаве составлен договор между двумя лицами, из которых один обыкновенно подчиняется т. X, ч. 1, а другой – Кодексу Наполеона, и т.п. Здесь две группы отношений: а) отношения, установившиеся между подданными различных государств и б) отношения между подданными одного и того же государства, в котором действуют различные нормы. В том и в другом случае возникает столкновение (*collisio*) разноместных законов.

Оживленные сношения, завязывающиеся ныне между гражданами разных государств, ставят вопрос перед судом, какими законами должен он руководствоваться при разрешении спора, который возник по поводу сделки, заключенной русским подданным с иностранцем, в России или за границей, по поводу имущества, находящегося вне пределов русской территории, в форме, не соответствующей требованиям русского законодательства. Не подлежит сомнению, что суд обязан прежде всего применять русские законы, рассчитанные на такие случаи. Так, например, русский закон предписывает обсуждать вексельную дееспособность иностранца по законам государства, подданным которого он состоит (уст. векс., ст. 82), или постановляет, что акты, совершенные в иностранном государстве по существующим там законам, хотя бы и несходно с обрядом совершения подобных актов в России, признаются законными (уст. гражд. суд., ст. 464). Также бесспорно, что суд обязан руководствоваться международными трактатами, какие будут заключены русским правительством с другими державами, например, по вопросу о взаимной защите авторского права, потому что это также часть положительного права. Но если тот и другой источник не дают ответа, где должен судья искать решения?

Утверждают, что существует особая система частного международного права, которая обязательна для суда, как и его отечественное право. Взаимное отношение этих двух систем понимается различно. Одни готовы утверждать, что суд должен руководствоваться положениями частного международного права, насколько этого не запрещают его отечественные законы. Другие полагают, что к этой системе можно обращаться только тогда, когда к ней отсылают сами отечественные законы. В самом деле, где юридическое основание для судьи считать себя обязанным применять частное международное право, которое существует только в науке? Так как для русского суда это не положительное право, то он так же мало подчинен этому международному праву, как и гражданскому праву Франции или Германии.

Не давая юридического обоснования обязанности суда применять иностранные законы, сторонники частного международного права не дают и сколько-нибудь твердого критерия для определения, какой именно из иностранных законов должен быть применен в каждом отдельном случае. Со времени Савиньи утвердилась теория, в силу которой юридические отношения, не укладывающиеся в пределы действия одного законодательства, обсуждаются не по законам той страны, где дело рассматривается в судебном порядке, а по законам той страны, которой каждое из них принадлежит по своей природе, по своей оседлости, как выразился Савиньи, по своей точке опоры, как говорит Регельсбергер. Но тщетно было бы искать оседлости юридического отношения или определять его природу в связи с территорией.

Ввиду сказанного следует признать, что русский суд при рассмотрении споров, вытекающих из международных отношений, обязан руководствоваться: 1) русскими законами, особо изданными на этот случай; 2) международными трактатами, разрешающими вопросы, которые возникают в процессе; 3) общими русскими законами ввиду того, что сила законов равно обязательна для всех без изъятия российских подданных и для иностранцев, в Российском государстве пребывающих (т. I, ч. 1, ст. 85). Конечно, этот вывод очень неудобен для международного оборота, но это уже задача законодателя восполнить пробел своего законодательства, а не дело судьи восполнять пробелы законодательства принципами, не имеющими никакой положительной почвы.

Обращаясь к соотношению между различными законами, действующими в пределах территории государства, мы обнаруживаем, что обязанность всех этих законов, как исходящих от той же законодательной власти, не подлежит сомнению. Который из нескольких законов должен быть применен судом в данном случае, – это вопрос толкования. Необходимо принять в соображение как указания, находимые в самих законах, так и те акты, которыми вводилось или сохранялось действие того или другого местного законодательства. В нашем общем законодательстве имеются некоторые данные для решения вопроса о том, какой из нескольких законов, действующих в России, должен быть применяем судом.

Под действием местных законов находятся не все лица, имеющие в той местности временное пребывание или даже постоянное жительство, а только уроженцы тех местностей. Гражданские права и обязанности уроженцев губерний, состоящих на общих, без местных изъятий, правах, когда сии уроженцы временно пребывают в губерниях и областях, на особых правах состоящих, определяются общими законами Империи (ст. 1279). То же правило следует признать и в обратном случае. Чтобы освободиться от действия одних законов и подчиниться действию других, необходимо перечислиться* из русских губерний в польские, остзейские, финляндские, Бессарабскую, Черниговскую или Полтавскую губернии, или наоборот. [Общего правила о формальном порядке перечисления в законе не имеется, соответствующие же правила установлены для Царства Польского и Финляндии законами 1836 и 1868 гг. – ныне приложения А и В к ст. 14 т. IX.]

В связи с этим обстоятельством дееспособность лиц, права личные и имущественные, основанные на браке, обсуждаются по законам той местности, для которой эти лица являются коренными жителями (81, 183; 05, 1). Представим себе, что уроженец Царства Польского по своим торговым делам поселяется в Казани. Заключение его женою обязательства без разрешения мужа может быть опровергнуто последним (гражд. улож. 1825 г., ст. 184) в противоположность полной силе обязательств, принятых на себя уроженкою внутренних губерний.

Вещные и наследственные права (ст. 1295) в отношении недвижимого имущества определяются законами местонахождения недвижимости. Право залога на имение, находящееся в центральных губерниях, может возникнуть только со времени совершения закладной крепости, хотя бы договор заключен был в Кишиневе и по местным законам давал право обеспечения. Наследование движимости по закону должно а contrario обсуждаться по законам места, в котором наследователь состоял коренным жителем, хотя бы место его приписки и не совпадало с местом его последнего жительства (ст. 1286 и 1295).

Форма юридических сделок обсуждается по закону места совершения акта. Это общее правило может быть выведено как из начал, признаваемых в интересах международного общения (ст. 242 уст. торг. суд., ст. 464 уст. гражд. суд., ст. 1077, 84 уст. век.), так и из частного случая, разрешаемого нашим законодательством, а именно по вопросу о силе актов, совершаемых в Финляндии и приводимых в действие в Империи и обратно (ст. 708, прим. 4, приложение). Такова точка зрения и нашей судебной практики (07, 8). Таким образом, домашнее завещание, написанное собственноручно в Варшаве уроженцем русских губерний, будет действительно, хотя бы и не было подписано свидетелями (гражд. кодекс, § 970), а составленное в Риге завещание, в котором супруги взаимно назначали себя наследниками один после другого (III ч. св. местн. узак., ст. 2409), должно быть утверждено петербургским окружным судом, хотя общие законы таких завещаний не допускают.

Труднее всего определяется, какие законы применяются к правам обязательственным. В виде общего правила можно принять, что в этих отношениях должны применяться законы тех мест, где произошли юридические факты, которые послужили основанием к установлению обязательств, т.е. следует принять во внимание, где заключен был договор, где произошло правонарушение или неосновательное обогащение. Например, в 1871 г. выдан был в Варшаве вексель; в 1882 г. предъявлен был иск в московском окружном суде к должнику, который возражал, что прошла давность. Возражение не было принято, потому что срок давности должен был быть принят не десятилетний, а местный – тридцатилетний (ст. 1549). По выданному на основании этого решения исполнительному листу взыскание не производилось до 1894 г., когда кредитор, встретив должника, потребовал от него платежа. На этот раз ссылка должника на давность была вполне основательна, потому что обязательство прежнее (вексель) превратилось в новое (исполнительный лист) в губернии, состоящей на общих законах (ст. 694, прим., прил. ст. 6)[13].

§ 6. Применение норм права

Литература: Васьковский, Учение о толковании и применении гражданских законов, 1901; Он же, Руководство к толкованию и применению законов, 1913; Шершеневич, Применение норм права (Ж. М. Ю., 1903, N 1); Пуцилло, Теория толкования законов (Ж. гр. и уг. пр., 1882, N 9); Есипович, О толковании законов (Ж. М. Ю., 1894, N 10); Гуляев, Толкование закона в практике Гражданского Кассационного Департамента Сената, 1912.

I. Логический процесс применения. Применение закона представляет силлогизм, в котором большую посылку составляет юридическая норма, а малую посылкой является данный случай, насколько состав юридического отношения соответствует законным предположениям. Например:

большая посылка: непрерывное и беспорочное владение в течение 10 лет ведет к приобретению права собственности;

малая посылка: Иванов владел, беспорочно, и непрерывно в течение 10 лет имением Караваева;

закключение: следовательно, Иванов приобрел право собственности на имение Караваева.

Или другой пример:

большая посылка: неблагодарность одаренного дает дарителю право требовать возвращения дара;

малая посылка: Петрова, получившая от мужа своего в дар дом, изгнала его из дома и отказала в части доходов, чем лишила его средств к существованию;

закключение: следовательно, Петров имеет право потребовать от жены своей возвращения подаренного ей дома.

Главное условие правильного применения закона заключается в уяснении смысла его. В этом и состоит толкование, которое имеет своей целью раскрыть истинное содержание веления закона. В толковании нуждаются все вообще юридические нормы, а не только те, которые возбуждают сомнение своею неясностью. Только неправильным взглядом на сущность толкования можно объяснить то обстоятельство, что некоторые законодатели, предполагая, что издаваемые ими законы лишены всякой неясности, запрещали толковать их произведения. Так поступил Юстиниан, признав за собою монополию толкования (*ejus est interpretare legem, cujus est condere*); так поступил король прусский Фридрих, предложив судьям в сомнительных случаях обращаться к законодательной комиссии; такое же отношение к толкованию проявил Наполеон I, который, узнав о появлении первого комментария к гражданскому кодексу, воскликнул: "Пропал мой кодекс!"

II. Критика норм права. Применение норм права предполагает, что применяющий не сомневается в подлинности и конституционности применяемых законов. Устранение сомнений достигается критикой. Критике подлежат не только законы, но и административные распоряжения, обязательные постановления как нормы права.

1. Низшая критика заключается в установлении подлинности текста, т.е. а) в признании нормы, действительно исходящей от того законодательного или административного органа, которому она приписывается, и б) в признании верного чтения текста. Если при современном порядке издания законов первая задача редко может быть возбуждена, то, напротив, вторая – установление верного текста нормы – может требовать нередко труда. В России существует особое кодификационное учреждение (Отделение Свода Законов Государственной Канцелярии, с 1906 г. Государственная Канцелярия вообще), на котором лежит обязанность издания Свода Законов полностью или по частям, с теми исправлениями в тексте, какие соответствуют действительно происшедшим изменениям в законодательстве. Такого учреждения и такого сборника ни в одной стране не существует. Поэтому в России и возникают совершенно своеобразные юридические вопросы, связанные с деятельностью кодификационного учреждения. При внесении нового закона в Свод он может быть разнесен по частям или помещен не на месте, так что изменится смысл его велений, или же будет показан неправильно отмененным или замененным старым законом. При той юридической силе, какая признается за нашим Сводом Законов, юридическое значение имеет не статья Свода, а подлинный закон, лежащий в ее основании. Сенат пришел к выводу, что допущенные в кодификационном порядке ошибки не имеют обязательного значения (82, 128; ср. 05, 100). Поэтому на обязанности критики лежит сопоставление текста Свода Законов с текстом "Собрания узаконений и распоряжений правительства" для определения правильного чтения закона.

2. Высшая критика заключается в проверке юридической силы обнародованных законов, т.е. в установлении того факта, что: а) обнародованный закон является выразителем воли тех элементов власти, которым присвоена законодательная власть, и б) обнародованный закон не противоречит основным началам конституции. Можно себе представить, что будет обнародован в виде закона проект, отвергнутый Думою, но принятый Государственным Советом и утвержденный Государем, – такой акт не может быть признан законом и суд не вправе его применять. Право отвергать юридическую силу за подобными актами должно быть безусловно признано за русскими судьями. Труднее вопрос о праве суда проверять конституционность обнародованного закона. Это право, отвергаемое на континенте Европы, широко осуществляется в Северо-Американских Соединенных Штатах, конституция которых строится на начале строгого разделения властей. Вопрос этот может возникнуть и у нас. Согласно нашим Основным Законам собственность неприкосновенна и принудительное отчуждение возможно не иначе как за справедливое и приличное вознаграждение (т. I, ч. 1, изд. 1906 г., ст. 77). Можно представить себе, что в законодательном порядке принято будет принудительное отчуждение некоторых разрядов имений без вознаграждения или за ничтожное вознаграждение. Не признают ли себя суды вправе оценить обнародованный закон с точки зрения его согласованности с Основными Законами? Следует иметь в виду, однако, что у нас законы обнародуются Сенатом, который не должен обнародовать законодательных постановлений, если порядок их издания не соответствует положениям Основных Законов. Отсюда можно сделать два вывода: 1) Сенат проверяет

конституционность предложенных ему к обнародованию законов со стороны формы, а не содержания, 2) обнародование закона со стороны Сената не предрешает вопроса о конституционности закона с материальной его стороны.

III. Толкование норм права. За критикую наступает толкование. Смотри по тому, откуда исходит толкование закона, различают толкование аутентическое и научно-судебное. Аутентическое толкование, исходящее от самого законодателя, предусматривается нашим законодательством (т. I, ч. 1, изд. 1906 г., ст. 89) и представляет собою в сущности изъяснение смысла прежнего закона новым законом. Авторитет такого толкования заключается в авторитете толкователя – если бы его толкование было и неверно, если бы толкователь вкладывал совершенно новый смысл в прежний закон, оно все же будет иметь обязательную силу. Поэтому аутентическое толкование не подходит под тот умственный процесс уяснения мысли, который называется толкованием и который зависит от убеждения, а не от внешней обязательности. Формою аутентического толкования следует признать решения Сената, печатаемые без указания дела, по которому возникло решение в виде указа, вызванного предложением министра юстиции по случаю доходящих до его сведения вопросов, разрешаемых неоднобразно в судебных местах или же возбуждающих на практике сомнения (учр. суд. уст., ст. 2591). При этом нельзя не признать, что такой прием разъяснения законов не согласуется с Основными Законами 23 апреля 1906 г. [Вряд ли публикацию решений по ст. 2591 на общем основании, т.е. наравне с кассационными решениями по определенным делам, можно считать с формальной стороны аутентическим толкованием. А тогда падает и возражение о несоответствии с основными законами. Наконец, порядок действий Второго Общего Собрания при рассмотрении дел, признанных требующими постановления нового закона либо пояснения существующего, указанный в ст. 33 и 173 Учр. Прав. Сената, т. I, ч. 2, по пред. 1912 г., решительно противоречит изложенному выше заключению.]

Истинным толкованием следует признать научно-судебное толкование, которое исходит от ученых или практиков и которое почерпает силу убедительности в нравственном авторитете науки и суда. Если в дореформенное время стремились ограничить свободу толкования из опасения "обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований" (т. I, ч. 1, изд. 1892 г., ст. 65), то после судебной реформы 1864 г. в судебных установлениях было воспрещено останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов. За нарушение этого правила виновные подвергаются ответственности как за отказ в правосудии (уст. гражд. суд., ст. 10). [Отличие научного толкования от судебного заключается в отвлеченном и теоретическом характере первого, которому противостоят конкретность и связь с определенным составом фактов и интересов во втором.]

Раскрывая содержание юридической мысли, отыскивая мысль, заключенную в форму закона, толкователю приходится встретиться с вопросом: должен ли он ограничиться тою мыслью, которая вложена в закон, или же он обязан идти дальше и стремиться к раскрытию воли законодателя? Вопрос этот представляется в высшей степени спорным. Одни ученые, как Виндшейд, Гирке, Регельсбергер, Капитан, Жени, считают задачей толкования доискаться выраженной в законе воли законодателя. Другие, в том числе Биндинг, Бар, Колер, Ламбер, Салейль, полагают, что предметом толкования является воля закона, совершенно оторванная от воли законодателя. По мнению первых, закон есть выражение мысли или изъяснение воли законодателя, и применение закона не может не считаться с тем, что думали или хотели люди, облеченные законодательною властью. Другие, напротив, полагают, что при толковании необходимо остановиться на той мысли, которая нашла себе выражение в самой норме, и не доискиваться воли творца ее, которого мы не знаем и которого психический мир нам недоступен. [По мнению Тура, "воля закона" есть тот смысл, который должно иметь предписание закона, чтобы стоять в органической, логически-удовлетворительной связи со всеми остальными предписаниями правового порядка (логическая замкнутость права).] Если "воля закона" является выражением фигуральным, то таким же следует признать и "волю законодателя". Истинный автор закона так же мало уловим в парламентских дебатах, как и в министерских канцеляриях. Для применяющих нормы права закон – анонимное произведение. Различие теоретических взглядов отражается и в практическом отношении на применении норм права. С субъективной точки

зрения, т.е. считаясь с волею законодателя, необходимо толковать законы в соответствии с условиями их издания. С объективной точки зрения решающим моментом при толковании закона являются условия его применения. Если следует искать волю законодателя, то для толкования закона огромное значение имеют мотивы, которыми нередко сопровождается издание законов, парламентские прения и т.п. При противоположном взгляде эти материалы цены не имеют.

В связи с рассмотренным вопросом находится другой: следует ли толковать закон по тому смыслу, какой ему придавался во время его издания, или по тому смыслу, какой можно придать ему во время его применения вследствие изменившихся условий его действия? Этот вопрос приобретает особенно важное значение в России, потому что русское законодательство представляет собою не акт единовременного творчества, а механическую сводку законодательных произведений разного времени. Если стоять на той точке зрения, что закон должен служить жизни, не должен тормозить ее движения своим отсталым содержанием, то можно высказаться за толкование закона путем приспособления его к современным условиям. Но такое изменение смысла закона по усмотрению лиц, его применяющих, противоречит началу законности и авторитету закона. По данному вопросу Сенат признал как общее правило, что каждый закон при неясности его толкуется по источникам, на основании которых он составлен (09, 35), хотя сам Сенат далеко не всегда выдерживает эту точку зрения.

Известно, что выражение мысли в словесном или письменном предложении далеко не всегда согласуется с точностью самой мысли. Это несоответствие мысли с ее выражением обнаруживается или из самой статьи, или из сопоставления ее с другими статьями. В результате такого исследования может обнаружиться, что выражение мысли шире ее действительного содержания, и тогда выступает ограничительное толкование, которое имеет в виду сузить форму выражения до объема, соответствующего истинной мысли закона. Наоборот, словесный смысл может оказаться уже истинной мысли, закон не сумел охватить все те жизненные отношения, которые по вложенной в него мысли имелось в виду обнять. Тогда наступает черед за распространительным толкованием, которое имеет своей задачей расширить понимание закона за пределы словесного выражения до действительного содержания закона.

Примером ограничительного толкования может служить изъяснение Сената, что опекуны за труды свои получают вознаграждение в размере 5% из доходов малолетнего (ст. 284) только чистых, а не валовых, хотя закон такого ограничения не делает, но словесное выражение, очевидно, не соответствует мысли закона возложить на опекуна заботы о сохранении имущества опекаемого. Примером распространительного толкования может служить разъяснение Сената, что хотя п. 6 ст. 216 пол. о каз. подр. и пост. говорит о моровой язве как причине, освобождающей от ответственности за неисполнение договора, но что сюда же следует отнести и холеру, потому что законодатель, очевидно, имел в виду не название болезни, а то действие повальной болезни, которое выражается в многочисленных жертвах, народной панике, замешательстве в торговле и промышленности (09, 111). Однако по принятому Сенатом принципу никакой закон, ограничивающий чье-либо право, не может быть толкуем распространительно и применяем к случаям, прямо в нем не предусмотренным (09, 78, ср. 08, 13), или, иначе, установленное законом для точно определенного случая изъятие из общего правила не допускает распространительного толкования (09, 67).

IV. Приемы толкования. Для выяснения мысли, содержащейся в законе, толкователь может прибегнуть к различным приемам. Он обращается к грамматическому смыслу тех слов, которые употреблены в законе; он может выяснить мысль логическим сопоставлением одних частей закона с другими; он воспользуется историческими данными, вызвавшими появление закона; он сопоставит данную статью с тем местом, какое она занимает в общей системе. Эти различные приемы толкования дают основание для различения видов толкования.

1. **Грамматическое толкование** состоит в разъяснении содержания закона при помощи этимологических и синтаксических правил языка, при помощи значения тех слов, которыми воспользовался законодатель. Задача толкователя состоит в том, чтобы предложение, в котором выражено законодательное веление, разложить на ряд представлений, связанных с каждым словом, употребленным в тексте. Например, когда закон говорит о дисциплинарной власти родителей, то, пользуясь общепринятым значением этого слова, мы должны признать эту власть

только за отцом и матерью (ст. 164), но не вообще за восходящими родственниками. Если законодатель употребляет какое-либо выражение в определенном смысле, мы не вправе опираться на несовпадающее с техническим общежитием словоупотребление; например, выражение "крестьянский двор" на юридическом языке имеет не то значение, какое ему придается в разговорном.

2. **Логическое толкование** есть выяснение мысли, содержащейся в законе, на основании сочетания слов, употребленных в законе для ее выражения. В противоположность грамматическому толкованию, имеющему дело с отдельными словами или с грамматической расстановкой слов, логическое толкование основывается на взаимном соотношении выраженных в законе словами представлений. Например, в ст. 220 несовершеннолетнему дозволяется управление его именем и в то же время запрещается совершать сделки какого-либо рода. Логическое сопоставление частей статьи приводит к заключению, что закон имеет в виду запретить сделки, выходящие за пределы управления.

3. **Историческое толкование** понимается в двояком смысле. Это есть прием уяснения значения изданного закона путем сопоставления его с текстом закона, действовавшего перед тем. В другом смысле историческое толкование составляет прием уяснения закона путем исхождения от тех исторических условий, при которых создавался закон и которые способны объяснить цель закона. Примером такого толкования может служить решение Сената о неприменимости давности владения к церковным землям (93, 2), которое на основании того же приема было в литературе опровергнуто.

4. Наконец, **систематическое толкование** прибегает для разъяснения мысли данного закона к сопоставлению и противопоставлению его с другими статьями. Систематизированный кодекс открывает широкое поле для такого приема. Напротив, Свод, составленный из статей, различных по времени происхождения и нередко случайно поставленных на данное место, крайне затрудняет пользование приемами систематического толкования. Примером такого толкования может служить сопоставление ст. 711 и 1513 со ст. 712 и 1514 для выяснения, насколько необходима передача для приобретения права собственности на движимость.

V. **Неполнота и недостаток норм.** Возможно, что на рассмотрение суда представится случай, который прямо законом не разрешается, потому что законодатель, составляя правило, упустил из виду некоторые отношения или не мог предвидеть их, потому что во время издания закона не существовало таких бытовых отношений. При отсутствии закона, вполне совпадающего по своему содержанию с элементами данного случая, который подлежит судебному разрешению, пользуются законом, наиболее соответствующим в своем содержании. Применение закона производится по сходству. Этот прием восполнения законодательной неполноты называется аналогическим толкованием. Так, например, закон (ст. 5331) устанавливает, что передача родового имени в пожизненное пользование должна происходить по описи. Для благоприобретенных имений такого правила нет, но наша практика устранила неполноту, воспользовавшись аналогическим толкованием (78, 7). В законе (уст. гр. суд., ст. 1016) сказано, что хранитель арестованного имущества не имеет права пользоваться вверенным его хранению и не должен отдавать оно другим, но обязан сохранять в целостности; по аналогии практика распространила это положение и на хранителя наследственного имущества, а отсюда был сделан вывод, что лицо, которому судебным приставом передано в порядке охраны наследственное имущество, не может предъявлять иска в качестве представителя этого имущества (09, 87). [Путем аналогии закона правила исчисления процессуальных сроков (уст. гр. суд., ст. 816 и след.) применяются к давности (75, 329; 10, 49).] Аналогическое толкование отличается от распространительного толкования тем, что последнее основывается на предположении, что закон хотел распространить свое действие и на данный случай, только не успел этого выразить, тогда как аналогическое толкование исходит из предположения, что закон, оставаясь логичным, хотел бы распространить свое действие, если бы предусмотрел данный случай, упущенный им из виду.

Наконец, может быть, что известный случай совершенно не предусмотрен законом и нельзя распространить применение какого-либо закона даже по сходству отношений. Тогда обнаруживается "недостаток" закона, в случае которого устав гражданского судопроизводства обязывает судебные установления основывать решения на общем смысле законов (ст. 9),

называемом иначе аналогией права. Суд в этом случае должен принять во внимание те общие начала, принципы, которые положены в основу законодательства, и с этой точки зрения создавать норму на данный случай. Конечно, чем казуистичнее законодательство, тем эта задача труднее. Если принять в соображение, что аналогия права применяется там, где обнаруживается недостаток соответствующего закона, то, очевидно, что аналогия не может быть причислена к способам толкования законов, а составляет особый прием, стоящий рядом с толкованием законов. Сенат совершенно неправильно смешивает аналогию права с аналогией закона (10, 39). При недостатке закона, способного по сходству служить руководством для судьи, следовательно, при невозможности воспользоваться аналогическим толкованием (анalogией закона) приходится обращаться к общему смыслу законов (аналогия права). Швейцарский кодекс 1907 г., предлагая судье в случае пробела в законе и обычном праве стать в положение законодателя (§ 1), в сущности, устраняет аналогию права. Различие между русским и швейцарским судьями при недостатке норм права выражается в следующем. Наш судья, встретившись с пробелом, должен стать на предлагаемую точку [зрения] русского законодателя, которую он может установить на основании всего действующего законодательства, и обязан разрешить данный случай с точки зрения той нормы, какую создал бы русский законодатель. Швейцарский судья, встретившись с таким пробелом, должен стать в положение самостоятельного законодателя и, вдохновленный наукой и судебной практикой, обязан разрешить данный случай с точки зрения той нормы, какую он сам создал бы, если бы был законодателем. Это напоминает римского претора.

VI. Разъяснение Сената. Особенное значение имеет у нас толкование кассационных департаментов Сената ввиду того, что решения и определения их, которыми разъясняется точный смысл законов, публикуются во всеобщее сведение для руководства к единообразному истолкованию и применению их (уст. гр. суд., ст. 815). Обязательная сила данного Сенатом толкования распространяется только на тот случай, который подал повод к кассации, и в отношении того суда, куда дело передано Сенатом (уст. гражд. суд., ст. 813 и ср. 99, 105). Опубликование решений Сената имеет важное значение в том смысле, что силою своего нравственного авторитета они могут склонять все суды Империи к единообразному пониманию и применению законов и тем устранять разногласие, столь вредное для твердости бытовых отношений. С этой точки зрения кассационные решения могут иметь такое же значение источников права, как и наука, т.е. они убеждают в правильности своего толкования, но обязательная сила им чужда.

Однако Сенат идет далее и придает своим решениям не только нравственное, но и юридическое значение, предполагая их обязательность для судов на будущее время (09, 82), т.е. придает им силу закона. Исходя последовательно из взгляда на кассационное решение как на закон, Сенат находит, что толкование закона, не согласное с последовавшими уже разъяснениями Сената, составляет само по себе повод к кассации (70, 1598). Но нигде в нашем законодательстве не признано за Сенатом права издавать законы, его нельзя открыть и в ст. 815 уст. гражд. суд. Наши ученые юристы с поразительным единодушием отрицают юридическую обязательность кассационных решений. Их доводы заключаются в следующем: 1) судебные уставы вменяют судам в обязанность решать по точному разуму действующих законов, а в случае неполноты, неясности, противоречия, а в гражданском процессе и недостатка – на общем смысле законов; 2) если закон счел нужным указать тот специальный случай, когда сенатские разъяснения имеют обязательную силу, – для суда, в который передано за отменой решения производство дела, – то а contrario следует, что в других случаях эта сила им не присвоена; 3) судебные уставы 1864 г. не сопровождалась отменой ст. 69 прежних Основных Законов, которая гласила, что "судебные решения дел частных не могут быть признаваемы законом общим, для всех обязательным, ниже служить основанием решений по делам подобным", и которая совершенно не согласовалась с тою силою, какую Сенат хотел придать своим разъяснениям; 4) если бы сенатские разъяснения имели силу нормы права, то они связывали бы Сенат, который, однако, не стесняется отступать от раз высказанного мнения и пересматривать свои решения.

§ 7. Система гражданского права

Литература: Малышев, Курс общего гражданского права, I, стр. 318–355; Шершеневич, К вопросу о системе гражданского права (Юр. лит., 1892, N 9).

I. Институционная система. Под именем юридической нормы понимается выработанное самою жизнью или установленное законодателем правило, которое регулирует путем принуждения взаимные отношения между гражданами. Совокупность норм или положений, объединенных единством содержания, внутренней связью по предмету определения, составляет юридический институт, как, например, институт опеки, залоговый, брачный. Совокупность юридических норм или институтов, действующих в пределах известной территории, составляет положительное право данного народа (термин "положительный" выдвигает противоположность между исторически сложившимся порядком и идеальным естественным правом). Классификация институтов представляет собою систему права.

Вопрос о системе права возникает в истории сравнительно поздно. Первоначальные сборники народных обычаев и законов содержат и излагают нормы в хронологическом порядке их появления, так как и самые нормы создаются казуистически, смотря по обстоятельствам, вызвавшим их существование. Эти нормы, вне всякого обобщения, следуют друг за другом в совершенно случайном порядке. Только иногда встречается стремление выдвинуть вперед более важные нормы, каковыми обыкновенно являются в представлении малоразвитого юридического быта нормы процессуальные.

Первою научною системою мы обязаны римским юристам: "Omne jus, quo utimur, – говорит Гай, – vel ad personae, vel ad res, vel ad actiones pertinet", так что система права представляет три отдела: *personae, res, actiones*. В основании этой системы лежит совершенно верная мысль, что все иски возникают и существуют между лицами по поводу вещей, следовательно, система имеет в виду три существенных элемента права: субъект, объект и охраненное судебною защитою отношение. Так как эта система принята была в римских институциях, то она называется обыкновенно римскою системою, или институционною. Она легла в основание французского гражданского уложения, а из Франции перешла в другие страны. Той же легальной системы придерживается научная литература Франции, Италии, Бельгии, а также Англии. Римская система страдает важными недостатками, – во-первых, чрезмерною общностью, ослабляющею самое значение классификации, и, во-вторых, педагогическими неудобствами ввиду полного отсутствия постепенности в раскрытии правовых начал, невозможности последовательно переходить от простых к сложным нормам.

II. Пандектная система. Более приближается к требованиям научной классификации германская система, или пандектная, получившая распространение в прошлом столетии, особенно благодаря авторитету Савиньи. Гражданское право делится на четыре группы: 1) вещное, 2) обязательственное, 3) семейное и 4) наследственное; всем им предшествует общая часть, содержащая положения, общие всем четырем группам. Эта система была общепринята в германской юриспруденции при изложении пандектного и германского права. Здесь же, в Германии, она проникла и в законодательную сферу. Прежде всего она была принята саксонским законодательством и легла в основу Гражданского уложения 1863 г. Та же система как национальная была принята составителями Германского гражданского уложения 1896 г., с тою только разницею, что обязательственное право без достаточного, впрочем, основания поставлено ранее вещного.

Германская система имеет несомненные преимущества перед римскою. Понятия о субъекте и объекте, как и некоторые другие, составляющие необходимые условия правоотношений, рассматриваются предварительно в общей части. Далее следует четыре группы гражданских прав в возрастающей сложности. Самый простой отдел системы составляет право, определяющее отношения одного лица к другим по поводу непосредственного обладания и пользования предметами внешнего мира. Обязательственное право, имеющее своим главным содержанием взаимный обмен вещей и услуг, предполагает уже знакомство с вещным правом, потому что многие договоры направлены к установлению вещного права. Семейное право представляет отношение одного субъекта к другим, не только личное, но и имущественное, следовательно, предполагает знание вещного и обязательственного права. Наконец, наследственное право, основанное на переходе по случаю смерти лица прав на имущество, в состав которого входят

вещные и обязательственные права, к лицу, наследственное право которого вытекает чаще всего из семейных отношений, предполагает предварительное ознакомление с вещным, обязательственным и семейным правами. Эта постепенность возрастающей сложности, предположение в последующем изложении знакомства с предшествующим, составляет наиболее ценную сторону германской системы.

Но она имеет также слабые стороны, которые несколько уменьшают ее научное значение. Прежде всего обращает на себя внимание то обстоятельство, что германская система рассчитана на то только содержание, которое заключается в пандектах. Между тем жизнь выдвинула немало новых правовых институтов, не известных римскому праву, которые не находят себе места в германской системе, например, институты авторского, художественного, музыкального права. Современный экономический, главным образом торговый, оборот создал такие институты, как привилегии на промышленные изобретения, права на фирму, на клеймо, на фабричные рисунки и модели. Некоторые хотели бы пополнить систему гражданского права еще правами личности. Сюда относят права на жизнь, свободу, честь, неприкосновенность. По мнению Регельсбергера, "право личности есть первое и важнейшее из всех гражданских прав: оно обнимает высшие блага человека". Соглашаясь с важностью этих интересов, нельзя признать за ними свойства гражданского права. Их отличительная черта – неотделимость от личности, а следовательно, неотчуждаемость. Следовательно, в эту группу нельзя включать, как это делают тот же Регельсбергер или Гирке, ни авторского права, ни фирмы. Вообще круг этих прав крайне неопределенный, а порядок защиты их, например, личной неприкосновенности, с одной стороны, фабричного клейма – с другой, чрезвычайно различен. Поэтому включить все права личности в гражданское право и составить из них особый отдел в системе невозможно.

Во-вторых, слабая сторона германской системы заключается в отсутствии общего начала, по которому систематизируются институты. Если вещное и обязательственное права стоят рядом вследствие глубокого различия их как юридических средств, как способов обеспечения интересов, то наследственное право, составляя сочетание вещных и обязательственных прав, не может стоять на одной доске с ними. Выделение семейного и наследственного прав не основано на том признаке, который взят для различия вещного и обязательственного права. Таким образом, германская система допускает нарушение основных условий научной классификации, которая должна: а) обнимать весь материал, подлежащий изучению данной науки, и б) обладать единством в признаках объединения и различия.

Однако этот научный недостаток не лишает германскую систему ее педагогических достоинств. Поэтому за отсутствием лучшей системы, а также ввиду учебной цели настоящего руководства в основу его будет положена именно эта система с некоторым изменением, со включением тех институтов, которые, как было указано, не вошли в нее. Таким образом, все изложение будет разделено на следующие отделы: I) общая часть и II) особенная часть: 1) вещное право, 2) исключительное право, 3) обязательственное право, 4) семейное право и 5) наследственное право.

[1] Ныне это Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

[2] Поворинский А.Ф. Систематический указатель русской литературы по гражданскому праву. 1758–1904 гг. / Научн. ред. О.Ю. Шиловост. Изд. третье, перераб и доп. М.: Статут. 2002.

[3] Советское гражданское право. Советское семейное право. Библиография. 1917–1960. М.: Госюриздат 1960. с. 144, 248, 340, 351.

[4] См.: Новицкая Т.Н. Кодификация гражданского права в Советской России. 1920–1922 гг. М.: Изд-во Моск. ун-та. 1989. с. 44–53 и др.; Развитие кодификации гражданского законодательства // Развитие кодификации советского законодательства. ВНИИ сов. законодательства. М.: Юрид. лит. М., 1968. с. 102–107.

[5] Едва ли не единственным исключением было его участие в 1948 г. в превосходном учебнике "Римское частное право" под редакцией И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского.

[6] Право. Еженедельная юридическая газета. N 20. 15 мая 1915 г. с. 1497–1504.

* Первоначально напечатано в "Отчете Императорского Московского Университета" за 1912 год, отдел некрологов.

* Курс гражданского права. Гл. IV. Задачи кодификации гражданского права в России.

** Право, 1906, N 1.

* В настоящем издании – квадратными скобками, напечатанными полужирным шрифтом. – Ред.

* Составлен по автобиографическим данным, помещенным в "Биографическом словаре" профессоров и преподавателей Императорского Казанского Университета под ред. Н.П. Загоскина, ч. II, стр. 86, а также по "Систематическому указателю русской литературы по гражданскому праву" Поворинского, систематическим указателем к "Журналу Министерства Юстиции" (1898–1908), к "Праву" (1898–1908) и другим источникам.

* Так в оригинале. – Ред.

* Так в оригинале. – Ред.

* Так в оригинале. – Ред.

** Так в оригинале. – Ред.

* Так в оригинале. – Ред.

[7] "Сборник действующих постановлений, изданных в порядке ст. 87 Осн. Гос. Законов" (1906–1912), составлен Государственной Канцелярией и издан с особой нумерацией, которая использована для ссылок в сводном Продолжении 1912 г.

* Так в оригинале. – Ред.

[8] Критическому исследованию содержащихся в нем норм материального права посвящено вышедшее в 1914 г. обширное исследование профессора бар. Фрейтаг-Лоринговена "Материальное право проекта Вотчинного Устава" (2 тома).

[9] "Гражданское право губерний Царства Польского и русское в связи с проектом гражданского уложения" профессора Трепицына (1914 г.) излагает только общую часть обязательственного права. Этот же отдел в целом из 3-томного "Курса французского гражданского права" М. Планиоля переведен на русский язык в 1912 г. и приспособлен для местного применения.

[10] Обзор остзейского гражданского права дает изданное профессором Кассо в 1896 г. "Пособие к лекциям": источники, литература и догматический обзор III ч. Свода местных узаконений. В 1910 г. под редакцией Гредингера издан перевод обязательственного права из 4-томной "Системы гражданского права остзейских провинций" профессора Эрдманна.

[11] Составленный в 1824–1825 гг. Манегою и Брунновым на французском языке "Projet de code civil pour la Bessarabie" остался без движения вследствие изменения в начале 40-х гг. отношения правительства к местным законам. В настоящее время этот проект извлечен Кассо из архива II отделения и напечатан на языке оригинала (St. Pétersbourg. Imprimerie de l'Academie Impériale des Sciences. S. anno).

[12] Свод местных законов западных губерний (проект). Обзорение исторических сведений о составлении Свода местных законов западных губерний. Издали Пергамент и Нольде по поручению юрид. фак. Санкт-Петербургского Университета. СПб., 1910.

* Так в оригинале. – Ред.

[13] Со времени, когда были написаны эти строки, теория и практика международного частного права значительно двинулась вперед в русской литературе и выдвинула ряд писателей (Пиленко, бар. А. Нольде, Брун и др.), к сочинениям которых надлежит обращаться, чтобы ориентироваться в сложных вопросах коллизии норм.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ

§ 8. Юридические отношения

Литература: Коркунов, Лекции по общей теории права, стр. 137–165; Муромцев, Определение и основное разделение права, 1879, стр. 53–93; Grimm, Юридическое отношение и

субъективное право (Ж. М. Ю., 1897, апрель и май); Он же, Основы учения о юридической сделке, 1900; Шершеневич, Общая теория права, § 61–66.

I. Общее понятие. Юридическим отношением будет всякое бытовое отношение, когда и насколько оно определяется юридическими нормами. Юридическое отношение – это только одна сторона бытового отношения, отвлечение от цельного жизненного явления. Положим, одно лицо предоставляет другому в пользование за вознаграждение свою землю; в этом отношении, связующем обоих, обнаруживается экономическая сторона, насколько они руководствуются хозяйственными соображениями, например, при определении величины арендной платы; имеется нравственная сторона, насколько они подчиняются нормам нравственности, например, при отсрочке арендной платы ввиду плохого урожая. В этом же отношении имеется и юридическая сторона, насколько один приобретает право требовать от другого, а последний обязывается исполнить предписываемое юридическими правилами, например, внести в срок условленную арендную плату.

Отвлеченное от цельного жизненного явления частноправовое отношение представляет собою основанное на юридическом факте соответствие права и обязанности, которые устанавливаются между лицами. Праву соответствует всегда обязанность, – представление об одном неразрывно связано с представлением о другой. Юридические отношения в области публичного права не обладают указанным сейчас признаком, характерным для частноправовой сферы. В публичном праве существуют юридические отношения, в которых имеется только обязанность, без соответствующего права. Так, например, отношение судебного следователя к обвиняемому составляет юридическое отношение, насколько оно определяется законом, но здесь налицо только обязанности следователя, и если иногда говорят о праве его, например, арестовать подозреваемого, то это только в смысле обязанности, при наличии указанных в законе условий, подвергнуть преступника задержанию.

Общественная жизнь создает массу самых разнообразных конкретных отношений, которыми связаны отдельные члены общества и с которыми поэтому приходится иметь дело суду. Совокупность конкретных юридических отношений составляет правовой быт народа. Отделяя в повторяющихся юридических отношениях наиболее общие признаки и оставляя в стороне конкретные отношения, мы получим типичные юридические отношения, с которыми имеют дело законодатель и наука. Так, например, отбросив в договоре имущественного найма все разнообразие сроков, размера и форм арендной платы, мы сохраним типичную обязанность вознаграждения, лежащую на арендаторе.

II. Строение юридического отношения. Юридическое отношение разлагается на следующие элементы: субъект, объект, право, обязанность.

1. Юридическое отношение предполагает наличие по крайней мере двух лиц. Одно лицо, которому принадлежит право, носит название активного субъекта, иначе субъекта права; другое лицо, на котором лежит соответствующая обязанность, называется пассивным субъектом. Число пассивных субъектов от одного (в обязательстве) достигает общего числа всех подчиненных той же политической власти, как и активный субъект (в собственности). Весьма ошибочно мнение некоторых юристов (напр., Дернбурга, а у нас Победоносцева), предполагающих возможность юридического отношения, в котором был бы только один субъект, активный. Определяют право собственности как отношение лица к вещи. Но юридическое отношение возможно только между лицами. Где нет общества, там нет и права, а следовательно, и юридических отношений. Робинзон Крузо господствовал над всем островом, имел необходимые для его потребностей предметы, но отношение его к ним было только фактическое. Как остроумно замечает французский юрист Пляньюль, непосредственное отношение к вещи наблюдается только у вора, от которого собственник тем именно и отличается, что его отношение к вещи обязательно для других лиц. Также несостоятельно утверждение некоторых, как, например, Беккера или Регельсбергера, будто возможно правовое отношение без активного субъекта. Это противно и логике, и действительности.

По числу субъектов различаются между собою абсолютные права и относительные. Права абсолютные – это те, в которых праву активного субъекта соответствует обязанность всех лиц, подчиненных той же политической власти, и которые потому охраняются против каждого

забывшего лежащую на нем обязанность. Сюда относятся: а) вещные права (собственность, права на чужую вещь); б) исключительные права (авторское, художественное, музыкальное, фирменное, привилегии на промышленные изобретения и некоторые другие); в) права личной власти (мужа, родителей, опекунов). Правами относительными называются те, в которых праву активного субъекта соответствует обязанность известных, определенных субъектов, одного или нескольких. Этот разряд составляют: а) обязательственные права; б) права на алименты.

2. Каждое юридическое отношение возникает по поводу известного интереса, преследуемого членами общества. Объектом юридического отношения является все то, что может служить при помощи права средством осуществления интереса. Такими средствами являются: а) вещи как части внешнего мира; б) действия других лиц. Когда объект юридического отношения составляют вещи, то отношение носит название вещного права; когда объектом являются действия других лиц, – то обязательственного. Очевидно, юридическое понятие об объектах права соответствует экономическому представлению о благах. Спорным представляется вопрос, не следует ли к перечисленным объектам присоединить еще один вид – собственные силы субъекта, что составило бы разряд так называемых прав на собственную личность (права на жизнь, здоровье, физическую неприкосновенность, умственные способности, честь). Но собственные силы, данные человеку природою, представляют возможность осуществления интереса при их помощи, без посредства других лиц, а потому и не могут составить объекта юридических отношений. Точно так же и тело человека не может быть объектом юридического отношения, пока от него не отделились части. Например, волосы могут быть проданы, оперированная нога может быть завещана, но объектом права они становятся лишь по отделении. И наоборот, все искусственно введенное в человеческий организм и ставшее его составною частью выходит из круга объектов, например пломба, вставные зубы, глаз. Соединение в одном лице субъекта и объекта противоречит самой природе права. Признание физических и нравственных сил человека объектом права противоречит философскому понятию об объекте как о чем-то находящемся вне воспринимающего субъекта.

3. Из юридического отношения обнаруживается прежде всего право, которое называется субъективным, или правомочием. Под именем права в смысле субъективном понимается обусловленная объективным правом возможность осуществления интереса. А) Гарантируя юридическую возможность осуществления интереса, отсутствие препятствий со стороны других лиц, объективное право не обеспечивает фактической возможности. Известный субъект может иметь права, обеспеченные от препятствий со стороны других лиц, но неосуществимые по фактической невозможности, например, богач, который по болезни не может пользоваться принадлежащими ему благами; обладатель верховой лошади, который не умеет ездить. Эта именно мысль лежит в основе нашего законодательства, когда оно характеризует субъективное право словом "власть" (ст. 420 и 1255). В) Субъективное право обуславливается объективным правом. Дернбург считает такой взгляд несогласным с историей и неправильным. Однако он сам определяет субъективное право как участие в пользовании благами жизни, которое предоставляется и гарантируется отдельному лицу общею волею. Но объективное право, по Дернбургу, – это и есть общая воля. Так как субъективное право обуславливается объективным, то оно не может стоять в противоречии с последним, поэтому субъективное право не возникает, когда объектом юридического отношения являются вещи, изъятые из оборота, или действия, не дозволяемые законом. С) Так как субъективное право предоставляет юридическую возможность осуществления интереса, то оно не может возникнуть без действительного интереса, имущественного или нравственного. Если такой интерес существовал в момент установления отношения, но впоследствии отпал, то вместе с ним прекращается и субъективное право. Сенат совершенно верно утверждает, что "понятие интереса шире понятия права", но делает из этого нелогичный вывод, будто "право входит в состав интереса" (08, 84): если понятие об интересе шире понятия о праве, то, очевидно, возможен интерес без права, но невозможно право без интереса. Субъективное право не теряет своей силы в том случае, когда осуществление обеспечиваемого им интереса сопряжено с нарушением интересов других лиц. Однако новейшее германское уложение устраняет действие субъективного права, когда для осуществления его нет иного интереса, кроме желания причинить вред другому (§ 226, Chikaneverbot).

Весьма распространенным в прежнее время было определение субъективного права, построенное на воле субъекта права. Субъективное право понимали как обеспеченную объективным правом область проявления воли. Успех такого взгляда поддерживался авторитетом философии Гегеля. Особенно удачной казалась краткая формула Виндшейда, избранная им для понятия субъективного права, – *Wollen-dürfen*. Несостоятельность определения, имеющего в основании своем волю субъекта права, обнаруживается из того, что с этой точки зрения необходимо отвергнуть субъективное право за теми, кто не обладает сознательной волею как малолетние, сумасшедшие, между тем как все законодательства признают за ними права. Рассматриваемое определение не спасается тем, что за малолетних и безумных проявляют волю их опекуны, так как этот случай именно обнаруживает, что субъективное право может принадлежать не тому, кто проявляет волю. В частности, относительно пресловутой формулы Виндшейда следует заметить, что она содержит в себе неверную мысль, будто можно стеснять желания, тогда как в действительности можно стеснять только действия. Со времени Иеринга начало распространяться понятие о субъективном праве, построенное не на воле, а на интересе. Сам Иеринг дал неудачную формулу своему взгляду, определив субъективное право как "юридически защищенный интерес". Здесь смешаны в одно сущность субъективного права и его цель. Целью права является, несомненно (и в установлении этого факта неоценимая заслуга Иеринга), обеспечение интересов общества и отдельных лиц, но это не составляет еще сущности права как средства к достижению указанной задачи. Поэтому в последнее время некоторые стали соединять в понятии о субъективном праве оба основания – волю и интерес. "Воля и интерес, – по мнению Еллинека, – неизбежно сходятся в понятии о субъективном праве". "Воля представляет собой формальный, а интерес – материальный элементы этого понятия". Того же взгляда придерживался Регельсбергер.

4. Обязанность, лежащая на пассивных субъектах, может состоять или в положительном действии, или в воздержании от такового. В правах относительных определенным пассивный субъект обязывается что-нибудь сделать в пользу активного субъекта: передать вещь, оказать услугу и т.п. В правах абсолютных, напротив, все пассивные субъекты обязываются к воздержанию. Так, вещные права порождают обязанность всех и каждого не пользоваться тою вещью, исключительное пользование которою обеспечено субъекту права; права исключительные обязывают всех не совершать тех действий (распространения книг или товаров с клеймом, исполнения музыкальных пьес и т.п.), исключительное выполнение которых обеспечено субъекту права и которые в силу этого обстоятельства приобретают особенную экономическую ценность; права личной власти обязывают всех не посягать на присвоение того объекта, который ввиду его нравственного значения предоставлен исключительно субъекту права (сожителство жены, детей, опекаемых).

Связь между правом и обязанностью в юридическом отношении возникает в силу юридического факта, под которым понимается всякое обстоятельство, влекущее за собою по закону те или иные юридические последствия. Юридический факт возникает или по воле лиц, вступающих в юридическое отношение, и тогда это будет юридическое действие (делка, правонарушение), или же помимо их воли, и тогда это будет юридическое событие (истечение срока, смерть, рождение). Юридические факты могут быть представлены в следующей схеме:

Юридические факты

1. Юридические действия 2. Юридические события

а) Сделки б) Правонарушения

III. Движение юридического отношения. Юридические отношения не находятся все время в состоянии покоя, но подлежат движению в гражданском обороте, – они устанавливаются, изменяются, прекращаются.

1. Установление юридического отношения имеет место тогда, когда известный юридический факт связывает право с известным субъектом, возлагая одновременно обязанность на других. Если отношение по данному объекту устанавливается самостоятельно, независимо от права, какое имело на тот же объект другое лицо, то это будет возникновение права или первоначальное приобретение права, например, создание художественного произведения, заключение займа, завладение вещью. Если же в существовавшем уже отношении право устанавливается в лице

нового субъекта, т.е. если право возникает на основании права, какое существовало ранее на тот же объект у другого лица, то это будет переход права или производное приобретение права, например, покупка дома, приобретение векселя. Переход права на один или несколько определенных объектов составляет частное преемство, например, продажа лошади, передача векселя. Переход прав, образующих в совокупности актив имущества, составляет общее преемство, наследование. Различие между частным и общим преемством не количественное, а качественное, потому что в первом случае новый субъект, преемник, занимает место только активного субъекта, тогда как во втором он входит в положение и пассивного субъекта, которое занимал его предшественник. Относительно перехода права действует общее правило, что право преемника по своему объему тождественно с правом предшественника, хотя в интересах торгового оборота допускаются некоторые исключения из этого правила в пользу добросовестного приобретателя.

2. Прекращение юридического отношения между лицами происходит тогда, когда разрывается связь между его элементами вследствие устранения субъекта, уничтожения объекта, нарушения соответствия между правом и обязанностью. Это имеет место в случаях отречения, отчуждения, потери прав, слияния права и обязанности, прекращения права в тесном значении слова.

а. Отречение есть одностороннее изъявление воли активного субъекта, направленное к разрыву существовавшей до того времени связи его с правом. Отречение возможно только относительно имущественных прав, как, например, оставление вещи на произвол, отказ от наследства. Таковы случаи отречения: со стороны пароходного общества, публично отказывающегося от всяких прав на затонувшее судно; со стороны автора, отказывающегося печатно от всяких исключительных прав на издание своего литературного произведения, как, например, Льва Николаевича Толстого относительно сочинений, появившихся в печати после 1 января 1881 г. Отречение чисто личных прав, связанных с самою личностью активного субъекта, отречение недопустимо. Нельзя отречься от прав мужа, опекуна, отца, от присвоенной лицу по закону дееспособности, права вступать в договоры, от права прибегать к судебной защите. Отречение может быть взято назад только тогда, когда оставленный объект не составил предмета нового отношения между другими лицами, например, при оставлении вещи, пока ею не завладело другое лицо; напротив, отречение от наследства имеет бесповоротное значение, потому что в тот же момент право наследования переходит к другому наследнику.

б. Отчуждение права есть добровольная уступка места активного субъекта определенному лицу. Последним признаком отчуждения отличается от отречения, при котором заместитель не намечается. При отчуждении отношение изменяется лишь в том, что один активный субъект заменяется другим. Под это понятие подходит передача вещей, обязательств. Неотчуждаемы все те права, от которых лицо не может отречься, за исключением передачи отцовской власти по усыновлению. Последствием отчуждения права является приобретение права со стороны другого лица, в том же объеме, поэтому отчуждение бесповоротно.

с. Потеря права есть исключение активного субъекта помимо его воли из юридического отношения. Такая потеря наступает по приговору уголовного суда за совершенное преступление – это лишение прав, личных и имущественных. Гражданский суд не может лишить прав, потому что его задача ограничивается лишь определением того, кому в действительности принадлежит право. Только исполнение его решения может иметь своим последствием лишение ответчика прав. Потеря права может наступить вследствие юридических событий, с которыми закон связывает потерю прав, например, в силу давности. Потерянные права или приобретаются другими лицами (имущественные), или прекращаются (супружеское, например). Потерянные по судебному приговору права могут быть восстановлены по Высочайшему повелению (т. XI, ст. 12). Кроме лишения прав по суду, связь с данным субъектом помимо его воли прерывается со смертью его или поступлением в монашество.

д. Слияние есть соединение в одном лице соответствующих друг другу прав и обязанностей, например, когда по смерти кредитора права его переходят по наследству к должнику. Подобное слияние как основание прекращения отношения невозможно в правах вещных, потому что соответствующая обязанность лежит не на одном определенном лице, а на всех согражданах.

Видимое противоречие наблюдается в том случае, когда субъект права собственности становится, например, по наследованию, субъектом права пользования на тот же участок земли. Если при таком соединении в одном лице двух прав право пользования прекращается, то не вследствие слияния в одном лице права и обязанности, а вследствие слияния двух прав, из которых одно поглощает другое по своему содержанию.

е. Прекращение прав в тесном значении слова наступает тогда, когда само юридическое отношение бесспорно прекращается. Это имеет место при потере личных прав, а также в случае гибели объекта отношения, как, например, со сгоревшим домом прекращается и отношение, установленное договором найма, с достижением совершеннолетия опекаемого прекращается власть над ним опекуна.

3. Изменяются юридические отношения, установленные между известными лицами, по данному объекту в таком же разнообразии, как разнообразно и содержание самих отношений, например, при договоре поставки одновременная плата заменяется по соглашению периодическою, объем права требования сокращается вследствие частичной уплаты, обязательство усложняется присоединением к нему другого, дополнительного права, право собственности на землю расширяется в количественном отношении от приращений и т.п.

§ 9. Физическое лицо как субъект права

Литература: Азаревич, Физические лица как правовые субъекты (Зап. Нов. Унив., 1881), Васьковский, Учебник гражданского права, стр. 47–55; Дювернуа, Чтение по русскому гражданскому праву, т. I, стр. 257–372; Анненков, Система, I, стр. 135–232; Кистяковский, Понятие о субъекте прав (Ж. М. Ю., 1903, N 8); Полянский, Безвестное отсутствие и имущественные его последствия, 1911; Покровский, Абстрактный и конкретный человек пред лицом гражданского права (Вест. гр. пр., 1913, N 4); Брун, Коллизии разноместных законов о безвестном отсутствии (Юрид. Вест., 1914, кн. I).

I. Право- и дееспособность. Субъектом в юридическом отношении может быть лицо, способное вступать в юридические отношения, т.е. иметь право собственности, приобретать права требования. Способность иметь и приобретать права, т.е. быть субъектом прав и обязанностей, называется правоспособностью (*Rechtsfähigkeit, jouissance des droits*), которая в настоящее время составляет во всех культурных странах достояние каждого человека. Теперь уже нет ни рабов, которые были только объектами права, ни крепостных, которые составляли принадлежность земельного участка. Способность самостоятельно, актом своей воли, устанавливать отношения посредством юридических действий называется дееспособностью (*Handlungsfähigkeit, exercice des droits*). В дееспособности различают активную и пассивную стороны. Активная дееспособность есть возможность создать актом своей воли юридическое отношение, из которого для действовавшего возникало бы право как правовое последствие. Пассивная дееспособность есть возможность создать актом своей воли юридическое отношение, из которого для действовавшего возникала бы обязанность как правовое последствие. Пассивная дееспособность иначе называется вменяемостью. Дееспособность предполагает правоспособность: дееспособные должны быть правоспособны (иначе было в римском праве), тогда как правоспособные могут и не быть дееспособны. Если правоспособность связывается с лицом каждого человека, то дееспособность по различным соображениям подлежит разнообразным ограничениям. Так, малолетний обладает полною правоспособностью – он является субъектом прав собственности и обязательств, перешедших к нему по наследству или приобретенных за него и в его пользу опекуном, но сам он не может ни купить, ни продать, ни занять, ни отдать внаем. Напротив, монашествующие – лица неправоеспособные, потому что по общему правилу они не могут стать субъектами тех прав, какие приобретаются всеми прочими гражданами.

Русскому законодательству известен только термин "правоспособность" (ст. 146), хотя в последнее время в него проникает и дееспособность (т. XVI, ч. I, уст. гражд. суд., ст. 1681), но без всякого разграничения соединяемых с ними понятий. Точно так же и судебная практика не различает этих понятий, так, например, спор о действительности акта усыновления, совершенного

лицом больным и психически расстроенным, Сенат называет вопросом о правоспособности усыновителя (09, 14, см., впрочем, 96, 44, где имеется попытка разграничения этих понятий).

II. Начало правоспособности. Так как правоспособность присуща ныне каждому человеку, то она возникает с началом его существования. Следует ли отнести этот момент к зарождению или к рождению человека? Германское гражданское уложение решает этот вопрос категорически заявлением, что правоспособность человека возникает с окончанием процесса рождения (§ 1). Не противоречит такому решению и точка зрения швейцарского кодекса, который постановляет (§ 32), что зачатый ребенок обладает правоспособностью при условии рождения живым. Некоторые постановления нашего законодательства дают возможность предполагать, что оно связывает правоспособность с моментом зарождения. Жизнь зародыша охраняется уголовным законом (улож. о наказ., ст. 1451, 1452), при открытии наследства зародыш влияет на переход его (ст. 1106), лишение всех прав состояния не распространяется на детей, рожденных после осуждения отца, если только они были зачаты до этого момента (улож. о наказ., ст. 24; т. IX, ст. 10). Тем не менее следует признать, что и у нас правоспособность возникает не ранее как с момента появления на свет живого существа. Запрещение умерщвления плода имеет в виду нравственное чувство общества, влияние зародыша на наследование обуславливается интересами будущего субъекта, а в предоставлении прав состояния детям, рожденным после лишения самого отца этих прав, проявляется лишь снисходительность, отодвигающая логический вывод. Не зародыш, а родившийся ребенок оказывает влияние на юридические отношения, причем это отношение относится к тому моменту, когда он был еще зародышем. Рождение составляет настолько необходимое условие для правоспособности, что появление мертвого ребенка лишает зачатие юридического значения, и зародыш рассматривается как бы никогда не существовавшим. Ввиду этих соображений следует признать совершенно неправильным утверждение Сената, будто ребенком по закону признается дитя (?) от самого его зачатия как плод беременности женщины от мужчины во все периоды его утробного развития, а следовательно, и выкидыш есть также ребенок (09, 6).

Если ребенок родился живым, то он тем самым приобрел правоспособность, хотя бы после того вскоре умер. Это обстоятельство имеет большое значение в наследственном праве. Наше законодательство не требует подобно французскому (§ 314, п. 3), чтобы ребенок родился не только живым (*vivant*), но и способным к жизни (*viable*). Наше законодательство не ставит также условием, как это делает испанский кодекс (§ 30), чтобы рожденное существо имело человеческий образ. Наоборот, из уголовного закона, угрожающего наказанием тому, кто в случае, когда какою-либо женщиною рожден будет младенец чудовищного вида или даже не имеющий человеческого образа вместо того, чтобы донести начальству, лишит сего урода жизни как за посягательство на жизнь существа, рожденного от человека и, "следовательно, имеющего человеческую душу" (улож. о наказ., ст. 1469), – можно заключить, что и такой *monstrum* должен быть рассматриваем как человек, а следовательно, как правоспособный.

III. Потеря правоспособности. Правоспособность, составляющая юридическое свойство каждого человека, продолжает сохраняться от рождения до наступления такого факта, который разрывает эту связь. Такими фактами, с которыми соединяется прекращение правоспособности данного лица, являются смерть, лишение всех прав состояния и пострижение в монашество.

1. Смерть лица прекращает связь умершего субъекта прав с тем кругом юридических отношений, в который он себя поставил в течение своей жизни. Приобретенные им права, за исключением чисто личных, находят себе нового субъекта. Ввиду важных юридических последствий смерть не предполагается, а должна быть удостоверена несомненными доказательствами. Предположений в пользу смерти отсутствующего лица на основании достигнутого им возраста наше законодательство не устанавливает. Однако в некоторых случаях обстоятельства не дают возможности удостовериться самый факт смерти или точный момент ее, а потому по необходимости приходится прибегать к предположениям. Таковы случаи безвестного отсутствия и одновременной смерти двух лиц.

а. Безвестно отсутствующим называется лицо, которое, покинув свое постоянное местожительство, не дает о себе никаких известий, так что не имеется сведений о его пребывании (т. IX, ст. 7). Неопределенное состояние имущества, оставшегося без активного субъекта,

представляет настолько значительное неудобство, что закон стремится прекратить создавшееся состояние неопределенности. С этой целью закон принимает меры к охранению имущества, оставшегося без хозяина и обеспечению связанных с этим имуществом прав и интересов. Удостоверение в безвестном отсутствии производится следующим порядком. Каждое заинтересованное лицо – наследники, казна (90, 129), кредиторы, а также чины прокурорского надзора могут просить суд об учинении публикации о безвестно отсутствующем и о принятии мер к охранению его имущества (уст. гражд. судопр., ст. 1451). Окружной суд, если признает представленные доказательства достаточно подкрепляющими предположение безвестного отсутствия, делает публикацию и назначает опекуна для защиты прав отсутствующего и охранения его имущества (ст. 1453). В выборе лиц для исполнения этой обязанности суд не стеснен и может назначить как родственников, так и посторонних лиц. Задача опеки над имуществом безвестно отсутствующего не исчерпывается охранением этого имущества, но распространяется и на отыскание того, что должно бы принадлежать опекаемому, например, на осуществление наследственных прав (05, 58). В продолжение 5 лет с момента первой публикации течет первый период безвестного отсутствия. В случае возвращения отсутствовавшего опека прекращает свое действие, и имущество принимается явившимся.

Если же безвестно отсутствующий не явится в течение первого периода, то по просьбе лиц, которые возбудили производство о признании безвестного отсутствия, или же наследников, которые явятся ко времени окончания этого первого периода, суд приступает к рассмотрению дела, т.е., производя вторичное исследование о безвестном отсутствии, постановляет признать субъекта оставленного имущества безвестно отсутствующим. Последствия судебного определения о признании лица безвестно отсутствующим, с которого открывается второй период, заключаются в том, что имущество должно перейти в управление к законным наследникам или лицам, в пользу которых безвестно отсутствующий оставил завещание. Если в первый период имелись в виду интересы отсутствовавшего, то во второй период вследствие усилившейся вероятности смерти его принимаются во внимание интересы наследников. Наследники, явившиеся вновь после постановления судом определения о признании безвестного отсутствия, должны быть также допущены к управлению наравне с теми, которые обращались с просьбою в суд. Доходы с имущества поступают бесповоротно в пользу лиц, которым вручается управление, потому что они должны быть рассматриваемы не как опекуны, а как добросовестные владельцы. Так как переход имущества в управление наследников обуславливается предположением смерти безвестно отсутствующего, то опровержение предположения лично явкою последнего дает ему право просить о возвращении имущества (уст. гр. суд, ст. 1459). Потребленные наследниками доходы ему не возвращаются.

Наконец, с истечением 10 лет со времени первой публикации вероятность, в силу законного предположения, сменяется уверенностью в смерти отсутствующего, а имущество последнего превращается в открывшееся наследство. По истечении этого срока безвестно отсутствующий теряет свои права и не может уже более просить о возвращении ему имущества (уст. гр. суд., ст. 1459; 92, 97). Если же наследников не оказалось, то имущество как выморочное переходит в казну. Предположить иное, т.е. что после десятилетнего безвестного отсутствия наследство не открывается, что имущество его остается в опеке и что возвращение его может быть всегда потребовано явившимся, – значило бы допустить неопределенное состояние имущества на вечные времена. Особенно если принять во внимание, что нашему законодательству неизвестно предположение смерти, основанное на престарелом возрасте отсутствующего, то мы придем к заключению, что и через сто, двести лет с момента первой публикации имущество будет продолжать считаться принадлежащим несуществующему лицу.

Описанные сейчас последствия безвестного отсутствия далеко не могут считаться общепризнанными. Некоторые выражали сомнение, чтобы 10-летний срок лишал отсутствующего его прав на имущество, и основывались при этом на ст. 7 т. IX, где говорится, что права безвестно отсутствующего "приостанавливаются". Приостановка не есть прекращение, говорили сторонники этого взгляда. Но неопределенному смыслу этого выражения следует противопоставить ясный смысл ст. 1244 и 1459 уст. гражд. суд., где говорится о возвращении имущества явившемуся до истечения 10-летнего срока, чем отрицается возвращение по истечении этого срока. В настоящее

время этот спор разрешен в законодательном порядке. По закону 15 марта 1911 г. срок на отдачу внаем недвижимости, над которою учреждена опека по безвестному отсутствию, ограничивается наступлением определенного в законе срока для "утраты безвестно отсутствующим права на возвращение ему имущества". Давая такое аутентическое толкование, законодатель ссылается на ст. 1244 и 1459 уст. гр. суд. [Статья 1244 в редакции закона 23 марта 1912 г. и по свод. прод. 1912 г. говорит уже не о безвестно отсутствующем, а только о "явившемся".]

Еще менее признанным является взгляд о предоставлении наследникам во второй период пользования имуществом безвестно отсутствующего. Так как в ст. 1244 говорится о возвращении имущества "со всеми доходами со времени взятия в казенный присмотр", то, говорят, никаких прав на это имущество быть не может (92, 79). Но такое толкование равносильно отрицанию всякого значения за ст. 1456 уст. гражд. суд., потому что тогда совершенно непонятно, в чем могут заключаться интересы лиц, побуждающих суд установить истечение первых 5 лет. [Вопреки изложенному почти все остальные русские цивилисты признают, что признание судом лица безвестно отсутствующим по просьбе наследников открывает для них возможность получить его имущество для управления на правах опекунов, а не в пользование.]

Наш закон знает особый случай, когда безвестно отсутствующим признается лицо, существование которого и даже, может быть, место нахождения в точности известно. Такой случай представляет пребывание лица за границею более 5 лет, считая с того момента, когда истек срок выданного ему для этой цели паспорта (т. IX ст. 7, улож. о наказ., ст. 327). Опека над имуществом таких лиц учреждается губернским начальством по просьбе наследников или по собственной инициативе. Если отсутствующий не возвратился, имущество его остается в опекуновском управлении по смерти его (т. IX, ст. 7, прилож., ст. 3). Если отсутствующий, возвратясь в Россию, докажет, что не мог явиться в срок на вызов по уважительной причине, то имущество ему возвращается. Если же он не вернется или, возвратясь, не представит основательных оправданий неявки, то имущество остается в опеке до его смерти, когда оно переходит к наследникам (там же, ст. 4). Закон не предусматривает случая наиболее вероятного, когда такое лицо не возвратится и притом нельзя будет собрать каких-либо доказательств его смерти.

б. При несчастном случае, которому могли подвергнуться совместно несколько лиц, например при убийстве, пожаре, наводнении, кораблекрушении, другими словами, в случае одновременно обнаруженной смерти нескольких лиц, возникает нередко важный вопрос, которое из них умерло раньше. От решения этого вопроса так или иначе зависит нередко порядок наследования. Иностранное законодательство прибегает в этом случае к различным приемам. Одни принимают предположение переживаемости, основанное на сравнительном возрасте и поле (франц. гражд. код., § 720–722); английское право предоставляет суду в каждом отдельном случае установить последовательность смерти; германское законодательство постановляет, что если несколько лиц погибло при одной общей для них опасности, то предполагается, что они умерли одновременно (герм. гражд. улож., § 20, швейцар. код., § 32). Наше законодательство не дает ответа на этот вопрос, ему чужды оба предположения, как предположение переживаемости, так и предположение одновременной смерти. Поэтому прежде всего необходимо обратиться к обстоятельствам, при которых случилось несчастье, и на основании их выяснить последовательность смерти. Представим себе, что пароход, пробитый другим пароходом, при столкновении пошел ко дну с находившимися на нем пассажирами, в числе которых было одно из лиц, нас интересующих. В нескольких верстах от места крушения находят лодку, на которой пытались спастись, но неудачно, некоторые из пассажиров. В числе найденных возле лодки трупов находится другое интересующее нас лицо. Основательно предположить, что смерть лица, застигнутого катастрофою в каюте и затонувшего вместе с пароходом, последовала ранее смерти лица, успевшего далеко отъехать от места крушения. Возьмем другой пример. Обнаружено ночное убийство целой семьи, бывшей в одном доме. Следствие может восстановить картину преступления, которая обнаружит, кто был убит ранее и кто позднее. В случае невозможности на основании обстановки определить последовательность смерти необходимо остановиться на предположении, что все лица, о которых идет речь, умерли в одно и то же время; тогда наследство

откроется одновременно после каждого из этих лиц, и ни одно из них не будет иметь наследственных прав после другого.

2. По идее, прямо выраженной в нашем законодательстве (ст. 1025, прим., ст. 1109), пострижение в монашество есть отречение от мира. Эта идея отречения, основанная на Священном Писании (II послание апостола Павла к Тимофею, гл. 2, ст. 4), привела к юридической идее гражданской смерти, поражающей лицо, поступившее в монастырь. Во Франции она была решительно признана Франциском I. С таким представлением соединялись и соответствующие юридические выводы. Монах терял все свое имущество, которое он не успел передать монастырю, в пользу наследников; он уже не мог наследовать ни по закону, ни по завещанию. Юридические сделки, совершенные монахом, признавались недействительными. Только в 1793 г. отказались во Франции признавать монашеские обеты с юридической стороны. Однако в Пруссии Земское уложение 1794 г. еще приравнивает пострижение в монашество к гражданской смерти. Только в XIX столетии, с отделением церкви от государства, пострижение, сохраняя свою каноническую силу, потеряло всякое юридическое значение. Современное законодательство западных стран не знает монахов как лиц, поставленных в особое юридическое положение.

В русском законодательстве, наоборот, мы должны признать, что пострижение в монашество сопровождается по идее утратою правоспособности. Правда, эта идея не выдерживается строго, но и в римском праве, где раб по идее был вещью, нельзя было выдержать последовательно принципа, потому что в действительности раб был человек. Соответственно этой идее прекращается брак, в котором состоял постригшийся, а монашествующему запрещается вовсе вступать в брак (ст. 2). Следует полагать, что с пострижением прекращается родительская власть. Монашествующим запрещается удерживать за собою имущество, приобретенное до вступления в это звание (т. IX, ст. 416). Поэтому имущество монаха, которым он не распорядился до вступления в монастырь, обращается к его законным наследникам (ст. 1223). С момента пострижения монахи не могут приобретать недвижимостей ни по договорам, ни по наследованию (т. IX, ст. 416, ст. 1068, п. 3, ст. 1109). Монахам запрещается торг всякими товарами, кроме продажи собственных изделий (т. IX, ст. 420), монахам запрещается быть поручителями и доверенными (т. IX, ст. 421), отдавать денежные капиталы под частные долговые обязательства (т. IX, ст. 423). Обобщая эти единичные постановления, мы должны признать, что сделки, совершаемые монахами, следует признать недействительными. Поступающий в монашество отрекается от имущества своего единожды навсегда, почему и не получает его обратно и тогда, когда бы впоследствии, сложив с себя монашеское звание, возвращен был в состояние гражданское (т. IX, ст. 418). Наш Сенат на основании исторического материала, относящегося к восточной церкви, также вынужден был признать юридические последствия идеи отречения от мира (97, 24).

Исключения из общего правила о потере монахом гражданской правоспособности на время пребывания в монашеском сане должны быть прямо указаны в законе. Так, закон постановляет, что монашествующим не запрещается вносить денежные их (!) капиталы в кредитные установления, не определяя при этом, откуда могут появиться эти капиталы (т. IX, ст. 422); монашествующим властям дозволяется делать завещания о движимом их (!) имуществе (ст. 1025).

3. По идее лишение всех прав состояния, приравниваемое к естественной смерти, должно влечь за собою потерю правоспособности. Такова была идея гражданской смерти (*mort civile*) по Кодексу Наполеона, которая продержалась во Франции до 1854 г. В настоящее время западные законодательства отказались уже от поражения всех прав, принадлежащих осужденному. Но в русском законодательстве, начиная с XVIII столетия, эта форма наказания крепко засела и даже Уголовное уложение 1903 г. не смогло отрешиться от нее. Лишение всех прав состояния еще недавно именовалось у нас гражданской смертью (Св. Зак., изд. 1876 г., ст. 533 зак. о судопр. по прест.), – устранение названия, однако, не изменило сущности наказания. [В отличие, однако, от гражданской смерти современное лишение всех прав не препятствует постепенному восстановлению гражданских прав в объеме и пределах, допускаемых пенитенциарными законами.]

Лишение всех прав состояния как последствие осуждения в каторжные работы или в ссылку на поселение влечет за собою потерю прежних прав семейственных и прав собственности (улож. о наказ., ст. 25 и 26). Потеря прав семейственных состоит в прекращении прав супружеских, за

исключением лишь случая, когда жена осужденного или муж осужденной добровольно последовали за своими супругами в место их ссылки; в прекращении власти родительской над детьми, прижитыми прежде осуждения, если дети осужденного не последовали за ним в место его ссылки или впоследствии оставили его (улож. о наказ., ст. 27). Вследствие потери прав собственности все прежнее имущество осужденного в каторжную работу или ссылку на поселение со дня обращения окончательного о том приговора к исполнению поступает к его законным наследникам, точно так же, как поступило бы оно вследствие естественной его смерти (улож. о наказ., ст. 28). Поэтому он не способен уже получить имущество по завещанию (ст. 1067, п. 4) или по законному наследованию (ст. 1107). Следовательно, прекращаются совершенно все отношения, которые были неразрывно связаны с личностью осужденного, как право пожизненного пользования, права и обязанности на алименты, договоры доверенности и личного найма. Лишенный всех прав состояния насильственно исторгается из всех тех юридических отношений, в которых он состоял активным или пассивным субъектом. Осужденный лишается своей прежней правоспособности. Как неспособный, он и недееспособен: от его имени запрещается писать и совершать всякие вообще акты об имуществе (ст. 770), он не может составлять завещаний (ст. 1019).

Но провести последовательно принцип потери правоспособности было не под силу ни французскому, ни русскому законодательству, потому что живого невозможно приравнять мертвому. Лишенным всех прав состояния, оторванным от своих прежних юридических связей и перенесенным в новую обстановку дозволяется, однако, при наличии известных условий "для поощрения их к трудолюбию, бережливости и оседлой жизни и для обеспечения пользы не участвовавших в преступлении жен и детей их" (уст. о ссыльных, изд. 1909 г., ст. 218) вновь приобретать права, покупать земли и дома, заключать договоры, вступать в брак. Следовательно, эти лица приобретают как бы новую правоспособность, не имеющую ничего общего с прежней, что более всего обнаруживается из установленного законом порядка наследования после ссыльного (уст. о ссыльных, ст. 222–226). Мало того, закон, забывая о лишении человека всех прав, говорит, что при отправлении по назначению ссыльного губернское правление делает распоряжение об отобрании принадлежащих ему (!) денег и ценных вещей, в чем и выдается ссылаемому квитанция (ст. 215).

§ 10. Акты гражданского состояния

I. Регистрация на Западе. Рождение, смерть и вступление в брак представляют собою факты чрезвычайной важности с точки зрения многочисленных юридических последствий, которые с ними связаны. Поэтому в интересах правового порядка необходимо возможно точное установление этих фактов. Доверие к точности и верности установленных фактов рождения, смерти, бракосочетания может быть основано на организации этого дела со стороны государственной власти, на авторитете лиц удостоверяющих.

Регистрация случаев рождения, смерти и брака введена была католическим духовенством в связи с требами, соответствующими этим случаям, – с крещением, погребением и венчанием. Духовенство побуждаемо было к записыванию времени рождения и родителей ребенка стремлением предупредить в своем приходе возможность браков, противных каноническим требованиям. При прочной связи населения с землею в прежнее время жизнь каждого человека протекала обыкновенно в пределах ограниченной местности. Человек женился и умирал там, где родился, где женились и умирали его родители и родственники. Поэтому регистрация духовенства достигала своей цели. К этому обстоятельству присоединялись и побочные соображения. За совершение треб духовные получали вознаграждение, а так как при бедности населения трудно было одновременно и вперед внести всю сумму, то долг для памяти записывался в связи с фактом, послужившим к тому основанием.

Государственная власть скоро сознала выгоду подобной регистрации и превратила (с XVI века) эти добровольные действия в обязанность духовенства, указав ему и правила, которых оно должно было держаться в этих случаях. Однако неудобство такого порядка сказалось со времени распространения протестантства. Протестанты не желали обращаться к католическому

духовенству за регистрацией рождений, смерти, браков, а их духовенство не было уполномочено на ведение записей. Печальные последствия особенно сказались во Франции со времени отмены Нантского эдикта. Французская революция секуляризовала регистрацию актов гражданского состояния. С 1792 г. эта задача возложена на гражданских муниципальных чиновников (*officiers de l'état civil*), которые удостоверяют означенные факты независимо от различия вероисповеданий. Того же порядка придерживается с 1875 г. Германия, где регистрацию ведут также чины гражданские (*Standesbeamte*, 99, 29), и Англия с 1874 г., перешедшая в этом году от факультативной регистрации к обязательной в отношении рождений и смерти (*Registrar*).

II. Регистрация в России для православных. С 1722 г. и в России засвидетельствование таких важных юридических фактов, как рождение, смерть и брак, возложено на приходское духовенство. Общего учреждения не существует, а для каждого вероисповедания регистрация производится его духовенством. Недостатки такой системы не замедлили обнаружиться, особенно в таком обширном государстве, как Россия, притом вмещающем в своих пределах всевозможные вероисповедания. Не везде можно найти представителей соответствующего духовенства. На больших пространствах восточной России, особенно в Сибири, можно не найти католического священника или протестантского пастора. Приходится долго ждать случая поездки в далекий город, где находится приход. Но чем больше протекает времени от происшедшего события до момента регистрирования, тем менее уверенности в точности записи. При некоторых условиях случай зарегистрировать может никогда не представиться, и лицо не по своей вине останется без метрического свидетельства на всю жизнь, что легко могло бы сделать его бродягой и повлечь самые жалкие последствия для невинного человека (улож. о наказ., ст. 950). [Выход в данном случае найден кассационной практикой и указан в реш. 00, 35, допускающем замену метрического свидетельства для лица, которое не в состоянии оно представить, копией судебного постановления о признании его рожденным от законного брака родителей в порядке ст. 1354–1356 уст. гр. суд.] Далее, по своему положению пастырей духовные лица менее всего подходят к выполнению столь формальных функций, как регистрация юридических фактов. Многочисленность сект в России ведет за собою уклонение со стороны приверженцев их от обращения к православному духовенству. При современной системе регистрации подлежат только рождение, брак и смерть, тогда как необходима регистрация и других фактов, как узаконение [об узаконении суд сообщает подлежащей духовной консистории для отметки в метрической книге о рождениях (уст. гражд. суд., ст. 14607)], усыновление, развод. В результате – масса юридических фактов, не удостоверенных надлежащим образом, а это обстоятельство отражается вредно не только на интересах частных лиц, но и самого государства, для которого весьма важно знать с точностью состав своего населения. Разнообразие метрических актов способно затруднить практику при определении их силы и подлинности. Только регистрация со стороны гражданской власти может ввести весьма желательную точность и единообразие в актах гражданского состояния.

Священнослужители и причетники каждого православного прихода ведут метрические или приходские книги, разделяемые на три части: 1) о рождающихся, 2) о бракосочетающихся и 3) об умерших (т. IX, изд. 1899 г.; Зак. о сост., ст. 859 и 860). Эти книги выдаются по одной на каждую церковь (а не порознь на каждого священника [за исключением Якутской области и Камчатской епархии, где книги выдаются на каждого священника, – прим. к ст. 862]) из духовных консисторий или духовных правлений, за шнуром, скрепою, т.е. подписью по листам и печатью, за подписью в конце книги одного из членов консистории (ст. 862 и 863). По истечении года священнослужители и причетники веденные ими метрические книги отсылают за общим подписанием в консисторию, где они хранятся в архивах, в безопасных от повреждения местах, за каждый год особо, с разделением по городам и уездам (ст. 868 и 869). Записи производятся самим священником или через диаконов и причетников. Юридические факты записываются в книги, говорит закон, не на память или с показания семейств(?), но немедленно по исправлении каждой требы, как-то: молитв при рождении и крещении младенца, венчания и погребения (ст. 864). Очевидно, что время рождения удостоверяется именно показанием семейств? [но при этом предъявляются, буде имеются, документы и опрашиваются восприемники и "бабка" или акушерка, принимавшая младенца]. Метрические свидетельства как акты гражданского состояния выдаются только из

консistorии (ст. 873); следовательно, этот документ можно получить лишь по отсылке книг в консисторию [практика духовных консисторий допускает выдачу консисторских метрических свидетельств и до отсылки книг, но по истребовании надлежащих сведений от причта, совершавшего запись]. Частные лица не лишаются права получить от священников с причтом немедленно по учинении записи о касающихся до них и членов их семейств случаях рождения или погребения метрические свидетельства, которые должны представлять собою выпись из приходских книг. Однако такие свидетельства, которые закон называет предохранительным документом, не заменяют консисторского свидетельства (см., однако, при узаконении детей 98, 32, вопр. 16). Чтобы получить силу последнего, необходимо представить его в консисторию на утверждение (ст. 878 и 879). Трудно понять, на чем основано недоверие к самому священнику и чем оно устраняется после отсылки книг в консисторию, которая не имеет никаких средств проверки обстоятельств дела и принуждена довольствоваться сведениями, доставленными ей причтом [если не считать предусмотренных ст. 871 полугодовой ревизии и свидетельства в верности и исправности книг со стороны благочинных].

III. Регистрация для инославных и иноверцев. Указанные правила относятся в равной мере и к актам состояния, удостоверяемым католическим духовенством (т. IX, ст. 881–889), [с тем, однако, что подлинные метрики хранятся в приходах, а в консистории отсылаются копии их (ст. 884) и что, сверх сего, копии метрик доставляются причтом и в губернские правления (ст. 888)]. Для лютеран установлено, что свидетельство, выдаваемое проповедником, имеет полную силу метрического, без утверждения его консисторией (т. IX, ст. 900 и 901). То же постановлено и для реформатов (т. XI, ч. 1, изд. 1896 г., уст. дух. иностр. исп., ст. 984, прим.). Относительно магометан действуют также правила, не сходные с установленными для православного и римско-католического вероисповедания. Ежегодно Оренбургское и Таврическое магометанские духовные правления рассылают через губернское начальство приходским имамам шнуrowые книги в двух экземплярах, причем для каждого рода юридических фактов даются особые книги, так что каждый приходский имам ведет три отдельные книги – для рождения, смерти и браков (т. IX, ст. 906). По окончании года второй экземпляр каждой из этих книг препровождается для хранения обратно в духовное правление. Выпись из приходских книг, выданная имамом или муллою, имеет силу метрического свидетельства (ср. т. IX, ст. 910). Евреям свидетельства выдаются раввинами или их помощниками, но силу метрических получают только по удостоверении городским общественным управлением, куда отсылаются по истечении года метрические книги для хранения (т. IX, ст. 916 и 919). Самые книги выдаются раввинам губернскими правлениями (ст. 914, для караимов т. IX, ст. 912, см. т. XI, ч. I, изд. 1896 г., уст. дух. иностр. исп., ст. 1285 и 1291). Акты, удостоверяющие гражданское состояние старообрядцев, согласно указу 17 октября 1906 г. [Сборник постановлений, изданных в порядке ст. 87 основн. закон., изд. Госуд. Канцелярии, 1913 г.], ведутся духовными лицами, настоятелями и наставниками старообрядческих общин (ст. 72 и 73). Книги, отдельные для каждого рода состояния, заготавливаются губернскими правлениями (ст. 75). Духовные лица, настоятели и наставники обязаны выдавать справки и свидетельства, равно предъявлять под своим наблюдением книги для обозрения должностным и частным лицам, имеющим в том надобность (ст. 88). Свидетельства удостоверяются советом общины или особыми доверенными лицами (ст. 90). Тем же указом установлен порядок ведения актов сектантами, не признающими духовных лиц. Книги таких сектантов ведутся в городах городскими управами, а в уездах – волостными правлениями (ст. 135). В законодательстве не имеется правил о порядке ведения метрических книг и о метрических свидетельствах [для лиц армянско-григорианского исповедания действуют правила, сходные с постановлениями, установленными для православного исповедания, – ср. п. 17 ст. 1141, ст. 1192 и 1193 уст. дух. иностр. исп., т. XI, ч. 1], аугсбургского (для Царства Польского, прод. т. XI, ч. 1, изд. 1896 г., ст. 899 и след.) вероисповеданий, для менонитов, ламаитов. Случаи смерти за границу удостоверяются консулом выдачею свидетельства (т. XI, ч. 2, уст. конс., ст. 72). О каждом новорожденном на судне русском консул по уведомлении капитана составляет протокол, значение которого остается совершенно невыясненным, и сообщает о том в Министерство иностранных дел.

IV. Значение актов. В законодательстве нашем не содержится постановлений о необходимости составления актов гражданского состояния. Конечно, брак не может быть

удостоверен надлежащим образом без акта, но обязанность крещения и погребения с соблюдением обрядов под угрозой уголовного наказания установлена только для христиан (улож. о наказ., ст. 2091 [ст. 2091 улож. о наказ. по прод. 1906 г. отменена]). Остается невыясненным, должны ли духовные лица довольствоваться сведениями, сообщаемыми им лицами, которые обращаются к ним с просьбой, или же они должны принимать меры к ознакомлению с обстоятельствами, требуется ли от них юридическая проверка удостоверяемых фактов и на каких вообще доказательствах должны они основывать свои удостоверения, например происхождения ребенка от таких-то лиц. Пробел весьма существенный.

Во всяком случае, рождение, смерть и брак требуют установленного удостоверения. Собственное показание частного лица не может быть принято доказательством возраста (ст. 216). Акты гражданского состояния не подлежат сомнению в подлинности, а допускают только спор о подлоге (уст. гражд. суд., ст. 543, однако ср. ст. 1355). За невозможностью получить метрическое свидетельство: а) по неимению метрических книг или б) при сомнительности обстоятельств, которые в них показаны, могут в доказательство рождения от законного брака быть принимаемы исповедные росписи, родословные, городские обывательские книги, формулярные списки и ревизские сказки, а в дополнение этих актов принимаются показания свидетелей, но не как самостоятельное доказательство (уст. гр. суд., ст. 1356 [ср. 12, 69]). В случае а) сомнений, возбуждаемых метрическими книгами относительно записанного в них брака, а равным образом б) если брак в них вовсе не записан, событие брака может быть доказываемо обыскою книгою, исповедными росписями, гражданскими документами, если из них видно, что именующиеся или именуемые супругами признавались таковыми в присутственных местах и бесспорно пользовались гражданскими правами и преимуществами, зависящими от законного супружества. Доказательством может служить, наконец, и следствие, заключающее в себе показания причта, который венчал брак, бывших при браке свидетелей и вообще знающих о достоверности события брака (ст. 35 и 36). Что касается смерти, то из правил об актах состояния, к числу которых относятся и акты о смерти, Сенат выводит заключение, что для удостоверения события смерти требуется письменная форма и потому замена письменного акта показаниями свидетелей представляется недопустимой, если только заинтересованное лицо не докажет невозможность доставить требуемый законом акт (09, 42).

IV. Проект гражданского уложения. Значительный порядок в регистрацию актов гражданского состояния вносит проект гражданского уложения. Исходя из того положения, что связь законов об актах состояния с законами сословными представляется лишь посредственною и второстепенною и что законы эти по существу и практическому значению принадлежат к законам гражданским, редакторы проекта прежде всего переносят их из IX т. в X, отдел семейственного права. Далее, не изменяя действующих постановлений по существу, редакционная комиссия вносит в регистрацию актов состояния точность и единообразие, постановляя в виде общего правила, что метрические книги ведутся духовными лицами как в отношении христиан, так и в отношении инославных исповеданий, полицейскими и волостными правлениями в отношении баптистов, "иных сектантов" и язычников (ст. 586), предусматривая тем самым и меннонитов, и ламаитов. Для каждого рода актов состояния ведутся отдельные книги в двух экземплярах (один для хранения в месте ведения, другой – в консистории), уравненные в своем значении, и любое из установлений, в котором хранятся книги, вправе и обязано выдавать равнозначащие метрические свидетельства (ст. 587, 595). Все изменения в состоянии лица, внесенного в книгу, узаконение, усыновление, развод вносятся в метрики дополнительно по сообщениям духовного или светского суда (ст. 592), а исправления ошибок производятся в порядке охранительного судопроизводства по просьбе заинтересованных (ст. 622). Крупным нововведением является ст. 595, объявляющая метрические записи для всех открытыми, публичными и обязывающая духовные установления предъявлять их для обозрения должностным и частным лицам, имеющим в том надобность].

§ 11. Влияние различных обстоятельств на дееспособность

Литература: Мейер, Русское гражданское право, стр. 6–83; Дювернуа, Чтения по русскому гражданскому праву, I, стр. 298–372; Анненков, Система гражданского права, I, стр. 202–232;

Георгиевский, Признание гражданской неспособности по причине безумия, сумасшествия, глухонемоты и немоты (Ж. М. Ю., 1903, N 1); Жид, Гражданское положение женщины с древнейших времен, 1902; Синайский, Личное и имущественное положение замужней женщины, 1910; Слонимский, Гражданское право и психиатрия (Суд. журн., 1873, N 6); Исаченко, Лица в договоре (Юр. вестник, 1883, N 6–7).

I. Возраст. Физическая и психическая зрелость человека наступает нескоро после рождения, и это обстоятельство не может не быть принято во внимание законом. Для уяснения себе отношения к согражданам, для понимания каждого совершаемого акта, для оценки выгоды и ответственности, соединяемых с каждою сделкою, необходимо достижение умственной зрелости и приобретение некоторого житейского опыта. Поэтому ни одно законодательство не допускает дееспособности для малолетних из опасения, что, пользуясь ею, они только повредят собственным интересам. Однако определение зрелости в каждом отдельном случае по примеру древнего римского права представило бы значительные затруднения и грозило бы злоупотреблениями со стороны близких и заинтересованных лиц, показания которых были бы самые важные. Поэтому теперь общепринят другой способ определения зрелости и способности к совершению юридических сделок. Закон, устанавливая один возраст (большую частью 21 год), соединяет с ним предположение о наступившей зрелости.

Имея свои преимущества, такой порядок не чужд и недостатков, соединяемых обыкновенно с подведением всех случаев под одну норму. Возможно, что лицо достигнет зрелости ранее законного срока, и тогда для него было бы тяжело находиться под излишней опекой; возможно, наоборот, что лицо останется умственно неразвитым и по достижении срока, и тогда было бы опасно оставить его без руководителя. Неудобство первого рода избегается во французском законодательстве при помощи так называемой эмансипации, т.е. признания несовершеннолетнего, начиная с 15 (родителями) или 18 лет (за отсутствием родителей, семейным советом), до срока способным стать в положение, сходное с положением нашего несовершеннолетнего. Всякие сделки, вытекающие из цели управления (*pure administration*), могут быть совершаемы эмансипированным самостоятельно, для всех прочих необходимо согласие попечителя. Эта система, применяемая во Франции чаще всего к случаям наследования торгового предприятия, устанавливает постепенный переход от недееспособности к дееспособности. Напротив, по новому германскому уложению, дети до 7 лет совершенно недееспособны, а с 7 до 21 года несовершеннолетние сами заключают сделки, но с согласия попечителя; только для сделок, клонящихся исключительно к их выгоде, например для принятия дара, не требуется и этого согласия (§ 104, п. 1 и § 107). С достижением 18 лет несовершеннолетний может быть объявлен совершеннолетним и тем сразу стать в юридическое положение совершеннолетнего (§ 3). Здесь переход резкий.

В древнем русском праве мы не находим срока, с которого лицо признавалось совершеннолетним. Вероятно, зрелость определялась в каждом отдельном случае. Более всего сохранилось указаний на 15-летний возраст как такой, который допускает свободу самостоятельной деятельности. Так, в Патерике Печерском находится рассказ, как некий муж Иоанн оставил, умирая, своего сына 5 лет другу своему Сергию с тем, чтобы тот, когда сын возрастет, отдал ему золото и серебро; и сын, достигнув 15 лет, потребовал выдачи ему отцовского имущества. В московский период этот срок повторяется довольно часто: дети служилых людей с достижением 15 лет верстались поместьями; по Судебнику 1550 г. девицы владели данными им на прожиток поместьями только до 15 лет; по Уложению Алексея Михайловича кабала, данная лицом, не достигшим 15 лет, признавалась недействительною. По указу 1723 г. дворянам повелено, оставя науку, поступать 15 лет на службу. В 1785 г. Екатерина II установила определенно возраст совершеннолетия в 21 год, что сохранилось и поныне.

Право на полное распоряжение имуществом и свобода вступать в обязательства приобретаются не прежде как по достижении 21 года от рождения (ст. 221). Наше законодательство не знает эмансипации, но взамен того оно устанавливает постепенное расширение дееспособности. В этом отношении существует недостаточно выдержанное (ст. 213, прим.) различие между малолетними (до 17 лет) и несовершеннолетними (до 21 года). Малолетний не может ни управлять непосредственно своим имением, ни распоряжаться им, ни

отчуждать его по каким бы то ни было укреплениям, а следовательно, и уполномочивать на то от себя других (ст. 217). Таким образом, малолетний совершенно лишен возможности совершать юридические сделки: во всех делах [за исключением распоряжения вкладом, внесенным в государственную сберегательную кассу], его заменяет опекун, который сам совершает сделки от имени малолетнего.

Однако сделки, заключенные малолетним, нельзя считать безусловно недействительными. Так как ограничение дееспособности установлено в интересе малолетних, то только с их стороны или со стороны опеки возможно опровержение силы заключенной сделки. Контрагенты же малолетнего не могут освободиться от обязательства ссылкой на недееспособность другой стороны. Для опровержения сделки, заключенной малолетним, нет необходимости доказывать невыгоду ее для его интересов.

С достижением 14 лет малолетний у нас, как и в Англии, может просить о смене опекуна и назначении ему другого лица в качестве попечителя, но на положении опекуна (ст. 219), причем опека не обязана непременно назначить то лицо, на которое указывает малолетний, даже устранять прежнего. С этим же возрастом соединяются и иные случаи, когда воля малолетнего принимается в соображение при установлении юридических отношений. При ссылке родителей по приговору уголовного суда дети старше 14 лет по собственному желанию следуют за ними или нет (уст. о ссыльных, ст. 195); для усыновления 14-летнего требуется его согласие (ст. 149); [по достижении 14 лет малолетний признается способным к судебному свидетельству под присягой (ст. 372 уст. гр. суд.)]. Но вне этих случаев права малолетнего по достижении им 14 лет не увеличиваются, и всякое даваемое с его стороны согласие на какой-либо акт считается по-прежнему ничтожным (ст. 219). Сверх того, малолетние и несовершеннолетние независимо от возраста, если внесли сами на свое имя вклад в государственную сберегательную кассу, распоряжаются им без участия опекуна (ст. 268, прим. 1 по прод. 1906).

Большую трудность представляет определение объема дееспособности несовершеннолетнего ввиду неясности и противоречий в постановлениях закона. Достигший 17-летнего возраста вступает в "управление имением", но делать долги, давать письменные обязательства и "совершать акты и сделки какого-либо рода", а равно и распоряжаться капиталами, где-либо в обращении находящимися, или получать таковые обратно из кредитных установлений может не иначе как с согласия и за подписью своих попечителей, без чего никакие выданные им обязательства не могут считаться действительными (ст. 220). Очевидно, что с 17 лет лицо приобретает способность совершать само юридические сделки, но только с одобрения попечителя. Сделка, заключенная попечителем самостоятельно, помимо несовершеннолетнего, должна быть признана недействительной (76, 488). Притом это одобрение должно быть даваемо по поводу каждой сделки, а не в виде общего разрешения, потому что это не согласовалось бы с задачей попечительства, состоящею в определении, соответствует ли сделка интересам несовершеннолетнего или нет (72, 1092). Поэтому согласие попечителя должно быть выражено или на самом обязательстве несовершеннолетнего, или в особом акте, но так, чтобы не было сомнения, что разрешение дано на совершение именно данной сделки (75, 981). Так как попечитель призван соблюдать интересы несовершеннолетнего, то сделка, заключенная последним в пользу попечителя, должна быть признана недействительной (74, 314), сделка же несовершеннолетнего, совершенная с согласия попечителя в пользу жены последнего, если не установлено, что, давая согласие, попечитель сознательно и злонамеренно действовал во вред интересам несовершеннолетнего, действительна (12, 104).

Наиболее трудным представляется определение того круга сделок, которые несовершеннолетний вправе совершить самостоятельно, не испрашивая согласия попечителя. С одной стороны, закон предоставляет ему управление имением, с другой – запрещает свершение сделок какого-либо рода, что, очевидно, находится в противоречии. Наша практика склонялась к тому, чтобы устранить несовершеннолетнего от актов, направленных к отчуждению и обременению недвижимости, к совершению кредитных сделок. Напротив, ему разрешалось продавать движимость, приобретать ее на наличные деньги, получать проценты с капитала, отдавать дом внаем, искать и отвечать на суде. Но такое расширение дееспособности не согласуется с выражением закона и с целью попечительства. При значении движимости, какое она

имеет в настоящее время, отчуждение ее не может быть предоставлено самому несовершеннолетнему. Это значило бы дать ему право продавать и закладывать ценные бумаги, как ни велика была бы их стоимость, распродать все домашнее серебро, запродать на много лет вперед урожаи, продать весь лес на сруб. Очевидно, что все эти сделки не соответствуют представлению об управлении имением. Практика еще иначе пыталась провести границу между дозволенным и запрещенным для несовершеннолетнего: не со стороны объекта сделки, а со стороны ее формы. С этой точки зрения несовершеннолетний признается недееспособным лишь для заключения сделок, требующих письменной формы. Но с таким взглядом нельзя согласиться ввиду того, что по нашему законодательству форма сделки не зависит ни от ценности, ни от важности акта, а продажа всякой движимости, составляя совершение сделки, может быть приведена словесно. Такой вывод также противоречит цели ограничения дееспособности по началу несовершеннолетия.

Признавая неправильною вообще попытку перечислить разрешаемые несовершеннолетнему сделки, мы должны, напротив, обращать внимание на каждую сделку в отдельности и определять, не выходит ли она из пределов управления, вызывается ли она задачами управления. Только при соответствии данной сделки с целью управления можно признать за нею юридическую силу. Так, например, несовершеннолетний, которому достался дом, может производить ежегодный ремонт, но не капитальный, может сдавать квартиры или целый дом по договору найма, нанимать дворника и прислугу; несовершеннолетний обладатель имения может продавать продукты поля, сада, леса, огорода, покупать необходимые машины, инструменты, нанимать рабочих, но не управляющего, продавать лес, насколько частная вырубка не угрожает неприкосновенности леса как целого. Всякая сделка, которая не вызывается задачами управления, должна быть признана недействительною независимо от ее наименования или объекта. На эту точку зрения в последнее время встал и Сенат, хотя и с оговоркой, способной подорвать все значение самого принципа. Сенат пришел к заключению, что все сделки и акты, заключенные несовершеннолетним по имению, не выходящие за пределы управления имением, должны быть признаваемы действительными, а потому, в частности, несовершеннолетний вправе отдавать имение по письменным договорам в аренду без согласия на то попечителя, и такие договоры признаются действительными, "если только они не вредят несовершеннолетнему своей убыточностью" (09, 117).

Так как процессуальная дееспособность обуславливается материальною, то необходимо признать, что несовершеннолетний вправе предъявлять иски и отвечать по предъявленным к нему без участия попечителя лишь тогда, когда основанием иска служит сделка, вызванная задачами управления, хотя закон наш как будто имел в виду лишить несовершеннолетнего всякой процессуальной самостоятельности (уст. гр. суд., ст. 19). В действительности же указанная статья лишает процессуальной самостоятельности несовершеннолетних, состоящих под опекой, а не попечительством; достигшие же 17-летнего возраста, по разъяснениям Сената, вправе искать и отвечать на суде (76, 203, 361; 79, 118, 279 и др.).

Последствием сделки, заключенной несовершеннолетним вопреки закону, будет недействительность ее (ст. 222). На основании такой сделки не может быть предъявлен иск даже по достижении совершеннолетия, и если бы это лицо само пожелало исполнить обязательство, то такое исполнение может встретить препятствие со стороны кредиторов (при несостоятельности). Однако недействительность сделки, заключенной несовершеннолетним без согласия попечителя, не будет безусловной; сделка только опровержима и, конечно, только тем лицом, чьи интересы имел в виду охранить законодатель. Контрагент несовершеннолетнего не имеет никакого права ссылаться на недействительность сделки. В громадном большинстве случаев со стороны несовершеннолетнего вопрос о недействительности заключенной им сделки возбудится только тогда, когда сделка окажется для него вредною. Но из этого нельзя выводить, будто только при этом условии возможно опровержение сделки и что на опровергающем сделку лежит обязанность доказать не только возраст одного из контрагентов, но и невыгодность заключенной им сделки.

Недействительность сделки, заключенной несовершеннолетним без согласия опекуна, не должна вести к обогащению ни той ни другой стороны. Все, что на основании ее получено другим контрагентом от несовершеннолетнего, должно быть возвращено. Основанием иска будет не

сделка, а несогласное с законом обогащение одного лица на счет другого. На том же основании все то, что получил несовершеннолетний в силу недействительной сделки от другого контрагента, должно быть возвращено последнему, но только тогда и настолько, когда и насколько оно находится налицо в имуществе несовершеннолетнего, – купленная лошадь, заказанная одежда и т.п., вообще, если полученную несовершеннолетним вещь можно выделить из имущества его без ущерба для целостности имущества. Если же полученные вещи не находятся более в составе его имущества, то взыскание не может быть направлено на последнее, иначе это было бы нарушением цели и смысла законного запрещения. В самом деле, представим себе случай займа, сделанного несовершеннолетним с целью кутежа: если кредитору предоставить право взыскать данные деньги с имущества несовершеннолетнего, то это будет равносильно признанию действительности сделки, не говоря уже о пренебрежении самой защиты интересов опекаемого.

Кроме упомянутых общих сроков совершеннолетия существуют еще специальные для некоторых гражданских актов, которые будут указаны в соответственных местах. Женитьба или замужество до 21 года не имеют у нас никакого влияния на дееспособность; напротив, во Франции или Швейцарии (§ 14) эти факты ставят несовершеннолетнего в положение эмансипированного.

[Проект гражданского уложения существенно изменяет действующие постановления о несовершеннолетних (ст. 392 и след.). Он уничтожает возрастные периоды, лишает малолетнего права испрашивать себе попечителя и полагает несовершеннолетие как один период состояния под опекой до достижения 21 года. Представительство за несовершеннолетних принадлежит, по проекту, отцу или матери в силу родительской власти, и лишь за их отсутствием или устранением – назначенному опекуну. Родители или опекун управляют имуществом несовершеннолетнего и представляют его на суде или вне суда, в отношении личных и имущественных прав, но несовершеннолетний может и без участия опеки приобретать имущество, не налагающее на него обязательств, заключать договоры личного найма, если получил общее разрешение от опекуна, распоряжаться предоставленным в его личное распоряжение имуществом, заключать по достижении брачного возраста договоры, касающиеся обыкновенных потребностей жизни, искать и отвечать в отношении перечисленных прав на суде и, наконец, эмансипироваться с согласия опекуна и по постановлению опекунского установления, но с тем, чтобы не злоупотреблял предоставленной ему правоспособностью.]

II. Пол. Древнее римское право лишало женщину дееспособности ввиду ее природного легкомыслия (*propter animi levitatem*). Германцы внесли идею покровительства женщине со стороны более сильного мужчины, вследствие чего женщина оказывалась всегда под опекою, сначала отца или братьев, потом мужа. Эта идея согласовалась с воинственным типом средневекового общества. По мере внесения мира и порядка в жизнь европейских народов идея покровительства все более теряла почву. Тогда в оправдание ограниченной дееспособности женщины был выдвинут новый мотив. Исторически, говорят, выработались типы – женщины как хозяйки дома и мужчины как добывателя вне дома средств существования семьи. Поэтому только мужчине приходится вступать в сделки и по той же причине неосторожно позволять непривычной к обороту и неопытной в делах женщине совершать самостоятельно юридические акты, тем более что ввиду общности имущества между супругами неосторожность жены отражается на муже. Эти соображения еще и сейчас поддерживаются, – так, Дербург утверждает, что "мужчине свойственна общественная жизнь, призвание женщины – дом". Однако одно обстоятельство подрывает значение соображений, выдвигаемых в пользу ограничения дееспособности женщины. По законодательствам женщина ограничивается в дееспособности только тогда, когда она замужем; до замужества и по окончании брака смертью мужа или разводом женщина пользуется тем же юридическим положением, что и мужчина. Отсюда обнаруживается, что основание ограничения дееспособности женщины следует видеть не в ее поле, а в подчиненности мужу, что ограничения установлены в интересах не жены, а мужа. Но экономические условия настоящего времени помимо идеи равноправия все более выдвигают женщину, хотя бы и замужнюю, на самостоятельное юридическое положение. Это приводит, с одной стороны, к ослаблению супружеской власти, а с другой – к уравнению женщины с мужчиной в гражданской дееспособности.

До сих пор во Франции замужняя женщина приравнивается детям и сумасшедшим (§ 1124). Кодекс 1804 г. сделал ее совершенно недееспособной, за некоторыми исключениями. Без согласия мужа жена не может вступать ни в какие договоры, получать что-либо, хотя бы по дарственному акту, ни предъявлять иска, ни вступать в ответ* по предъявленному к ней. Примеру Франции следовали другие романские законодательства Италии, Испании, Португалии. Англия впервые на Западе отрешилась от исторической точки зрения. От полного отрицания за замужнюю женщину дееспособности английское законодательство с 1883 г. резко перешло к признанию за ней полной дееспособности; отныне она свободно приобретает, отчуждает при помощи юридических актов, обязывается по договорам, выступает на суде, не спрашивая разрешения своего мужа. Германское уложение 1896 г. пошло по тому же пути уравнивания (§ 1399). Это общее движение не могло не отразиться на Франции, которая законом 13 июля 1907 г. признала за женою право самостоятельного распоряжения средствами, добытыми собственным трудом.

В имущественном отношении женщина поставлена давно в России лучше, чем в западных государствах. Все равно, замужем она или нет, русская женщина пользуется такою же гражданской дееспособностью, как и мужчина. Исключения из этого положения незначительны и находят себе некоторое объяснение в столкновении последствий сделок с идеей неразрывного совместного сожительства супругов. а) Замужняя женщина не вправе без согласия мужа обязываться по векселю (уст. векс., ст. 2), потому что в прежнее время неисполнение по вексельному обязательству влекло за собою тюремное заключение. [Закон 12 марта 1914 г. о некоторых изменениях в правах замужних женщин (отд. III) уничтожает это ограничение, постановляя: "Замужние женщины могут давать на себя векселя, а равно принимать по оным ответственность и без согласия своих мужей, хотя бы они не производили торговли от собственного своего имени" (собр. узак. и расп. прав., 1914 г., N 76)] б) Замужняя женщина не вправе без согласия мужа вступать в договор личного найма (ст. 2202) [только при совместном жительстве с мужем (закон 12 марта 1914 г., отд. II, ст. 2)], потому что личный наем может соединяться с отношениями, несогласными с правами мужа и с удалением от места жительства мужа. Нет никакого основания ограничивать понятие личного найма в данном случае наймом в личное услужение (прислуги), как это делает наша практика. Всякий договор личного найма может оказаться несовместимым с правом личной власти мужа, следовательно, сюда подходят случаи поступления на сцену по контракту с антрепренером, найма в гувернантки, конторщицы и т.п. Закон не указывает, чтобы договор найма, заключенный женою без согласия мужа, был недействителен. Поэтому следует признать, что муж может только прекратить дальнейшее отношение. Так как это право мужа вытекает из его права личной власти, то за ним всегда сохраняется возможность разрушения договора, несмотря на отдельный вид, данный им жене (71, 504), или даже на выраженное согласие; в последнем случае он отвечает за имущественный ущерб, причиненный контрагенту жены. Только относительно найма на фабричные и на сельские работы закон постановляет, что жена может вступить в договор без согласия мужа, если последний выдал ей отдельный вид на жительство (т. XI, ч. 2 уст. пром., ст. 90; т. XII, ч. 2 пол. найма сельск. раб., изд. 1906 г., ст. 10). [Сопоставляя указанные статьи с законом 12 марта 1914 г. (отд. IV, ст. 1): "Замужние женщины, независимо от возраста их, имеют право получать отдельные виды на жительство, не испрашивая на то согласия своих мужей", следует заключить, что ныне замужним женщинам предоставляется независимое от мужа право наниматься на фабричные и сельские работы и тем самым существенно ограничивается право личной власти мужа вообще. Что же касается замужних женщин, проживающих отдельно от мужей, то новый закон положительно разрешает им как наниматься на работы, так и поступать на частную, общественную и правительственную службу без испрошения согласия мужей (отд. I, ст. 1)].

III. Здоровье. Признавая за каждым лицом право вступать в юридические отношения, закон рассчитывает на нормальное состояние физических и умственных способностей. Болезненное состояние здоровья лица, делающее его не способным к тем именно сделкам, в которые оно вступает, и особенно психическое расстройство или недоразвитость, препятствующие уяснить себе значение совершаемых актов, являются основаниями для ограничения дееспособности. Так, половое бессилие составляет препятствие к совершению брака (ст. 45, п. 1, ст. 48, 49), заразительная болезнь женщины мешает ей наниматься в кормилицы или няньки под угрозю

уголовного наказания (улож. о наказ., ст. 855); слепой не может быть свидетелем у нотариуса (нот. пол., ст. 87, п. 1). Особенное внимание обращает наше законодательство на душевнобольных и глухонемых.

1. Ненормальное состояние умственных способностей составляет препятствие для некоторых сделок, хотя бы душевная болезнь и не была установлена официальным порядком. Признаются недействительными брак, совершенный в сумасшествии одного или обоих супругов (ст. 37, п.1), и духовные завещания, составленные не в здравом уме и твердой памяти (ст. 1017). Но для признания недействительности всех вообще юридических сделок, совершаемых душевнобольными как лицами недееспособными, необходимо удостоверение такого состояния их в установленном порядке. По требованию родственников, опекунов, попечителей или наследников (ст. 367, прим.) или по собственной инициативе губернатора, который получил достоверные сведения, что эти лица опасны в общежитии или по крайней мере не могут управлять имением (т. II, изд. 1892 г., ст. 337), производится во врачебном отделении губернского правления освидетельствование предполагаемого больного (ст. 372). Если присутствие признает действительность помешательства, то протокол с вопросами и ответами препровождается в судебный департамент Сената. С момента признания Сенатом (или губернским правлением, когда свидетельствуемый – крестьянин) наступает по закону ограничение дееспособности душевнобольного, о чем доводится до общего сведения посредством публикации в Сенатских Объявлениях (ст. 3741). Опека, говорит закон, не налагается в момент признания присутствием сумасшествия, но принимаются губернским начальством меры к охранению имущества больного (ст. 374). Неясным представляется, какие административные меры могут быть принимаемы в тот довольно продолжительный промежуток времени, который пройдет между постановлением присутствия и утверждением постановления со стороны Сената, и какова будет сила сделок, заключенных душевнобольным в это время при недостаточности административного надзора. Очевидно, доказывать ненормальное состояние в момент совершения сделки для опровержения ее нет необходимости, потому что оно только что признано в официальном порядке. Следовательно, вопреки словам закона, ограничение дееспособности фактически наступает со времени признания лица душевнобольным во врачебном отделении.

Признание человека душевнобольным в установленном порядке создает законное предположение его недееспособности, не допускающее опровержения, и влечет за собой учреждение над ними опеки. Опека над душевнобольными приравнивается к опеке над малолетними (ст. 377). Следовательно, душевнобольные, если бы они даже оставались на свободе, лишены совершенно дееспособности. За них заключают сделки опекуны. Поэтому недействительны составленные ими завещания (ст. 1017, п. 1), совершенная ими продажа (ст. 1383), залог (ст. 1627) и по аналогии все остальные сделки. Они лишены и процессуальной дееспособности (уст. гр. суд., ст. 19). Заключенная самим душевнобольным сделка может быть опровергнута опекою, но не контрагентом душевнобольного. Ограниченная вследствие душевной болезни дееспособность может быть восстановлена только по удостоверении, что больной выздоровел, в том же самом порядке, какой определен для признания его больным.

2. Относительно глухонемых возникает естественное предположение, что в силу своих природных недостатков они не в состоянии достичь той зрелости, приобрести тот опыт, которые необходимы для понимания значения совершаемых юридических актов. До 21 года немые и глухонемые находятся под опекою на общем основании (ст. 381), с тою только разницей, что для них нет расширения дееспособности по достижении 17 лет; следовательно, они находятся на положении малолетних вплоть до совершеннолетия. По достижении этого возраста им производится освидетельствование тем же порядком, какой установлен для душевнобольных. Если окажется, что свидетельствуемый может свободно изъяснять свои мысли и изъяслять свою волю, то предоставляется ему право управлять и распоряжаться своим имуществом наравне с прочими совершеннолетними, хотя Сенат ввиду опасности полной свободы для имущества глухонемых может, но не обязан назначать к ним попечителей или поставить их таким образом навсегда в положение несовершеннолетних. Если освидетельствование приведет к обратному заключению, то глухонемые и немые продолжают до конца жизни оставаться под опекою на положении малолетних (ст. 381). "Отсюда следует, что, тогда как, по общему правилу, всякий,

достигший совершеннолетия, предполагается уже, в силу самого закона, дееспособным до тех пор, пока не будет ограничен (напр., вследствие душевной болезни), относительно глухонемых действует обратное предположение: и по достижении совершеннолетия они продолжают считаться недееспособными до тех пор, пока, по освидетельствовании, не будет признана за ними дееспособность" (83, 51). От этого совершенно правильного взгляда Сенат позднее отступил (96, 44), признав, что сделки глухонемых, хотя бы и не освидетельствованных в способности изъявлять волю, будут действительны, если обнаружится фактически полное сознание ими совершенного. Такое толкование не согласно со смыслом ни ст. 381, ни ст. 76, прил. к ст. 708 [ныне ст. 107, 110 и 111 нот. пол.], ни ст. 2, прил. к ст. 694, по которым глухонемой приравнивается к малолетним и лишенным рассудка. Поэтому следует придерживаться первого взгляда Сената. Освидетельствование глухонемого может иметь своим последствием: 1) или признание его по способности к изъявлению воли вполне дееспособным, 2) или, если это будет опасным для него, то приравнение его к несовершеннолетнему с назначением ему попечителя, 3) или, наконец, при обнаруженной неспособности изъявлять свои мысли и изъявлять свою волю, – приравнение к малолетнему с назначением ему опекуна. Совершенные самим глухонемым сделки подлежат опровержению только с его стороны, так как ограничение дееспособности установлено исключительно в интересе больных.

IV. Расстройство имущества. К ограничению дееспособности приводит иногда расстройство имущества, а именно при расточительности и несостоятельности. Германское уложение вводит новый вид ограничения – вследствие пьянства (§ 6, п. 3). В том же направлении пошло швейцарское право (§ 370). Нашему законодательству последняя форма неизвестна, если только она не сливается с расточительностью, [но проект гражданского уложения привычное пьянство объявляет основанием неправоеспособности, а привычного пьяницу приравнивает к несовершеннолетнему и находит целесообразным учредить над ним опеку (ст. 7, 409 и 544)].

1. Основания, почему ограничивается дееспособность расточителей, могут быть различны. Можно предположить, что расточительность нередко обусловливается ненормальным состоянием умственных способностей, – такова была точка зрения римского права. Можно допустить необходимость охранения интересов семьи, зависящей материально от главы дома, – такова точка зрения германского права, которое признает расточителем того, кто подвергает себя или свое семейство опасности впасть в состояние крайней нужды. Можно, с общественной точки зрения, опасаться, что дети, воспитанные родителями в роскоши и лишенные теми же родителями средств к дальнейшему поддержанию усвоенного образа жизни, будут невольно натолкнуты на незаконные способы добывания денег. Но трудно согласиться с тем соображением, что правительство всегда является опекуном над взрослыми гражданами и по мотивам чисто нравственным должно удерживать их от разорения. Такая опека не согласуется с современным общественным строем, лежит вне фактической возможности и противоречит той свободе распоряжения, которая составляет основное начало гражданских прав. Между тем наше законодательство принимает именно последнее основание для ограничения дееспособности расточителей – "предупреждение и пресечение роскоши безмерной и разорительной, обуздание излишества, беспутства и мотовства" (уст. пред. прест., ст. 150). Не соответствует всему складу современного государства и та идея опеки над расточителями, которая выдвинута нашим проектом: "...обеднение не только известного класса людей, но и отдельных лиц не в интересах государства". [При практическом осуществлении эта идея, или скорее постулат гражданской политики, поставлена в проекте приблизительно в рамки германского права.]

Также трудным является установление самого факта расточительности. Следует ли под расточительностью понимать то, что человек расходует свыше своих доходов? Но в этих условиях живет весьма много лиц, относительно которых вопрос и не возбуждается. Наоборот, расходуя в пределах получаемых доходов, человек рискует быть признанным расточителем. Кажется, самым правильным критерием может служить бесцельность трат безотносительно к доходности.

В отношении последствий, связанных с признанием лица расточительным, различаются системы французская и германская. По первой системе расточитель не лишается дееспособности, не ставится под опеку, но получает лишь советника (*conseil judiciaire*) в роли попечителя, без разрешения которого не может совершать займа, получать капиталы, продавать и закладывать

недвижимости, выступать в суде (§ 513). Напротив, по германской системе расточитель отдается под опеку и приравнивается по своей дееспособности к несовершеннолетнему, достигшему 7 лет (§ 114). Русское законодательство примыкает ко второй системе.

Ограничение дееспособности наступает только после признания в установленном порядке лица расточителем. Последствием признания лица расточителем является лишение его гражданской дееспособности в сфере имущественных отношений наравне с малолетними; способности же вступать в чисто личные юридические отношения, не угрожающие целостности его имущества, расточитель не может быть лишен, например, права заключить брак, усыновить, узаконить, поступить на службу, принимать на себя обязанности по договору личного займа, принимать на себя доверенности. Над имуществом расточителя учреждается опека, которая производит все распоряжения, касающиеся до его мнения, управляет всеми его делами, выполняет все его обязательства. Расточители же вовсе отстраняются от права на продажу или залог своего имущества и на заключение всякого рода обязательств (уст. пред. прест., ст. 152). Опека выдает ему только доходы с имущества или часть их, если необходимо еще обеспечить положение семьи. С таким ограничением дееспособности не вполне согласуется постановление устава гражданского судопроизводства (ст. 20), в силу которого лица, состоящие под опекою за расточительность, не лишаются права искать и отвечать на суде, но обязаны уведомлять о каждом возникшем деле надлежащее опекуновое учреждение. Сенат, который прежде отрицал за опекуном над расточителем право искать и отвечать на суде по имущественным делам расточителя без уполномочия со стороны последнего (73, 801), позднее пришел к противоположному заключению (90, 66). Решение это приводит к невозможным последствиям. Распоряжение одним и тем же имуществом присваивается двум отдельным лицам, из которых каждый может выступить истцом и ответчиком. Чем и как устранить возможное и вероятное противоречие их действий? В действительности право судебного представительства, несомненно, принадлежит только опекунам, так как процессуальная дееспособность обуславливается дееспособностью материальной. Единственный исход в этом противоречии может быть найден, если признать, что ст. 20 имеет в виду круг тех отношений (личных), для которых расточитель сохраняет свою дееспособность. [Дальнейшее развитие практики выразилось в том, что вопрос об объеме прав опекунов над расточителями стал решаться на основании постановлений об опеке над малолетними (04, 80). Право их самостоятельно искать и отвечать на суде подтверждено недавно Сенатом; на случай же коллизии процессуальных действий или "несогласности действий опекуна и расточителя при совместном участии в процессе" указывается, что суд должен отдавать предпочтение действиям опекуна, соответствующим ст. 282 1 ч. X т., и устранять несогласные с ними действия расточителя (12, 5). В следующем решении (12, 92) Сенат по поводу коллизии материальных интересов расточителя и опекуна (ответчика) подчеркивает роль опекуновского учреждения: расточитель обязан о каждом возникшем деле уведомлять его, и если это не сделано, то суд обязан *ex officio* "отказаться от рассмотрения такого дела". "Хотя при наличии уведомления расточитель и вправе самостоятельно вести свое дело", но тем не менее в силе остается правило, что для совершения целого ряда процессуальных действий, перечисленных в ст. 20 уст. гр. суд., требуется согласие опекуна в виде особого дозволения].

Закон, указывая порядок и основания учреждения над [дворянами] опеки за расточительность, допускает возможность восстановления [для них] дееспособности вследствие совершенного и доказанного исправления, подвергнутого опеке (уст. пред. прест., ст. 150, прил. 1, ст. 6). Но легче удостоверить расточительность, чем исправление от мотовства, особенно когда расточитель лишен был имущественных средств и не мог обнаружить хозяйственного благоразумия. Поэтому-то учреждение опеки за расточительность в действительности, можно сказать, бесповоротно.

2. Другой случай, когда имущественное расстройство влечет ограничение дееспособности, – это несостоятельность. Такое ограничение может быть вызвано опасением, как бы несостоятельное лицо не увеличило своих долгов, не запутало еще более и без того расстроенные дела. Для ликвидации его дел и для возможно равномерного удовлетворения всех кредиторов у несостоятельного отнимается управление и распоряжение его имуществом и передается конкурсному управлению, которое за него предьявляет иски и отвечает на суде (уст. суд. торг., ст.

459; уст. гр. суд., ст. 21). Опасность новых сделок со стороны несостоятельного для имущества его, собранного в конкурсную массу, могла бы быть устранена постановлением, в силу которого исполнение по таким сделками не обращается на конкурсную массу, а только на имущество, оказавшееся у несостоятельного должника после окончания конкурсного производства. Так именно поступают законодательства французское и германское. Но наше законодательство иным путем достигает указанной цели обеспечения интересов кредиторов: оно признает сделки, заключенные несостоятельным должником, недействительными (т. X, ч. 1, изд. 1887 г., ст. 708, прил. 1, ст. 55). Банкротский устав 1800 г., из которого извлечена ст. 55 (по изд. 1900 г., т. X, ч. 1, ст. 770), предписывал все акты, совершенные от лица несостоятельного, "ставить в ничто", т.е. объявлять ничтожными. Однако Сенат стал в последнее время на иную точку зрения лишь их оспоримости (96, 19; 03, 22). По его мнению, "факт объявления должника несостоятельным влечет для него не совершенную потерю его гражданской дееспособности, а только ее ограничение, и притом настолько, насколько оно необходимо для ограждения имущественных прав и интересов его кредиторов, участвующих в конкурсе". С первым положением необходимо согласиться: несостоятельный не лишается дееспособности, а лишь ограничивается в ней. Но второе положение не может быть признано верным и представляет собою толкование закона не по точному смыслу, а по соображению практических удобств или неудобств его применения, – прием, не одобряемый самим Сенатом (90, 40). [В защиту его, однако, можно привести решение 06, 30, где Сенат, разбирая, что несостоятельным воспрещается вступать лишь в те договоры, которые касаются их имущества, подлежащих обращению в конкурсную массу, но что сделки, не касающиеся имущества, подлежащего обращению в конкурс, не воспрещены несостоятельным, как равно действительны сделки, совершенные несостоятельным во время производства дела о несостоятельности, если они не нарушают прав конкурсных кредиторов, по-видимому правильно намечает границы применения ст. 770.]

Недействительность сделок, однако, нельзя считать безусловной; так как она установлена в интересе кредиторов, то сделки могут быть опровергаемы со стороны конкурсного управления. Из цели ограничения несостоятельных должников в их дееспособности вытекает, что несостоятельные должники, как и расточители, не лишены права самостоятельно устанавливать юридические отношения чисто личные, не отражающиеся на их имуществе (82, 167; 06, 30). Так, они могут вступать в брак, разводиться, усыновлять или узаконять детей, наниматься по договору личного найма или доверенности.

Соответственно установленному ограничению в материальной дееспособности право искать и отвечать на суде переходит от несостоятельного должника к конкурсному управлению за исключением: а) тех дел, которые основаны на сохраненной ему дееспособности, и б) тех дел, в которых конкурсное управление выдает несостоятельному свидетельство, что оно отказывается от их ведения (уст. гражд. суд., ст. 21). Ограничение дееспособности наступает со дня постановления судом определения о признании лица несостоятельным (95, 58). Дееспособность несостоятельного должника восстанавливается с окончанием конкурсного производства или с заключением мировой сделки.

[Проект гражданского уложения знает четыре категории совершеннолетних лиц, которые могут быть объявлены неспособными (следует разуметь – недееспособными) по нездоровью и расстройству имущества: 1) душевнобольных, признанных неспособными действовать рассудительно в отношении совершения сделок и управления имуществом, 2) глухонемых и немых, если они не в состоянии выразить свою волю и управлять своим имуществом, 3) лиц, расточительность коих угрожает повергнуть их или их семейства в бедственное положение, и 4) лиц, подверженных привычному пьянству, которое лишает их способности действовать рассудительно в отношении совершения сделок и управления имуществом либо грозит повергнуть их или их семейства в бедственное положение. Душевнобольных проект, подобно действующему закону, признает совершенно недееспособными (ст. 408), сохраняя в отношении к ним правила и порядок признания т. X, ч. 1, изложенные выше, а остальных приравнивает несовершеннолетним, применяя к ним, *mutatis mutandis*, постановления о последних (ст. 409, 544), с тем, однако, что чистый доход с имущества расточителя, остающийся за покрытием платежей, причитающихся с него, и издержек на содержание его самого и его семейства и на поддержание имени и хозяйства,

предоставляется в безотчетное распоряжение расточителя (ст. 549), а ко всякому из них может быть назначен вместо опекуна попечитель, если для объявления неправоспособным не представляется достаточных оснований, но болезнь лишает их возможности заведовать всеми делами (ст. 556). Кроме того, проект допускает возможность назначения попечителя к слепым, расслабленным, юродствующим, старчески немощным и даже страдающим глубоким унынием и равнодушием к жизни (мотивы к ст. 556).]

§ 12. Влияние различных обстоятельств на правоспособность

Литература: Андреевский, О правах иностранцев в России до вступления Иоанна III на престол, 1854; Мыш, Новое направление русского законодательства об иностранцах (Жур. гр. и уг. пр., 1891, N 6); Коркунов, Укоренение иностранцев и прекращение подданства (Ж. М. Ю., 1895, N 10); Шугуров, История евреев в России (Рус. арх., 1894, ч. 1 и 2); Леонтович, Исторический обзор постановлений о евреях в России, 1862; Леванда, Полный хронологический сборник законов и положений, касающихся евреев, от Уложения Алексея Михайловича до настоящего времени, 1874; Мыш, Руководство к русским законам о евреях, изд. 3, 1904; Роговин, Систематический сборник существующих законов о евреях, 1913; Гессен, Закон и жизнь, 1911; Он же, Подданство, его установление и прекращение, т. I, 1909.

I. Подданство. В средние века положение иностранцев в Западной Европе было почти бесправное. Иностранец, как дикий, мог быть обращен в рабство (Wildfangsrecht). Мягче было отношение к иностранным купцам, к чему побуждал личный интерес туземцев. Имущество, оставшееся после иностранца, умершего бездетно, становилось достоянием сюзерена, а позднее даже при наличии детей значительная часть наследства переходила к носителю местной власти. Из-за этой доходной статьи велся спор между сюзеренами и королем, который стремился сделать своей монополией право на наследство после иностранца (droit d'aubaine). Иностранцы не могли приобретать поземельной собственности, заниматься торговлею и ремеслами, были стеснены в судебной защите, ставились в худшее положение при конкурсе. Смягчение сурового положения иностранцев достигалось или посредством особых грамот, выдаваемых за деньги и приравнивавших иностранца к положению туземца, или посредством трактатов между сюзеренами и королями. Учредительное собрание декретом 6 августа 1790 г. уравнило иностранца с французскими подданными. Code civil сделал шаг назад, объявив, что гражданскою правоспособностью обладает только французский подданный и что иностранец пользуется во Франции гражданскими правами лишь под условием взаимности, т.е. если на его родине французы признаются правоспособными. Иностранец не мог даже наследовать во Франции. Несмотря на некоторое смягчение в 1819 г. этой суровой точки зрения, все же действующее французское законодательство признает за иностранцами полную гражданскую правоспособность только при условии, если они получили разрешение на постоянное жительство во Франции; все другие иностранцы пользуются теми лишь правами, какие предоставлены на родине иностранца французам по трактатам (§ 11 и 13). В Англии законы 1844 и 1870 гг. отменили существовавшее ранее запрещение иностранцам приобретать недвижимости в пределах Великобритании. В Германии в настоящее время иностранцы уравниваются в гражданской дееспособности с туземными подданными, за небольшими исключениями, допускаемыми по местным законодательствам.

В Древней Руси отношение к чужеземцам было значительно мягче, чем на Западе. Характерным показателем может служить привилегия, которую предоставляла им Русская Правда наравне с князем при распределении имущества несостоятельного должника (ст. 69 Карамз. спис.). В Московском государстве недоброжелательное отношение к иностранцам обнаруживается лишь со второй половины XVI века и объясняется отчасти религиозною нетерпимостью к латинам, отчасти недоверием к их политическим убеждениям (заче государя своего Карлуса короля до смерти убили), отчасти торговою конкуренцией. В императорский период иностранцы являются излюбленными людьми и об ограничении их гражданской правоспособности не может быть и речи.

Соответственно тому в настоящее время сила законов равно обязательна для всех без изъятия российских подданных и для иностранцев, в Российском государстве пребывающих (т. I, ч. 1, ст.

85). Все сделки, в которые могут вступать русские подданные, доступны и иностранцам. Иностранцы могут приобретать как через куплю, так и по наследству, по завещаниям, дарственным записям, по отводам от казны и т.п. всякого рода движимости и недвижимости, могут вступать во всякие договоры и обязательства (т. IX, ст. 830 и 833) [с соблюдением ограничений, установленных законом (ст. 82 т. I, ч. 1)]. Практика русских судов следует вполне историческим началам. Так, Сенатом было признано, что иностранцы не могут приобретать только тех прав, которых они явно законом лишены (94, 62). Ввиду возникшего сомнения, можно ли составлять завещание в пользу греческого королевства, Сенат высказал, что право приобретения имущества в пределах Империи предоставлено всем вообще иностранцам, т.е. как физическим, так и юридическим лицам, и только исключением из этого общего правила следует считать то, что иностранные торгово-промышленные компании могут развивать свою торговую и промышленную деятельность в России не иначе как по признанию за ними прав юридического лица со стороны русского правительства (09, 75). Но русское законодательство содержит несколько постановлений, ограничивающих правоспособность иностранного подданного сравнительно с тою, которою пользуется русский подданный. а) Ввиду политических соображений, из опасения усиления на западной границе населения, связанного с землею, но не связанного с Русским государством, был издан 14 марта 1887 г. закон, преграждающий для иностранцев возможность приобретения земельной собственности. В 21 губернии, расположенных по юго-западной и западной границе [в г. Ревеле с окрестностями и г. Гродно по Высочайше утвержденному положению Совета Министров 19 октября 1912 г.], иностранные подданные не могут впредь приобретать какими бы то ни было способами, вне портовых и других городских поселений, права собственности, владения и пользования недвижимостями, в частности, по договору найма (за исключением квартир и дач для личного жительства) не могут (в 10 губерниях) и заведовать такими имениями в качестве управляющих. При обеспечении долговых требований залогом имение не должно переходить к иностранным подданным. В случае наследования по завещанию или по закону наследник, иностранный подданный, обязан продать недвижимость в течение 3 лет русскому подданному. Всякого рода сделки, совершенные в нарушение или в обход правил сего закона, признаются недействительными (т. IX, ст. 830, прим. 2, прил. ст. 7). Это ограничение по тем же основаниям распространено было и на другие пограничные губернии. Так, воспрещается приобретение земель и вообще недвижимостей в Туркестанском крае лицами, не принадлежащими к русскому подданству (т. II, пол. об управл. Турк. краем, ст. 262). Такое же запрещение установлено по закону 1891 г. и для степных областей – Акмолинской, Семипалатинской, Семиреченской, Уральской и Тургайской, а по закону 1892 г. и для областей Амурской и Приморской (т. II, пол. об упр. Акмол. и др. обл., ст. 136; т. IX, ст. 830, прим. 2). По закону 1898 г. запрещение приобретения прав на недвижимость распространено на некоторые местности Кавказского края с исключением в целях промышленных (т. IX, ст. 830, прим. 2, прил. II). б) Когда иностранец, не состоящий на русской службе и не владеющий в России недвижимым имением, не представил при предъявлении иска обеспечения издержек по делу и тех убытков, которые может понести ответчик, то последний, не представляя объяснений по существу дела, вправе предъявить отвод (уст. гражд. судопр., ст. 571, п. 5); по закону 1896 г. эта обязанность представить обеспечение сохранена только для подданных тех государств, с которыми Россия не заключила конвенции о взаимном устранении этого стеснения. в) В то время как русские подданные пользуются 10-летним сроком для предъявления своих наследственных прав (ст. 1246), наследники умерших в России иностранцев, вызванные публикацией из-за границы для принятия наследства, теряют свое право, если не предъявили требования в течение двух лет от публикации (ст. 1247), хотя некоторые, основываясь на источниках, видят в этом положении льготу для иностранцев, в силу которой срок явки иностранца на вызов наследников увеличивается с 6 месяцев до 2 лет. г) По закону 21 июня 1910 г. в пределах Приамурского и Иркутского генерал-губернаторств и Забайкальской области воспрещаются: сдача лицам, состоящим в иностранном подданстве, казенных подрядов и поставок, сдача в аренду и для поселения казенных земель и оброчных статей и наем этих лиц на работы, производимые для надобностей казенного управления [если возможно произвести работы при помощи лиц русского подданства] (по прод. 1910 г., т. IX, ст. 828, прим. 4, ст. 830, прим. 4, и ст. 8301).

II. Национальность. Чем больше размер государства, чем разнообразнее национальный состав его, тем сильнее выступает задача сплочения разнородных элементов. Где население государства представляет полное единство по вере, языку, общей исторической судьбе, там сплочение происходит само собою. Где население разбито на части, отличные между собою по вере, языку, исторической судьбе, там сплочение достигается прежде всего полным уравниванием всех граждан в политической и гражданской правоспособности. Разумная политика стремится к устранению всего того, что разъединяет, что вызывает взаимное недоброжелательство. Только при этих условиях в стране с разнородным населением может создаться здоровый патриотизм, основанный на сознании внутренней связи с государством. Эта идея усвоена всеми современными государствами, которые не допускают по отношению к своим подданным каких-либо различий в гражданской правоспособности по началу национальному.

К сожалению, русскому законодательству эта идея, вызываемая чувством самосохранения, до сих пор остается чуждой, и оно устанавливает для русских подданных ограничения в правоспособности по национальному основанию. Этому ограничению подвергаются поляки и евреи [а также лица нерусского происхождения в Волынской губернии].

1. Вскоре после второй польской революции последовало Высочайшее повеление (10 декабря 1865 г.), в силу которого до окончательного устройства Западного края посредством достаточного усиления в нем числа русских землевладельцев воспрещено лицам польского происхождения вновь приобретать поземельную собственность в девяти западных губерниях, а именно: в Киевской, Подольской, Волынской, Виленской, Ковенской, Гродненской, Витебской, Могилевской и Минской (ст. 698, прил. ст. 2). Так как цель этого постановления мало достигалась ввиду косвенных способов удерживания земли в руках поляков, особенно посредством закладных, то в 1884 г. изданы были правила относительно приобретения в собственность, залога и арендования в означенных губерниях земельных имуществ, вне городов и местечек расположенных (прил. к ст. 698, прим. 2).

Прежде всего, следует заметить, что установленные для лиц польского происхождения ограничения имеют в виду национальность, а не вероисповедание, так что поляки не католического вероисповедания, например реформаты, а равно принявшие православие подвергаются также силе ограничений. Это обнаруживается как из буквального смысла закона, так и из его цели. Остается, впрочем, сомнительным, распространяется ли это ограничение на тех лиц, один из родителей которых польского происхождения, другой непольского. То обстоятельство, что дети следуют правам состояния отца, не разрешает настоящего вопроса, потому что речь идет не о правах состояния, а о национальности. Насколько вообще трудно определить национальность, можно видеть по делу Россетер (01, 44).

Все акты и сделки, совершенные на переходе имений, расположенных в девяти западных губерниях, к лицам польского происхождения всяким иным путем, кроме наследования по закону, считаются недействительными (ст. 698, прил. ст. 1, прим.). Следует полагать [и Сенат высказывает ту же мысль (91, 42)], что завещания в пользу лиц, имеющих право законного наследования, сохраняют полную силу. Наравне с завещаниями должны быть рассматриваемы дарение, выдел, приданое, когда они имеют своею целью передать при жизни собственника поземельную собственность тем лицам, которые при открытии наследства могли бы и без того получить эту собственность в том же именно размере. Поэтому завещатель не может передать одному из законных наследников все имение, предоставив другим только капитал или обязав преемника к денежным выдачам в пользу других законных наследников. Но как только наследники получили причитающиеся каждому из них доли, то нет никакого основания не признать силы за совершенным ими на общем основании разделом, хотя бы вследствие того за одним из них осталась вся недвижимость, например завод, а другие получили бы только право требовать от него денежных выдач.

Наравне с приобретением права собственности закон рассматривает всякие другие сделки, направленные к тому, чтобы фактически предоставить полякам возможность господства над землею. Закон особенно указывает на залог и вообще на сделки и договоры, направленные к цели присвоения лицу постоянного юридического господства над землею (ст. 698, прил. ст. 6). Однако закон не воспрещает арендных договоров на срок не свыше 12 лет (там же). Ввиду возможности

различных притворных сделок, направленных к обходу законов 10 июня 1864 г., 10 декабря 1865 г. и 27 декабря 1884 г., последний закон признает такие сделки недействительными, притом безусловно, так что каждый из контрагентов может просить об уничтожении акта, совершенного против правил. Сверх того, право требовать перед судом признания недействительности таких сделок, кроме участвующих сторон, принадлежит еще и администрации (там же, ст. 8, 11 и 12).

В виде предупредительной меры в 1886 г. установлено, что акты о недвижимости могут быть совершаемы только в пользу тех лиц, которые представят разрешение генерал-губернатора на приобретение поземельной собственности. Сенат разъяснил, что подобное удостоверение имеет свою целью устранить сомнение в правоспособности лица, а потому, к какому бы имени ни относилось данное разрешение, в каком бы размере ни дано было разрешение, оно имеет силу для приобретения какого угодно недвижимого имущества и в каком угодно размере (95, 39 и 99, 29). Таковые свидетельства не требуются: от лиц русского происхождения православного вероисповедания, от лиц лютеранского вероисповедания и от проживающих в Западном крае татар (ст. 698, прил. ст. 1, прим. 2) [и от лиц сельского состояния (по прод. 1906 г.)].

Высочайшим повелением 4 марта 1889 г. действие указанных правил было отменено для крестьян польского происхождения, которым предоставлена была возможность повсеместного приобретения в пределах Западного края поземельной собственности. Указом 1 мая 1905 г. названные сейчас ограничения несколько ослаблены и для других сословий [но, как разъяснил Сенат в реш. 11, 43, "основная цель политики в девяти западных губерниях осталась неизменною и состоит в усилении русского преобладания и в ослаблении польского влияния, причем полякам по-прежнему запрещается приобретать имущества, находящиеся не в польских руках"]. Права лиц польского происхождения в отношении недвижимостей, расположенных в девяти западных губерниях, расширяются, смотря по тому, от кого приобретаются земли и для каких целей. С первой точки зрения лицам польского происхождения разрешается приобретать от лиц польского же происхождения имущества в собственность и пожизненное владение, принимать таковые в залог и арендовать на общем основании. Со второй точки зрения лицам польского происхождения разрешается с дозволения генерал-губернаторов и губернаторов приобретать и от лиц русского происхождения недвижимые имущества, вне городов и местечек расположенные, если приобретение имеет свою целью: а) уничтожение чересполосности, хозяйственное округление границ, обмен согласно ст. 1374 и б) осуществление промышленных задач, причем в последнем случае размер приобретения не должен превышать 60 десятин. В черте городов и местечек лица польского происхождения могут совершенно свободно приобретать недвижимости в собственность, в срочное владение и пользование, принимать в залог (по прод. 1906 г., ст. 698 прил., прим. 2, ст. 71–75).

2. Евреи, состоящие в подданстве России, подлежат общим законам во всех тех случаях, в коих не постановлено особых о них правил (т. IX, ст. 767). Но таких правил довольно много, и они весьма существенны по содержанию.

В Западной Европе преследования евреев начались прежде всего на религиозной почве. Врагов Христовых гнали и заставляли насильственно креститься. Не имея вследствие этого прочной оседлости, евреи не могли заниматься земледелием, не могли открывать большой товарной торговли. Им оставалось вести денежную торговлю, потому что деньги и драгоценности легко могли быть скрываемы и перевозимы. Накопление богатств разбудило жадные инстинкты. Евреи облагались довольно высоким налогом, и, чтобы не потерять этой доходной статьи, им запрещали иногда принимать христианство под страхом конфискации всего имущества. Когда короли нуждались в средствах, они изгоняли всех евреев, забирая себе их имущество, или признавали недействительными все долги им, обязывая должников лишь уплатить часть и то исключительно в пользу короля. Евреям запрещали приобретать недвижимости, запрещали вступать в браки между собою. Преследуемые видели единственное средство защиты в чувстве солидарности и в накоплении экономической силы взамен прав. В XVIII веке пробивается новый взгляд на положение евреев. Почти накануне революции в 1787 г. одна из академий ставит на конкурс тему: "Какими средствами можно сделать во Франции евреев более довольными и более полезными?" Учредительное собрание 28 сентября 1791 г. признало за евреями все гражданские

права. В Англии законом 1868 г. и в Германии законом 1869 г. уничтожены последние следы ограничения евреев в их гражданской правоспособности.

Гонимые повсюду, евреи нашли себе приют в Польше при Казимире Великом и в Литве при Витовте. Здесь они пользовались полною свободою вероисповедания и неограниченною гражданскою правоспособностью. До XVI века они довольно свободно проникали и в Россию. С этого времени начинается враждебное к ним отношение, главным образом на религиозной почве. На ходатайство польского короля не стеснять торговлю евреями Иоанн IV ответил отрицательно: "Жидам ездити к нам в Россию не пригоже". В XVIII веке интересы казны побуждали русское правительство открыть свободный доступ в Россию евреям, но Елизавета на представлении Сената начертала резолюцию: "От врагов Христовых не желаю интересной прибыли". Напротив, Екатерина II дозволила евреям селиться в Малороссии и Новороссии. Вследствие раздела Польши и присоединения к России значительной части литовско-русского государства возник еврейский вопрос. В XIX веке замечаются постоянные колебания в отношении прав евреев: их правоспособность то расширяется (при Александре I и Александре II), то суживается (при Николае I и Александре III).

Современное положение вопроса о гражданской правоспособности евреев в России представляется в высшей степени запутанным вследствие массы частных постановлений, объединенных лишь общим принципом враждебности к этой части русских граждан. Гражданская правоспособность находится в самой тесной связи со свободой избрания места жительства. Закон указывает места, в которых евреи могут жить и за пределы которых (за черту оседлости) могут проникать по исключению евреи, обладающие известным образованием, капиталом и техническими познаниями. В последней категории закон, а еще более Сенат проводят различие между евреями: а) которые имеют право постоянного пребывания как купцы, лица имеющие ученые степени и состоящие на государственной службе и б) которые имеют право повсеместного жительства в Империи как кончившие курс в высших учебных заведениях, аптекарские помощники, дантисты, фельдшера и повивальные бабки, механики, винокуры, пивовары и вообще мастера и ремесленники, при условии занятия свойственной их профессии деятельностью (о. с. 10, 38).

За чертою оседлости в настоящее время евреям безусловно воспрещается приобретение недвижимостей вне городских поселений. В губерниях, не входящих в черту еврейской оседлости, воспрещается совершение от имени или в пользу евреев всякого рода крепостных актов: 1) служащих к укреплению за ними прав собственности, владения и пользования недвижимостями, вне городских поселений расположенными, а также 2) предоставляющих им возможность выдавать денежные ссуды под обеспечение этих недвижимостей (по прод. 1906 г., т. IX, ст. 780, прим. 3). В черте же городских поселений могут приобретать недвижимость только а) лица, пользующиеся правом постоянного пребывания (а не правом повсеместного жительства) и б) и то лишь в городе, к которому они приписаны. Способность иметь право на городские недвижимости имеет при этом личный характер, обусловленный свойствами данного лица, а потому не переходит на лиц, которым евреи по общим правилам сообщают свои права состояния, т.е. на жен и детей. Например, еврей доктор медицины не вправе переукрепить свой дом на имя своего совершеннолетнего сына, если тот лично не приобрел права постоянного пребывания (о. с. 85, 25). Недвижимость, доставшаяся еврею по наследству вне того места, где ему владение таковой дозволяется, он обязан продать в течение 6 месяцев (т. IX, ст. 785).

В черте дозволенной оседлости евреи имели прежде право приобретать недвижимости всякого рода (т. IX, ст. 780). На Высочайше утвержденным 3 мая 1882 г. положением комитета министров постановлено приостановить временно совершение купчих крепостей и закладных на имя евреев, а равно и засвидетельствование на имя евреев арендных договоров на недвижимости, находящиеся вне черты городов и местечек их оседлости, и доверенностей на управление и распоряжение сими именами [ст. 780, прим. 2 и прим. 3 по прод. 1906 г.]. Закон 11 июля 1891 г. еще точнее ограничил право евреев с этой стороны. Таким образом, мы видим, что в действительности даже и в черте оседлости евреям преграждена возможность приобретать собственность, совершать закладные, арендование и управление по доверенности в отношении недвижимостей, находящихся вне городов и местечек. Законом 11 августа 1904 г. из этого правила

сделано некоторое исключение для евреев, окончивших курс в высших учебных заведениях, их жен и детей, купцов первой гильдии и членов их семейств, ремесленников, дантистов, фельдшеров и некоторых других (т. IX, ст. 779, прим. 3 по прод. 1906 г.). Разрешив лицам этой категории вновь селиться вне городов и местечек, закон предоставил им на время пребывания их в таких местностях заключать сделки по найму недвижимостей для их жилья и для производства ими торговли и промыслов (т. IX, ст. 784 по прод. 1906 г., прим. 3). Законом 10 мая 1903 г. дан список поселений в губерниях черты еврейской оседлости, где в изъятие из общих правил допускается свободное жительство всех вообще евреев. В этих поселениях евреям предоставляются те же, как в городах и местечках, права по приобретению недвижимостей в пределах селитебной* площади таких поселений и по управлению или распоряжению ими (по прод. 1906 г., ст. 780, прим. 4). Из сопоставления мотивов, побудивших к изданию закона 3 мая 1882 г., с содержащимися в нем ограничениями Сенат выводит заключение, что со стороны закона нет препятствий к тому, чтобы евреи могли приобретать в черте оседлости, вне городов и местечек, недвижимости на основании наследования по закону или по завещанию (о. с. 1 и к. д. 89, 14).

Хотя в законе повсюду говорится о евреях, а не о лицах иудейского исповедания, следовательно, принимается, по-видимому, в соображение племенное (т. IX, ст. 762), а не вероисповедное начало, однако практика толкует эти постановления в том смысле, что переход еврея в христианское исповедание устраняет все падавшие на его правоспособность ограничения. В оправдание такого толкования приводят ст. 776 т. IX, в которой говорится, что евреи, принявшие христианскую веру, могут приписываться по желанию их к городским и сельским обществам на основании установленных правил. Этот взгляд встречает поддержку и в литературе. Так, Гольмстен полагает, что, "раз еврей принял христианство, он уже не еврей". [Того же взгляда держится и Гуляев, выводя его из ст. 819 и 820 т. IX и подтверждая решением о. с. 89, 26]. Но верность такой точки зрения вытекает из представления, будто национальность определяется одним религиозным признаком. Помимо сомнения, возбуждаемого при переходе еврея в другое, нехристианское вероисповедание, в магометанство, следует признать, что указанная статья касается только публичной стороны установленных ограничений, но не расширяет гражданской правоспособности. Статья эта, как предшествующая закону 3 мая 1882 г., и не могла предусмотреть цели и содержания позднейших ограничений. Наконец, основания и мотивы всего русского законодательства о евреях, несомненно, имели в виду вредные племенные черты евреев, но не вероисповедание, с точки зрения которого ограничение в праве приобретения недвижимостей не имело бы никакого смысла. Это делается еще более очевидным из того, что установленные для евреев ограничения не распространяются на караимов, которые пользуются всеми правами, предоставленными русским подданным (т. XI, уст. дух. ин. исп., ст. 1261).

3. [Лица нерусского происхождения, согласно временным правилам о водворении их в Волынской губернии (прил. к ст. 698, прим. 3), лишены права приобретения собственности на недвижимые имущества вне городских поселений Волынской губ., а равно права владения и пользования ими, вытекающего из договора найма и аренды (там же, ст. 1 по прод. 1909 г.). К лицам нерусского происхождения закон относит: 1) состоящих в русском подданстве иностранных поселенцев (Зак. сост., ст. 680, прим. 2, прил. II) и 2) лиц, переселяющихся из Привислинских губерний (прил. к ст. 698, прим. 3, ст. 1 по прод. 1909 г.). Лица нерусского происхождения, водворившиеся вне городских поселений до 19 марта 1895 г., и их правопреемники в порядке наследования по закону вышеупомянутому ограничению не подлежат (там же, прим.)].

III. Вероисповедание. Сравнительно немного ограничений дееспособности содержит русское законодательство по началу религиозному. Различие (но не ограничение) правоспособности обнаруживается прежде всего в брачном праве, потому что оно определяется каноническими постановлениями каждого вероисповедания. Так, православный не может вступить в четвертый брак, тогда как для католика или лютеранина подобного ограничения не существует; православный имеет право в случае прелюбодеяния супруга просить о расторжении брака, тогда как католик лишен этого права. Но и помимо этих канонических различий в светском законодательстве существуют ограничения по чисто религиозным соображениям.

Все вообще нехристиане хотя и не устраниются от получения в наследство по закону или по завещанию святых икон, но не иначе как с непременною обязанностью передать их со всеми

наложенными на них украшениями в шестимесячный срок со дня принятия наследства в руки христиан соответствующего вероисповедания или в церковь; при неисполнении этого иконы немедленно отбираются и обращаются в консисторию для надлежащего по усмотрению духовного начальства распоряжения (ст. 1188). Действие закона 1891 и 1902 гг. об узаконении детей через последующий брак ограничивается христианским населением (ст. 1441). Усыновление лиц христианского вероисповедания нехристианами и сих последних лицами христианского вероисповедания воспрещается, равно как воспрещается старообрядцам и сектантам усыновлять православных (ст. 148). Не дозволено лицам [за исключением туземцев], нехристианских вероисповеданий приобретать недвижимости в Туркестанском крае (т. II, пол. об упр. Туркест. краем, ст. 262), а также в степных областях (т. II, пол. об упр. обл., ст. 136). Мастерам-евреям дозволяется держать учеников из христиан в том только случае, если они имеют хотя одного подмастерья из христиан и если получают на то разрешение ремесленной управы (т. XI, ч. 2 уст. пром., ст. 390, прим.). Это ограничение, как основанное на вероисповедном начале, падает с принятием мастером-евреем христианства. В прежнее время существовали еще постановления, стеснявшие свободу договора личного найма между лицами иудейского исповедания и христианами из опасения вредного влияния первых на религиозное чувство вторых, находящихся в материальной зависимости от своих хозяев, но Высочайшим повелением 28 апреля 1887 г. эти постановления отменены и заменены воспрещением евреям, нанимающим христиан для постоянной домашней услуги или иных работ, препятствовать нанятым в чествовании праздников и исполнении религиозных обязанностей. Законом 12 февраля 1896 г. это предупреждение отнесено ко всем вообще нехристианам (уст. пред. прест., ст. 88, по прод. 1906 г.).

IV. Сословность. Под сословием понимается разряд лиц, наследственно пользующихся известными правами или несущих известные повинности. Государство, население которого разделяется на такие классы, называется сословным. Русское государство продолжает держаться сословного начала, хотя в действительности в настоящее время специальных прав, которые бы переходили преемственно от поколения к поколению, весьма мало.

Древняя Русь не знала сословий, хотя общество того времени делилось на классы: бояре, градские люди, смерды, но с различием только фактическим (исключение составляет различие наследования после бояр и смердов – Рус. Пр., § 103 и 104, Карамз. спис.). В московский период все население делится на разряды, из которых каждый несет соответствующую обязанность, личную или имущественную; эти разряды – служилые и тяглые люди. Только в XVIII столетии, особенно во второй его половине, прежние обязанности постепенно переходят в потомственные привилегии. При Екатерине II образуются в России сословия в полном значении этого слова. Со стороны гражданских прав главная привилегия дворянского сословия заключалась в специальном праве владеть недвижимыми именьями, к которым были приписаны крепостные люди (населенными землями); зато дворяне ограничены были в праве вести торговлю. Духовенство пользовалось наследственным правом отправления обязанностей священно- и церковнослужителей. Городское или мещанское сословие (средний род людей) пользовалось специальным правом производства ремесел и торговли; зато оно было ограничено в праве владения недвижимыми именьями и крепостными людьми, за исключением владельцев фабрик и заводов. Крестьянское сословие было наследственно лишено почти всякой правоспособности. Реформы императора Александра II в корне потрясли весь сословный строй, и оставшиеся в законодательстве постановления о сословных правах представляют лишь разрозненные остатки старого порядка. Шаг за шагом, с разрушением старого помещичьего строя, сословное начало уступает классовому началу, которое теперь в России, как давно уже на Западе, приобретает решающее значение.

В настоящее время по закону различаются четыре сословия: а) дворянство, б) духовенство, в) городские обыватели и г) сельские обыватели (т. IX, ст. 2), каждое с иными, более мелкими, подразделениями. В действительности духовенство со времени закона 1869 г. не может уже считаться сословием, а только званием. Купечество является только занятием, потому что оно доступно каждому, и притом состояние в нем связано со взятием купеческого свидетельства за установленную плату. Закон 1898 г. о государственном промысловом налоге нанес купечеству как сословию довольно чувствительный удар, отделив сословные права от обложения торгового

промысла. Личное дворянство, как не удовлетворяющее требованию наследственности, находится также вне понятия о сословии. Если с точки зрения государственного права современные юридические различия по сословиям представляются маловажными, то со стороны гражданской правоспособности они сводятся к самым незначительным видоизменениям. Главным образом различие состоит в неодинаковости порядка учреждения опеки, усыновления, признания расточителем, душевнобольным, что несколько не влияет на самый объем право- и дееспособности. Только потомственные дворяне имеют право учреждать заповедные имения (т. IX, ст. 86), лица духовного звания всех вероисповеданий не могут обязываться векселями (уст. векс., ст. 2), священнослужителям православного вероисповедания воспрещено выбирать промысловые свидетельства (т. IX, ст. 399), лично заниматься производством горного и нефтяного промыслов (т. VII, ст. 312 и 740), запрещается также принимать на себя лично подряды и поставки и ручаться за других (т. IX, ст. 431, п. 1), быть поверенными [кроме дел, в коих они ходатайствуют за духовное ведомство или за жен, детей или своих питомцев], (уст. гр. суд., ст. 45, п. 3, и ст. 246, п. 4). В западных губерниях римско-католическому духовенству не дозволяется иметь в домах, церквях и монастырях для служения лиц православного вероисповедания (т. XIV, уст. пред. прест., ст. 78). Что касается крестьян или сельских обывателей, то их правоспособность в области гражданско-правовых отношений подверглась некоторому уравниванию по указу 5 октября 1906 г., изданному в порядке ст. 87 и до сих пор не получившему законодательной санкции. [Им уничтожены паспортные ограничения для крестьян и открыт свободный выход из общества при условии отказа от надела. Вступление в новые общества допускается с сохранением прав в старом обществе. Особенности крестьянского состояния все же сохранились: главным образом они выражаются в том, что для него сохраняется требование приписки каждого крестьянина к какому-нибудь обществу, только крестьяне соучаствуют в общинном землевладении, только крестьяне по общему правилу через приписку к обществу приобретают права на надельную землю, если противное не оговорено в приговоре или в законе.]

§ 13. Юридическое лицо как субъект права

Литература: Суворов, Об юридических лицах по римскому праву, 2-е изд., 1900; Герваген, Развитие учения о юридическом лице, 1888; Дювернуа, Чтение по гражданскому праву, т. I, стр. 372–547; Васьковский, Учебник гражданского права, т. I, стр. 62–75; Пергамент, К вопросу о правоспособности юридического лица, 1909; Ельяшевич, Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве, 1910, стр. 1–24, 447–456.

I. Цель юридического лица. Юридическое отношение предполагает двух субъектов, активного и пассивного, как представителей права и обязанности. Поэтому невозможно отношение, в котором существовала бы одна обязанность без соответствующего права. Немыслимо и такое отношение, в котором право осталось бы без активного субъекта. Право, как явление социальное, предполагает людей в качестве субъектов отношения. Действительно, в юридических отношениях мы обыкновенно видим человека, имеющего право, и человека, несущего обязанность. Но последовательное проведение этого положения могло бы отразиться невыгодно на интересах общества и составляющих его единиц. Возьмем случай, когда наследодатель в завещании определит известный капитал на учреждение богадельни. Если бы субъектами права могли быть только люди, то завещатель должен был бы поручить этот капитал какому-либо приятелю своему, который бы создал завещанное учреждение и от своего имени вел бы его, вступал бы во все необходимые сделки, а при смерти завещал бы капитал снова другому лицу, которое продолжало бы это дело от своего имени. Но при таких условиях нет особенной гарантии, что завещанный капитал действительно получит данное ему назначение в лице первого или последующих распорядителей, что имущество это, слившись с прочим имуществом того или другого распорядителя, не подвергнется взысканию по частным его долгам. Все эти неудобства могли бы быть устранены, если бы завещанное имущество было приурочено к особому субъекту, от имени которого совершались бы все необходимые сделки. Или возьмем случай акционерного соединения. Множество лиц складывают небольшие взносы в значительный капитал с целью совместного достижения общей экономической цели. Чтобы достигнуть намеченной цели,

акционеры должны были бы вручить весь капитал одному или нескольким лицам, которые от своего имени совершали бы все необходимые сделки. Капитал акционеров слился бы с частным имуществом управителей и мог бы подвергнуться взысканию со стороны их частных кредиторов. Кто при такой опасности решился бы сделать взнос?

Выход из затруднения находится в том, чтобы имущество, обособляемое экономически для достижения известной общей цели, обособить также юридически. Имущество, как совокупность юридических отношений, получает своего отдельного субъекта, резко обособленного от тех лиц, которые заинтересованы в нем. Такой субъект права называется юридическим лицом. Созданием такого лица не только спасается стройность юридических построений, но и облегчаются достижения насущных жизненных потребностей, настаивающих решительно на обособлении.

За таким субъектом права в настоящее время общепризнан термин "юридическое лицо", принятый германским законодательством и несомненно указывающий, что своим существованием этот субъект обязан праву. В романских законодательствах под влиянием французской литературы принят термин "моральное лицо" – *personne morale*, потому что с этим выражением соединяется представление обо всем, что выходит за пределы физического. Этот термин попал и в швейцарское гражданское уложение в его французском тексте. В английском праве распространен термин "искусственное лицо" – *artificial person*. Наше законодательство прибегает для означения того же понятия к совершенно несоответствующему выражению "сословие лиц" (ст. 698, п. 10), и оттого термин этот в практике не употребителен. В нашей практике, судебной и административной, общепринято выражение "юридическое лицо". Что наше законодательство считает такое создание лицом в смысле субъекта права, видно из названия гл. I, разд. III, кн. II, т. X, ч. 1 – о лицах, могущих приобретать права на имущества.

II. Природа юридического лица. Вопрос о том, что же представляет собою юридическое лицо, которое становится в юридических отношениях рядом с физическим лицом, давно возбуждает внимание ученых и вызвал на свет ряд теорий.

Теория фикции рассматривает юридические лица как вымышленные создания закона, вызванные потребностью юридической техники. Ее исходный пункт – тот, что право установлено в интересе потребностей людей и что потому носителем прав и обязанностей может быть только человек. Поэтому, чтобы признать субъектом права не человека, необходимо рассматривать это нечто как человека. Общества и установления выступают перед правом в качестве вымышленных людей. Этот взгляд на юридическое лицо, выдвинутый еще в средние века папою Иннокентием IV, в наше время поддерживался авторитетом таких романистов, как Савиньи и Виндшейд. Теория фикции до последнего времени была почти единственной, принятой во Франции.

Против теории фикции выступили в Германии германисты, сначала Безелер, потом особенно энергично Гирке, и увлекли за собою даже некоторых романистов, как Регельсбергер. С их точки зрения, юридическое лицо вовсе не воображаемый, а действительный, реально существующий субъект, оно такой же реальный субъект, как и физическое лицо, а не только уподобляемый. Некоторые последователи этой теории, как, например, Лассон, заходят так далеко, что признают за юридическими лицами совершенно такое же реальное существование, как и за физическими. Этот взгляд опирается, чаще всего бессознательно, на социологическое представление об обществе как организме. Индивид и общество равно одарены сознанием и волею, а потому они и юридически должны быть уравнены. Но органическая теория в социологии совершенно потеряла кредит. С другой стороны, рассматриваемая теория смешивает наши представления с реальностями, их вызывающими. Здание, больные, врачи, кровати и т.п. – вполне реальны, но больница, покупающая лекарства и съестные припасы, нанимающая сестер милосердия, повара и др., – это только наше представление.

Если юридическое лицо есть только фикция, а фикция не в состоянии заменить истинное познание, то не лучше ли, оставив фикцию, отбросить и самое юридическое лицо? На этот путь стали Бринц и Беккер. По мнению Бринца, юридические лица – это просто огородные чучела, которые так же мало заслуживают упоминания в правоведении, как чучела в естествознании. Приходится признать, что имущество не всегда принадлежит субъекту, а следовательно, могут быть и бессубъектные права. Имущество может принадлежать не только кому-нибудь, но и чему-нибудь, а именно цели, для которой оно предназначается (*Zweckvermögen*). Очевидно, однако, что

в этой теории целевого имущества смешивается вопрос о принадлежности имущества (юридическая сторона) с вопросом о назначении имущества (экономическая сторона). Выделение из имущества лица значительной части для организации промышленного предприятия строится на самостоятельности экономической цели, но не создает еще юридического лица. Теория бессубъектного имущества, переворачивающая совершенно установившееся понятие о субъективном праве, вызывает вопрос, чьи же интересы будет охранять государство против посягательств на имущество, так как с точки зрения одной только цели Иван способен осуществлять ее не хуже Петра. Между тем Беккер идет так далеко, что допускает предоставление прав псу или лошади и не видит оснований, почему бы суд не принял иска от имени дога Тираса или английской кобылы Беллоны.

Отрицание юридического лица встречаем и у Иеринга. Замечательно, что исходная точка его близка к теории фикции. "Всякое гражданское право имеет свою задачу обеспечить человеку какой-нибудь интерес. Истинный носитель права, дестинатарий, – всегда человек". Имущество юридического лица служит физическим лицам, его составляющим, все равно – настоящим или будущим. Интересы имеются только у них, а не у юридического лица, а потому они, и только они, должны считаться носителями прав. Если у юридического лица нет самостоятельных интересов, то не может быть и прав, потому что право есть юридически защищенный интерес. Став на точку зрения Иеринга, следовало бы признать, что право принадлежит не больнице, а больным, не ночлежному дому, а его временным посетителям. Но между лицом, имеющим право на имущество, и лицом, пользующимся им, возможно несоответствие, которое не только не допускает смешения их, но еще резче подчеркивает самостоятельность идеи субъекта права. Если к ночлежному дому предъявлен иск, то ответчиком никто не признает его завсегдатаев.

В сущности близко к Иерингу подходит французский юрист Пляньоль, который полагает, что весь вопрос должен быть перенесен в другую плоскость. Дело идет не о двух видах лиц, физическом и юридическом, а о двух видах собственности, индивидуальной и коллективной. Выражение "юридическое лицо" скрывает за собой не что иное, как отличие коллективной собственности от индивидуальной. Допустим, что Пляньоль прав; но где же проходит граница между различной коллективной собственностью, находящейся в пределах одного и того же государства? Не придется ли вернуться к субъекту, чтобы отделить имущество города от имущества акционерного товарищества?

Если Иеринг носителями права признал тех, кто пользуется выгодами, то Гельдер и Биндер готовы признать субъектами права тех, кто распоряжается в корпорациях и учреждениях. Каждый из них исходит из противоположных оснований: для Гельдера субъектом права может быть только реальный человек, для Биндера всякий субъект права есть только юридическое отношение. Но оба они сходятся в конечных выводах. Субъектом права следует признавать не того, чьи интересы охраняются правом, а того, кто самостоятельно распоряжается правом. Поэтому субъект права не малолетний или сумасшедший, а опекун, не акционерное общество, а его правление, не больница, а заведующий ею врач и т.д., так как их воля определяет юридическое положение имущества. Представители юридических лиц действуют в данном случае как должностные лица и распоряжаются вверенным им по должности имуществом (Amtsvermögen) в интересе других. Эта теория стоит в полном противоречии с законодательствами, которые прямо признают субъектами права юридические лица, и оставляет открытым вопрос, чье же имущество находится в должностном заведовании правления или опекуна.

[Во французской литературе в последнее время теория юридических лиц подверглась пересмотру и дальнейшей обработке в капитальных трудах Мишу и Салейля. В них проводится и развивается теория юридической реальности юридических лиц. Элементы этой реальности черпаются в понятии субъективного права, понимаемого как интерес, представляемый и защищаемый волей. Введение элемента воли дополняет определение Иеринга и дает возможность глубже очертить природу юридического лица. Но тогда как Мишу выдвигает на первый план интерес, а воле отводит роль лишь средства, Салейль настаивает на автономности воли, на ее первичном характере власти, без которой нет субъективного права. Субъективные привязки прав создают и для юридических лиц их объективную индивидуальность, институциональность и обеспечивают за ними автономное положение в системе частного права – институциональная

теория. Эти качества не могут быть заменены – этим Салейль возражает Гельдеру и Биндеру – функциональной личностью легальных представителей или описанием юридических взаимоотношений целого, так как тогда меру и границу тех и других придется искать или в государственном вмешательстве, или в возрождении на новый лад догматических систем естественного права.]

Основная ошибка теории фикции заключается в том, что она предположила, будто человек становится субъектом права в силу своей человеческой природы: субъект права, потому что человек, или человек, а следовательно, субъект права. История дала нам, кажется, достаточно доказательств противоположного; раб – человек, однако не субъект прав. Может быть, даже исторически юридические лица как субъекты предшествуют физическим лицам, насколько коллективное обладание предшествует индивидуальному. В действительности всякий субъект есть создание объективного права. Субъекты – это те центры, около которых волею закона объединяются юридические отношения, образуя обособленные комплексы. Здесь мы обнаруживаем основную ошибку теории германистов, которые во что бы то ни стало искали в юридическом лице такой же реальности, как и в физическом, тогда как всякий субъект права есть только наше представление, все равно, идет ли речь о юридическом или о физическом лице. Недаром для обозначения субъекта права употребляется римский термин "persona", означающий маску.

Юридическое представление о субъекте вызывается потребностями юридической техники, которые в свою очередь обуславливаются необходимостью разграничения интересов. С этой точки зрения следует признать совершенно неосновательными нападки на пользование со стороны науки права фикциями. Конечно, фикция не соответствует действительности и не способна ее объяснить, но это есть научный прием, помогающий осуществить жизненную задачу разграничения интересов. Такие фикции приняты в других науках, и при их помощи достигнуты положительные результаты. Таковы те мысленно представляемые линии (меридианы), которыми пользуется география, таковы те точки, линии и круги, которые лежат в основе математики и которые нигде в действительности не встречаются. Нет основания и правоведению избегать этого вполне научного приема; не следует только обращаться к фикциям там, где в них нет необходимости. Нельзя не признать справедливости замечания Арндса, что смертоносные удары, направляемые против юридических лиц, на самом деле бьют по воздуху, так как они не устраняют того реального явления, что в жизни существуют права и обязанности, не связанные с каким-либо физическим лицом и приуроченные к воображаемой юридической точке.

На основании всего сказанного мы можем определить юридическое лицо как все то, что, не будучи физическим лицом, признается со стороны объективного права способным ввиду определенной цели быть субъектом права.

III. Виды юридических лиц. В ст. 698 наше законодательство примерно перечисляет некоторые виды юридических лиц, но в действительности их несравненно больше, с ними приходится иметь дело на каждом шагу, и указания на них рассеяны по всему Своду Законов.

А. Юридические лица могут быть, прежде всего, разделены на публичные и частные.

1. Публичные юридические лица возникают помимо воли частных лиц. Они создаются или исторически, или в законодательном порядке.

а. На первом месте среди юридических лиц публичного характера стоит казна, т.е. само государство с хозяйственной его стороны (ст. 406, прим., ст. 698, п. 3). Это один субъект, несмотря на то, что эта хозяйственная деятельность осуществляется разными органами. Вот почему споры между разными ведомствами разрешаются не в судебном порядке, а в административном (уст. гражд. суд., ст. 1297). Однако иски предъявляются не непосредственно к казне или от имени казны, а к местным управлениям или от имени различных ведомств, с которыми у частных лиц установилось спорное юридическое отношение (уст. гражд. суд., ст. 1284, ср. 07, 6).

б. От казны отделяются как самостоятельные субъекты те ведомства и учреждения, которые хотя и причисляются к казенному управлению, но обладают обособленным имуществом. Сюда относятся: удельное ведомство (ст. 411, т. I, ч. 1, изд. 1906 г., ст. 164, уст. гражд. суд., ст. 1298); ученые и учебные заведения (ст. 698, п. 8), как, например, университеты (т. XI, ч. 1, изд. 1893 г., ст. 543); епархиальные начальства, монастыри и церкви (ст. 698, п. 5, т. IX, ст. 435, 439, 443).

с. От казны отделяются как самостоятельные субъекты органы местного самоуправления: земство, губернское и уездное (т. II пол. зем. учр., ст. 4, ст. 414, п. 4, уст. гражд. суд., ст. 1282, прим.); городское общество (т. II, гор. пол., ст. 7, ст. 414, п. 2); дворянское общество (ст. 414, п. 1, ст. 698, п. 4); биржевое общество (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 657); мещанское общество (т. IX, ст. 579); сельское общество (т. IX, ст. 684, ст. 414, п. 3, ст. 698, п. 4); волостное общество (80, 246; 09, 84).

2. Частные юридические лица устанавливаются по воле частных лиц, выраженной в юридической сделке, в договоре, в завещании, в акте дарения (95, 6). Воля частных лиц может быть направлена на цели экономические или же на цели общественные и иметь в виду благотворительность, народное просвещение, народное здравие и т.п. Это могут быть товарищества, музыкальные и сценические кружки, клубы, ученые и художественные общества.

В. С другой точки зрения юридические лица могут быть разделены на соединения лиц и на учреждения. Это то деление, которое положено в основу германского и швейцарского законодательства и которое чуждо французскому и английскому праву, не знающим учреждения как особого вида юридических лиц. С английской точки зрения Лондонский университет как субъект прав и обязанностей представляет собою не учреждение, а корпорацию, состоящую из канцлера, преподавателей (fellows) и лиц, удостоенных в этом университете ученой степени.

1. Юридическое лицо представляет собою соединение лиц, корпорацию, как говорят англичане, когда оно состоит из некоторого числа людей, соединяющихся для достижения общей цели и самостоятельно управляющих общими делами. Физические лица образуют в соединении особый субъект права, отличный от них: они только члены соединения. Относительно этого вида юридических лиц вполне применимо замечание, что понятие юридического лица играет как бы роль скобок, в которых заключены однородные интересы известного числа лиц для более упрощенного определения отношений этой коллективной личности к другим. Соединения лиц, имеющие частный характер, могут быть в свою очередь подразделены на общества и товарищества.

а. Обществом признается соединение нескольких лиц, которые, не имея задачей получение для себя прибыли от ведения какого-либо предприятия, избрали предметом своей совокупной деятельности определенную цель (т. XIV, по прод. Св. Зак. 1906 г., уст. пред. прест., ст. 1181, прил. ст. 1). Юридическую личность общества приобретают путем регистрации, возложенной на губернское или городское по делам об обществах присутствие (ст. 20). С этого момента общество получает право приобретать и отчуждать недвижимости, образовывать капиталы, заключать договоры, вступать в обязательства, а равно искать и отвечать в суде.

б. Товариществом признается соединение нескольких лиц, которые ставят задачей своей совместной деятельности извлечение для себя прибыли от какого-нибудь хозяйственного предприятия. Таковы товарищества полное, на вере (ст. 698, п. 10), акционерное, биржевые (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 82, прим., по прод. 1906 г., прил. ст. 10) и трудовые артели (по прод. 1906 г., ст. 219812).

2. Юридическое лицо представляет собою учреждение в тех случаях, когда часть имущества предназначается для достижения известной цели, с полным юридическим обособлением. Создается особый субъект имущества, которому и будут принадлежать средства, назначенные для определенной цели и выделенные для этой цели из имущества различных лиц. Такое выделение может состояться на основании договора нескольких лиц, по дарственному или завещательному акту одного лица. Таким путем учреждаются музеи, больницы, ночлежные дома, школы, столовые. Учреждение служит интересам многих лиц, но эти лица не члены его и не субъекты прав, составляющих имущество учреждения. Термин "учреждение", известный в германском праве под именем Stiftung, во французской литературе – под именем fondation, известен русскому законодательству в смысле юридического лица, хотя он иногда применяется и к соединению лиц (город. пол., ст. 24).

IV. Возникновение юридических лиц. При рассмотрении вопроса о том, каким образом создается юридическая личность, необходимо различать соединения лиц и учреждения.

А. Соединения лиц могут возникать по одной из следующих трех систем.

1. Система самозарождения приурочивает возникновение юридического лица к моменту соглашения нескольких лиц. Система эта очень проста и чрезвычайно облегчает появление союзов. Но она страдает существенным юридическим недостатком: она оставляет третьих лиц в неизвестности по вопросу, сорганизовалось ли соединение, придало ли оно себе юридическую личность и имеются ли в наличии все необходимые для того условия. Эта система принята новым швейцарским уложением для ассоциаций, не преследующих хозяйственной цели в форме торгового предприятия (§ 60 и 61, п. 2). Русскому законодательству эта система неизвестна.

2. Система концессионная состоит в том, что возникновение юридического лица обуславливается специальным разрешением органов власти. Эта система крайне стесняет образование соединений. Концессионная система лежит в основе английского права, которое издавна держится принципа: *no corporation exists without the King's consent*. В действительной жизни этот принцип смягчается. Система концессии в русском законодательстве выражена явно для акционерных товариществ (ст. 2153), скрытно действие ее гораздо шире.

3. Система явочная или нормативная ставит возникновение юридического лица в зависимость от заявления об образовавшемся соединении и зарегистрирования его. Эта система, не затрудняющая возникновения соединений, в то же время вносит полную определенность в юридические отношения. Простою справкою в реестре всякий может убедиться в организованности соединения, с которым желал бы иметь дело. Регистрация ведется во Франции при префектуре, в Германии при суде мировом – *Amstgericht*. По русскому законодательству явочная система установлена для товариществ полного и на вере (т. XI, ч. 2; уст. торг., ст. 59), которые получают "торговое и гражданское знаменование" лишь по внесении выписки из учредительного договора в купеческую или городскую управу. Что касается обществ, то хотя закон 4 марта 1906 г. и провозглашает, что общества могут быть образуемы без испрошения на то разрешения правительственной власти (ст. 2), но юридическую личность приобретают только общества зарегистрированные (ст. 20). Регистрация ведется при губернском или городском по делам об обществах присутствии. Проект устава, нотариально засвидетельствованный в отношении правоспособности и подлинности подписи участников, представляется губернатору или градоначальнику (ст. 22). Присутствие, обязанное рассмотреть проект в течение месяца, разрешает регистрацию или отказывает в ней (ст. 23), в чем и обнаруживается концессионный, а не явочный порядок (ср. ст. 17). Из реестра выдаются в случае надобности (!) правительственным и частным лицам справки по их о том заявлениям и просьбам (ст. 26).

В. Учреждения могут возникать при наличии некоторых условий.

а. Прежде всего, необходимо отделение материальных средств для осуществления предположенной цели. Эти средства могут образоваться путем немедленных взносов или обособления части наследства. Однако одно создание капитала не есть еще возникновение юридического общества, например, собираются или назначаются деньги для взноса платы за беднейших студентов.

б. Создание средств предполагает учредительный акт, в котором выражается воля тех, кто предполагает создать юридическое лицо как субъект обособленного имущества. Это может быть договор, дарственный акт, завещание. Возможность завещательных распоряжений, которыми часть имущества оставляется еще не существующему, только предполагаемому лицу, представляет спорный вопрос, рассмотрение которого должно быть отнесено к наследственному праву.

с. Третье условие для возникновения учреждения – это разрешение государственной власти. Оно дается или в законодательном порядке, например учреждение университета, или в административном с разрешения губернатора или министра внутренних дел (ст. 981), например учреждение стипендии. До правительственного разрешения юридического лица нет, а потому пожертвование, основанное на договоре нескольких лиц или на даре одного лица, может быть еще взято назад.

В. Право- и дееспособность юридического лица. Как субъект права, юридическое лицо должно обладать правоспособностью. Здесь открывается ряд спорных вопросов, касающихся объема этой правоспособности.

1. Прежде всего, возбуждается вопрос, представляется ли правоспособность юридического лица неограниченной, т.е. может ли юридическое лицо вступать во все юридические отношения, как и физическое лицо, насколько тому не противоречат прямые постановления закона и отсутствие физических свойств, или же эта правоспособность должна быть признана специальной, т.е. юридическое лицо может вступать лишь в те юридические отношения, которые соответствуют цели его возникновения.

В пользу первого воззрения можно выдвинуть то соображение, что если физическое и юридическое лица являются субъектами, созданными силою закона, то нет основания делать различие между ними в правоспособности. Понятие о правоспособности одно, пока не доказано в каждом отдельном случае противное. Принцип неограниченности имеет защитников особенно во Франции, но также и в Германии. Он признан в новом швейцарском кодексе, который постановляет, что юридические лица могут приобретать все права и вступать во все обязательства, за исключением тех, которые неразрывно связаны с естественными свойствами человека, как пол, возраст или родство (§ 53).

В пользу второго взгляда можно сказать, что хотя оба субъекта – продукт объективного права, но задачи творчества разные. Живому человеку нужна широкая правоспособность, потому что своей единичной волей он может ставить себе различные цели и переходить от одной к другой. Юридическое же лицо создается волею нескольких лиц, поставивших себе определенную цель. В соединении лиц меньшинство может быть увлечено большинством далеко за пределы цели, ввиду которой они предоставили в общее распоряжение свои средства. В учреждении воля учредителя, быть может, уже умершего, была бы нарушена, если бы правоспособность допускала пренебрежение целью, ввиду которой состоялось пожертвование. Большинство ученых в германской науке держится принципа специальности (Гирке, Регельсбергер, Дернбург).

Обращаясь к русскому праву, мы встречаем, при всей незначительности законодательного материала, указания именно на принцип специальности. Так, относительно акционерного товарищества высказано, что "компания, которой правила единожды утверждены правительством, не может простирает действий своих далее предназначенных ей пределов" (ст. 2153); в правилах 4 марта 1906 г. указано, что "общество может пользоваться правами, указанными в его уставе" (ст. 23). Наша практика стала также на сторону принципа специальности: "...юридическому лицу не могут принадлежать все те права, которые принадлежат лицам физическим, а только такие, которые ему необходимы для достижения его специальной цели существования" (80, 246; 82, 42). В отношении акционерных обществ Сенат высказал, что для признания той или другой сделки, дозволенной обществу, нет надобности, чтобы она была прямо поименована в уставе, но, однако, необходимо, чтобы сделка, не противореча общим законам, вытекала из целей, для достижения которой учреждено общество (08, 67, 105; 09, 106; 11, 95). Если правоспособность юридического лица ограничивается пределами той цели, для которой оно возникло, то всякая юридическая сделка, выходящая за эти пределы, должна быть признана недействительной. На этом основании признано, что банк вправе производить залог и перезалог ценных бумаг, хотя бы это и не было специально указано в его уставе, так как подобная операция соответствует банковскому предприятию; и, наоборот, отвергнуто было право страхового общества принять в залог дом своего агента в обеспечение счета его по производству перечислений взыскиваемых премий, так как такая сделка выходит за пределы целей страхового предприятия. Применяясь к этой точке зрения, мы должны сказать, что городская дума вправе и должна не признать расхода, произведенного управою на проводы отъезжающего начальника губернии; недействительно было бы отчисление Варшавским университетом из специальных средств некоторой суммы на памятник в Вильне Муравьеву; коммерческий банк не вправе часть дохода назначать на содержание ночлежного дома.

2. Другой вопрос заключается в том, имеет ли правоспособность юридического лица чисто имущественный характер, ограничивается ли она только имущественными правами и обязательствами? Не может быть, конечно, сомнения, что юридическому лицу чужды те права, которые связаны с физическою природою человека, так, например, оно не в состоянии узаконить или усыновить (дочь полка!). Напрасно только Мейер на этом основании отрицал у нас возможность для юридических лиц наследовать, полагая, что наследование по закону

основывается на родстве, а родство – понятие, не применимое к юридическому лицу. Но наследование по закону со стороны юридических лиц признано нашим законодательством, например, выморочные имущества, оставшиеся после потомственных дворян, переходят к тем дворянским обществам, к составу которых умерший принадлежал (ст. 1172). Однако, когда говорят, что правоспособность юридического лица не ограничивается имущественной сферой, то имеют в виду ряд прав чисто личного характера. При этом указывают личные права по принятию и исключению членов, право на имя и фирму, на печать, права, связанные с определенным местопребыванием, право быть поверенным, душеприказчиком, защита чести и т.п. Во всем этом списке нет истинно личных гражданских прав, некоторые из них переводятся на имущественную почву (право на фирму), иные неохранимы в гражданском праве, например право города на герб. В действительности правоспособность юридических лиц всегда имеет исключительно имущественный характер, хотя бы оно преследовало и нематериальные цели, например ученое общество, музыкальный кружок.

3. Третий вопрос, связанный с правоспособностью юридического лица, заключается в том, ограничивается ли ею представление о юридическом лице или же за ним следует признать и дееспособность? Так как дееспособность тесно связана с волею, а юридическое лицо само по себе лишено реальной воли, то, по-видимому, за юридическим лицом нельзя признать дееспособности. Однако закон, признавая юридическое лицо субъектом прав, предполагает такую его организацию, при которой юридическое лицо могло бы принимать известные решения, приводимые в исполнение его представителями. Но принять решение, например, в общем собрании членов – значит выразить волю. Правление клуба, заключая договор о найме помещения, выражает в сделке не свою волю, а волю юридического лица. Поручение банка купить известное количество ценных бумаг дается ему, а не директорам. Ввиду этого необходимо признать за юридическим лицом не только правоспособность, но и дееспособность.

VI. Представители юридического лица. Внутренняя сторона отношений юридического лица определяется или законом, если это публичное лицо, или договором, выраженным в уставе, если это частное соединение лиц, наконец, волею учредителя, выраженной в завещании или в дарственной, если это частное учреждение.

Для сношений на внешней стороне, для того чтобы третьи лица могли вступать в сделки с юридическими лицами, необходимы представители, которые бы заменили собою ту неопределенную, изменчивую массу лиц, какая встречается в соединении, ту, наоборот, неподвижность, какую представляет учреждение. Через представителей юридическое лицо приобретает права и принимает на себя обязательства. Действия только представителей обязывают юридическое лицо.

Представители выполняют свою задачу или в пределах указаний закона (публичное юридическое лицо), или же в пределах данного им полномочия (частное юридическое лицо), которое, однако, не может выходить из границ цели, для которой существует юридическое лицо. В этих пределах юридическое лицо несет ответственность за действия его органов. Юридическое лицо всегда отвечает за сделки представителей, совершенные ими в качестве таковых, пока они соответствуют закону или полномочию. Юридическое лицо, как фиктивное, не может нести уголовной ответственности, которая падает только на самого виновника, хотя в последнее время такие видные юристы, как, например, Лист или Салейль, высказываются за уголовную ответственность юридического лица. Поэтому уголовное наказание может падать только на представителей, виновных в противозаконном действии. Но возмещение имущественного ущерба, причиненного такими преступными действиями представителей, может быть возложено на юридическое лицо, если только совершенное преступное действие соединено с интересами юридического лица (например, неосторожная эксплуатация железных дорог), а не составляет личного частного дела представителя (убийство, выдача подложных векселей).

VII. Прекращение юридического лица. Причины прекращения юридического лица или общи всем видам, или свойственны только некоторым. Юридическое лицо прекращается: а) за истечением того срока, на который оно было учреждено, б) вследствие достижения той цели, для которой возникло, с) оно может быть прекращено силою закона (например, предположим отмену дворянских или мещанских обществ) или же административною властью, если найдено будет

вредным направлением его деятельности, например, закрытие клуба, кружка (т. XIV, прод. 1906 г.; уст. пред. прест., ст. 181, прил. ст. 34). К причинам, которые свойственны отдельным юридическим лицам, относятся: d) для личных соединений – исчезновение личного состава вследствие смерти или выхода, e) уничтожение имущественного состава для частных учреждений, например истощение клубного фонда; сюда же относится несостоятельность юридических лиц; f) для личных соединений имеет силу соглашение членов о прекращении, например по постановлению собрания акционеров.

С прекращением юридического лица связывается вопрос о судьбе его имущества. Здесь может быть два решения: или имущество разделяется между наличными членами, или же за неимением кровных наследников у юридического лица оно должно поступить как выморочное имущество в казну. Конечно, дело идет только о частных юридических лицах, потому что в отношении публичных первое решение не может иметь применения. Вопрос о судьбе имущества юридического лица на случай прекращения последнего настолько важен, что обыкновенно предусматривается в уставе его. При молчании устава могут быть приняты следующие правила. Раздел имущества наступает в личных соединениях, товариществах, кружках и т.п. Переход в казну имеет место при прекращении учреждений, например благотворительных или учебных. Впрочем, такое последствие наступает только тогда, если учредитель или его наследники за невозможностью достижения намеченной цели не просили в установленном порядке об обращении оставшегося имущества на другое назначение (ст. 986). Относительно обществ, возникающих на основании правил 4 марта 1906 г., установлено, что за молчанием устава оставшееся по удовлетворении кредиторов имущество поступает в ведение правительства для употребления по назначению, наиболее отвечающему цели общества. Если же принадлежащее обществу имущество служило для личных удобств и выгод его членов и оно по постановлению общего собрания не было пожертвовано для какой-либо благотворительной цели, то по закрытии общества оставшееся за удовлетворением его долгов имущество распределяется поровну между всеми членами, входящими в состав общества во время его закрытия (т. XIV, по прод. 1906 г., уст. пред. прест., ст. 1181, прил. ст. 29). Здесь отчетливо передано разграничение между учреждением и соединением лиц.

§ 14. Вещи как объекты права

Литература: Мейер, Русское гражданское право, т. I, стр. 101–113; Победоносцев, Курс гражданского права, т. I, стр. 1–112; Анненков, Система русского гражданского права, т. I, стр. 283–419; Васьковский, Учебник гражданского права, т. I, стр. 76–96; Бранд, О родовых имуществах (Жур. гр. и уг. пр., 1888, N 6 и 7); Башмаков, Институт родовых имуществ пред судом русской юриспруденции (Ж. М. Ю., 1897, N 7 и 8); Змирлов, Отмена или преобразование наших законов о родовых имуществах (Ж. М. Ю., 1898, N 4); Он же, Значение родовых имуществ для будущего гражданского уложения (Жур. гр. и уг. пр., 1889, N 3); Ильяшенко, Институт родовых имуществ с точки зрения будущего гражданского уложения (Ж. М. Ю., 1900, N 2, 3 и 4); Савельев, О принадлежностях недвижимых имений (Юрид. вестн., 1877, кн. 11–12); Dufour, Les biens patrimoniaux en Russie, 1913.

I. Понятие об имуществе. Объектом права называется все то, что может служить средством осуществления интереса. Такими средствами могут быть: а) вещи, т.е. ограниченные части материального мира, б) действия других лиц, состоящие в передаче вещи, в личных услугах, в приложении своей рабочей силы. Вещи и чужие действия составляют экономические блага, и запас таких благ, находящихся в обладании известного лица, называется имуществом с экономической точки зрения.

Юридическое понятие об имуществе не совпадает с указанным экономическим. С юридической точки зрения под имуществом понимается совокупность подлежащих денежной оценке юридических отношений, в которых находится известное лицо, – чисто личные отношения сюда не входят. Следовательно, содержание имущества с юридической точки зрения выражается, с одной стороны, а) в совокупности вещей, принадлежащих лицу на праве собственности и в силу иных вещных прав, и б) в совокупности прав на чужие действия – это именно и есть то деление

имущество, которое известно нашему закону под именем наличного и долгового (ст. 416 и 418)[1], а с другой стороны – в а) совокупности вещей, принадлежащих другим лицам, но временно находящихся в его обладании, и б) [в] совокупности обязательств, лежащих на нем. Сумма отношений первого рода составляет актив имущества, сумма отношений второго рода – пассив имущества.

В то время как одни юристы (Виндшейд, Регельсбергер) считают долговые отношения составною частью имущества в качестве его пассива, другие понимают имущество как совокупность подлежащих денежной оценке прав (Дернбург, Эннекцерус, Тур, Кипп). Если немецкие ученые побуждаются к тому главным образом германским уложением, то взгляд этот нельзя принять как теоретически верный. Совершенно непонятно, как возможно понимать двухстороннее обязательство принадлежащим к имуществу только одною его стороною. Нельзя считать юридическим объяснением, что долги, не составляя части имущества, лежат на имуществе, как связанная с ним повинность (Эннекцерус).

Наше законодательство не выдерживает строгой терминологии и употребляет слово "имущество" вместо "вещь", а вместо "имущества" говорит о "собственности" или об "имении". Но в некоторых случаях оно держится правильного понятия об имуществе. В этом смысле понимается в нашем законодательстве имущество, когда несовершеннолетнему предоставляется управление его имуществом (ст. 220), когда конкурсному управлению передается в заведование имущество несостоятельного должника (т. XI, ч. 2; уст. суд. торг., ст. 460), когда наследство определяется как совокупность прав и обязательств, оставшихся после умершего без завещания (ст. 1104).

Из представления об имуществе, сейчас сделанного, можно получить следующие выводы: а) каждое лицо обладает имуществом, хотя бы то был нищий, обладающий одним куском хлеба, хотя бы то был человек, долги которого далеко превышают стоимость его роскошной обстановки, и в) каждое лицо обладает только одним имуществом, хотя бы в составе его и находились части, экономически и даже отчасти юридически обособленные, как, например, торговое предприятие.

II. Совокупность вещей. Указанное понятие об имуществе как совокупности имущественных отношений не должно быть смешиваемо с совокупностью вещей, физически не связанных, но объединенных общим собирательным именем и выступающих в юридических отношениях как целое, например стадо, библиотека, магазин, театральная гардероб. Хотя в действительности существуют как вещи только отдельные животные, книги, товары, костюмы, но объектом сделок является самая совокупность их, поэтому судьба отдельных предметов не имеет влияния на юридические отношения. Так, например, при залоге магазина обеспечением является целое, и в случае взыскания оно будет обращено на магазин в том составе, какой он имеет в этот момент. Если бы объектом залога была не совокупность, а отдельные вещи, ее составляющие, то из магазина не могли бы быть проданы отдельные товары, как находящиеся под залогом, напротив, залогом не подлежали бы товары, вновь поступившие в магазин после установления залога. Такое изменение состава совокупности возможно до тех пор, пока не утрачивается самое понятие о целом, например, пока не распродают все товары без покупки новых, когда расхищаются наиболее ценные книги в библиотеке. Необходимо, чтобы замена одних предметов другими соответствовала экономической задаче целого. Совокупность вещей в указанном значении выступает в обороте как некоторое единство, обособляемое точкою зрения оборота, например, при страховании лавки, так называемого товара в обороте. Однако практическое значение совокупности вещей как особого вида объектов ослабляется у нас порядком, принятым при исполнении решений, по которому при обращении взысканий должен быть назван и описан "каждый предмет" (уст. гражд. суд., ст. 980, п. 2), даже когда взысканию подвергаются магазин (ст. 985) или библиотека (ст. 983).

III. Вещи движимые и недвижимые. Вещи, составляющие объект юридических отношений, представляют наибольшее разнообразие сравнительно с другими объектами, и потому необходимо остановиться на рассмотрении отдельных видов вещей. Некоторые деления, сохранившиеся в нашем законодательстве, потеряли свое практическое значение, а потому не подлежат рассмотрению. Таково, например, деление поземельных участков на населенные и ненаселенные. В прежнее время населенными назывались земли, населенные крепостными людьми. С

освобождением крепостных (1861) и с прекращением временно-обязанных отношений (1881) всюду, кроме некоторых частей Кавказа [закон 20 декабря 1912 г. ликвидировал "временнообязанные" отношения и в Закавказье (Собр. узак. 1912 г., отд. I, 2302)]. Это деление должно бы исчезнуть из нашего законодательства, однако, оно продолжает оставаться, смущая нередко практику (по поводу ст. 1350); деление это не лишено практического значения и ныне в отношении к правилам, связанным с фактом заселенности имения, напр., в вопросе о выкупе (ст. 1350). [Закон 3 июня 1912 г. установил еще одно деление недвижимых имуществ, лишенное серьезного основания, – на городские и земельные, соответствующие прежним "землям, в уезде находящимся" (Собр. узак. 1912 г., N 107).]

Наибольшую важность представляет деление вещей на движимые и недвижимые. Это различие образовалось исторически, вследствие преобладающего в средние века значения земли, отчего и сделки по недвижимостям всегда отличались от сделок по движимостям. Но основание для различия не только историческое. Земля вследствие ее ограниченности необходимо подвергается в частном обладании таким ограничениям, которые чужды движимым вещам. Землевладение представляет большое политическое и финансовое значение; с землею тесно связаны вопросы о кредите. Поэтому и в современном праве всюду недвижимости выделяются из ряда других объектов. Особенно резко это отличие в Англии, где *real property* (право на недвижимость) противопоставляется *personal property* (право на движимость).

Закон наш, хотя и устанавливает различие движимых и недвижимых вещей (ст. 383), но отличительного признака не дает. Теоретически движимые и недвижимые вещи различаются по тому признаку, способны ли они или нет к перемещению без повреждения сущности и без резкого уменьшения ценности. Под именем недвижимости понимается прежде всего часть земной поверхности и все то, что с нею связано настолько прочно, что связь не может быть порвана без нарушения вида и назначения вещи. Следовательно, сюда относятся строения, если только их фундамент укреплен в землю, городские или деревенские здания, дома каменные и деревянные, фабрики, заводы (ст. 384), тогда как палатки, переносные лавки, навесы, балаганы и т.п. строения, лишь поставленные на земле, должны считаться движимыми вещами, хотя закон и заявляет, будто "всякое строение" без исключения признается недвижимостью. [Категорическая редакция ст. 384 не исключает возможности признания некоторых "строений" движимыми вещами, так как нашему закону не чуждо понятие признаваемых движимостью временных построек: "...судопромышленники могут устраивать на бечевнике временные балаганы, а также избы, называемые зимовками... сии временные строения..." (ст. 358 уст. пут. сооб., т. XII, ср. закон о праве застройки 23 июня 1912 г., Собр. узак., отд. I, 1147). Редакторы проекта гражданского уложения определенно усматривают в действующем праве понятие строения как движимости и на нем основывают ст. 35, трактующую о них (объясн. I, ст. 161).] Самое назначение строений, которое ему дает собственник, – быть в постоянной связи с находящейся под ним землею, не иметь влияния на признание за ним движимого или недвижимого свойства; так, например, нельзя признать за недвижимостью скамейку или беседку, заготовленные для сада. Строения, хотя бы они и были прочно укреплены на земле, переходят в разряд движимых вещей, когда сделка направлена на приобретение материала, из которого они состоят, без участка земли, под ними находящегося, продажа на слом, на снос.

Само собою разумеется, что вопрос о прочности и связи строения с землею не может быть решен принципиально с полною точностью. Решение его зависит от обстановки каждого случая в отдельности. Сомнение может представить, например, крестьянская изба, которая нередко ставится за деревнею, а потом переносится по частям в назначенное место, без укрепления фундамента (известно, что крестьяне, не имеющие достаточно средств, чтобы построить новую избу, покупают старую и перевозят ее на новое место), или, например, некоторые купальни, прочно установленные в озере на столбах, а не на бочках, и не снимаемые на зиму. В XVII веке, по Олеарию, в Москве был особый рынок, где продавались деревянные дома, совсем готовые: их разбирали, перевозили в назначенное место и складывали опять. Несомненно, строительная техника, позволяющая свободно перемещать многоэтажные дома, способна еще более затруднить и без того не особенно твердое отличие движимости от недвижимости. Затруднение у нас возрастает также вследствие того, что закон к разряду недвижимостей отнес и железные дороги

(ст. 384). [Проект гражданского уложения (ред. 1905 г.) недвижимыми имуществами признает земли, а также строения или сооружения, неподвижно к земле прикрепленные, временные же подвижные или переносные постройки и сооружения относит к имуществу движимому (ст. 32 и 35).]

Как строения, возвышающиеся над поверхностью земли, признаются недвижимостью, точно так и постройки под землею, например колодцы, шахты, должны считаться недвижимостью. Далее, недвижимое свойство приобретают по связи с землею все произведения, на поверхности обретающиеся и скрытые в недрах земли (ст. 387). Признание недвижимыми деревьев, плодов, вообще всяких растений, минералов, металлов и других ископаемых, пока они находятся в прочной связи с почвою, обуславливается самою природою этих вещей. Находясь в этом соединении, они не выступают как самостоятельные вещи, а только как части земли, а потому подчиняются положению целого. Но если имеется в виду выделение их из-за этой связи с землею и создание их них самостоятельных вещей, то свойство недвижимости теряется: так, например, если покупается лесной участок – это будет сделка о недвижимости, но если покупается лес на сруб, то эта сделка будет иметь своим предметом движимые вещи. Однако лес, проданный на сруб, становится движимостью не в момент совершения сделки, когда он находился еще на корню, был прочно связан с землею, но только с момента вырубки его (90, 109) [ср. реш. 10, 75, в котором Сенат пересмотрел свою практику]. Точно так же сделкою о движимости должно признать сделку о поставке песка и камня для мостовой. Недвижимостью не должны считаться строения, воздвигнутые на чужой земле в силу какого-либо договорного отношения. Поэтому залог или продажа фабрики, построенной на арендованной земле, не требует крепостной формы (01, 6). Поэтому же кредитор лица, которому принадлежит каменный магазин, возведенный на чужой земле в силу договора найма, вправе обратиться свое взыскание на это строение как на движимость и требовать продажи его с публичного торга на снос (08, 68). Так решает этот вопрос германское уложение (§ 95), и наша практика после долгих колебаний примкнула к тому же мнению (10, 48). Тем не менее вопрос остается спорным и согласие не достигнуто ни в теории, ни в практике, закон же дает основания к отнесению строений на чужой земле и к движимостям, и к недвижимостям. [Вопрос еще более осложнился с изданием закона 23 июня 1912 г. о праве застройки (Собр. узак. 1912 г., отд. 1, 1147), который трактует право застройщика как недвижимое имущество, открывая для здания, возведенного по праву застройки, особый крепостной лист и приравнивая тем самым строение на чужой земле к имуществу недвижимому. Проект гражданского уложения (ст. 35) признает строения недвижимостью, если они принадлежат отдельным владельцам в силу вотчинного права на имение.]

Установленное понятие о недвижимости само собою, по противоположению, выясняет понятие о движимых вещах как о предметах внешнего мира, способных к перемещению или сами по себе, например животные, или при содействии посторонней силы, например мебель. Закон (и проект гражд. улож.) старается перечислить их, хотя, понятно, ввиду бесконечного разнообразия такая попытка недостижима и притом бесполезна. К разряду движимых вещей относятся морские и речные суда всякого рода, книги, рукописи, картины и вообще все предметы, относящиеся к наукам и искусствам, домовые уборы, экипажи, земледельческие орудия, всякого рода инструменты и материалы, лошади, скот, хлеб, сжатый и молоченый, всякие припасы, выработанные на заводах, наличные руды, металлы и минералы и все то, что из земли извлечено (ст. 401).

К движимости закон присоединяет наличные капиталы, заемные письма, векселя, закладные и обязательства всякого рода (ст. 402). Собственно, обязательства, имеющие своим объектом чужие действия, а не вещи, по природе своей не подлежат вовсе делению на движимые и недвижимые. Недопустимо ставить вопрос, будет ли договор аренды или доверенности движимостью или недвижимостью. Смысл закона тот, что в некоторых случаях (главным образом при наследовании) права на чужие действия подчиняются тем же правилам, которые установлены для движимостей; закон приравнивает их по юридическим последствиям к правам на движимые вещи. Все права на чужие действия независимо от того, имеют ли они какое-либо отношение к недвижимости, будут движимостью, например права по акциям на каменноугольные копи или права по аренде. Приравливаясь к выражению закона, наша практика отнесла к движимости

исполнительные листы в качестве актов, удостоверяющих существование обязательственного отношения (80, 278). Следуя в том же направлении, необходимо признать движимый характер за всеми исключительными правами, как, например, авторское право. [Проект гражданского уложения признает имуществами движимыми все вещи, не принадлежащие к составу недвижимого имущества или отделенные от земли и строений, а также и требования по обязательствам, хотя бы обеспеченные залогом недвижимого имущества, акции или паи в товариществах, авторское право, право на изобретения, на товарные знаки и на фирму и временные строения (ст. 37 и 35).]

Самый термин "недвижимое имущество" явился в нашем законодательстве довольно поздно и заменил собою прежние разнообразные выражения. Указ Петра I о единонаследии 1714 г. установил этот термин, сгладивший различие между вотчинами и поместьями.

Практическое значение различия между движимыми и недвижимыми вещами обнаруживается во многом. Укрепление прав на недвижимости совершается в крепостном порядке, от которого свободны движимые вещи. Доля наследственная определяется различно в отношении движимых и недвижимых вещей, оставшихся в наследстве. Иски по недвижимостям подсудны только окружным судам [Законом 15 июня 1912 г. о преобразовании местного суда (Собр. узак. 1912 г., отд. 1, 1003) иски о недвижимости ценю не свыше 1000 р. отнесены к подсудности мирового судьи] и притом без права выбора суда. При полной свободе мены движимыми вещами мена недвижимостями не допускается. Форма сделок различается, смотря по тому, будет ли объектом недвижимость или движимость, например при найме.

VI. Недвижимости родовые и благоприобретенные. Индивидуальному обладанию вещами предшествует исторически обладание родовое, особенно в отношении земли. Все приобретаемое членом рода принадлежит самому роду. Поэтому никто, даже главный распорядитель, которым является старший в роде, не может отчуждать общее достояние без согласия всех членов родового союза. По мере того как родовой быт заменяется семейным, семья приобретает большую свободу распоряжения ее отдельным имением, но все еще долго авторитет рода тяготеет над семьей. Некоторые недвижимости, как луга, леса, продолжают оставаться в общем пользовании, другие, особенно пахотная земля, индивидуализируются, но влияние родовых связей сказывается в том, что отчуждение даже этих недвижимостей невозможно без согласия родичей. Согласие рода со временем также устраняется, но переходит в право родичей выкупать имение, отчужденное одним из членов рода, если только это имущество не собственным трудом нажитое, а доставшееся из рода. Особый вид имуществ родовых составляет общее явление, известен всем народам. Деление недвижимостей на родовые и благоприобретенные известно истории Франции, где различались *propres* и *acquêts*, и Германии, где *Erbgut* противопоставлялось *wohlgewonnenes Gut*. В XIX веке исчезли последние следы этого различия.

В России, где институт родовых имений сохранился донныне как своеобразное, но далеко не самобытное явление, корни его держатся в глубокой старине. Это остаток родового быта. Но остатки родового обладания должны были исчезнуть в московский период русской истории, за изменением социальных условий, если бы не создались новые политические условия, которые заставили московское правительство поддержать вымирающее учреждение для того, чтобы сохранить землю в руках служилого класса, обеспеченность которого являлась условием правильного отбывания государственной повинности. Это утверждение индивидуального поземельного обладания на родовой основе складывается с начала XVI и до конца XVII века. Судебник 1550 г. (ст. 85), освобождая от родового выкупа земли, приобретенные покупкою, утверждает право выкупа наследственных вотчин в течение 40 лет со стороны боковых родственников. В 1627 г. это положение распространено было и на выслуженные вотчины. Новоуказная статья 19 июня 1679 г. воспретила совершенно завещание и сильно ограничила дарение родовых вотчин. Это стеснение свободы распоряжения родовыми вотчинами шло параллельно с утверждением свободы распоряжения купленными вотчинами, что обнаруживается как в Судебнике 1550 г., так и в Уложении 1649 г. Соответственно своей идее институт родовых имений в московский период получил сословный характер, – это был институт служилого сословия. Петр I, установив единонаследие, придал всем недвижимостям характер родовых. С отменой этого закона следовало ожидать исчезновения самого понятия о родовом имении.

Действительно, в 1737 г. сорокалетний срок выкупа сводится к трехлетнему, в 1744 г. право выкупа признается за дальними родственниками при условии, если они представят письменное согласие на то со стороны ближайших родственников. Но законодательство Екатерины II поддержало ослабевшую в общественном сознании идею, установило различие родовых и благоприобретенных имений по признакам, не вполне совпадающим с историческим основанием его. В жалованной дворянской грамоте 1785 г. говорится: "Благородному свободная власть и воля оставляется, быв первым приобретателем какого имения, благоприобретаемое им имение дарить или завещать, или в приданое, или на прожиток отдать, или передать, или продать, кому заблагорассудит; наследственным же имением да не распоряжает инако, как законами предписано" (ст. 22). То же повторяется в городском положении 1785 г. (ст. 88). Побуждением к укреплению в законодательстве понятия о родовом имении послужило не желание поддержать родовые связи, а стремление сохранить в знатных фамилиях имения как главную опору их общественной силы. Особенно важным представляется то, что институт родовых имений из сословно-дворянского, каким он был в московский период, в этот момент, т.е. в XVIII веке, принял всесословный характер. Соответственно расширилась сфера его применения.

По действующему законодательству родовое свойство может принадлежать только [но всех категорий] недвижимостям: все движимые вещи и денежные капиталы считаются благоприобретенными и о родовом происхождении их не может быть и спора на суде (ст. 398). [Однако Сенат распространяет институт родовых имуществ, правда только в отношении завещательных распоряжений, и на движимые вещи, принадлежности родовых недвижимых имуществ (84, 75).] Деньги, вырученные от продажи родового имения, не приобретают свойства родового капитала.

На родовой или благоприобретенный характер недвижимости не имеет никакого влияния личное состояние субъекта прав. Родовое свойство придается недвижимостям независимо от того, кто собственник: дворянин ли, купец, мещанин или крестьянин, если только он имеет частную собственность [но не юридическое лицо (07, 61)]. В настоящее время с переходом крестьян (по закону 14 июня 1910 г.) к личной собственности институт родовых имений получил широкое приложение в крестьянской среде.

Вопрос о родовом свойстве может возникать только относительно права собственности на недвижимость [но не права застройки (см. выше)], что вытекает из общего смысла постановлений закона и источников, на которых они основаны (96, 28). Поэтому фабрика, построенная на арендованной земле и перешедшая по законному наследованию, будет благоприобретенною у преемника. Закладная, перешедшая по законному наследованию, также лишена родового свойства.

Наш закон, давая в ст. 399 перечисление случаев, когда недвижимость становится родовой, а в ст. 397 – перечисление случаев, когда недвижимость признается благоприобретенной, возбуждает вопрос: в каком соотношении находятся оба перечисления? Можно считать, что родовое свойство есть нечто исключительное, а потому перечисление в ст. 397 следует рассматривать как примерное. Тогда необходимо признать, что недвижимость, не отвечающая признакам, указанным в ст. 399, будет благоприобретенною, хотя бы она и не подходила под признаки, данные в ст. 397. Возможна и другая точка зрения, принимаемая Сенатом (88, 74), по которой обе статьи имеют самостоятельное значение, и в своем казуистическом перечислении допускают каждая распространительное толкование. Тогда случай, не подходящий прямо ни под ст. 397, ни под ст. 399, должен обсуждаться применительно к каждой статье по наибольшей близости [общему смыслу законов (97, 68; 92, 80)].

Недвижимости становятся родовыми в следующих случаях: а) когда они приобретены по законному наследованию, в) когда они приобретены хотя и по духовному завещанию, но таким родственником, которое имело бы по закону право наследования (в момент открытия наследства), с) когда они приобретены по купчим крепостям от родственников, к которым дошли по наследству из того же рода (ст. 399). Во всяком случае, следует иметь в виду, что родовой характер не составляет постоянного свойства известного имения: у одного собственника и при известных условиях оно будет родовым, а у другого при изменившихся условиях оно будет благоприобретенным. Мало того, то же самое имение в руках его собственника может быть отчасти родовым, отчасти благоприобретенным, вследствие чего юридическое положение еще

более осложняется. Во всяком случае, признак родовой кроется в истории перехода данной недвижимости. Рассмотрим подробнее предложенные законом признаки.

1. Наследование по закону составляет главное основание, в силу которого недвижимость приобретает родовой характер. Безразлично, будет ли это наследование в нисходящей линии или в боковой. Родовое свойство приобретает вся недвижимость, хотя бы по размеру она превышала долю, которая причитается данному лицу по законному наследованию. Например, брат или сестра делят поровну доставшееся им после смерти отца имение: родовое будет у сестры все полученное ею, а не 1/7 только часть имения. Точно так же при отречении одного из наследников увеличенные от того части остальных будут полностью родовыми. Так как законное наследование по идее основывается на кровном родстве, а муж и жена к одному роду не принадлежат, то недвижимость, полученная одним из супругов по смерти другого, в виде указанной части не признается родовой (ст. 397, п. 6). В силу того же основания имение, доставшееся по законному наследованию усыновленному от усыновителя, не будет у него родовым (97, 72) [если усыновленный по отношению к усыновителю чужеродец; если же усыновленный внебрачный сын усыновителя или боковой родственник его, то вопрос может быть решен иначе].

2. Наследование по завещанию придает родовой характер недвижимости только в том случае, когда совпадает с наследованием по закону, когда и без завещания имение перешло бы к лицу, назначенному по завещанию наследником. Недостаточно принадлежать к числу лиц, имеющих надежды на наследство, а необходимо, чтобы лицо, назначенное наследником по завещанию, принадлежало к числу наследников, призванных к наследованию в момент открытия наследства после данного собственника. Если благоприобретенное имущество завещано наследникам не в тех долях, какие следовали бы им по праву законного наследования, то унаследованная недвижимость становится родовой лишь в пределах законных долей (79, 3; 07, 90). Например, отец завещал сыну и дочери свое имение поровну: у сына вся его часть будет родовой, у дочери – только одна седьмая ее часть.

Как ни близко дарение к завещанию, однако нельзя распространять с точки зрения нашего закона последствия наследования по завещанию на дарственную сделку. Поэтому благоприобретенная недвижимость, дошедшая по дарственной записи, хотя бы и к лицу, которое имело право законного наследования, не будет родовой (97, 68) [о дарении родовой, ст. 967]. Сомнение возбуждается относительно имений, доставшихся по выделу или приданому. Если выделяется родовое имение, вопрос, конечно, не вызывает спора. Напротив, когда выделяется благоприобретенная недвижимость, то возможно разногласие. Если принять в соображение, что выдел производится при жизни отчуждателя, что последний вправе назначить для этой цели какую угодно долю из благоприобретенного, то следует за имением, доставшимся по отдельной записи, отвергнуть характер родового (77, 168). Если же иметь в виду, что выдел составляет предваренное наследование, что выдел может иметь место только между родственными лицами, необходимо признать за имением, доставшимся по выделу, все равно, было ли оно у выделявшего лица родовым или благоприобретенным, характер родового (88, 74). Точно так же должен быть решен вопрос относительно недвижимостей, доставшихся по рядной записи в виде приданого, если только имение передано родственнице, которая имела право законного наследования после лица, снабдившего ее приданым. К этому выводу приводит то соображение, что приданое при означенных условиях является лишь формою выдела. [Так решил вопрос и Сенат в решении 10, 16.]

3. Третий признак, присоединяемый законом к двум первым, основным, – это покупка у родственника имения, доставшегося последнему из того же рода. Таким образом, для приобретения родового свойства по п. 3 ст. 399 требуется: а) чтобы состоялась купля-продажа, б) чтобы продавец и покупатель принадлежали к одному роду, в) чтобы проданная недвижимость дошла к продавцу из того же рода по наследованию, хотя бы оно и не было у него родовым (например, продавец получил имение по завещанию от дяди, которого законным наследником он не был), но зато только по наследованию, а не по купчей, хотя бы оно стало у него родовым (например, продавец сам купил имение от брата, которому оно досталось от матери). За отсутствием первого условия не делается родовым имение, принадлежавшее ранее одному родственнику и перешедшее потом к другому не по купчей, например, если брат купит с

публичных торгов имение брата, проданное за долги последнего (92, 80). За отсутствием второго условия не делается родовым у покупателя имение, если сделка состоялась между усыновителем и усыновленным, хотя бы проданное имение было родовым у продавца-усыновителя. За отсутствием третьего условия не делается родовым имение, купленное отцом у сына, которому оно досталось от матери (ст. 397, п. 3).

В противоположность родовой недвижимости, в основании которой лежит представление о приобретении по наследованию из рода, благоприобретенная недвижимость характеризуется независимостью приобретения от родовой преемственности. В виде общего принципа закон наш благоприобретенным имением признает то, которое нажито собственным трудом и промыслом (ст. 397, п. 7). Однако вопреки этому положительному моменту и в согласии с отрицательным моментом (не из рода) по закону к благоприобретенному причисляется имение, доставшееся по дарственной, пожалованное. Приобретение по давностному владению как способ первоначальный должно бы сделать приобретенное имение благоприобретенным независимо от того, кто был его прежним собственником. Таким образом, если сын провладеет имением отца в течение давностного срока и потребует при жизни отца укрепления своего права собственности, то такое имение примет у него характер благоприобретенного. Если же он, после того как стал наследником по закону, провладеет в течение десяти лет, то укрепленное за ним на этом основании имение не обладает свойством благоприобретенного (06, 38). Представим себе, что лицо передает в виде вклада в торговый дом свою родовую недвижимость, например фабрику, а затем по раздельному акту эта фабрика переходит к законному наследнику товарища, – она у него будет благоприобретенной, потому что приобретение произошло не от товарища, сделавшего вклад, а от торгового дома, т.е. юридического лица (07, 61).

Практическое значение различия недвижимостей родовых и благоприобретенных состоит в том, что первые ограничивают свободу распоряжения собственника, тогда как вторые находятся на полном его усмотрении. Ограничения эти заключаются в запрещении а) дарить и б) завещать родовые имения кому-либо помимо тех лиц, которые должны наследовать по закону (ст. 967, 1068), что не исключает возможности продавать или закладывать их. В случае продажи родового имения родственники прежнего собственника пользуются в течение 3 лет правом выкупа (ст. 1363). По закону 1862 г. родовое имение может быть предоставлено одним супругом в пожизненное пользование другого (ст. 5331), чем производится отсрочка в осуществлении прав со стороны наследников по закону.

С точки зрения политики права институт родовых недвижимостей следует признать анахронизмом, подлежащим исключению в будущем уложении. Ввиду неточности выставляемых законом признаков создается немало судебно-практических затруднений. Еще важнее те житейские осложнения, какие порождает этот институт. Прекрасно устроенное имение или фабрика должны быть разделены или же проданы для удовлетворения всех наследников. Наследодатель не может вручить предприятие наиболее способному вести его, удовлетворив прочих деньгами. Если некоторые из детей приобрели имущественную обеспеченность, например замужеством, то у родителей возникает естественное желание распределить имущество, остающееся после них, применительно к нуждам детей, но родовое свойство имения не дает к тому возможности. Главное возражение против родовых недвижимостей – это их бесцельность, потому что цель обеспечения ближайших родственников может быть достигнута только обязательною наследственною долею, а не родовым свойством недвижимости. Сохранение во что бы то ни стало недвижимостей в пределах рода (не семьи) с современной точки зрения не имеет решительно никакого значения. Сторонников этого института в настоящее время очень мало. Они преимущественно упираются на то, что институт этот мало понят с исторической стороны, а потому его порицать не следует, "страшно осуждать и разрушать то, что еще не вполне понятно" (Победоносцев). Но если институт оказывается несоответствующим требованиям жизни, то вопрос о времени и условиях его происхождения совершенно безразличен. Сюда же следует причислить голос части дворянства, воображающей, что институт родовых имений способен удержать первенствующее сословие от исторически и экономически неизбежного распыления. [Проект гражданского уложения от института родовых имуществ отказался.]

V. Заповедные и майоратные имения. Интересам дворянского сословия служит институт заповедных и майоратных имений, который имеет своей целью поддержать материальную обеспеченность дворянских фамилий и предотвратить тем падение их значения.

1. Заповедные имения могут быть учреждаемы только потомственными дворянами (ст. 478). Заповедный характер может быть присвоен только недвижимости (ст. 469), однако, закон дает возможность придать заповедное свойство и движимостям, но только в связи с недвижимостью, а именно: драгоценностям, произведениям искусства, собранию редкостей, книг, вспомогательному капиталу, внесенному в Государственный Банк (ст. 474, 477 и 485). Недвижимость, обращаема в заповедную, должна соответствовать размерам, указанным в законе, а именно не менее 5000 и не более 100 000 десятин удобной земли или определенной в законе доходности, а именно не менее 6000 и не более 200 000 руб. в год (средний доход по десятилетней сложности, ст. 470). Этот минимальный размер показывает, что заповедные имения рассчитаны на знатные фамилии и имеют своей целью не обеспечить лишь безбедное существование, но дать возможность вести жизнь, соответствующую по своей роскоши знатности фамилии. Учреждение заповедного имения нуждается в Высочайшем указе (ст. 467 и 483).

Заповедное имение по своим юридическим последствиям резко отличается от родового. Относительно заповедного имения запрещены не только сделки безмездного характера, но всякие сделки, направленные на его отчуждение (ст. 485). [Высочайше утвержденным 21 октября 1906 г. положением Совета Министров разрешено владельцам заповедных, временно заповедных, майоратных, ленных и подушных имений отчуждать крестьянам участки из состава принадлежащих им имений (Сбор. постановлений, издан. в порядке ст. 87 зак. осн. Госуд. канц., ст. 148 и след.).] Заповедные имения не только неотчуждаемы по сделкам, но и не подлежат судебным взысканиям, которые могут быть обращены только на доходы и то лишь при жизни должника (ст. 492). [Правило это несколько ограничено новейшими законами (ср. ст. 4921–5 по прод. 1906 г.)] Заповедные имения не подлежат действию давности владения (ст. 564). В противоположность родовым заповедные имения переходят к наследникам не в законных долях, а в полном составе, без раздробления (ст. 1198).

2. Иная цель лежит на основании временно заповедных имений, допущенных законом 25 мая 1899 г. (ст. 4931–49346). Учреждая этот институт, законодатель, по-видимому, ставил себе задачу обеспечить среднему дворянству, склонному к отчуждению своих имений, достаточное материальное существование. Дело идет не об обеспечении блеска, а о предотвращении разорения. Впрочем, это мертворожденный закон, потому что жизнь почти не знает случаев его применения.

3. В западных губерниях Всемиловейше жалуются имения майоратные (ст. 494–512). По существу это те же заповедные имения, с тою только разницею, что эти имения, как показывает и название, всегда переходят к старшему сыну, тогда как в заповедных имениях наследник может быть определен учредительным актом и иначе. [Проект гражданского уложения, приравнивая институт заповедных имений к фидеикоммисарной субституции, допускаемой нашим законодательством лишь в виде исключения из общего правила, положительно воспрещающего такую субституцию, тем не менее, сохраняет установления и заповедного наследственного и временно заповедного имения, по существу не изменяя действующих постановлений, а лишь приводя их в порядок и улучшая терминологию (ст. 421 и след.). Что же касается имений майоратных, то их проект считается не особым видом собственности, а лишь казенными имениями, переданными на праве майоратов в управление пожалованных ими лиц, а потому исключает правила о них из гражданского уложения, указывая им место в уставе о казенных имениях, в т. VIII Св. Зак.]

[Надельные земли. Институт наделных земель был создан в интересах крестьянства с целью обеспечить имущественный minimum крестьянской семьи. Надельные земли – это те земельные участки, которые были предоставлены крестьянам по положению о выкупе (т. IX Св. Зак., кн. II) в собственность или постоянное пользование крестьян для обеспечения быта и выполнения обязанностей (02, 27). Надельные земли не могут быть отчуждаемы за пределы определенного крестьянского общества и не подлежат, по разъяснению Сената, завещательным распоряжениям, исключая вышедших уже из владения того двора, которому были наделены (11, 53). Новейшие законы хотя и не отметили действия указанных ограничений, но, во всяком случае, начали процесс

слияния надельных земель с землями общегражданскими, хотя проект гражданского уложения сохраняет на них прежнюю точку зрения.]

VI. Вещи раздельные и нераздельные. Закон устанавливает в отношении недвижимостей различие вещей раздельных и нераздельных. Однако это различие применимо с таким же успехом и к движимым вещам. [Проект гражданского уложения применяет различие и к движимым вещам (ст. 46).] Да и сам закон не выдерживает своей точки зрения, когда говорит о нераздельности аренды. Собственно все вещи как части внешнего мира делимы, потому что делимость есть свойство материи. Делению подлежит как бочка вина, так и мраморная статуя. Но рядом с физической точкой зрения становится экономическая, которая определяет делимость вещи со стороны назначения вещи в оборот. Если вещь, хотя бы и способная к физическому разделению, перестанет по разделению выполнять свое назначение, она должна быть признана экономически нераздельной. В некоторых случаях деление равносильно уничтожению той цели, для которой создана вещь, как, например, деление рояля или статуи. Если иногда сама природа, физическая и экономическая, противится делению вещи, то, с другой стороны, в это дело может вмешаться закон и объявить нераздельность там, где делению нет препятствий ни с физической, ни с экономической стороны. Соответственно тому неделимость может быть естественная и законная.

1. Естественная неделимость обнаруживается тогда, когда части, на которые вещь могла бы быть разделена, утрачивают сущность и значение целого. Вещь делима лишь тогда и настолько, когда и насколько части ее являются тем же, чем было целое, только в уменьшенном виде (ст. 393). В каждой отдельной части сохраняются качества и экономическое назначение целого. Так, бочка вина делима, потому что вино, разлитое в бутылки, – это та же вещь, как и вино, бывшее в бочке; стадо овец делимо, потому что несколько маленьких стад вместо одного большого не изменяют существа вещей. Напротив, картина, пароход, животное не могут быть разделены, потому что отдельные части не будут уже тем, чем было целое.

2. Законная неделимость устанавливается по соображениям законодателя независимо от естественной делимости. Закон признает нередко неделимость там, где по природе своей вещи допускают деление. По нашему законодательству (ст. 394 и 395, ст. 1396, п. 1; т. XI, ч. 2, уст. пром., ст. 82) к нераздельным вещам принадлежат: а) фабрика, завод, лавка (здесь законная неделимость в большинстве случаев совпадает с естественной). Нераздельность присвоена также посессионным (горным) заводам (т. VII, горн. уст., ст. 224 и 227). Закон (ст. 394, прим.) причисляет сюда же дворы (ср. ст. 1324), но тотчас уничтожает силу своего постановления, позволяя городским обывателям разделять обширные места и дворы на части для продажи порознь без всякого их в том стеснения относительно меры частей (т. XII, уст. строит., ст. 179). [Сенат в решении 12, 8, рассмотрев указанное противоречие в законе, пришел к выводу, что городские дворы относятся к имуществам разделяемым.] Далее, к неделимым относятся: б) аренды (под именем аренды понимаются в данном случае [арендные права на казенные имения, которые прежде жаловались частным лицам, и заменившие их денежные выдачи, т.е.] выдаваемое служащим лицам периодическое пособие деньгами), в) золотые прииски, состоящие на казенной земле, когда они сдаются в разработку частным лицам, г) имения майоратные и заповедные, е) участки земли не более 8 десятин, отведенные бывшим государственным крестьянам в 1803 г. [ст. 38 кн. V пол. сельск. сост. допускает раздробление этих участков], ф) участки, отведенные в 1848 г., малоимущим дворянам, г) железные дороги со всеми их принадлежностями. В последнем случае представляется неясным, какой именно участок железных дорог неделим: тот только, на котором первоначально была проведена линия, или и все другие, позднее присоединенные тем же собственником? Нераздельность обуславливается ли непрерывностью линии или принадлежностью одному субъекту?

Спорным представляется вопрос о делимости дома. Закон наш не причисляет дома к нераздельным вещам. Существует воззрение, распространенное в практике, в силу которого дом признается неделимым по существу. Однако едва ли с этим взглядом можно согласиться безусловно. Действительно, многие дома являются по природе неделимыми, потому что при разделе их отдельные части, лишенные необходимых принадлежностей – кухни, погреба, сараев, дровяников, нередко двора, не будут отвечать той цели, для которой существует дом. Но это обстоятельство может и не встретиться – обширный дом может иметь многочисленные службы и

пристройки, так что при разделе каждая часть была бы снабжена всем необходимым. Увеличение необходимых принадлежностей может быть предпринято намеренно ввиду предполагаемого раздела. Что мешает разделу дома капитальной внутренней стеною, когда в больших городах многие дома отделяются друг от друга именно такою стеною? Если к одному дому можно позднее пристроить другой дом, то почему нельзя построенный одновременно разделить стеною? Трудно говорить о естественной неделимости дома, когда некоторые западные законодательства опровергают это предположение, допуская деление домов вдоль и поперек стеною и по этажам (напр., франц. код., § 664). На дом нельзя распространять законную неделимость фабрик и заводов, потому что экономическое назначение этих зданий, соответствие и взаимная зависимость отдельных частей создают неделимость по существу. Итак, следует признать, что по существу дом должен предполагаться вещью раздельною, но что предположение это может быть опровергнуто доказательством невозможности деления данного дома с сохранением за частями экономического значения целого. [Намек на делимость дома заключается в решении Сената 12, 8.]

Чрезвычайное понижение ценности суммы частей по сравнению с ценностью целого способно также привести к неделимости, хотя бы части с экономической точки зрения не переставали отвечать той же цели, как и целое. Это применимо, например, к бриллианту.

Практическое значение рассматриваемого деления заключается в том, что вещи, не раздельные по существу или по закону, во всех юридических отношениях могут быть присвоены одному только субъекту, если не устанавливается общая собственность. Так, например, при продаже железных дорог вследствие несостоятельности они не могут быть приобретены по частям несколькими лицами, а только одним (ст. 1396). При наследовании, например, парохода, если наследники не пожелают остаться в отношении общей собственности, пароход предоставляется одному из них, тогда как другие удовлетворяются соответствующей ценностью, или же пароход продается, и вырученная сумма распределяется между всеми наследниками. Однако наш закон не выдерживает своего взгляда на значение нераздельности: предлагая, с одной стороны, наблюдать, чтобы фабрики, заводы и мануфактуры при переходе их от одного собственника к другому не раздроблялись (уст. пром., ст. 82), закон, с другой стороны, предоставляет собственнику продать принадлежащие ему фабрики, заводы и мануфактуры "все в совокупности или по частям" (ст. 84). Против этого упрека закону возражает Ельяшевич, находя, что он основан на неверной передаче текста ст. 84 уст. пром. (см. Законы гражд., II, стр. 99).

VII. Главные вещи и принадлежности. Понятия эти соотносительны. Под главною вещью понимается такая, которая имеет значение в обороте сама по себе, независимо от других вещей, тогда как принадлежностью является вещь, которая только восполняет экономическое значение главной. Теоретически следует отличать принадлежности от составных частей вещи: если одна вещь не может выполнить свое экономическое значение без другой, то последняя будет составной частью первой, например труба на пароходе; в противном случае мы будем иметь налицо принадлежность, например лодка на пароходе. Практически, однако, различие это крайне затруднительно. Куда должны мы отнести, например, зимние рамы, пожарные при доме лестницы и т.п.?

Наш закон не проводит разграничения между составными частями вещи, с одной стороны, главною и принадлежностною вещами – с другой. Так, принадлежности домов, по словам закона, суть части оных, составляющие внутреннюю и наружную отделку, мраморные, красного дерева и другого рода полы, медные или чугунные камины (ст. 389). Принадлежностями имений закон признает реки, озера, пруды, болота, мельницы, церкви (ст. 387). Принадлежностями фабрик и заводов служат земли и леса (ст. 387). Точка зрения нашего закона с исторической стороны вполне ясна. Главною вещью является помещичье имение с землею, предназначенною для пашни, – все остальное только принадлежность. Для фабрики или завода производится перестановка, потому что земля или лес, к ним приписанные, могут увеличить полезность промышленного заведения, но остаются посторонними главному делу. Конечно, это представление старого помещичьего времени мало соответствует современному хозяйственному строю [и сенатская практика издавна различает в порядке восполнения закона составные части и принадлежностные вещи, что вполне определенно выяснено в решении 12, 41 и 71. Неуклонность сенатской практики в связи с неясностью закона дала даже возможность редакторам проекта гражданского уложения

утверждать, что закон наш различает составные части и принадлежностные вещи и что ст. 34 и след. проекта, проводящие между ними границу, лишь воспроизводят действующее право (кн. 1, стр. 159)].

Практическое значение указанного различия сводится к тому общему правилу, в силу которого положение принадлежности в юридических отношениях определяется положением главной вещи. Сделка (покупка, залог, завещание, наем), имеющая своим объектом главную вещь, охватывает и ее принадлежности. Тем ограничениям, которые установлены для распоряжения родовым имением, подчиняются также все возведенные на этой земле всякого рода здания и постройки (ст. 399, п. 4) и весь хозяйственный инвентарь (84, 75). По праву полной собственности на землю собственник ее имеет право на все ее принадлежности (ст. 424). Недобросовестный владелец имением обязан заплатить собственнику за проданные или вывезенные им из имения принадлежащие к имению предметы (ст. 613). В опись, составляемую судебным приставом при обращении на имение взыскания, вносится вся движимость, которая не может быть отделена от описываемого имения или по своему назначению, или на основании законов гражданских. Обратного правила не существует: судьба принадлежности не влияет на главную вещь. Принадлежности могут составить предмет отдельной сделки, если только собственник не стеснен в распоряжении главной вещью (как, например, родовым имением), и в этом случае главная вещь не следует за принадлежностями, а обособляется. Так, например, при продаже имения весь его инвентарь (если противное не условлено в договоре) следует к покупщику, но ничто не мешает собственнику благоприобретенного имения распродать в отдельности весь хозяйственный инвентарь, оставив за собою совершенно разоренные землю и усадьбу.

Связь, устанавливающая отношение главной вещи и принадлежности, может иметь различное основание. Эта связь может быть органическая, механическая, экономическая и юридическая.

1. Органическая связь устанавливается тогда, когда принадлежность, составляя произведение естественных сил главной вещи, продолжает пребывать в связи с нею (ст. 387). Сюда относятся так называемые естественные богатства земли – минералы, металлы; вся растительность земли – деревья, хлеб несобранный, трава нескошенная, ягоды, грибы в лесу, рыба в озере. Никому не может принадлежать право пользоваться естественными принадлежностями чужой земли без разрешения собственника; при отчуждении земли, леса, озера право на естественные принадлежности переходит к новому собственнику, если особым соглашением оно не сохранено за последним.

2. Механическая связь устанавливается вследствие искусственного присоединения различных вещей к главной, так что разъединение невозможно без повреждения. Например, громоотвод при доме, мачты на пароходе, лепные фигуры на здании. Так, дом состоит из кирпичей, бревен, рам, дверей, лестниц, полов и т.п., которые в своем соединении образуют одно целое. Выделение этих вещей из главной невозможно без повреждения ее. Поэтому право на главную вещь поглощает собою право на принадлежности и составные ее части. Например, при залоге дома собственник не имеет права снять с петель двери и продать их особо как движимость. Наиболее важным в практическом отношении примером механической связи является постройка здания на земле, потому что нельзя отделить строение от земли без разрушения первого. Строение, составляя принадлежность земли (ст. 386), предполагается собственностью того, на чьей земле поставлено.

Впрочем, русскому законодательству неизвестно право собственности на здания, отдельное от права собственности на находящуюся под ними землю. Так, на земле, составляющей нижегородский казенный ярмарочный гостиный двор, могут быть построены торгующими лавки, на которые им принадлежит право собственности. Приобретатель лавки, внесший выкупную за лавку сумму сполна, получает на лавку данную и пользуется лавкою как собственник ее, сохраняя за собою право лавку продать, заложить или на время уступить. Земля же, которая находится под лавками, составляя собственность казны, предоставляется только в постоянное пользование приобретателя лавки на все то время, пока занимается лавкою (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 665, прил., ст. 62). [Закон о праве застройки 23 июня 1912 г. положительно признал право собственности на строение, отдельное от права собственности на землю (см. ниже, § 271).]

3. Экономическая связь чаще всего соединяет вещи в отношении главной и принадлежности. Только благодаря своим принадлежностям приобретает нередко вещь свое хозяйственное значение. Главная вещь чисто приобретается не ради ее самой, а из-за совокупности вещей, которыми она обставлена. Этим объясняется различие между ценностью устроенного имения, снабженного хозяйственным инвентарем, и разоренного, представляющего одну землю, для эксплуатации которой необходимо обставить ее всевозможными принадлежностями. Принадлежностями имения служат следующие движимые вещи: весь хозяйственный инвентарь, т.е. рогатый и домашний скот, необходимый для обработки полей и для добывания молочных продуктов, запасы семян, по крайней мере на ближайший посев, продовольствие для скота, сельскохозяйственные орудия, машины (84, 75). Принадлежности городских домов составляют: двор, сад, конюшни, сарай, другие надворные строения. Поэтому когда нанимается весь дом, то в пользование домом входит и пользование садом, если противное не установлено соглашением, наоборот, когда нанимается квартира в доме, то пользование садом не предоставляется нанимателю, если противное не условлено или не вытекает из заведенного в доме порядка, потому что сад есть принадлежность целого, а не части. Экономическая точка зрения имеет часто решающее значение: скот будет принадлежностью имения, если он содержится в нем для работ сельских или удобрения полей, но не будет принадлежностью, если ведется скотоводство, для которого земля дает только прокорм. Такое экономическое значение не может не иметь влияния на юридические отношения. В нашем законодательстве содержится постановление, в силу которого движимость, признаваемая принадлежностью недвижимости, не подвергается аресту и продаже с публичного торга. Только за неимением другого имущества земельные орудия, машины, инструменты и всякого рода снаряды, составляющие хозяйство имения, подлежат продаже с публичного торга отдельно от недвижимого имения и то лишь в случае, когда они могут быть отделены от него без расстройств имения (уст. гр. суд., ст. 973, п. 9, ст. 974 и 975). Приисковое имущество, находящееся как на самом золотом прииске, так и в складах его, подлежит аресту и продаже отдельно от самого прииска в таком только случае, когда оно может быть отделено от него без расстройств золотопромышленного дела или когда самый прииск не может быть продан (по прод. 1906 г., уст. гражд. суд., ст. 9751). При отсутствии противоположного соглашения право, приобретенное по сделке на главную вещь, распространяется и на все вещи, находящиеся с нею в экономической связи.

4. Юридическая связь устанавливается законом в тех случаях, когда за отсутствием действительной связи законодатель по каким-либо соображениям желает связать судьбу одних вещей с другими. Так, например, к принадлежностям заповедных имений относятся: вспомогательный капитал, фамильные бумаги, драгоценности или произведения искусств, собрания редкостей, книг и тому подобные, именно в акте учреждения таковых имений означенные (ст. 391). Принадлежностями корабля признаются все корабельные документы (уст. торг., ст. 151). Нередко, впрочем, законодатель берет на себя задачу указания принадлежностей и тогда, когда опасается сомнений на практике, и иногда дает перечисление там, где принадлежностный характер ясен сам по себе; эти случаи не подходят под понятие юридической связи. [Проект гражданского уложения устанавливает правила о главных вещах и принадлежностях, совпадающие в существенном с положениями, изложенными выше.]

VI. Потребляемые и непотребляемые. Для движимых вещей имеет значение различие между потребляемыми и непотребляемыми. В сущности все вещи потребляемы в том смысле, что вследствие употребления они утрачивают способность служить той экономической цели, для которой были созданы. Однако одни вещи выполняют свое установленное в обороте назначение не иначе как при условии их немедленного уничтожения, тогда как другие вещи выполняют свое назначение без этого условия, хотя с течением времени и утрачивают свою ценность от употребления. На этом основано различие вещей потребляемых и непотребляемых. Под вещами потребляемыми понимаются вещи, потребление которых невозможно без немедленного уничтожения их (съестные припасы, керосин, каменный уголь). Напротив, вещами непотребляемыми будут такие вещи, потребление которых невозможно с продолжительным сохранением их экономического назначения (стулья, шуба, книги). Очевидно, что рассматриваемое различие зависит чаще всего от естественных свойств предметов, но нередко и

от того значения, какое придается им в обороте. По свойствам природным полотняный воротничок – вещь непотребляемая, а бумажный воротничок – потребляемая вещь. По назначению почтовая марка представляется вещью потребляемой, потому что использование ее как средства передвижения письма невозможно без наклеивания, с которым соединен выход марки из рук ее обладателя. С той же точки зрения деньги, сделанные из металла, который менее всего поддается действию времени, должны быть причислены к вещам потребляемым, потому что обладатель их не может воспользоваться их экономическим назначением иначе, как потребив их путем отчуждения. Если законом воспрещается продажа иггранных карт, то каждая колода карт должна считаться с точки зрения оборота вещью потребляемой, так как после вскрытия ее она выходит из оборота. Поэтому поданные в клубе карты продаются игрокам, а не остаются в нем, как это совершенно ошибочно предполагается (Собр. указ. и расп. правит., 1887, N 8, ст. 93).

Юридическое значение этого различия обнаруживается в том, что тогда как предметом одних сделок (купли-продажи) могут быть и те и другие вещи, предметом других сделок (найма, ссуды) могут быть только вещи непотребляемые. Это объясняется тем, что сделки второго рода имеют в виду возвращение вещей, взятых для известного употребления, между тем как возвращение потребляемых вещей после их употребления невозможно. Очевидно, что потребляемость и непотребляемость зависят от значения вещей в обороте, а не от воли контрагентов. [Действующий закон о делении вещей на потребляемые и непотребляемые не упоминает, но продолжение 1906 г. (ст. 15091) ввело понятие движимого имущества, "предназначенного для пользования, а не для уничтожения", которое может быть истолковано в смысле первой категории. Впрочем, Победоносцев (т. 1, 37) полагал, что упоминаемое нашим законом деление вещей на тленные и нетленные (см. ниже) совпадает с делением их на потребляемые и непотребляемые, но этому мнению противоречит ст. 405, которая к тленным имуществам относит и потребляемые (съестные припасы), и непотребляемые (жемчуг). Проект гражданского уложения указанное деление знает (ст. 49).]

VII. Заменяемые и незаменяемые. Движимые вещи подлежат делению на заменяемые и незаменяемые. Незаменяемые вещи – это те, которые выступают в обороте с индивидуальными признаками как предметы, отличные от целой массы однородных, например скаковая лошадь "Ворон", пароход "Суворов". Заменяемые вещи определяются только общими родовыми признаками, без индивидуальных указаний, например овцы, овес, хлеб, деньги. Ввиду того что вещи последней категории определяются только родовыми признаками, они выступают в обороте по счету, по весу: столько-то аршин сукна, столько-то пудов муки. Недвижимости с точки зрения нашего закона выступают всегда в качестве вещей незаменяемых.

Практическое значение указанного деления такое же, как и предшествующего: так, поставка имеет дело с заменяемыми вещами, тогда как покупка может иметь объектом также вещи незаменяемые. Возможно, что по закону или по соглашению заменяемым вещам будет придано свойство незаменяемости, например книга для выставки, старые монеты для коллекции. Устанавливая, что при поклаже денег должны быть в точности обозначены номера кредитных билетов, род монеты и год чеканки (ст. 2111), закон вещам заменяемым, деньгам, придает свойство незаменяемости. Сравнивая два последних деления, следует заметить, что потребляемая вещь будет всегда заменяемой, но не всякая заменяемая вещь будет вместе с тем и потребляемой, например бутылки, мешки. [И об этом делении действующий закон не упоминает, хотя дает вольный простор в данном отношении кассационному творчеству (ст. 2019, 2065, 2066 и др.). Проект гражданского уложения говорит о заменяемых и незаменяемых вещах в ст. 47.]

VIII. Тленные и нетленные. Наше законодательство устанавливает третье различие между движимыми вещами, а именно делит их на тленные и нетленные. Тленными вещами называются те, которые подвержены скорой и легкой порче, например съестные припасы, тогда как вещи, не поддающиеся быстрому разложению, будут нетленными: золото, серебро, камни, всякая посуда (ст. 405). Закон не совсем правильно причисляет к тленным вещам жемчуг, меховые и другие платья, во-первых, потому, что они не подлежат слишком быстрой порче, а во-вторых, потому, что сам законодатель к нетленным причислил галантерейные вещи, которые по своим качествам не менее поддаются действию времени, чем платья.

Практическое значение деления вещей на тленные и нетленные заключается в том, что отчуждение тленных вещей допускается даже тогда, когда само имущество, в составе которого они находятся, подлежит только сохранению. Так, например, продажа вещей, принадлежащих к имуществу опекаемого, обставлена различными законными условиями в предупреждение ущерба малолетнему, но тленные вещи могут быть продаваемы опекуном по собственному усмотрению (ст. 227). При объявлении лица несостоятельным все имущество его собирается, приводится в известность, чтобы потом по соразмерности удовлетворить всех кредиторов, следовательно, об отчуждении вещей до учреждения конкурсного управления не может быть и речи, а между тем закон позволяет попечителям с разрешения суда продать тленные вещи (уст. судопр. торг., ст. 429). Ввиду особых свойств тленных вещей они не подлежат аресту для обеспечения иска (уст. гражд. суд., ст. 625). При обращении взыскания на движимые вещи судебный пристав обязан уведомить отсутствующего должника, но когда имущество, на которое налагается арест, подвержено скорой порче, то, не ожидая явки должника, вещи эти могут быть немедленно проданы (уст. гражд. суд., ст. 971, ср. ст. 1028). При железнодорожном передвижении отличие тленных вещей от нетленных имеет немаловажное значение (уст. р. жел. дор., ст. 67, п. а, ст. 84). Как ни близко рассматриваемое деление с делением на потребляемые и непотребляемые, однако, совпадения нет; так, дрова – вещи потребляемые, но не тленные. Непотребляемые вещи будут вместе с тем и нетленными, а из потребляемых только некоторые будут тленными (см. выше). [Деление вещей на тленные и нетленные принимает и проект гражданского уложения.]

IX. Вещи вне оборота. Весь внешний мир, окружающий человека, представляет неистощимый запас для создания вещей, которые ввиду их потребительной и меновой ценности подлежат сделкам между частными лицами, составляющими в совокупности гражданский оборот. Однако некоторые части внешнего мира стоят вне оборота по причинам естественным, по соображениям государственным или религиозным.

1. По естественным основаниям объектом сделок не могут быть: а) свет солнечный или лунный; б) воздух; в) вода проточная, хотя, заключенная в сосуды, она может быть предметом поставки, например, при заказе воды для булочной из определенного источника, при продаже воды водовозами; д) море или воды морские (т. XII, уст. сельск. хоз., ст. 486). Ввиду последнего постановления было признано, что г. Феодосия не имел права отдавать в аренду рыбные ловли в водах, прилегающих к берегу (80, 36).

2. По государственным основаниям некоторые вещи признаются неспособными сделаться предметом прав со стороны частных лиц. Это такие вещи, которые принадлежат государству или его частям, например городу, и находятся волею закона в общем пользовании. Среди вещей, составляющих государственное достояние, следует различать: а) казенные вещи, принадлежащие в собственность государству, которое приравнивает себя частному лицу, – государственные имущества; б) общественные вещи, хотя и принадлежащие государству, но предоставленные в общее пользование всех граждан. Относительно вещей первого рода государство рассматривается как неограниченный собственник, подобно частному лицу, и потому вправе исключить других частных лиц от пользования принадлежащими ему вещами. На праве частной собственности государству принадлежат леса, земли, крепости, казармы, тюрьмы, корабли, военные орудия и многое другое. Вещи второго рода остаются в общем пользовании, пока не изменится в установленном порядке самое назначение вещи. В общее пользование предоставляются ввиду значительного культурного их интереса дороги, реки, публичные здания, порты. [Против изложенного деления вещей, составляющих государственное достояние, на казенные вещи, принадлежащие в частную собственность государству, и общественные вещи, предоставленные государством в общее пользование всех граждан, возражает Ельяшевич (Зак. гражд., в. II, стр. 176 и след.), утверждая, что в нашем праве никаких оснований для подобного деления нет. Однако доказательства, приводимые Ельяшевичем, не убеждают в правоте его возражения, так как в них не нашли себе места законы процессуальные (ст. 1282–1315 уст. гр. суд.) и др.]

В интересах сообщения находятся в общем пользовании большие дороги (ст. 406), – все и каждый пользуются всеми учрежденными в государстве дорогами свободно, проезд по ним никому не может быть воспрещен (уст. пут. сообщ., т. XII, ст. 523). Они неприкосновенны, не должны быть занимаемы, застраиваемы, запахиваемы и т.п. (уст. пут. сообщ., ст. 882, 889, 890), и

владельцам имений, прилегающих к большой дороге, запрещается косить траву, растущую на ней, чтобы дать прогоняемому скоту подножный корм (ст. 435).

Сообщение по судоходным рекам, каналам и озерам (только не частным) составляет общее пользование всех без изъятия (ст. 434), так что собственники ближайших участков не должны оказывать препятствий сообщению или обращать их в предмет сделки, направленной к устранению или стеснению свободы передвижения по ним. Общее пользование реками ограничивается целями сообщения: рыбная ловля составляет право прибрежных собственников (т. XII, уст. сельск. хоз., ст. 490). Для определения того, какие именно реки должны считаться открытыми для общего пользования, следует принимать в соображение естественные свойства, потому что по закону открытие водных путей для судоходства, сплава или гонки леса и дров не требует для своего осуществления особого правительственного распоряжения (по прод. 1906 г., т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 359, прим. 3).

В общее пользование предоставляются публичные здания, которые закон противопоставляет казенным (ст. 406). Сюда относятся храмы, музеи, библиотеки. Тот же общественный характер закон признает за источниками минеральных вод и целебными грязями, как только они будут объявлены имеющими общественное значение по Высочайшему указу (т. XIII, уст. врач., ст. 340, 342 и 351).

Подобно государству, и городу принадлежат вещи, которыми он распоряжается как обыкновенный собственник, и вещи, которые хотя и принадлежат ему, но находятся в общем пользовании. Принадлежащие городу земли, назначенные по городскому плану под площади, улицы, переулки, тротуары, проходы, мосты, каналы, реки, пролегающие через городские земли, оставаясь городской собственностью, состоят в общем всех пользовании (гор. пол., ст. 8), следовательно, эти земли не могут быть ни продаваемы, ни отдаваемы в аренду до изменения городского плана (в действительности части городских площадей постоянно отдаются в аренду – под балаганы, зверинцы, цирки).

В противоположность указанным сейчас вещам, которые не могут быть предметом сделок, потому что они находятся в общем пользовании, некоторые вещи изъеются из оборота, потому что по закону они не могут быть предметом чьей-либо собственности. Запрещается торговать невольниками, вывезенными из-за границы (1404); следовательно, рабы с момента нахождения их на русской территории перестают быть объектом сделок. В известное время года, когда запрещается охота, дичь не должна быть продаваема (уст. сельск. хоз., ст. 346); однако закон не устанавливает недействительности сделки, а только связывает ее с уголовным наказанием. Предметом сделок не могут быть яды, фальшивые монеты, вредные для здоровья напитки, иностранные игральные карты, не дозволенные к обращению цензурою книги, рисунки, ноты (уст. врач., т. XIII, ст. 664; улож. о наказ., ст. 552–564, 575, 1020, 1022).

3. По религиозным основаниям опустевшие кладбища, находящиеся среди населенных мест, должны быть огорожены или обведены рвом владельцами той земли, на которой они были устроены, никакого строения на этих местах нельзя возводить, а также запрещено обращать эти места под пашню (т. XIII, уст. врач., ст. 712 и 726). Отсюда можно бы заключить, что земля, бывшая под кладбищем, изъята совершенно из обращения, так как теряет всякую полезность. Но правильнее будет признать, что кладбищенская земля не может быть предметом таких только сделок, которые не соответствуют назначению этого участка, как взрыхливание или вспахивание земли. Но нет препятствий к тому, чтобы место на кладбище было сдано под сенокос (96, 90). Вопрос о том, кто является собственником земли, находящейся под кладбищем, – лица ли, предоставившие на то свою землю, или церковь, возбуждает сомнения (см. 83, 23 и 96, 90). Из всех постановлений нашего законодательства необходимо вывести заключение, что к числу предметов, изъятых из оборота, относятся мертвые тела, хотя в жизни продажа трупов и скелетов производится.

Учреждение домашних церквей допускается, по-видимому, ввиду личных качеств устроителя, потому что по смерти последнего церковь не переходит по наследству без нового разрешения. Если разрешение не было испрашено или не было дано, то вся движимость домового церкви обращается в собственность приходской церкви (уст. дух. конс., ст. 49). Отсюда можно

заклучить, что домашняя церковь не составляет принадлежности того дома, где находится, и церковная утварь не может быть ни продана, ни заложена, ни завещана.

По тем же соображениям закон хотя не исключает вовсе из оборота икон, но допускает сделки с ними только по особой форме и при известных условиях. Иконы не продаются, а "заменяются деньгами" (ст. 279), иконы с неотделенными от них ризами, окладами и другими украшениями не могут быть обращаемы в публичную продажу, но отдаются взыскателю по добровольному соглашению с должником, а когда соглашения не последует или взыскатель будет иноверец, то иконы вместе с окладами отдаются в ближайшую приходскую церковь без всякого за то удовлетворения кредиторов. Если же украшения иконы были сняты с них, то они могут быть обращены в продажу (уст. гражд. судопр., ст. 1043 и 1044). Жалуемые духовным лицам пангии и кресты, драгоценными камнями украшенные, по смерти их отдаются наследникам, с тем, однако же, чтобы священные изображения, в них находящиеся, были вынимаемы и оставляемы для хранения в ризнице того места, к которому умерший по службе принадлежал (ст. 1186).

§ 15. Юридические сделки[2]

Литература: Мейер, Русское гражданское право, стр. 114–169; Grimm, Основы учения о юридической сделке, 1900; Анненков, Система русского гражданского права, т. I, стр. 424–578; Васьяковский, Учебник гражданского права, т. I, стр. 112–150; Дормидонтов, Юридические фикции и презумпции, 1895; Арсеньев, О значении принуждения в делах гражданских (Жур. гр. и уг. пр., 1877, N 6); Карницкий, Об обмане в договорах (Жур. гр. и уг. пр., 1880, N 4 и 6); Загоровский, Принуждение, ошибка и обман и их влияние на юридическую сделку (Юр. вестн., 1890, N 1); Фон Зелер, Письменные формы договоров в проекте гражданского уложения (Вестн. пр., 1900, N 1); Карницкий, Об обмане в договорах, 1879.

I. Понятие о сделке. Юридическим действием называется, как мы видели, выражение воли человека, влекущее за собою юридические последствия. Под именем юридической сделки понимается такое выражение воли, которое непосредственно направлено на определенное юридическое последствие, т.е. на установление, изменение или прекращение юридических отношений. Юридическая сделка иначе называется юридическим актом. Юридической сделки нет, пока воля не перешла из субъективного состояния в объективное, т.е. пока содержание ее не воспринято другими лицами, к которым воля обращена. Поэтому не имеет юридического значения твердо созревшее в душе намерение завещать свое имущество такому-то лицу. С другой стороны, изъявление воли для достижения юридических последствий предполагает соответствие содержания воли с содержанием объективного права. Поэтому, хотя бы намерение завещать свое имущество было выказано другим лицам или воспринято в письме предполагаемым наследником, юридической сделки, называемой завещанием, нет. Нормы права обеспечивают предполагаемые юридические последствия: а) если воля частного лица действительно была выражена, б) если воля направлена была на допустимую законом цель, в) если воля выразилась в установленной законом форме.

В юридической сделке воля стремится не только к фактическому положению, но и к юридической обеспеченности этого положения. С этой стороны юридической сделке противопоставляется правонарушение как такое юридическое действие, в котором выразилась воля, направленная только на фактический результат, и потому оно влечет за собою те юридические последствия, которые не составляли цели того, кто выразил свою волю в действии, хотя они и могли быть им предусмотрены. Отличаясь от правонарушения как дозволенное действие, юридическая сделка не должна быть смешиваема с осуществлением права, которое есть также дозволенная деятельность. Различие между ними заключается в том, что юридическая сделка направлена на изменение юридических отношений, а осуществление права остается в пределах существующих уже юридических отношений.

Самый термин "сделка" далеко не чужд русскому законодательству, так, например, недостигшему 17 лет запрещается совершать акты и сделки какого-либо рода без согласия попечителя (ст. 220; ср. еще ст. 1401, 1540).

а) Так как сделка составляет выражение воли того лица, кому приписывается, то совершение сделки не может быть приписано тому, у кого нет воли, кто находится под влиянием физического принуждения, насилия. При насилии лицо лишается собственной воли, которую пытается насильственно заменить воля другого, так что первое лицо становится простым орудием, средством выражения воли второго. Вследствие этого обстоятельства юридическое действие, произведенное под влиянием насилия, не может считаться выражением воли того, от кого действие внешним образом исходит. Так, например, одно лицо насильно выводит рукою другого подпись на векселе. В последнее время простор для насильственного воздействия на чужую волю дает гипнотическое внушение; под его влиянием, может быть, например, написано завещание. Во всех указанных случаях воли у действующего лица нет, а потому произведенные им действия не могут быть ему приписаны.

б. Так как воля направлена непосредственно на юридические последствия, то, очевидно, нельзя признать наличность сделки там, где у действующего нет сознания последствий. Вопрос о силе сделок, совершенных лицом, которое в момент заключения сделки находилось в состоянии умственного расстройства, не засвидетельствованного установленным порядком, или в состоянии сильнейшего опьянения, которое лишает сознания поступков, сильного возбуждения страстей, например гнева, представляется сомнительным с точки зрения русского законодательства. В пользу взгляда, по которому сделки, совершенные в подобном состоянии, должны быть признаны недействительными, приводят следующие соображения. Закон требует, чтобы завещания были составляемы в здравом уме и твердой памяти (ст. 1016), – отсюда открывается возможность распространить силу этого постановления и на все иные сделки. Затем по закону все способы приобретения прав тогда только признаются действительными, когда они утверждаются на непринужденном произволе и согласии (ст. 700), а этому противоречит состояние умственного расстройства, хотя тот же закон стеснение свободного произвола и согласия видит только в принуждении и подлоге, т.е. в воздействии посторонних лиц на волю совершающего сделки, что далеко не совпадает с состоянием умственного расстройства. К этому взгляду примыкает и наша практика, признающая недействительность всякой сделки, совершенной в таком состоянии, – выдача векселя, доверенности, заключения договора купли-продажи (79, 90). Следует, однако, заметить, что верность этого положения подкрепляется скорее общими соображениями теорий о необходимости сознательной воли, нежели данными русского законодательства, в котором твердой опоры для указанного вывода найти нельзя. Недействительность сделки, совершенной в состоянии умственного расстройства, должна, конечно, иметь в основании доказательство такого состояния в момент совершения сделки, что представляется далеко не легким.

Юридические сделки могут быть: а) односторонние, которые возникают по воле одного лица как завладение, оставление вещи, принятие наследства или отречение от него, и б) двухсторонние, которые для возникновения своего требуют воли не менее двух лиц, – договор. Затем сделки разделяются на: а) возмездные, составляющие значительное большинство в гражданском обороте и предполагающие обоюдность услуг, – купля-продажа, наем, и б) безвозмездные, доставляющие выгоду только одной стороне, – дарение, завещание. Еще сделки могут быть различаемы: а) имущественные, т.е. имеющие своим содержанием какой-либо непосредственный экономический интерес, как, например, купля-продажа, и б) неимущественные, т.е. не преследующие такой цели, как, например, узаконение детей.

II. Состав юридической сделки. В содержании юридической сделки, будет ли оно просто или сложно, можно логически различить три части, не одинаковые по своему юридическому значению.

а. Необходимые части – это те элементы, которые являются характеризующими сделку как тип. Например, в договоре найма квартиры цена составляет необходимую часть сделки, без которой сделка перестанет быть наймом. Поэтому лица, заключающие договор найма, не могут по взаимному соглашению устранить такую часть сделки. Такие необходимые части для каждого типа сделок даются законом, а если в законе данная сделка не успела еще подвергнуться нормировке, то из природы сделки, насколько она выяснилась в обороте.

б. Обыкновенные части составляют те элементы сделки, которые обыкновенно встречаются в сделках такого типа, не являясь в то же время их сущностью, так что устранение их не разрушает

рода сделки. Поэтому для отдельной конкретной сделки эти части могут быть отменены или заменены, но если не отменены и не заменены, то предполагаются. Так, например, при найме квартиры обязанность поддержания ее в надлежащем виде путем ремонта лежит на домохозяйине, но по соглашению эта обязанность может быть перенесена на квартиранта. Такие обыкновенные части даются диспозитивным законом или заведенным порядком.

с. Случайные части сделки не присущи вообще сделке этого типа, но входят в состав той или другой конкретной сделки по воле совершающих акт. Такие части или заменяют обыкновенные части, или же существуют рядом с ними, например, при определении порядка платежа за наем квартиры помесячно, по третям, каждое первое число и т.п. Случайные части никогда не предполагаются.

Таков состав юридической сделки с объективной точки зрения. Но воля совершающих акт способна произвести видоизменение в соотношении частей сделки. Участники сделки могут придать какому-нибудь случайному элементу значение необходимой части. Например, при договоре стороны условливаются, что сила сделки ставится в зависимость от облечения ее в письменную форму. Пока договор не оформлен – сделки нет, хотя закон и не требует для сделки этого типа письменной формы. Чтобы определить, насколько тот или другой элемент существен с субъективной точки зрения, насколько сделка, удовлетворяющая всем условиям с объективной стороны, может быть признана в силе, необходимо истолковать волю совершавших акт.

II*. Мотивы воли. По общему правилу мотивы, которыми лица руководствуются при совершении юридических сделок, не имеют никакого влияния на силу и действие последних. Лицо могло отдать свой дом внаем, рассчитывая ехать за границу, а потом осталось; лицо могло продать имение вследствие стесненного имущественного положения, а потом получило наследство, – все эти обстоятельства не имеют и не должны иметь значения для юридических последствий, потому что в противном случае от непрочности сделок пострадал бы гражданский оборот. Однако некоторым мотивам и при наличии известных обстоятельств придается значение, влияющее уничтожающим образом на силу юридических сделок.

А. Психическим принуждением или угрозой называется воздействие на чужую волю страхом страдания. Наш закон видит принуждение там, где одно лицо, быв захвачено во власть другим, принуждается к отчуждению имущества или ко вступлению в обязательства насильственно, страхом настоящего или будущего зла, могущего постигнуть его лицо или имущество (ст. 702). Так как при психическом принуждении юридическая сделка является все же выражением воли действовавшего, которому предстоял выбор – или перенести страдание, или исполнить сделку, то для уничтожения силы последней необходимы некоторые условия.

а) Прежде всего, требуется противозаконность грозимого зла. Угрожающее лицо не должно иметь права на то действие, с которым соединены страдания для угрожаемого. Не будет принуждения, когда кредитор требует уплаты по векселю под угрозой объявить должника несостоятельным или муж настаивает на обязательстве жены, угрожая потребовать ее к совместному жительству. Представляется ли противозаконность уголовною, т.е. подходит ли действие угрожающего под признаки наказуемого насилия (улож. о наказ., ст. 1686 и 1687), – это уже безразлично для гражданских последствий принуждения, потому что по гражданским законам признается в силе только приобретение права, основанное на непринужденном произволе (ст. 700). Так, например, еврейское общество вынудило сына к пожертвованию угрозой не допустить погребения умершей матери на общественном кладбище, последствием чего было разложение трупа в доме (01, 21).

б) Требуется значительность грозимого зла, соответствие страдания, которым угрожают с вымогаемую сделкою. Нужно, чтобы зло грозило существенному благу, личному или имущественному. Странно было бы ссылаться на недействительность векселя в 10 000 руб., выданного под влиянием угрозы не подать руки в обществе. Сомнительно с точки зрения нашего закона, уничтожает ли силу сделки угроза причинить страдание не самому совершающему сделку, а близким ему лицам – отцу, матери, жене, детям, потому что ст. 702 говорит только о зле, могущем постигнуть "его" лицо или имущество.

с) Необходима основательность страха, должна быть вероятность приведения угрозы в исполнение. Так как это условие чисто психическое, зависящее от душевного склада человека, то

и мерка в данном случае должна быть чисто субъективной. Для решения вопроса, насколько угрожаемое лицо могло опасаться выполнения угрозы, суду приходится приравниваться к развитию этого лица, его общественному положению. Угроза, способная произвести сильное впечатление на простого человека, может быть под влиянием суеверия, окажется неизвинительной для человека образованного.

Наш закон устанавливает необыкновенно краткую давность для опровержения сделок, совершенных под влиянием психического принуждения, а именно заявление должно быть сделано не позже недели со времени совершения сделки (ст. 703). По смыслу закона следует, что по истечении семидневного срока потерпевший теряет право на возражение. В нашей литературе высказывается мнение, что срок этот не имеет значения как процессуальное правило в местностях, где введены новые судебные учреждения. Однако процессуальный характер указанного срока более чем сомнителен, и ст. 703 упорно повторяется в новейших изданиях, несмотря на полное обновление нашего процессуального порядка. Сенат также высказался за отрицание значения за семидневным сроком (76, 298).

В. Сделка может быть совершена под влиянием заблуждения, т.е. отсутствия истинного представления о предмете. Оно называется неведением, когда отсутствует какое-либо представление, например, лицо не знает вовсе о существующем законе или происшедшем факте. Оно называется ошибкою, когда существует ложное представление, не соответствующее действительности, например, лицо знает о существовании закона, но неверно понимает его содержание. Различают заблуждение юридическое и фактическое.

1. Заблуждение юридическое относится к знанию законов, но не вообще объективного права, потому что обычное право может быть неизвестно даже суду. Заблуждение в законе у нас неизвинительно, потому что никто не может отговариваться неведением закона, когда он был обнародован установленным порядком (т. I, ч. 1, ст. 95). Таким образом, предполагается, что каждый русский подданный не только знает, но и совершенно правильно понимает все русское законодательство. Конечно, такое предположение чистая фикция, потому что всего содержания 16 томов не знают даже юристы, практики и теоретики, а существование в нем неясностей и противоречий допускает сам законодатель. Но установление противоположного правила могло бы повести к грубым злоупотреблениям, если бы силу всякого действия, оказавшегося невыгодным, можно было ослабить отговоркою незнания его последствий (юридическим неведением, по терминологии Сената, 08, 59). Так, например, состоялся заем под условием платежа 24%, и кредитор стал бы отговариваться незнанием нового закона о ростовщичестве. Ошибочное понимание стороною юридической природы договоров не может освобождать от ответственности (76, 394), например, если вместо поставки заключается продажа. Из общего правила не существует исключения и для инородцев, которые управляются на основании общих узаконений и учреждений (т. II, пол. об инор., ст. 16). Знание иностранных законодательств ни для кого, конечно, не обязательно. Сомнительным представляется обязанность знания местных законов. Ввиду того что не предполагается обнародование их установленным для Империи порядком, незнание их, если оно существенно для сделки, может быть признано извинительным вне места их действия.

2. В бытовом отношении более важным представляется заблуждение второго рода – фактическое. Подобное заблуждение может влиять на силу сделки только в тех случаях, когда оно настолько существенно, что обнаруживает полное несоответствие между тем, чего желало лицо, и тем, на что в действительности была обращена его воля. Другими словами, существенным заблуждением будет в том случае, когда есть основание думать, что совершивший сделку не заключил бы ее, если бы знал обстоятельства дела. Здесь, конечно, должна быть прилагается не субъективная мерка, а объективная. Не то важно, заключило бы сделку данное лицо, попавшее в заблуждение, а заключил ли бы ее вообще всякий благоразумный человек, руководствующийся взглядами оборота. К сожалению, по этому вопросу наше законодательство страдает крупным пробелом. Оно совершенно игнорирует вопрос о заблуждении и только практика стремится восполнить этот пробел. Определить в каждом отдельном случае, насколько существенно было заблуждение, – дело суда (90, 9).

Возможно существенное заблуждение в лице, с которым или в пользу которого совершается сделка. Наш закон говорит о недействительности завещания, учиненного с очевидною ошибкою в лице (ст. 1026). То же самое должно быть признано и в отношении всякой другой сделки, если только ошибка в лице представляется существенною для сделки. Так, несомненно, существенным заблуждением представляется договор доверенности, данный по созвучию фамилий не известному адвокату, а только посредственному. Но, например, не имеет никакого значения для силы сделки, если купец продал на наличные товар не тому лицу, за которое он принимал покупателя, или если платеж по векселю получен не от самого векселедателя, или если при пожертвовании ошибочно приведено официальное название учреждения.

Может произойти заблуждение относительно сущности сделки. По неясной редакции договора автор полагает, что он предоставляет книгопродавцу право издания, а в действительности он отчуждает ему свое авторское право. Такое несоответствие между намерениями контрагентов устраняет соглашение их воли, а потому и должно быть признано существенным.

Заблуждение в объекте сделки составляет, несомненно, существенную сторону сделки. Закон наш признает недействительными завещания, учиненные с очевидною ошибкою в завещаемом имуществе (ст. 1026). Недействительность сделки может быть допущена только тогда, когда из самого завещания нельзя уяснить себе истинной воли завещателя. Например, в завещании может произойти ошибка в наименовании; завещатель свое родовое имение Кизьметево отдает сыну, благоприобретенное Апраксину – жене, а между тем, наоборот, Апраксину является родовым, а Кизьметево – благоприобретенным. То же самое правило следует применять и относительно других сделок, когда ошибка в предмете представляется существенною с точки зрения цели сделки (72, 343), например, когда вместо золотого песка проданы медные опилки.

Ошибка в качестве и количестве объекта может тогда только повести к ничтожности сделки, когда вследствие своих свойств вещь становится непригодной для предполагаемой цели или количество не отвечает цели сделки. Так, например, антикварий продает канделябры, которые как он сам, так и покупатели считали серебряными, между тем они оказываются оловянными. Если канделябры были куплены для такого же пользования, какому могли служить и новые, то заблуждение представляется существенным. Если же канделябры были куплены как археологическая редкость, то металл уже не играет существенной роли. Особенно частыми в практике являются заблуждения относительно того, каменный или деревянный дом был продан. Вместо чисто каменного дом нередко оказывается только обложенным кирпичами или с мусором между кирпичами (90, 9). Несомненно, что, предполагая дом каменный, покупатель оказывается в существенном заблуждении, если стены только обложены кирпичом или набиты мусором. Было признано, что публичные торги могут быть уничтожены в том случае, если проданная вещь окажется впоследствии не того достоинства, какое было показано в описи и заявлено на торге (84, 38; ср. также 95, 14), например серебряный чайный прибор оказался медным. Но, например, продажа хлеба с некоторыми примесями вместо совершенно чистого, отдача внаем парохода несколько меньшего по вместимости или по количеству сил, чем было условлено, не уничтожает сделки. Такое же значение, как ошибка в качестве, имеет несоответствие в количестве. Если, например, земледелец выписывает машины в количестве, необходимом для его хозяйства, а по ошибке телеграфа ему присылают транспорт машин на комиссию, то соответствия намерений, очевидно, нет.

С. Обман является намеренным возбуждением в другом лице ложного представления. Поэтому сделка, совершенная под влиянием обмана, обсуждается по тем же началам, как и сделка, совершенная под влиянием заблуждения, с тем только отличием, что к обманутому следует предъявлять менее строгие требования, чем к заблуждающемуся, потому что интерес его контрагента менее заслуживает защиты. Обман подрывает силу сделки, если она заключена под его влиянием. Обман, касающийся несущественных сторон сделки, не влияет на силу последней, например, умолчание продавца лошади о некоторых недостатках ее, не мешающих предполагаемому пользованию ею. Но существенный обман лишает сделку силы, потому что нет соответствия между тем, чего лицо желает, и что оно совершает. Например, кто-нибудь предполагает вступить в сделку с другим, ложно выдающим себя за представителя третьего лица.

Закрывающий сделку хочет вступить в отношение с этим третьим лицом, а между тем он не достигает этого и оказывается в отношении с тем, с кем не желал.

Обман является чаще всего преступным действием (улож. о наказ., ст. 1688), и если наличность его будет признана уголовным судом, то должны отпасть и все гражданские его последствия. Однако, если бы обманные действия и не подходили под указанные в уголовном законе признаки преступного обмана, все же они могут послужить основанием к признанию недействительной сделки, совершенной под их влиянием (99, 60). Это вытекает из того, что гражданский закон не признает силы за приобретением права, основанным на подлоге (ст. 701), который является видом обмана.

III. Выражение воли. Воля и ее мотивы составляют внутреннюю сторону юридической сделки. Юридическое значение воля приобретает только при проявлении ее вовне, во внешних действиях. Очевидно, между содержанием воли и ее внешним выражением должно быть полное соответствие. Однако, ввиду того что психические переживания посторонним недоступны, необходимо принимать выраженную волю за действительную волю, пока несоответствие между ними не будет доказано тем, кто его утверждает. Когда действие имеет свою прямую задачу выразить волю на данный случай, то такое выражение будет непосредственным. Непосредственное выражение воли обнаруживается или в словах, или в движениях. Так, утвердительное или отрицательное кивание головою в ответ на предложение является непосредственным выражением воли. Посылка заказанных товаров есть согласие, выраженное не словами, а действием.

Наиболее сомнений возбуждает вопрос о значении молчания. Затруднение здесь состоит в том, что оно может быть принято за непосредственное выражение согласия (например, присутствие отца на свадьбе сына есть молчаливое, но явное согласие на брак) или же как выражение несогласия (например, молчание в ответ на предложение продать вещь по такой-то цене). Поэтому относительно молчания принимается как общее правило следующее: когда в законе установлено требование, чтобы лицо заинтересованное выразило явное свое согласие, то молчание следует принять за выражение несогласия, например, молчание родителей-лютеран на просьбу их несовершеннолетних детей разрешить им вступление в брак (т. XI, ч. I, изд. 1896 г., ст. 319); напротив, когда требуется, чтобы лицо явно заявило свое несогласие, то молчание следует считать за согласие, например, молчание родителей-лютеран на просьбу их совершеннолетних детей разрешить им вступление в брак (т. XI, ч. I, изд. 1896 г., ст. 320).

В отличие от непосредственного выражения воли косвенным выражением являются такие действия, которые не предназначены выражать прямо намерение лица, а только дают возможность судить по ним о намерении лица. Так, например, если наследник не заявляет прямо о своем желании принять наследство, а вступает в распоряжение им, платит долги наследодателя, пользуется имуществом в свою пользу, то это может быть истолковано только в смысле принятия (ст. 1261).

В некоторых случаях содержание сделки может не соответствовать истинной воле, выражением которой является сделка. Стороны имеют в виду совершить одну сделку, но облачают ее в форму другой, так что совершенная сделка является выражением не действительного намерения, а видимого. Такие сделки носят название притворных. Например, ввиду объявления несостоятельности лицо выдает своим приятелям массу векселей; видимое намерение его – обязаться и уплатить им, но действительное – сохранить при помощи друзей или родственников хотя часть того имущества, которое целиком должно бы было пойти на удовлетворение настоящих кредиторов. При существующем запрещении дарить или завещать родовое имение совершаются нередко фиктивные продажи его, тогда как в действительности продавец никакой покупной цены не получает.

Является юридический вопрос: какова сила притворных сделок? Притворная сделка должна рассматриваться как прикрытая, т.е. как та, которая в действительности имела в виду, если только она удовлетворяет условиям последней и не противоречит требованиям закона (01, 45). Так, например, лицо, желая скрыть от посторонних свои близкие отношения к другому лицу, продает последнему свой благоприобретенный дом, не взяв с него в действительности денег. Если это обстоятельство будет обнаружено, сделка сохранит свою силу, но не как продажа, а как

дарение. Наш закон сохраняет силу за договором поклажи, под которою скрывается договор займа (ст. 2114). Напротив, не дозволяются и признаются недействительными сделки, когда побудительною причиною (т.е. истинным намерением) является подложное переукрепление имущества во избежание платежа долгов (ст. 1529, п. 2) или когда сделка совершается в обход закона, ограждающего права других лиц, не участвовавших в сделке (08, 13); на последнем основании Сенат признал за наследником собственника родовой недвижимости право требовать уничтожения купчей крепости, совершенной с целью лишить его предоставленных ему по закону прав на то же имение.

IV. Форма сделки. Соответствие содержания сделки с истинною волею и с нормами объективного права оказывается иногда недостаточным. Необходимо, чтобы сделка как определение отношений между людьми выразилась вовне, приняла форму, по которой можно было бы заключить о ее содержании. Выбор формы, наиболее соответствующей воле сторон, зависит от их усмотрения. Нередко закон предписывает, чтобы выражение воли произошло в известной, установленной им форме. Форма сделки может быть или словесная, или письменная, с участием свидетелей или даже органов власти. Важно не то, в какой форме обыкновенно совершается сделка, а то, в какой она должна совершаться. Так, доверенность обыкновенно выдается нотариальным порядком, но это вовсе не составляет необходимости. Так, например, общеприняты для завещания начальные слова "Во имя Отца и Сына и Святого Духа", но завещание без этих слов будет так же действительно, как и с ними. В некоторых случаях законодатель, предполагая неразвитость общества и неспособность его самостоятельно выработать форму, предлагает образцы, например, векселей, заемных писем. Не следует придавать им обязательного значения, которого они по цели своей не имеют. В современном быту сохранились еще формы символические, которые имели преобладающее значение в древнем праве. В настоящее время они имеют значение главным образом как определение момента состоявшегося соглашения, как, например, битье по рукам, третий удар молотка при аукционе. Фискальные требования не влияют на гражданскую силу сделок. Акты, которые по закону подлежат гербовому сбору, принимаются в доказательство и в том случае, когда они писаны без соблюдения правил о гербовом сборе (уст. гражд. суд., ст. 461), за исключением векселей.

1. Словесная форма представляется наиболее простой и естественной. Потому она должна быть допущена для всех тех сделок, относительно которых закон не установил более сложной формы. Следовательно, если в законе не установлена письменная форма для сделки, то последняя может быть совершена в словесной форме. Так, например, купля-продажа или мена движимых вещей могут быть совершены словесно.

2. Письменная форма обязательна для сделок лишь тогда, когда она предписана законом. Она может иметь двоякое значение: а) или она составляет сущность сделки (так называемый *сoprus*) и без нее сделка не приобретает силы, б) или же она составляет только преимущественное средство доказательства. В первом случае никакие доказательства, ни свидетели, ни собственное признание, не могут дать силы недействительной сделке. Во втором случае закон только ограничивает средства доказывания, устраняя свидетелей: при отсутствии письменной формы сделка не может быть доказываема свидетельскими показаниями (уст. гражд. суд., ст. 409). Так, например, в случае займа на сумму свыше 30 руб. кредитор не может доказывать свидетелями факта займа, и если должник не признается, то он не может доказать своего права. Издательский договор должен быть заключен в письменной форме согласно закону 20 марта 1911 г., но это означает только, что ни автор, ни издатель не могут ссылаться в подтверждение своих прав на свидетелей, напротив, они могут отстаивать свои интересы посредством писем, расписок. Если стороны не спорят о существовании договора, – особенно, когда договор принят ими к исполнению, – суд не может отказывать в разрушении вытекающих из этого договора споров только потому, что он не удостоверен письменным актом. Равным образом и "все те условия, которые находятся вне спора сторон и существование которых представляется несомненным, должны быть приняты судом в соображение, хотя бы эти условия и не были изложены в письменной форме" (92, 8).

а. Закон в редких случаях связывает сущность сделки с ее формою. Это правило установлено главным образом для сделок о недвижимостях. Акты могут быть совершаемы по усмотрению

сторон порядком или домашним, или нотариальным, за исключением актов о переходе или ограничении права собственности на недвижимость, которые под опасением недействительности в противном случае самых договоров и сделок должны быть совершаемы всегда у нотариусов и обращаемы в крепостные (нот. пол., ст. 66). Соблюдение предписанной формы (утверждение старшим нотариусом акта, совершенного у нотариуса) вызывается потребностью знания в обществе, кому принадлежит недвижимость и какие долги на ней лежат. Совершение подобной сделки в словесной форме или домашней письменной не производит никаких юридических результатов. Следующие сделки о недвижимости должны быть совершены в установленной форме: купля-продажа (купчая крепость), залог (закладная крепость), дарение (дарственная запись), выдел (отдельная запись), приданое (рядная запись), раздел общего имущества (раздельная запись) и некоторые другие (нот. пол., ст. 158). Неверно, однако, утверждение Сената, что "наши гражданские законы, относя к существенным условиям действительности договора дееспособность сторон, предмет, не изъятый из оборота, свободное согласие сторон и законность цели договора, касательно значения в этом отношении формы, дают лишь одно несомненно положительное указание, в ст. 66 положения о нотариальной части, требуя крепостной формы для актов о переходе или ограничении права собственности на недвижимость, под опасением, при несоблюдении этой формы, недействительности договора; ни в каком ином случае действительность договора не ставится в зависимость от соблюдения формы" (88, 37; 08, 28). Форма сделки составляет ее сущность и в некоторых других случаях; так, вексель недействителен без установленной письменной формы, завещание – без соблюдения установленных формальностей.

б. Письменная форма как средство доказательства устанавливается по нашему законодательству для большинства сделок, что отражается чрезвычайно вредно на бытовых отношениях. Законодатель должен придерживаться известного принципа, по которому он для одних сделок устанавливает письменную форму, а другие допускает совершать в словесной. Таким принципом может быть, например, ценность сделки. Так, по французскому праву все сделки на сумму свыше 150 фр. должны быть облечены в письменную форму; также и в Англии продажа вещей ценою свыше 10 ф. ст. по закону 1894 г. должна быть облечена в письменную форму. Таким же принципом может быть бытовая опасность некоторых сделок, представляющих особенный соблазн для ложных свидетельских показаний. Так, германское право устанавливает (§ 129) письменную форму лишь в исключительных, законом перечисленных случаях, например для поручительства. Наше законодательство не придерживается ни того ни другого начала, потому что нельзя найти основания, почему купля-продажа может быть совершена словесно, а родственная ей поставка требует письменной формы. Жизнь сильно страдает от формализма нашего права. Заем, заклад, личный наем совершаются в обществе, особенно в простом народе, словесно, отчасти по безграмотности контрагентов, отчасти по удобству. Между тем несоблюдение письменной формы, если должник запрется, не дает кредитору никаких средств доказывания, хотя бы в их среде все знали о заключенной сделке, однако новый закон о местном суде ввел исключение для договоров займа и залога на сумму не свыше 30 руб., которые могут быть доказываемы и свидетельскими показаниями (ст. 1011, п. 2). Суд обязан по собственной инициативе не допускать свидетельских показаний в подтверждение таких фактов, которые по закону не могут быть доказываемы свидетелями, если только стороны не дали своего согласия на допущение этого рода доказательств (11, 8). Только в одном случае отсутствие письменного акта может быть восполнено свидетельскими показаниями, – когда акт утрачен вследствие какого-либо внезапного бедствия, например пожара, наводнения и пр., но существование и содержание акта может быть доказано, кроме показания свидетелей, и другими доказательствами (уст. гр. суд., ст. 409, п. 2, и ст. 1011 по прод. 1912 г.).

3. В некоторых случаях закон присоединяет к письменной форме требование наличности свидетелей. Это не те свидетели, которые случайно знакомы с совершенной сделкою и могут подтвердить ее содержание и отсутствие которых не лишает сделку силы. Это скорее соучастники сделки. Законные свидетели составляют необходимую часть формы, установленной законом, например, для завещаний, и отсутствие их отражается на силе сделок (ст. 923).

4. Помимо тех случаев, когда закон требует совершения сделки при участии нотариусов под страхом недействительности, нотариальная форма возможна для всех вообще сделок, даже для тех, для которых не требуется письменная форма, например для найма квартиры. Преимущество нотариальных актов перед домашними состоит в том, что содержание их не может быть опровергаемо свидетельскими показаниями, за исключением споров о подлоге (уст. гр. суд., ст. 410). Акт, не признанный в силе нотариального, сохраняет силу домашнего акта, если удовлетворяет требованиям последнего (уст. гр. суд., ст. 460).

[5. Проект гражданского уложения в кн. V устанавливает для всяких договоров на сумму свыше 300 руб. обязательность письменной формы (ст. 14), за исключением случаев, особо законом указанных.]

V. Случайные принадлежности сделки. Между случайными принадлежностями сделки особенного внимания заслуживают условие, срок и наказ.

1. Условием, в техническом значении слова, называется такое случайное определение в юридической сделке, по которому предполагаемые последствия сделки ставятся в зависимость от наступления или ненаступления в будущем известного обстоятельства. Условием называют также и это последнее обстоятельство, а сама сделка носит название условной. Возможность таких осложнений сделки основывается в нашем законодательстве на ст. 530, допускающей включать в договор всякие условия, законам не противные. Не все, однако, сделки допускают включение в их состав условия. Иногда закон прямо указывает на недопустимость таких ограничений, например относительно принятия векселя (уст. векс., ст. 11 и 95), в других случаях это явствует из общего смысла постановлений, например, возможны под условием брак, усыновление, принятие наследства. Из данного определения условия обнаруживаются два существенных его признака: а) неизвестность наступления и б) произвольность установления. Необходимо, чтобы при совершении сделки неизвестно было, наступит или нет условное обстоятельство. Поэтому недействительно будет условие, когда обстоятельство к моменту сделки уже произошло, например, дед обещает внучке приданое, если она выйдет замуж, а между тем она уже замужем. По той же причине недействительно будет условие, когда во время совершения сделки известно, что обстоятельство никогда не наступит, например, петроградский фабрикант обязывается доставить казанскому купцу товар, если железная дорога перевезет груз в один день. Необходимо также, чтобы установление условия было вполне произвольно. Поэтому не составляет условия такое обстоятельство, которое является необходимою составною частью самой сделки, напр., отдается вещь на сохранение под условием возвратить ее по первому требованию. По той же причине условие не должно противоречить закону и нравственности (ст. 1530), например, недействительна продажа под условием удачной кражи, недействительна брачная неустойка, как нарушающая свободу вступления в брак (77, 230).

Условия представляют различные виды, а) Когда сила сделки ставится в зависимость от наступления известного обстоятельства, то условие будет положительным, например, лицо обязывается продать имение, если оно достанется ему по закладной. Когда сила сделки ставится в зависимость от ненаступления известного обстоятельства, то условие будет отрицательным, например, заключается договор найма квартиры на зиму на случай, если к осени наниматель не получит дом по наследству. б) Когда от наступления условия зависит установление юридического отношения, которое имеется в виду сторонами, то условие называется отлагательным (суспензивным), например, обязательство отдать дом внаем, если он будет приобретен с торгов. Наше законодательство предусматривает такие условия, когда постановляет, что земли, пожалованные под условием заселения или застройки, поступают в собственность не прежде как по исполнении сих условий (ст. 938). Когда от наступления условия зависит прекращение юридического отношения, то условие называется отменительным (резолютивным), например, отдается дом внаем под условием немедленного возвращения, если найдется покупатель. Наше законодательство предусматривает такие условия, когда постановляет, что дар, учиненный под условием возвращается дарителю, если условие не будет исполнено (ст. 976), или что казенные оброчные статьи могут быть отданы в содержание под условием до наступления известного события, как, например, до разрешения судом дела о спорности сданного участка (т. VIII, ч. I, уст. оброчн., ст. 56 и 58, п. 2). в) Когда наступление предусмотренного обстоятельства зависит от воли

того лица, в пользу которого клонится сделка, то условие будет произвольным, например, лицо обязывается открыть кредит другому, если последний начнет торговлю. Когда наступление условного обстоятельства не зависит от воли того лица, в пользу которого клонится сделка, то условие будет случайным, например, кто-нибудь обязывается возратить долг, если выиграет в лотерею. Возможно и соединение произвола со случайностью, например, дядя кладет в банк приданое племяннице, если она выйдет замуж за такое-то лицо. Условие произвольно, насколько замужество зависит от ее соглашения; оно случайно, насколько зависит от воли другого лица. Такое условие называется смешанным.

Каково же юридическое положение сделки до наступления условленного обстоятельства? Здесь необходимо принять во внимание различие между условиями отлагательными и отменительными. Сделка, заключенная под отменительным условием, приобретает всю свою силу с момента ее совершения как бы безусловная сделка и продолжает сохранять ее до наступления обстоятельства. Сделка, заключенная под условием отлагательным, представляет некоторое затруднение. Юридический факт, способный установить отношение, может считаться наступившим только с исполнением условия. Если одно лицо обязывается продать, нанять, отдать в ссуду с наступлением условия, то очевидно, что до этого времени не возникают юридические последствия, какие всегда сопровождают продажу, наем, ссуду. Но с другой стороны, нельзя сказать, чтобы сделка, заключенная под отлагательным условием, не устанавливала никакого отношения между лицами, ее заключившими. Так, например, условные обязательства переходят по наследству, условные обязательства предъявляются в конкурсе, лицо, обязавшееся под условием, не вправе препятствовать наступлению условия, иначе это влечет за собою юридическое последствие. Отсюда необходимо заключить, что отлагательное условие устанавливает юридическое отношение с момента его назначения, но, однако, так, что некоторые последствия наступают немедленно по соглашению, а другие, – предположенные сторонами, – только с наступлением условия.

По вопросу о моменте наступления условия следует принять в соображение различие положительных и отрицательных условий. Положительное условие признается наступившим, когда совершается то обстоятельство, действие или событие, которое составляет содержание условия. Отрицательное условие наступает тогда, когда наступление условного обстоятельства оказывается невозможным, например, лицо обязывается уплатить долг другому в срок, если тот не заплатит сам, а между тем до срока должник объявляется несостоятельным. Положительное условие признается ненаступившим, когда обнаруживается невозможность его наступления, например, лицо обязалось отдать в аренду имение, если приобретет его с торгов, а между тем имение приобретено другим лицом. Отрицательное условие признается ненаступившим, когда совершается тот факт, от ненаступления которого зависела сделка, например, одно лицо обязалось другому обеспечить существование его дочери, если после его смерти она не выйдет замуж, а между тем она вышла замуж.

При рассмотрении последствий, какие производят наступление или ненаступление условий, следует снова обратиться к различию отлагательных и отменительных условий. Невозможность наступления отменительного условия превращает сделку в безусловную. Наступление такого условия прекращает действие сделки с этого момента. Невозможность наступления отлагательного условия прекращает то юридическое отношение, которое связывало лица в ожидании условия. Наиболее интересным представляется вопрос о последствиях наступления отлагательного условия. Следует ли относить их к моменту наступления условия или же к моменту заключения сделки, другими словами, следует ли признать за наступлением условия обратную силу? Если при совершении сделки имелось в виду поставить желаемые юридические последствия в связь с наступлением известного обстоятельства, то нет никакого основания относить действие этих последствий к моменту более раннему. Допущение обратной силы будет противно воле совершивших сделку, если в самой сделке она не выразилась в этом именно смысле. Так, например, лицо обязывается продать другому вещи под условием. Если признать обратную силу, то с наступлением условия продавец обязан выдать покупателю все приращения вещи, все доводы, всю извлеченную прибыль, но это явно несогласно с намерением сторон. Иногда признание обратной силы не согласуется даже с природою отношения, например, лицо

обязывается под условием отдать внаем дом. Что может означать обратная сила в таком случае? По этому вопросу законодательства расходятся. Французский гражданский кодекс (§ 977 и 978) признает обратную силу условий сделки, однако, с оговорками. Германское гражданское уложение в принципе отвергает обратную силу условной сделки, но допускает выводить противоположное заключение из содержания сделки (§ 158 и 159).

2. Сроком в техническом значении слова называется такое случайное определение в юридической сделке, по которому предполагаемые последствия сделки ставятся в зависимость от известного момента времени. В противоположность условной сделке срочная сделка лишена неизвестности относительно того, наступит или нет обстоятельство, от которого зависит сделка. Но, как и установление условия, назначение срока должно быть произвольным. Поэтому нельзя признать срочным завещание, в котором завещатель ставит приобретение наследником наследства в зависимость от времени смерти его, наследодателя, так как это составляет существенную часть завещательной сделки. Сделки, не допускающие по своей природе условия, не допускают и срока; напротив, сделки, которые по существу своему могли бы быть соединены с условием, если бы не препятствие со стороны закона, могут быть срочными. Срочные сделки также предусматриваются ст. 1530.

Срок, как и условие, может иметь отлагающее или отменяющее значение. Сделка срочная содержит срок, с которого (*dies a quo*) устанавливается юридическое отношение или до которого (*dies ad quem*) оно продолжается. Примером срока первого рода может служить вклад в брак, сделанный старшим родственником в пользу младшего, когда последний достигнет совершеннолетия. Примером второго рода может быть договор найма квартиры опекуном для малолетних с тем, что по достижении старшим из них 17 лет договор прекратился в случае его несогласия оставаться в ней. Срок может быть определен или точно календарным днем, или же событием, которое должно несомненно наступить, хотя и нельзя в точности указать момент, например, транспортная контора обязывается отправить кладь, когда откроется навигация или установится санный путь.

Как по поводу условия, так и относительно отлагательного срока возникает вопрос о значении его наступления, – следует ли признать обратную силу или нет? В пользу утвердительного ответа можно выставить то соображение, что наступление срока – вне сомнения, а потому установление юридического отношения не обуславливалось, а только откладывалось. Но так как стороны, устанавливавшие срок, не сомневались в наступлении срока, то откладывание сделки может выражать только намерение сторон перенести последствия сделки к моменту срока, а потому нет никакого основания допускать обратную силу, если таковая не обнаруживается в намерении совершавших сделку.

3. Близко к условию стоит наказ (*modus*), под которым следует понимать такое случайное определение в юридической сделке, по которому с предоставлением права соединяется возложение обязанности что-либо сделать. Близость такого наказа с условием выражается в том, что как тут, так и там лицо, изъявляющее свою волю, желало бы, чтобы установление юридического отношения было связано с известным фактом. Но при отлагательном условии юридическое отношение, из-за которого возникает сделка, устанавливается только с наступлением условного обстоятельства, тогда как при наказе юридическое отношение устанавливается тотчас же, независимо от осуществления наказа. Так, например, продается имение с таким наказом, чтобы продавцу была сохранена на летнее время дача; оставляется наследство с таким наказом, чтобы наследник поставил на гробе завещателя часовню; совершается дарение с таким наказом, чтобы часть капитала одаренный обратил на дела благотворительности. Во всех этих случаях юридическое отношение устанавливается совершенно независимо от исполнения предположенных действий, – право приобретается тотчас, но зато на покупщике, наследнике и одаренном лежат обязанности, неисполнение которых может иметь свои последствия. Возложенная обязанность дает заинтересованному лицу право требовать со стороны обязанного лица исполнения своей обязанности, без нарушения установленного юридического отношения. В этом последнем обстоятельстве заключается существенное отличие наказа от условия. Так, например, если кто-нибудь оставляет своему брату имение с тем, чтобы брат выплачивал их матери известную ежегодную сумму, то уклонение от такой обязанности дает матери право

настаивать на платеже определенной суммы, но не на отнятии имени. Если таково отличие наказа от условия по последствиям, то выяснение вопроса, имеется ли в сделке наказ или условие, может быть достигнуто только путем истолкования воли лиц, совершивших сделку.

Наш закон не дает никаких постановлений о наказе. Но нет основания ограничивать допустимость наказов одними только безмездными сделками, как дарение и завещание.

VI. Недействительность сделки. В случае недостатка какой-либо существенной части сделки последняя оказывается недействительной. Недействительность может обнаружиться по причинам субъективным (например, несовершеннолетие) или объективным (например, продажа чужой вещи), по причинам, лежащим на внутренней стороне сделки (например, существенное заблуждение) или на внешней (например, несоблюдение формы). Недействительность сделки обнаруживается или с самого начала, когда при совершении сделки отсутствовало одно из законных условий ее, или же недействительность наступает позднее. Например, лицо, не имеющее более близких родственников, завещает свое родовое имение племяннику и умирает, а между тем вскоре после его смерти вдова родит сына или дочь: с этого момента наступает недействительность завещания, которое до того времени было вполне действительным. Недействительная сделка не должна быть смешиваема с несостоявшеюся, когда стороны не пришли к полному соглашению, необходимому для силы сделки. Так, если никто из явившихся на торги не сделает надбавки против оценки, сделка должна быть признана несостоявшеюся; если же по окончании торгов покупщиком окажется лицо недееспособное, то сделка, хотя и состоявшаяся, будет признана недействительной (уст. гр. суд., ст. 1062, п. 2, и ст. 1069). Закон сам допускает смешение, признавая, что дар почитается недействительным, когда от него отречется тот, кому он назначен (ст. 973), тогда как здесь может быть речь только о сделке несостоявшейся.

Если сторона или стороны сами убеждены в наличии всех необходимых частей сделки, а между тем она недействительна вследствие недостатка какой-либо из них, то сделка называется мнимой, потому что стороны мнят, что они достигли желанного юридического результата. Самообман сторон вызывает иногда особое снисхождение закона к таким сделкам, относительно силы которых стороны добросовестно заблуждались, например, относительно брака (ст. 133; см. неправильное смешение мнимых и притворных сделок в решении 91, 62 и столь же неправильное разграничение их в решении 01, 45).

Недействительность сделки бывает двоякого рода. а) Абсолютная недействительность или ничтожность сделки признается тогда, когда она по закону не производит предположенных юридических последствий, как будто стороны не совершали никакого юридического акта. Если сделка признается ничтожной, то нет необходимости опровергать незаконную сделку. Например, завещано заповедное имение помимо установленного наследника: последний может просить об утверждении его в правах наследства, не опровергая оставленного завещания. Но, конечно, если наследник по завещанию успел раньше добиться утверждения завещания, то законному наследнику приходится опровергать основание судебного определения. Никакая давность не в состоянии придать ничтожной сделке юридическую силу. Недействительны по закону акты, совершенные лицом, признанным в установленном порядке ограниченным в правах, например больным (09, 91). [b] В противоположность ничтожности относительная недействительность или опровержимость не лишает сделку саму по себе юридических последствий, а приводит к этому результату только по иску или возражению заинтересованного лица. Если при ничтожности предположенные юридические последствия не наступают силою закона, то при опровержимости наступившие уже юридические последствия отпадают силою судебного решения. Сделка как при ничтожности, так и при опровержимости недействительна, но во втором случае она считается действительной, пока не будет опровергнута, так что при молчании заинтересованного лица сделка может сохранить полную свою силу. Примером опровержимости служит дарение, совершенное несостоятельным перед открытием конкурса, когда дела его уже находились в расстроенном положении. Кредиторы имеют право опровергнуть действительность такой сделки и требовать возвращения дара (уст. суд. торгов., ст. 460), и вообще оспаривать по 2 п. ст. 1529 сделки, направленные к подложному переукреплению имущества (09, 118).] Право опровергать сделку может быть, как и всякое иное право, утрачено по давности. Различие между опровержимыми и ничтожными сделками основывается на том, какие интересы имеет в виду

закон, устанавливающий недействительность: исключительно ли интерес частного лица или же также интерес всего оборота, самих участников сделки или также третьих лиц.

Недействительная сделка не производит тех юридических последствий, которых предполагалось достигнуть совершением ее. Зато недействительная сделка может привести к другим юридическим последствиям. Так как сделка недействительна, то все должно быть восстановлено в то положение, в каком находилось до совершения сделки. Все, что на основании сделки было передано одним лицом другому, должно быть возвращено по принадлежности. Если недействительная сделка совершена была под влиянием принуждения или обмана, то виновное в том лицо несет на себе имущественную ответственность за весь причиненный ущерб, а нередко также несет и уголовное наказание.

Если сделка недействительна не во всем своем содержании, а только в отдельной части, то следует различать, может ли эта часть быть извлечена из состава сделки без нарушения существа целого или нет. Во втором случае частичная недействительность влечет недействительность всей сделки. Напротив, в первом случае недействительная часть отпадает, не касаясь всего остального содержания сделки. Закон выражает это прямо относительно завещаний: если в завещании допущены распоряжения, законам противные, то эти распоряжения недействительны, но при этом все другие распоряжения, законам не противные, остаются в своей силе (ст. 1029). Тот же результат должен быть признан и в отношении всех других сделок (76, 342).

§ 16. Представительство

Литература: Нерсесов, Понятие добровольного представительства в гражданском праве, 1878; Гордон, Представительство в гражданском праве, 1879; Он же, Представительство без полномочия, 1893; Гамбаров, Добровольная и безвозмездная деятельность в чужом интересе вне договорного отношения и не по предписанию закона, 1880; Евецкий, О представительстве при заключении юридических сделок, 1878; Казанцев, Учение о представительстве в гражданском праве, 1878.

I. Понятие о представительстве. Нормальным представляется такой порядок, когда каждый сам совершает юридические сделки, направленные в его пользу. Однако существует целый ряд препятствий к такого рода самостоятельности, которые можно преодолеть допущением замены одних лиц другими в юридической деятельности. Существуют лица, которые по закону не в состоянии сами совершать сделки – малолетние, сумасшедшие. Существуют и чисто фактические затруднения, как болезнь, отдаленность места жительства от места деятельности, неопытность и незнакомство с делом и т.п. Интересы всех этих лиц сильно страдали бы, если бы на помощь им не явился институт представительства.

Представительством в гражданском праве называется такое отношение, в силу которого последствия сделок, совершаемых одним лицом от имени другого, непосредственно переносятся на последнее. Лицо, совершающее сделку в чужом интересе, называется представителем; лицо, в чьем интересе совершается сделка, – представляемым; лица, с которыми представитель заключает сделку в интересе представляемого, – третьими лицами.

а. Представительство характеризуется прежде всего тем, что представитель совершает юридические сделки в интересе другого лица. Этим признаком юридической деятельности представительство отличается от всех тех отношений, в которых один заменяет другого или содействует ему. С этой точки зрения не будут представителями воспитатель детей, защитник в уголовном процессе, инженер, наблюдающий за технической частью на фабричных работах. Не могут быть признаны представителями маклеры, агенты, которые содействуют заключению сделок путем сближения взаимно заинтересованных лиц, но сами сделок не заключают. Все юридические сделки могут быть совершаемы через представителей, насколько законом не установлены исключения. Недопустимо представительство при совершении брака (ст. 31, т. XI, ч. 1, ст. 305), при узаконении детей (уст. гражд. судопр., ст. 14601), при составлении духовных завещаний (ст. 10361 и 1046).

б. При совершении юридической сделки представитель выражает свою волю, а не волю представляемого лица. Представителю дана цель, соответствующая интересам представляемого, и

от его воли зависит избрать средство, наиболее согласное с этой целью. С этой точки зрения не будет представителем посланный, роль которого ограничивается передачей воли другого. Назначение посланного – по возможности точно передать волю пославшего его. Такой посланный, являясь средством передачи воли, представляет собою не более как живое письмо. Например, посылается лакей в цветочный магазин, чтобы заказать к определенному дню букет на определенную цену. По этой же причине не будет представителем нотариус, агент власти, который делает от одного лица другому какое-либо заявление, например, о прекращении договора, потому что он только официально удостоверяет факт произведенного волеизъявления. Конечно, воля представителя может быть так стеснена данными ему инструкциями, что может даже возникнуть затруднение в отличии его от посланного. Это обнаруживается нередко в деятельности приказчиков.

с. При совершении юридических сделок в интересе представляемого представитель действует от имени представляемого. С этой точки зрения представитель отличается от комиссионера, который совершает юридические сделки также в интересе другого, комитента, но от своего имени (по прод. 1910 г., т. XI, ч. 2; уст. торг., ст. 541). Общее у них то, что оба совершают сделки за чужой счет, но существенное различие между ними то, что один прямо показывает, кто заинтересован в сделке, тогда как другой прикрывает собою стоящее за ним заинтересованное лицо. Поэтому и практические последствия того и другого отношения различны, особенно при несостоятельности. Требование совершения сделки от имени представляемого не значит, что при заключении каждой сделки необходимо упоминать об имени. Самая обстановка сделки способствует указанию, как заключалась сделка и имели ли контрагенты в виду лицо представляемое. Так, например, управляющий домом отдает квартиры, ремонтирует их, получает наемную плату с жильцов дома, принадлежащего хозяину. Эти действия не могут быть истолкованы иначе как в смысле совершения их в пользу представляемого и от его имени, хотя бы имя его не упоминалось ни разу. Наоборот, предположим, что опекун, живущий вместе с малолетними, покупает мебель для квартиры, – здесь обстановка сделки не показывает, чтобы покупка была совершена в интересе малолетних. Вексель чужд обстановке, а потому при выдаче векселя всегда следует указывать, от имени кого он выдается.

Из указанных признаков представительства сам собою вытекает ответ на вопрос: может ли лицо, действующее в качестве представителя, заключить в интересе представляемого сделку с самим собою? Например, опекун покупает у самого себя лес для постройки дома в имении малолетнего. Так как представитель должен направить свою волю в сторону наибольшего соответствия с интересами представляемого и так как в то же время никто не в состоянии отрешиться от своих собственных интересов, то возможная коллизия интересов приводит только к отрицательному ответу на поставленный вопрос, хотя некоторые юристы, как, например, Кромэ, держатся противоположного взгляда. Германское гражданское уложение запрещает представителю заключать сделки от имени представляемого с собою лично, за исключением тех случаев, когда это ему прямо дозволено или если акт сводится к исполнению обязательства (§ 181).

II. Действие представительства. Сущность представительства сводится к тому, что по сделке, заключенной представителем, права и обязанности устанавливаются непосредственно в лице представляемого. По сделке, в которой контрагентом был представитель, субъектом прав и обязанностей признается представляемое лицо. Сделка представителя – это юридический факт, вызывающий такое отношение, активным и пассивным субъектами которого становятся третье и представляемое лица. Отношение возникает по воле представителя, но через его голову, и представитель остается вне отношения, не приобретает никаких прав и не несет никаких обязанностей. Непосредственный переход на представляемого прав и обязанностей по сделке, заключенной представителем, признается новейшими законодательствами (франц. гражд. код., § 1998; герм. гражд. улож., § 164). Та же идея может быть выведена у нас из ст. 2326, по которой все сделанное поверенным на основании данной ему доверенности, хотя бы то было и ко вреду доверителя, остается в своей силе.

Так как субъектом прав и обязанностей по сделке, заключенной представителем, признается представляемое лицо, то от него, а не от представителя, требуется правоспособность (ст. 2193).

Поэтому сделка будет недействительна, если лицо русского происхождения в качестве представителя покупает в Киевской губернии землю от имени лица польского происхождения, и, наоборот, она будет действительна, если лицо польского происхождения в качестве представителя покупает ту же землю от имени лица русского происхождения. Когда закон запрещает дееспособному лицу вступать в какое-либо специальное обязательство, то это препятствие должно рассматриваться с точки зрения представляемого. Например, вексель, выданный замужней женщиной без согласия мужа по представительству от имени купца, будет вполне действительным, но в обратном случае обязательство не будет иметь вексельной силы. Что касается представителя, являющегося в сделке контрагентом, то от него требуется общая дееспособность, не ограниченная по соображению недостатка воли, как это имеет место в отношении малолетних и душевнобольных. Представителями могут быть все, кому по закону не воспрещено вступать в договоры (ст. 2194). Несовершеннолетним закон не запрещает вступать в договоры самостоятельно, насколько дело идет об управлении их имуществом, а потому за ними следует признать способность быть представителями других. Сделка, заключенная несовершеннолетним в качестве представителя, не может быть опровергаема ни со стороны представляемого или третьего лица, потому что не их интересы охраняет закон, ни со стороны самого несовершеннолетнего, потому что его интересы не затрагиваются вовсе сделкой. Только судебное представительство прямо преграждено законом лицам, не достигшим совершеннолетия (уст. гражд. суд., ст. 45, п. 1, и ст. 246, п. 2). Точно так же должно быть обсуждаемо представительство расточителей и несостоятельных, выступающих от имени правоспособных и дееспособных лиц.

Так как в рассматриваемом отношении дело идет о представительстве интересов, а не о представительстве воли, то представитель действует в сделке сам, а не им действует представляемый. А отсюда следует, что мотивы воли, как заблуждение, принуждение или обман, должны быть обсуждаемы со стороны представителя, а не представляемого.

III. Отграничение от других отношений. Установив, таким образом, понятие о представительстве, необходимо разграничить его с понятиями смежных отношений. а) Некоторое сходство замечается между представительством и поручительством: как в том, так и в другом одно лицо отвечает за другое, представляемый – за представителя, а поручитель – за главного должника. Но сходство это только внешнее, хотя оно и подало повод нашему законодательству смешать эти два понятия и назвать поручительством то, что является представительством (пол. о каз. подр. и пост., ст. 80, п. 1 и прилож.). Ответственность дворянского общества за действия своих уполномоченных по заключению с казною подрядов и поставок ни в каком случае не может быть подведена под понятие о поручительстве. В действительности по сделке, заключенной представителем, устанавливается только одно отношение между представляемым и третьим лицом; напротив, в силу поручительства устанавливаются одновременно три отношения, и поручитель отвечает только вследствие неисполнительности со стороны главного должника. б) Близость существует также между представительством и договором в пользу третьих лиц; как в том, так и в другом одно лицо совершает сделку в пользу другого. Однако различие между ними существенно. Представитель совершает сделку от имени другого; напротив, договор в пользу третьих лиц совершается от лица, заключающего его (например, страхование жизни в пользу жены или детей). Представитель своею сделкою не только устанавливает для представляемого права, но и обязанности, тогда как в силу договора в пользу третьих лиц последним можно дать права, но не обязать их.

IV. Основание представительства. Основанием, в силу которого возникает представительство, является закон или договор. Соответственно тому представительство в силу закона называется законным или необходимым, а в силу соглашения – договорным или добровольным.

1. Законное представительство возникает во всех тех случаях, когда лицо лишено дееспособности, и представительство имеет своею целью восполнить этот недостаток. Таковы случаи опеки над малолетними, сумасшедшими, глухонемыми, расточителями. Юридическое лицо имеет представителей в виде органа, избрание которого основывается на предписании закона.

Порядок избрания законных представителей и объем их полномочия определяются законом или уставом.

2. Договорное представительство является всякий раз, когда лицо, способное и само вступать в юридические отношения, предоставляет другому, по соглашению с ним, право заключать сделки от имени представляемого. В основе такого добровольно устанавливаемого отношения между представителем и представляемым лежит договор доверенности. [Разновидность договорного представительства практика видит в притворных сделках, где самостоятельный с виду контрагент в действительности и с ведома участников является представителем интересов другого лица, которое суд и должен признать управомоченным (05, 105; 12, 33).]

Но возможны случаи, когда одно лицо совершает сделки в интересе другого и от его имени, не имея на то законного основания, т.е. не будучи назначено надлежащею властью и не будучи уполномочено на то по договору. Мотивом, побуждающим к такой непризванной деятельности, является дружба, связь интересов, например, во время продолжительного отсутствия домовладельца дом его потерпел повреждения, грозящие всему строению, и сосед взял на себя от его имени произвести необходимые поправки. Возможно, что причиной такого выступления от имени другого лица оказывается ошибка со стороны лица, мнившего, что он уполномочен на известные действия. Такое отношение называется обыкновенно фактическим представительством, и основание, которое приравнивает его к настоящему представительству, состоит в следующем одобрении со стороны того лица, в чьем интересе была совершена сделка (92, 93). Сделка оказывает действие не со времени последовавшего согласия, а с момента ее совершения, следовательно, приобретает обратную силу, что вполне согласуется с намерением всех лиц, участвовавших в ее заключении. Последующее согласие может быть явно выражено или может также быть выведено из действий, т.е. лицо, в интересе которого была совершена сделка, может или прямо одобрить действия лица, взявшего на себя роль представителя, и принять их на свой счет, или присвоить себе результаты, вытекающие из действий этого лица (79, 141).

V. Полномочие. Круг сделок, разрешенных представителю, называется полномочием. Оно устанавливается законом, уставом или же доверенностью. Каждая сделка, не выходящая из этого круга, совершенная представителем, обязательна для представляемого. Но возможны случаи, когда представитель выйдет за границы, очерченные данным ему полномочием. Для определения последствий таких сделок необходимо различать, было ли известно третьему лицу это обстоятельство при совершении сделки или нет.

1. Если третье лицо знало, что заключаемая сделка выходит за пределы данного полномочия, то оно заведомо совершало сделку против воли представляемого, а потому сделка за несоответствием воли контрагентов должна быть признана ничтожной.

2. Если же третье лицо не знало о том, что сделка выходит за пределы данного полномочия, то необходимо принять в соображение, вышла ли заключенная сделка из круга сделок, обыкновенно допускаемых в подобных случаях представителю, или же не вышла. а) Во многих случаях третьи лица не имеют возможности определить с точностью объем полномочия, например, относительно управляющего имением, торгового доверенного, которые заведуют делами без письменного акта доверенности. Третьи лица вправе предполагать таких представителей уполномоченными на совершение всех тех сделок, которые необходимы для осуществления основной цели представительства. Было бы в высшей степени несправедливо подвергать третьих лиц опасности опровержения сделки со стороны представляемого под тем предлогом, что она выходит за пределы полномочия, когда сделка оказалась для него невыгодной. Поэтому наша практика держится взгляда, что для признания представителя переступившим пределы полномочия недостаточно установления того факта, что в акте доверенности не упомянуто о предоставлении представителю права на совершение известной сделки, оспариваемой представляемым; необходимо рассмотреть, не следует ли оспоренную сделку, хотя в доверенности буквально не указанную, отнести к числу таких, которые вытекают из определенных доверенностью отношений представителя к представляемому и потому не могут быть признаны сделками, выходящими из пределов полномочия (69, 63; 94, 63). б) Напротив, если сделка выходит из указанных границ, то со стороны третьего лица является неизвинительным

заблуждением вступить в такую сделку, не заручившись согласием представляемого, а потому такая сделка не может быть обязательной для последнего.

§ 17. Исковая давность

Литература: Энгельман, О давности по русскому гражданскому праву, 3-е изд., 1900; Боровиковский, Давность (Отчет судьи, т. 2), 1892; Анненков, Система русского гражданского права, т. I, изд. 1899 г., стр. 652–698; Змирлов, Приостановление и перерыв исковой давности вообще и по железнодорожным делам в частности (Ж. М. Ю., 1895, декабрь); Любавский, О давности в гражданских делах (Юрид. моногр. и исслед., т. I, 1867, стр. 115–219); Гуляев, Общий срок земской давности (Ж. М. Ю., 1900, N 7 и 8); Полетаев, Давность vindикации (Жур. гр. и уг. пр., 1893, N 5).

I. Понятие о давности. Среди юридических фактов, точнее событий, важное место по своему значению занимает время. Юридические отношения устанавливаются и прекращаются с наступлением известного момента времени. Истечение известного количества времени влияет также на определение взаимных прав и обязанностей, например, протечение некоторого количества времени от рождения человека (возраст) открывает дееспособность лица. Нередко самое право зависит от осуществления его в течение установленного времени, например, выданная привилегия на промышленные изобретения утрачивается, если изобретение не приведено в исполнение в известный срок. Процессуальная защита права построена на соблюдении сроков. Наконец, нередко фактические отношения, сложившиеся по образу юридических, с течением времени приобретают юридический характер.

Особенно важное значение имеет как юридический факт давность, т.е. истечение известного количества времени, которое при наличии других еще условий способно прекратить юридическое отношение, а в некоторых случаях превратить фактическое состояние в юридическое отношение.

Каково же социальное основание давности, способной производить такие юридические последствия? Само по себе время, как бы оно ни было продолжительно, не может иметь влияния на юридические отношения. Если лицо утрачивает права вследствие неосуществления их в течение более или менее продолжительного времени, то это не может быть объяснено прирожденным человеку уважением к сложившемуся и продолжающемуся порядку (Виндшейд). Нельзя видеть основания давности в желании законодателя наказать субъекта права за нерадение к нему (Мейер), потому что сущность гражданских прав заключается в полной свободе осуществления их, и неосуществление права, хотя бы и продолжительное, не составляет противозаконного действия. Выставляют основанием предполагаемое отречение от права (Кранихфельдт), безмолвное отречение, как выражается наш Сенат (06, 42), но непользование правом не может внушать такой мысли, потому что в видимом непользовании может заключаться пользование, например, богатый землевладелец оставляет участок истощенной земли без обработки для укрепления производительных сил, допуская в то же время соседних крестьян косить траву на этой земле. При залежном хозяйстве в какой-нибудь Уфимской или Оренбургской губернии земля нередко остается без обработки лет 15–20. Действительное основание давности заключается в том, что общество нуждается в прочном порядке и всякая неопределенность отношений, способная колебать приобретаемые права, возбуждает против себя протест. На этом основывается ограничение собственника при строгом осуществлении его права собственности в торговом обороте, на этом же основывается и давность. С течением времени утрачиваются доказательства, умирают свидетели; и возбужденный через много лет спор способен нарушить целый ряд установившихся отношений. По воле законодателя время прекращает такую неопределенность.

Правильность выставленного основания подтверждается, между прочим, и тем еще обстоятельством, что в соответствии с большею определенностью юридических отношений увеличиваются сроки давности. В малоцивилизованном обществе сроки давности обыкновенно весьма кратки, по мере развития общества они удлиняются. Это явление наблюдается в истории римского права. По Закону XII таблиц срок давности владения был 2 года для недвижимости и 1

год для движимости (*usucapio*). В законодательстве Юстиниана эти сроки удлиняются до 10 лет для недвижимости и 3 лет для движимости, а рядом с тем устанавливаются еще более длинные сроки на особые случаи. Для исковой давности по преторскому эдикту введен был годовой срок, а позднее, в императорский период, установлен 30-летний срок. То же самое наблюдается в истории германского права. В эпоху переселения народов у германцев действует годовой с днем срок давности (*Jahr und Tag*). С течением времени римские сроки давности взяли верх над германским.

Такое же удлинение сроков встречаем и в истории русского права. Судебники устанавливают в спорах между частными лицами давностный срок в 3 года, очевидно, в связи с господствовавшей трехпольной системой сельского хозяйства. Только иски великого князя погашались временем двойного севооборота, т.е. 6-летним сроком. Позднее в Московском государстве не существовало сколько-нибудь определенной исковой давности. Встречаются указания на 15-летнюю давность для обязательств, на 40-летнюю для исков о праве собственности на землю, но слабое их применение в жизни обнаруживается из того, что к XVIII столетию о них совершенно забывают и манифестом 1787 г. 10-летняя исковая давность вводится как совершенно новая "милость".

Там, где сомнение невозможно, где, несмотря на какое угодно время, действительное право может быть легко доказано, там давность не имеет применения. Такое устранение влияния давности обнаруживается в тех странах, где введены ипотечные книги. Напротив, в тех случаях, где неопределенность отношений особенно опасна, устанавливаются сокращенные сроки давности.

II. Виды давности. В XVIII столетии юристы стремились установить общее понятие о давности, в силу которой приобретению права соответствовала бы потеря, и выставляли положение, будто все то, что может быть вообще приобретаемо, можно приобрести и по давности. Основываясь на этом взгляде, различали давность приобретательную и погасительную, ставя их в постоянное взаимодействие. Под влиянием такого ошибочного представления сложились нормы о давности в австрийском уложении 1811 г. (§ 1452 и 1453). И наш Сенат держится того мнения, что "в юридической давности надлежит различать две стороны: давность погасительную и давность приобретательную" (10, 112). Но в настоящее время эта точка зрения оставлена [но не Сенатом, который упоминает о приобретательной давности и в новейших решениях, 12, 115]; признано, что подобного соответствия в давности не существует. Действительно, почти все права могут быть потеряны с истечением давностного срока, но приобрести можно только право собственности, сервитуты, – обязательственные же наследственные, права личной власти с течением времени не приобретаются. Приобретение кем-либо права собственности на земельный участок по давности владения необходимо сопровождается потерей того же права со стороны прежнего собственника. Потеря всякого иного права, кроме права собственности, соединяется с соответствующей выгодой для другого лица, но не с возникновением права. Если кредитор своевременно не потребовал от должника долга, то он потерял свое право, но должник не приобрел права, а сохранил только экономическую ценность в своем хозяйстве. Если за давностью утрачивается право на сервитут, то собственник, несомненно, получает от этого хозяйственную выгоду, но не приобретает никакого нового права.

Поэтому, отвергая возможность отвлеченной давности, охватывающей все случаи, теперь различают исковую давность, в силу которой права утрачиваются, и давность владения, которая ведет к приобретению права собственности. Это не две стороны одного и того же правового института, это два правовых института, построенных на одном и том же основании – устранении юридической неопределенности путем превращения факта в право. Об исковой давности необходимо сказать в общей части, насколько в прекращении различных прав имеются общие черты, тогда как приобретательной давности место – в отделе о вещных правах, когда речь пойдет о способах приобретения права собственности.

Под именем исковой давности понимается потеря права обращаться к судебной защите посредством иска по неосуществлению права в течение установленного законом времени. Действию давности подлежат, однако, не все права. Она не оказывает влияния на права семейственные, на права личные; так, право доказывать законность рождения не прекращается никакою давностью (уст. гр. суд., ст. 1347); никакая давность не преграждает возможности отыскания принадлежащих кому-либо прав состояния, если они не признавались [по ошибке

или по недоразумению, и т.п.] (т. IX, ст. 13); не теряется за давностью право родителей требовать возвращения детей от посторонних лиц, незаконно их задерживающих. Действию давности подлежат главным образом имущественные права, за некоторыми, однако, исключениями: имущества заповедные, например, не подлежат действию земской давности в случае неправильного ими или же частью их завладения (ст. 564); пропуском 10-летней давности не лишаются как сам вдовец или сама вдова, так и наследники их права требовать указанной части их имущества умершего супруга, если только просьба о выделе подана при жизни вдового супруга (ст. 1151–1153).

III. Начало течения давности. Моментом, с которого начинается течение давностного срока, признается тот, когда возникает повод для предъявления иска. Следовательно, относительно вещных прав таким моментом является нарушение права, т.е. завладение вещью (03, 29). Право собственника требовать возвращения принадлежащей ему вещи возникает по поводу завладения ею со стороны ответчика. Поэтому, когда бы собственник в течение 14 лет не проявлял никакого хозяйственного отношения к вещи, ему все же не может быть противопоставлено возражение об истечении исковой давности со стороны ответчика, владеющего менее 10 лет, потому что течение давности начинается с момента нарушения права, каковым является для каждого ответчика завладение им чужою вещью. Отсюда следует, что право собственности утрачивается по исковой давности не ранее как будет приобретено кем-либо право собственности на ту же вещь по давности владения. В правах относительных течение давности начинается с момента, когда обязательство должно бы быть исполнено, но не было исполнено, или было совершено действие, противоположное обязательству. [В 1911 г. Сенату представился случай высказаться по вопросу о начале течения давности для предъявления иска к поверенному, пропустившему срок давности для предъявления взыскания по исполнительному листу, и Сенат высказался в том смысле, что давность на предъявление иска к поверенному начинает течь с того момента, с которого исполнительные листы потеряли силу за давностью (12, 15).] По срочным и условным сделкам давность начинается с наступлением срока или условия. При периодическом исполнении, например при платеже арендной платы, процентов, течение давности следует исчислять отдельно по каждому просроченному платежу (80, 296). Если же дело идет о платеже капитала по частям, то давность следовало бы исчислять со времени, когда должна была наступить последующая уплата. Но наше законодательство дает иное решение, предлагая считать давность с того дня, в который совершена была последняя уплата (ст. 1550). [Статья 1550 говорит о перерыве давности, а не о начале ее и должна быть понимаема в том смысле, что прерванная уплатой части капитала давность вновь течет с первого дня после последней уплаты.] При бессрочных обязательствах, когда исполнение может быть потребовано каждую минуту, течение давности считается со времени предъявленного требования об исполнении (ст. 1549).

IV. Приостановка давности. С этого времени течение давности идет непрерывно. Однако в некоторых случаях закон допускает приостановку давности, так что дальнейшее течение ее останавливается на все время, пока существует законное препятствие, и давность как бы замирает в своем течении. Самое важное обстоятельство, производящее такое приостановление, составляет недееспособность того лица, которое является субъектом неосуществляемого права. Если наследник или преемник права будет несовершеннолетний, то на все время несовершеннолетия его течение давности приостанавливается. С достижением же совершеннолетия ему предоставляется только оставшееся от его предшественника время, но во всяком случае не менее 2 лет (ст. 694, прил. ст. 2, п. 1). Представим себе, что в наследственной массе имеется заемное письмо, по которому срок платежа наступил за 8 лет до смерти наследодателя. Если наследнику его только 5 лет, то в продолжение 16 лет давность приостанавливается. С наступлением совершеннолетия наследнику остается еще 2 года для предъявления заемного письма ко взысканию. Продолжая логически мысль закона, необходимо признать, что приостановка давности имеет место не только тогда, когда дело идет о праве, перешедшем к несовершеннолетнему по преемству, но и тогда, когда право впервые возникает в лице несовершеннолетнего при посредстве его законного представителя. Так именно и взглянула наша практика на этот вопрос (04, 21). Закон, устанавливая льготу для несовершеннолетних, не делает различия между общим сроком исковой давности и краткими и, напротив, по исключению особо указывает на то, что льгота не распространяется на иски, предъявляемые [малолетними и

состоящими под опекою вообще] к железным дорогам о вознаграждении за вред (уст. жел. дор., ст. 135 и 137); что течение указанных для векселей сроков ни в каком случае не приостанавливается (уст. векс., ст. 76). Отсюда следует заключить, что приостановка течения давности в пользу несовершеннолетнего относится не только к общему десятилетнему сроку, но и к прочим указанным в законе кратким срокам (contra 94, 111).

Конечно, такое правило нельзя оправдать, потому что у несовершеннолетних есть опекуны и попечители, на обязанности которых должно лежать наблюдение за сроками. Тем менее основания устанавливать такую привилегию в пользу несовершеннолетних, имеющих законных представителей, когда сам же закон не признает значения за тем обстоятельством, что право иска утрачено было виною не самого истца, а его представителя по доверенности (ст. 694, прил. ст. 5). Указанное основание к приостановлению течения давности согласно с французским законодательством, из которого нашим и сделано это неудачное заимствование (франц. гражд. код., § 2252).

В отношении давности к несовершеннолетним приравниваются умалишенные и глухонемые наследники и преемники. Приостановление давности прекращается и течение ее продолжается, когда по освидетельствовании в установленном порядке они будут признаны здоровыми и способными изъяснить свои мысли и изъяслять свою волю и по определению Сената будут введены в управление и распоряжение своими именами (ст. 694, прил. ст. 2, п. 2). Неудобство этого положения представляется еще более резким, когда умалишенные и глухонемые не приобретут до конца жизни сознания и способности выражать свою волю. В практике возник вопрос, распространяется ли правило о приостановлении давности на те случаи, когда душевнобольной не был освидетельствован и признан таковым в установленном порядке. Сенат высказался в том смысле, что при приостановлении исковой давности для душевнобольных не только конечный, но и начальный моменты приостановления обуславливаются официальным признанием факта болезни, а не одним фактическим состоянием болезненности (09, 91).

Помимо недееспособности основанием к приостановлению течения давности является нахождение лица в плену или в походе. Но такое последствие в связи с этими обстоятельствами наступает только в том случае, если отсрочка постановлена и объявлена в установленном порядке (ст. 694, прил. ст. 4). [В решении 12, 84 Сенат, перечислив указанные выше случаи приостановления давности, пояснил, что вне этих случаев, составляющих изъятие из общего правила о непрерывности течения давности, приостановление ее не может иметь места, как прямо не предусмотренное законом.]

V. Перерыв давности. В противоположность приостановлению перерыв давности не задерживает дальнейшего течения ее, но уничтожает значение прежнего. Все течение давности, имевшее место до наступления известного обстоятельства, лишается всяких юридических последствий и открывается возможность только нового течения давности. Такое значение имеют следующие обстоятельства: а) признание права со стороны нарушителя его, например, должник, уклонявшийся от платежа занятого капитала, уплачивает проценты; б) осуществление нарушаемого права, например, лицо, давшее другому завладеть его домом, производит ремонт; в) заявление претензии в конкурсном порядке; г) предъявление иска со стороны субъекта права в надлежащее судебное место (ст. 559). Не прерывает давности иск, поданный не тому суду, которому дело подсудно, например, подача искового прошения о недвижимом имении земскому начальнику. Так же мало значения имеют: исковое прошение, возвращенное или оставленное без движения, если в установленный срок не восполнены были его недостатки (уст. гр. суд., ст. 266 и 269), исковое прошение, после подачи которого возбужденное им производство было приостановлено в течение 3 лет (уст. гр. суд., ст. 689 и 692). [Не прерывает течения давности и жалоба на те действия судебного пристава, которые послужили основанием для завладения приобретаемым по давности объектом, – 13, 38.] Прерванная давность может возобновить свое течение, но она уже не присоединяется к прежней, а течет заново.

VI. Срок давности. По истечении установленного в законе количества времени наступают последствия давности. Общий срок давности, называемой земскою (т.е. гражданскою, частноправовую, по терминологии Литовского статута), – 10 лет как для движимых, так и недвижимых вещей (ст. 565 и 694, прил. ст. 1). Иностранное законодательство устанавливает

более продолжительный срок погасительной давности, – так, по французскому кодексу (§ 2262), по итальянскому (§ 2135), по австрийскому (§ 1479) и по германскому (§ 195) этот срок – 30 лет. Но кроме общего 10-летнего срока в законодательстве нашем встречается еще целый ряд других, более кратких сроков, из которых некоторые будут указаны в отдельности [а также более продолжительный, например, 30 лет для требования выигрышей по внутренним займам (Собр. узак., 1900 г., N 49)].

Сомнение способны возбудить сроки давности, устанавливаемые сторонами по взаимному соглашению. Договором, прежде всего, может быть совершенно устранено действие давности. Кредитор соглашается дать денег должнику под условием, чтобы последний отказался от возможности ссылаться на давность, на случай если кредитор своевременно не потребует платежа. Должник был бы поставлен в затруднительное положение таким предложением, потому что отказ с его стороны был бы равносителен сохранению за собой возможности быть недобросовестным. Какова сила подобной сделки? Можно думать, что такое соглашение недействительно, как направленное к устранению закона, который установлен в интересе общественного порядка. В пользу такого взгляда, однако, не находится прямого подтверждения в нашем законодательстве, подобного тому, какое содержится в некоторых западных кодексах (австр. улож., § 1502). Несомненно, что в этом отношении чувствуется пробел нашего законодательства. Но и с точки зрения действующего русского законодательства следует признать недействительность соглашений, направленных к удлинению законных сроков давности [что не препятствует, впрочем, стороне, согласившейся удлинить срок давности, не пользоваться возражением об истечении ее до окончания времени удлинения и тем самым выполнить условие (ср. 04, 101)]. Устанавливая известный срок исковой давности, десятилетний по общему правилу, закон имеет в виду устранить запутанность отношений, от которой могут пострадать не только сами контрагенты, но и иные лица. С определением известного срока соединяется предположение, что по истечении именно данного промежутка времени слабеют ясные черты отношения, а потому в общем интересе удлинение срока давности, а тем более устранение ее, не может быть допущено. Этот вывод согласуется с историческим стремлением русского законодательства распространить силу 10-летнего срока на все те местности, как на Курляндию (1805 г.), на Бессарабию (1823 г.), на Грузию (1827 г.), где по местным законам исковая давность соединялась с более продолжительным сроком.

Возможно соглашение и противоположного характера, когда стороны устанавливают более краткую давность сравнительно с законом. Подобные соглашения весьма нередки, особенно в практике страховых обществ. Относительно сокращения давности по договору нет никакого основания возражать с точки зрения их силы, хотя такие условия вовсе не желательны в жизни. Германское право, запрещая удлинение давности, не препятствует ее сокращению по сделкам (§ 225); напротив, швейцарское право не разрешает изменять сроки давности ни в сторону удлинения, ни в сторону сокращения (§ 148). Наш Сенат по вопросу о возможности устранить десятилетнюю давность по соглашению при морском страховании, применительно к Гамбургским правилам, высказал тот взгляд, что "срок исковой давности как право судебной защиты вне воли частных лиц, и потому не может быть ни увеличиваем, ни уменьшаем силою частных соглашений" (с. д. 11, 2670, ср. 05, 20).

VII. Действие давности. Действие исковой давности состоит в том, что лицо, не предъявившее в течение установленного срока иска в защиту своего права, теряет право предъявить такой иск, а вместе с тем и самое право, охраняемое иском. Кто в течение давности иска не предъявил, тот теряет свое право (ст. 692 и 694). Поэтому если бы лицо, потерявшее по давности право, успело каким бы то ни было образом под видом права осуществить интерес, то оно произвольно становится в положение субъекта не принадлежащего ему права. Например, кто-нибудь, оставив без взыскания свыше 10 лет заемное обязательство, получил с бывшего должника по ошибке, в таком случае последний вправе вытребовать обратно ненадлежаще полученное. В соответствии с таковым действием давности закон при распределении долгов в конкурсе все долги, коих взыскание миновала законом установленная давность, характеризует как долги, основанные на документах недействительных (уст. суд. торг., ст. 490). Право безусловно теряется

с истечением давности в силу наступления юридического факта, с которым закон соединяет потерю права.

Этот взгляд далеко не всеми разделяется. Некоторые (например, Гуляев) полагают, что исковую давностью погашается только право на иск, но не самое право. Однако против этого можно сказать, что а) с точки зрения исторических источников мысль законодателя совершенно иная, как это видно из выражений Манифеста 1787 г.: "дело да предастся забвению", из Банкротского устава 1800 г.: "таковые иски и взыскания уничтожаются"; б) невероятно, чтобы русский законодатель конца XVIII века представлял себе возможность права, охраняемого не иском, а иными юридическим средствами, вроде *exceptio*; в) такой взгляд на действие исковой давности, принятый Сводом, находился в соответствии с воззрением, господствовавшим в законодательствах первой половины XIX века на Западе (см.: *Allg. Landrecht*, I, тит. 9, § 501 и даже *Code civil*, § 2219 и 2262); г) такие средства и не могут иметь применения в законодательстве, которое их не знает, а указывает только на иск как средство судебного осуществления права. Нашему законодательству чужда также идея о *naturalis obligatio*. С догматической стороны смысл ст. 692 и 694, говорящих о потере права, не оставляет сомнения.

Не вполне согласуется с этим положением нашего материального права постановление процессуального права, в силу которого суд не может сам возбуждать вопрос о давности, если стороны на нее не ссылались (уст. гр. суд., ст. 132 и 706), хотя бы из дела ясно обнаруживалась потеря права в силу этого юридического факта. Это положение, противоположное тому, которое действовало до Судебных Уставов 1864 г., когда суды обязаны были *ex officio* возбуждать вопрос о давности, не опровергает, однако, нашего толкования, а свидетельствует лишний раз, что наши процессуальные законы не согласованы с материальными.

Истечение давностного срока как срока, с которым закон соединяет потерю права, имеет обратную силу. Право рассматривается утраченным не в момент истечения давностного срока, а в момент, когда течение его началось. Отсюда следует, что собственник потерянного имущества теряет и право на все доходы с него, полученные владельцем в течение всего времени владения, а кредитор теряет право и на все недополученные проценты.

VIII. Давность по проекту. Проект гражданского уложения рассматривает давность как способ погашения исковой силы права, а не самого материального права (ст. 105) и в этом вопросе не соответствует изложенному выше взгляду, в прочих же частях он если и не совпадает с действующим правом, то пополняя или развивая его положения. Течение исковой давности начинается по проекту с того времени, когда возникло право на предъявление иска (ст. 112). Давность приостанавливается, если вследствие непреодолимых препятствий, как остановка в отправлении правосудия и отсрочка по случаю войны, наступивших в последние шесть месяцев, либо в течение шестимесячной или иной более краткой давности истец был лишен возможности предъявить иск (ст. 118–120) за некоторыми исключениями (ст. 121). В отношении же недееспособных проект не устанавливает приостановки давности, а лишь дает льготный год тем из них, которые не имеют опекуна (ст. 122). В кн. V для исков о признании договоров недействительными по причине обмана, принуждения, эксплуатации установлена 10-летняя давность, для оспаривания по причине ошибки – годовая со дня открытия ошибки (ст. 32, п. 1, т. 2). Перерыв давностного срока наступает не только в случаях надлежащего предъявления иска, но и в случаях установленного засвидетельствования третейской записи, подачи просьбы о привлечении третьего лица к делу, от исхода которого зависит иск тяжущегося к третьему лицу, и заявления требования в порядке конкурсного производства (ст. 125). Общий срок давности по проекту – 10-летний (ст. 109), как и в действующем праве, но, сверх всего, он вводит двухгодичную давность для исков из договоров о возмездной деятельности лиц, живущих собственным трудом (ст. 110), и пятилетнюю – для исков о повременных и иных платежах (ст. 111). Что касается действия давности, то проект считает ее установлением публичным и соглашений об удлинении или сокращении сроков ее не допускает (ст. 108), но допускает соглашение об отказе от давности уже наступившей (ст. 107) и не разрешает суду *ex officio* возбуждать вопрос о давности, хотя бы для него и было очевидно, что предъявленный иск погашен давностью (ст. 106).

* Так в оригинале. – Ред.

* Так в оригинале. – Ред.

[1] Деление имущества на наличные и долговые в нашем законе является выражением деления прав на вещные и обязательственные и в этом смысле не лишено большого теоретического значения, хотя в силу неудачной редакции практическое его значение ничтожно (ср. статью Ельяшевича "Об имуществах наличных и долговых" (Законы Гражд., вып. 2) и поправку, основанную на исторических материалах кодификационных работ Мейчика "Наличные и долговые имущества" (Вест. права, 1913, N 43)).

Проект гражд. улож. о делении имущества на наличные и долговые не упоминает.

[2] Основные элементы и систематика излагаемого учения о сделке заимствованы автором из пандектного права и в чистом виде излагаются в соответствующих курсах. На русском языке новейшим пособием являются Пандекты, Дернбурга, т. I, § 91–124. На том же материале построены в общих чертах и предположения проекта гражданского уложения в кн. V, посвященной обязательственному праву.

* Так в оригинале. – Ред.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ

ОТДЕЛ I. ВЕЩНОЕ ПРАВО

§ 18. Общее понятие о вещных правах

I. Права абсолютные и относительные. Основным и в высшей степени важным делением прав представляется деление их на абсолютные и относительные. К числу первых относятся права вещные, исключительные, и права личной власти; ко вторым – права обязательственные и права на алименты. Сущность такого деления основывается на различии юридических средств достижения общественной цели. Так, например, потребность в жилище может быть удовлетворена при помощи права собственности на дом или посредством договора имущественного найма, которым приобретает возможность пользования квартирой; необходимость вывести окна на соседний двор может повлечь или к домашнему договору с соседом, или к приобретению особого вещного права при облечении сделки в крепостную форму; потребность в личных услугах среди домашнего обихода может быть удовлетворена при помощи рабов или крепостной дворни, рассматриваемых как вещи при рабском строе общества, или же посредством договора личного найма, обязывающего одно лицо к выполнению условных действий в пользу другого.

Характерные признаки, отличающие абсолютное право от права относительного, состоят в следующем.

1. Абсолютному праву соответствует обязанность всех лиц, подчиненных одной и той же политической власти, воздерживаться от действий, не согласных с ним. Следовательно, пассивными субъектами юридического отношения являются все члены того же политического общества, а также иностранцы, временно вошедшие в его состав. Здесь нет лиц, заранее намеченных установившимся отношением и им связанных. Напротив, в правах относительных пассивными субъектами являются только определенные лица, одно или несколько, которые несут на себе соответствующие обязанности.

2. В правах абсолютных обязанности пассивных субъектов отрицательного свойства – они принуждаются к воздержанию от пользования вещами, которые принадлежат другим на праве собственности; от совершения действий, дозволенных исключительно определенным лицам, например, воспроизведение и распространение книги, которые предоставлены автору; от постановки себя по отношению к лицам, находящимся под чужою властью, в положение, противоречащее последней. Абсолютные права выражаются, таким образом, в форме запрещений. Напротив, в правах относительных обязанность пассивных субъектов имеет в громадном большинстве случаев положительный характер – они принуждаются сделать что-нибудь в

интересе активных субъектов. Поэтому относительные права, за редкими исключениями, могут быть выражены в форме повелений.

3. Так как в абсолютных правах пассивными субъектами юридического отношения оказываются все сограждане, то нарушение права может последовать со стороны каждого лица. Напротив, нарушение относительных прав возможно только со стороны тех определенных лиц, которые заранее вошли в отношение. Так, право собственности может быть нарушено всяким, кто только присвоит себе пользование вещью, составляющею объект права. Авторское право может быть нарушено всяким, кто только воспроизведет в печати сочинение, картину, ноты. Право кредитора по заемному обязательству может быть нарушено только должником, уклоняющимся от исполнения, и никем больше; если бы кто-нибудь пытался удержать должника от исполнения силою, то он этим нарушил бы право личной его свободы, но не право кредитора.

4. Соответственно тому иск для защиты абсолютного права может быть направлен против каждого лица, нарушающего право. Если это вещное право, то иск всюду следует за вещью, где бы и у кого она ни находилась, каким бы путем ни дошла она к этому лицу, потому что одно нахождение вещи в его руках составляет уже нарушение права, если владелец отказывается выдать ее. Иск направляется против того, у кого находится вещь, независимо от вопроса, кто ее взял у собственника, хотя бы сам собственник отдал ее. Если это право личной власти, то иск точно так же направляется против всякого, кто находится в противоречащем праву отношении с лицом подвластным, например, отец требует своего ребенка от всякого, у кого бы тот ни нашелся, хотя бы ребенок попал к нему случайно, или при содействии других лиц, или же с согласия самого отца. Напротив, иск для защиты относительного права может быть направлен только против заранее определенного лица, например, требование об исполнении договора может быть обращено только к тому, кто заранее обязался по договору.

5. Права абсолютные устанавливаются независимо от воли пассивных субъектов. Так, например, право личной власти над детьми приобретается рождением, право собственности на плоды – отделением их от плодоприносящей вещи. Напротив, обязательственное право не может возникнуть без прямо или косвенно выраженной воли пассивных субъектов. Договоры обязывают контрагентов только при условии согласия; обязательства, возникающие из правонарушения, также предполагают волю пассивного субъекта, умысел или неосторожную вину.

6. Из всего предыдущего вытекает следующее общее правило: при столкновении абсолютного права с относительным последнее всегда уступает место первому. Это признается и нашею судебною практикою. Сенат высказал, что "по общему юридическому началу, признаваемому нашим законодательством, при столкновении различных прав на одно и то же имущество право обязательственное безусловно уступает вещному" (82, 59; 87, 109). Это положение сохраняет свою силу и в том случае, когда относительное право установлено с согласия лица, имеющего абсолютное право. Так, например, собственник, отдавший свою вещь по соглашению другому лицу в пользование, может во всякое время потребовать ее обратно, под условием возмещения ущерба, последовавшего от несоблюдения договора. (Этот вывод не принимается нашею судебною практикою, 80, 118.) Автор, уступивший книгопродавцу право издания его сочинения, может тем не менее издавать его сам под условием вознаграждения причиненного тем убытка. (Этот вывод отвергнут ст. 66 закона 20 марта 1911 г.) Мать, отдавшая свое дитя за неимением средств другим лицам, вскормившим его и воспитавшим, может впоследствии потребовать выдачи ей ребенка под условием возвращения всех понесенных расходов. (Этот вывод принят нашею судебною практикою, 97, 81.)

II. Вещное право как абсолютное. Таковы характерные признаки всех абсолютных прав в отличие их от прав относительных. Различие же абсолютных прав между собою основывается на различии объекта. Объектом вещных прав является вещь в материальном значении слова. Этим признаком обуславливается природа вещных прав, возможность вытребовать вещь из чужого владения, притом натурою, а не в виде вознаграждения. Поэтому совершенно неправильными представляются выражения, встречающиеся в обыкновенном разговоре, когда говорят о праве собственности на заемное письмо, о залоге обязательств и т.п.

Вещное право устанавливает, как говорят, непосредственное отношение лица к вещи. Это следует понимать не в том смысле, будто управомоченный субъект должен находиться в

соприкосновении с вещью, а в том, что для осуществления своего права на вещь он не нуждается в фактическом посредничестве других лиц. Напротив, в обязательственных правах отношение лица к вещи возникает при посредстве другого лица, имеющего на нее вещное право, например, по договору о найме квартиры активный субъект получает право не на квартиру, а на предоставление (на действие) последней в его пользование со стороны пассивного субъекта.

С другой стороны, непосредственное отношение к вещи в вещных правах нельзя понимать в том смысле, что отношением лица к вещи исчерпывается вся сущность вещного права, – всякое юридическое отношение есть отношение между людьми, и потому сущность вещного права характеризуется не тем, что субъект права может делать с вещью, а тем, чего субъекты обязанности не должны делать с этой же вещью. Лицо только потому имеет субъективное право собственности на данную вещь, что всем другим запрещено объективным правом препятствовать пользованию собственника.

III. Виды вещных прав. Число вещных прав весьма незначительно. Главное место занимает среди них право собственности как основа всего современного гражданского порядка. К нему примыкают права на чужую вещь, состоящую в собственности другого лица, а именно право застройки, сервитуты, чиншевое право. К правам на чужую вещь причисляется обыкновенно и залоговое право; но ввиду резкого отличия его от прав этого рода оно должно быть поставлено особо. Также неправильно совершенное исключение залогового права из системы вещных прав и перенесение его в область обязательственных прав, потому что оно обладает всеми признаками абсолютного, в частности вещного, права. Введением к изложению вещных прав или дополнением к праву собственности является владение. Так как оно представляет фактическую сторону собственности, так как защита его устанавливается в интересе собственности и так как, наконец, продолжительное владение способно превратиться в право собственности, то изложение его должно непосредственно предшествовать изложению права собственности, хотя некоторые дают ему место в общей части. Владение охраняется против всех сограждан, потому что нарушителем его может быть каждый; владение возникает независимо от воли пассивных субъектов; владение имеет своим объектом вещь, а потому оно имеет полное основание занять место среди вещных прав.

Термин "вещное право" известен новому русскому законодательству (уст. гр. суд., ст. 149, п. 2) и общепринят в судебной практике. Предлагаемый некоторыми взамен того термин "вотчинное право" как старое русское выражение применим только к недвижимостям. Поэтому введение его не устранило бы необходимости в термине для обозначения соответствующего права на движимости.

§ 19. Укрепление вещных прав на недвижимости

Литература: Башмаков, Основные начала ипотечного права 1891; Барковский, О значении нотариальных актов на продажу недвижимых имуществ до утверждения их старшим нотариусом; Мандельштам, Учреждение нотариата и его организация (Ж. М. Ю., 1895, N 4); Нейперт, Главные основания ипотечной системы (Ж. М. Ю., 1895, N 7); Минцлов, Об индивидуализации недвижимых имений до первоначальной их записи в крепостные книги (Ж. М. Ю., 1897, N 8, 9, 10); Лыкошин, Ипотечная реформа и межевание (Ж. М. Ю., 1898, N 4); Принц, Проект вотчинного устава (Ж. М. Ю., 1899, N 1); Сарандо, Проект вотчинного устава (Ж. М. Ю., 1900, N 1, 2); Фемилиди, Русский нотариат. История нотариата и действующее нотариальное положение 14 апреля 1866 года, 1902; Базанов, Происхождение современной ипотеки, 1900; Базанов, Вотчинный режим в России, 1910; Ельяшевич, Очерк развития форм поземельного оборота, 1913.

I. Общее понятие. Вещное право налагает на всех лиц, подчиненных одной и той же политической власти, обязанность воздерживаться от действий, не согласных с правом активного субъекта. С этой стороны противоположное явление представляет обязательственное право, которое, обязывая только определенных лиц, не касается всех прочих. Поэтому если одно лицо продало, подарило, заложило другому вещь, то это отношение не препятствует новой подобной же сделке собственника вещи с другим лицом. Если первый контрагент не приобрел еще вещного права, то второй контрагент может предупредить его, и опоздавшему останется искать убытки с

собственника, преследовать его уголовным порядком, но отнять вещи у приобретателя он не может, так как его обязательственное право должно уступить вещному. Отсюда обнаруживается важность для общества возможности знать о вещной связи между лицом и субъектом, знать о моменте установления вещного права, с которым соединяется общая обязанность.

Эту цель имеет в виду осуществить укрепление вещных прав, т.е. публичное, при посредстве органов общественной власти, гласное утверждение соединения права с известным субъектом. Укрепление права делает вполне достоверным и всем известным вещное право и момент его установления. Однако оно невозможно для всех объектов, во-первых, потому, что многие вещи имеют чрезвычайно малое значение для общества, а во-вторых, потому, что чрезмерное количество отношений, подлежащих укреплению, лишит общество возможности действительно ознакомиться с состоянием права. Особенно нуждаются в публичности и гласности вещные права на недвижимость. Это обуславливается тем, что недвижимости представляют наибольшую общественную и экономическую важность, с которой из движимых вещей могут сравниться только речные и морские суда. При этом недвижимости не обнаруживают часто видимой связи с субъектом права на них, как это легко заметить в отношении к движимым вещам, которые большею частью в руках или под руками субъектов. Определенное местоположение недвижимостей дает возможность сосредоточить в одном центре все сделки по укреплению, что совершенно неосуществимо в отношении движимых вещей.

II. История укрепления вещных прав в России. Первоначально приобретение поземельной собственности по сделкам между частными лицами не привлекало участия князя. По совершении купчей грамоты продавец передавал владение покупщику один на один или при свидетелях, притом нередко с обрядами, оставлявшими в памяти присутствовавших воспоминание о совершенном переходе. С XVI века правительство вмешивается в эти отношения и для придания большей определенности переходам земли из одних рук в другие предписывает являть купчие в приказы. К XVII столетию развился следующий порядок. Для совершения актов, обосновывающих переход вещного права на земли, существовал в Москве разряд лиц, специально занимавшихся на Ивановской площади этим делом, – площадные подьячие. По совершении акта о продаже, дарении, мене крепость должна была быть записана в приказах: если объектом была земля, – то в поместном приказе, если дом и двор, – то в земском приказе. Приобретающее лицо просило справить за ним землю, все равно вотчину или поместье. В приказе справка производилась на основании писцовых и других книг и состояла в определении наличности и величины приобретаемого имения и принадлежности его тому лицу, от кого отчуждалось. Кроме того, при некоторых актах, например при продаже, производился еще допрос контрагентам (вотчинный договор). Затем по взятии пошлин акт записывался в записные вотчинные книги приказа, и имение считалось справленным. Справка признавалась необходимой не только при покупке, но также и в случае приобретения по наследованию, при взыскании, обращенном на землю, при пожаловании.

За справкою следовало прошение приобретателя об отказе; в ответ на это местному воеводе посылалась отказная грамота, в силу которой он должен был "послать на место кого пригоже и, велев ему взять с собой тутошних и сторонних людей, старост и целовальников и крестьян, велеть переписать в той вотчине дворы и в дворах людей по именам, и места дворовые, и пашню, и лес, и всякие угодыя, и все то, написав в книги, прислать в приказ, а список оставить в приказной избе впредь для ведома и спору". С отказною грамотою иногда соединялась, а иногда выдавалась отдельно вводная послушная грамота, которая должна была внушить местным крестьянам повиновение новому землевладельцу.

Приказы являлись центральным для всей России местом укрепления вещных прав на недвижимость, – в них сосредоточивались все дела о переходе земель, все сведения о составе имений, о сделках с последними и относящиеся к ним документы. Хотя приобретение признавалось законным и без справки, но оно считалось неполным, имело свои невыгодные последствия ввиду невозможности для посторонних лиц знать о принадлежности имения известному лицу. По Уложению 1649 г., в случае продажи одной и той же вотчины разным лицам право собственности признавалось не за тем, чья купчая была совершена раньше, а за тем, кто прежде справил имение, потому что со справкою соединялся переход вещного права.

Старшинство купчих только тогда принималось во внимание, когда ни одна из них не была справлена (Уложение, гл. XVII, ст. 34).

Со времени Петра I вводится новый порядок – крепостной с целью устранить многочисленные злоупотребления, которые допускались со стороны подьячих, а главным образом с фискальными целями, ради приумножения доходов казны. Прежние подьячие, бывшие частными лицами, получают официальный характер и организуются в сословие. В 1701 г. выбраны были 24 наиболее опытных и добросовестных подьячих, образовавших в своем соединении Палату Крепостных Дел. Они приводились к присяге, получали жалование и назывались крепостными писцами, а во главе их стоял надсмотрщик. Ближайший контроль над этим установлением возлагался на различные учреждения, пока выбор не остановился на Юстиц-Коллегии. В этом крепостном учреждении должны были совершаться все акты о недвижимостях, хотя, впрочем, крепостному порядку Петр I подчинил все вообще сделки. Каждый акт совершался с ведома и при участии правительственных органов, а также с привлечением к подписи свидетелей. Надсмотрщик и писцы должны были наблюдать за законностью акта и правильным поступлением пошлин. Затем акты следовало вносить в особые книги, заведенные у крепостных дел. Однако укрепление права относилось уже не ко второму моменту, внесению в книги, а к моменту совершения акта, что было выражено правилом, установленным в 1737 г., – "имение справлявать за тем, чья крепость старее".

В царствование Екатерины II, с учреждением о губерниях 1775 г., было уничтожено центральное место, заведовавшее до сих пор совершением крепостей на всю Россию. Вместо Юстиц-Коллегии совершение крепостных актов возложено было на гражданские палаты и уездные суды, при которых организованы были учреждения крепостных дел. Таким образом, установлены были местные центры, в которые приобретатели должны были предъявлять акты для ввода во владение. Крепостным порядком стали совершаться только акты, по которым происходил переход вещных прав на недвижимость.

Применительно к этому крепостному порядку имеет силу следующее постановление нашего Свода Законов, обратное тому, какое встречаем в Уложении Алексея Михайловича. Если одно и то же недвижимое имение будет продано двум разным лицам, то имение утверждается за тем из двух покупателей, которого купчая крепость совершена прежде. В пользу же другого покупателя взыскивается с подложного продавца цена, ему заплаченная, со всеми убытками покупателя (ст. 1416). Статья эта не может иметь применения там, где введен новый порядок.

III. Нотариальная система. Крепостной порядок имел существенный недостаток – не было определенности в момент перехода вещного права. Акт мог быть совершен в любом месте, и покупатель не был гарантирован от купли заложенного или проданного имения ранее в другом месте. Не было никакой уверенности в прочности приобретенного права. Единственно твердой основой было давностное владение. Притом совершение крепостных дел возложено было на судебные места, задача которых совсем иная.

По Положению о нотариальной части 14 апреля 1866 г. в столицах, губернских и уездных городах, а в случае надобности и в уездах, определяются нотариусы, число которых устанавливается особым расписанием. Нотариусы определяются и увольняются старшим председателем судебной палаты по представлению председателя суда из лиц совершеннолетних, неопороченных судом или общественным приговором, состоящих в русском подданстве и не занимающих никакой другой должности ни в государственной, ни в общественной службе; [практика допускает совмещение должности нотариуса с почетными должностями, например с должностью почетного мирового судьи]. Кроме того, от желающего занять эту должность требуется представление залога [в размере 2000 руб. в небольших городах и 10 000 руб. в столицах] и предварительное испытание его комиссией, состоящей из старшего нотариуса, прокурора и председателя окружного суда, в умении правильно излагать акты, в знании форм нотариального делопроизводства и необходимых для исполнения этой должности законов. Из числа книг, которые нотариус обязан вести, главное значение имеют три актовые книги для внесения в них вполне сделок, совершаемых нотариальным порядком: одна из них назначается для сделок о недвижимостях, другая – для всех прочих, а третья – специально для актов о протесте векселей.

Круг действий нотариусов весьма обширен. 1) Прежде всего их деятельность выражается в совершении для желающих всякого рода актов, кроме особо изъятых от сего законом (т. XVI, нот. пол., ст. 65), как, например, актов о состоянии. При совершении актов нотариус обязан удостовериться: а) в самоличности участников сделки, б) в их право- и дееспособности, с) в их сознательности, d) в законности предполагаемой сделки [и g) в случае совершения акта об участке, владельцу коего может быть выдана ссуда в порядке закона о землеустройстве, в отсутствие недоимок по сей ссуде (зак. 16 июня 1912 г., Собр. узак., ст. 1109, п. 8)]. Самоличность неизвестных нотариусу лиц, участвующих в совершении сделки, должна быть удостоверена заслуживающими доверия лицами (ст. 73). Право- и дееспособность, или, по выражению закона, законная правоспособность, удостоверяется всеми способами; облегчением для нотариуса является имеющийся у него список лиц неспособных, составленный на основании публикаций. Сознательность совершающих сделку нотариус устанавливает тем, что по рассмотрении условий предполагаемой сделки допрашивает участников, действительно ли они по доброй воле желают ее совершить и понимают ли ее смысл и значение (ст. 89) [а по закону 23 июня 1912 г. о праве застройки нотариус, сверх сего, обязан при совершении акта о праве застройки объяснить сторонам смысл правил, применяемых при прекращении означенного права (ст. 54219)]. Наконец, последнее требование состоит в том, что нотариус обязан отказаться от совершения сделки, совершение которой воспрещено законом, а также сделки, в содержании которой окажется что-либо противное законам, ограждающим порядок управления, общественную нравственность или честь частных лиц (ст. 90). При совершении акта должны присутствовать двое свидетелей, которые составляют только излишний балласт, нисколько не увеличивающий доверия к действиям нотариуса как должностного лица, а потому практика создала для выполнения этой формальности особых свидетелей-профессионалов, постоянно присутствующих в нотариальных конторах и свидетельствующих неизменно всякий акт [за незначительное вознаграждение]. Акты, совершаемые при участии нотариуса, называются нотариальными. 2) Помимо удостоверения сделки, совершаемой при участии нотариуса, возможно удостоверение нотариусом явки ему акта, уже совершенного самими контрагентами без его участия. Удостоверившись и в этом случае в самоличности и законной правоспособности (но не в сознательности и законности) участников засвидетельствования, нотариус делает засвидетельствование явки на самом акте (ст. 146 и 147). 3) Нотариусы могут по желанию обращающихся к ним совершать засвидетельствования: верности копий, подлинности подписей, заявления объяснений от одного лица другому, нахождения лиц в живых, мировых, а также третейских записей и др. (ст. 128). 4) Нотариусам дозволяется принимать на хранение документы, письма и всякого рода бумаги, хотя бы и в запечатанных пакетах (ст. 148).

При каждом окружном суде имеется нотариальный архив под заведованием старшего нотариуса для хранения как крепостных книг, относящихся к недвижимостям, которые расположены в данном округе [так и всех прочих книг, которые ведут младшие нотариусы]. Старший нотариус, состоя на государственной службе, приравнивается [в отношении содержания, порядка определения и увольнения от должности] к членам окружного суда; к сожалению, эта связь, весьма желательная, мало проведена в законе и еще менее осуществилась в действительности [за счастливым временным исключением некоторых окраин (Архангельская губ., Семипалатинская обл. и др.), где обязанности старшего нотариуса возлагаются на члена окружного суда по избранию общего собрания его]. С другой стороны, наименование "старший" внушает предположение о власти его над прочими нотариусами, тогда как в действительности нотариусы вовсе не находятся в служебном подчинении у старшего нотариуса.

Из книг, которые обязан вести старший нотариус для укрепления вещных прав на недвижимость, особенное значение имеют: 1) крепостные книги и 2) реестр крепостных дел. Крепостные книги составляются из утвержденных старшим нотариусом актов, относящихся до недвижимостей. Реестр крепостных дел (соответствующий ипотечным книгам) ведется с 1891 г. уже не по собственникам, как было раньше на основании инструкции 1867 г., а по недвижимостям. Назначаемый для недвижимого имущества лист реестра крепостных дел состоит из четырех отделов: 1) сведения, касающиеся имущества, 2) собственники, 3) ограничения права собственности как права участия частного, пользование, 4) залоги, долги, денежные

требования, обеспеченные запрещениями. В первом отделе означаются относительно городского имения – участок или квартал, улица, номер, часть города, относительно сельского имения – название, состав, местонахождение и пространство. Реестры крепостных дел должны быть особые для каждого уезда и каждого города, состоящих в пределах судебного округа. На старшего нотариуса возлагается утверждение сделок о недвижимостях, состоящих в том судебном округе, в котором находится архив, а равно ведение крепостных книг и реестров крепостных дел [а также по закону 29 мая 1911 г. о землеустройстве (Собр. узак., ст. 1087; Св. зак., т. X, ч. 3, изд. 1912 г.), регистрация проектов землеустройства, наложение и уничтожение в связи с ним запретительных статей (ст. 123)]. Акты, совершенные нотариусом и утвержденные страшим нотариусом, называются крепостными.

Сделки о переходе или ограничении права собственности на недвижимости под опасением недействительности должны быть совершаемы сначала у нотариусов и затем обращаемы в крепостные через утверждение их старшим нотариусом. Вещные права на недвижимости не приобретаются до утверждения последним сделки, за исключением случаев наследования по закону или по завещанию. Для обращения акта в крепостной выписи из актовой книги должна быть представлена старшему нотариусу того округа, в котором находится недвижимость, лично сторонами или через поверенных, или же по поручению их одним из местных нотариусов того города, в котором находится архив (ст. 161). Закон 10 июня 1910 г. дозволил нотариусам высылку выписей в архив по почте. В промежуток времени между совершением сделки у нотариуса и утверждением акта старшим нотариусом происходит обыкновенно платеж денег по купле-продаже или залогоу. Нотариус может выдавать выписи из актовой книги для представления ее старшему нотариусу, тому лицу, которому в акте предоставлено право получить ее. Эту выписи удерживает в своих руках продавец или залогодатель до тех пор, пока покупатель или залогодержатель не заплатят деньги. Только после этого выписи попадают к последним, и они уже предъявляют ее старшему нотариусу. Старший нотариус перед утверждением обязан произвести проверку представленной ему выписи. а) Со стороны подлинности выписи – через сличение подписи и печати выдавшего ее нотариуса с подписью его и слепком печати, хранящимся в архиве (ст. 165). б) Со стороны законности содержащейся в ней сделки, – т.е. что законы гражданские не воспрепятствуют совершению таковой (ст. 167, п. 1). в) Со стороны принадлежности дома или земельного участка лицу, отчуждающему недвижимость или соглашающемуся на ограничение права собственности (ст. 167, п. 2), путем осмотра документов, по которым недвижимость укреплена за этим лицом. г) Со стороны отсутствия препятствий к отчуждению недвижимости, например, вследствие наложенного запрещения, – путем справки как в реестре крепостных дел, так и в запретительных и разрешительных книгах (ст. 168 и прим.). После этого нотариус взимает в казну следуемые пошлины, которые вносятся не деньгами нотариусу, а квитанцией местного казначейства. После этого наступает самое утверждение, которое состоит в том, что нотариус делает на выписи надпись об утверждении, приобщает выписи к крепостной книге и отмечает о том в реестре крепостных дел. О содержании внесенной сделки старший нотариус сообщает земской или городской управе по месту нахождения недвижимости, а также в сенатскую типографию для напечатания установленным порядком в "Сенатских Объявлениях". На основании внесенной в крепостную книгу сделки старший нотариус выдает сторонам выписи, которая является удостоверением права частных лиц на недвижимость. Эта выписи носит название "крепости", к которой присоединяется прилагательное, указывающее на сделку, лежащую в ее основании: купчая, закладная, дарственная, отдельная, рядная, раздельная. В отличие от этих актов данная крепость есть акт укрепления, совершаемый старшим нотариусом без утверждения сделки, потому что переход права на недвижимость производится помимо воли собственника и как бы дается приобретателю по распоряжению уполномоченного органа, как суд. Таковы акты, совершаемые по определению суда вследствие продажи недвижимости с публичного торга (уст. гр. суд., ст. 1165), при экспроприации (ст. 593), при продаже по распоряжению кредитного установления (ст. 1505).

Итак, сделка, предметом которой является недвижимость, может быть совершена в любом месте, но вещное право по ней переходит не иначе как по утверждении ее старшим нотариусом по месту нахождения недвижимости (пол. нот., ст. 80 и т. X, ч. 1, ст. 915). Если бы на одну и ту же

недвижимость совершенно было несколько купчих в разных местах, то вещное право приобретает не тем покупателем, чей акт совершен ранее, а тем, чей акт прежде предъявлен будет к утверждению. Если бы недвижимость была заложена, а потом немедленно продана и покупатель успел укрепить свой акт раньше залогодержателя, залог не состоится.

Акты, которыми устанавливается переход права собственности или ограничение его, отмечаются в реестре крепостных дел. Таким образом, юридическое положение каждой недвижимости должно бы обнаруживаться с достаточною ясностью из книг, находящихся у старшего нотариуса. К сожалению, практика не дала полного развития тем началам, которые положены в основу нотариального порядка, и в действительности реестры крепостных дел оставляют желать многого. Этому способствовали два обстоятельства: во-первых, то, что внесению в реестр не дано должного юридического значения, а во-вторых, отсутствие гласности. Вообще книги не подлежат гласности – обозрение книг и получение из них выписей невозможны для посторонних лиц без согласия собственника [или судебного определения]. В 1899 г. начало гласности расширено несколько в том отношении, что старшим нотариусом предписано выдавать всем желающим как из "Сенатских Объявлений", так из имеющих заменить их местных запретительных книг и сборников запретительных статей справки о лежащих на имении запрещениях (т. XVI, ч. I, пол. нотар., ст. 154, прим. 2).

При всех преимуществах настоящей нотариальной системы по сравнению со старым крепостным порядком и она не лишена многих недостатков. В связи с нею находится, хотя и не вытекает из нее непосредственно, неопределенность момента укрепления, – момента, в который приобретает вещное право. Этот момент вследствие противоречивых постановлений нашего материального права можно по некоторым основаниям отнести: а) к утверждению старшим нотариусом представленного ему акта, б) к вручению старшим нотариусом выписи лицу, к которому переходит недвижимость, с) ко вводу во владение или же, наконец, d) к отметке в реестре крепостных дел о совершенном вводе. Самый порядок укрепления отличается чрезвычайной сложностью, занимающей много времени и требующей весьма значительных издержек, чему нисколько не помог закон 24 мая 1911 г. об упрощении порядка введения старшими нотариусами крепостных книг. Это обстоятельство привело к тому, что в настоящее время существует немало недвижимостей, формально не укрепленных за теми, кто несомненно должен считаться собственником. Затем, гласность крепостных книг и совершаемых в них записей не может считаться достаточно обеспеченной ввиду того, что принятый порядок оглашения в "Сенатских Ведомостях", вдали от места совершаемых переходов, превратился в пустую формальность. Чрезмерная сложность не только не обеспечивает твердости за приобретенными правами, но, напротив, затрудняя выяснение в точности юридического состояния недвижимости, подвергает каждого приобретателя опасности лишиться права вследствие незамеченного им препятствия к совершенной сделке.

IV. Ипотечная система. В большинстве западных государств (но не в Англии) и у нас на окраинах (в Царстве Польском и Остзейском крае) существует ипотечная система укрепления вещных прав на недвижимость. Выражение "ипотека" впервые употреблено в законодательстве Солона, где оно обозначало столб, врытый в землю должника для того, чтобы всякий знал, что эта земля служит обеспечением прав кредитора. В настоящее время это выражение употребляется в двояком значении. В более тесном смысле ипотека означает залог недвижимости. В более широком смысле ипотека выражает собою порядок укрепления вещных прав на недвижимость посредством записи в книги. Дело в том, что впервые относительно залога установилось правило о приобретении этого права исключительно путем записи в книге. В некоторых законодательствах до последнего времени система записи и разрешения прав в книгах ограничивалась залоговыми правами (Бавария). Гораздо большее значение имеют ипотечные книги, когда в них заносятся все вообще вещные права. В этом втором значении и говорят об ипотечной или, применяясь к принятой у нас терминологии, о вотчинной системе укрепления прав.

Начало оглашения вещных прав было значительно развито в древнегерманском праве. Передача прав собственности на недвижимость совершалась не иначе как посредством заявления перед судом, общиною или в церкви, которое носило название *sala*. Этот обряд сопровождался символическими действиями и вводом во владение (инвеститура), направленными к тому, чтобы

переход права по возможности сильнее запечатлелся в памяти присутствующей публики. Затем в средние века, особенно в городах, была принята запись в особые книги всех актов о правах на недвижимость, с чем и соединился самый переход вещных прав (Auflassung). Рецепция римского права не только остановила дальнейшее развитие этих начал, но даже устранила их применение. Только в XVIII столетии вспоминают о забытых началах и кладут их в основание многочисленных ипотечных законов двух прошлых столетий.

Французский гражданский кодекс 1804 г. установил положение, что вещное право на недвижимость приобретает с момента соглашения сторон. Обнаружившиеся скоро последствия этого правила – полная неуверенность в приобретенных правах – заставили французского законодателя издать закон о транскрипции 1855 г., по которому вещное право приобретает в отношении сторон, совершивших сделку, с момента соглашения, а в отношении третьих лиц – с момента внесения сделки в ипотечные книги (транскрипция). Помимо этой странной двойственности французское законодательство страдает еще наличием тайных ипотек (залоговых прав: несовершеннолетнего на недвижимость, принадлежащие его опекуну; жены на недвижимость, принадлежащие ее мужу; казны, общин на недвижимость, принадлежащие сборщикам податей и казначеям), а также существованием многочисленных привилегированных прав. В книгах не отмечаются вовсе переходы недвижимостей по праву наследования. Регистрация ведется по именам собственников: каждому собственнику отводится особый лист, но при этом от внимания ускользает юридическое состояние того участка, которым кто-то заинтересован. В результате получается, несмотря на ипотечную систему, чрезвычайная неопределенность прав.

Несравненно большею выдержанностью отличалась ипотечная система, принятая в большинстве германских государств, особенно в Пруссии по закону 1872 г. В настоящее время разнообразие ипотечных уставов Германии уступило место единству, которое установлено с материальной стороны Уложением 1896 г., а с формальной – Grundbuchordnung 27 марта 1897 г. Основные начала германской ипотечной системы вообще сводятся к следующему. 1) Ипотечные книги ведутся при судах или при особо назначенных для того установлениях. Они содержат в себе описание экономического и юридического положения каждого имения, находящегося в данном округе. Важное отличие германской системы от французской обнаруживается в том, что запись ведется не по именам собственников, а по названиям недвижимостей. Каждому имению или дому (Grundstück) уделяется в книгах особый лист, так что если одному лицу принадлежат несколько недвижимостей, то каждой из них назначается особый лист. В этот лист вносятся только права, относящиеся к данному участку и в определенном объеме. Это называется началом специальности. Лист разделяется на графы, в которых обозначается: а) название и местонахождение имения, хозяйственный состав, б) имя собственника, в) вещные права на эту недвижимость, принадлежащие другим лицам, г) долги, обеспеченные залогом этой недвижимости. Всякие общие запрещения, относящиеся ко всему вообще имуществу, не могут иметь здесь применения. 2) Юридическое значение ипотечных книг состоит в том, что вещное право на недвижимости приобретает не иначе и не раньше как посредством и с момента записи. Все, что значится в книгах, имеет начало достоверности, и все могут легко знать юридические отношения, в которых находится собственник по данной недвижимости, кому она принадлежит, какие ограничения ее стесняют. Содержащиеся в ипотечной книге сведения признаются юридически точными, хотя бы они и не соответствовали действительности, при условии, конечно, добросовестности лица, ссылающегося на достоверность и содержание книги. Для посторонних лиц не имеют никакого значения сделки, совершенные без записи, так что каждый добросовестный приобретатель обеспечен в том, что у него не будет отнято его приобретение и не окажется обременено неожиданными повинностями, каждый добросовестный кредитор обеспечен в том, что никакие иные требования не будут обращены на то же имение до его удовлетворения. 3) По отношению к вещным правам действует начало старшинства. Записи производятся строго в порядке поступления просьб о внесении статьи в книгу. Залоговые права удовлетворяются из ценности недвижимости по старшинству их установления, а не по разверстке. 4) В силу начала гласности обозрение ипотечных книг и получение выписки из них доступно каждому, кто докажет юридически обоснованный интерес.

Совершенно своеобразную систему укрепления прав на недвижимости, порожденную вторжением капиталистического духа в сельское хозяйство, представляет так называемый Акт Торенса. Эта система соответствует тому моменту, когда поземельная собственность мобилизуется, когда земля рассматривается как товар. Своим происхождением и названием система обязана Роберту Торенсу, который, занимая высшую должность по регистрации недвижимости в Южной Австралии, предложил колониальному парламенту проект новой системы укрепления прав. Этот проект превратился в закон в 1858 г., с существенными поправками 1861 г., под именем Real Property Act. Все дело укрепления прав вверено одному бюро на всю колонию. Действию Акта подлежат только те земельные участки, собственники которых изъявили на то свое желание, – обязанности нет. По рассмотрении оснований, на которых строится предполагаемое перенесение или установление права, производится извещение лиц заинтересованных и публикация для вызова протестов. При отсутствии протестов сделка совершается в двух экземплярах, из которых один вкладывается в папку, образующую нечто вроде подвижного каталога, а другой, имеющий также силу оригинала, вручается приобретателю. С каждой переменной субъекта права лист в папке подвергается возобновлению – старый уничтожается, а на его место вкладывается новый. Таким образом, ипотечная книга находится в состоянии постоянного изменения. Обзор книг доступен всем и каждому за некоторую плату. В австралийской системе формальное начало окончательно торжествует над материальным. Начало достоверности идет так далеко, что против вотчинных актов допустимо только одно возражение – о подлоге. Всякие, самые несомненные права третьих лиц разбиваются о *fides publica*, присвоенную вотчинным актам. Если произошла ошибка, хотя бы по вине администрации, пострадавший имеет личный иск к получившему выгоду, – в Австралии земля ценится только с точки зрения ее меновой ценности. Если он не получит удовлетворения, то ему выдается сумма из страхового фонда, специально образованного для этой цели.

V. Проект вотчинного устава. Недостатки нотариальной системы укрепления вещных прав на недвижимости давно уже обратили на себя внимание и заставили мысль законодателя работать в направлении создания новой системы, которая бы ответила потребности гражданского оборота в простоте форм перехода права собственности на недвижимость и в бесповоротной прочности актов о нем. С этими целями и был выработан в 1893 г. проект вотчинного устава, который создает новую систему укрепления вещных (вотчинных) прав на недвижимость, среднюю между нотариальной и ипотечной, именуемую им вотчинной системой. Проекту вотчинного устава, по видимому, не суждено стать действующим законом, но главные его положения существенно влияли на творцов проекта гражданского уложения, и если последний когда-либо будет введен в действие, вотчинная система получит право на существование. Вотчинная система вводит определенность в переход права собственности на недвижимость, относя момент приобретения его к моменту внесения вотчинной записи в соответствующую вотчинную книгу и обязывая под страхом недействительности договоры о приобретении вещных прав на недвижимость совершать в вотчинном установлении по месту нахождения имения. Недвижимое имение, внесенное в вотчинную книгу, не подлежит приобретению в собственность по давности владения и может быть обременяемо дополнительными статьями только лицом, значащимся собственником его в вотчинной книге. В остальном вотчинная система повторяет, пополняя и совершенствуя, положения действующего закона, приближая их к постановлениям германского права (ипотечной системы).

§ 20. Владение

Литература: Морошкин, О владении по началам российского законодательства, 1837; Кавелин, О теории владения (Сочинения, т. I); Иеринг, Об основании защиты владения, 1883; Он же, Теория владения, 1895; Анненков, Система русского гражданского права, т. I, стр. 509–612; Попов, Владение и его защита по русскому гражданскому праву (Жур. гр. и уг. пр., 1874, кн. 4 и 5); Юренев, Иск о защите владения по русским законам (Жур. гр. и уг. пр., 1875, кн. 2); Окс, Виндикация (Жур. гр. и уг. пр., 1874, N 2 и 3); Лыкошин, Об отыскании недвижимых имений из чужого владения (Жур. гр. и уг. пр., 1888, N 4); Васьковский, Учебник гражданского права, в. 2,

1896, стр. 3–57; Он же, Понятие владения по русскому праву (Ж. М. Ю., 1896, N 4); Фридрихштейн, О владельческом иске по действующему русскому праву (Вестн. пр., 1900, N 7); Петражицкий, Право добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики права, 2-е изд., 1912; Покровский, Основные вопросы владения в новом германском уложении (Вестн. пр., 1899, N 1); Он же, Владение в русском проекте гражданского уложения (Ж. М. Ю., 1902, N 10); Трепицын, Переход права собственности на движимые вещи, 1903, стр. 322–339; Кассо, Русское поземельное право, стр. 46–64.

I. Понятие о владении. Владением называется обеспеченное объективным правом фактическое господство лица над вещью, соединенное с намерением присвоить ее себе. Из этого определения обнаруживаются два существенных момента в понятии о владении – субъективный и объективный.

А) Объективный признак заключается в том внешнем отношении лица к вещи, которое дает ему возможность действительного пользования и распоряжения ею и которое подобно отношению к вещи со стороны хозяина-собственника – "в виде собственности" (ст. 533).

В) Субъективный момент состоит в том, что лицо, господствуя над вещью, может быть, без всякого законного основания, тем не менее желает иметь ее для себя, пользоваться и распоряжаться ею, как будто оно имеет право собственности, – "на праве собственности" (стр. 560). Конечно, воля человека скрыта от посторонних, но направление ее может быть определено по внешнему выражению[1].

По наличности субъективного признака владение в тесном значении слова, называемое также юридическим (ввиду его юридических последствий), противопоставляется господству над вещью без намерения присвоить. Владая вещью, лицо признает право другого лица на нее и только пользуется ею с разрешения собственника или настоящего владельца. Такое отношение носит название детенции, которая может быть переведена на русский язык словом "держание" (ср. юго-западные, с польского, выражения: держава-аренда, державец-арендатор, содержание, ст. 1691, т. VIII, ч. 1, уст. каз. обр., ст. 1, залогодержатель). Держанием, а не владением должно быть признано отношение, в котором лицо господствует над вещью в силу найма, ссуды, поклажи [ср. 70, 1627].

В истории гражданского права столкнулись два представления о владении, римское и германское. С римской точки зрения владение (*possessio*) влекло за собой юридические последствия, если оно соединяло в себе *corpus possessionis* и *animus rem sibi habendi*. С германской точки зрения, выработавшейся в средние века, владение (*Gewere*) не имело в основании своем субъективного момента и юридическая защита давалась фактическому состоянию, хотя бы владелец отрицал свое желание присвоить себе вещь, т.е. не делалось различия между владением и держанием. Борьба римского и германского принципов привела к победе первого, но в последнее время и в науке, и в законодательстве обнаружилось течение в пользу германского начала.

В науке римская точка зрения получила общее признание в половине XIX столетия благодаря авторитету Савиньи. Но в конце этого века выдвинулась теория, обязанная главным образом авторитету Иеринга, которая отвергла необходимость и возможность субъективного момента для владения, а вместе с тем стерла различие между владением и держанием. Владельческую защиту приобретает не владение в отличие от держания, но вообще всякое обладание, насколько необходима такая защита выдвигается самой жизнью. Только этим и объясняется, говорят, то, что в Риме посессорную защиту пользовался залогодержатель, хотя он и не проявляет намерения присвоить заложенную ему вещь. Утверждают, что субъективный момент неуловим, затруднителен для доказывания перед судом. Едва ли с этим можно согласиться. Теория Иеринга создает раздвоение представления о владении: одно представление следует иметь в виду, когда речь идет о защите владения, другое, – когда возникает вопрос о превращении владения по давности в право собственности, так как в последнем случае субъективный признак необходим. Почему же во втором случае намерение присвоения уловимо, а в первом нет? Какое преимущество создавать два совершенно разных юридических понятия там, где до сих пор было одно?

Если от истории и политики права перейти к положительным законодательствам, то обнаружится, что законодательства начала XIX века понимают владение как юридическое и строго отграничивают его от держания. Так, французский кодекс 1804 г. признает необходимость для владения обоих моментов (§ 2229). Чтобы облегчить доказывание намерения, кодекс

устанавливает два предположения: 1) всякий предполагается владеющим от своего имени, на праве собственника, пока противное не будет доказано, и 2) начавший держать от чужого имени предполагается продолжающим такое отношение к вещи, пока не докажет противного. Точно так же смотрит на владение австрийское гражданское уложение 1811 г. (§ 309). Напротив, в конце XIX столетия законодательства переходят к средневековой германской точке зрения. Так, по германскому гражданскому уложению 1896 г. различие между юридическим владением и детенцией устранено, владение вещью приобретаетс достигнением действительного господства над вещью (§ 854). Если отличие держания от владения смущало некоторых с той стороны, что оно совершенно недоступно человеку, не получившему юридического образования и не способному понять, почему не арендатор, а вор пользуется владельческой защитой, то теперь пример германского уложения может внушить не менее серьезное опасение, в состоянии ли будут сами юристы уловить те виды и оттенки владения (*mittelbarer, unmittelbarer, Eigen-Fremd-besitz*), какие принуждено было законодательство создать, сойдя с прежней почвы. К сожалению, немецкие юристы до сих пор не выяснили, какую социальную цель преследовало германское уложение, создавая широкую владельческую защиту, и в чем ее юридическое основание. Затруднение с вором не исчезло: по мнению немецких юристов, обокраденный вор пользуется владельческой защитой против второго вора. Примеру германского уложения последовал и новейший швейцарский гражданский кодекс (§ 912), для которого владение есть всякое фактическое господство (*la maitrise effective*).

Что касается русского законодательства, то ясной точки зрения в нем нельзя обнаружить, что и подает повод привлекать его на сторону той и другой теории. Выражение "владение" употребляется в самом различном смысле: и как синоним права собственности, и как пользование, и как владение. В последнее время русские юристы, поддаваясь новейшему течению германской мысли, стали усиленно проводить взгляд, что в русском законодательстве для вопроса о защите не имеет никакого значения различие между владением и держанием. В пользу того мнения, что владение у нас понимается в широком смысле, охватывая и держание, приводят то, α) что нельзя проводить различие там, где его не дает сам закон, β) что по закону всякое, даже и незаконное, владение охраняется от насилия и самоуправства, γ) что в ст. 514 и 515 под правом владения следует понимать и держание. [Среди сторонников такой теории Трепицын доказывает, что субъективный элемент не имеет у нас именно исторического основания и совершенно отсутствует в ч. 1 т. X]. В пользу противоположного взгляда говорят следующие соображения: α) закон нигде не проводит различия между владением, подлежащим посессорной защите, и владением, превращающимся с течением времени в право собственности, а потому если для второго закон требует признака "в виде собственности", "на праве собственности", то нет основания устранять этот признак и для первого случая, [однако особые признаки давностного влияния не могут толковаться в смысле общих для всякого владения]; β) закон говорит о различии владения законного и незаконного, добросовестного и недобросовестного, которое не имело бы никакого смысла в применении к держанию; γ) ст. 515, обеспечивающая охранение всякого владения, может быть приводима в пользу противоположного взгляда только в том случае, если будет доказано, что закон со словом "владение" соединяет представление о держании, а это-то именно и нужно доказать. [Условный характер этих аргументов лишает их положительного значения.] Из представленного выше очерка развития теории и законодательств по вопросу о владении обнаружилось, что в то время, когда складывалось русское законодательство, по вопросу о владении (Свод Законов) преобладал взгляд, что владение характеризуется двумя моментами, и, прибегая к толкованию законов по общему духу, мы должны становиться на точку зрения, господствовавшую во время их издания. В последнее время Сенат высказал взгляд, что пользование землею по арендному договору (держание) не может быть приравнваемо к владению (09, 6), но ранее признавал арендатора владельцем (80, 235).

Владение, когда оно соединено в одном лице с правом собственности, по мнению нашего закона (ст. 513), есть существенная часть самого этого права. Но владение может не совпасть с правом собственности, и тогда оно представляет собою особый институт. [О нем говорит ст. 531 в смысле защиты его от насилия и самоуправства против всех нарушителей (в том числе и собственников).] Юридическое значение владения выражается в том, 1) что оно охраняется

законом от посягательств посторонних лиц само по себе, независимо от вопроса о праве собственности (ст. 531), и 2) что, продолжаясь известное время, оно превращается в право собственности (ст. 533).

Спорным представляется вопрос, составляет ли владение факт или право. В подтверждение того, что владение есть только факт, приводят то, что его нельзя и определить иначе, как противопоставив праву, что владелец тем именно отличается от собственника, что он фактически относится к вещи так, как имеет право относиться собственник (Виндшейд). Владение хотя и факт, но сопряжено с юридическими последствиями. Его нарушение есть правонарушение, потому что нарушается гражданский порядок, личность владеющего. С таким взглядом нельзя согласиться. α) То, что владение, хотя и факт, сопряжено с юридическими последствиями, еще не скрывает в себе противоречия, потому что и рождение, безвестное отсутствие, хотя и не права, влекут за собою юридические последствия. Но важно то, что владение приобретается и утрачивается, а к этому факты не способны. Мало того, владение передается по наследству (герм. улож., § 857), а наследство составляет совокупность прав и обязанностей, но не фактов. β) Нарушение владения составляет правонарушение, и не потому, что при этом нарушается какое-либо иное право; нарушение владения может иметь место и там, где не было ни насилия над личностью владельца, ни оскорбления общественного порядка. Поэтому владение следует считать за право. По мнению Дернбурга, те, кто подобно Виндшейду видят в субъективном праве "господство воли", должны признать владение правом, потому что во владении несомненно проявляется господство воли. Но отрицать за владением характер права едва ли могут и те, кто подобно Дернбургу представляют себе субъективное право как "участие в житейских благах", потому что владение есть несомненно благо (*beati possidentes!*). В последнее время германские юристы вынуждены были признать, что с точки зрения германского уложения владение составляет право. Если владение – право, то его следует причислить к категории вещных прав, так как оно, а) охраняемое против каждого, имеет абсолютный характер, б) имеющее своим объектом вещь, обладает всеми признаками вещного права. С точки зрения русского законодательства владение есть право как по приведенным общим соображениям, так и по наименованию его "правом владения" (т. X, ч. 1, кн. II, отд. V – заглавие).

Спрашивается, каково же основание защиты владения, не зависящей от вопроса о праве собственности? Это основание нельзя видеть в охране личности владельца, как это полагал Савиньи. Нарушение владения не всегда соединяется с каким-либо посягательством против самого владельца, например при краже, а с другой стороны, возможность насилия против личности должна бы доставить владельческую защиту и держателям, что не везде встречается. Нельзя также видеть это основание в охране общественного порядка, как полагал Рудольф, а у нас – Морозкин, потому что нарушение владения может и не сопровождаться нарушением общественного порядка, например, при покупке и занятии парохода, который продавцу не принадлежал, а был ему только вверен. [В новой формулировке это основание усматривается в необходимости охраны культурного правопорядка, объективной сферы господства – объективная система (Покровский, Трепицын).

Настоящее основание защиты владения как такового, независимо от вопроса о праве собственности, составляет предположение права собственности на стороне владельца (Иеринг). Наблюдение показывает, что в огромном большинстве случаев владение совпадает с правом собственности. Отсюда чрезвычайно мало шансов ошибиться, если предположить владельца собственником. Если так, то владельцу достаточно отстаивать свое владение, не выдвигая своих прав собственности. В значительном числе случаев такое отстаивание владения окажется достаточным для охраны интересов собственника, потому что у противника нет доказательств в пользу его права. Таким образом, представляется целесообразным для облегчения защиты права собственности предоставить владельцу защищать его владение. И чем меньше определенностью отличается правовой порядок в данное время в данной стране, тем более основания к организации подобной облегченной защиты. В многочисленных случаях доказывание права собственности не только на движимости, но и на недвижимости за отсутствием актов укрепления представляет значительные затруднения. Если бы не существовало специальной владельческой защиты, то стоило бы кому-либо завладеть вещью, принадлежащею другому, как последний был бы поставлен в трудное положение опровергать правильность владения нарушителя.

Нецелесообразно было бы выводить на сцену весь сложный аппарат доказывания права собственности на огромное имение, в котором сосед по неведению или намеренно запахал несколько десятин земли. Такое основание владельческой защиты принимается и нашим Сенатом, по мнению которого "владение есть право, по содержанию своему близко подходящее к праву собственности и даже заменяющее его для владельца, доколе не будет доказано, что сильнейшее, лучшее право на ту же вещь, дающее то же право на владение, право собственности, принадлежит другому" (71, 1219).

Если таково действительно основание защиты владения, то понятно, почему не защищаются держатели, как, например, арендаторы, которые прямо заявляют, что их владение не свидетельствует о праве собственности. Они сами опровергают то предположение, ввиду которого организована эта специальная защита. Говорят, странно не давать защиту арендатору, когда ею пользуется вор. Но при этом забывают, что в тот момент, когда поднимается вопрос о защите владения, никому неизвестно, что обладатель вещи – вор. Если бы это было известно, вещь немедленно была бы отобрана в порядке уголовного судопроизводства и передана собственнику. Вор пользуется защитой владения потому, что факт воровства неизвестен и он как владелец предполагается собственником.

Некоторые из наших ученых (Неволин, Победоносцев, Мейер) повторяют мнение римских юристов о том, что в историческом развитии владение как отношение фактическое предшествует праву собственности как отношению юридическому. Однако следует признать более верным противоположный взгляд, высказанный Кавелиным, что в развитии вещных прав право собственности предшествует владению. В самом деле, владение есть институт позднего происхождения. На Западе защита владения опирается исторически не на римские посессорные иски, а на созданную каноническим правом *actio spoli*, которая имела своей целью защитить епископов против тех, кто завладевал их епархиями. У нас защита владения как такового возникает при Екатерине II (П. С. З., N 28338) и то не самостоятельно, а заимствуется из Литовского Статута, где оно образовалось под влиянием римского права. Сенатские указы 30 июня 1820 г. и 27 декабря 1823 г. предписывают полиции немедленно по получении жалобы на насильное завладение приводить в ясность, в чьем владении было имение тогда, когда учинено было насилие, после чего и возвращать его тому, у кого оно отнято, не входя при этом в рассмотрение представляемых сторонами документов, так как это уже дело суда. Окончательно организуется защита владения только с изданием Судебных Уставов 1864 г., когда дела по нарушению владения перешли из рук полиции к мировым судьям. Если говорят, что владение предшествовало праву собственности, то при этом смешивают юридическое владение с чисто фактическим обладанием вещью, без всякого вопроса о праве или об организованной защите отношения. Так, например, группа кочующего племени занимает местность, пригодную для пастбища и, конечно, не допустит других на эту землю – такое отношение не может быть названо владением. Это совершенно неюридическое отношение. "Представим себе, – говорит Дернбург (хотя это в действительности невозможно, но мыслимо как предположение), – что исчез на земле правовой порядок, – тем не менее владение останется". Здесь допущена ошибка: юридическое владение именно не сохранится, потому что лишится своих главных юридических последствий: защиты и перехода в собственность. Отношения к вещам будут исключительно фактического характера – это будет первобытное обладание, а не владение. "Фактическое господство человека над вещью продолжало бы существовать, потому что оно есть необходимое условие, обеспечивающее человеку существование" (Дернбург). Но такое естественное или фактическое состояние не имеет ничего общего с институтом владения, который вводится законодательной властью. Иначе пришлось бы признать за *possessor* кошку, поймавшую мышь, или медведя, засевшего в берлогу.

II. Виды владения. Законодательство наше различает несколько видов владения.

1. Владение может быть законное или незаконное (ст. 523). Существенный признак, отличающий одно владение от другого, состоит в том, что законное владение основывается на одном из тех юридических фактов, которые по закону составляют вообще способ приобретения права собственности (ст. 524), но в данном случае за отсутствием того или другого условия не создали его. Так, например, одно лицо пробрело по дарению от другого вещь, а между тем

даритель сам не имел права собственности, а потому не мог и передать его другому, – в этом случае приобретатель имеет только владение, а не право собственности, но владение законное, потому что в основании его лежит дарение. Напротив, владение, не имеющее в основании подобного юридического факта, будет незаконным, как, например, владение вещью со стороны лица, насильственно захватившего ее. Незаконное владение может быть: а) подложное, б) насильственное и в) самовольное (ст. 525–528). Относительно последнего различия следует заметить, что все это трехчленное деление незаконного владения лишено всякого практического значения. Оно может иметь интерес исключительно с точки зрения уголовного права. Да и само различие законного и незаконного владения не имеет у нас того значения, какое оно имело в римском праве и какое имеет до сих пор на Западе, потому что все юридические последствия владения, защита и приобретение по давности применяются безразлично к тому или другому виду.

Следует, впрочем, заметить, что высказанный здесь взгляд на отличие законного и незаконного владения не может считаться общепризнанным. По мнению некоторых (Анненков), законным владение считается тогда, когда совпадает с правом собственности, незаконным – когда расходится с ним, другими словами, законное владение есть то же, что право собственности, а незаконное владение – это владение в собственном смысле слова. Но если законное владение то же, что право собственности, непонятно, каким образом закон, говоря о владении, отдельном от права собственности, предлагает различать законное и незаконное владение? Если законное владение тождественно с правом собственности, к чему говорить – "всякое, даже незаконное, владение охраняется правительством, пока имущество не будет присуждено другому" (ст. 531), как будто могло возникнуть сомнение, что право собственности защищается. Если мы обратимся к Своду Законов, изд. 1842 г., то увидим, что отдельное законное владение состоит под общим охранением так же, как и собственность, оно равно неприкосновенно (ст. 441). Ясно, что законодательство и не думало сливать законное владение с правом собственности.

2. Большую важность имеет различие владения добросовестного и недобросовестного. Владение признается добросовестным, когда тот, кто владеет вещью на праве собственности, не знает об обстоятельстве, препятствующем приобретению им этого права. Таков, например, случай вступления во владение по порядку законного наследования, без ведома о духовном завещании, которым вещь предоставлена другому (ст. 529). Другими словами, владение признается добросовестным в том случае, когда владелец не сознает неправильности своего владения.

Незаконное владение всегда будет и недобросовестным, но недобросовестное владение может быть и законным, так что указанное различие применимо только к законному владению. Приобретая вещь законным способом, лицо может не знать о препятствии, но, приобретая незаконным образом, лицо во всяком случае знает о препятствии к приобретению им права. Напротив, с точки зрения тех, кто законным владением считает право собственности, указанное сейчас деление может относиться только к незаконному владению. Здесь-то и обнаруживается неправильность такого взгляда на деление владения на законное и незаконное. В противоположность ст. 525, дающей подразделение незаконного владения на подложное, насильственное и самовольное, ст. 523 дает два деления, равно относящиеся вообще к владению.

Владение, добросовестное вначале, может впоследствии сделаться недобросовестным, если владелец при наличии известных обстоятельств должен был убедиться в неосновательности своего владения. Например, лицо покупает имение у собственника, а по прошествии некоторого времени ему становится известно, что продавец в момент совершения сделки был уже признан в установленном порядке сумасшедшим (79, 90). Предъявление иска к владельцу не разрушает его добросовестности, но только обязывает к сохранению плодов с этого момента в пользу собственника (ст. 530). Станным образом наш закон приравнивает к недобросовестному владельцу срочного содержателя казенной оброчной статьи, который не снесет при наступлении срока поставленного им на земле строения (т. VIII, ч. 1, уст. каз. обр., ст. 75).

Практическое значение рассматриваемого различия сводится к различию в объеме ответственности владельца перед собственником по прекращении владения. На Западе значение различия усиливается требованием добросовестности для приобретения права собственности по давности. Владение признается добросовестным, пока противное не будет доказано.

III. Возникновение и прекращение владения. Из обоснования владения выяснилась тесная связь владения с правом собственности. Поэтому субъектом владения может быть только то лицо, которое способно быть субъектом права собственности, так что, например, иностранец не может обращаться к власти с требованием защиты владения недвижимостью, на которую он по закону не может приобрести права собственности. Владение предполагает намерение присвоения вещи, между тем многие лица лишены воли – малолетние, сумасшедшие и др. – и потому не могли бы приобретать владения; они могут фактически установить господство, но не могут проявить намерения присвоить. За них приобретают владение их представители – опекуны и попечители.

В силу того же положения, что владение защищается в предположении права собственности, объектом владения может быть вещь, способная стать объектом права собственности, следовательно: а) только материальная вещь и притом б) не исключенная из оборота. Объектом владения не могут быть именные акции, потому что это не вещи, а наше законодательство не знает владения правами (*possessio juris* – 03, 31 [ср. 10, 8; однако в реш. 10, 100 признается владельческая защита сервитута, установленного каким-либо актом в пользу имения].) Если бы кто завладел городской площадью, он не мог бы ни искать владельческой защиты, ни рассчитывать на превращение его владения по давности в право собственности.

Одна и та же вещь не может быть объектом исключительного владения нескольких лиц, как не может одна и та же вещь принадлежать нескольким на праве частной собственности. Но как возможна общая собственность, так допустимо и совместное владение нескольких лиц одною и тою же вещью сообща, а не исключительно: например, несколько мнимых сонаследников владели вместе домом, пока не представлено было завещание истинным наследником.

Владение предполагает, как мы видели, наличность двух моментов, внутреннего и внешнего. Поэтому приобретение владения выступает только тогда, когда эти моменты, намерение присвоения и господство над вещью, соединяются в одно. Для получения такого результата недостаточно одного намерения, потому что, не проявленное вовне, оно не влечет никаких юридических последствий, недостаточно и одного господства без намерения присвоить, потому что это будет только держание.

1. Действие, которым устанавливается господство над вещью, носит название овладения. Овладение не требует непременно физического прикосновения к вещи – достаточно такое обращение с вещью, какое предполагается обыкновенно у собственника. Овладеть вещью можно или с согласия и при участии прежнего ее владельца, или помимо его. В первом случае будет передача, во втором – захват.

а. Захват есть односторонний акт овладения и предполагает такое отношение к вещи, которое давало бы возможность господства над вещью. Если вещь до этого времени находилась во владении другого лица, то необходимо устранить это лицо от господства.

б. Передача есть двухсторонний акт овладения, основанный на взаимном согласии прежнего и нового владельца и на действиях той и другой стороны, – на вручении и принятии вещи. Передача недвижимостей совершается без прикосновения к объекту, посредством письменных актов, но возможно и физическое действие: домовладелец предоставляет соседу часть своего двора для застройки и указывает ему место для этого. Видимая передача движимых вещей также иногда устраняется. Это возможно в двух случаях. Лицо, к которому должно перейти владение, имело уже вещь в своих руках, держало ее, например, по договору ссуды. Здесь вручение представляется совершенно излишним, потому что достаточно изменить субъективную сторону отношения, чтобы установить владение. В иных случаях предоставление возможности господства над вещью не нуждается в передаче самих вещей, когда господство над ними состоит в зависимости от других обстоятельств. Сюда относится, например, передача ключей от винного погреба, в котором находятся бочки с вином, – возможность господства над ними зависит от обладания ключами от помещения. Такая передача называется символической. Она имеет особенно важное значение в торговом быту, где существуют документы, обладание которыми соединено с возможностью господства и распоряжения. Такое значение имеют коносаменты в перевозке по морю и квитанции в перевозке по внутренним водам, дубликаты накладных в железнодорожной перевозке, складочные свидетельства, выдаваемые товарными складами, и некоторые другие распорядительные бумаги.

2. Субъективный момент – намерение присвоения состоит не только во внутреннем убеждении овладевающего, но должен выразиться вовне так, чтобы намерение стало явно для всех. Намерение может обнаружиться, например, из клеймения сплаваемых по реке бревен. Лицо владеющее может по своему усмотрению изменить свое намерение, но это не будет иметь значения, пока воля его не обнаружится из внешних обстоятельств. Так, например, наниматель дома будет признаваться держателем, а не владельцем, пока он вносит плату, относится к собственнику как к хозяину; но когда отказывается платить периодическую плату, не допускает хозяина до распоряжений, он превращается во владельца. Помещик предоставляет крестьянам ввиду их бедности часть своей земли в безвозмездное пользование. Сколько бы лет ни продолжалось такое пользование, оно никогда не превратится в собственность, потому что это не владение. Но оно может стать владением, если и когда крестьяне обнаружат свое намерение присвоить себе землю, отказав, например, возратить ее по требованию собственника.

Для возникновения владения требуется соединение субъективного и объективного моментов. Для прекращения владения достаточно устранения того или другого момента.

1. Владение прекращается, когда теряется господство над вещью, по собственной ли воле владельца, при вручении ее другому, при оставлении ее на произвол или же помимо его воли утрату вещи, захватом ее со стороны другого. Потеря вещи прекращает владение только в том случае, если возможность господства открывается для всех других, например, потеря кольца на улице, но не дома, напротив, потеря кольца в собственной квартире не прекращает владения, потому что хозяин квартиры есть владелец всего, в ней находящегося в целом.

2. Владение прекращается, когда владелец теряет желание иметь вещь для себя. Он может прямо выразить свою волю в этом направлении или же его намерение может быть выведено из обстоятельств дела. Необходимо, конечно, чтобы лицо, отказывающееся от владения, было дееспособно. Выражение воли, противоположной намерению присвоения, может быть соединено с прекращением господства над вещью или же с сохранением его. Продолжая господствовать над вещью, пользоваться ею, владелец заявляет свое намерение владеть вещью от имени другого. Например, собственник дома, продав его другому лицу, продолжает жить в нем на основании найма; Екатерина II купила у Дидро библиотеку, сохранив ее у него до его смерти.

Хотя нормальным представляется приобретение и потеря владения тем именно лицом, которое выражает свое намерение, но возможно также возникновение и прекращение владения через представителя (ст. 527). Для этого необходимо: а) чтобы представитель овладел вещью, например, управляющий имением запахал часть земли соседнего помещика, б) чтобы он совершил это действие от имени лица представляемого, согласно данному или предполагаемому полномочию, во всяком случае не вопреки воле представляемого. Совершает ли представитель овладение от имени последнего или в свою пользу, это обнаруживается из обстоятельств дела. Для прекращения владения, осуществляемого через представителя, необходимо: а) чтобы представитель потерял господство над вещью, все равно с согласия представляемого лица или без того, или б) чтобы представляемый оставил намерение иметь вещь для себя.

IV. Защита владения. По русскому законодательству всякое владение, даже и незаконное, охраняется правительством от насилия и самоуправства дотоле, пока имущество не будет присуждено другому и сделаны надлежащие по закону о передаче оно распоряжения (ст. 531). Следовательно, закон различает спор о владении от спора о праве собственности и обеспечивает неприкосновенность первого независимо от вопроса о втором. Во французском праве эта мысль выражена в положении *le possessoire et le petitoire ne peuvent jamais être cumulés* (C. de proc., § 25). Сущность защиты владения, составляющая в то же время его особенность, заключается в том, что при возбуждении спора о владении устраняются всякие вопросы о праве собственности. Поэтому следует признать совершенно неправильной тенденцию нашей практики допускать слияние исков о владении и о праве собственности. Спор о праве собственности в возбужденном посессорном процессе не может иметь места, пока не разрешен будет спор о владении. Соответственно тому по делам о восстановлении нарушенного владения суд не входит в рассмотрение документов, удостоверяющих право собственности на недвижимое имение, но лишь восстанавливает нарушенное владение (уст. гр. суд., ст. 73 старой редакции, по прод. 1912 г.: "...мировой судья восстанавливает владение, не входя в рассмотрение вопроса о праве собственности"). Это не значит, что в этих

делах устраняется возможность представления документов, но только ограничивается их значение: они могут быть представляемы в подтверждение факта владения, но не права собственности (76, 541). Так, документы могут служить подтверждением границ владения. Постановленное судом решение по вопросу о владении не имеет значения для процесса о праве собственности. В последнем процессе может быть постановлено решение, признающее право собственности совсем не за тем лицом, за которым было признано владение в первом процессе. Но это различие между посессорным и петиторным процессом в нашей практике совершенно смешалось. Сенат держится того взгляда, что когда иск о защите владения предстанет перед окружным судом, а там, где мировым судьям подсудны иски о праве собственности на недвижимость, то и перед мировым судом, – то допустимо рассмотрение представляемых сторонами письменных доказательств их права собственности. Сенат сам пришел к выводу, что при таких условиях иск о защите владения "в значительной степени утрачивает характер иска владельческого и весьма мало в чем разнится с иском о праве собственности" (о. с. 10, 44). Но, спрашивается, каким образом Сенат, толкователь законов, мог допустить такое противное смыслу закона уничтожение владельческого иска?

Рассматривая условия защиты владения по русскому праву, мы должны остановиться на вопросах: относительно каких вещей допускается защита, какое владение подлежит охранению, что называется нарушением владения и в каком порядке происходит восстановление его?

1. Относительно вопроса о том, какие вещи охраняются владельческими исками, мнения русских ученых разделились, да и в практике замечается колебание, что объясняется отсутствием ясных указаний в законе. Вопрос в том, подлежит ли защите владение только недвижимостями или также и движимыми вещами? Защитники первого взгляда основываются α) на том, что закон не указывает в особенности на защиту владения движимыми вещами, что необходимо было бы, по их мнению, ввиду сомнительности вопроса на Западе; β) на том, что движимые вещи почитаются собственностью того, кто ими владеет, пока противное не будет доказано (ст. 534); γ) наконец, на трудности отделить посессорный иск от петиторного по отношению к движимости. Против этого воззрения можно выставить следующие соображения: α) из того, что закон не упоминает особо о движимых вещах, можно вывести совершенно обратное, а именно что закон для них не делает исключения; β) предположение права собственности на стороне того, кто владеет (ст. 534), – а только это и содержится в указанной статье, – есть общее основание защиты владения, а потому относится в равной степени как к движимостям, так и к недвижимостям; γ) наконец, во многих случаях владение движимыми вещами нуждается в особой защите более, чем владение недвижимостями, потому что доказывание права собственности на объекты первого рода часто бывает соединено со значительными трудностями, тогда как право собственности на недвижимость большею частью удостоверяется актами укреплений. Например, весною на берегу Волги по ошибке грузится чужая баржа; собственнику в горячее время дорог каждый день, и он предпочтет доказывать перед местным земским начальником свое владение этою баржею, чем собирать доказательства своих прав собственности на нее и ехать в губернский город для предъявления иска в окружном суде. δ) В Мотивах к Судебным Уставам сказано: "Мировой судья, не входя в рассмотрение самого права на владение, должен ограничиваться возвращением имущества тому, в чьем владении оно состояло до нарушения, и притом безразлично, относится ли нарушение до движимого или недвижимого имущества". Ввиду этого следует признать, что защите владения, независимо от вопроса о праве собственности, подлежат как недвижимые, так и движимые вещи. Практика наша, однако, склоняется к противоположному взгляду и не допускает иска о защите владения движимыми вещами отдельно от вопроса о праве собственности (мало мотивированное реш. 73, 783).

2. защите подлежит не всякая связь лица с вещью, а только владение в виде собственности, т.е. господство, соединенное с намерением присвоения. Поэтому владельческой защите не должно подлежать простое держание, например в силу договора ссуды или найма. Доказательством этого положения может служить то, что частные лица и общества, владеющие имуществами казенных управлений на праве пользования, в случае нарушения кем-либо их владения могут и непосредственно от себя предъявлять иски о восстановлении нарушенного владения (уст. гр. суд., ст. 1314). Если бы это было общим правилом, то о нем незачем было говорить. Закон в этом

случае делает исключение из предполагаемого им общего правила, когда такой иск может быть предъявлен только собственником или действительным владельцем, а не держателем. Так как вообще права собственника в отношении третьих лиц через уступку владения или пользования нисколько не уменьшаются, то такая уступка не лишает собственника права ограждать имущество от посторонних лиц (75, 426), а потому и защита владения не может принадлежать тому, кто отрицает за собою право собственности. Допустить же совместно возможность владельческого иска и для собственника, и для арендатора, как это делает, например, германское уложение (§ 868), значит признать двух владельцев по отношению к одной и той же вещи, притом без всякой общности владения. Но как примирить признание двух лиц владельцами одной вещи с определением владения как фактического господства? Итак, ни арендатор, ни пожизненный пользователь, ни лицо, введенное во владение недвижимостью по просроченной закладной, ни вообще лицо, имеющее только право на владение или право пользования в чужом имении на каком бы то ни было основании, не могут защищать свое право посредством иска о восстановлении нарушенного владения и против посторонних вступщиков, ни тем более против самого собственника. Этот взгляд расходится с мнением, господствующим в настоящее время в русской литературе. [По соображениям невозможности систематически согласовывать нормы ч. 1 т. X с позднейшими по времени процессуальными законами] Сенат признает право на посессорный иск за арендатором, называя его фактическим владельцем (86, 88); однако арендатор может защищать свое владение (держание) в посессорном порядке против посторонних лиц, но не против собственника (93, 34) и не против других арендаторов того же собственника (79, 182).

Для обращения к защите необходимо, чтобы истец непосредственно перед самым нарушением владения был владельцем. При преемственной перемене нескольких владельцев суд может защищать только последнего из них перед наступившим нарушением. Победоносцев приводит следующий пример. "Сосед отпахал у меня часть нивы, я не жаловался. На другой год я запахиваю эту часть, почитая ее своею собственностью. Сосед жалуется, утверждая, что он владеет. Как тут понимать: чье было владение, чье действие должно почитаться нарушением спокойного владения? Если я своевременно не воспользовался правом просить о восстановлении владения, я до решения суда лишил себя владения, и потому мне приходится доказывать уже право собственности".

3. Нарушением владения будет всякое действие, не согласное с исключительным господством владельца над вещью. Оно может состоять в совершенном устранении господства, и тогда защита будет направлена на возвращение владения, например, кто-нибудь самовольно занял мою загородную дачу. Нарушение владения может состоять в действиях, препятствующих исключительному господству владельца, и тогда защита направлена будет на охранение владения, например, сосед устроил себе дорогу к пчельнику через мою землю или кто-либо рубит мой лес и сплавляет бревна. В первом случае цель иска заключается в восстановлении прежнего фактического состояния, во втором – в принятии мер, препятствующих лицу продолжать нарушение. Тот и другой вид защиты владения закон наш обнимает общим выражением – по прод. 1912 г. – восстановление нарушенного или утраченного владения (уст. гр. суд., ст. 29, п. 2, ст. 1310). Наша судебная практика и прежде понимала владельческий иск в смысле как *interdicta recuperandae possessionis*, так и *retinentae possessionis* (92, 18).

4. Остается рассмотреть подсудность исков о восстановлении нарушенного или утраченного владения. Такие иски, когда со времени нарушения или утраты прошло не более 6 месяцев [а ныне года], отнесены по уставу гражданского судопроизводства (ст. 29, п. 2 по прод. 1912 г.) к ведомству мировых судей. По введении земских начальников и городских судей защита владения была их делом в пределах 6-месячного срока (т. XVI, ч. 1, прав. устр. суд. части, ст. 20, п. 2).

В литературе и практике возникло сомнение о значении 6-месячного (ныне годового) срока. Означает ли он, что по истечении его прекращается возможность просить о защите владения и остается искать на основании права собственности, или же смысл его тот, что по истечении срока изменяется подсудность, т.е. вместо мировых судей приходится обращаться с просьбою к окружному суду? Закон не дает прямого ответа на этот вопрос, но, принимая во внимание указание закона, что к числу дел, производимых сокращенным порядком в окружных судах, относилась защита владения (уст. гр. суд., ст. 349, п. 4; ср. еще ст. 213 и 1310), следовало признать,

что по прошествии 6-месячного срока защита владения переходила в ведомство окружных судов. К этому мнению примыкал и Сенат (97, 79). [Кассо считает текст прежней ст. 213 редакционной ошибкой.] Было бы целесообразнее ограничить иски о владении кратким сроком, например годичным, по примеру законодательств французского (*C. de proc.*, § 25) и германского (улож., § 864), так как с течением времени утрачиваются характерные признаки владения как такового. При этом с истечением годового срока теряется уже право на владельческий иск, тогда как у нас истечение 6-месячного срока только изменяет подсудность иска. С другой стороны, было бы вернее сосредоточить дела о владении в судебных инстанциях, наиболее близких к обстановке дела, каковыми и являются мировые судьи, которые более способны проверить фактическую сторону спора, чем окружные суды. [Эти пожелания осуществлены законом 15 июня 1912 г., обращение в окружной суд предполагается только с иском о праве собственности.] Но во всяком случае, раз признавалась возможность предъявления собственниками к владельцам исков в окружных судах по истечении 6 месяцев, посессорный характер их не мог измениться от перемены подсудности. Вопреки мнению Сената (89, 44) и в окружном суде против владельческого иска недопустимы возражения о праве собственности, не могут задерживать решения по основному иску о владении. [Допущение в окружном суде таких возражений именно обращает основной иск в иск о праве собственности.]

V. Охрана добросовестного владельца против собственника. Если владение не совпадало с правом собственности, то по иску лица, доказавшего свое право собственности перед судом, вещь отнимается у владельца. В уважение к добросовестности владельца и в интересах поддержания прочности сделок в обороте некоторые законодательства ограждают такого приобретателя от иска собственника. Право собственности приобретает добросовестным владельцем, хотя бы отчуждатель сам не имел этого права и не мог передать его.

В интересах оборота французское законодательство выдвигает знаменитое положение: "*En fait des meubles la possession vaut titre*" (*Code Nap.*, § 2270), что в русском переводе передается следующими словами: "По отношению к движимостям владение равносильно (заменяет?) правооснованию" (гражд. код. Ц. П., ст. 2279). Положение это вызвало разногласие во французской юриспруденции в понимании его происхождения и догматического значения. По наиболее распространенному воззрению приведенное положение устраняет иск собственника к добросовестному владельцу, если только вещи не были украдены или потеряны. Швейный магазин отдает по найму швее машину, швея продает машину третьему лицу. В силу приведенного положения магазин не имеет права требовать возвращения машины от приобретателя ее. Точно так же и новое германское уложение постановляет, что добросовестный приобретатель становится собственником отчуждаемой вещи, хотя бы вещь и не принадлежала отчуждателю (§ 932). Из этого правила сделано исключение для вещей, похищенных у собственника или утраченных им, а из этого исключения – опять исключение в пользу денег и бумаг на предъявителя. При малоразвитом обмене, при преимущественно потребительной оценке право собственности строится по началу строгой виндикации – собственник может взять свою вещь, где бы ее ни нашел, по какому бы основанию она ни попала к владельцу. Наоборот, при общественном порядке, когда на первое место выдвигается меновая ценность, когда предприятия заинтересованы в беспрепятственном передвижении вещей из одного хозяйства в другое, право собственности строится на начале защиты добросовестного приобретателя – собственник не может взять своей вещи у лица, которое приобрело ее добросовестным путем. Несомненно, что положение это идет несколько далеко в ограничении права собственности и в то же время недостаточно далеко в проведении принятого принципа. С точки зрения принципа, положенного в основание законов, которые мы выше привели, нельзя оправдать и сделанных в них исключений.

В нашем законодательстве не содержится подобных правил, которые бы разрешали столкновение интересов добросовестного приобретателя с интересами собственника в пользу первого. В отношении недвижимости и наша судебная практика принуждена была признать начало виндикации. Но она стремится устранить его в отношении движимых вещей: если движимость поступила от собственника в постороннее владение не вследствие кражи или иного преступления, то собственник, утративший владение, не вправе требовать отобрания вещи от владельца (не имеющего права собственности), если последний приобрел ее добросовестно (84, 6).

Но законодательство наше и, в частности, ст. 609 и 691 не делают различия между движимостью и недвижимостью. Несомненно, что при составлении Свода Законов кодификаторы имели в виду § 2270 французского кодекса, когда составляли положение, в силу которого движимые вещи почитаются собственностью того, кто ими владеет, доколе противное не будет доказано (ст. 543). Однако форма этого положения показывает, что кодификаторы понимали положение французского кодекса не в том смысле, который придается ему чаще всего в настоящее время, а в несколько ином значении, которое не чуждо и современной французской юриспруденции (см. франц. кас. реш. 15 марта 1885 г.), т.е. в смысле презумпции права собственности в пользу владеющего, которая допускает и опровержение (72, 448). По французскому кодексу владение составляет *praesumptio juris et de jure*, а у нас по ст. 534 – только *praesumptio juris*. Следовательно, у нас не может быть и речи о признании права собственности на стороне добросовестного владельца в силу одного только владения. Все значение ст. 534 сводится к процессуальной выгоде положения, в каком находится лицо владеющее: не владелец должен доказывать свое право собственности на вещи, находящиеся в его руках, а истец, домогающийся изъятия данных вещей из его владения, и пока истец своего права собственности не докажет, позиция владельца как ответчика сильна тем, что ему нет надобности приводить доводы в подтверждение своего права, а достаточно отразить доводы, приводимые истцом в пользу его права. Приведенный выше пример разрешается у нас совершенно иначе. Швейный магазин Нейдлингера дал на прокат швейную машину ремесленнику, который заложил машину третьему лицу. По иску Нейдлингера суд признал недействительность залога ввиду требования собственника о возвращении ему вещи (94, 55). Таков действительно вывод, который следует сделать из ст. 1664, признающей недействительность залога чужой вещи. Сам Сенат, который сначала так решительно становился на защиту добросовестного приобретателя движимой вещи и признавал, что по отношению к третьим лицам держатель движимости почитается собственником ее, если только владение его не было основано ни на обмане, ни на преступлении, позднее стал ограничивать силу выставленного им положения. Сенатом было признано, что добытые преступлением вещи подлежат возвращению потерпевшему независимо от того, были ли эти вещи отобраны у лица, признанного по суду виновным, или у лица, совершенно не причастного к делу (общ. собр., 96, 31). Некто купил у Сафронова пианино фабрики Карклина, а впоследствии оказалось, что пианино было взято у Карклина напрокат Церетелли, который продал его как собственное Сафронову. Хотя Сафронов является добросовестным приобретателем, но Сенат признал правильным возвращение пианино Карклину (08, 85).

VI. Ответственность владельца перед собственником. Иск собственника к владельцу о возвращении вещи возбуждает вопрос об ответственности владельца перед собственником. Вещь со времени овладения до возвращения могла понизиться или повыситься в ценности, могла дать доходы, наконец, могла быть отчуждена. Закон наш вместо нескольких общих положений дает массу казуистических постановлений, которые не исчерпывают всех возможных вопросов и противоречат друг другу. При определении объема ответственности владельца необходимо различать добросовестное и недобросовестное владение. Овладевая сознательно против права, недобросовестный владелец должен отвечать за все последствия такого действия. Напротив, добросовестный владелец, не сознавший дефекта в своем праве, должен быть освобожден от ответственности за пользование вещью до обнаружения отсутствия у него права. Заметим, что недобросовестность предшествовавшего владельца не влияет на добросовестность его преемника, например, когда покупкою приобретает вещь у лица, которое завладело ею незаконно, положим, в качестве залогодержателя (ст. 529).

1. Недобросовестный владелец должен возвратить собственнику вещь и плоды.

а. Он обязан возвратить вещь в том состоянии, в каком она находилась в момент завладения, а если владение его было сначала добросовестным, то в том состоянии, в каком вещь находилась в момент, когда его владение превратилось в недобросовестное (ст. 611). Следовательно, он обязан вознаградить собственника за уменьшение ценности, происшедшее после этих моментов по его умышленной вине или по доказанной небрежности (ст. 610, п. 1, и ст. 619). Облегчая его положение, закон освобождает его от ответственности за случайный вред, который произошел бы тогда, когда вещь осталась бы в руках собственника; так, за скот, павший во время эпизоотической

болезни, он платит лишь в том случае, если будет доказано, что им не были приняты для предохранения скота от заразы предписанные меры предосторожности (ст. 619). За отчужденную вещь владелец обязан заплатить по требованию и выбору собственника или сумму, за которую вещь была продана, или же стоимость ее по надлежащей оценке (ст. 612, 613, 614 и 617). Эти статьи могут подать повод думать, будто они направлены к устранению виндикации, будто собственник не может требовать возвращения, например, имущества из рук приобретателя, а принужден довольствоваться личным иском против владельца. Однако такое толкование шло бы вразрез с рассматриваемой ответственностью владельца, так как и третье лицо является в положении владельца. Статьи эти рассчитаны на тот случай, когда собственник отказывается от виндикации или когда виндикация делается невозможной. Выбор ценности объясняется тем обстоятельством, что возвращение продажной цены, если она была ниже действительной, не соответствовало бы требованию возвратить вещь в том состоянии, в каком она была в момент завладения; возвращение же стоимости по оценке, когда продажная цена превышала действительную ценность, не соответствовало бы положению, в силу которого никто не должен обогащаться на чужой счет без достаточного основания.

б. Кроме возвращения вещи недобросовестный владелец обязан возвратить весь чистый доход (ст. 610, п. 2, ст. 620), не только тот, который был действительно получен, но и тот, который мог бы быть им получен, если бы он поддерживал заведенное хозяйство собственника (ст. 624). Конечно, новых источников дохода он не обязан был открывать, хотя и мог бы. Отвечая за целостность вещей, восполняя уменьшенную ценность, недобросовестный владелец не должен, однако, предоставлять в пользу собственника увеличение ценности. Он может отделить от вещи все присоединенное им и увеличивающее ценность, если только такое отделение не сопровождается повреждением вещи, не уменьшает ценности вещи сравнительно с тою, какую вещь имела в момент нарушенного владения (ст. 611 и 622). Как особое правило в нашем законодательстве существует постановление, в силу которого при возвращении бывших во владении денежных капиталов недобросовестный владелец обязан не только внести за все время их удерживания 6%, но и уплатить 3% законной неустойки, хотя бы он доказал, что капиталы лежали у него без употребления (ст. 641).

2. Ответственность добросовестного владельца ограниченнее.

а. Как и недобросовестный владелец, он обязан возвратить вещь, но только в таком состоянии, в каком она находится в момент предъявления иска. В то же время он имеет право не только отделить все то, чем увеличивается ценность вещи, но и вместе с тем требовать вознаграждения за все необходимые и полезные издержки, поддержавшие или увеличившие ценность (ст. 628 и 622), тогда как расходы, которые вызваны роскошью и не являются необходимыми, даже не доставляют никакой выгоды, дают лишь право на отделение (ст. 633). С другой стороны, он принужден возместить вред, причиненный умышленно, но свободен от ответственности за вред, происшедший от его небрежности, а тем более случайно (ст. 634).

б. Главное отличие добросовестного владельца от недобросовестного состоит в том, что он не обязан возвращать доходов, уже полученных или законно ему следующих по день объявления ему установленным порядком об открытии спора против его владения, или же, если это будет доказано, до того времени, когда неправость его владения сделалась ему с достоверностью известна (ст. 626). Значит, он не возвращает потребленных плодов и сохраняет в свою пользу плоды собранные, но еще не потребленные до указанного в законе момента. Поэтому запасы зерна, сена остаются за владельцем имущества, но хлеб на корню, как плод еще не собранный, ему не принадлежит (71, 150); сырой материал на фабрике подлежит возвращению, но чистый фабрикат должен остаться у добросовестного владельца.

Где же основание того, что добросовестный владелец приобретает право собственности на плоды с вещи, которая ему не принадлежала, и почему он обязан возвратить собственнику наличные плоды? Ответ, который дает на этот вопрос Петражицкий, гласит: "...потому что иное отношение к плодам, т.е. хозяйственным благам, которые с точки зрения нормального хозяйства предназначены к свободному потреблению и издержанию, вело бы к потрясению и разрушению хозяйств". Потребленные плоды вследствие ошибочного хозяйственного плана владельца вошли в органическую связь с хозяйством владельца, и неожиданное изъятие их было бы вредно с

народнохозяйственной точки зрения. При этом следует заметить, что хотя добросовестный владелец обязан возвратить вещь собственнику как субъекту права, но все же он не может рассматриваться как нарушитель чужого права, потому что в его действиях нет вины. Его владение – случайность, приведшая к смещению юридических отношений, которое закон стремится распутать в интересе обеих сторон.

[VI. Проект гражданского уложения усваивает субъективную теорию защиты владения ввиду какого-либо законного права вещного или обязательственного характера. В первом случае это владение самостоятельное, во втором – производное (ст. 138). Защите подлежит всякое владение и даже незаконное (ст. 140), но соединенное непременно с намерением владеть имуществом для самого себя (ст. 136). Однако производные владельцы не защищаются владельческими исками против собственников имущества (ст. 145). Так санкционируется, по словам Покровского, между этими лицами "полная владельческая анархия, господство кулачного права".]

§ 21. Понятие о праве собственности

Литература: Гамбаров, Право собственности (Русская Высшая Школа, 1905, стр. 434–496); Владимирский-Буданов, Обзор истории русского права, 3-е изд., стр. 515–606; Неволин, История российских гражданских законов, т. II; Энгельман, О приобретении права собственности на землю по русскому праву, 1859, стр. 1–129; Он же, О давности по русскому гражданскому праву, 1901, стр. 225–308; Мейер, Русское гражданское право, стр. 232–332; Анненков, Система русского гражданского права, т. II, стр. 5–124; Фалеев, Лесное право, 1912; Струкгоф, Курс горного права, 1907; Кутыловский, Права на недра и отчуждение земель под железные дороги (Ж. М. Ю., 1902, N 7); Гусаковский, Право на недра земли (Ж. М. Ю., 1903, N 7); Саладилов, Вопрос о недрах в русском законодательстве (Вестн. пр., 1904, N 4); Нольде, Новейшие учения о праве собственности (Вестн. пр., 1904, N 7).

I. Определение права собственности. Определение права собственности представляет значительные затруднения, несмотря на видимую его простоту и ясность. До сих пор в науке не установлено точное понятие о нем. По наиболее распространенному определению, совпадающему с житейским представлением о праве собственности, последнее составляет неограниченное и исключительное господство лица над вещью. Так, французское законодательство определяет право собственности как право пользоваться и распоряжаться вещами самым неограниченным образом – *de la manière la plus absolue* (§ 544). Кроме называет право собственности полным правом (*Vollrecht*). Однако признак неограниченности встречает возражение с той точки зрения, что право собственности как и всякое право, всегда ограничено, что в действительности все законодательства ставят пределы воле собственника. Чтобы избежать этого признака, устанавливают понятие о праве собственности как о праве наиболее полного господства. Так, например, Ранда определяет право собственности как обеспеченную объективным правом и им ограниченную юридическую возможность относительно полнейшего (*relativ vollste Herrschaft*) непосредственного господства над вещью. Эннексерус называет право собственности самым обширным правом, какое только можно иметь в отношении вещи. Однако такие определения вызывают меньшие сомнения. Относительная полнота не составляет признака определительного. Остается невыясненным, по сравнению с чем является собственность более полным правом и насколько она полнее, чтобы можно было провести черту между правом собственности и другими менее полными правами на вещь. [Во Франции распространяется воззрение на собственность как на объект обязанности, а на собственника как на несущего социальную функцию, которую управляют правила социальной взаимной зависимости (Дюги, Леруа). Как замечает Айэм, свободные соглашения социальных групп своей тиранией грозят собственности не менее, чем ограничения, налагаемые государством.] Германский законодатель поступает осторожнее: он не определяет, а описывает право собственности: собственник вещи властен, насколько тому не препятствует закон или право третьих лиц, распоряжаться вещью по своему усмотрению (*nach Belieben*) и устранять других от всякого на нее воздействия (§ 903). Также и швейцарский кодекс ограничивается указанием, что собственник вещи вправе распоряжаться ею по усмотрению (*librement*) в пределах закона (§ 641).

Ввиду неудачности предлагаемых в науке определений мы можем остаться при определении, которое дано в русском законодательстве. Столь же неточное, как и другие определения, оно по крайней мере имеет за себя законодательный авторитет. С этим определением приходится считаться на практике, потому что закон перечисляет правомочия, входящие в состав права собственности. Неправильность определения, даваемого нашим законодательством, усложняется тем, что в нем соединено понятие о праве собственности со способами приобретения и прекращения этого права. Если извлечь из законного определения все не относящееся к понятию и сохранить лишь содержащиеся в нем признаки, то мы получим следующее определение понятия о праве собственности: власть в порядке, гражданскими законами установленном, исключительно и независимо от лица постороннего владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом вечно и потомственно (ст. 420). Рассмотрим подробнее признаки, содержащиеся в этом определении.

1. Прежде всего право частной собственности представляет власть не в смысле фактического господства, а в юридическом значении, т.е. как право в субъективном смысле. Если возможность фактического воздействия отсутствует, вещь находится в чужом владении, власть тем не менее сохраняется, лицо остается собственником – оно может продать, подарить, заложить вещь, вытребовать ее у владельца. Под это понятие власти не подходит право верховного господства, которое принадлежит государству и чуждо пользования территорией для извлечения экономических благ (ст. 421).

2. Объектом права частной собственности закон признает имущество не в техническом смысле, а как вещь. В действительности право собственности может иметь своим объектом только материальные предметы, но не действия или права, которые по существу своему не могут подлежать совершенно тем же юридическим правилам, какие установлены для первых. Наше законодательство, признавая владение одним из существенных моментов права собственности, очевидно, имеет в виду только физические вещи. Наравне с материальными предметами объектом права собственности могут быть признаны бумаги на предъявителя, потому что вследствие неразрывной связи права с документом право собственности на клочок бумаги дает единственную возможность осуществления содержащегося в ней права.

3. Закон указывает на отрицательный признак права собственности, на исключительность и независимость от посторонних лиц. Исключительность означает, что никто без и помимо воли собственника не имеет права препятствовать ему или присвоить себе пользование тою вещью, которая составляет объект его права собственности. Независимость указывает на полную свободу осуществления своего права помимо согласия посторонних лиц.

4. Положительный признак права собственности заключается по указанию закона в соединении владения, пользования и распоряжения. Владение, как мы видели, есть фактическое господство над вещью. Пользование состоит в извлечении из вещи тех выгод, которыми определяется ее экономическое значение. Наконец, распоряжение дает возможность совершения различных, возмездных и безвозмездных, сделок, имеющих своим объектом эту именно вещь.

Такое перечисление отдельных прав, соединенных с правом собственности, не может быть признано удачным. Во-первых, невозможно перечислить все отдельные правомочия, входящие в состав права собственности, и закон, например, упустил указать на право уничтожения вещи. Во-вторых, если для понятия о праве собственности существенны все три указанные момента, то отсутствие одного из них должно бы устранить наличность права собственности. Между тем законодатель сам различает полное право собственности, когда владение, пользование и распоряжение соединяются в одном лице (ст. 423), и неполное право собственности, когда от него отделяется один из трех указанных моментов (ст. 432), и следовательно, признает право собственности и в тех случаях, когда оно не соединяется с владением, или пользованием, или распоряжением.

Естественно, возбуждается вопрос: который же из указанных в законе моментов имеет настолько решающее значение, что отсутствие его само собою устраняет наличность права собственности? Закон склонен признать владение существенною частью права собственности, но как с теоретической точки зрения, так и по взгляду нашего законодательства (ст. 514) владение вполне уживается рядом с правом собственности, вовсе не устраняя его. Пользование вещью составляет цель права собственности, но собственник, несомненно, может, не подрывая своего

права, предоставить, возмездно или даром, временное пользование другому лицу (ст. 535). Право распоряжения закон понимает как власть отчуждать вещь в пределах, законом означенных, и отдавать ее в пользование другому посредством найма, ссуды и других договоров (ст. 541). Нельзя не видеть в этой власти существенного момента права собственности, отсутствие которого способно устранить право. По словам Мейера, право распоряжения вещью так тесно связано с существом права собственности, что без прекращения его самого выдел права распоряжения неудобомыслим. Так смотрит на это и наша практика (71, 25; 86, 15). В самом деле, если кто-либо, помимо собственника, может отчуждать вещь, продать, заложить, отдать в пользование, то к чему же сведутся права собственника?

С эту мыслью как будто не согласуется взгляд закона на возможность отделения права распоряжения от права собственности. Однако со стороны закона допущено, очевидно, недоразумение. Право распоряжения, говорит закон, не иначе может отделиться от права собственности как или по доверенности, данной от собственника, или по закону, когда имущество подвергается запрещению (ст. 542). Но, во-первых, распоряжение по доверенности никогда не может отделиться: все то, что содержится в понятии распоряжения, может быть выполнено собственником и после выдачи доверенности, а во-вторых, доверенный совершает сделки не в силу своего права распоряжения, а права, принадлежащего собственнику. Совершенно непонятно, как может Сенат настаивать на том, что право распоряжения способно отделиться от права собственности по акту доверенности (11, 26). Отличие распоряжения как характерного момента права собственности от владения и пользования в том и заключается, что собственник не может передать его по договору другому, лишив в то же время себя этого права. Распоряжение собственника может быть стеснено только по закону и в указанных законом случаях. Даже при ограничении собственника в распоряжении, например при учреждении опеки, нельзя сказать, чтобы собственник лишен был права распоряжения. Право это принадлежит ему, но осуществление этого права, по малолетству ли собственника, или по ненормальному состоянию умственных способностей, или по иным каким причинам, предоставляется его законному представителю, который распоряжается от имени собственника. Во всяком случае, иначе как по закону право распоряжения не может быть отделено от права собственника.

5. Осуществление власти должно происходить в порядке, установленном законами. Смысл этого постановления состоит не в том, что владение, пользование и распоряжение должны следовать предписаниям закона, который и не может задаваться целью указывать порядок пользования. Законодатель намечает только границы, в которых должно происходить осуществление права, устанавливает признак ограниченности права собственности. Ограничения эти устанавливаются по различным соображениям в видах общественного интереса. По-видимому, признак ограниченности не вполне согласуется с исключительностью права собственности. По существу своему, по идее, право собственности безгранично – оно распространяется на вещь во всех направлениях, во всех отношениях. Хотя в действительности право собственности всегда ограничивается, но заложенная в нем идея имеет практическое значение. Ограничения в праве собственности никогда не предполагаются: они должны быть явно установлены законом или договором. Право собственника отличается свойством упругости – под давлением законных договорных ограничений оно сжимается, но принимает снова прежнюю форму, как только устраняется препятствие. "Субъект всякого иного вещного права может делать с подчиненною его праву вещью то именно, что ему прямо разрешено, тогда как собственник может делать с принадлежащею ему вещью все, что ему прямо не запрещено" (Козак). Это свойство только и выражается в положении, что право собственности есть неограниченное господство над вещью.

6. Право собственности вечно и потомственно, т.е. связь данного объекта с данным субъектом продолжается до тех пор, пока не наступит юридический факт, разрывающий ее. Этот факт вызывается или волею субъекта, или судьбою объекта, или силою закона. Этим дается признак бессрочности права собственности, в противоположность иным вещным правам, которые, как, например, право залога или пользования, при своем возникновении уже заражены срочностью. Следовательно, срочного или временного права собственности быть не может. Если закон (ст. 1706) арендное право называет временною собственностью, то это еще не значит, чтобы в этом случае он имел в виду срочное право собственности. Конечно, рассматриваемый признак

свойственен и некоторым другим вещным правам, например чиншовому праву, но это не мешает ему быть одним из характерных моментов права собственности.

Терминология нашего законодательства представляется далеко не выдержанною. Оно почти безразлично употребляет выражения "собственник" и "владелец". Собственностью называется в законе как право собственности, так нередко самое имущество, по праву собственности кому-либо принадлежащее (ст. 420, прим. 1). По замечанию самого Сперанского, "не должно смешивать право собственности с собственностью; собственность objective есть всякое имущество, и вексель есть моя собственность" (Арх. Калач., 1859, N 2, стр. 11). Право собственности на недвижимость в законах часто обозначается под именем права вотчинного. Совершенно неправильно, по примеру Победоносцева, употреблять последний термин для обозначения вообще права собственности как на недвижимость, так и на движимость.

II. Содержание права собственности. По праву собственности на землю собственник ее "имеет право на все произведения на поверхности ее, на все, что заключается в недрах ее, на воды, в пределах ее находящиеся, и, словом, на все ее принадлежности" (ст. 424). Другими словами, право собственности на землю распространяется на поверхность и идет вверх и вглубь.

1. В пределах границ своих владений собственник земли – полный хозяин. Все, что на земле произрастает, все равно вследствие ли труда и искусства, как, например, рожь, овес (ст. 425), или вследствие естественных сил природы, как, например, трава, грибы, ягоды, составляет достояние собственника того участка земли, на поверхности которой оно появилось. Собственник – полный хозяин в отношении того озера, которое находится всецело в пределах его участка. Если через его землю протекает ручей или речка, то он вправе изменять в своих пределах как угодно направление их, лишь бы они вышли из его участка там же, где они вытекали и ранее. Собственник может, например в интересах огородничества, заставить речку сделать несколько заворотов. Но если речка находится на границе двух владений, то один из прибрежных собственников не вправе искусственно изменять направления текучих вод (81, 84). Что касается самой текучей воды, беспрерывно сменяющейся, то собственник не имеет на нее права, вытекающего из права собственности. Протекает ли речка всецело через его участок или только примыкает к нему, собственник приобретает право на захваченную воду только в силу завладения.

2. Право частной собственности в имуществах недвижимых объемлет не одну поверхность земли, но и самое ее недра (т. VII, уст. горн., изд. 1912 г., ст. 236). По сему праву дозволяется каждому в собственных его землях "искать, копать, плавить, варить и чистить всякие металлы, т.е. золото, серебро, медь, олово, свинец, железо и минералы, как-то: селитру, серу, купорос, квасцы, соль, каменный уголь, торф и всякие для краски и для других надобностей полезные, тако ж камня, не исключая и драгоценных, и все то по собственному своему произволению обрабатывать" (уст. горн., ст. 237). Искать руду на чужой земле можно только с согласия собственника (уст. горн., ст. 238). В землях, составляющих полную (!) собственность частных лиц, собственникам предоставляются поиски и разработка золотосодержащих песков (уст. горн., ст. 586), поиски и добыча нефти (уст. горн., ст. 733), – посторонним же лицам только по добровольным условиям с собственниками тех участков. В этом отношении наше законодательство отличается от французского, в котором по закону 1810 г. проведено различие между теми ископаемыми, которых никто, кроме собственника, добывать не может (*carrières*), и теми, добывание которых государство не может предоставить другим лицам (*mines*).

С точки зрения русского права собственник земли вправе, хозяйничая в недрах своего участка, перекопать водоносную жилу, снабжавшую колодец соседа, разрывать ключи в горе, хотя бы от того сократился уровень воды в пруде соседнего землевладельца (76, 503), перерезать корни деревьев, растущих на соседнем участке. Следует полагать, что право собственности простирается в глубь земельного участка лишь в пределах экономической досягаемости. Так, например, собственник участка, расположенного на горе, не может считать свое право нарушенным вследствие проводки железнодорожного тоннеля под горой.

3. В пределах поверхности принадлежащего ему участка собственник последнего является и хозяином того воздушного столба, который поднимается над его землею. Отсюда вытекает, что собственник вправе срезать ветки деревьев, свесившиеся с соседнего участка, карниз соседнего дома, выступивший над межою (87, 93; 12, 51). В силу того же права собственник может

воспретить проведение над его двором телеграфной или телефонной проволоки. Но он не может запрещать перелетов на воздушных шарах, на аэропланах, потому что пересечение принадлежащего собственнику воздушного столба происходит вне его досягаемости и не вопреки охраняемым его интересам.

III. История права собственности в России. Профессор Буданов следующим образом характеризует развитие института права собственности в России: "История собственности развивается в соответствии с историей гражданских прав лица: право собственности растет вместе с возрастанием свободы лица и понижается вместе с понижением ее. И наоборот, возрастание или упадок права собственности влечет за собою или возвышение, или понижение личных прав. При полном стеснении лиц союзами, родовым или общинным, т.е. в древнейшие времена, почти нет следов права частной собственности, разумеется, поземельной; когда роды или общины сливаются в государство и стесняются им, то права частных лиц (как личные, так и имущественные) высвобождаются из прежних уз; за то на них налагает руку государство: московские государи считают себя единими верховными собственниками. Но в государстве, сфере несравненно обширнейшей, права частных лиц могут обращаться и возрастать с бóльшим простором, чем в прежних тесных союзах, родовых и общинных. Наконец, когда государство, в период империи, очищается от примесей частнопровых и личные права граждан высвобождаются, то вместе с тем условные и ограниченные вещные отношения этих последних, сложившиеся в предшествующие эпохи, дорастают до полного права собственности, сначала для некоторых классов общества, потом для всех".

Прежде всего, право частной собственности установилось только для движимых вещей, носивших общее название "имения", т.е. того, что можно взять (имати). Первоначально не существовало термина для обозначения сущности права собственности, его заменяли притяжательные – мой, твой, его, или выражения купить "впрок", "в одерень". Между тем существует мнение (например, Неволина), будто частная поземельная собственность была известна у нас и в древнейшие времена, до пришествия варягов. Однако мнение это представляется малоубедительным. Главным доказательством против него служит то обстоятельство, что древнейшая Русская Правда не знает недвижимости как предмета сделок между живыми или на случай смерти. При редком населении, обширных пространствах земли, занимаемых им, громадных лесах, покрывавших почти всю Россию, существование частной собственности на землю представляется невероятным, потому что из-за земли не возникало никаких споров, которые в первобытном обществе составляют начало юридических определений. Отношение к земле было фактическое, а не юридическое. Землю занимали для земледелия и скотоводства и пользовались ею, пока она не истощалась, а тогда переходили на другой участок, первый же, по восстановлении производительных сил, становился достоянием нового лица. Дом рассматривался как движимость, потому что ценность его обуславливалась исключительно употребленным на него материалом. Существование частной поземельной собственности не согласуется также с положением отдельного лица в обществе, подобном русскому в эпоху до XII–XIII столетий. Лицо имело право не как индивидуум, а как член общественного союза. По этому вопросу мнения русских ученых не согласны; одни отстаивают родовой быт, другие – общинный. Но с точки зрения той и другой теории субъектом права первоначально было не физическое лицо, а род или община. На этом основании первоначальная собственность на земли составляла принадлежность только общественной группы.

С течением времени под влиянием многих общественных фактов родовые и общинные связи ослабели и дали возможность наиболее самостоятельным личностям существовать особо, вне союза. Этому много способствовали война, увлекавшая членов союза и отрывавшая их от связи с последним, а также торговля, доставлявшая значительное богатство в движимости. Только со времени появления капиталов явился интерес к поземельной собственности, потому что казалось возможным привлечь к обработке много лиц, которые нуждались не в земле, конечно, а в орудиях производства, главным образом в скоте. Личное начало все более вытесняет родовое, и прежнее совместное распоряжение всем имуществом превращается в право выкупа отчужденной недвижимости. Развитию идеи частной собственности немало способствовала и церковь, проводя взгляды византийского права и способствуя завещательным распоряжениям.

Господствующим способом приобретения права собственности в эту эпоху является завладение, захват, заимка. Необходимая земля занимает, запахивается и притом без строго определенных границ, а "куда соха, коса и топор ходили". Границами были не межи, а естественные пределы: леса, реки, болота. Относительно недвижимости в Псковской Судной Грамоте встречаем давность владения как способ приобретения собственности. При этом главным основанием давности является труд, "если он тою землю стражет", т.е. обрабатывает (страда), в течение 4–5 лет непрерывно и бесспорно (ст. 9). Договор выступает позднее. Охота, рыбная ловля, военная добыча доставляли возможность приобретения собственности рядом с покупкою, меною. Столкновение интересов собственника и добросовестного приобретателя предусматривается в первых памятниках русского права. По Русской Правде, если у кого пропали конь, или оружие, или одежда, то необходимо было произвести в течение 3 дней от пропажи "закличь", т.е. оповестить о том на торгу. Соблюдение этого условия давало собственнику право взять свою вещь, где бы он ее ни нашел, так как едва ли после заклича можно было предполагать добросовестность у приобретателя (Карамз. сп., ст. 29). Когда же такое оповещение на торгу не было выполнено, то в случае обнаружения вещи приходилось обратиться к "своду". Если лицо, у которого оказалась вещь, ссылалось на другого, у кого оно приобрело ее, то вместе с собственником оно должно было идти отыскивать этого человека. Свод должен продолжаться, пока не дойдут до лица, впервые незаконно пустившего чужую вещь в оборот. В интересах собственника свод останавливается на третьем звене, если следы сделки шли за границы города: тогда собственник получает цену вещи, а приобретатель сам продолжает свод. Те же постановления встречаем в Псковской Судной Грамоте (ст. 46 и 56). Некоторые (Сергеевич) утверждают, что уже в этот период защита владения отличалась от защиты собственности, и подтверждение тому видят в ст. 10 Новгородской Судной Грамоты, где говорится: "...ино сидите наперед наезд и грабеж, а о земли после суд". Но едва ли здесь отличается посессорный процесс от петиторного, скорее делается отличие между уголовным и гражданским делом.

В московском государстве не было места индивидуализму. Ввиду сплочения и охранения от внешних опасностей все несли обязанности перед государством лично или имущественно. Общественные классы различались не по правам, а по обязанностям. Все одинаково были подчинены власти государя. Возникла идея о принадлежности всей земли, занимаемой русским народом, единственно государю (Лакиер) и о произвольном пользовании ею со стороны частных лиц; отношение последних к земле выражалось в форме или поместного, или вотчинного права, со значительным преобладанием первого. Эта идея в земледельческой стране соответствовала признанию во Франции права на труд королевскою регалиею (*droit royal*). В Англии же и в настоящее время все земли признаются принадлежащими королю как верховному сюзерену и находящимися у землевладельцев в ленном пользовании. Правда, это только исторический принцип, удерживающийся силою традиции, потому что землевладельцы пользуются всей полнотою права собственности.

Поместьем назывался участок земли, даваемой от государя лицу, отправляющему личную службу, для того, чтобы оно добывало из него средства содержания. По существу своему это было жалованье, только не деньгами, а натурою. С юридической точки зрения оно было правом пользования под условием отправления службы. Период наибольшего развития поместного права относится к XVI и XVII векам, хотя подобные отношения встречаются и раньше. Иметь поместья согласно сущности их могли только те, которые состояли на государевой службе, все равно – военной или гражданской. Хотя главным образом поместьями назначались участки земли в уезде, но этой цели могли служить и дворы в городах. Содержание поместного права заключалось в эксплуатации природных богатств отведенного участка, с подчинением власти помещика крестьян, живших на той земле.

Несмотря на преобладание поместных отношений, в московском государстве существовало также право собственности на землю. Объект такого права называется вотчина, вернее отчина, дедина, т.е. перешедшее по наследованию. По различию возникновения связи между лицом и вотчиною вотчины представляли несколько видов. Различались вотчины родовые, приобретенные последовательным наследованием от предков, выслуженные, т.е. пожалованные за службу (а не под условием службы) государем в полную собственность, купленные от казны или от

чужеродцев. Права вотчинника были весьма обширны. Кроме неограниченности частного права вотчинник имел полицейскую и судебную власть над населением, мог собирать на своей земле разные налоги и пошлины, мыто, мостовщину, перевоз.

Во второй половине XVII века происходит в жизни и в сознании правительства сближение вотчин и поместий. Помещики постепенно расширяли свои права и пользование соединяли с распоряжением. Развивается идея наследственности поместий – отцовские участки переходили к сыновьям, если только последние были пригодны к службе, а позднее и к боковым родственникам. Допущена была мена поместий, одного на другое, а потом даже поместья на вотчину и обратно. Вдовы и дети мужского и женского пола удерживали за собою отцовские поместья, женщины справляли свои участки за женихами. Сдача за деньги постороннему лицу была в действительности продажей имения, хотя правительство и воздерживалось от признания открытой продажи поместий. В 1714 г. Петр I в законе о единонаследии слил вотчины и поместья под одним общим именем недвижимых имуществ. Хотя в 1731 г. закон и был отменен, но вместе с отменой повелевалось "впредь с сего нашего указа как поместья, так и вотчины именовать равно одно – недвижимое имение".

Петр I, положив конец поместной системе, в то же время установил целый ряд новых ограничений в праве частной собственности. Эти ограничения объясняются отчасти фискальными целями, отчасти соображениями, вытекающими из идеи полицейского государства. В 1705 г. все частные мельницы, пчельники и бортные ухажья объявлены были казенными оброчными статьями, а рыбные ловли признаны были принадлежностью казны. В 1719 г. выражено было положение, в силу которого право собственности на землю не распространяется на недра ее. Добывание металлов и минералов стало регалией казны, а вместе с тем разрешено было каждому отыскивать руду и строить заводы на чужой земле. Не только недра, но и произрастания земли не были признаны принадлежащими собственнику земли. С 1703 г. начинаются ограничения права собственности на леса. Рубить лес, особенно вблизи сплавных рек, строго воспрещалось, а за порубку некоторых пород (дуба) назначалась смертная казнь. Пользование частными лесами составляло достояние казны. Частные заводы, фабрики и мануфактуры также подвергались ограничениям, и запущение их влекло за собою отнятие у собственников в казну. К этому следует присоединить, что в силу указа 1714 г. о единонаследии прекращена была обращаемость имений, ограничено право распоряжения ими.

В период времени от Петра I до Екатерины II замечается колебание в отношении правительства к частной собственности, политика склоняется то в сторону ограничений, то в сторону свободы собственности. Только при Екатерине II под влиянием западных воззрений на "священную собственность" торжествует вполне идея частной собственности в той форме, в какой она существует и в настоящее время. Вслед за освобождением лиц от обязательной государственной службы начинается освобождение собственности от ограничений. В манифесте 1782 г. признано было право собственности не только на поверхность земли, но и на сокрытые в недрах ее минералы и металлы, устранены были запрещения в распоряжении лесами, в пользовании угодьями, рыбной ловлей, пчельниками, мельницами. Екатерина II ввела в своих указах и самый термин "собственник".

§ 22. Ограничения права собственности в силу закона

Литература: Анненков, Система русского гражданского права, т. I, стр. 342–395, т. II, стр. 326–377; Васьковский, Учебник гражданского права, вып. 2, 1896, стр. 84–87; Курдиновский, К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимости в России, 1899; Селифонтов, О праве собственности на землю из-под упраздненных трактов (Жур. гр. и уг. пр., 1873, кн. 4); Люстих, Кому принадлежит право собственности на земли, под общественными дорогами находящиеся (Жур. гр. и уг. пр., 1883, кн. 6); Гедримович, О судоходных и сплавных реках по русскому праву (Жур. гр. и уг. пр., 1878, кн. 3; 1879, кн. 3); Нефедьев, Очерки по водному праву. Право на реки общего пользования, 1899; Кассо, Русское поземельное право, 1906, стр. 76–89, 203–213; Гуляев, Право участия частного в практике гр. касс. деп. Пр. Сената, 1914; Исаченко, Иск о защите права участия (Вестн. гражд. пр., 1913, N 8); Ельяшевич, Право участия частного и

его защита (Вестн. гражд. пр., 1914, N 2); Попов, Право участия частного в новом законе о местном суде (Право, 1914, N 12–13); Он же, Право участия частного и новый закон о праве застройки (Вестн. гражд. пр., 1914, N 3).

I. Общие положения. При том обширном правомочии, которое дается собственнику, можно опасаться, что осуществление права, ничем не стесненное, способно отразиться весьма вредно на интересах прочих членов того же общества, на интересах самого общества.

Это обстоятельство и побуждает положительные законодательства установить ограничения права собственности. Подобные ограничения состоят или а) в обязанности собственника чего-либо не делать из того, что он мог бы по содержанию права собственности делать, или б) в обязанности что-либо терпеть со стороны других, чего он по содержанию права собственности мог бы не допускать, но никоим образом не в обязанности чего-либо делать, так как это не было бы уже ограничением содержания права собственности.

Ограничивая право собственности, закон имеет в виду облегчение сообщений, народное здравие, общественную безопасность и т.п. В этих видах допускается свободный проход и проезд по чужой земле, устанавливаются санитарные, строительные, пожарные меры, ограничивающие произвол пользования со стороны собственника. Подобные ограничения представляют большое разнообразие, смотря по времени и месту. Так, с точки зрения римского права собственность является значительно менее ограниченной, чем в современных законодательствах. Можно даже указать в виде общего правила, что ограничения права собственности прямо пропорциональны сложности общественных отношений и обратно пропорциональны силе индивидуализма. Из объектов недвижимости подчиняются большим ограничениям, чем движимости; у нас даже исключительно только в отношении недвижимостей установлены законные ограничения.

Существующие в русском законодательстве ограничения, которые носят название прав участия, представляют два вида: различаются право участия общего и право участия частного. Оно есть общее, когда участие в выгодах имущества устанавливается в пользу всех без изъятия; оно есть частное, когда участие устанавливается единственно и исключительно в пользу какого-либо постороннего лица (ст. 433). Как самая терминология, так и определения должны быть признаны неудачными заимствованиями из французского законодательства, где принято деление *servitudes d'utilité publique* и *servitudes d'utilité des particuliers* (франц. гражд. код., § 649).

Выражение "право участия" само по себе указывает на соучастие посторонних лиц в пользовании чужою вещью. Между тем это не соответствует ни существу понятия об ограничениях права собственности, ни совокупности тех отношений, которые закон охватывает под именем права участия. Ограничения права собственности имеют в виду только стеснение собственника из-за посторонних лиц в осуществлении его права, но не доставление посторонним лицам права на чужую вещь. Последней цели служат главным образом сервитуты, которые в нашем законодательстве известны под именем прав угодий в чужих имениях. Запрещение пристраивать кухню к стене чужого дома, сметать сор на чужой двор и т.п. закон называет правом участия, тогда как в этих случаях несомненно стеснение только собственника, но нет участия в пользовании вещью со стороны других лиц. Ограничения не составляют прав на чужую вещь, потому что право на чужую вещь есть уже выдел из права собственности, а ограничения составляют его предел. Сервитуты – это права третьих лиц, вследствие которых собственник стесняется в осуществлении своего права, законные ограничения – это стеснение собственника в осуществлении его права, вследствие которого обеспечиваются интересы третьих лиц. Если собственник уничтожает или существенно повреждает свою вещь, то вместе с тем отпадают ограничения его права собственности, тогда как пострадавшие при этом права на чужую вещь дают их субъектам право искать возмещения убытков со стороны собственника. [Материально-правовое различие прав участия частного и сервитутов влечет за собой процессуальные последствия. Иски о праве участия частного подсудны мировым судебным установлениям без ограничения цены иска, если только со времени его нарушения прошло не более года (уст. гражд. суд., ст. 29, п. 3 по зак. о преобр. местного суда 15 июля 1912 г.), а иски из сервитутных отношений были им до 1 января 1914 г. вообще неподсудны (уст. гражд. суд, ст. 31 в ред. 1864 г.; 13, 36, 83, 110); ныне они подсудны мировым установлениям до 1000 руб. в местностях, где введен

в действие в полном объеме закон о преобразовании местного суда (ср. уст. гражд. суд., ст. 29, п. 1 в ред. зак. 15 июля 1912 г. и 26 июля 1913 г. и ст. 321 в ред. зак. 15 июля 1912 г.)]

Сохраняя терминологию закона, мы должны сказать, что право участия общего есть 1) ограничение права собственности в интересе всех и каждого; право участия частного есть ограничение права собственности в интересе одного или некоторых определенных лиц. Ограничения права собственности того и другого вида не подлежат аналогическому толкованию, а потому никаких иных прав участия, кроме указанных в законе, быть не может [так же 7, 30; 70, 1196 и др. по поводу права участия общего; contra 13, 36 по поводу права участия частного, где установление договором права участия частного, не упомянутого в законе, представляется вполне возможным и законным: купчая крепость может содержать в себе и предоставление продавцу в пределах закона прав участия частного на продаваемое имущество]. 2) Различие между правом участия общего и частного выражается также в порядке их защиты. Право участия общего есть отношение публичного, а не частного характера, и потому оно охраняется административным, а не судебным порядком. Если, например, собственник участка земли, через который пролегает дорога, препятствует проезду, загородив ее, то проезжающий вправе обратиться к содействию ближайшей полицейской власти (т. II, общ. учр. губ., ст. 742), [но не в суд (ср. реш. о. с. 10, 23 и 86, 9 и др.)]. Напротив, на случай нарушения прав участия частного закон устанавливает судебный порядок защиты (уст. гражд. суд., ст. 202, 29 п. 3 по зак. 15 июля 1912 г. о преобр. местного суда). 3) Дальнейшее различие между правом участия общего и частного заключается в том, что первое, как установленное в интересе всех сограждан, не может быть прекращено или изменено иначе как указанным в законе образом, например изменение направления дороги (86, 9; 85, 90). Право же участия частного, установленное в интересе определенных лиц, может по соглашению этих последних с собственником быть изменено или совершенно прекращено. Для прекращения права участия между лицами согласившимися договор достаточен, но, чтобы устранение законного ограничения получило вещный характер и было обязательно для всех последующих сторонников-преемников, необходимо облечение соглашения в крепостную форму (ст. 446).

Старшему нотариусу поручено вносить в реестр крепостных дел отметки об ограничениях права собственности на недвижимость, состоящих в уступке собственником в пользу постороннего лица или же в пользу другого недвижимого имущества права частного участия (нот. пол., ст. 159). Закон выражается совершенно неправильно. Если собственник дома в силу закона лишен права выводить окна на меже, то соглашение с соседом может повести к устранению этого ограничения, а не к установлению его. Несобственник дома уступает право участия соседу, а последний отказывается от принадлежащего ему по закону участия. Вследствие неточности выражения приведенной статьи и смешения со стороны самого закона права частного участия с сервитутом практика наша высказывает положение, будто право участия частного устанавливается или законом, или договорным соглашением, или силою судебного решения (10, 9; 00, 57; 76, 152 и 503 и др.), между тем как указанные в законе виды рассматриваемого отношения установлены законом и не нуждаются для своего возникновения в договоре или судебном решении, а иные виды ограничения права собственности, кроме указанных в законе, не могут возникнуть помимо закона (contra 13, 36).

II. Право участия общего. Эта форма ограничения права собственности преследует интересы сообщения [а также некоторые иные цели].

1. Закон стесняет собственника земли, через которую проходит дорога, в том отношении, что эта полоса земли, отведенная под дорогу, не может быть обращена ни на какое иное употребление, препятствующее сообщению. В законе указываются пять классов дорог сообщений: дороги главных больших, губернских почтовых, уездных почтовых, наконец, сельских и полевых (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 10) [закон имеет здесь, следовательно, в виду только сухопутные грунтовые дороги; водные пути сообщения и железные дороги нормируются особыми постановлениями]. Право участия общего распространяется не только на дороги последнего класса, как бесспорно состоявшие всегда в частной собственности, но и на прочие дороги, относительно которых в прежнее время существовал спор. В то время как одни на основании текста ст. 434 признавали, что земля под всеми вообще дорогами составляет частную собственность, другие на основании текста той же статьи и ее исторических источников

настаивали на том, что эта земля под большими дорогами составляет государственное достояние. В настоящее время этот спор разрешен законом 2 июня 1899 г., по-видимому, в пользу первого взгляда. "Земля под дорогами общего пользования, остающаяся свободною вследствие ее упразднения или сужения, поступает безвозмездно в распоряжение владельцев земель, через которые пролегла во время ее упразднения или сужения, если учреждение, в ведении коего она находилась, не имеет доказательств, что та земля приобретена была под дорогами установленным порядком из частной собственности" (ст. 4351). Только в последнем случае освобожденная земля поступает или в состав государственных земельных имуществ, или в распоряжение того учреждения, которое заведовало дорогами (ст. 4355). Смысл этого закона, носящего явные следы канцелярского происхождения, очевидно, тот, что земля под большими дорогами предполагается частною собственностью, пока не имеется ясных доказательств противного (ср. 10, 27; 85, 86; 82, 90 и др.).

[Хотя ст. 434 говорит об общем пользовании только большими дорогами, тем не менее надо признать согласно ст. 523 уст. пут. сообщ., что это пользование распространяется на все те дороги, которые "учреждены в государстве", т.е. нанесены на план при межевании (84, 76, о. с. 02, 17). Таковыми являются, кроме больших, проселочные дороги или по терминологии ст. 449 зак. гражд. – малые. Закон нормирует ширину тех и других дорог: для больших установлена ширина в 30 сажен, для малых – 3 сажени (уст. пут. сообщ., ст. 524), если же последние составляют часть транспортных или коммерческих дорог, то они могут быть расширены до 10 сажен (уст. пут. сообщ., ст. 528).] Ограничение права собственности состоит в том, что собственник земли принужден допустить свободный проход и проезд по дороге, а соответственно тому запрещается дороги перекапывать, загораживать, переплывать или иначе повреждать и стеснять (уст. пут. сообщ., ст. 889). [Мало того, собственник земли, находящейся под дорогами, обязывается к содержанию последней в надлежащем виде, к устройству в случае необходимости мостов и гатей (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 802 и 805), что, конечно, составляет уже повинность, а не ограничение права собственности. Притом собственник дороги не может устанавливать и взимать какие бы то ни было сборы (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 740), исключая только тот случай, когда собственник устраивает перевоз, но и то не иначе как по таксе, утвержденной министром внутренних дел (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 843). Если собственнику предстанет надобность лежащие в его дачах малые или проселочные дороги занять строением, распахать в пашню или затопить запрудами, то это дозволяется с обязанностью сделать вместо старой дороги новую не в дальнем от прежней расстоянии и через свои же, а не посторонние дачи, и притом так, чтобы начало и конец приходились на ту же прежнюю дорогу (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 891 и 892). Большие дороги вообще запрещается переводить с одного места на другое (уст. пут. сообщ., ст. 890).

Объектом права участия общего являются только публичные, т.е. нанесенные на план, дороги (реш. общ. собр., 02, 17; 77, 25; 75, 567). Проселочные дороги, не включенные в их число, могут составить объект права участия частного, если есть налицо законные условия (ст. 448–451; см. далее).

2. Рядом с сухопутными стоят водные сообщения под которыми (ст. 434 св. зак. гражд.) разумют только внутренние водные пути – реки, каналы, озера (12, 30); морские воды, как вообще изъяты из сферы частного господства, отсюда исключаются. По русскому законодательству из объема правомочий, предоставляемых прибрежным собственникам, можно вывести, что все вообще реки составляют предмет частной собственности. Хотя ст. 406 и причисляет судоходные реки к имуществам государственным, но частноправовой характер их обнаруживается из следующего. Дно реки, все равно судоходной или нет, составляет предмет права частной собственности прибрежных собственников (ст. 428 и 429). Если прибрежному собственнику предоставлено исключительное право рыбной ловли в реке (т. XII, ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 490), опять-таки все равно судоходной или нет, то это не в силу особого берегового права, а в силу принадлежащего ему права собственности.

а. По всем судоходным и сплавным рекам установлено свободное передвижение в интересе всех без изъятия (ст. 434). Водный путь почитается открытым для общего пользования независимо от правительственного распоряжения, если он в естественном своем состоянии, без особых

искусственных приспособлений пригоден для производства по оному судоходству, сплава или гонки леса и дров (т. XII, ч. 1, прод. 1912 г., ст. 359, прим. 3, уст. пут. сообщ.). Правда, в законодательстве нашем указывается и другой отличительный признак: ст. 87 т. XII, ч. 1 перечисляет поименно судоходные и сплавные реки. Очевидно, указанные признаки не совпадают: река может быть судоходной и сплавной, но не попасть в список. Возникает невольно вопрос, которому из этих признаков должно быть отдано преимущество: следует ли признавать реками, состоящими в общем пользовании, те, которые являются судоходными и сплавными по естественным своим свойствам, или же те, которые поименованы в законе. Смысл первого постановления достаточно категоричен, чтобы могло существовать сомнение в его юридическом превосходстве (06, 93; 96, 43). [Статья 87 т. XII, ч. 1 уст. пут. сообщ. по прод. 1906 г. отменена, а потому вопрос о преимущественном значении легального или естественного признаков при отнесении реки к судоходным и сплавным должно считать разрешенным самим законодателем в пользу второго, естественного признака.] Ограничения права собственности установлены в настоящем случае исключительно в интересах водного сообщения. Как собственники рек, так и собственники земель, прилегающих к общественным рекам, не должны оказывать препятствия лесной и судовой промышленности.

б. Прибрежные собственники обязаны допускать свободное плавание на судах, а также не должны строить на судоходных реках мельниц, плотин, заколов и других перегородок, от которых реки засоряются и к судовому ходу делаются неудобными (ст. 438, п. 1; ср. ст. 674). Собственникам запрещается строить через малые несудоходные речки мосты на козлах, жердях и на слабых сваях, но дозволяется строить постоянные мосты, которые бы сплаву бревен и дров не препятствовали, или содержать разводные мосты или перевозы (ст. 440).

с. В интересах промышленности ограничивается, далее, право собственности на полосу прибрежной земли, известную под именем бечевника. По берегам рек и других водных сообщений определяется известное пространство земли для бечевой тяги судов и плотов и для прочих надобностей судоходства (ст. 437). Эта полоса занимает 10 сажен от гребня (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 359). [Министру путей сообщения предоставлено право уменьшать пространство бечевника до двух сажен (уст. пут. сообщ., ст. 3601).] Для облегчения тех городов, селений и жилых мест, где открытие 10-саженного бечевника требовало бы сноса значительных строений, дозволяется вместо бечевников оставлять там для надобностей судоходства по берегам рек одни только набережные, но зато отводить для причала судов, выгрузки и разгрузки товаров особые места под наименованием пристаней (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 377 и 378).

Бечевники разделяются на естественные и искусственные. Первые идут вдоль вод, образованных природою, последние же нарезают вдоль искусственных каналов и при существовании шлюзной системы на природных водах выше и ниже плотин (уст. пут. сообщ., ст. 361). Различие между естественными и искусственными бечевниками довольно существенно. Первые существуют "словом закона", вторые существуют только там, где они отведены, и притом за вознаграждение от казны.

Закон предоставляет в общее пользование и морские берега (ст. 406), не определяя точнее, на каком пространстве. Очевидно, собственник участка, прилегающего к морю, может быть стеснен в пользовании только тою полосою, которая вызывается необходимостью судоходства и рыболовства. Здесь мы имеем бечевник, хотя закон и не называет его так. Размер же этой полосы неодинаков: для Северного океана и Белого моря она не превышает 10 сажен (т. XII, ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 515), для Каспийского моря она достигает полверсты (в восточной части) и даже одной версты (в других частях) (т. XII, ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 746). Пространство это определяется от последних заплесков при самой высокой воде. Собственники земель, прилегающих к озерам, которые состоят в общем пользовании, обязаны оставить по берегам во все пространство их владения место по 10 сажен для пристанища рыбных ловцов и для обсушки снастей (т. XII, ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 488).

Соответственно цели бечевника собственнику не дозволяется застраивать его (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 363), а судопромышленники могут устраивать на бечевнике временные балаганы, а также для охранения кладки избы, лишь бы эти строения не заграждали пути (т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 358). Пользование бечевником со стороны проезжающих не дает права

собственнику устанавливать и взимать какие-либо сборы (ст. 438, п. 3, т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 365, 386 и 387). Совершенно правильно в последнее время взглянул Сенат на сущность бечевника, признав в нем ограничение права собственника, а не изъятие вещи из оборота (00, 14). Следовательно, бечевник может быть предметом сделок, насколько они не противоречат цели ограничения (10, 27).

d. В интересе поддержания судоходства в затруднительное время года, во время мелководья, для собственников мельниц на реках, поименованных в законе (по прод. 1912 г., уст. пут. сообщ., ст. 363, прим. 5), обязателен спуск воды, чем останавливается, конечно, действие этих мельниц: собственники мельниц на этих реках обязаны по требованию начальства путей местного сообщения спускать воду (ст. 439).

III. Право участия частного. Право участия частного устанавливает ограничение права собственности в интересе определенных лиц, именно соседей. Поэтому право участия частного могло бы быть названо с большим успехом правом соседства [(13, 36; 10, 9; 02, 126)]. Оно в противоположность сервитутам не дает соседям никаких самостоятельных прав на чужой земле, а только стесняет собственника участка в осуществлении своего права. Неограниченное пользование своим правом со стороны каждого из смежных собственников могло бы повлечь фактическое стеснение каждого из них, например, если бы можно было спускать воду на чужой двор, сметать сор и т.п. В устранение фактических стеснений закон устанавливает юридические ограничения. Эти ограничения вызываются условиями соседства в городе или вне города.

1. Право соседства в городе устанавливает следующие стеснения права собственности в интересе соседей: а) собственник дома не вправе пристраивать кухни и печи к стене чужого дома (а следовательно, и кузницы), б) лить воду (а следовательно, спускать талый снег или нечистоты) и сметать сор на дом или двор соседа (а следовательно, и устраивать в стене трубы для отвода дыма), с) делать скат крыши на двор соседа, но должен обращать его на свою сторону, d) выводить окна и двери на соседний двор (ст. 445). По мнению Сената, все эти ограничения имеют равное применение как в городах, так и в селениях (о. с., 93, 20). Но этому противоречат источники, на которых основаны приведенные статьи, а также указание в прим. к ст. 445, что особые ограничения о постройках сельских обывателей указаны в особом приложении к законам о состояниях.

Относительно последнего ограничения следует заметить, что лицо, строящее дом или брандмауэр на самой меже своего двора, не должно делать окон на двор или на крышу соседа без его согласия; если же лицо строит не на самой меже, а с отступлением от нее внутрь своего двора, хотя бы на пол-аршина, оно уже может выводить окна по направлению к соседнему двору (ст. 446 и 447). Но, конечно, оно может ожидать, что сосед, осуществляя свое право, возведет на самой меже брандмауэр, дом или иное строение, которыми совершенно преградит доступ света к окнам соседа. Цель последнего ограничения состоит в ограждении собственника одного участка от нескромных взоров соседей, от возможности выбрасывать через окно нечистоты на чужой двор, от легкого доступа на чужой двор, благоприятствующего краже. Согласно цели закона сосед должен быть признан ограниченным не только в праве выводить окна на чужой двор, но и строить балконы, крытые галереи и всякие иные сооружения, дающие возможность иметь вид и доступ во двор соседа (*contra* 87, 107). И напротив, устройство глухих окон из толстого стекла, дающих лишь пользование светом (*res omnium communis*), вполне допустимо (05, 38).

2. Право сельского соседства препятствует: а) собственнику земель, расположенных ниже по реке, поднимать запрудами речную воду и вследствие того потоплять луга, пашни и останавливать действие мельницы собственника вышележащих земель (ст. 442, п. 1). Сенат дает распространительное толкование этому пользованию и считает недозволенным в силу указанной статьи потопление пастбищ, прогонов для скота, вверху реки лежащих (72, 484). Но это ограничение не распространяется настолько далеко, чтобы стеснять право собственника нижнего участка в пользовании прудом, если собственник верхнего участка только предполагает строить мельницу и встречает препятствие в существующей высоте воды (74, 94). Вообще, в соотношении между верхним и нижним владельцами основной принцип – сохранение *status quo*. Оба владельца не должны причинять друг другу убытков своими действиями по поднятию уровня воды в реке и во избежание их обязаны не выходить из пределов такого фактического положения, в котором они

оба находились до спорного момента (09, 76; ср. 13, 80). Поэтому если нижний владелец успел поставить мельницу на реке, то верхний владелец не должен своими сооружениями препятствовать действию мельницы нижнего соседа, насколько то зависит от естественных сил воды. Наоборот, если верхний владелец построил уже мельницу, то нижний владелец не должен чрезмерным поднятием уровня воды или спуском ее останавливать действие мельницы верхнего соседа.

б) В случае невозможности собственнику имения, окруженного чужими участками, пройти или проехать иначе как через чужую землю он может требовать предоставления ему права проезда или прохода через посторонние дачи (ст. 448 и 450). Такая безвыходность может наступить вследствие, например, образовавшегося от весенних вод оврага, который прервал сообщение. Такое требование основывается на законе, а не на соглашении с собственником участка, через который предполагается проложить путь, поэтому согласие его не имеет значения в настоящем случае (81, 173). Требование дороги основывается на невозможности сообщения, а не на неудобстве, поэтому собственник не обязан допускать прохода или проезда соседа в интересах большей близости или большего удобства новой дороги (02, 7). Требование дороги основывается на безвыходности, которая обнаружилась по обстоятельствам, не зависевшим от воли истца, поэтому если эта безвыходность наступила по его собственной вине, например, вследствие раздела между несколькими лицами, вследствие особенных застроек, то нет никакого основания устанавливать ограничение. [Право прохода и проезда представляется через владения того соседа, которому оно угрожает наименьшими стеснениями (12, 20).] В виде частного правила закон постановляет, что если через изменение течения больших и малых рек, служащих границей владения, которая либо сторона лишится вовсе водопоя, то назначать к тем рекам дороги (ст. 451). [Но в законе не содержится указаний, в каком порядке должно происходить назначение новой дороги.] По всей вероятности, это производится органами администрации по уведомлении о том со стороны лиц заинтересованных. Право прохода и проезда через соседние земли на замкнутые участки следует признать не только за собственниками последних, но также и за арендаторами их.

с) Собственник прибрежного участка не вправе примыкать плотины к противоположному берегу, который принадлежит другому лицу (ст. 442, п. 2). Строго говоря, здесь и нет ограничения права собственности, потому что, устраивая плотину на чужом берегу, собственник выходит уже за пределы своего права.

III. В предупреждение опасности, соединенной с железнодорожной эксплуатацией, установлены законом ограничения для железнодорожных соседей. Собственники земель, расположенных вдоль линии железных дорог, подвергаются многочисленным стеснениям: 1) строения, смотря по материалу, могут быть возводимы ими только на определенном расстоянии от границы отчужденной под железную дорогу земли; 2) разработка открытых копей, песка, глины, торфа, камня и других предметов, а также рытье ям и углублений дозволяется на расстоянии от пограничной черты отчужденной под дорогу земли не меньше 10 сажен; 3) рассадка деревьев и кустов в тех местах, когда от этого может быть загражден вид дороги или могут увеличиться снежные заносы, воспрещается на расстояниях ближе указанных в законе; 4) на ручьях и протоках, из которых снабжаются водою станции железных дорог, воспрещается выше станций задерживать или отводить течение таковых ручьев и протоков ко вреду железной дороги (т. XII, ч. 1, уст. жел. дор., ст. 153, прил.).

IV. Кроме права участия в русском законодательстве содержится важное ограничение права собственности в пользовании лесами. Так как леса имеют влияние на состояние вод и на климат [а также на другие очень разнообразные явления], то пользование лесами не предоставлено полному усмотрению собственника. Положением о сбережении лесов 1888 г. (т. VIII, ч. 1, уст. лесн., ст. 710 сл.) все леса в тех местностях, на которые распространено действие нового закона, разделяются на два класса – защитные и незащитные. Свойство защитных приобретает по признании его в установленном порядке. В защитных лесах могут быть воспрещаемы: а) сплошные вырубki растущего леса с разрешением производить постепенную вырубку деревьев под условием последовательного возобновления насаждений естественным путем; б) корчевание пней и корней, если состояние почвы угрожает обмывами, обвалами или образованием летучих песков или же если пни и корни необходимы для естественного возобновления леса; в) пастьба скота, сбор

лесной подстилки и другие подобные пользования, когда они могут повести к истреблению или расстройству лесонасаждения (уст. лесн., ст. 796). В лесах, не признанных защитными, расчистка хотя и допускается, но под различными, более или менее стеснительными условиями.

V. Отдельными законоположениями создан еще ряд специальных ограничений права собственности. 1) Таковы ограничения в праве охоты, установленные законом 3 февраля 1892 г. в целях борьбы с истреблением дичи (уст. сельхоз., ст. 321–342). Охота допускается лишь на определенные виды птиц и зверей и в указанное законом время. Ограничения не распространяются на охоту в огороженных парках и зверинцах, не сообщающихся с соседними угодьями, и на истребление хищных зверей и птиц. 2) Право рыбной ловли ограничено правилами о времени и способах ловли в отдельных реках и предписаниями о величине неводов (уст. сельхоз., гл. 2, разд. 2). 3) Право возведения строений в городах и селениях также подвергается известным ограничениям в видах предупреждения пожаров и ограждения безопасности прочих жителей. Ограничения эти касаются рода строений (запрещение строить в известной местности деревянные дома, требование сооружения бань и кузниц в селениях вблизи водяных урочищ), внешнего и внутреннего их устройства и т.д. (уст. строит., ст. 186 сл.). В целях контроля за соблюдением этих постановлений закон предписывает возводить строения по плану, предварительно утвержденному городской или земской управой (уст. строит., ст. 206, 213). Существуют и другие, более мелкие ограничения права собственности: например, ограничения в праве разработки недр земли (уст. гор., изд. 1912 г., 245 и др.), ст. 465 и 55 о поисках нефтеносных источников на казенных землях, ограничения в производстве движимостей, продуктов промышленности и пр. [Ср. реш. 13, 28 о праве разработки рудников в казенных землях как о праве участия.]

§ 23. Способы приобретения права собственности

Литература: Энгельман, О приобретении права собственности на землю по русскому праву, 1859, стр. 130–160; Победоносцев, Курс гражданского права, т. I; Мейер, Русское гражданское право, стр. 278–318; Дювернуа, Чтения по гражданскому праву, т. II, стр. 81–150; Васьяковский, Учебник гражданского права, в. 2, стр. 105–159; Анненков, Система русского гражданского права, т. II, стр. 124–258; Тыжнов, О приращении по русскому праву сравнительно с французским и русским законодательствами (Уч. Зап. Каз. Унив., 1858); Юзефович, О праве приращения к недвижимостям, 1875; Муллов, Клад и находка (Жур. М. Ю., 1863, N 1); Суворов, О находке по русским законам (Жур. гр. и уг. пр., 1875, N 2); Бутовский, Давность владения, 1911; Энгельман, О давности по русскому гражданскому праву, 3-е изд., 1900; Куницын, Приобретение права собственности по давности владения (Жур. М. Ю., 1864, N 10, 11, 12); Боровиковский, Отчет судьи, т. II, 1892, стр. 3–206; Загоровский, О приобретении права собственности на движимые имущества посредством передачи (Юрид. вестн., 1890, т. V); Пахман, К вопросу о применении давности к церковным землям (Жур. С.-Пет. Юрид. Общ., 1894, март); Васьяковский, Давность и церковные земли (Жур. М. Ю., 1895, май); Павлов, Русское Обозрение (1894, декабрь); Карабегов, Давность по церковным землям, 1894; Каминка, К вопросу о применении давности к церковным землям (Жур. С.-Пет. Юр. Общ., 1895, июнь); Г., Подлежат ли церковные имущества действию давности (Жур. С.-Пет. Юр. Общ., 1894, октябрь); Товстолес, Находка и место ее в системе русского законодательства (Ж. М. Ю., 1901, N 9); Трепицин, Переход права собственности на движимые имущества посредством передачи и соглашения, 1903; Гейне, О приобретении плодов добросовестным владельцем по X т. 1 ч. (Вестн. Пр., 1900, N 8); Лаврентьев, Спецификация (Вестн. Пр., 1902, N 9–10); Попов, Роль ввода во владение в нашем законодательстве (Ж. М. Ю., 1902, N 4); Завадский, О спецификации по русскому праву (Ж. М. Ю., 1912, N 12); Духан, Учение о спецификации в практике Прав. Сен. (Право, 1913, N 8); Товстолес, Давность и закон 1 мая 1905 г. (Ж. М. Ю., 1913, N 8); Мартынов, Новый закон о давности владения (Ж. М. Ю., 1913, N 4); Кассо, Русское поземельное право, 102–142.

I. Классификация способов. Права на имущества, говорит закон, приобретаются не иначе как способами, в законах определенными (ст. 699), следовательно, и право собственности на вещи может быть приобретено только указанными в законе способами. Способом приобретения

собственности называется такой юридический факт, с которым по взгляду объективного права соединяется установление права собственности в лице данного субъекта. Наше законодательство предлагает следующую систему способов приобретения права собственности: 1) способы дарственные и безвозмездные, а именно: пожалование, выдел, дар, завещание, 2) наследство, 3) способы обоюдные, каковы мена и купля, 4) договоры и обязательства. Такая классификация совершенно несостоятельна. Договор вообще не способ приобретения собственности, а только основание, и притом, определяя особое место для договоров, закон упускает из виду, что тот же договорный характер присущ дару, пожалованию, мене и купле. С другой стороны, принятая в нашем законе классификация страдает неполнотой, – так, в ней не указана давность владения как способ приобретения права собственности, признанный русским законодательством.

В теории общепринято деление способов приобретения собственности на первоначальные и производные. Способ будет первоначальным, если право собственности в лице данного субъекта устанавливается самостоятельно, независимо от другого лица, т.е. на объекты, которые еще не составляли чьей-либо собственности, или же на объекты, которые хотя и составляли собственность другого лица, но подчиняются господству нового приобретателя независимо от прав предшествовавшего собственника. Способ будет производным, когда право собственности в лице данного субъекта устанавливается на основании права прежнего собственника.

Указанное деление имеет то юридическое значение, что при производном способе приобретения объем права обуславливается правом прежнего собственника, чего нет при первоначальном способе, а дальнейшее следствие – производный способ вызывает необходимость проверки прав всех прежних собственников, что представляется излишним при первоначальном способе. К первоначальным способам приобретения собственности относятся: завладение, давность владения, отделение плодов, приращение, переработка, находка, соединение; к производным – передача. Ко второму разряду относится также наследование, но оно подлежит особому рассмотрению ввиду сложности вызываемых им отношений.

Различие между производными и первоначальными способами не чуждо нашему законодательству, которое, видимо, руководствуется этой идеею, когда противопоставляет положение: "кто был первым приобретателем" – положению: "кому власть сия от первого приобретателя дошла" (ст. 420).

II. Передача. Под именем передачи понимается предоставление одним лицом другому владения вещью с намерением перенести право собственности. Таким образом, передача есть тот юридический факт, с которым соединяется приобретение права собственности, а основанием ему служит какой-нибудь договор, купля-продажа, дарение. Сделка создает обязательственное отношение, которое влечет за собою, хотя и не необходимо, вещное отношение вследствие передачи. Силою сделки создается обязанность передать, силою передачи переносится право собственности. За необходимость передачи как физического акта говорят различные соображения теоретического и практического свойства. Так как право собственности принадлежит к абсолютным правам и создает общую для всех обязанность уважать это право, то необходимо, чтобы установление связи между вещью и данным субъектом было видимо для всех, а не основывалось на одном негласном соглашении двух лиц. Договору по существу его чуждо установление вещной связи – он создает лишь право требования и таким путем подготавливает вещное право. Договор проявляет свою силу в отношении договаривающихся, – для установления обязанности третьих лиц необходим еще другой акт.

Конечно, с требованием передачи соединены некоторые практические неудобства. Так, например, продавец сохраняет право на проданную вещь до передачи и потому может снова продать ее и тем лишить покупателя приобретенного права, предоставляя ему только право требовать вознаграждения. Однако едва ли не большее практическое затруднение может возникнуть при противоположном правиле. Если покупатель приобрел право собственности уже в силу договора, а вещь между тем осталась во владении продавца, то последнему ничто не мешает снова продать ее. Конечно, продажа будет недействительна, но от нее пострадает второй покупатель, который ничего не знал о первой сделке и которому приходится удовлетворяться требованием вознаграждения. А между тем легче было первому покупщику предупредить

подобное стечение прав приобретением владения, чем второму собирать сведения о принадлежности приобретаемой вещи.

Принцип признания права собственности в силу одного договора вносит некоторую неясность в обязательства. Возьмем договор купли-продажи. Непосредственной целью указанного обязательства является приобретение покупщиком права собственности. Если допустить, что эта цель достигается в момент установленного согласия, то какое, спрашивается, юридическое основание обязанности продавца передать впоследствии, а до того времени сохранять проданную вещь (франц. гражд. код., § 1603)? Очевидно, что такую обязанность нельзя вывести из договора купли-продажи.

Совсем уже нелогично устанавливать по примеру французского законодателя различные моменты перехода права собственности в отношении к отчуждателю и в отношении к третьим лицам и таким образом создавать категорию относительно-абсолютных прав. А между тем к этой непоследовательности привело последовательное проведение принципа, принятого составителями французского кодекса. Взгляд, по которому право собственности переходит в момент соглашения, а не передачи, приводит постепенно к противоречиям. В интересах тех же третьих лиц французский законодатель принужден был постановить, что если кто-либо обязался дать или передать движимую вещь последовательно двум лицам, то право собственности приобретает тот, кому предоставлено владение вещью, хотя бы право его и возникло позднее (франц. гражд. код., § 1141). Очевидно, что законодателю пришлось отступить от своего принципа в наиболее важном случае его применения. Кроме того, принцип французского законодательства стал в противоречие с другим, выставленным в нем принципом, – *en fait des meueles possession vaut titre*. С этим принципом не согласуется и право продавца не передавать вещь, проданную на наличные деньги, если покупатель не платит ее цены (франц. гражд. код., § 1612).

Приобретение права собственности посредством передачи было признано римским правом, а в настоящее время этого начала придерживается германское законодательство. По новому германскому уложению передача составляет необходимое условие перехода права собственности на движимость (§ 929, п. 1). Таково общее правило. Передача представляется излишнею в трех случаях: а) когда приобретатель уже владеет вещью (§ 929, п. 2 – *traditio brevi manu*); б) когда прежний собственник по соглашению продолжает держать вещь у себя (§ 930, *constitutum possessorium*); в) когда отчуждаемая вещь находится во владении третьего лица и состоялось соглашение, в силу которого собственник уступает приобретателю свое право на иск (§ 931). Напротив, французское право считает излишнею передачу и признает вполне достаточным одно соглашение, так что право собственности приобретается в силу и с момента заключения договора. Право собственности по исключению переходит не в момент соглашения, а позднее в следующих случаях: когда предмет сделки является вещь, определяемая родовыми признаками; когда предметом сделки является будущая вещь, например строящийся пароход; когда стороны внесут в договор особое условие о временном сохранении за отчуждателем права собственности. Следует заметить, что весь вопрос касается движимых вещей, потому что право собственности на недвижимость при ипотечной системе приобретается только записью в книге. В Англии, где нет ипотечной системы укрепления прав, право собственности на недвижимость переносится не иначе как с момента вручения купчей (*deed of grant*). В отношении движимых вещей нет единого принципа: при продаже переход права собственности происходит в момент соглашения, при дарении – в момент передачи (*delivery*).

Обращаясь к русскому законодательству, мы находим, что оно придерживается требования передачи, – право собственности приобретается передачей самого имущества или вводом во владение им (ст. 707, 1378, 1380, 1510, 1523, 991, 992). Отсюда мы видим, что наше законодательство не только соответствует германскому праву, но идет еще далее, требуя передачи даже для недвижимостей. Необходимость передачи особенно отчетливо выражена в наших конкурсных законах, где вопрос о моменте перехода права собственности особенно важен: вещи, проданные несостоятельному должнику, но еще не переданные ему, в конкурсную массу не поступают, и обратно – вещи, проданные несостоятельным должником, но еще не переданные, остаются в составе конкурсной массы (т. XI, ч. 2, уст. суд. торг., ст. 470, 475, 477, 488). Сенат по вопросу, кому принадлежат деньги, взысканные с должника по требованию взыскателя в судебное

место, взыскателю или должнику, признал, что при понудительном взыскании передача движимых вещей или денег от должника кредитору совершается или через судебного пристава немедленно, или через суд, если деньги внесены в депозит, и тогда только с момента вручения взыскателю талона к ассигновке можно считать согласно ст. 1510, что передача движимости должника его кредитору окончательно совершилась и деньги сделались его собственностью (09, 58). [В позднейших решениях Правительствующий Сенат признал, что при купле индивидуально определенного движимого имущества право собственности на движимость переходит к покупщику в самый момент совершения сделки, при купле же вещей, определенных лишь родом и видом, но не индивидуальностью, оно переходит лишь в момент передачи имущества (10, 13; 12, 7).]

Существует, однако, противоположный взгляд, утверждающий, будто приобретение права собственности на движимость по русскому законодательству не зависит от передачи. Основанием такому мнению является ст. 711, которая говорит, что движимости могут быть приобретаемы законными способами, без всяких письменных актов, по одним словесным договорам. Но при ближайшем рассмотрении приведенной статьи в содержании ее не находится подтверждения указанному взгляду. Статья эта говорит только, что сделки по движимости не должны быть непременно заключаемы письменно, но могут быть совершаемы в словесной форме. Это обнаруживается с особенною ясностью из сопоставления приведенной статьи со следующей, ст. 712, где указываются как исключения сделки, которые должны быть облечены в письменную форму. Более твердую опору рассматриваемый взгляд находит в ст. 1513, в силу которой если продавец взял с покупщика задаток или все деньги, а потом проданных вещей отдавать не будет, видя в цене возвышение, то к таковой отдаче принуждается судом. Видимый смысл этой статьи заключается в том, что покупатель по заключении договора покупки может взять купленную вещь как свою. Предоставляя покупщику вещное право с момента совершения сделки, закон, следовательно, устранил необходимость передачи. Однако не этою точкою зрения объясняется содержание приведенной статьи, а ошибочным взглядом нашего законодательства на природу обязательства вообще. Законодатель предполагает, будто стороны, принявшие на себя обязанности по договору, могут быть силою вынуждаемы к исполнению. Лучшим подтверждением является следующая статья, в силу которой и покупатель, если не будет принимать купленных вещей, принуждается к тому судом. Обе указанные статьи, 1513 и 1514, находятся во взаимной связи, друг друга дополняют, но не доказывают, чтобы законодатель для приобретения права собственности считал достаточным одно соглашение и устранял необходимость передачи.

Совершенно отдельно должны быть поставлены те условия, при которых по нашему закону приобретает право собственности комитент на купленные для него комиссионером товары. Закон постановляет (т. XI, ч. 2, уст. торг. по прод. 1912 г., ст. 542), что по договору комиссионера с третьим лицом стороною становится комиссионер, а не комитент, и в то же время находящиеся в распоряжении комиссионера товары, купленные за счет комитента, признаются собственностью последнего (ст. 5417). Как же сделался комитент собственником этих товаров? Это необъяснимо с точки зрения теории, требующей передачи для приобретения права собственности, потому что никакой передачи комитенту не было, а так как комиссионер действует от своего имени, а не как представитель, то в данном случае не имеет места приобретение владения через представителя. Но это также необъяснимо и с точки зрения теории, приурочивающей приобретение права собственности при купле-продаже к моменту соглашения, потому что между комитентом и третьим лицом никакого договора не было.

Точно так же и относительно недвижимостей отрицается значение ввода во владение как момента приобретения права собственности. Ввод во владение имел важное значение в прежнее время, вызывая в окружающих соседях представление о совершившемся переходе права собственности на смежное имение, тем более что самые сделки отчуждения оставались негласными. В настоящее время, со введением нотариальной системы, когда утверждение актов о вещных правах производится исключительно по месту нахождения недвижимости и, таким образом, переход права может быть каждому известен, обряд ввода во владение представляется бесполезным и обременительным. Бесполезным потому, что приобретение права собственности

стоит в зависимости от утверждения акта старшим нотариусом; обременительным потому, что при отчуждении нотариусы требуют предъявления вводных листов, тогда как многие собственники, особенно те, которые ведут свое право по наследству в течение нескольких поколений, не снабжены такими документами.

Признавая верность утверждения, что ввод во владение не должен бы иметь значения переходного момента со времени введения нотариального положения, нельзя, однако, отрицать, что по действующему законодательству ему именно придано такое значение. Сторонники противоположного взгляда, приурочивая переход права собственности к моменту утверждения акта старшим нотариусом или к отметке о том в реестре крепостных дел, основываются на общем смысле нескольких статей нотариального положения (ст. 66, 154 п. 3, ст. 157, 168, 169, 177 и особенно ст. 1781) и совершенно устраняют ст. 1432 устава гражданского судопроизводства. Во-первых, статьи нотариального положения, за исключением последней, не разрешают вопроса о моменте перехода права собственности так решительно, как ст. 1432 уст. гр. суд. Только ст. 1781 нот. пол., обязывающая старшего нотариуса немедленно, по внесении акта в реестр крепостных дел, уведомить земскую или городскую управу о переходе права собственности на недвижимость, действительно способна благоприятствовать оспариваемому взгляду, но не следует забывать, что она является позднейшей вставкою, не имеющею непосредственного отношения к рассматриваемому вопросу. Между тем ст. 1432 уст. гр. суд. постановляет, что отмеченный в реестре крепостных дел день ввода во владение недвижимостью считается началом действительной передачи и укрепления права на нее. Отсюда совершенно ясно следует, что ввод во владение есть форма передачи и что только с момента его выполнения укрепляется право собственности за приобретателем. Можно считать такое постановление закона нецелесообразным и несоответствующим духу и цели нотариальной системы, но отрицать его догматическую силу нельзя. [Статья 1432 уст. гр. суд. со введением в действие закона о преобразовании местного суда должна почитаться отмененною.]

Между тем наша кассационная практика в целом ряде решений признала, что переход права собственности совершается в момент утверждения сделки старшим нотариусом, а значение вводных листов совершенно уничтожила (93, 107) [вернее, признала обрядом оглашения общественною властью права на владение по акту укрепления (13, 65)]. При этом было высказано, что ст. 1432 уст. гр. суд., как принадлежащая к правилам охранительного судопроизводства, не может быть толкуема в смысле закона, устанавливающего материальное право. Но место нахождения статьи не обуславливает материального или процессуального его характера, который определяется ее содержанием. Сам Сенат придавал материальное значение статьям, помещенным в процессуальных законах, например, по вопросу об исполнении по закладным, и наоборот, статьям, помещенным в законах материального права, придавал процессуальное значение (например, ст. 703). Утверждают также, что ст. 1432 определяет только начало фактической передачи и укрепления права собственности в отношении посторонних лиц, а не в отношении отчуждателя (81, 121). Но таким положением практика переносит на нашу почву странное положение французского права, вводит то относительно-абсолютное право, которому нет никакой опоры в русском законодательстве и которое нежелательно вводить. Трудно понять, каким образом Сенат, стремящийся доказать, что по закону ввод во владение не имеет никакого значения [см. дополнение о вводе выше], в то же время признает за судами возможность отказывать во вводе лицам, не имеющим права приобретения имений, после того, как таковые соответствующими органами за ними укреплены (86, 65; 88, 30). По поводу иска со стороны лица, приобретшего дом с публичного торга, к лицу, чей дом продавался, о выселении из него Сенат высказал, что купивший с публичного торга недвижимость не вправе требовать выселения прежнего собственника, пока не получил установленной данной и не введен во владение (09, 78). [В решении 12, 130 Правительствующий Сенат высказал: а) что право собственности на имение, приобретенное с публичного торга, принадлежит приобретателю со дня торга; что с этого же дня принадлежит ему и право на доходы, страховые права по имению и право предъявлять иски в защиту права на имение; б) что судебным определением об укреплении имения за приобретателем только утверждается за ним право на имение, но начало права следует возводить ко времени публичной продажи имения и в) что приобретатель имения с публичного торга имеет на него

право собственности и до получения данной, но до этого времени право собственности является неполным, причем неполнота выражается только в отсутствии права распоряжаться имением путем совершения крепостного акта на передачу или на отчуждение имения другому лицу.]

1. Ввод во владение. Порядок ввода во владение состоит в следующем (т. XVI, уст. гр. суд., ст. 1424–1437, изд. 1892 г., ст. 709). Выпись из крепостной книги, выданная старшим нотариусом по утверждению представленного ему акта, предъявляется окружному суду, в округе которого находится недвижимость. Окружной суд выдает исполнительный лист, на основании которого судебный пристав производит ввод во владение. Для присутствия при вводе во владение имениями, находящимися в уезде, приглашаются все смежные владельцы того имения, местный сельский староста, свидетели, преимущественно из живущих в имении лиц, а также и арендаторы. Но так как неявка всех этих лиц не останавливает совершения ввода и так как весь этот обряд в представлении общества является ничего не значащею формальностью, то в действительности, кроме сельского старосты, редко кто присутствует при вводе. Ввод во владение совершается возвещением о новом владельце имения, прочтением акта укрепления и составлением затем вводного листа, – в действительности только последним актом. Совершение ввода отмечается на самом акте укрепления, о чем лицо, производившее ввод (судебный пристав, земский начальник), сообщает старшему нотариусу для отметки о том в реестре крепостных дел и оглашения через Сенатские Объявления. Отмеченный на этом основании в реестре крепостных дел день ввода во владение недвижимым имением считается началом действительной передачи и укрепления права на имущество (ст. 1432). [Закон 15 июня 1912 г. о преобразовании местного суда изменяет принятый порядок ввода во владение в том отношении, что 1) считает его правом, а не обязанностью приобретателя, 2) предписывает просьбу о вводе направлять к мировому судье, а не в окружной суд, 3) разрешает просить о составлении описи передаваемого имения и 4) отменяет все прочие требования, приведенные выше (14331–14334 уст. гр. с., по прод. 1912 г.).]

2. Передача движимых вещей совершается действительным вручением этих вещей или поступлением их в распоряжение приобретателя (ст. 993 и 1510). Отсюда обнаруживается, что передача может состоять или в физическом акте, переносящем владение самими вещами, или же в таком действии, которое без физической прикосновенности к вещам давало бы приобретающему лицу возможность господства над ними, например, при вручении складочного свидетельства, дубликата накладной. С другой стороны, предоставление владения с объективной стороны является излишним, если вещь уже находится в держании приобретателя и перемена субъективного момента превращает держание во владение, например, в случае, когда арендованная баржа покупается нанимателем. В таких случаях третьи лица освоились с тем, что продаваемая вещь находится уже в руках приобретателя, и потому для перехода собственности вручение представляется излишним.

III. Давность владения. В истории русского права, по мнению Энгельмана, только исковая давность выработалась в развитой юридической институт. Давность же владения, существовавшая в псковском праве, исчезла бесследно вместе с падением самостоятельности Пскова и торжеством Москвы.

Зачатки давностного владения, скорее похожие на *usucapio*, захват или даже приращение, возникшие в местном праве Московского государства, постепенно разрушались с начала XVII века, а в XVIII веке отменяемы были последние следы их. При издании закона о десятилетней давности (в конце XVIII века) имелась в виду лишь давность исковая, – о давности владения не было и помину. В законах 1775 и 1787 гг. даже не встречаются выражения "давность", "земская давность", а говорится только о десятилетнем сроке; в манифесте 1787 г. новое учреждение называется правом десятилетнего срока. Выражение "давность владения" встречается лишь в своде 1832 г., когда составлена была отдельная статья о ней, представляющая собой при этом довольно точное воспроизведение § 2229 французского кодекса. В современном русском законодательстве давность владения остается институтом малоразвитым сравнительно с положением его на Западе и лишенным некоторых существенных условий. Но все же это не дает основания говорить (Энгельман, Малышев), что русское законодательство не знает давности владения как способа приобретения права собственности.

По действующему законодательству (ст. 533) спокойное, бесспорное и непрерывное владение в виде собственности превращается в право собственности, когда оно продолжится в течение установленной законом давности, а именно 10 лет. Следовательно, давностью владения называется способ приобретения права собственности, основанный на бесспорном и непрерывном владении в продолжение десяти лет. Существенными условиями приобретения права собственности по давности являются: владение в виде собственности, бесспорность и непрерывность владения, срок.

1. Выражением "в виде собственности" закон, очевидно, хотел указать на необходимость юридического владения, а не просто только держания. Эта мысль законодательства обнаруживается в другом месте еще яснее: для силы давности надо владеть "на праве собственности", а не на ином основании. Как посему, говорит закон, одно пользование не составляет основания к праву собственности, то все те, которым даны казенные земли в пользование на известных условиях или для известного употребления, не могут приобрести в свою собственность по праву давности казенных земель, состоящих в их пользовании, как бы долго пользование ни продолжалось (ст. 560). Это не значит, чтобы казенные земли не могли быть приобретены по давности – в этом отношении они находятся в таком же положении, как и частные. Дело в том, что те, которым отдана казенная земля в пользование, относятся к ней как к чужой, без явного для всех намерения присвоить ее себе. Точно так же не может приобрести по давности арендатор, по крайней мере до истечения договорного срока, пожизненный владелец и другие лица, которые господствуют над вещью от имени другого, без намерения присвоения, как приемщик поклажи, залогодержатель, опекун, управляющий. [Для приобретения права собственности по давности надобно не только пользоваться землею, но владеть и распоряжаться ею; одно, например, пользование поверхностью земли, недра которой разрабатываются самим собственником ее, не может служить основанием для приобретения лицом, пользующимся лишь поверхностью, права собственности на последнюю по давности владений (12, 21).]

Если стать на точку зрения нашей практики и признать, что право собственности приобретается на основании одного соглашения, независимо от передачи, то мог бы возникнуть трудный вопрос, приобретает ли продавец, не передавший еще вещи новому собственнику и сохраняющий ее у себя в продолжение давностного срока, право собственности по давности владения? Но так как мы отвергли возможность приобретения права собственности по одному соглашению, то с нашей точки зрения вопрос этот не возбуждает сомнений, так как продавец до передачи не перестает быть собственником.

Однако все указанные лица, которые владеют вещью не от своего имени, не в виде собственности, могут приобрести право собственности, если только явно изменят свое отношение к собственнику. Помещик ввиду бедности крестьян ближайшей деревни предоставляет им несколько десятин своей земли в безвозмездное пользование. Крестьяне, пользующиеся землей на этом основании, никогда не приобретут права собственности. Но если они на требование наследника, не желающего продолжать доброе дело наследодателя, возвратит землю ответят отказом, ссылаясь, например, на волю помещика подарить им эти десятины, то по прошествии давностного срока с этого времени крестьяне могут сделаться собственниками. Сколько бы лет ни находилась заложенная вещь у кредитора, он никогда не приобретает на нее права собственности. Однако если он на требование собственника, уплатившего свой долг, возвратит вещь сослался на то, что заклад у него украден, между тем как вещь продолжала оставаться в его руках, то с этого времени он начинает владеть от своего имени и, следовательно, по прошествии земской давности, может сделаться собственником.

Точка зрения закона обнаруживается из одного случая, указываемого им по поводу наследования. Владение одного из соучастников общим именем по заключенной между ними добровольной записи или иной сделке, или по узаконенной доверенности, как зависящее от актов условных, не может быть превращаемо через давность в право единственной или исключительной сего владельца собственности. Но если соучастник, владевший именем, хотя бы то было и без надлежащего уполномочия, показывал оное пред присутственными местами собственностью, обще с другими ему принадлежащею, или выплачивал соучастникам ежегодно доходы, а впоследствии то же самое имя начал показывать исключительно своею собственностью, в

том случае давность считается для отсутствующих соучастников со дня, в который общее имение показано единственною собственностью владеющего или в который сделана последняя уплата доходов, смотря по тому, что было позднее (ст. 1242, п. 2 и 3).

Несомненно, что доказать характер владения должен тот, кто ссылается на давность. Так как владение для превращения его в собственность должно быть в виде собственности, то все те лица, которым преграждена законом возможность приобретения права собственности в известных местностях, не могут из владельцев превратиться в собственников. Однако если давностное владение началось до издания ограничительного закона, давностный же срок истек во время его действия, то владелец может превратиться в собственника (96, 123); то же самое должно быть признано по отношению к владению, начавшемуся и длившемуся при ограничительных законах, если иск заявлен по отмене таковых (13, 49).

2. Владение должно быть в течение всего давностного срока бесспорное, т.е. на него не должны быть предъявлены притязания посторонних лиц, – в данном случае собственника, а не каких-нибудь иных лиц. Но притязания собственника тогда только делают владение спорным, когда подано в суд исковое прошение (ст. 558 и 559). Следовательно, предъявление жалобы не в суд, а в другое место, например полицию, давности не прерывает (13, 38). Впрочем, если административному учреждению законом предоставлено разрешение спорных гражданских правоотношений, то жалоба, поданная в такое учреждение, будет отвечать ст. 558. Такой взгляд высказан нашею практикою по поводу крестьянских мировых установлений (03, 138). Исковое прошение только тогда делает владение спорным, а) если оно не было возвращено просителю по несоблюдению законных условий (уст. гражд. суд., ст. 266); б) если не было прекращено по нему производство (уст. гражд. суд., ст. 689 и 735); в) если не состоялось судебное решение, которым в иске собственника к владельцу отказано. Бесспорность владения нарушается только иском о праве собственности, предъявленным к владельцу, а всякие иные притязания, как, например, о признании залогового права, сервитута, права участия, способны только подтвердить юридическое владение ответчика. Неверно утверждение нашей практики, будто бесспорность нарушается не только иском собственника к владельцу, но и, наоборот, иском владельца к собственнику (82, 25). Такой иск может нарушить, и то при известных условиях, непрерывность владения, но не бесспорность.

Доказывать бесспорность как отрицательный факт не обязан ссылающийся на давность, опровергнуть ее, указать время и место предъявленных притязаний следует лицу, не признающему приобретения права собственности по давности.

3. От давностного владения требуется, чтобы оно было непрерывное, т.е. не прекращалось ни на один момент в течение всего срока, чтобы оно было без пробелов. Владение прерывается или а) тем, что владелец оставляет намерение присвоения, или б) тем, что он лишается возможности господства над вещью. Оставление владельцем намерения выражается в том, что он бросает вещь на произвол или придает своему господству иной характер, например, признает право собственника и начинает держать вещь с согласия последнего. Лишение возможности господствовать может произойти по воле других лиц, которые становятся на его место, все равно, будет ли то сам собственник или постороннее лицо. Такое нарушение владения, если оно устранено удовлетворенным со стороны мирового судьи иском о восстановлении нарушенного владения, не прерывает давностного владения (78, 113). Нарушение владения должно быть таким, чтобы подорвать представление о юридическом владении того лица, в чьей власти вещь находится. Юридические сделки, совершаемые собственником в отношении вещи, которая находится во владении другого, непрерывности не разрушают. Поэтому следует признать неправильным решение Сената, который признал, что залог собственником имения, находящегося во владении другого лица, ранее истечения десятилетнего срока прерывает владение, хотя владелец и не подозревал о произведенном акте распоряжения со стороны собственника (06, 42).

То же значение имеет и требование спокойности владения; по крайней мере все попытки дать этому признаку особый смысл оказались тщетными. Сопоставляя ст. 533 и 557, мы замечаем в последней отсутствие признака непрерывности, указанного в первой. Это может быть объяснено только равнозначностью этих двух признаков – непрерывности и спокойствия.

4. Владение, чтобы превратиться в право собственности, должно продолжаться в течение десяти лет. Однако нет никакой необходимости, чтобы то лицо, которое ссылается на давность, само лично провладело 10 лет: оно может присоединить к своему владению все то время, в течение которого владел тою же вещью тот, чьим правопреемником он является. Для этого должна быть связь между владением обоих лиц. Такая связь основывается прежде всего на общем преемстве; наследники по закону или по завещанию, вступая во все права наследодателя, продолжают и его владение, а потому пользуются тем временем, в течение которого он владел. Так, если владение, продолжавшееся 8 лет, прервалось смертью владельца, то наследникам его остается провладеть только 2 года, чтобы приобрести право собственности. То же самое следует сказать и о частном преемстве: продавая вещь, которая состояла во владении продавца, последний, очевидно, передал покупщику не право собственности, которого он не имел, а владение. Частный преемник продолжает осуществлять переданное право, а следовательно, пользуется и временем владения, которое прошло уже до перехода к нему вещи. Но такое сложение сроков недопустимо, когда между предшествующим и последующим владением нет преемственной связи, например, при покупке имения с публичного торга (91, 68) или, например, в случае насильственного вытеснения одним владельцем другого. [В решении 13, 87 Правительствующий Сенат разрешил в отрицательном смысле следующий вопрос: может ли быть признано за православным монастырем право собственности по давности владения на землю, находящуюся в его фактическом бесспорном владении, в том случае, если со времени получения указа Святейшего Синода об учреждении монастыря и до дня предъявления иска прошло менее 10 лет, а до того этой землей владели единоверческие монахи, общежитие которых не было установлено надлежащею властью и которые жили в бывшем старообрядческом скиту, обращенном в единоверческий, из которого и был затем образован упомянутый монастырь.]

Из сказанного обнаруживается, что приобретение права собственности по давности владения имеет самостоятельный характер. Право собственности устанавливается потому, что его приобрел владелец по давности, а не потому, что его утратил собственник. Отсюда следует, что собственник, оставивший владение, не теряет, однако, права собственности, несмотря на свое безучастие, продолжающееся свыше 10 лет, пока кто-нибудь не приобретет прав собственности десятилетним владением (10, 68). Например, собственник не принимал никаких мер к защите своего права в течение 9 лет с того времени, как землю его завладело другое лицо. Но это последнее само оставило владение землей, которую через год заняло новое лицо. Если новое владение продолжается лет шесть, то новый владелец не может отражать иска собственника заявлением, что собственник не владел землей 16 лет, так как ему нужно доказать только одно: что сам он провладел 10 лет. Отсюда можно видеть, как неверна точка зрения Сената, будто по силе давности право собственности приобретает посторонним лицом "вследствие упущения прежнего собственника, не осуществившего или не защищавшего свое право в течение 10 лет" (06, 38), будто "владение по давности превращается в собственность не тогда, когда владелец выполнит все условия, от него зависящие, но тогда лишь, когда документальный собственник в течение давностного срока не проявит своих самостоятельных распорядительных действий по имению и тем самым не выразит того безмолвного с его стороны отречения (!) от своей собственности, которое лежит в основании самого понятия об утрате права собственности по давности" (06, 42).

Развиваемому взгляду на самостоятельный характер приобретения права собственности по давностному владению не противоречит и то, что течение давности приостанавливается на все время несовершеннолетия собственника (ст. 694, прил. ст. 1, п. 1). Так, например, на десятый год владения умирает собственник, после которого наследником оказывается малолетний. В данном случае по истечении 10 лет владение не превратится в право собственности, но не потому, что собственник сохраняет право иска, а потому, что силою закона течение срока давности владения приостанавливается впредь до достижения собственником совершеннолетия. В противоположность такому удлинению давностного срока владения в другом случае закон допускает его сокращение, а именно в случае спора о животных право собственности на приплод приобретает владельцем самки по истечении годового владения (ст. 431).

5. Для приобретения права собственности по давности необходимо, чтобы вещь способна была сделаться объектом давностного приобретения. Так как объектом права собственности могут быть только вещи в смысле частей материального мира, то приобретение по давностному владению возможно только в отношении вещей, но не прав, вроде, например, права прохода или проезда. Из вещей возможность приобретения права собственности по давностному владению исключается относительно всех тех, которые находятся в общем пользовании, которые не состоят в частной собственности, а также внеоборотных, которые не могут состоять в частной собственности. Так, практикою признано, что городские бечевники и набережные ни в каком случае не могут быть приобретены частными лицами в собственность по давности владения (88, 43). Городские площади, улицы и переулки, состоя в общем пользовании, не могут быть предметом частной собственности и, следовательно, частное лицо или учреждение не может приобрести на эти пути сообщения права собственности и по давности (92, 25). Но это положение не распространяется на все вообще недвижимости, принадлежащие городу на праве частной собственности, например, на городские выгонные земли, которые, по мнению нашей практики, могут быть предметом давностного владения (02, 106). Вещи, принадлежащие государству на праве частной собственности, также могут быть предметом права собственности, приобретенного по давности владения.

Кроме того, в нашем законодательстве указываются вещи, на которые по закону сила давности не распространяется и, следовательно, владение ими, как бы долго ни продолжалось, никогда не превратится в право собственности:

а. Межи генерального межевания не могут быть уничтожены давностью владения (ст. 563). Смысл этого неясного постановления, кажется, тот, что силою давности не могут изменяться или перемещаться собственно межи генерального межевания. Статью не следует толковать в том смысле, будто генерально-обмежеванные дачи как в целом их составе, так и частях не подлежат действию давности (85, 81).

б. Имущества, обращенные в заповедные, не подлежат действию земской давности в случае неправильного ими или же частью их завладения (ст. 564). Исключение, установленное для заповедных имений, не может быть распространено по аналогии на имения, жалуемые в западных губерниях под именем майоратов, для которых закон не сделал изъятия от действия общей земской давности. Напротив, Васьковский и Анненков, исходя из тождественности оснований неотчуждаемости того и другого вида имений, признают майоратные имения также неспособными стать предметом завладения.

с. По закону 27 мая 1900 г. к числу вещей, изъятых от действия давности, отнесены дворцовые имения, именуемые государственными, которые ни в целом, ни в части не подлежат действию земской давности (ст. 5621).

д. Крупное изъятие из действия закона о давностном владении внес закон 29 мая 1911 г. о землеустройстве. Установленные вновь и возобновленные в порядке положения о землеустройстве границы не могут быть оспариваемы по давности владения. Завладение прилегающими к означенным границам землями со стороны соседнего владельца, по смежности с которым установлена или возобновлена такая граница, не может служить основанием к укреплению за ним права собственности на эти земли по давности. Равным образом собственник земли, подвергшейся такому завладению, не лишается права на ее отыскание за пропуском давностного срока (т. X, ч. 3, ст. 63). Если принять во внимание, что положение о землеустройстве распространяется не только на крестьянское, но и на иное частное землевладение (ст. 2), то значение рассматриваемого изъятия представится весьма значительным и чреватым последствиями с точки зрения той цели, какую имеет в виду институт давности, и той неопределенности отношений, которая со временем создастся вследствие устранения давности.

Наша практика одно время несколько расширяла круг предметов, изъятых от действия давности. В решении 93, 2 Сенат признал, что на основании буквального смысла ст. 446 т. IX Свода Законов и исторических источников ее действию давности не подлежат церковные земли. Ввиду, однако, сильного протеста, каким было встречено это решение в нашей литературе, и практических затруднений, созданных решением, Сенат вновь пересмотрел вопрос и отказался от своего взгляда (02, 2).

На основании тех же исторических соображений Сенат пришел (94, 54) к заключению, что юртовые и войсковые земли области Войска Донского, составляя собственность станичного общества, никогда не могут быть приобретаемы в собственность ни самими казаками, ни инородными приобретателями по давности владения. Однако и в этом случае Сенат вынужден был отступить от высказанного взгляда и признать, что казачьи земли могут быть приобретаемы в собственность по давностному владению (о. с., 07, 12).

Существует мнение (Анненков), что к числу вещей, не способных быть приобретенными в собственность по давностному владению, следует причислить полосу земли, отведенную под железную дорогу. Этот взгляд разделяется и Сенатом (04, 100). В подтверждение его правильности приводят следующие соображения. а) Железные дороги как вещи общего пользования изъяты из оборота. Это соображение совершенно несостоятельно. В противоположность дорогам, которые открыты всем и каждому, железные дороги закрыты для всех, кроме железнодорожного общества, которое перевозит по этому пути пассажиров и товары за плату как торговое предприятие. То обстоятельство, что железная дорога обязана принимать груз и людей к перевозке, несколько не изменяет дела, так как это только принцип принудительной эксплуатации, установленный и для других предприятий, например для товарных складов. б) Железные дороги как вещи нераздельные не допускают давностного завладения в какой-либо своей части. Если принять такое последствие нераздельности, то мы должны бы прийти к заключению о невозможности приобрести по давностному владению сажени места, принадлежащего фабрике, а с точки зрения Сената – даже дома в городе. Вывод явно несообразный.

Таковы условия, выставляемые нашим законодательством для приобретения права собственности по давности владения. Ему чужды требования добросовестности со стороны владельца и законного основания для владения, которые требуются западными законодательствами (герм. гражд. улож., § 937, п. 2; швейц. код., § 728). Поэтому, хотя на практике, по свидетельству Змирлова, к суду обращаются с просьбой о признании за ними права собственности по давности почти исключительно лица, которые приобрели имения по неформальным актам, все же с точки зрения нашего законодательства возможен такой факт, что насильственно отнятая земля может быть приобретена в собственность в силу одной только давности. Впрочем, такой результат возможен и по французскому законодательству, только не в силу обыкновенного (10–20 лет), а удлинённого (30 лет) срока.

Давностное владение есть первоначальный и самостоятельный способ приобретения владельцем права собственности независимо от прав собственника на вещь. Поэтому следует признать неправильным взгляд Сената, будто имение, приобретенное по давностному владению лицом, которое имело бы право приобрести его по законному наследованию, получает у приобретателя родовой характер (06, 38).

Порядок укрепления прав собственности на недвижимость, приобретенные давностью владения, выработан практикою самостоятельно, помимо закона, который обходит этот вопрос полным молчанием. Владельцы недвижимостей, приобретшие право собственности по давности владения, могут обращаться в окружные суды по месту нахождения недвижимости, в порядке охранительного судопроизводства, с ходатайствами о выдаче им свидетельства на владеемые имения. Удостоверившись в том, что проситель приобрел по давности право на состоящую в его владении недвижимость, окружной суд постановляет определение о выдаче просителю свидетельства на владеемое им имение и о размере крепостных пошлин, которые должны быть внесены просителем. На основании этого определения владелец по взносе крепостных пошлин получает крепостное свидетельство применительно к порядку, установленному для выдачи данных на недвижимость, продаваемые с публичного торга, и представляет его старшему нотариусу для отметки в реестре крепостных дел. После этого владелец может просить о вводе его во владение (72, 792). Чтобы обеспечить правильность укрепления и устранить чрезмерную легкость приобретения права на давностном основании, Сенат в 1901 г. предложил судебным местам следующие указания: а) для удостоверения тождественности имения, о котором дают показания свидетели и окольные люди, с имением, о котором производится дело, производить допрос этих лиц в месте нахождения имения; б) для установления точных границ имения

производить осмотры при помощи землемера с составлением плана; с) для обеспечения гласности и сохранения интереса третьих лиц допускать к осмотру и допросу всех заинтересованных лиц и принимать от них заявления (указ 01, 46).

IV. Овладение. Первоначальным способом приобретения собственности, благодаря обширности никем не занятых пространств, является овладение. Сначала оно происходит в пределах местности, занимаемой народом, потом переносится за границы государства и составляет у нас исторический способ расширения государственной территории на юг и восток. Овладению благоприятствовала неопределенность границ частных владений и государственной территории. Первое препятствие к применению овладения недвижимости оказали писцовые книги, составленные с конца XVI до конца XVII столетий, которые представили более или менее точное хозяйственное описание частных имений, пашней, лесов, лугов, выгонов, вод, угодий. Затем, в 1765 г., издан был манифест о генеральном межевании, а в 1850 г. решено было приступить к специальному межеванию. Установившаяся таким путем большая ясность поземельных отношений в сопоставлении с положением закона, что все имущества, не принадлежащие никому в особенности, принадлежат к составу имуществ государственных (ст. 406), преграждает возможность овладения как способа приобретения недвижимой собственности внутри территории русского государства.

В настоящее время овладение как способ приобретения права собственности возможно только относительно движимых вещей и то в довольно ограниченном объеме. Овладением или оккупацией признается такой способ приобретения права собственности, который состоит в установлении господства над бесхозяйною вещью, соединенном с намерением присвоения. Овладение предполагает два условия: а) существование бесхозяйных вещей, и б) установление фактического господства над вещью. Вещами, не имеющими собственника, или бесхозяйными вещами, следует признавать: а) вещи, никому не принадлежащие и не принадлежавшие, б) вещи, принадлежавшие кому-то, но покинутые им.

1. Вещи, никому не принадлежавшие, – это главным образом дикие животные и птицы. Под именем диких понимаются такие животные, которые принадлежат к породам, обыкновенно не подчиненным господству человека. Диким животным и птицам противопоставляются: а) домашние, т.е. по своей природе подчиненные господству человека, – собака, лошадь, корова, овца; б) плененные, т.е. дикие, подчиненные господству человека, благодаря искусственным приспособлениям, например, волк на цепи, орел в клетке; с) прирученные, т.е. дикие по природе, но подчиненные господству человека в отдельных случаях без особых приспособлений, например, медведь, леопард. Животные и птицы, подчиненные господству человека, составляют предмет права собственности какого-нибудь лица. Домашние животные, удалившиеся от стад или из дворов, должны быть возвращаемы законным их владельцам (ст. 539, прим. 1). Сюда же должны быть отнесены и рои пчел. Плененные животные составляют предмет частной собственности, пока им не удастся освободиться от удерживающих их приспособлений. Наконец, прирученные животные могут рассматриваться как объект права собственности, пока не потеряют свойства прирученности и не приобретут вновь свойства дикости. Что касается затем диких животных, то они должны быть рассматриваемы как вещи бесхозяйные именно потому, что они не могут иметь хозяина как не подчиняющиеся господству. Такова точка зрения иностранных законодательств (герм. гражд. улож., § 960; швейц. гражд. код., § 719). У нас многие хотели бы видеть прямо противоположное, т.е. признать, что дикие животные и птицы составляют объект права собственности того лица, на участке земли которого они в данный момент водятся (Анненков). Это положение следует будто бы из того, что по нашему закону (ст. 539, прим. 1 *in fine*) дикие животные, если сами собою, оставив гнезда и логовища свои в одном месте, перейдут в другое и будут в оном водиться, не подлежат возвращению к прежнему собственнику. Конечно, смысл закона не тот, что дикие животные, например медведь, не должны быть водворяемы на место жительства при помощи полиции, но и не тот, что пока они не ушли в другое место, то признаются принадлежащими собственнику участка, в пределах которого водятся. Не смешно ли говорить о праве собственности на скрывающуюся в густом лесу рысь или на парящего в воздухе орла? Поэтому другие, не отрицая бесхозяйности диких животных и птиц, утверждают, что право собственности на них путем овладения может приобрести только тот, кто имеет право охоты в

данном месте (Васьковский). Этот взгляд имеет больше оснований в нашем законодательстве. Право охоты принадлежит собственнику в пределах его имения и для охоты на чужой земле требуется письменное дозволение собственника (т. XII, ч. 2 уст. сельск. хоз., ст. 332 и 333). Однако и сам собственник получает право охотиться на своем участке не в силу своего права собственности на землю, а в силу особого административного разрешения в форме охотничьего свидетельства (ст. 323). Без такого разрешения собственнику земельного участка запрещена охота, но дозволено истребление хищных зверей и птиц, перечисленных в законе (ст. 340 и 341). За охоту без установленного свидетельства виновные подвергаются штрафу от 10 до 100 руб., а оказавшиеся при виновных орудия ловли отбираются (уст. о наказ., ст. 56), причем судебная практика не распространяет второе последствие на ружья, которыми стреляют птиц или зверей (94, 12). Какова же судьба добытого на охоте? Закон постановляет, что найденная у виновных дичь немедленно передается собственнику или арендатору охоты, а если неизвестно, где убита дичь, продается или уничтожается по распоряжению полиции (уст. сельск. хоз., ст. 353). Здесь остается открытым [вопрос]: что делать с дичью, убитой самим собственником земли? Какое основание права на убитую другим дичь со стороны того, кого закон неправильно называет арендатором, потому что снимают не участок для охоты, а охоту на участке?

К числу бесхозяйных вещей по нашему закону относятся следующие: а) рыба в море и озерах, не состоящих в частной собственности (ср. 486), тогда как рыбная ловля в водах запертых, как-то: в озерах и прудах, лежащих внутри частных имений, составляет право собственников последних (ст. 491), а рыбная ловля на реках судоходных и несудоходных принадлежит собственникам берегов, за исключением тех мест, где ловля рыбы предоставлена по особым постановлениям кому-либо другому (ст. 490); б) жемчуг в море и озерах, не состоящих в частной собственности (ст. 1053).

Вещи, покинутые или оставленные тем, кому они принадлежали, относятся также к бесхозяйным вещам. Оставление есть юридический акт, односторонняя сделка, в которой должна явно выразиться воля собственника прекратить владение. Вследствие этого и открывается возможность для всех овладеть этою вещью, причем приобретший владение первым тем самым отстраняет других. На существовании бесхозяйных вещей вследствие оставления их собственниками основывается немаловажный промысел тряпичников. Возможность приобретения права собственности путем овладения открывается и там, где государство предоставляет всем и каждому завладеть принадлежавшими ему вещами. Так, по закону плоды казенных лесов составляют собственность казны (т. VIII, ч. 1 уст. лесн., ст. 275). Но лесные плоды, как грибы, орехи, желуди, мох, ягоды и т.п., если пользование ими не отдано в оброк или не изъято из общего употребления особенным каким-либо запрещением, состоят в свободном пользовании желающих (ст. 277), т.е. каждому свободно предоставляется овладеть ими. Относительно метеоритов закон 1898 г. исключает свойство бесхозяйности признанием их государственною собственностью (т. X, ч. 1, ст. 4101 и 5392).

2. Помимо бесхозяйности объекта для овладения необходимо еще установление фактического господства над вещью или поступление вещи в действительное обладание частного лица (ст. 409 по аналогии). Установление господства над дикими животными или птицами выражается в умерщвлении, а также в причинении такой раны, которая лишает животное возможности избегнуть овладения со стороны охотника. При соучастии нескольких охотников вопрос разрешается не на основании того, кто первый выстрелил, хотя бы и попал в зверя, и не того, кто нанес животному смертельный удар, а на основании того, чей удар сделал животное способным к овладению. Но общая собственность, которую на случай, когда несколько охотников преследуют одного и того же животного, устанавливает Анненков, здесь ни при чем, если только охота не производилась совместными усилиями.

V. Открытие клада. К способам приобретения права собственности иностранные законодательства относят открытие клада. Французское (§ 716, п. 1) и германское (§ 984) право присуждают клад в половине открывшему его, а в половине – собственнику той вещи, в которой клад был скрыт. Швейцарский кодекс признает право собственности на клад за тем, кому принадлежит недвижимость или движимость, в которой скрывался клад, а открывшему дает право требовать справедливого вознаграждения не свыше половинной ценности (§ 723). Наше

законодательство также присваивает клад собственнику земли, но не дает открывшему права на какое-либо участие в ценности.

По определению нашего закона, клад есть сокровище в земле (ст. 430). В этом определении недостает некоторых признаков клада, а иные, приведенные, представляются слишком узкими сравнительно с другими указаниями закона. Во всяком случае открытие клада близко подходит к овладению, потому что в том и другом способе предполагается бесхозяйность вещи.

а. Клад должен быть прежде всего сокровищем, т.е. вещью, которая имеет довольно значительную ценность. Нахождение в кургане костяных стрел или каменных орудий при всем их научном интересе не может считаться открытием клада.

б. Закон считает кладом вещь, скрытую в земле (ср. уст. о наказ., ст. 178), но нет необходимости держаться буквального значения слов закона, тем более что в издании Свода Законов 1832 г. ст. 269 была отредактирована "в земле или строениях", а ст. 2126 уложения о наказаниях издания 1845 г. – "или иной чужой собственности". Требуется только, чтобы вещь была скрыта: зарыта в землю, поставлена в дупло дерева, заложена в стену здания, положена на дно реки или озера.

в. Сокровище предполагается скрытым в весьма отдаленное время, так что не сохранилось лиц, которые могли бы доказать принадлежность им вещей. Не только нет видимых указаний на принадлежность вещи какому-либо лицу, но, по всей видимости, собственника вещи вовсе нет. Квартирант во время пожара дома зарывает свои драгоценности в саду и потом не может найти места; если вещи при постройке нового здания на месте сгоревшего открываются собственником земли, они все-таки не будут ему принадлежать, потому что самый вид вещей, а также неизгладившееся воспоминание о пожаре и живших в доме лицах устраняют мысль о том, что у вещи нет собственника. Как только обнаруживается хозяин, клад превращается в находку (ср. 73, 1670).

г. Безразлично, будет ли клад открыт случайно или же намеренно, например, при искании кладов по преданию или же при археологических раскопках.

По взгляду нашего закона, клад принадлежит собственнику земли и без позволения его не только частными лицами, но и местным начальством отыскиваем быть не может (ст. 430). Такое решение вопроса основывается на положении, что собственник земли имеет право на все заключающееся в ее недрах (ст. 424). Но это основание оказывается совершенно непригодным в тех случаях, когда клад скрыт в движимой вещи. Таковы случаи, например, когда читатель чужой старой книги находит между склеенными страницами бумажные деньги; когда старьевщик, взявшийся продать подержанную подушку, находит в пуху выигранные билеты.

Приведенная выше статья исторически основывается на строгом выговоре, сделанном Сенатом в 1803 г. тверскому губернатору за искание клада на земле одной помещицы вопреки указу 1782 г. Статья 430 представляет собою, как видно, неправильный вывод, так как запрещение частным лицам или начальству разыскивать на чужой земле клад против воли собственника имеет очень мало общего с вопросом о принадлежности открытого клада. Относительно владельца заповедного имения в законе подтверждено, что ему принадлежат находимые в заповедном имении клады на основании общих о том узаконений (ст. 486). В Черниговской и Полтавской губерниях, согласно началам Литовского Статута, когда клад отыскан кем-либо случайно на чужой земле, то из найденного одна половина отдается тому, на чьей земле клад отыскан, а другая – поступает к отыскавшему клад (ст. 430). В виде особого правила постановлено, что "лица, представившие подлежащему начальству найденные старые монеты или другие древности, получают всю настоящую цену золота, серебра или иного вещества, из коего они сделаны" (ст. 5391). По-видимому, законодатель желал бы отнести это правило к находке, но здесь все признаки клада, а не находки. Несомненно также, что эти вещи были добыты в земле, принадлежащей казне или частным лицам, и поэтому собственникам земли должно бы принадлежать право на получение ценности. Но закон отступает от своего взгляда на последствия открытия клада и связывает в некоторых случаях с открытием клада вопрос о приобретении на него права собственности.

VI. Находка. По определению русского законодательства, находкою называется обретение вещей и других движимых имуществ, которых владелец неизвестен (ст. 538). Отличие находки от

клада состоит в следующем: а) Клад есть вещь скрытая, все равно намеренно человеком или временем, благодаря которому лежавший на поверхности земли предмет оказался на глубине, тогда как находка есть вещь потерянная. б) Клад есть вещь, так долго остававшаяся в скрытом состоянии, что предположение о собственнике ее совершенно устраняется, тогда как находка внушает предположение, что собственник вещи существует, но только утратил владение. Находка влечет за собою двоякое последствие. Если собственник найденной вещи не обнаружится в течение установленного законом времени, то право собственности на нее приобретает лицо нашедшее (вещное последствие). Если же собственник найденной вещи своевременно объявится, то лицо нашедшее сохраняет лишь право требовать вознаграждения в размере третьей части стоимости вещи (обязательственное последствие).

Возникает вопрос: какое основание приобретения найденной вещи в собственность, если не открывается ее собственник? Таким основанием можно было бы признать овладение вещью, у которой нет собственника, потому что, не явившись в срок с доказательствами своего права собственности, собственник внушает предположение о своем отречении. Однако нельзя не заметить, что в момент, когда происходит "обретение" вещи, нашедший не проявляет непременно намерения присвоить ее себе, и так как добросовестность предполагается, то не должно существовать даже и предположения о том. Без этого элемента отношение нашедшего к найденной вещи не может быть признано владением, а представляет собою только держание. Эту мысль, по-видимому, и выражает закон (ст. 537), говоря, что "пользование движимым имуществом составляет особенное право, когда оно достанется кому-либо находкою". Признавая право собственности за нашедшим вещь, собственник которой своевременно не объявился, закон превращает держание в право собственности, подобно тому как при давностном владении он превращает владение в такое же право. Не менее трудным с юридической точки зрения представляется обоснование права на вознаграждение, которое предоставляет закон лицу, нашедшему чужую вещь. То обстоятельство, что вещь была потеряна собственником, т.е. утрачено владение, не устраняет права собственности, а потому где бы и у кого бы он ее ни нашел, он всюду имеет право взять ее без всякого вознаграждения.

Вознаграждение не есть возмещение сделанных по сохранению вещи издержек, потому что, во-первых, убытки должны быть доказаны в каждом отдельном случае, а между тем в большинстве случаев находки их вовсе не бывает (поднятие бумажника на улице), и, во-вторых, потому, что закон в некоторых случаях указывает особо на возмещение издержек совместно с вознаграждением.

Совершенно несостоятельно предположение, будто награда за находку составляет взыскание с хозяина за небрежность в хранении своей вещи. В силу чего нашедший призван наказывать потерявшего? Может ли быть вообще вложена современному законодательству идея кары собственника за нехозяйственное обращение с принадлежащею ему вещью?

Нельзя считать вознаграждение наградой за труд, так как чаще всего находка не соединяется с каким-либо трудом. Между тем наш Сенат стал именно на эту точку зрения. Основываясь на воинском артикуле 1716 г., в котором сказано: "...ежели кто что найдет и оное по должности объявит и отдаст, оному надлежит за труд дать трингельд (или на пропой), дабы с третьєю долею найденного равно могло быть ценою", Сенат выводит и для настоящего времени, что награда дается нашедшему не за то, что он не покусился на преступление, а за труды при находке, объявлении и отдаче найденной вещи (90, 99). Во-первых, поднять вещь, отдать ее в обычном представлении не вяжется с понятием о трудовой деятельности; труд можно бы видеть в объявлении, но сам Сенат в том же решении не признал объявление существенным условием приобретения права на вознаграждение за находку. Во-вторых, стать на эту точку зрения даже опасно – придется в каждом отдельном случае решать, был ли приложен труд нашедшим, и в случае отрицательного ответа необходимо отказать нашедшему в вознаграждении.

Остается признать, что закон вознаграждает добросовестность лица нашедшего за то, что оно не утаило вещь, и побуждает его к возвращению собственнику обещанием частичной имущественной выгоды. Так, очевидно, и думает законодатель, обещая треть ценности нашедшему "в награду", а не в вознаграждение или в возмещение. В своем роде премия за добродетель! Вознаграждение за находку чуждо совершенно французскому законодательству;

германское уложение свело его к самому незначительному размеру, а именно к 5% ценности найденной вещи, если эта ценность не ниже 300 марок, и к 1% с дальнейшей суммы (§ 971); по швейцарскому кодексу нашедший может рассчитывать только на справедливую награду (*gratification équitable*, § 722).

Условия приобретения права собственности на найденную вещь или вознаграждения состоят по русскому законодательству в следующем.

а. По нашим гражданским законам требуется неизвестность собственника найденной вещи. Текст закона совершенно категоричен, и поэтому в сущности этого признака с точки зрения русского права не может быть сомнения. Этого взгляда последовательно держится Сенат (69, 73; 11, 19). Но существует другое мнение, поддерживаемое многими юристами (Суворов, Змирлов, Анненков), которое отрицает необходимость этого признака для находки. Каковы же доводы в пользу этого положения? α) Ни в теории, ни в западных законодательствах неизвестности хозяина найденной вещи не придается значения существенного признака. Это, конечно, верно (герм. гражд. улож., § 965; швейц. гражд. код., § 720), но такое соображение важно при обсуждении будущего законодательства, а не при толковании действующего. β) Гражданский закон, выраженный в ст. 538, стоит в противоречии с уголовным законом (улож. о наказ., ст. 178), с точки зрения которого наказуемой признается находка и в том случае, когда хозяин найденной вещи был известен нашедшему. Но почему мы должны отдать преимущество уголовному закону при определении гражданских последствий находки? γ) Текст ст. 538 противоречит источникам, на которых статья построена. Этот довод был бы самым сильным, если бы было доказано, что источники действительно признавали находку и при известности хозяина, а также если бы было принято, что Свод Законов в первом своем издании не имел силы закона. При недоказанности того и другого падает и последний довод. [По мнению Кассо*, ст. 538 затрагивает только одно последствие находки – перемену в субъекте права собственности, происходящую при неизвестности собственника, окончательно выясняемой публикацией.]

Что же следует понимать под неизвестностью собственника? Неизвестности нет, если нашедший знает, кому принадлежит вещь, или может по условиям определить личность собственника, например, если он видел, как были обронены часы (76, 65), если в бумажнике были визитные карточки с адресом, если найдены именные ценные бумаги (69, 73). Хозяин гостиницы не приобретает права на находку в отношении вещей, обнаруженных при уборке номера после отъезда жильца, потому что ему известно, кто здесь останавливался. Неизвестность собственника для нашедшего должна существовать только в момент нахождения. Поэтому, если впоследствии по газетной публикации со стороны потерявшего нашедший узнает имя собственника, он не утратит права на вознаграждение. Не утрачивается это право и в том случае, когда в числе найденных вещей имелась запечатая шкатулка с документами, так как нашедший не только не обязан, но и не вправе взламывать чужие ящики (11, 19).

б. Предметом находки могут быть вещи в смысле физическом. Наравне с ними находятся бумаги на предъявителя, потому что в них право связано неразрывно с вещью и имя собственника неизвестно. Напротив, именные бумаги не могут послужить основанием к приобретению собственности или к вознаграждению. Не только неодушевленные, но и одушевленные предметы могут составить предмет находки. Закон, противопоставляя "движимые имущества" вещам, по всей вероятности, имел в виду домашних животных, например собак (ст. 539, прим.). Господствующее мнение, наоборот, утверждает, что объектом находки могут быть только предметы неодушевленные. Конечно, найденная вещь должна иметь меновую ценность, иначе не может быть речи о вознаграждении в третьей части цены, например, когда найдены диплом, метрическое свидетельство, деловая переписка.

с. Находка может иметь место только там, где есть потерянная вещь, т.е. вещь, в отношении которой собственник утратил возможность фактического господства. Наравне с потерянными вещами стоят упавшие в воду (ст. 539, прим. 1), забытые (т. II общ. учр. губ., ст. 792), даже украденные у собственника, но потерянные воров. Закон не дает никаких оснований для того, чтобы сделать исключение в пользу вещей краденых: возвращение их собственнику не устраняет обязанности вознаграждения. Однако Сенат держится противоположного взгляда. По его мнению, нет находки в обретении вещи, украденной у хозяина, но брошенной воров и затем случайно

найденной третьим лицом (77, 29). Нет потери в том случае, когда собственник намеренно оставляет вещь в известном месте, где другое лицо видит ее без хозяина, например, когда, вынеся чемодан из дома, собственник ставит его на тротуар и отправляется искать извозчика или когда поднимающийся по лестнице находит на ней положенную на стул шубу, хотя бы эта лестница служила целому ряду квартир. Вещь не считается потерянной, хотя собственник и не может найти ее, если она находится в его доме (83, 83). Но потеря в театре, на пароходе, в вагоне открывает возможность находки, хотя Сенат (97, 16) отверг находку в вагоне. Сенат основывает свой взгляд на том, что в вагонах установлен надзор со стороны железнодорожных служащих и что собственник может надеяться еще отыскать потерянную в вагоне вещь. Но против этого взгляда говорит признание со стороны закона находки на корабле: "Кто найдет потерянную вещь на корабле во время морского путешествия, тот должен объявить оную офицеру и положить у мачты" (ст. 593, прим. 3). Безразлично, кто потерял вещь, сам ли собственник или кто-нибудь другой. Например, горничная везла на извозчике браслет своей барыни к ювелиру для починки и по дороге выронила его.

d. Нашедший чужую вещь должен объявить о том полиции (ст. 538), но не отдавать ей непременно свою находку. Необъявление полиции в течение 3 недель о найденных, неизвестно кому принадлежащих деньгах или вещах 1) лишает возможности приобретения права собственности, так как от объявления или от припечатания публикации стоит в зависимости приобретение права собственности, а также 2) лишает права на вознаграждение, если у нашедшего открыты будут найденные вещи и собственник их объявится, наконец, 3) подвергает уголовному наказанию за утайку находки (уст. о наказ., ст. 179). Проводя ранее (70, 798) взгляд, что объявление полиции составляет необходимое условие для получения вознаграждения, Сенат позднее (90, 99) отступил от этого взгляда и признал, что явка в полицию и публикация указаны в законе лишь как средства к обнаружению хозяина потерянной вещи нашедшим ее, но средства эти не могут быть признаны единственными, что поэтому право на награду не зависит от соблюдения формальностей. Однако в такой безусловно выраженной форме с мнением Сената согласиться нельзя. Закон не может брать на себя задачу учить, как надо искать хозяина найденной вещи. Закон устанавливает трехнедельный срок: до истечения его нашедшему предоставляется изыскивать какие угодно средства для отыскания собственника, но по истечении этого срока он становится виновным в утайке, а следствием такого преступного действия должно быть отпадение всяких гражданских последствий в его пользу.

e. Объявление полиции имеет своим последствием выставление у дверей полицейского управления объявления о находке и производство полицией розыска лица, потерявшего вещь, а для вещей стоимостью свыше ста рублей однократную публикацию в местных губернских ведомостях (ст. 538, по прод. 1912 г.). Если настоящий хозяин явится с доказательством о принадлежности ему найденной вещи, то она должна быть ему возвращена, нашедший же потерянную вещь получает в награду третью часть цены ее (ст. 539). Так как закон не указывает, чтобы выдача вещи собственнику обуславливалась предварительным вознаграждением нашедшего, и не устанавливает преимущественного обеспечения права нашедшего из ценности найденной вещи, то, очевидно, найденная вещь, где бы она ни находилась, в полиции или у нашедшего, должна быть возвращена собственнику по его требованию, а нашедший имеет только личный иск к собственнику. Если же по объявлении или публикации собственник не явится в течение шести месяцев, то вещь отдается нашедшему (539). [К сожалению, закон наш, устанавливая срок, в течение которого следует ожидать собственника, не говорит определенно, что право собственности может быть приобретено немедленно после истечения шести месяцев со дня объявления или публикации. Однако практика всегда признавала, что находка переносит право собственности, хотя объявление имеет своею целью вызвать хозяина.] Двухлетний срок существовал прежде в нашем законодательстве, но в издании Свода Законов 1842 г. был выпущен, вероятно, потому, что он без достаточного основания (сенатский указ 1779 г.) попал в Свод Законов 1832 г. Однако этот срок сохранился в одном месте: о вещах, случайно найденных на рейде или в гавани, публикуется в газетах, и если в течение двух лет со дня публикации никто не явится с законными доказательствами, то теряется право иска собственника к нашедшему (т. XI, ч. 2 уст. торг., ст. 553). Для превращения находки в право собственности германское уложение

устанавливает годовой срок (§ 973), швейцарское – пятилетний (§ 722). [Проект гражданского уложения уменьшает вознаграждение находчика до 1/10 стоимости вещи, но по-прежнему требует для этого на его стороне незнания о личности хозяина.]

Особые правила о находке содержатся в нашем законодательстве относительно пригульного скота (т. X, ч. 1, прил. к ст. 539, прим. 1). Особенность этих правил заключается в том, что нашедший пригульный скот может получить вознаграждение, но не приобретает вовсе права собственности на найденное. Под именем пригульного понимается неизвестно кому принадлежащий скот, рогатый или мелкий, который пристанет к чужому стаду или забредет на чужую землю. Каждый, на чьей земле окажется или к чьему стаду пристанет чужой скот, обязан не позже как в семидневный срок заявить о том местной полиции или сельскому начальству, которое делает надлежащие розыски. Впредь до явки хозяина пригульного скота последний оставляется у того, кто его нашел, или же отдается на присмотр другому благонадежному лицу из местных жителей, кто пожелает принять скот на свое содержание. Если до истечения 14 дней со дня первоначального заявления собственник явится, то скот ему возвращается, причем он обязан заплатить нашедшему скот шестую часть цены последнего и, кроме того, вознаградить за его прокорм. В противном случае по требованию лица нашедшего пригульный скот продается с публичного торга. Вырученные от продажи деньги хранятся в местном волостном правлении в продолжение 6 месяцев. Если хозяин скота явится до истечения этого срока, деньги выдаются ему, за удержанием шестой части в пользу нашедшего и издержек за прокорм. В случае же неявки его в течение 6 месяцев вырученные деньги получают особое, указанное в законе назначение, причем в пользу нашедшего скот отделяется уже не шестая, а третья часть.

VII. Отделение плодов. Плоды, пока находятся в естественной связи с плодородящей вещью, разделяют судьбу последней и подчиняются праву того лица, которому она принадлежит. Но как только плоды отделяются от плодородящей вещи сами собою (яблоки с дерева) или же при содействии труда (жатва), так тотчас же создаются и вступают в оборот новые вещи. Право собственности на плоды приобретает собственник плодородящей вещи (ст. 425 и 431), и так как они не были еще объектом права, то его приобретение будет первоначальным.

В некоторых случаях, однако, право собственности на плоды приобретает не собственником, а другими лицами.

1. В силу соглашения с собственником другое лицо может приобрести право на отделенные плоды, например, при аренде имения, фруктового сада (ст. 536). Право на плоды должно быть точно определено или указанием на плоды, или на срок. Само по себе пользование вещью не дает права на плоды ее. Права арендатора основаны на праве собственника, – оно приобретает не непосредственно, а от собственника, только не действительную, физическую передачу, так как собственник предоставил ему сам возможность господства над вещами. Поэтому такое приобретение является производным.

2. Право на плоды приобретает не собственником помимо согласия собственника в том случае, когда кто-либо имеет на плодородящую вещь самостоятельное вещное право, исключаяющее пользование со стороны собственника, а именно при пожизненном пользовании (ст. 5334), чиншевом праве. Здесь право независимо от права собственника, а потому приобретение должно быть признано первоначальным.

3. Право на плоды приобретает также добросовестным владельцем независимо от собственника. Владелец приобретает право собственности на плоды, собранные уже в момент возвращения вещи собственнику (ст. 626). Право добросовестного владельца основано не на согласии собственника, а на законе, а потому должно быть признано первоначальным.

VIII. Приращение. Под именем приращения понимается тот случай, когда собственник одной вещи приобретает право собственности на другую, хотя бы принадлежащую иному лицу, вещь, если она присоединяется к первой в качестве придаточной. Следовательно, рассматриваемый способ приобретения права собственности предполагает: а) соединение двух вещей, не допускающее разъединения без существенного повреждения, б) отношение между соединившимися вещами, в силу которого одна становится в положение главной, а другая – в положение придаточной, в) принадлежность соединившихся вещей разным лицам или появление одной из вещей впервые. За отсутствием первого признака соединенные вещи возвращаются в

прежнее положение или, разъединяясь, каждая получает свое особое юридическое назначение, хотя закон готов считать приращением шерсть, снятую с овцы, молоко, отцеженное от коровы (ст. 431). За отсутствием второго приращение переходит в смешение. За отсутствием третьего отпадает способ приобретения собственности, так как обе вещи и ранее принадлежали тому же лицу, которому будут принадлежать и по соединении. В силу того положения, что принадлежность следует судьбе главной вещи, собственник главной вещи приобретает право на придаточную вещь. Право на приращения вытекает, по взгляду закона, само собою из права полной собственности (ст. 425). Приращение представляется в тройком виде: недвижимости к недвижимости, движимости к недвижимости и движимости к движимости.

А. Приращение недвижимости к недвижимости представляет несколько случаев.

1. Поземельный участок, прилегающий к реке, постепенно и незаметно увеличивается от примываемой водой земли. Такой случай приращения составляет намыв. Происхождение такого увеличения обыкновенно обуславливается наносом песка или земли силою течения и нередко с соответствующим уменьшением другого берега, земляные частицы которого действием воды перемещаются на участок другого лица. На образовавшийся таким путем участок право собственности приобретает собственник той земли, к которой он присоединился (ст. 428). Очевидно, что такое приращение идет в пользу прибрежного собственника в глубь реки только до середины ее. Если на реке имеется остров, который увеличивается от намыва, то право собственности на приращение приобретает собственником острова, хотя бы это было и не то лицо, которому принадлежит берег (84, 15).

2. Возможно, что такое увеличение одного берега на счет другого произойдет не путем постепенного наслоения, а сразу перемещением целого куска земли под сильным действием воды. Это будет отрыв. Хотя закон наш настоящего случая не предусматривает (ст. 429, п. 2; слово "оторван" употреблено не в соответствующем значении, что обнаруживается из смысла всей статьи), но ввиду сходства его с предыдущим, сращения земельных участков и невозможности возвращения оторвавшегося куска на прежнее место, необходимо признать, что право собственности на оторванную от одного участка и приросшую к другому землю принадлежит собственнику второго. Разрешить этот вопрос в противоположном смысле и признать право собственности на оторванную землю за тем собственником, от участка которого она отделилась, как это делает французский кодекс (§ 559), представляется нелогичным и нецелесообразным. Такие оторванные участки едва ли могут быть значительны, – обыкновенно это небольшие глыбы, хотя бы с деревьями. Если право на такую глыбу будет признано за собственником участка, от которого она отделилась, то необходимо лишить собственника участка, к которому она пристала, соответственного пользования береговым правом, может быть, открыть дорогу к этой глыбе через его землю. Между тем такие глыбы прирастают потому чаще всего, что садятся у берега на мель, т.е. садятся на землю прибрежного собственника, и в этом отношении такая глыба совершенно приравнивается строению, воздвигнутому на чужой земле. Сравнение между лодкою и глыбою земли, приводимое Мейером в подтверждение взгляда, в силу которого в праве собственности не происходит никакой перемены, следует признать неудачным. Лодка, оторванная от парохода и приставшая к берегу, не срастается с последним, между ними не устанавливается постоянной и прочной связи, нет никакого затруднения отвести лодку обратно к пароходу; между тем приставшая глыба прирастает к земле, часто неотделима без того, чтобы не рассыпалась на мелкие части. Очевидно, что юридическая судьба того и другого случая не может быть одинаковою.

3. Увеличение прибрежного участка может произойти путем обнажения дна реки, вследствие ли того, что она мелеет, или потому, что изменяет свое русло. Однако если река обоими берегами находилась во владениях одного лица, то увеличение земельного участка на счет воды не представляет в юридическом отношении ничего особенного. Если берега принадлежали разным лицам, то обнажение дна до середины русла идет в пользу того собственника, на чьей стороне оно произошло (ст. 426 и 428). Когда река внезапно изменит свое течение, то границею между прежними прибрежными собственниками должно оставаться старое русло (желобовина) с тем, что каждый продолжает пользоваться им от своего берега до середины. А по новому течению реки оба ее берега должны принадлежать тому, по чьей земле она протекает. Если на реке был

остров, то обнажение дна у берегов идет в пользу собственника острова, если лицо это не совпадает с лицом собственника берегов.

4. Часть земли, находившейся под водою, обнажается вследствие обмеления или нанесения земляных частиц и образует остров. Относительно этого нового объекта возникает вопрос о принадлежности его. Основанием для решения вопроса служит право прибрежных собственников на водное пространство до половины реки. По этой воображаемой линии возникший остров делится вдоль реки пополам между прибрежными собственниками (ст. 427). Воображаемая линия, проведенная вдоль реки, может разделить остров на две части, далеко не равные, если большей своей массой остров оказался ближе к одному берегу, чем к другому. Если он целиком находится между воображаемой линией и одним берегом, то право собственности принадлежит исключительно собственнику этого берега, так что остров вовсе не делится. Закон наш говорит о делении острова между собственниками противоположных берегов. Однако остров при значительной длине может образоваться против владений нескольких лиц: очевидно, каждый приобретает право только на то пространство, на какое тянется остров против его берега.

В. Приращение движимости к недвижимости представляет также несколько случаев, когда движимая вещь, принадлежа одна лицу, прочно соединяется с недвижимостью другого, которая является в качестве главной вещи.

1. При принадлежности земли и строительного материала различным лицам застроение создает право собственности в лице собственника земли как главной вещи (ст. 386). Сравнительная ценность участка и здания не имеет никакого значения. Необходимо только, чтобы связь строения и земли под ним была прочной и неразрывной без нарушения сущности. Возможны два случая.

а. Собственник земли застраивает ее чужим материалом. Все равно, были ли действия его добросовестными или нет, все же право собственности на здание приобретает собственник находящейся под зданием земли. Но так как он нарушил право собственника материала, то он обязан возместить стоимость последнего и все причиненные убытки.

б. Собственник материала воздвигает здание на чужой земле. В силу того же отношения принадлежности к главной вещи право собственности на здание приобретает собственником земли. Однако, так как никто не должен обогащаться на чужой счет без достаточного основания, то для собственника земли с приобретением права на строение соединяется обязанность возвращения стоимости употребленного материала. Когда же собственник земли не соглашается на вознаграждение, то собственнику материала предоставляется отделить от земли материал, если только это возможно сделать с удобством и без ущерба для земельного участка (ст. 611). Когда же такое отделение невозможно, то необходимо различать, был ли собственник материала добросовестным владельцем или нет, так как, очевидно, застроение чужой земли недостижимо без владения. Если владение было недобросовестным, то право на здание приобретает собственником земли вопреки основному принципу, без обязанности вознаграждения (ст. 611). В противном случае собственник материала приобретает право на вознаграждение со стороны собственника земли в том объеме, насколько увеличилась ценность застроенной земли. [Не изменяет по существу этих начал вещного приобретения построек, возведенных на чужой земле, и новый закон о праве застройки, регулирующий лишь более подробно вопросы сноса и оставления построек по истечении определенных сроков и вознаграждения за них (ст. 54218, по прод. 1912 г.).]

2. Если право собственности на землю и на посаженные в нее растения принадлежало разным лицам, то насаждение возбуждает те же вопросы, что и застроение. а) Собственник земли посадил чужое растение, например, устроил фруктовый сад из растений, присланных ему садовником и не оплаченных. б) Собственник растений сажает их в чужую землю, например, квартирант разводит дорогой цветник в саду хозяина. Вопрос о праве собственности и о вознаграждении разрешается, как и в первом случае.

3. При принадлежности земли и семян разным лицам засев устанавливает подобные же отношения, как застроение и насаждение. Здесь также возможны два случая: а) собственник земли засеивает чужие семена или б) собственник семян сеет их на чужой земле. Вопрос о праве

собственности и о вознаграждении разрешается, как и в первых двух случаях, с тою только разницею, что ввиду неотделимости семян от земли, не может быть речи об отделении натурою.

С. Наконец, возможно приращение движимости к движимости. Если в рассмотренных выше случаях не было сомнения в том, что должно считаться главною вещью, а что принадлежностью, то здесь этот вопрос возбуждается в каждом отдельном случае. Опять-таки присоединение должно быть такого рода, чтобы отделение было невозможно без существенного повреждения. Так, например, помещение картины в чужую раму или камня в кольцо не послужит основанием для приобретения собственником картины или кольца права на раму или камень. Здесь мы имеем перед собою только владение, которое может по давности превратиться в право собственности, но не может также по иску собственника прекратиться. Но, например, инкрустация, вставленная в чужую мебель, или ось, приделанная к чужому экипажу, дают собственникам мебели и экипажа право на инкрустацию и ось. Предполагается, конечно, что такое соединение вещей произошло помимо соглашения собственников.

IX. Смешение. К числу непредусмотренных нашим законодательством случаев приобретения права собственности относится смешение, т.е. такое соединение вещей, принадлежащих разным лицам, в результате которого получается единая вещь. Смешение близко подходит к приращению, но в то же время и отлично от него. Оба понятия совпадают настолько, насколько в обоих случаях соединяемые вещи принадлежат разным лицам, и установившаяся вследствие соединения связь представляется неразрывною. Но в случае приращения одна вещь, присоединяясь к другой, получает по отношению к ней значение придаточной, тогда как при смешении две вещи, будучи каждая самостоятельною, образуют новую вещь, а это воздает и иные юридические последствия. Так, например, во время пожара ломбардного склада спаиваются от огня находившиеся там в залоге золотые и серебряные вещи. Интересный пример смешения представляет в настоящее время отдача зернового хлеба в товарные склады, где он смешивается с подобным же зерном, не лишая собственника вещного права.

Для того чтобы признать наличность смешения, необходимы следующие условия. а) Вещи должны принадлежать разным лицам. Поэтому не будет смешением в юридическом значении слова, когда нечаянно смешаются разные сорта вина, принадлежащие одному виноторговцу. б) Смешение должно быть такого рода, чтобы обнаружилась полная невозможность разъединения, восстановления индивидуальности, иначе оно не произведет никаких юридических результатов. Так, например, при перевозке с квартиры на квартиру смешаны были две библиотеки или на водопое сошлись два стада, принадлежащие разным деревням. В том и другом случае собственники после некоторого труда могут отделить свои вещи, а потому каждый из них сохраняет свое право. Но при смешении муки, зерен, фруктов и т.п. отделение практически невыполнимо. в) При смешении ни одна вещь не становится по отношению к другой ни главной, ни придаточной; этим смешение отличается от приращения.

Последствия смешения иные, чем приращения. В то время, как последствием приращения является приобретение права собственности на всю вещь со стороны собственника главной, последствием смешения является потеря права собственности на отдельные вещи и приобретение права на идеальную часть всей образовавшейся массы. Между собственниками смешанных вещей устанавливается право общей собственности. Оно может прекратиться путем соответствующего соглашения о ценности смешанных вещей, раздела массы в натуре или раздела вырученной от продажи ее суммы денег. Некоторое сомнение способен возбудить указанный выше случай сдачи на хранение в товарный склад многими лицами своих товаров, подлежащих обезличению, так что обладатели свидетельств получают право не на тот самый товар, который был сдан на хранение, а на товар того же сорта (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 816). Кто собственник всей массы смешавшихся товаров? Очевидно, не склад, потому что он принял на хранение чужой товар. Очевидно, и не каждый складчик в отдельности, потому что с момента смешения нет более индивидуализированного товара. Следовательно, находящийся в складе на хранении товар составляет общую собственность всех обладателей складочных свидетельств. Но если так, как можно объяснить, что склад не освобождается от обязанности возратить товар того же сорта по каким бы то ни было причинам (ст. 817)? Если весь товар, находившийся на складе, погиб под

действием непреодолимой силы, на каком основании товарный склад несет на себе ответственность за гибель чужого товара?

Х. Переработка. Собственник материала имеет полное право придавать ему какую угодно форму, подвергает его какой угодно обработке. При всех видоизменениях право собственности на продукты труда принадлежит собственнику материала – "владельцу принадлежит все то, что трудом и искусством его произведено в том имуществе" (ст. 425). Сомнение возбуждается тем случаем, когда труд прилагается к чужому материалу. Одно лицо обрабатывает материал другого и создает новую вещь. За кем должно быть признано право на продукт: за представителем труда или за собственником материала? Этот случай, известный в римском праве под именем спецификации, не предусмотрен русским законодательством, но может встретиться и в нашей практике. Так, например, из чужого леса фабрика заготовила музыкальные инструменты, из чужой кожи сделаны сапожником башмаки и т.п. На вечере знаменитый художник, присев за стол хозяина, набросал замечательный портрет бывшего среди гостей писателя на листе бумаги, который лежал на столе; уходя, он свертывал лист, чтобы взять с собой, но хозяин просит его любезно, но настойчиво чужих вещей с собой не уносить. Предполагается, конечно, что приложение труда не основано на договоре, потому что тогда соглашение определяет принадлежность вещи – рабочий по договору уступает результаты своего труда в пользу нанимателя. Не следует смешивать этот случай с приращением, потому что здесь нет соединения двух вещей, главной и принадлежности, а есть только приложение труда к вещи.

Если стать на ту точку зрения, что объектом права собственности является материал, а не форма, что при разнообразии последней остается неизменным первый, то мы придем к тому выводу, что и в новом виде вещь остается принадлежностью того лица, кто имел право на материал. Так именно решает вопрос французский кодекс (§ 670), делая исключение в том случае, когда созданная вновь вещь ценностью своею значительно превосходит материал (§ 571).

Если же мы признаем, что существенное значение имеет не материал, а труд, создающий все необходимые для людей предметы, что с изменением формы под влиянием обработки возник совершенно новый предмет, который не имеет ничего общего с прежним объектом права собственности, то придем к заключению, что в обработанном виде вещь должна принадлежать представителю труда. Таково решение германского уложения (§ 950), которое, однако, делает исключение в том случае, когда стоимость переработки значительно уступает ценности материала.

Вот два возможных решения постановленного вопроса. Может быть, было бы правильнее возвести исключения, допускаемые французским и германским законодательствами, в общее правило и поставить право собственности, при условии добросовестности, в зависимость от преимущественной ценности труда и материала. Так именно разрешает вопрос швейцарское законодательство (§ 726). Решение, предложенное юстиниановским законодательством и основанное на различии в способности материала менять свою форму без повреждения существа, представляется совершенно несостоятельным. Почему ваза, сделанная из серебра, принадлежит собственнику материала, а ваза, сделанная из яшмы, – представителю труда?

Между тем именно последнее решение предлагается некоторыми (Васьковский и Анненков) учеными для нашего законодательства, – право собственности на вновь созданную вещь признается за переработавшим материал, если только последний не может быть приведен в первоначальное состояние. Сенат, по-видимому, склоняется к тому же взгляду, когда говорит, что "невозможно отобрать от истца изъятый им из владения ответчика лесной материал, который употреблен истцом на разного рода поделки – двери, рамы, пол, мебель и прочее, ибо через это он получил не только другой вид и другое назначение, но и другую ценность через прибавление к его первоначальной стоимости, стоимости затраченного на такое изменение труда" (09, 32). Опорой для такого взгляда служит ст. 673, в силу которой в случае истребления или повреждения чужого имущества виновный обязывается вознаградить собственника, если исправление имущества (приведение в прежнее состояние) почему-либо окажется невозможным. Но положение это нельзя распространять на спецификацию, потому что здесь нет ни повреждения, ни тем менее истребления материала. [Вполне определенно высказался Сенат в пользу права собственности переработавшего в решении 12, 3. Он оставил, однако, без рассмотрения вопрос о

добросовестности спецификанта и недостаточно убедительно обосновал свой взгляд на права спецификанта. Такое обоснование многие находят в ст. 626.]

Напротив, принимая в соображение, что всякий неправо владевший чужою вещью обязан возвратить ее собственнику (ст. 609), а спецификация без владения невозможна, следует думать, что более согласно с общим смыслом русского законодательства будет признать право собственности на переработанную вещь за собственником материала, из которого она сделана.

§ 24. Прекращение права собственности

Литература: Анненков, Система русского гражданского права, т. II, стр. 285–295; Шалфеев, Краткий очерк постановления важнейших иностранных законодательств об экспроприации, 1872; Венецианов, Экспроприация с точки зрения гражданского права, 1891.

Право собственности соответствующим образом прекращается теми же способами, какими оно приобретает, если только это не первоначальный способ. Право собственности на известный объект прекращается вследствие того, что оно приобретено другим лицом, с согласия ли собственника (передача) или помимо его воли (давность), вследствие уничтожения самого объекта или изъятия его из обращения. Особого внимания заслуживают те способы прекращения права собственности, которые совершаются при участии власти, представляют собою принудительное лишение или отчуждение права. Такие случаи имеют место при судебном постановлении, экспроприации и конфискации.

I. Судебное постановление. Суд не может по общему правилу лишить кого-либо принадлежащего ему права собственности или создать такое право для известного лица. Его задача ограничивается определением принадлежности права. Однако существуют случаи, когда суд не только присуждает, но и лишает лицо права собственности, а именно: а) при обращении взыскания на имущество ответчика и) при разделах общего имущества. Отлагая второй случай до соответствующего места, остановимся теперь на первом. Заметим при этом, что прекращение права собственности в лице известного субъекта по судебному постановлению происходит не в исковом, а в исполнительном или охранительном производстве.

Судебное решение, вошедшее в законную силу или обращенное к предварительному исполнению, служит основанием для получения исполнительного листа. На основании последнего исполнение обращается на движимое или недвижимое имущество ответчика.

1. Когда взыскание обращается на движимость, то последняя подвергается аресту. Вещи описываются, опечатываются и затем отдаются на сохранение какому-нибудь лицу, если найдено будет опасным оставить их у самого должника и по этому вопросу не состоится соглашения между ним и взыскателем. В том и другом случае собственник лишается возможности распоряжения принадлежащими ему, но арестованными вещами. Смотря по значительности и качеству вещей, определяется срок предстоящей продажи, от 1 до 6 недель со дня описи (уст. гр. суд., ст. 968, 1009, 1057 и др.). Продажа, которой время и место заранее оповещаются, производится судебным приставом. При открытии торга последний провозглашает цену каждого предмета, предлагая надбавить. С ударом молотка продаваемые предметы остаются за предложившим высшую цену (ст. 1055). Однако удар молотка свидетельствует не о моменте перехода права собственности, а только о совершении договора. Это обнаруживается из того, что проданные предметы передаются только тогда покупателям, когда последние уплатят сполна предложенную на торге сумму (ст. 1058), а если в срок вся сумма не будет уплачена, то проданные предметы, как не принадлежащие еще выкупщику на праве собственности, снова поступают в продажу (ст. 1062, п. 4, и ст. 1067).

Проданные с публичного торга предметы после передачи во всяком случае остаются за покупщиком (ст. 1061), хотя бы впоследствии оказалось, что они не принадлежали тому лицу, от имени которого производилась продажа.

2. При обращении взыскания на недвижимость должнику посылается повестка с предупреждением, что в случае неуплаты долга в течение 2 месяцев будет приступлено к продаже имения (ст. 1095). Вместе с посылкою должнику повестки об исполнении на указанное кредитором имение налагается запрещение (ст. 1096). Не лишаясь права собственности,

собственник ограничивается в свободе распоряжения. Со времени получения повестки об исполнении собственнику воспрещается отчуждать эту недвижимость, рубить в ней лес, за исключением количества, необходимого для поддержания хозяйства, и вообще отчуждать или разрушать предметы, которые считаются по закону принадлежностью имения (ст. 1097). Договоры по имению, заключенные ответчиком после получения повестки об исполнении, могут быть уничтожены судом по просьбе взыскателя, а в случае публичной продажи – по просьбе покупателя, если эти договоры клонятся ко вреду того или другого (ст. 1100). По истечении двухмесячного срока недвижимое имение подвергается описи и оценке, но до публичной продажи остается во владении собственника, за исключением случая взыскания по закладной, когда залогодержатель может просить о предоставлении ему управления (ст. 1128 и 1129). В срок, назначенный для продажи (ст. 1143), торги производятся посредством торговых листов, в которые каждый может вписывать предлагаемую цену. Имение остается за тем, кто предложит высшую против других цену (ст. 1160). Но это опять-таки не значит, что в этот момент приобретается покупателем право собственности, а только свидетельствует о заключении договора. Это обнаруживается из того, что лишь по истечении 7 дней со дня торга окружной суд постановляет определение об укреплении имения за покупателем, если он внес ту сумму, которую предложил, вместе с крепостными пошлинами (ст. 1164). В противном случае, если покупатель не внесет всей суммы в срок, то торги признаются несостоявшимися, недвижимость снова поступает в продажу (ст. 1170, п. 3, ст. 1171). Отсюда следует, что дееспособность необходима во время торгов, при совершении договора, так что, если бы лицо, способное приобрести данную недвижимость в этот момент, затем лишилось способности, суд тем не менее должен утвердить торги. Например, лицу, которому было дано генерал-губернатором свидетельство на право покупки имения в западных губерниях, позднейшим постановлением того же генерал-губернатора запрещается покупка (95, 39).

По вопросу о моменте перехода права собственности наша практика, стараясь объяснить ст. 1509, пришла к следующим положениям: 1) собственником купленного с публичных торгов имения (с точки зрения доходов) покупатель делается со дня публичной продажи (92, 71), 2) право собственности принадлежит покупщику со дня воследования судебного определения об укреплении за ним имения (92, 71); 3) право же распоряжения, в частности право на отчуждение, возникает только с момента получения данной (76, 141).

В противоположность продаже движимых вещей торги признаются недействительными, если проданное и укрепленное за покупщиком имение оказалось впоследствии, по суду, не принадлежащим должнику (ст. 1180, п. 1). Имение в этом случае возвращается законному его собственнику, а покупщику предоставляется право взыскать заплаченную им сумму с должника или с кредиторов, получивших удовлетворение из вырученной из имения суммы (ст. 1181).

II. Экспроприация. Экспроприация есть принудительное возмездное отчуждение или ограничение прав, которое производится государственною властью ввиду общепользующей цели. Она является актом государственной власти, устанавливающей юридическое отношение между тем лицом, право которого прекращается, и тем лицом, в пользу которого совершается это прекращение.

1. Экспроприация состоит в отчуждении или ограничении прав, т.е. или в лишении права собственности, или в установлении сервитута (ст. 575). Предметом экспроприации чаще всего является право собственности на недвижимость, потому что они незаменимы по своему местонахождению, тогда как движимые вещи почти всегда допускают замену их другими. Однако это не исключает возможности, что предметом экспроприации окажутся права на движимости, так, например, экспроприация хлебных запасов во время голода, экспроприация лошадей на надобности войны, экспроприация зачумленных животных в интересах предупреждения заразы (т. VIII, уст. врач., ст. 1200–1292). Принудительное лишение собственника его права на недвижимость может отразиться невыгодным образом на правах других лиц в отношении к той же недвижимости, на сервитутах, арендных договорах, залоговых правах. Хотя все эти права не составляют прямого предмета экспроприации, но последняя косвенным образом отражается на них, а потому возникает вопрос о вознаграждении субъектов таких прав.

2. Экспроприация предполагает принуждение, если нужно – насилие, исключает возможность добровольного соглашения. Поэтому не подходит под понятие экспроприации попытка склонить собственника к уступке своего участка посредством продажи. Если собственник изъявляет свое согласие и вступает в договор, то для экспроприации не будет места. Она наступает только тогда, когда собственник отвергнет предложение совершить договор.

3. Такое принуждение возможно только со стороны государственной власти. Все случаи, в которых представится нужным отчуждение или временное занятие недвижимости или же установление сервитутов в ней, определяются именными Высочайшими указами (ст. 576). Проекты таких указов представляются на Высочайшее воззрение министрами или главноуправляющими через Особое Присутствие Государственного Совета по делам о принудительном отчуждении недвижимых имуществ и вознаграждении их владельцев (т. I, ч. 1, изд. 1906 г., учр. Госуд. Совета, ст. 96–98). Совершаемые государственною властью отчуждение или ограничение прав производятся или в пользу казны, например для устройства полигона, или же чаще всего в пользу каких-либо общепользных предприятий, например в пользу общества железных дорог. Во втором случае государство не несет на себе юридической ответственности за неточное выполнение предпринимателем обязанности вознаграждения.

4. Лишение лица принадлежащих ему прав должно иметь в основании веские соображения. Таким оправдывающим насилие мотивом может быть только общее благо, общепользность предпринятой меры. Основанием к экспроприации могут послужить соображения экономические, культурные, стратегические, санитарные и др. Принудительное отчуждение частных имуществ допускается как для устройства подъездных путей общего пользования, так и для путей частного пользования, если эти последние по значению своему для производительности государства будут признаны общепользными (т. XII, ч. 1, по прод. 1906 г., ст. 575, прим. 3, прил. ст. 10). Вопрос о наличии общепользной цели экспроприации в каждом отдельном случае не юридический, а политический.

5. Подобное отчуждение или ограничение прав возможно только под условием вознаграждения, иначе была бы причинена явная несправедливость одному из членов общества под видом блага того же общества. Это начало признается вполне нашим законодательством, которое заявляет, что принудительное отчуждение недвижимостей, равно и временное их занятие или же установление права участия в пользовании ими, когда это необходимо для какой-либо государственной или общественной пользы, допускаются не иначе как за справедливое и приличное вознаграждение (т. I, Осн. Зак., ст. 77 и 575). С точки зрения нашего закона юридическое основание вознаграждения кроется в причиняемых экспроприацией убытках, что обнаруживается из системы законодательства, помещающего правила об экспроприации в главе "О праве вознаграждения за понесенные вред и убытки". Вознаграждение должно состоять в доставлении эквивалента ценности теряемого имущества. Нормальным способом вознаграждения является платеж денежной суммы, но возможна замена экспроприруемого участка другим, соответствующим по ценности. Вознаграждение деньгами или натурою допускается нашим законодательством: вознаграждение за обращенные на государственную или общественную пользу имущества назначается деньгами или же, по добровольному соглашению, обменом отчуждаемой недвижимости на другую однородную и в выгодах равную (ст. 578). Однако значение вознаграждения натурою ослабляется требованием согласия на то со стороны собственника, а если такое согласие изъясляется в ответе на предложение уступить свою землю, то здесь уже нет экспроприации, а только мена недвижимостями.

Порядок экспроприации, или, по терминологии нашего закона, принудительного отчуждения, следующий. По воспоследовании Высочайшего указа первым действием административной власти является сношение с собственником о добровольном отчуждении. Если достигается соглашение, то совершается купчая крепость (ст. 577 и 579, т. XII, ч. 1, по прод. 1906 г., ст. 575, прим. 3, прил. ст. 32), в противном случае недвижимость подвергается описи и оценке при посредстве особой комиссии. К описи вызывается сам собственник или его поверенный, для чего назначается шестимесячный срок со дня получения повестки; однако неявка этих лиц не останавливает производства описи (ст. 580–583). При занятии недвижимостей под строящиеся железные дороги соблюдаются особые правила, направленные к сокращению порядка. Если

отходящие под дороги недвижимости требуется занять безотлагательно, линия железной дороги проведена и одобрена инспекцией, то назначается опись вместо шестимесячного в двухнедельный срок (ст. 594, п. 1). Прошение о разрешении изысканий, необходимых для сооружения подъездного пути через чужие земли при отсутствии соглашения по этому предмету между собственниками или арендаторами земель и предпринимателем пути, подается губернатору. Губернатор требует от них в двухмесячный срок отзыв. Образованное под председательством губернатора особое присутствие указывает необходимые по местным условиям ограничения времени производства изысканий, входа в усадьбы, в сады и т.п. (т. XII, ч. 1, по прод. 1906 г., ст. 575, прим. 3, прил. ст. 11, 14, 16).

На оценочную комиссию возлагается весьма трудная задача – определить размер вознаграждения. Закон дает по этому вопросу несколько общих указаний (ст. 584). Оценка должна производиться или по доходности имуществ, или по местным ценам и особым условиям, в которых имущества находятся. Оценка имения по доходности производится по требованию собственника на основании представленных им сведений и данных, признанных комиссией достоверными. В этом случае цена имения определяется капитализацией из 5% среднего чистого дохода, исчисленного за последние пять лет. Если же собственник не предъявит такого требования или не представит необходимых данных, то оценка производится по местным ценам и особым условиям, в которых недвижимость находится.

При вознаграждении необходимо иметь в виду два элемента утрачиваемой ценности: рыночную цену отчуждаемого участка и убытки, составляющие последствия отчуждения. Так, например, раздробление устроенного в сельскохозяйственном отношении имения может отразиться неблагоприятно на стоимости оставшейся за собственником земли. Поэтому, согласно указанию закона, следует принимать в соображение, лишается ли собственник с отобранием или занятием участка только получаемого с него дохода, или же участок этот такого свойства, что остающееся за отрезкою пространство не может уже приносить соразмерной выгоды. Точно так же если остающаяся часть делается бесполезною для собственника, то он может требовать отчуждения недвижимости в полном составе. Обратно, так как многие предприятия влияют немедленно на повышение цен недвижимостей, например железные дороги, то предпринимателю пришлось бы вознаграждать собственников имений за то благо, которое он приносит данной местности. Поэтому закон постановляет, что при оценке не должно быть принимаемо в расчет увеличение ценности имуществ, могущее произойти от самого предприятия (ст. 584, п. 9). Исходя из того же правила закона, нельзя в сумму вознаграждения зачесть увеличивающуюся ценность оставшегося за собственником участка, например, если имение, стоившее до экспроприации 40 000, по отчуждении половины сохраняет стоимость в 30 000 руб.

Независимо от производства определенного оценкою вознаграждения предприниматель обязан устроить и содержать на свой счет в указанных местах мосты, дороги, плотины, переезды, водостоки и тому подобные сооружения, возведение которых представляется необходимым для устранения убытков и неудобств, могущих произойти от осуществления предприятия, для которого производится отчуждение.

Когда общественный интерес требует не отчуждения права собственности, а только временного занятия недвижимости или установления сервитута в чужой недвижимости, то соблюдаются особые правила. Так как временное занятие лишает собственника доходов, то ему назначается вознаграждение в размере 6% стоимости занятой недвижимости, которое уплачивается за каждый год временного занятия вперед (ст. 602). Стоимость или определяется добровольным соглашением, или устанавливается оценочною комиссией. Если оставшийся незанятым участок не может уже отвечать экономической цели всего имения, то собственник может потребовать процентного вознаграждения со стоимости не занятого только участка, а всего имения. Срок временного занятия не должен быть продолжительнее 3 лет. По истечении этого срока собственник может требовать полного отчуждения участка (ст. 604). Если при возвращении занятого участка обнаружится уменьшение стоимости против первоначальной оценки именно вследствие временного занятия, то предприниматель обязан уплатить разность между первою оценкою и новою, произведенною по требованию собственника (ст. 605). Право участия в пользовании (сервитуты) чужою недвижимостью может быть установлено для

беспрепятственного производства работ по устройству подъездных путей. Участие в пользовании землями, смежными с занятой под предприятие местностью, разрешается также для добывания необходимых при производстве работ материалов, для устройства снеговых защит вдоль линии железных дорог и т.п., но собственники земель вправе требовать, помимо отчуждения их, и уплаты вознаграждения на общем основании.

Кроме собственника, существуют и другие лица, чьи интересы страдают от экспроприации, а именно: субъекты вещных прав на ту же недвижимость, залогодержатели, арендаторы. Наш закон предусматривает только один случай – пожизненное пользование как личный сервитут. Вознаграждение за имение, состоящее в пожизненном пользовании, вносится в местное казначейство процентными бумагами, причем доход с процентных бумаг выдается пожизненному пользователю до конца жизни, и только по смерти его сумма выдается собственнику (ст. 589, п. 2). Очевидно, что и при предъявлении закладной сумма вознаграждения должна быть внесена в казначейство для обеспечения того обязательства, которое обеспечивалось ранее залогом этой недвижимости. Арендаторы не имеют никаких прав на сумму вознаграждения за отчуждаемый участок, они не могут и обратиться к собственнику с требованием возмещения убытка от досрочного прекращения договора, потому что прекращение наступает помимо воли и без вины собственника. Но так как экспроприация нарушает их имущественные интересы, обеспеченные в других отношениях законом, то предприниматель или казна обязаны бы вознаградить причиняемый им непосредственно ущерб, и комиссия должна бы принять это обстоятельство во внимание при производстве оценки, если заинтересованные лица сами представят ей свои претензии.

По совершении оценки дело поступает через местного губернатора в подлежащее министерство или главное управление. За исключением редких случаев, когда дело оканчивается утверждением министра или главноуправляющего (ст. 588), в обыкновенном порядке дело восходит на окончательное Высочайшее утверждение. Этот момент следует признать моментом отчуждения права, и до этого времени собственник вправе продать, подарить или заложить имение как свое. Этим же моментом, а не временем оценки, определяется вопрос, на кого падает ущерб, неожиданно причиненный имению наводнением, землетрясением или лесным пожаром. Но при экспроприации для военных и военно-морских целей этот момент может наступить ранее, а именно – тотчас по описи может быть допускаемо занятие имуществ военным или военно-морским ведомством без представления обеспечения причитающегося по ст. 595 собственникам вознаграждения (ст. 595, по прод. 1912 г.). Впрочем, в этом случае занятие имений, как и при отчуждении под железную дорогу, вслед за совершением описи допускается только в тех случаях, когда по особым уважениям это разрешено именным Высочайшим указом об отчуждении (ст. 595, прим. 1). Вслед за утверждением оценки собственнику немедленно выдаются деньги, определенные ему по оценке за отчуждаемую недвижимость, и, сверх того, 6% годовых с этой суммы, считая со дня занятия имения по день уплаты вознаграждения (ст. 589).

Если отчужденная недвижимость будет признана подлежащею продаже по ненадобности или вследствие того, что предприятие не состоялось или прекратилось, то прежнему собственнику имения предоставляется двоякое право: а) до истечения 10 лет со дня отчуждения – право выкупа недвижимости за сумму вознаграждения и б) по истечении этого срока – право преимущественной покупки за сумму, которая при отсутствии добровольного соглашения определяется посредством новой оценки (ст. 590).

III. Конфискация. Под именем конфискации понимается отнятие государственною властью в виде наказания у собственника принадлежащей ему вещи. Потеря права собственности составляет результат совершенного преступного действия. Конфискации всего имущества преступника наше законодательство в сущности не знает, так как возможность применения подобной меры наказания в случае бунта или заговора зависит от специальных распоряжений, делаемых правительством в таких случаях (улож. о наказ., ст. 255). Лишение же прав собственности на отдельные предметы в виде наказания составляет нередкое последствие во многих случаях преступлений и проступков. Таковы, например, случаи конфискации предметов, перевезенных контрабандою, или орудий преступления.

§ 25. Общая собственность

Литература: Товстолес, Общая собственность по русскому гражданскому праву (Ж. М. Ю., 1900, N 8); Анненков, Система русского гражданского права, т. II, стр. 92–118; Васьковский, Учебник гражданского права, в. 2, стр. 95–102; Бутовский, Право преимущественной покупки по действующему закону и по проекту гражд. улож. (Вестн. Пр., 1905, кн. 6); Он же, Продажа и залог долей в общем имении (Ж. М. Ю., 1907, N 10); Он же, Давность и общее владение (Право, 1909, N 37); Бардзский, Согласие совладельцев на продажу доли в общем имении (Вестн. Пр. и Нот., 1910, N 5); Кассо, Русское поземельное право, 172–178.

I. Определение понятия. Начало исключительности, которое характеризует право собственности, не допускает совместного существования нескольких таких прав на одну и ту же вещь. Однако возможно, что несколько лиц будут совместными субъектами одного и того же права собственности на одну и ту же вещь, так что исключительность будет направлена против всех посторонних лиц. Такое отношение носит название общей собственности (ст. 543) и предполагает непременно наличие двух условий: а) одной вещи как объекта права и б) нескольких субъектов того же права.

Поэтому, с точки зрения первого признака не подходит под понятие общей собственности тот случай, когда устанавливается совместное пользование соединенными в одно вещами, из которых каждая принадлежит иному субъекту; так, например, молодые супруги обставляют общую квартиру вещами, составлявшими до этого времени обстановку жизни каждого из них в отдельности, или двое извозчиков занимаются своим промыслом, причем одному принадлежат лошади, а другому – экипажи. А между тем наш закон смешивает общую собственность с чресполосным владением (ст. 551 и 553), хотя в последнем случае нет единства в объекте, так как при всей чресполосности каждому участку соответствует свой собственник.

С точки зрения второго признака не подходит под понятие общей собственности и тот случай, когда одна вещь принадлежит нескольким лицам, образующим в своей совокупности единство, потому что здесь одному объекту соответствует и один субъект – юридическое лицо. А между тем наш закон смешивает общую собственность с правом акционерной компании на имущество (ст. 548), хотя акционерная компания несомненно юридическое лицо. Практика наша не поддается такому смешению понятий, и на этом основании Сенат признал, например, что здание синагоги не есть общая собственность, так как синагога составляет одно лицо (97, 89).

II. Юридическая природа. Германское и швейцарское законодательства признают два вида общей собственности: 1) совместное обладание нескольких с определенной долей каждого (Miteigenthum) и 2) совместное обладание нескольких без определения доли каждого (Gesamteigenthum). Другие законодательства знают только общую собственность по долям. Точно так же и русское законодательство признает только этот вид общей собственности.

Юридическая природа общей собственности по долям возбуждает немало сомнений. Главный вопрос заключается в следующем: если вещь составляет объект совместного права всех участников, то что составляет объект права каждого из них?

Каждый из них имеет право не на всю вещь, но на известную долю, в то же время его право распространяется не на часть вещи, а проникает всюду, – в каждой материальной ее частице он имеет свою долю. Поэтому выражение "право на долю" не может быть принимаемо в смысле материальной доли вещи, так как такую нельзя и указать. Затруднение не устраняется, когда за каждым из общих собственников признается право на идеальную долю в материальной вещи, так как вещь подлежит только материальному делению, а не идеальному. Притом совокупность прав на идеальные доли не определяет еще принадлежности материальной вещи. Едва ли можно считать удачную конструкцию общей собственности в смысле совокупности долей самого права собственности. Право собственности неделимо само по себе, а представление о доле права лишено всякой юридической определенности. В действительности – право одно и принадлежит нераздельно всем субъектам, оно распространяется на всю вещь. Право каждого из собственников в отдельности имеет своим объектом только долю ценности вещи. Наше законодательство различает право всех собственников сообща на материальную вещь и право каждого из них на

идеальную долю (уст. гражд. суд., ст. 1188). Однако это не устраняет затруднений, возникающих на практике вследствие трудности конструкции общей собственности (см., например, 90, 44).

III. Возникновение. Право общей собственности возникает: 1) в силу сделки, например, при покупке сообща дома или при дарении двум сестрам одного рояля; 2) вследствие случая, создавшего нераздельное соединение вещей без соотношения главной вещи и принадлежности; 3) на основании наследования (ст. 1313). Последний случай представляется наиболее частым. Доля каждого собственника определяется также соглашением, завещанием, законом, устанавливающим наследственную долю, доказанною величиною ценности смешанных вещей. В противном случае, если доля каждого собственника не может быть с определенностью установлена, все доли предполагаются равными (79, 37; 92, 123).

IV. Взаимные отношения. Юридические отношения между собственниками обуславливаются особенностью этого вида собственности.

Пользование объектом общей собственности может быть иногда равное для всех, даже при неравенстве долей; так, например, в случае пользования общим садом, общим выгоном, водоемом. Напротив, в большинстве случаев, особенно когда пользование соединяется с экономической эксплуатацией, оно соотнобразуется с долей каждого. Доходы, получаемые от общей вещи, принадлежат всем соучастникам по соразмерности долей (ст. 545). Такому же делению подлежит приращение. Таким образом, как плоды в тесном значении слова, так и доходы, получаемые, например, от аренды, распределяются пропорционально доле каждого.

Самый способ пользования может быть установлен только с общего согласия всех собственников. Впрочем, ничто не мешает соучастникам устранить это правило соглашением, которое установило бы иной порядок, например, по решению большинства или представлением управления одному кому-либо, по общему избранию (ст. 547). В последнем случае назначенный с общего согласия управитель только общим же согласием и может быть устранен (ст. 546 и 554). Ввиду трудности достигнуть всегда согласия всех некоторые иностранные законодательства весьма разумно обязывают меньшинство подчиниться в деле пользования решению большинства (итал. гражд. код., § 678; герм. гражд. улож., § 745; швейц. гражд. улож., § 647).

Всякие расходы, падающие на вещь, находящуюся в общей собственности, должны падать на всех собственников пропорционально доле каждого. Сюда относятся различного рода повинности, налоги, уплата процентов по закладной на принадлежащую всем недвижимость (87, 29). Все поправки и вообще издержки по вещи производятся с общего согласия и распределяются также пропорционально доле каждого (ст. 545). Но если бы который-нибудь из участников отказывался от необходимых издержек, без затраты которых вещь могла бы потерять свою ценность, то подобный отказ способен вызвать ответственность его перед прочими участниками за причиненный им убыток (80, 273). Это не касается издержек только полезных, т.е. способных возвысить ценность вещи, тем менее издержек прихотливых.

Владение может совпадать с правом собственности или нет. Во всяком случае владельцами являются все соучастники по отношению к целой вещи, хотя бы она находилась в руках одного из них. Поэтому владения одного из соучастников достаточно, чтобы не допустить приобретения права собственности по давности посторонними лицами. Каждому из участников принадлежит защита владения против посторонних лиц (79, 316; 92, 75).

В практике нашей возбуждается сомнение, возможна ли защита владения одного из соучастников против другого, например, когда один из совладельцев дома изгоняется из него. Так как каждому соучастнику принадлежит владение и так как оно обнимает не определенную какую-либо часть, а всю вещь, то нет никакого основания лишать его защиты принадлежащего ему права. Наша судебная практика, проявив в этом вопросе значительное колебание, остановилась пока на решении, согласном в общем с тем, которое нами приведено (84, 92).

[В связи с этим стоит разрешение вопроса: возможно ли приобретение по давности одним из соучастников, являющимся фактическим владельцем общего имущества, долей отсутствующих соучастников? Практика совершенно правильно решает, что общее имущество предполагается состоящим во владении каждого из собственников в полном его составе и поэтому приобретение по давности долей отсутствующих невозможно, пока не будет установлено обособленного владения путем самовольного захвата со стороны фактического владельца (03, 115).]

Распоряжение в общей собственности возможно или со стороны всех в отношении к материальному объекту, или же со стороны каждого участника в отношении к принадлежащей ему доле.

а. Распоряжение первого рода возможно только с общего согласия (ст. 546, 555). Только при этом условии объект общей собственности может быть продан, подарен, заложен (ст. 1632, т. XI, ч. 2, уст. кред., р. VI, ст. 42), отдан в аренду (79, 247; 86, 69) и т.п. Однако посторонние лица, вступающие в сделки с соучастниками, затруднены в возможности узнать, достигнуто ли общее согласие или нет. Поэтому-то нашим Сенатом первоначально было высказано, что предмет общей собственности, проданный несколькими соучастниками без согласия других, не подлежит возвращению от покупателя, добросовестно приобретшего вещь (75, 531). Но постороннее лицо поступает неосторожно, не заручившись согласием всех, и нельзя из-за его неосмотрительности нарушать интересы соучастника, в сделке не участвовавшего и, может быть, не знавшего даже о ней. Сенат впоследствии изменил свой взгляд и признал подобную сделку недействительной (80, 102).

б. Со своей стороны каждый соучастник может самостоятельно распорядиться своею долею, все равно раздельно или нераздельно общее имущество. Каждый может продать, подарить, завещать или заложить свою долю, но при этом соучастники пользуются правом преимущества (ст. 555 и 1314). Закон дает им право воспротивиться переходу доли к постороннему лицу, уплатив по оценке стоимость доли. Очевидно, что соучастник, предполагающий продать свою долю, должен предупредить о своем намерении остальных собственников. Молчание с их стороны должно быть рассматриваемо как согласие на отчуждение постороннему лицу и отречение от своего права преимущественной покупки. Если не состоится добровольное соглашение относительно цены, то соучастник вправе продать свою долю на сторону, так как закон наш не дает обеспечения интересам остальных соучастников (05, 47). Переход к постороннему лицу может наступить помимо распоряжения соучастника, по праву законного наследования, также по взысканию (уст. гр. суд., ст. 1118), при конкурсе (уст. суд. торг., ст. 570), но в этих случаях другим соучастникам дано право предупредить такой переход уплатою ценности доли (contra 79, 217).

V. Прекращение. Прекращение общей собственности наступает: 1) вследствие уничтожения объекта, например, гибель парохода, пожар дома, а если вещь была застрахована, то страховая сумма распределяется между соучастниками пропорционально их долям [хотя бы страхователем являлся только один из соучастников (80, 7)]. Последнему принадлежит право требовать от остальных возмещения расходов по страхованию, которые падают на каждого собственника пропорционально его доле]; 2) так как общая собственность предполагает непременно несколько субъектов, то стечение различных долей в руках одного из соучастников в силу договора или наследования превращает общее право собственности в отдельное; 3) наконец, это отношение прекращается вследствие раздела.

Общая собственность чрезвычайно стеснительна для соучастников, и вполне естественно желание каждого из них выйти из такой зависимости. Наше законодательство различает право общей собственности в вещах нераздельных и в вещах, подлежащих разделу, и только относительно последних устанавливает положение, что никто не обязан оставаться соучастником в общем имении, если не изъявил на то согласия (ст. 550). Не следует думать, чтобы закон преграждал возможность для соучастника выйти из общения, если вещь принадлежит к составу нераздельных. Если кредиторы соучастника могут требовать выделения его доли из общей собственности (уст. гр. суд., ст. 1188), то, значит, такое право принадлежит и самому должнику (ст. 1313; 71, 557).

Раздел общей собственности происходит или на основании добровольного соглашения, которое должно быть выражено письменно за подписью всех соучастников (ст. 552), или же, в случае несогласия, на основании судебного определения. Ввиду того значения, которое законодатель придает возможности для каждого из соучастников в общей собственности выйти из этой связи, следует, кажется, признать недействительным договор между всеми собственниками, направленный к совершенному устранению возможности раздела, [не?] иначе как с общего согласия. Правда, закон говорит, что никто не обязан оставаться соучастником в общем имении, подлежащем разделу, если не изъявил на то согласия (ст. 550), но при буквальном понимании

данной статьи нетрудно прийти к заключению, что общая собственность может быть вечно нераздельной. Между тем закон мог иметь в виду согласие на временную связанность. И действительно, нет основания не признавать силы за соглашением, которым собственники отказывались бы от раздела на определенное время. Во всяком случае, вопрос этот следует признать неясно поставленным в русском законодательстве. На Западе некоторые законодательства допускают только соглашение о временной нераздельности, например, на 5 лет (франц. код., § 815), на 10 лет (швейц. код., § 650). По германскому праву допустим отказ от права требовать раздела навсегда, но при наличии уважительной причины сила соглашения отпадает (§ 749).

§ 26. Общинная [и семейная] собственность

Литература: В. В., К истории общин в России, 1902; Пахман, Обычное гражданское право в России, т. I, 1877, стр. 9–24; Лыкошин, Общинное и подворное владение (Ж. М. Ю., 1896, N 2); Лонгинов, Крестьянское подворное владение надельными участками (Жур. СПб. Юр. общ., 1898, N 9); Никонов, Домохозяин и семья (Право, 1899, N 29); Он же, Земля, община и X том (Ж. М. Ю., 1902, N 6); Тимофеев, Крестьянская усадебная оседлость, 1902; Изгоев, Общинное право, 1906; Лозина-Лозинский, Крестьянский двор (Вестн. пр., 1899, N 3 и 5); Гуляев, Крестьянский двор (Ж. М. Ю., 1899, N 4); Кассо, Русское поземельное право, 148–198. Лыкошин, О семейной собственности у крестьян (Ж. М. Ю., 1900, N 5 и 6); Карелин, Общинное землевладение в России, 1893; Качоровский, Русская община, т. I, 2-е изд., 1906; т. II, 1908; Кауфман, Русская община, 1908; Крестьянский строй, т. III, 1905; Пестржецкий, Юридическая конструкция разных форм крестьянского землепользования (Ж. М. Ю., 1905, N 6); Гуссаковский, Основные начала проекта нов. положен. о крестьянах (Ж. М. Ю., 1904, N 8–9); Гедда, Теория и жизнь (Ж. М. Ю., 1904, N 10); Пестржецкий, Крестьянский двор как субъект вотчинного права (Ж. М. Ю., 1905, N 1); Громачевский, Подворное владение и Выс. указ 9 ноября 1906 г. (Ж. М. Ю., 1907, N 4); Бутовский, Продажа и залог долей в общем имении (Ж. М. Ю., 1907, N 10); Красовский, Подворное землевладение в Виленской губ., 2-е изд., 1908; бар. Мейендорф, Крестьянский двор, 1909; Вормс, Выдел из общины по действующему праву (Вестн. пр., 1906, N 4); Он же, Реформа крестьянского землевладения и гражданское право (Вопр. права, 1910, N 1); Розенблум, Частноправовые черты надельного землевладения, 1910, N 2; Шретер, Семейная собственность у крестьян (Вестн. пр., 1911, N 4); Озерецковский, Выход из общины и права личного собственника на участие в угодьях общества (Право, 1911, N 8); Позняков, Дарение надельной земли (Вестн. пр. и нот., 1911, N 44); Павлов, Допустимость завещательных распоряжений надельной землей (Право, 1911, N 25); Мартынов, О семейной собственности у крестьян (Ж. М. Ю., 1911, N 2); Хауке, Крестьянское земельное право, 1913; Леонтьев, Крестьянское право, 2-е изд., 1914.

I. Формы крестьянского землевладения в России. На огромном пространстве русской территории встречаются самые разнообразные формы крестьянского землевладения. Огромная масса русского народа сохраняет донныне общинные начала, значительно меньшая, на юге и западе, придерживается подворного владения. Если к этому присоединить особенности права на землю отдельных категорий населения, как бассарабских резешей, башкиров, бывших колонистов половников, крестьян Закавказья, казаков различных войск, горнозаводского населения и др., то картина землевладения представит необыкновенную пестроту. Юридическая сторона этого многообразного землевладения далеко не может считаться установленною и во всяком случае мало известна.

[Из господствующих форм крестьянского землевладения – общинной и подворной – наибольшие трудности вызывает юридическая природа общинной. Она является коллективной формой, но не в этом ее отличительная черта. До аграрной реформы 1906–1910 гг. и подворное владение было коллективным, оно является таковым в некоторых случаях и теперь. Как при общинном, так и при подворном владении сельское общество составляли крестьяне, объединенные в семьи – дворы, с их своеобразным имущественным строем. Индивидуального владения, личной собственности общегражданского права на надельные земли до последнего

времени почти не существовало. Различие общинного и подворного владения заключается главным образом в характере прав на землю членов сельских обществ.]

В настоящей главе* излагаются юридические особенности общинной формы землевладения.

II. Происхождение общины. Общинное землевладение не составляет особенности русской жизни. Общинная форма была известна народам Западной Европы, она существовала в Англии, в Германии под именем марки (Маурер). Она и до сих пор сохраняется кое-где в Европе в виде остатков некогда общераспространенного типа.

Но нигде община не дала таких глубоких корней, как в России. Вопрос о ее происхождении вызвал немало споров. Одни (Чичерин, Сергеевич, Милуков) считают современную общину совершенно искусственным продуктом правительственной политики. Она создана фискальной системой и крепостным правом. Круговая порука – главная причина того коллективизма, который проявляется в общине. С другой точки зрения община представляет самостоятельную общественно-экономическую организацию, естественно выросшую из особых условий хозяйственной жизни России. Беляев доказывал, что современная община наблюдается в памятниках XVI и даже XV веков, а корни ее восходят к самой глубокой древности. Качоровский и А. Кауфман относятся отрицательно к идее государственного происхождения общины и настаивают на естественной теории происхождения общины, которая является результатом роста земельной тесноты.

Наиболее правильным надо признать тот взгляд, что община была вызвана к жизни своеобразными хозяйственными условиями великорусского быта еще в московскую эпоху, но получила широкое развитие только в XVIII веке благодаря двум факторам: стремлению к равномерной раскладке податей и генеральному межеванию, которое было приноровлено не к владению отдельного лица, а к владениям селений. Обмежеванные дачи признавались собственностью общества как юридического лица.

Русская община во многом разнится от западноевропейской. Главная и отличительная особенность русского общинного землевладения – переделы земли – отсутствует в западноевропейской общине, где общинники владеют землей в неизменной доле.]

III. Развитие законодательства. Вопрос о преимуществах общинной или индивидуальной формы крестьянского землевладения приобрел чрезвычайную важность при реформе 19 февраля 1861 г. Одни отстаивали эту форму как драгоценное наследие русской старины, другие смотрели на общину как на условие укрепления в русском народе коллективизма. С другой стороны, противники общины указывали на бесполезность поддержки формы, уже пережитой всей Европой, или даже на тормозящее влияние, оказываемое ею на развитие народного хозяйства.

Устранив выдвинутую помещиками мысль об освобождении крестьян без земли по соображениям чисто политическим, из опасения безземельного пролетариата, правительство принуждено было остановиться перед разрешением трудной задачи, следует ли сохранить установившееся общинное пользование землею или же наделить каждого крестьянина особым участком земли. Признав принципиально землю принадлежащую помещикам (общ. пол., ст. 3, изд. 1876 г.), законодатель установил меры к содействию крестьянам в приобретении ими в собственность части помещичьей земли. Главная мера состояла в оказании крестьянину кредита, при помощи которого он мог бы расплатиться с помещиком, оставаясь на много лет должником государству. Общинное пользование имело двойную выгоду с точки зрения государственной политики: оно не ломало резко жизни многомиллионной массы, и без того способной волноваться вследствие дарования свободы, а с другой стороны, при общинной связи лучше обеспечивались права государства как кредитора.

Став на сторону общинного землевладения, законодатель взглянул на него как на временную, переходную форму и открыл пути к индивидуализации земельной собственности.

Развитие законодательства по крестьянскому землевладению не остановилось на Положении 1861 г. Как закон 19 февраля определил поземельное устройство помещичьих крестьян, так Положение 24 ноября 1866 г. установило поземельные отношения государственных крестьян. В 1881 г. изданы были законы о понижении выкупных платежей и о прекращении обязательных отношений бывших помещичьих крестьян к помещикам в губерниях, состоящих на великороссийском и малороссийском местных положениях (в девяти западных губерниях

обязательные отношения были ликвидированы еще в 1863 г.); в 1885 г. издан был закон о преобразовании оброчной подати, которую уплачивали государственные крестьяне, в выкупные платежи.

Если уже Положение 1861 г. отразило в себе колебания общественной мысли по вопросу о преимуществах общинной или индивидуальной формы землевладения, то в дальнейшем законодательном движении это колебание принимало все большие размеры, отражая на себе главным образом виды текущей политики. Еще в 1869 г. местной администрации выражено было неодобрение за обнаруженное с ее стороны поощрение перехода крестьян от общинного пользования к подворному. Особенное смущение вызывал п. 2 ст. 165 пол. о выкупе, который позволял члену общины (причем ст. 165 касалась только бывших помещичьих крестьян) требовать выдела ему в собственность его надела по внесении причитающейся на его долю выкупной суммы. Закон 8 июня 1893 г. о земельных переделах и закон 14 декабря 1893 г. о мерах к предупреждению отчуждения крестьянских наделных земель, отменивший п. 2 ст. 165, являются выразителями этого течения мысли в правительственных сферах.

В последнее время, однако, политика правительства изменилась. Под влиянием событий, связанных с манифестом 17 октября, издан был закон 3 ноября 1905 г., имеющий своей целью ослабление и полное прекращение выкупных платежей к 1 января 1907 г. Затем, встречая дружное оппозиционное настроение среди крестьянства, правительство издало, в порядке ст. 87, указ 9 ноября 1906 г., открывающий широкий простор для ликвидации общинного землевладения предоставлением отдельным домохозяевам права требовать обязательного выделения их наделов в частную собственность. Этим предполагалось создать класс мелких собственников, которые бы оказались заинтересованными в поддержании частного землевладения. Наконец, закон 14 июня 1910 г., вместе с Положением о землеустройстве 29 мая 1911 г., одобренные Государственной Думой и Государственным Советом и утвержденные Государем Императором, окончательно ввели в крестьянское землевладение новые начала, направленные к полному преобразованию строя крестьян, который покоился на общинных началах. До сих пор Россия делилась на местности с общинным и местности с подворным землевладением. Теперь по новому закону обе формы могут в одной и той же местности переплетаться самым причудливым образом, возбуждая немалое смущение в правосознании крестьян.

Законодательство по крестьянскому землевладению, заключенное в особое приложение к т. IX Свода Законов, изд. 1902 г. (по прод. 1912 г.), по своей дробности, противоречивости, смешанности основных точек зрения и юридических представлений в высшей степени затрудняет понимание юридической природы общинной собственности, которая существует в настоящий момент в России.

IV. Определение понятия. Общинною собственностью называется право собственности на землю, принадлежащее обществу сельских обывателей, отдельные члены которого имеют лишь право совместного или обособленного пользования ею.

Следовательно, общинная собственность характеризуется следующими признаками: а) субъектом права собственности является союз сельских обывателей как юридическое лицо; б) объектом права собственности может быть лишь недвижимость и притом только земля, находящаяся вне черты городов или местечек; в) членам союза как дестинаторам принадлежит пользование землею или сообща, или особо на отведенном каждому участке.

а. Союз сельских обывателей, представляющих в своем единении юридическое лицо, совпадает в громадном числе случаев с сельским обществом, понимаемым, конечно, не в административном его значении, а в хозяйственном. Интерес, связующий их в одно, — это совместное обладание землею, полученною в наделе или позднее приобретенною по сделкам. Возможны, однако, случаи, когда общинный союз не совпадает с сельским обществом: он может быть уже и шире. В пределах одного сельского общества может существовать несколько поземельных союзов-селений (однопланые селения), являющихся тогда каждое отдельным юридическим лицом. Поземельный союз может охватывать части различных сельских обществ, и тогда юридическое лицо не совмещается с границами какого бы то ни было одного сельского общества.

b. Общинное право распространяется на землю, называемую мирскою (пол. крест. влад., изд. 1902 г., ст. 18), а именно: на пашни, леса, луга, выгоны, воды. Оно не касается усадебной земли каждого крестьянского двора, которая и при общинном пользовании мирскою землею остается в потомственном пользовании проживающего в том дворе семейства и переходит к наследникам согласно существующему в каждой местности обычному порядку наследования (там же, ст. 15). Но общинное право распространяется на мирскую усадебную землю, которая состоит в черте селения и не принадлежит к усадебным участкам крестьянских дворов (ст. 17).

с. Участие в пользовании общинной землею принадлежит членам земельного союза, которые получили право на то по актам земельного устройства. Но сельское общество вправе принимать в свой состав и других лиц податных сословий [причем оно обязано предоставить им право на участие в мирском наделе (ук. 2 деп. Сен. 11 янв. 1907 г., N 64); приписка без наделения землею возможна только к волости, но не к сельскому обществу (ук. 2 деп. Сен. 8 окт. 1910 г., N 5969)]. Женщины по общему правилу не принимаются в соображение при распределении земли, которая нарезывается по мужским душам. Сенат поэтому признал, что женщины не вправе требовать от общины наделения их общинною землею (ук. 2 деп. Сен. 1892 г., N 325), исключая, впрочем, те случаи, когда по местным обычаям женщины допускаются к участию в пользовании землею в качестве домохозяек (ук. 2 деп. Сен. 18 мая 1910 г., N 3687; 17 дек. 1908 г., N 5942 и др.).

IV. Юридическая природа. Вопрос о юридической природе общинного права составляет предмет спора в русской литературе.

Несомненно, что своеобразность той формы землевладения, которая носит название общинного, уже сама по себе порождает трудности. Но, сверх того, положительное законодательство, вмешиваясь в жизнь общины по соображениям главным образом текущей политики, вносило в него столько противоречивых черт, что вполне понятна неустойчивость точки зрения на сущность общинного права [Субъектом права на землю является согласно законам гражданским общество сельских обывателей (ст. 414, п. 3). Правда, в примечании к ст. 555 законов гражданских отношение сельского общества к земле характеризуется как общее владение сельских обывателей, но это примечание составлено самими кодификаторами и не имеет силы закона. Согласно нормам крестьянского законодательства] "когда земля выкуплена целым сельским обществом, то она признается собственностью всего общества" (пол. о вык., ст. 107; ср. общ. пол., ст. 10); "земля, приобретенная сельским обществом на основании выкупной сделки или выкупного акта, предоставляется, под названием мирской земли, в собственность того общества" (пол. крест. влад., изд. 1902 г., ст. 9). [Община через посредство общего собрания – схода – своих членов решает все дела, связанные с порядком пользования общинными землями (общ. пол., ст. 62, п. 8).] Вся совокупность постановлений законодательства наводит на представление, что только община имеет право на мирскую землю, и ни один крестьянин не может указать той части, ни физической, ни идеальной, которая бы принадлежала лично ему, независимо от той доли участия в пользовании, какая будет предоставлена ему обществом. И в то же время ст. 165 (п. 2), действовавшая до закона 1893 г., и ст. 9 нового закона 14 июня 1910 г., предоставляющие члену общины право на выдел, подрывают представление об общине как о юридическом лице и наталкивают на мысль об общей собственности.

Среди русских цивилистов Победоносцев выступает с отрицанием представления о праве общины как об общей собственности и как о юридическом лице. "От общего владения имуществом отличается общественное или общинное владение, имеющее совершенно иной характер". "Вместе с тем владение общины не есть владение лица идеального, юридического". "Не община составляет субъект права, а все ее члены суть субъекты права, и владение общины выражается, обнаруживается не в ином чем, а именно во владении всех ее членов". Однако эта точка зрения совершенно не выясняет нам, что же юридически связывает в одно всех членов общины, если они, а не община, субъекты прав на землю?

Близко ко взгляду Победоносцева примыкает представление Изгоева: "Если чье-либо юридическое сознание не может представить себе земли без собственника, то, очевидно, собственником крестьянских земель, так сказать, верховным собственником, является никак не община, а одно только государство". Крестьянам принадлежит право пользования, а потому "общинное пользование исключает возможность отчуждения крестьянской земли". Как же

осуществляет крестьянин свое право пользования? Захват становится неудобен с ростом населения. "И вот, крестьяне-домохозяева одного района собираются на сход, образуют временно юридическое лицо, которое и должно разграничить и распределить участки". Таким образом, община вовсе не субъект права на землю – "это своеобразный межевой чиновник, творящий волю обычного права". Вся эта конструкция представляется необыкновенно искусственной. Верховное господство государства над территорией нельзя никак смешивать с правом собственности на землю; положительное законодательство вопреки утверждению Изгоева устанавливает право отчуждения крестьянской земли; образование временного юридического лица совершенно не согласуется с той жизненной потребностью, ради которой создаются субъекты права; совсем непонятно, в силу чего образуется это временное юридическое лицо; если сама община не имеет прав на землю, то на основании чего выступает она в качестве распределителя ее между крестьянами. Все эти вопросы остаются без ответа.

Нельзя признать удовлетворительными и попытки обойти трудность вопроса сочетанием разных представлений или их ослаблением. Никакой определенности не содержится в утверждении, что субъектами права на одну и ту же землю являются одновременно и община, и крестьяне (Пахман). Не разрешает недоумений и утверждение, что если община и юридическое лицо, то во всяком случае особого рода (Кавелин), или что субъект права не община как юридическое лицо, а отвлеченная идея (Лешков).

Остается примкнуть к тому взгляду, что в общинном праве мы имеем перед собою право, принадлежащее юридическому лицу (Леонтьев, Вормс). Такова идея общины как сложившегося исторически жизненного явления. [Это вытекает и из совокупности прав, принадлежащих сельскому обществу. Отдельные общинники имеют только членское право на пользование землей на срок и на основаниях, устанавливаемых органом общины – сходом.] В то же время надо признать, что законодательство своим вмешательством с целью разрушения общины во многом подрывает чистоту этого представления.

VI. Внутренние отношения в общине. Права сельского общества на мирскую землю выражаются прежде всего в праве распоряжения. Несмотря на многочисленные сомнения, возбуждаемые текстом законов, содержащихся в положениях о крестьянах, следует признать, что в основе общинного права лежит право собственности. [Как бывшие государственные крестьяне Европейской России, так и бывшие помещичьи крестьяне, последние с прекращением обязательных отношений и переходом на выкуп (пол. о вык., изд. 1876 г., ст. 37) приобрели в составе своих обществ несомненное право собственности на мирскую надельную землю.] Следует, однако, признать, что для общинного права совсем не характерна наличность права собственности: общинное землевладение возможно и там, где община не имеет права собственности на землю, а получает ее в пользование от государства (как, например, бывшие государственные крестьяне в Сибири) или даже от частных лиц по договору аренды.

Как собственник, сельское общество вправе отдавать принадлежащую ему землю в аренду посторонним лицам. [И подобные случаи нередки в тех местностях, где население занимается главным образом не земледелием, а торговлей, как, например, в селе Лыскове, или ремеслами, как в Кимрах, Павлове и др.]

[Право отчуждения своей надельной земли сельскими обществами подверглось по закону 14 декабря 1893 г. известным ограничениям: приговор сельского общества о продаже должен быть постановлен с согласия не менее двух третей всех крестьян, имеющих право голоса на сходе и утвержден губернским присутствием. Если стоимость отчуждаемого участка превышает 500 руб., то требуется еще разрешение министра внутренних дел по соглашению с министром финансов; при отчуждении для горнопромышленных целей требуется, кроме того, согласие Главноуправляющего землеустройством и земледелием (общ. полож., ст. 18). Тот же закон запретил крестьянским обществам отдавать надельную землю в залог частным лицам и учреждениям; ныне согласно закону 5 июля 1912 г. надельная земля может быть закладываема в Крестьянском Поземельном Банке (уст. кред., разд. VII, изд. 1912 г., ст. 140–159).] Разработка недр земли, принадлежащей крестьянам, подлежит также ограничениям: а) если разработка недр земли предоставляется члену общества, общественный приговор нуждается в утверждении земского начальника, б) если разработка недр предоставляется постороннему лицу, приговор требует

утверждения губернского присутствия. Деньги, получаемые за эксплуатацию недр, только в одной трети поступают к собственнику, т.е. обществу, в мирской его капитал, а две трети обращаются в правительственные или гарантированные правительством процентные бумаги и вносятся на хранение в учреждения Государственного Банка; сельское общество пользуется процентами с этих бумаг, а капитальная сумма может быть употреблена лишь на приобретение общественной недвижимости (общ. пол., ст. 16, прим., прил., ст. 2, 5 и 10).

Пользование землею, принадлежащею сельскому обществу, представляется различным. Некоторые части земли состоят в общем пользовании – таковы пастбища, воды, леса, иногда луга. Напротив, пахотная земля разделяется между членами общества с периодическими переделами (пол. крест. влад., изд. 1902 г., ст. 18, прим.). Разверстку общинной земли между общинниками совершает сельский или селенный сход. Основанием для разверстки могут служить различные начала: разверстка по числу ревизских душ, по наличным мужским душам, по взрослым работникам, по едокам. Не исключается, однако, возможность совместного пользования и пахотною землею – общественные запашки.

Ранее внутренний порядок пользования землею со стороны сельских обывателей представлен был исключительно усмотрению самого собственника – сельского общества. Переделы земли допускались по приговору 2/3 всех домохозяев (пол. великорос., ст. 114, изд. 1876 г.) и совершались в действительности весьма различно – одни общества переделывали земли в короткие промежутки, другие – в более долгие, иные вовсе не приступали к переделу со времени реформы. В настоящее время в силу закона 8 июня 1893 г. [(ныне общ. пол., ст. 24–37; их действие распространяется, однако, только на местности, где введено Положение о земских участковых начальниках, в прочих местностях свобода переделов по-прежнему не ограничена)] общий или коренной передел общинной земли поставлен под контроль администрации. Срок передела установлен не менее 12 лет; [впрочем, досрочный передел возможен с разрешения губернского присутствия, а при выделах участков в личную собственность в порядке Положения о землеустройстве (т. X, ч. 3, изд. 1912 г., ст. 36 и 37, п. 1) – и без испрошения такого разрешения (пол. земл., ст. 38; общ. пол., ст. 29, прим., по прод. 1912 г.)]. Приговор сельского схода об условиях передела вступает в силу только по проверке его на месте земским начальником и по утверждении уездным съездом. Неутверждение приговора может наступить вследствие несогласия его с законами, явного ущерба для сельского общества и нарушения законных прав отдельных его членов. В последнем случае закон допустил, по-видимому, юридическую ошибку, смешав интересы членов общества с законными правами их, потому что при переделе может быть нарушение только первых, а не вторых. Притом нарушение прав члена общины сделало бы приговор несогласным с законом, и тогда п. 3 слился бы с п. 1.

Со времени приведения в действие приговора об условиях передела до утверждения нового по тому же предмету приговора участки отдельных домохозяев не могут быть отбираемы обществом ни в полном составе, ни по частям, за исключением случаев: 1) смерти домохозяина, увольнения его из общества, высылки по суду или общественному приговору, или безвестной его отлучки и оставления хозяйства без попечения, если притом после умершего или выбывшего лица не осталось в обществе членов семейства, за которыми участок мог бы быть оставлен; 2) отказа самого домохозяина от пользования землею и 3) неисправности его в платеже повинностей (общ. пол., ст. 33). В таких случаях оставшиеся участки могут быть или переданы другим домохозяевам, или сохранены в общественном пользовании в виде мирских оброчных статей (общ. пол., ст. 34).

Сельское общество может расширить объем принадлежащей ему земли посредством покупки, приобретения по дарению, завещанию (общ. пол., ст. 10). Земля, вновь приобретенная от имени юридического лица, должна составить собственность этого последнего, притом без признака надельности, хотя бы она была приобретена через Крестьянский Банк. Но закон и здесь вызывает недоумения, давая постановления, применимые к общей собственности: так, например, закон говорит о возможности для каждого крестьянина уступить свое "право" на участие в общем владении "собственностью" постороннему лицу с согласия мира (общ. пол., ст. 11). Каждый крестьянин имеет право требовать, чтобы из состава земли, приобретенной в общественную собственность, ему был выделен в частную собственность участок, соразмерный с долей его участия в приобретении этой земли, или же, если такой выдел окажется неудобным, то

удовлетворения его деньгами (общ. пол., ст. 12). Но участие в приобретении не существует, например, при безвозмездном получении крестьянским обществом земли от постороннего. Притом такой выдел совсем не согласуется с волею дарителя или завещателя, который имел в виду предоставить землю всему обществу.

[Статьи 11 и 12 общ. пол., созданные первоначально для нормировки внеадельного землевладения, распространяют свое действие на надельные земли по выплате за последние выкупной ссуды (пол. о вык., ст. 106). С этого момента общинники получали право на основании ст. 12 требовать выдела участка из общинной земли, но община могла отказать им в этом и удовлетворить деньгами. После указа 9 ноября 1906 г., изданного якобы в развитие ст. 12, но на деле построенного на совершенно ином принципе, ст. 12 сохранила свое значение только для внеадельных земель.]

VII. Современное состояние общины. Взгляд на общинную собственность как на современную форму, переходную к индивидуальной собственности, более всего выразился в постановлениях закона о превращении общинной собственности в частную подворную. Каждому сельскому обществу предоставлялось заменить общинное пользование наследственным, т.е., отменив переделы и разверстку мирской земли, разбить ее раз и навсегда на подворные участки и раздать их домохозяевам в потомственное пользование (в собственность). Теперь по закону 14 июня 1910 г. не только дозволяется обществам, дошедшим до известного экономического развития и проникшимся индивидуалистическим мировоззрением, перейти естественным путем к частной собственности, но такой переход производится силою закона. Общества и имеющие отдельные владения селения, в которых не было общих переделов со времени наделения их землею, признаются перешедшими к подворному владению [(общ. пол., ст. 171 по прод. 1912 г.), т.е. лишаются права собственности на мирскую надельную землю; она поступает в личную собственность домохозяев или в подлежащих случаях в общую собственность их с другими членами семьи]. Закон оставляет невыясненным, что значит "признаются", т.е. перестает ли община быть таковой или принимаются соответствующие меры в административном порядке? По-видимому, Положение 29 мая 1911 г. о землеустройстве, противопоставляя общества, перешедшие к подворному владению, обществам, признанным перешедшими согласно закону 14 июня 1910 г., предлагает в форме аутентического толкования разъяснение во втором смысле (ст. 42). В обществах и селениях, производящих общие переделы, каждый домохозяин, владеющий землею на общинном праве, может во всякое время потребовать укрепления в личную его или в подлежащих случаях в общую с другими членами семьи собственность причитающейся выходящим из общины части означенной земли (общ. пол., ст. 172).

В стремлении утвердить личное начало за счет общинного, укрепить положение сильных крестьян за счет слабых законодатель решил, невзирая на традиции, ликвидировать исконное общинное землевладение словом закона, где не было переделов, и волею отдельных крестьян, где переделы были. При этом, не считаясь со ст. 77 Основного Закона, объявляющей неприкосновенность собственности, законодатель прибегает для осуществления своей цели к двойной экспроприации: а) общинной земли в пользу отдельных членов общины и б) участков надельной земли, отведенных в личную собственность одних крестьян в пользу отрубков, создаваемых для других.

Задача расселения крестьян по отрубам и хуторам встретила затруднение в чресполосности крестьянского землевладения с частным землевладением. Положение 29 мая 1911 г. вовлекает в процесс переустройства и земли, не принадлежащие сельским обывателям, и притом не только при согласии землевладельцев, но и принудительно. Разверстание чресполосности отдельных отрубных владений крестьян и других сельских обывателей со "всякого рода" прилегающими владениями производится по добровольному соглашению, а при отсутствии такого – в обязательном порядке (ст. 48). К делу разверстания могут быть привлечены "всякие, без изъятия, чресполосные земли, независимо от того, кому они принадлежат" (ст. 50). Едва ли возможно, отстаивая личное начало перед общинным, дать большее применение общественному началу перед частным.

К этому следует еще присоединить то, что все споры, возникающие собственно из землеустройства, не исключая и споров о границах подлежащих землеустройству земель,

разрешаются землеустроительными учреждениями. Разрешенные в этом порядке споры не могут быть возбуждаемы вновь в судебных установлениях (пол. 29 мая 1911 г., ст. 18).

VIII. Права члена общины. Рассмотрим теперь права отдельного члена сельской общины.

Прежде всего, крестьянину принадлежит право на его усадебную оседлость. Принадлежит ли ему право собственности на этот участок или же только наследственное пользование участком, на который право собственности следует признать за общиной?

Сомнение возбуждалось тем, что раньше закон говорил о "наследственном пользовании" усадебной землей (пол. великорос, ст. 110, ныне пол. о крест. влад., ст. 15). Допущению права собственности препятствовали Высочайше утвержденные в 1873 и 1879 гг. мнения Государственного Совета, которыми за земскими собраниями признано было право распланировывать выгоревшие селения, не стесняясь границами усадебных участков. Закон 14 июня 1910 г. все эти сомнения устраняет решительным заявлением, что усадебные участки при общинном землевладении составляют личную собственность домохозяев (ст. 47, ныне общ. пол., ст. 374). Ввиду этого нашу административную практику признано, что для доказательства права собственности на усадебные участки достаточны удостоверительные приговоры, полученные от общества, или определения волостных судов, постановленные в охранительном порядке.

Как общиннику, крестьянину принадлежит: а) право постоянного совместно с другими пользования в отношении выгонов, водопоев, леса и б) право временного отдельного пользования пахотною землею и иногда лугами. Пользование участком земли, предоставленным временно от общества возможно или личною обработкою, или же посредством отдачи его в аренду другим лицам из той же деревни или посторонним [но последним только с согласия общества (общ. пол., ст. 11; пол. о вык., ст. 112; реш. о с., 87, 9; 87, 97)]. Хозяйственное улучшение полученного в пользование участка способно встретить затруднения в опасении каждого обывателя, что при переделе его земля перейдет к другому и таким образом затраченный труд и капитал не будут возмещены. Ввиду этого закон 8 июня 1893 г. постановил, что при всяком переделе крестьянам, улучшившим качества своего надела посредством удобрения земли, осушения ее, устройства орошения или иным способом, а равно правопреемникам этих крестьян (т.е. наследующим участок) надел предоставляется по возможности в прежнем месте. При невозможности этого означенным лицам или отводится надел равного качества с прежним, или в случае отвода земли худшего качества назначается вознаграждение, производимое посредством соответственной сбавки в уплате повинностей, или на иных основаниях (общ. пол., ст. 32).

В правах членов общины на отведенную им в пользование пахотную землю закон 14 июня 1910 г. произвел коренное изменение, признав за ними [вернее, только [за] некоторыми из них право требовать обязательного выделения им участков общинной земли. В то время как ст. 12 общ. пол. давала всем членам сельского общества только обязательственное право требовать выдела, предоставляя обществу удовлетворять их вместо земли деньгами, закон 14 июня признает за домохозяевами как бы вещное право на общинную землю и устраняет возможность денежной компенсации со стороны сельского общества]. Каждый домохозяин, владеющий надельною землею на общинном праве, может во всякое время требовать укрепления ее в личную или в подлежащих случаях в общую собственность (общ. пол., по прод. 1912 г., ст. 179). Как видно из текста, это право принадлежит только домохозяину, но не другим членам неразделенной семьи; женщина-домохозяйка уравнивается в этом отношении с мужчиною. Объект укрепления в собственность составляют участки общинной земли, состоящие в бесспорном, постоянном (не арендном) пользовании домохозяина ко времени подачи им заявления об укреплении (ст. 1715), а там, где пользование землею основано на приговорах об общих переделах, все участки общинной земли, предоставленной ему в постоянное, впредь до следующего передела, пользование, если только в семье не уменьшилось количество разверсточных единиц (ст. 1711). В случае уменьшения количества этих единиц, находящийся в пользовании домохозяина излишек земли укрепляется за ним лишь при условии доплаты за лишнюю землю (ст. 1712). Порядок укрепления заключается в следующем. Требование о выделе заявляется через старосту обществу, которое в приговоре, постановляемом простым большинством, определяет участки, поступающие к домохозяину, долю его участия в угодьях, доплаты за излишек. Если общество в укреплении

отказывает или в течение 30 дней приговора не постановит, то по ходатайству домохозяина дело переходит к земскому начальнику. Как общественный приговор, так и постановления земского начальника об укреплении в личную собственность участков общинной земли представляются на утверждение уездного съезда, которое имеет значение окончательного постановления (ст. 1722–1729). Последствия укрепления сводятся к тому, а) что собственники укрепленных за ними участков, как и члены их семьи, лишаются права участия в оставшейся в общинном владении надельной земле (ст. 1710); б) за ними сохраняется, однако, право пользования в неизменной доле сенокосными, лесными и другими угодьями, а также право участия в пользовании мирскою усадебною землею, проездами, прогонами, выгоном, водопоем, пастбищем и пр. (ст. 1717 и 1719); в) право на разработку недр в укрепленном участке, за исключением добычи неогнеупорной глины, песка, торфа, строительного и бутового камня, сохраняется за обществом (ст. 1720). Удостоверением права собственности на укрепленные участки служат для домохозяина [удостоверительные и укрепительные приговоры сельских сходов, удостоверительные акты и постановления земских начальников, решения волостных судов, копии постановлений землеустроительных комиссий и т.п. (общ. пол., ст. 233, по прод. 1912 г.; пол. земл., ст. 122)]. Помимо того, что многие из этих документов, имеющих значение крепостных, вызывают сомнение в их достоверности, они к тому же не все отмечаются в реестре крепостных дел; вследствие этого выделенные в личную собственность участки продолжают числиться собственностью общины и могут быть проданы одновременно как общиною, так и выделившимся, что, конечно, подрывает доверие к крепостным актам].

Каждый домохозяин, за которым укреплены участки надельной земли в указанном порядке, имеет право требовать, чтобы общество выделило ему взамен этих участков соответственный участок к одному по возможности месту (отрубное владение). Таким образом, приобретенное уже право собственности оказалось лишенным индивидуального объекта. Еще более поразительно то, что приобретенное право на укрепленный участок лишено всякой обеспеченности, потому что не только сам собственник может требовать замены укрепленных за ним участков отрубным участком (пол. земл., ст. 35; общ. пол., ст. 1733, прил., ст. 1 по прод. 1912 г.), но и общество без согласия на то собственника укрепленных участков может, если того потребует больше половины домохозяев, остающихся при общинном владении, потребовать замены укрепленных за выделившимся домохозяином участков другим участком, отведенным к одному месту (пол. земл., ст. 37; общ. пол., ст. 1733 прил., ст. 5 по прод. 1912 г.).

Участки, укрепленные в личную собственность, подчиняются как до, так и после выдела их к одному месту действию правил о надельных землях (общ. пол., ст. 1734 по прод. 1912 г.). Характера надельной земли отрубной участок лишается лишь тогда, если он образован при совместном разверстании надельной и вненадельной земли, да и то по желанию собственника такой участок также может быть признан надельным (полож. земл., ст. 3). Надельная земля отличается следующими юридическими особенностями: 1) Надельная земля не может быть продана лицам, не приписанным к сельским обществам (общ. пол., ст. 19), за исключением: а) случая отчуждения земли для промышленных целей (ст. 19, прим. 1), б) случая отчуждения на общепользные надобности, как-то: под устройство лечебниц, богаделен, приютов, школ и зданий крестьянских учреждений (по прод. 1912 г., ст. 221); в) случая продажи с торгов надельной земли, заложенной в Крестьянском Банке, когда на вторые торги допускаются лица всех состояний (закон 5 июля 1912 г., ныне уст. кред., разд. VII, изд. 1912 г., ст. 159). Но даже в отношении покупателя из крестьян существует ограничение размера сосредоточиваемых в одних руках в пределах одного уезда путем покупки (или дара) надельных земель, а именно – не свыше 6 душевых наделов в губерниях великороссийских и малороссийских, 3 усадеб в губерниях юго-западных и т.д. (по прод. 1912 г., общ. пол., ст. 191). 2) Надельная земля не может быть заложена частным лицам и частным учреждениям (общ. пол., ст. 20). 3) Надельная земля не может быть дарима (общ. пол., ст. 19) посторонним лицам, но и лицам, приписанным к сельскому обществу, может быть предоставлена по дарственной сделке при условии: а) чтобы в одних руках не сосредоточивалась земля свыше указанного законом размера, б) чтобы даримая земля не имела у дарителя родового характера. [4) Вопреки часто высказываемому утверждению следует признать, что переход по наследству надельных участков, принадлежавших умершему на праве собственности, к лицам

других сословий законом не воспрещен (ук. 2 деп. 26 янв. 1898 г., N 315; ук. 1 о. с. 29 окт. 1907 г., N 4856), но а) такому переходу может воспрепятствовать местный обычай (общ. пол., ст. 13) и б) надельные участки, хотя бы и перешедшие в порядке наследования к посторонним лицам, сохраняют надельный характер (ук. 2 деп. 22 сент. 1903 г., N 5120).] 5) Надельная земля не подлежит взысканиям на основании решений судебных мест, а потому не может быть продана с торгов за долги собственника ее (общ. пол., ст. 20).

IX. Крестьянский двор. Кто субъект права на участок надельной земли – домохозяин или вся его семья? Этот вопрос одинаково возникает как при общинном, так и при подворном владении. Сомнение было возбуждено невыдержанностью терминологии нашего крестьянского законодательства, где, с одной стороны, говорится о домохозяине, о крестьянине-собственнике, о личной собственности (пол. о вык., изд. 1902 г., ст. 116), а с другой – указывается на крестьянский двор (пол. о вык., ст. 76; пол. о крест. влад., изд. 1902 г., ст. 15), на крестьянское семейство (пол. о крест. влад., ст. 66, 101, 148).

В первое время после реформы 1861 г. Сенат склонен был представлять себе крестьянскую семью наподобие семьи, обрисованной общими гражданскими законами. Но к 90-м годам взгляд этот стал изменяться. Сенат отверг личную собственность домохозяина и выдвинул на место ее общую собственность членов семьи. "Не только при общинном, но и при подворном владении усадебный и полевой надел составляет не личную собственность домохозяина, на которого участок записан в актах, а общую собственность всего крестьянского двора или семейства. Старший член семьи, домохозяин, является только представителем двора перед сельским обществом и правительством" (о. с. 98, 2; 81, 161; 82, 147; 84, 67 и др.). Но если это общая собственность, то члены семьи должны иметь определенные, равные или неравные, доли, и распоряжение имуществом возможно лишь с общего согласия. Между тем Сенат систематически отрицал всякие притязания членов семьи на распоряжение надельною землею и признал для домохозяина возможность самостоятельно отчуждать ее или отдавать в аренду (93, 91). Уклоняясь от выводов, какие получаются при построении крестьянского двора как общей собственности, Сенат признал, что крестьянская семья – это трудовой союз, обладающий семейным имуществом, распоряжение которым принадлежит домохозяину, будет ли им родитель или старший брат, даже дядя. При конструировании этого своеобразного субъекта Сенат готов был видеть в крестьянском дворе юридическое лицо (о. с., 97, 29), но потом предпочел смотреть на него как на "хозяйственно-юридический союз" особого рода (о. с., 00, 27). Юридическая ясность все же мало этим достигалась, а главное оставалось невыясненным, где основание такой конструкции. Сам Сенат, по-видимому, склонен был опираться на закон, но закон не нормировал внутренних отношений семьи и не давал оснований признать семью юридическим лицом; на обычном праве Сенат не пробовал основываться, и едва ли такая попытка увенчалась бы успехом, ибо обычай отнюдь не считал двор юридическим лицом, совершенно независимым от членов семьи, его составляющих. Выдвигалось предположение рассматривать крестьянский двор как нечто подобное исторической *zug gesamten Hand*, поддержанной германским и швейцарским законодательствами. *Gesamten Hand* отличается от общей собственности тем, что в ней нет долей участия, и выбытие одного члена дает место не наследованию после него, а приращению объема участия других членов. Но перенесение такого института на наш крестьянский двор стало бы в противоречие с семейным разделом, признанным по закону 1886 г., и с выделом члена семьи соразмерно его трудовому участию, признанным по обычаю.

[Если семьи как таковые нельзя признать самостоятельными субъектами права на надел, то и признание таковыми домохозяев противоречит многочисленным постановлениям законодательства, говорящим о наделении семейств, об обеспечении всех крестьян, а не только домохозяев, землею и т.п.

За последнее время на основании исторических данных и исследований обычного права пытаются доказать, что субъектами права на надел были все члены сельских обществ в составе своих семей, но не домохозяева; усадебная же земля при общинном и вся надельная земля при подворном землевладении составляли семейную собственность, отличную от *gesamte Hand* и имевшую общие черты с задругой южнославянских земель. Исторически это доказывается тем, что в крестьянских семьях долго сохранялась общность имущества, составители же положений

1861 г. внутренних имущественных отношений не меняли и распространили общегражданские нормы только на личные отношения в семье. Наделение производилось по числу ревизских душ в семье. Термин "личная собственность", встречающийся в положениях 1861 г., употребляется лишь для противопоставления общественной собственности (пол. о вык., изд. 1902 г., ст. 129). Затем закон говорит об отдельных членах общества, не домохозяевах, имеющих участие в наделе (общ. пол., изд. 1902 г., ст. 12; изд. 1876 г., ст. 138). Ответственность за взнос податей и недоимок возлагается на всех членов семьи (общ. пол., изд. 1902 г., ст. 208, 251, 290). Против того, что субъектом права на надел является домохозяин, говорит и то постановление закона, согласно которому неисправный домохозяин может быть смещен и заменен другим (пол. о вык., изд. 1876 г., ст. 127); между тем такого способа лишения имущественных прав гражданское право не знает. Наибольшее подтверждение взгляд о принадлежности надельного имущества всем членам семьи находит себе в законе 1886 г. о семейных разделах (общ. пол., ст. 38–46; действие их приостановлено указом 5 окт. 1906 г.). Статья 38 гласит: "Семейство, желающее разделиться на самостоятельные хозяйства, обязано заявить о том сходу..." Такое положение возможно только при признании за членами семьи права на надельное имущество, так как раздел при жизни единоличного собственника невозможен.

Соответствуя ближайшим образом нашему законодательству, этот взгляд не разрешает, однако, многих трудностей, вызываемых конструкцией семейной собственности.]

Закон 14 июня 1910 г. на первый взгляд устраняет надобность в разрешении этих затруднений в отношении крестьянского землевладения, построенного не на общинных началах. Участки земли, укрепленные в собственность из общинных земель, принадлежат лично домохозяину, который поэтому один сохраняет право распоряжения ими. В тех случаях, когда участки находятся в нераздельном владении матери и детей или нескольких лиц, не состоящих между собою в родстве по прямой нисходящей линии, они составляют общую их собственность (зак. 14 июня, ст. 47 и 48, ныне общ. пол., ст. 374 и 375 по прод. 1912 г.). Таким образом, идея семейной собственности, казалось бы, устранена, однако, не вполне [Закон 14 июня не определил ни круга лиц, имеющих право на долю в общей собственности по ст. 48, ни размера долей отдельных участников. Для решения первого вопроса надо признать, что крестьянская семья по-прежнему является не только кровным, но и трудовым союзом, и право на долю имеют все те члены семьи, хотя бы не родственники, за которыми до реформы признавалось право на участие в пользовании наделом. Безусловно исключаются из участия в общей собственности нисходящие домохозяина, и они по толкованию практики не могут быть занесены в укрепительный акт даже с его согласия, – запрет, не известный общегражданскому праву и опирающийся не на закон, а на ту цель, которую преследовали его творцы. Наиболее простым разрешением второго вопроса было бы признание за всеми членами семьи права на равную долю, как это признается за лицами, совместно приобретшими имущество, если доли не указаны в акте приобретения (92, 123). Против этого решительно восстал Сенат, который, руководствуясь мотивами к закону и примечанием к ст. 555, признал, что общая собственность, установленная ст. 48 закона 14 июня, совершенно отлична от общегражданского института общей собственности, поэтому размер долей определяется обычаем, и доли эти до раздела не могут быть отчуждаемы (о. с., 11, 31). Выводы эти покоятся на ложной основе и влекут за собой новые трудности. Так, с одной стороны, все члены семьи имеют по ст. 48 закона право на землю, с другой стороны, обычай может за некоторыми из них его не признавать; определение долей явится тогда для суда неразрешимой задачей. Кроме этих затруднений,] там, где сохраняется общинное землевладение, остаются и все прежние, потому что новый закон признал личную собственность домохозяина при этой форме хозяйства только усадебные участки (ст. 374).

§ 27. Сервитуты

Литература: Горонович, Исследование о сервитутах, изд. 2, 1904; Гусаков, К вопросу о теории сервитутного права (Журн. гр. и уг. пр., 1884, N 8–9); Анненков, Система русского гражданского права, т. II, изд. 1895, ст. 377–387; Кассо, Русское поземельное право, стр. 202–223; Абрамович, О крестьянских сервитутах в губерниях западных, прибалтийских и Ц. Польского,

1895; Личков, Новые течения в сервитутном вопросе, 1903; Дурасов, Право въезда в лес по частным сделкам (Вестн. пр., 1900, N 7); Билимович, К вопросу об упразднении сервитутов, 1911; Герман, История русского межевания, 1910; Хауке, Русское землеустроительное законодательство, вып. 1, 1910, стр. 139–141.

I. Понятие о сервитуте. Сервитут представляет собою вещное право пользования чужою вещью в интересе определенного лица.

а. Характерную черту сервитута составляет прежде всего принадлежащее ему вещное свойство. Право пользования чужою вещью связывается с последнею, а не с субъектом права собственности, а потому, к кому бы и по какой бы сделке вещь ни перешла, это обстоятельство не влияет на силу сервитута. С этой стороны сервитут противопоставляется пользованию чужою вещью, которое основано на обязательственном отношении, на договоре найма, потому что здесь право пользования стоит в зависимости от лица собственника.

б. Сервитут дает своему субъекту право пользования чужою вещью, которое имеет различный объем. Оно весьма обширно в пользовании, оно весьма незначительно в праве примкнуть плотину к чужому берегу. Но каков бы ни был объем пользования, предоставляемого субъекту сервитутного права, во всяком случае он меньше объема прав собственника. Сервитут есть право на частичное пользование вещью, пользование ею в том или ином строго определенном отношении. Пользование чужою вещью предполагается согласным с тем назначением, которое имеет вещь при установлении сервитута. Поэтому даже при наиболее широком объеме пользования субъект сервитутного права не может изменять назначения вещи, например, лес превратить в пашню, жилой дом обратить в спичечную фабрику. Своим положительным содержанием как пользование выгодами чужой вещи сервитут отличается от права участия частного как ограничения собственника в свободном пользовании своею вещью, когда оно может вредно отразиться на интересах других лиц. Субъект сервитутного права вторгается в право собственника или тем, что собственник вынужден терпеть такие действия другого, которые он в силу своего права собственности мог бы устранить, или же тем, что собственник обязывается воздержаться от таких действий своих, на которые он в силу своего права собственности управомочен. На этом моменте основано деление сервитутов на положительные и отрицательные. Но сервитут не может состоять в обязанности одного лица что-либо делать в пользу другого. Например, возможен сервитут, предоставляющий собственнику одного имения собирать валежник в лесу другого имения, но уже не будет сервитута, если собственник одного имения обязывается периодически доставлять собственнику другого имения валежник из своего леса. Открывая право пользования, сервитут не распространяется на право распоряжения, потому что это право всегда остается за собственником. Однако наше законодательство допускает отступление от этого общего правила, вытекающего из существа сервитута. По русскому закону предоставление пожизненного пользования может быть соединено с правом залога (ст. 1629, п. 2), которое способно повести к отчуждению вещи помимо воли собственника.

в. Сервитут предполагает различие между субъектом права собственности на вещь и субъектом сервитутного права на нее. Поэтому сервитут распространяется на чужую вещь и не может иметь объектом свою собственную вещь (92, 11). Собственник двух смежных имений не может считаться субъектом сервитутного права, если эксплуатация одного имения требует пользования лесом, водою, выгонами другого имения, потому что такое пользование вытекает уже из его права собственности и не дает основания для выделения в особую группу прав. Подобное пользование не создает нового юридического отношения помимо того, которое существует между субъектом права собственности и всеми согражданами. Однако швейцарское законодательство, обеспечивая хозяйственную индивидуальность имений, постановляет, что собственник двух имений вправе обременить одно из них сервитутом в пользу другого (§ 733), это право признает за собственником и германская практика (ср. также герм. гражд. ул., § 889). Вещь, на которую устанавливается сервитут, составляет чаще всего недвижимость. Это объясняется тем, что именно интересы поземельной собственности в связи с экономической зависимостью одних имений от других вызывают необходимость особых прав на чужую вещь. Исключением является только сервитут пользования, объектом которого могут быть как недвижимости, так и движимости.

d. Сервитуты устанавливаются в интересе определенных лиц. Определенность лица выясняется или его наименованием, или же связью его с другим правом: сервитут принадлежит или известному лицу как таковому, или же как собственнику данной недвижимости. На этом основано различие личных и реальных сервитутов. Совершенно неправильно это различие сводить к тому, что субъектом личных сервитутов является определенное лицо, а субъектом реальных сервитутов – определенная недвижимость. Такое различие господствует в литературе и отсюда перешло в русское законодательство (нот. пол., ст. 159, п. 2). В действительности дело сводится к двум различным способам означения управомоченных лиц.

Когда сервитутное право принадлежит собственнику известного имения, то последнее носит название господствующего участка, а недвижимость, на выгоды которой устанавливается пользование со стороны постороннего лица, называется служебным участком. Сервитут не требует непременно смежности участков, служебного и господствующего. Требуется лишь экономическая возможность для одного участка извлекать выгоды из другого, например, сервитут водопровода может связать довольно отдаленные участки, если местность страдает недостатком воды. Сервитуты как права, установленные в интересе определенных лиц, отличаются по этому признаку от права участия общего.

II. Историческое происхождение сервитутов. Из данного нами определения сервитутного права обнаруживается, что оно предполагает уже существование права частной собственности. Однако в науке встречается взгляд, признающий ошибочным мнение, будто право собственности служит первоначальным основанием, родоначальником всех других видов вещных прав. По взгляду этих ученых (Эльверс, Шенеман), историческое развитие приводит к противоположному выводу, а именно, что сервитуты более древнего происхождения, нежели право собственности. В подтверждение этого взгляда приводится то соображение, что кочующие племена долго не могли установить полного господства над землею во всех ее отношениях. Они пользовались только частными сторонами вещи – травой в поле, хворостом в лесу, водоемом, т.е. осуществляли свое право в том объеме, какой характеризует современные сервитуты. Но отсюда нельзя заключить, будто отношение этих племен к занимаемой земле может быть охарактеризовано как сервитутное право, а не как право собственности. Оно все же отличалось той же исключительностью для посторонних, которая составляет признак права собственности. Если малоразвитые племена не умели извлекать всей пользы из занимаемых ими земель, то это доказывает только низкую ступень их культурного развития. Открытие новых полезностей во внешней природе составляет характерное явление экономического прогресса – оно увеличивает имущественное значение права собственности, но не изменяет его юридической природы. Вернее, взгляд, который ставит возникновение и развитие сервитутов в связь с правом частной собственности.

Сервитуты вызваны распадом общинного землевладения и возникновением мелкой поземельной собственности (Гусаков). Задача их заключается в обеспечении хозяйственных интересов последней. Без сервитутов мелкая поземельная собственность была бы поставлена в безвыходное положение, и земля утратила бы свое экономическое значение. Сервитуты восполняют естественные недостатки одних участков на счет природных богатств других и тем поднимают их ценность. Роль сервитутов тем значительнее, чем мельче поземельная собственность в данной стране. Наоборот, крупная поземельная собственность, снабженная на большом пространстве разнообразными угодьями, в которых только может нуждаться сельское хозяйство, дает мало оснований для развития сервитутов. Со стороны общественной цели сервитуты, дополняя частную собственность и сглаживая суровые последствия ее, являются в высшей степени благодетельным учреждением.

Неволин следующим образом описывает развитие сервитутов в истории русского права: "Главное сельское имение в древние времена составляла пахотная земля. Другие земли, которые доставляли ей и владельцу ее разные выгоды и удобства, назывались по отношению к ней угодьями. Таковы были: леса, луга, места звериных и других промыслов. Со временем, в переносном смысле, земли этого рода, и независимо от их отношения к главному сельскому имению, стали называться угодьями. Они владельцам их могли принадлежать на тех же правах, на каких и всякая вообще поземельная собственность, следовательно, на праве поместном, на праве вотчинном, на праве тяглых имуществ. В таком случае частные названия угодий указывали только

на особенный способ пользования землями известного рода. Самым обыкновенным способом происхождения угодий всех трех разрядов было пожалование и притом в различных его видах: или правительство жаловало известному лицу определенную землю в собственность с обширнейшим правом пользования, сохраняя за собою право известных в нем угодий, которые были потом жалуемы другим лицам, или одному лицу было жалуемо угодье в известной казенной земле, а потом эта земля жаловалась другому лицу, с сохранением в ней прав угодья для первого. В том и другом случае образовалось право угодий в чужих землях". Таким образом, мы видим, что основанием к созданию угодий, иначе сервитутов, было разделение государственной земли между частными собственниками или владельцами.

Уложение Алексея Михайловича знает уже почти все сервитуты, признаваемые современным русским законодательством. Стремление правительства в XVIII веке определить точно границы частной поземельной собственности не могло, конечно, вызвать благоприятного с его стороны отношения к сервитутам. Напротив, мы видим желание прекратить подобную зависимость одного имения от другого, и эта тенденция проходит сквозь все действующее законодательство о праве угодий. Следует заметить, однако, что твердость общинных начал пользования землею и отсутствие мелкой поземельной собственности не давали достаточной бытовой почвы для развития сервитутов в России. Только в Западном крае и в Закавказье сервитутное право представляется более развитым. В сороковых годах русское правительство, стремясь иметь опору в крестьянах против польских помещиков, озабочилось составлением "инвентарей", в которых за крестьянством обеспечивались сервитутные права на имения помещиков. Само собою разумеется, что новые законы 1910 и 1911 гг., направленные к замене общинного владения мелким частичным владением, дают сильный толчок к развитию сервитутов.

Для обозначения прав на чужую вещь, называемых сервитутами, русское законодательство употребляет исторически сложившийся термин "угодье". В русском законодательстве существует прекрасный термин "право участия частного", который лучше всего подходил бы к данному случаю и мог бы заменить иностранное выражение "сервитут", но он применяется к совершенно другому роду отношений – к ограничению права собственности. [За последнее время в русское законодательство проникло и слово "сервитут" и вместе с тем термин "право участия частного" также стал употребляться в смысле сервитута (нот. пол., ст. 159, п. 2; т. IX, особ. прил., кн. IV, пол. крест. влад., ст. 93, 141, 691; т. X, ч. 3, пол. землеустр. 29 мая 1911 г., ст. 53; зак. о пр. застройки 23 июня 1912 г., ст. 2, ныне ст. 5422; т. VIII, ч. 1, уст. лесн., ст. 338, 340; т. XII, ч. 2, уст. сельск. хоз., изд. 1903 г., ст. 287). Такая невыдержанность терминологии влечет за собою нежелательные последствия, затрудняя квалификацию отношений, необходимую, например, при определении их подсудности (ср. уст. гр. суд., ст. 29, п. 3 по закону 15 июня 1912 г.).]

III. Установление сервитутов. Сервитуты устанавливаются по следующим основаниям.

1. Всюду, где развито сервитутное право, главным основанием к тому является воля собственника служебного участка. Кроме собственника, никакой иной субъект права на вещь не может установить сервитут, следовательно, ни пользовладелец, ни арендатор (ст. 514). [Другие субъекты прав на этот участок, как, например, пользовладелец, арендатор, не могут установить на него сервитут (ср. ст. 514). Застройщик может обременить сервитутами свое право застройки на время его действия, причем для установления реальных сервитутов на предоставленный ему участок требуется разрешение собственника, выраженное в самом договоре о праве застройки (ст. 5422 по прод. 1912 г.); разрешение необходимо в силу того, что застройщик может пользоваться земельным участком только для осуществления права застройки, а не для представления выгод другим.] В случае общей собственности необходимо согласие всех собственников, потому что служебное свое назначение может выполнить принадлежащая им вещь только в целом виде. Воля, направленная на установление сервитута, может выразиться: а) в форме договора, например, при соглашении о примычке плотины к чужому берегу, б) в форме завещания при предоставлении кому-либо пожизненного пользования, но не других сервитутов. Установление сервитутного права на недвижимость как вещного права, посредством договора, требует облечения сделки в крепостную форму. Старшему нотариусу поручается законом утверждать акты и вносить в реестр крепостных дел отметки об ограничениях права собственности на недвижимые имущества, состоящих в уступке собственником в пользу постороннего лица сервитутов (нот. пол., ст. 159,

п. 2, ст. 178). Содержание устанавливаемого сервитута должно быть с точностью указано в акте, иначе он не будет принят к утверждению (нот. пол., ст. 186). Неформальная, домашним порядком совершенная уступка сервитута имеет значение только для лиц, заключивших договор. Вещное право на сервитут приобретается с момента утверждения сделки старшим нотариусом. Если при продаже недвижимости продавец сохраняет за собою сервитут, например право добывать каменный уголь, то, по взгляду Сената, не требуется совершать два акта, а достаточно купчей, в которой сервитут указан (03, 67).

2. Нашему законодательству известны случаи, когда сервитуты возникают в силу закона. а) Так, священнослужителям и церковным причетникам, состоящим при церквях в действительном служении, предоставляется право въезда в леса, принадлежащие селениям тех приходов, исключая заповедные рощи, и притом для своих только нужд, а не на продажу (ст. 458; уст. лесн., ст. 764); в последнем издании т. X, ч. 1 выброшено примечание к ст. 458, которое ограничивало силу текста, и тем дано основание к постоянному действию этого законного сервитута. б) Для производства работ по устройству подъездных путей, а также для добывания необходимых при производстве этих работ материалов разрешается пользование землями, смежными с занятой под предприятие местностью. Для устройства снеговых защит вдоль линий железных дорог может быть устанавливаемо право ежегодного краткосрочного пользования прилегающими к ним полями (ст. 606). в) Если дети умрут бездетными, то благоприобретенные ими имущества и капиталы переходят в пожизненное пользование родителей, если только не последовало иного завещательного распоряжения (ст. 1141 и 1145). В случае бездетной смерти усыновленного благоприобретенное имущество его поступает к усыновителю в пожизненное пользование (ст. 1565).

3. Наше законодательство считает важнейшим основанием установления сервитутов давность, не в виде определенного срока пользования, за истечением которого факт превращается в право, а в виде признания незапамятной продолжительности отношения. В силу такой давности закон терпит целый ряд сервитутов, называемых угодьями. Но существование угодий должно быть удостоверено не свидетелями, ссылающимися на рассказы отцов, а документами, писцовыми книгами и иными актами (ст. 457 и 463). В настоящее время продолжительное пользование сервитутом, хотя бы в течение 10 лет, не может повести к возникновению сервитутного права (03, 50). Исключение установлено для Закавказья, где давностное пользование, продолжающееся не менее 10 лет явно и бесспорно, создает право въезда как в казенные, так и в частные леса (ст. 457), а также право пользования оросительными водами (т. XII, ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 289, прил., ст. 1).

IV. Прекращение сервитутов. Сервитуты прекращаются по различным основаниям, смотря по тому, личные ли они или реальные.

1. Для личных сервитутов имеет важное значение смерть управомоченного субъекта, так, например, для пожизненного пользования. К смерти приравниваются и другие факты, влекущие за собою невозможность осуществления права, а именно лишение всех прав состояния и поступление в монашество. Для реальных сервитутов смерть субъекта права не может иметь значение, потому что он никогда не умирает, пока не будет уничтожено само право.

2. Прекращение интереса, с которым было связано осуществление сервитутного права, сопряжено с прекращением сервитута. Так, например, если был установлен сервитут водопоя или водопровода, то истощение ключей уничтожает цель сервитута. Если известному лицу предоставлено было пожизненное жительство в доме, то гибель последнего от пожара или землетрясения, снос его вследствие отведения участка под железную дорогу прекращают самый сервитут.

3. Как относительно всякого имущественного права, так и относительно сервитутного вполне возможно отречение со стороны субъекта права. Однако, так как сервитут представляет собою вещное право, то необходимо оформить отречение посредством отметки в реестре крепостных дел. Иначе это будет отречение от пользования, а не от права, и собственник не в состоянии воспрепятствовать наследнику и вообще преемнику продолжать осуществление сервитутного права.

4. Так как сервитут есть право на чужую вещь, то слияние прав собственности на служебный и господствующий участки в лице одного субъекта является достаточным основанием для прекращения сервитута как отдельного права.

5. Покровительствуя освобождению поземельной собственности от обременительных для нее сервитутов, наш закон устанавливает способ прекращения права въезда в казенные леса посредством выдела лесного участка (т. X, ч. 1, ст. 459, п. 2). Для прекращения этого сервитута казна решается поступиться частью своего имущества в видах сохранения целого. Право въезда в лес прекращается выделом из въезжего леса части в собственность по расчету 20 десятин на 100 четвертей, владеемых помещиками по писцовым книгам и дачам земель (т. VIII, ч. 1, уст. лесн., ст. 679).

V. Виды сервитутов. Римское право знало многочисленные формы сервитутных отношений, которые разделялись на личные и реальные, а между последними различались сельские и городские сервитуты. Западные законодательства, особенно итальянское, приняли постановления римского права и развили их значительно полнее. Напротив, в русском праве отдел этот чрезвычайно беден, и существующие в нем сервитуты рассматриваются не как необходимый институт, а как временное, переходное состояние к полной индивидуализации. Да и сама жизнь пока мало выдвигала у нас сервитуты, хотя ничто не препятствует установлению таких ограничений права собственности, которые вызывались бы интересами сельского хозяйства и близкого соседства в городах. В практике нотариальных учреждений встречаются, впрочем, некоторые случаи установления сервитутов по соглашению. Таковы сервитуты, препятствующие собственнику купленного места застраивать его, чтобы тем не безобразить дом смежного собственника; таково запрещение собственнику уничтожать пограничную аллею; таково дозволение примыкать надворные строения к ограде чужого сада, провести воду, проложить водопроводные трубы, прорыть каналы для спуска воды, проезжать через двор и ворота соседа, прогонять скот через соседний участок к водопою. Наше законодательство указывает ряд сервитутов, но только для Юго-Западного и Северо-Западного края, как-то: общая пастьба скота во время нахождения полей в пару, так называемая толока (т. IX, особ. прил., кн. IV, ст. 97 и 141), право сенокоса в лесу или на лугах помещика, право водопоя на помещичьей земле, право рыбной ловли в водах помещика.

Рассматривая указанные в законе сервитуты общего, а не местного характера, мы встречаем следующие виды реальных или поземельных сервитутов.

1. К числу сервитутов, называемых нашим законом угодьями, относится право въезда в лес. Сущность этого права состоит в пользовании строевым и дровяным лесом из чужих дач (ст. 453; уст. лесн., ст. 673). Право это бессрочно; оно ограничивается только домашними нуждами владельца имения в строевом и дровяном лесе. Поэтому лица, пользующиеся правом въезда, не могут торговать лесными материалами, в таковых лесах вырубленными (ст. 455 и 458), а также употреблять их для какого-либо промысла или производства.

Праву въезда подлежат как частные, так и казенные леса, где оно было прежде установлено и законно укреплено и впоследствии выделами или другими сделками не уничтожено (ст. 454 и прим.). Возникает вопрос: возможно ли установить вновь право въезда по сделкам между частными лицами? Хотя закон и покровительствует прекращению этого сервитута и не дает указаний на способ их учреждения, но вместе с тем нигде не преграждает прямо возможности его установления и не поражает подобную сделку недействительностью. В законе содержится лишь запрещение учреждать право въезда в дачах, которые находятся уже под действием этого сервитута (ст. 456), и нет никакого основания давать этому постановлению распространительное толкование. Сенат решает этот вопрос в обратном смысле (00, 66 и 09, 115). Доказательством права въезда служат по закону писцовые книги и другие укрепления (ст. 457, 699 и 707; 12, 43). Лицо заинтересованное, субъект сервитутного права, не может быть лишено права просить об утверждении существующего ограничения права собственности крепостным порядком посредством отметки. Как право, присвоенное собственнику известного имения, оно только с последним переходит к другим лицам. Поэтому уступать право въезда постороннему лицу собственник имения, пользующийся этим правом, не может (ст. 455).

Право въезда прекращается: а) вырубкою леса на том пространстве, на котором въезд был назначен (ст. 459, п. 1). За отсутствием объекта прекращается и право, которое не распространяется на землю под лесом (ст. 460). Такое же действие, как рубка, производит лесной пожар, если весь лес выгорел. Если рубка леса прекращает право въезда, то она не освобождает собственника от ответственности перед субъектом сервитутного права за причиненный ему ущерб, так как закон запрещает рубку въездного леса (ст. 456). б) Сервитут этот на частный лес прекращается также выделом лесного участка в собственность лицу, имеющему право въезда (ст. 459 и 2), следовательно, по сделке, так как указанная в лесном уставе мера имеет применение только к казенным лесам.

2. В интересах пчеловодства существует право на бортные ухажья, т.е. право ставить улья в чужом лесу или устраивать их в дуплах деревьев и добывать из них мед (ст. 463). С этим сервитутом соединено, следовательно, и право входа и въезда для ухода за пчелами и уборки меда. Сервитут этот устанавливается в пользу собственника определенного имения, лишенного лесных участков.

3. Право на бобровые гоны (ст. 463) дает возможность бобрового промысла без полного истребления животных на данном пространстве. Конечно, этот сервитут в настоящее время не что иное, как воспоминание о прежних богатствах русской фауны.

4. Сервитут звериной, птичьей охоты или рыбной ловли (ст. 463) устанавливается обыкновенно не в пользу известного лица или собственника известного земельного участка, а в пользу обывателей известного селения.

5. Примычка плотины состоит в праве собственника одного берега примкнуть плотину своей мельницы к противоположному берегу, который принадлежит другому лицу. Такое право может быть установлено только с согласия последнего (ст. 442, п. 2), все равно, будет ли оно выражено в форме договора или завещания. Сервитут этот требует укрепления, в противном случае наследники или преемники по иному основанию не обязаны признавать плотины. Самый факт ее существования еще не свидетельствует о праве. Поддержание плотины в надлежащем виде на всем ее пространстве лежит на субъекте сервитутного права, который ввиду этого должен пользоваться и правом входа на чужую землю.

6. Оконный сервитут предоставляет лицу, строящему дом на самой меже своего двора, выводить окна во владение своего соседа с согласия этого последнего. Согласие необходимо, так как в противном случае сосед в силу своего права участия частного может потребовать закрытия таких окон наглухо. Означенное согласие должно быть изъявлено в записи, совершенной крепостным порядком; отменено оно может быть только таким же порядком. После совершения дозволенной записи ни сам владелец, допустивший вывод окон к себе во двор, ни его преемники не могут уже заслонить эти окна ни новым зданием, ни брандмауэром (ст. 446).

VI. Пользовление. Особенно важным в бытовом отношении является личный сервитут пользования (узуфрукт). Псковская Судная Грамота знала этот институт под именем "кормли": а у которой жены муж помрет, без рукописания и останется отчина или живот, ино жене его кормится до своего живота (ст. 89 и 88). В московском праве следы права пользования теряются, по крайней мере Уложение 1649 г. ничего о нем не говорит. В Своде существовали лишь отрывочные указания на возможность предоставить благоприобретенное имущество в пожизненное владение. И только закон 27 февраля 1862 г. о пожизненном владении родовым имением, предоставленным одним супругом другому по духовному завещанию, несколько обрисовал сущность пользования и возникающие из него отношения. Ввиду частного характера этих правил, естественно, возник вопрос о допустимости распространять их по аналогии на другие случаи пользования, например, когда сервитут устанавливается не супругом в пользу другого супруга, не на родовое имение. Сначала Сенат отнесся отрицательно к аналогическому применению (67, 275), а потом совершенно правильно признал за этим законом более общее значение.

Пользование есть обусловленное сроком или продолжительностью жизни вещное право определенного лица пользоваться чужою вещью и извлекать плоды без изменения ее существа. Предметом пользования могут быть недвижимые и движимые вещи, торговые предприятия, денежный капитал, но не денежная сумма, авторские права. Пользование может быть

установлено в силу договора (ст. 514), завещания (ст. 5331, 1011), закона (ст. 1141 и 1565). Каково бы ни было основание его права, польовладелец не может просить о вводе его во владение, который удостоверяет право собственности (81, 46). Закон указывает на особый порядок вступления в пользование, когда объектом его является недвижимость. Имение, предоставленное кому-либо в пользование, утверждается за польовладельцем лишь по составлении описи ему. Эта опись, которая должна обнимать как передаваемое недвижимое имение, так и всю находящуюся в нем недвижимость, составляющую его принадлежность, совершается судебным приставом в присутствии наследников, к которым переходит право собственности на это имение, хотя отсутствие их, если только они были приглашены, не может иметь значения. От обязанности составления описи имени польовладелец не может быть освобожден тем актом, которым имение передается ему (ст. 5331). Значение описи обнаруживается при окончании пользования и при передаче имения собственнику: описью определяется ответственность польовладельца за сохранение недвижимости в том виде, в каком она к нему поступила. Как право, стесняющее право собственности и имеющее вещный характер, пользование должно быть отмечено в реестре крепостных дел, и с этою целью акт учреждения его должен быть представлен старшему нотариусу. Если пользование устанавливается в отношении капитала, внесенного в кредитное установление, то капитал этот на руки польовладельца не выдается, а он получает от кредитного установления только проценты по выданному от суда свидетельству (ст. 1144 и 1145 и 86, 15).

Закон наш не указывает, возможно ли предоставление пользования юридическому лицу, например церкви, университету, [о] не подлежит сомнению утвердительный ответ. Однако предоставление пользования такому лицу способно возбудить сомнение в продолжительности такого права и в положении собственника. В нашем законодательстве не содержится ограничения сроком подобного пользования, как это принято в некоторых западных кодексах (30 лет по франц. код., § 619, итал. код., § 518; 100 лет по швейц. гр. улож., § 749; герм. гр. ул., § 1061, никаких ограничений не устанавливает). Остается предположить ввиду этого обстоятельства, что предоставление подобных прав без указания срока встретит затруднение со стороны тех административных органов, на обязанности которых лежит утверждение таких распоряжений в пользу юридических лиц.

Не менее трудным с точки зрения нашего законодательства является вопрос о возможности предоставления пользования преемственно (по наследству) в пользу нескольких лиц, например в пользу определенного лица, а за его смертью – детям, а за их смертью – внукам. Принимая в соображение мотивы, которыми руководствовался законодатель, преграждавший возможность субституции, применяясь к общему духу законодательства, не благоприятствующему обременениям права собственности, следует, кажется, разрешить настоящий вопрос в том смысле, что пользование может быть предоставлено только лицам, существующим уже в момент совершения сделки. Но нет препятствий к тому, чтобы назначить пожизненными владельцами несколько лиц из живущих уже в момент совершения учредительного акта, совместно или преемственно. Наша практика приходит к тому же выводу, основываясь на том, что законодатель противопоставляет срочному владению пожизненное как наибольшее по своей продолжительности (92, 76).

Отношение управомоченного субъекта к вещи заключается в пользовании ею и в извлечении всех тех доходов, которые она может давать без изменения своего существа. Отсюда следует, что объектом пользования могут быть только вещи непотребляемые, иначе польовладельцу нельзя было бы осуществить своего права, не изменив существа вещи и не нарушив прав собственника на эту вещь. Поэтому деньги могут стать объектом пользования только при условии индивидуализирования обращением в процентные бумаги, помещением в кредитное установление (88, 5). Объем права пользования, конечно, определяется прежде всего актом, которым оно установлено. Но в случае молчания акта по этому вопросу или существенных пробелов, или, наконец, пользования в силу закона необходимо признать, что польовладелец не должен эксплуатировать имение с изменением его прежнего вида, пользоваться плодами в ущерб производительным силам вещи. Так, например, польовладелец не вправе вырубить лес и превратить его в пашню. Леса, в имении состоящие, польовладелец обязан разделить по правилам лесного хозяйства на годовые лесосеки для соразмерной с произрастанием деревьев вновь рубки.

Если же лес по незначительности и малоценности своей не допускает правильного лесного хозяйства, то польовладелец должен ограничиться употреблением лесных материалов единственно для отопления и поддержания жилых и других хозяйственных строений в имении (ст. 5336). Польовладелец обязан находящееся в его пользовании имение поддерживать и охранять от расстройства и упадка всеми зависящими от него мерами (ст. 5335). Следовательно, он не вправе запускать эксплуатацию существующих в имении фабрик, заводов, лесопильных и т.п., если только прекращение их действия не вызывается экономическими условиями рынка.

Польовладелец не вправе запускать хозяйство, а потому на его обязанности лежит текущий ремонт, т.е. исправления, периодически вызываемые действием времени, которые приняты в каждом благоустроенном хозяйстве. Но на него нельзя возлагать обязанности производить капитальный ремонт, если только необходимость его не вызвана упущениями со стороны польовладельца в своевременном производстве текущего ремонта. Так как в пользование его перешло определенное в хозяйственном отношении имение, то его право распространяется на все позднейшие приращения к имению (ст. 5334), без присвоения их, однако. При правильном хозяйстве повинности и налоги относятся к издержкам производства и покрываются из доходов, а потому необходимо признать, что обязанность платить их лежит не на собственнике, а на польовладельце (ст. 53311).

Польовладение предоставляется определенному лицу. Поэтому право это не может быть передано другому путем возмездной или дарственной сделки с освобождением от ответственности самого польовладельца. Станным поэтому представляется постановление нашего закона, который допускает возможность предоставления польовладельцу в завещании права заложить благоприобретенное имение (ст. 1629, п. 2), что легко может повести к отчуждению имения и во всяком случае открывает возможность для польовладельца лишить собственника его права на имение, хотя для залога и требуется разрешение Сената. Но если в акте польовладельцу право залога не предоставлено, то оно и не может быть за ним признано (ст. 1141). Если он сам не имеет права передачи пользования, то и взыскание может быть обращено не на самое право пользования, а только на доходы с имения. Указанному сейчас началу не противоречит возможность для польовладельца извлекать плоды не своею непосредственно деятельностью, а путем отдачи имения внаем, по частям или в целости (ст. 5337). К общим правилам о договоре имущественного найма закон присоединяет то постановление, чтобы арендная плата была уплачиваема ежегодно и лишь по истечении года. Это положение имеет в виду предупредить обесценение имения посредством взимания одновременно арендной суммы за много лет вперед, тем более что закон признает обязательность таких арендных договоров для собственника, к которому имение перейдет по смерти польовладельца. Так как всякий арендатор может опасаться неожиданного прекращения договора со смертью польовладельца, и потому могли бы встретиться затруднения к заключению арендных договоров, то закон дает некоторые обеспечения подобным сделкам. Когда арендный договор был заключен польовладельцем с согласия собственника, то он сохраняет свою силу, несмотря на смерть польовладельца, до истечения условленного срока. Когда арендный договор был заключен польовладельцем без согласия собственника, то он сохраняет свою силу по смерти польовладельца в продолжение 3 лет, считая с того дня, в который окончился последний истекший при существовании польовладения арендный год, если только условленный срок не истечет сам собою ранее окончания этого трехлетия (ст. 16921).

Польовладение, установленное на известное имение, не исключает возможности обратиться взыскание на это последнее, если основанием к тому являются долги прежнего собственника, т.е. лица, учредившего польовладение. Если долги были обеспечены этою недвижимостью, то они удовлетворяются исключительно из этого имения. Все прочие долги распределяются между польовладельцем и наследниками прежнего собственника (ст. 5339). Распределение ответственности должно быть по закону соразмерное. Неясно, по соразмерности с чем? Распределение может быть произведено пропорционально ценности всех прав, доставшихся по наследованию собственнику имения и польовладельцу, но распределение может быть произведено и пропорционально ценности права польовладельца и права собственника на самое имение. Второе начало более отвечает общему смыслу ст. 5339. Сенат "за неимением более точного основания к оценке" предлагает в случае обращения взыскания на имение, состоящее в

пользовании, при жизни польовладельца оценивать право последнего по десятилетней сложности дохода с того имения (77, 373; 99, 12; ср. 95, 82), а в случае взыскания, обращаемого на имение после смерти польовладельца, – по общей сумме всего дохода, полученного за время пользования (99, 12). Конечно, это довольно произвольный выход, но найти другой действительно трудно. Если долг не будет погашен доходами, то имение может быть продано. Если вырученная от продажи имения сумма будет меньше суммы долга или равна ей, то право польовладельца прекращается за отсутствием объекта. Если же сумма эта превысит сумму долга, то за польовладельцем сохраняется право на получение процентов с этого капитала, вносимого в кредитное установление и составляющего собственность наследников (ст. 53310). Для польовладельца обязательны также все арендные договоры, заключенные прежним собственником. Когда участок, на который установлено пользование, подвергается экспроприации, то вознаграждение вносится в местное казначейство процентными бумагами, доход с которых поступает к польовладельцу, а по смерти его или по истечении срока, на который установлено было пользование, капитал переходит к собственнику (ст. 589, п. 2).

На капиталы, переходящие в пользование родителей после беспотомственной смерти их детей, обращается предварительное взыскание со стороны кредиторов наследодателя (ст. 1146).

Право настоящего собственника имения, которое состоит в пользовании, заключается только в возможности передачи права собственности другому лицу путем продажи, дарения (ст. 521). Но это обстоятельство не имеет никакого влияния на права польовладельца (75, 10). Кредиторам собственника принадлежит также право отчуждения его имения, но продажа с торгов не может нарушить вещных прав польовладельца, а на доходы с имения не имеет права сам собственник, следовательно, и его кредиторы не могут обратиться на них свое взыскание. Наше законодательство не дает собственнику права требовать ни прекращения пользования, ни обеспечения ввиду эксплуатации имения в ущерб существу его или вопреки учредительному акту, хотя такое право по справедливости и следовало бы признать за ним. Польовладелец может разорить имение, и если он умрет без наследников и без имущества, то собственнику неоткуда будет искать удовлетворения [поэтому западные законодательства предоставляют собственнику право потребовать обеспечение от польовладельца, если действия последнего грозят существенным ущербом для собственника] (франц. гражд. код., § 601; герм. гражд. улож., § 1051; швейц. гражд. код., § 760). Но с точки зрения русского права собственник не может просить суд о прекращении пользования до срока или до смерти польовладельца. По окончании пользования имение переходит к собственнику, а вместе с тем ему принадлежит право искать с польовладельца или его наследников вознаграждения за вред, причиненный имению (ст. 693). С наступлением факта, прекращающего пользование, плоды переходят к собственнику. Поэтому польовладелец не может продать плодов, еще не снятых в момент окончания его права. Сделка о запродаже урожая не может иметь силы для собственника, вступившего в свои права, но она сохраняет свое значение для наследников польовладельца.

Пользование может прекратиться по следующим причинам. а) Если оно было пожизненным, то смерть субъекта прекращает и право. Лишение всех прав состояния также прекращает пользование и не переносит это право на наследников польовладельца, которые могли бы осуществить его до естественной смерти прежнего субъекта. Едва ли можно отстаивать переход пользования, даже пожизненного, к наследникам лишенного всех прав состояния на время его жизни; если допускается временное осуществление этого права посторонними лицами, которым польовладелец уступил по договору (92, 11), то не следует упускать из виду, что это составляет лишь форму осуществления пользования со стороны самого польовладельца, а настоящий случай составил бы осуществление помимо или даже против его воли. б) При установлении пользования на срок, истечение срока прекращает право. в) Пользование должно считать прекратившимся вместе с совершеною гибелью вещи, пользование которою составляло предмет права, например в случае пожара, уничтожившего дом, бури, потопившей пароход. Однако если вещь была застрахована, то страховая сумма должна составить капитал, проценты с которого идут в пользу польовладельца. [Сенат полагает даже, что страховое вознаграждение должно быть выдано лично польовладельцу для восстановления сгоревшей вещи (98, 5), но это едва ли правильно, так как нет гарантий, что он действительно употребит

полученные деньги по этому назначению. d) Пользовладение прекращается вследствие отречения пользовладельца, для которого осуществление его является правом, а не обязанностью. Сенат придерживается того взгляда, что отречение не требует крепостной формы и может быть выражено в акте, совершенном домашним порядком (94, 75; 93, 10; 92, 11).] e) Такое же прекращающее действие имеет слияние в одном лице прав собственника и пользовладельца (92, 11), например, когда пользовладелец является единственным наследником после умершего собственника или когда пользовладелец по договору уступил свое право собственнику. d) Сомнительнее представляется вопрос: прекращается ли пользовладение вследствие того, что субъект его не осуществляет своего права более 10 лет? Нет основания делать для пользовладения исключение из общего правила о действии исковой давности.

§ 28. Наследственное пользование

Литература: Незабитовский, Замечания по вопросу о чиншевом владении в западных губерниях, 1883; Пихно, О чиншевом владении в западных губерниях (Жур. гр. и уг. пр., 1887, N 5); Гантовер, О происхождении и сущности чиншевого владения, 1884; Спасович, Источники чиншевого права, 1886; Рембовский, История и значение чиншевого владения в Западном крае, 1886; Шимановский, О чиншевых правоотношениях, 1886; Боровиковский, Отчет судьи, т. I, 1891, стр. 1–95; Рейнке, Очерк вечночиншевого права, действующего в губерниях Царства Польского (Ж. М. Ю., 1900, N 6); Зачинский, Чиншевое право (Судеб. обзор., 1904, 15); Кассо, Русское поземельное право, стр. 223–231; Удинцев, Посессионное право, 1896; Он же, Русское горно-земельное право, 1909; Савич, Русское горное законодательство, 1905.

I. История. Своеобразный общественный склад средневековой Западной Европы, построенный на феодальных началах, привел к господству наследственного пользования чужой землей. Для высших классов наследственное пользование вылилось в форму бенефиций, обусловленных службой и нормированных ленным правом, для крестьян оно выразилось в виде вечно-потомственного пользования под условием оброка деньгами или натурой. Чем меньше казалось обеспечение твердости правового порядка, тем больше было оснований к укреплению такого права, потому что только надежда на сохранение в потомстве результатов труда, вложенного в землю, способна была преодолеть страх арендатора. Такие поземельные отношения с течением времени приобрели большую крепость, но вместе с тем крайне осложнили и запутали отношения между собственниками и пользовладельцами.

Французская революция, враждебная средневековым традициям и воодушевленная идеей свободной частной собственности, отнеслась отрицательно к старым поземельным отношениям. Наследственное пользование законом 1790 г. должно было превратиться путем выкупа в личную собственность. На будущее время запрещено было устанавливать вновь такие зависимые формы землевладения. В половине XIX столетия отрицательное отношение к наследственному пользованию охватило и германские государства, несмотря на преклонение немцев перед римским правом, которое оставило такие развитые институты, как *emphytheusis* и *superficies*. Сначала Австрия (1848), потом Пруссия (1850) приступают к ликвидации этих поземельных отношений с запрещением возникновения их в будущем. Германское гражданское уложение не знает наследственного пользования землею и признает только наследственную застройку (§ 1012–1017).

Но в некоторых странах эта форма землевладения сохранилась, имеет крупное социальное значение и подверглась заново законодательному нормированию. Таковы Голландия, Португалия, Испания.

В России независимо от поместной системы, при которой пользование государственной землей под условием службы приобретало постепенно наследственный характер, мы встречаем тяглые имущества, земли в уездах, дворы и лавки в городах, которые сдавались податному сословию в вечно-потомственное пользование под условием платежа оброка. При Петре I появляется посессионное владение фабриками и заводами. В XIX столетии значительное распространение приобретает сдача казенных земель в оброчное содержание. Расширение границ русской территории привело к столкновению русского права с такими формами землевладения,

которые успели развиваться в отторгнутых частях других государств, особенно чиншевое владение. Ввиду такого исторического накопления материала существующие в русском законодательстве постановления о наследственном пользовании не отличаются ни систематичностью в изложении, ни выдержанностью положенных в их основу начал.

[За последнее время широкое развитие городской жизни в связи с ростом цен на землю выдвинуло в жизнь новый институт – наследственное право застройки. В России оно детально нормировано законом 23 июня 1912 г. (собр. уз., 147). Рассмотрению юридических отношений, возникающих из договора о праве застройки, посвящена следующая глава*.]

II. Казенное оброчное содержание. Казенными оброчными статьями называются казенные недвижимости, отдаваемые в оброчное содержание с публичных торгов или без торгов (т. VIII, ч. 1, уст. оброчн., изд. 1908 г., ст. 1). Если казенная оброчная статья отдана в содержание под условием платежа в казну неизменного оброка без определения времени, когда торги на нее должны быть назначены вновь, то такое содержание называется бессрочным или переоброчным [и может быть установлено "навсегда" (ст. 112 и 123), но не иначе как с Высочайшего каждый раз утверждения (ст. 124). Содержатель, не уплативший своевременно оброка, подвергается платежу пени, а затем может быть также лишен и самого права (ст. 137); тогда оброчная статья у него отбирается, предоставленное при заключении контракта обеспечение обращается в казну и, сверх того, взыскивается в виде неустойки сумма, равная годовому оброку]. Следовательно, наследственное пользование продолжается, пока содержатель оброчной статьи не нарушает своих обязательств по платежу оброка, а также по хозяйственному отношению к земле и воздвигнутым на ней строениям.

В потомственное пользование под условием платежа оброка могут быть отдаваемы земли и леса частным лицам под разные хозяйственные заведения, например: под фруктовые и виноградные сады, тутовые рощи, рассадники разных лесных деревьев, огороды для мануфактурных и торговых растений, мельницы, фабрики, заводы и т.п. (т. XII, ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 28, прил. ст. 1, 5).

III. Посессионное право. Под этим именем понимается право наследственного пользования казенною землею в целях эксплуатации горного завода частным лицом (т. VII, уст. горн., изд. 1912 г., ст. 4 и 5). Горный промысел или горный завод мог быть передан казною частному лицу или быть устроен самим частным лицом. Горнозаводчик пользуется не только землей, на которой или в которой находится завод, но также недрами земли для добывания материала заводского и лесным топливом (уст. горн., ст. 240, 275). В прежнее время пользование распространялось и на личный труд крепостных людей.

Наследственность и отчуждаемость права, а также влияние посессионеров смутили нашу практику, судебную и административную, в определении юридической природы посессионного права. Одно время Сенат держался того взгляда, что "посессионное право есть право частной собственности, но неполное, ограниченное условиями, вытекающими из назначения их (заводов) горнозаводской деятельности" (87, 9). Но позднее Сенат изменил свой взгляд: "Право собственности на землю и леса, приписанные к посессионному заводу, принадлежит казне, владелец же посессионного завода имеет лишь право пользования и владения оными, отдельного от права собственности, но не сходного с арендным пользованием; посессионное право представляет собою совершенно самостоятельный и отличный от арендного права род владения, заключающийся в том, что казна, сохраняя за собой право собственности на землю и леса, предоставляет их в пользование и распоряжение(?) частных лиц под условием лишь употребления оных для определенных целей, а именно для действия горных заводов" (99, 56).

В самом деле, закон указывает, что частные горные промыслы и заводы состоят в частном владении или на праве посессионном, или на праве владельческой собственности (уст. горн., ст. 4), и этим ясно подчеркивает отличие права посессионного от права собственности. Закон прямо называет земли посессионных заводов казенными землями, состоящими в бессрочном пользовании (уст. горн., ст. 302, п. 4). По закону всякий имеет право в землях, отведенных от казны посессионному заводу, искать руды другого металла, кроме того, который выплавляется или выделяется на заводе (уст. горн., ст. 240), а это стоит в противоречии с основным положением нашего законодательства, которое до последнего времени признавало исключительно

за собственником право на недра (уст. горн., ст. 236; единственное отступление сделано в ст. 1720 общ. пол. о крест. по прод. 1912 г.).

Пользовладение посессионера связывается с повышенным [обложением его промыслов по сравнению с собственниками частновладельческих заводов и срочными арендаторами казенных горных земель: с золотых и платиновых приисков, находящихся на землях посессионных заводов, установлен особый сбор, общая сумма которого назначается ежегодно в законодательном порядке (уст. горн., ст. 1093); горная подать с меди и чугуна установлена исключительно на выплавляемое на посессионных заводах (уст. горн., ст. 1091, 1102)]. Посессионное пользовладение обуславливается действием горного завода, а потому с прекращением промысла земля и леса, отведенные под завод, должны возвратиться к казне как к собственнику (99, 56; ср. уст. горн., ст. 66, п. 3; 84, 294).

IV. Чиншевое право. На всем пространстве западной России, а также в Новороссийском крае весьма распространено отношение, издавна установившееся в этих местах и известное под именем чиншевого права. Под этим именем понимается вещное право наследственного пользования чужою землею под условием взноса платы в определенном раз навсегда размере. Объектом чиншевого права является как сельская, так и городская недвижимость. Оно существенно отличается от арендного пользования тем, что оно, во-первых, бессрочно и, во-вторых, имеет вещный характер (77, 109; 13, 28).

Чиншевое пользование землею в губерниях, принадлежавших к составу Царства Польского до присоединения их к России, сложилось исторически. Самое название института представляет собою исковерканное латинское слово *census* (*census*, *Zins*, чинш). Крупная поземельная собственность сосредоточилась в руках немногих фамилий, принадлежавших к высшему классу. Это обстоятельство вызвало, как и всегда, потребность в рабочих силах. Привлечение рабочих возможно было только на условиях представления им в наследственное пользование участков земли, потому что такой способ эксплуатации земли представлял обоюдные выгоды. Чиншевику обеспечивалась постоянная оседлость, возбуждался интерес к лучшей обработке земли, к созданию сельскохозяйственных строений, так как он знал, что все его достояние перейдет не к чужому, а к собственным детям. Для собственника выгода состояла в том, что земля не истощалась, как это бывает при временном арендном пользовании, а, напротив, удобрялась, лес сберегался, строения не разрушались, а поддерживались. Чиншевые отношения складывались в Западном крае с XIV столетия, когда Польша и Литва были еще разделены. Продолжаясь в течение нескольких веков, чиншевое пользование окрепло особенно в конце XVIII столетия, когда установилась безопасность от хищнических набегов крымских татар и открылись новые места для заселения. С движением поселенцев в Новороссийский край для землевладельцев возникла опасность остаться без рабочих рук. Поэтому они готовы были согласиться на какие угодно условия, лишь бы сохранить на своей земле чиншевиков. Низкий чинш и прочность права послужили к задержанию населения.

Присоединяя к России часть Царства Польского в конце XVIII столетия, русское правительство обеспечило жителям этих мест неприкосновенность их имущественных прав, сложившихся под силою местных законов и обычаев. Хотя указом 25 июля 1840 г. действие общих законов Империи распространено и на западные губернии, но по общему правилу, подтвержденному в указе, права, приобретенные на прежних законах, должны были сохранить свою силу и на будущее время. Следовательно, чиншевые отношения, сложившиеся до 1840 г., не возбуждали никаких сомнений. Вопрос был поставлен относительно возможности установления вновь подобных отношений, не встречаются ли они препятствия в общем русском законодательстве. Положение 9 июня 1886 г. о поземельном устройстве сельских вечных чиншевиков в губерниях западных и белорусских признало, что до 1876 г. чиншевое пользование могло возникать (т. IX, особ. прил., кн. IV, разд. VII, ст. 669). Цель этого закона состояла в прекращении чиншевых отношений, как сопутствующих и обесценивающих поземельную собственность. Но вместе с тем он содержит в себе крупную юридическую ошибку: признав силу за чиншевыми отношениями, установившимися до 1876 г., закон отвергает возможность их установления с 1876 г. без всяких причин, при совершенном равенстве условий (ст. 670).

Закон 1886 г., по соображениям политическим, с целью ослабить поземельную зависимость низшего класса главным образом от польских помещиков, решил ликвидировать установившиеся чиншевые отношения. В течение 3 лет со дня обнародования закона 1886 г. чиншевикам и собственникам предоставлялось добровольно согласиться о прекращении чиншевого пользования: 1) посредством выкупа собственником чиншевого права, или 2) приобретением чиншевиком в собственность чиншевого участка, или же 3) заменю чиншевого пользования арендою (ст. 676). С 1889 г. сельские чиншевики приобретают в собственность признанные за ними чиншевые земли посредством обязательного, при содействии правительства, выкупа всех лежащих на земле повинностей (ст. 679). Для этого требуется, конечно, предварительное установление наличности чиншевого права, что представляется далеко не легким ввиду неформального характера таких отношений.

Однако этот закон, направленный к уничтожению чиншевого пользования, не устранил в действительности вопроса о чиншевом праве. Во-первых, он касается только сельских чиншевиков (ст. 667), тогда как городские чиншевики представляют также весьма значительный класс (89, 131). Во-вторых, чиншевые отношения могут возникать вновь, если не в западных губерниях, то в других местах. Примером этого служит Новороссийский край. Закон 1886 г., признавший возможность возникновения чиншевых отношений после 1840 г., тем самым разрешил вопрос о соответствии чиншевого права духу русского права, следовательно, устранил препятствие для возникновения чиншевых отношений в любом месте Русского государства. Да и Сенат, рассматривавший дело о чиншевом праве в Новороссийском крае, косвенно выразил возможность его возникновения вновь вопреки закону 1886 г. (см. ст. 671, кн. IV, особ. прил. к т. IX). Поэтому-то чиншевое право, несмотря на закон 1886 г. и даже благодаря ему, не утратило своего интереса для русского юриста.

Чиншевые отношения в свое время устанавливались по письменным и словесным сделкам, и потому доказательствами этого права могут служить не только документы (учредительные акты, расписки о получении чинша, акты о переходе права), но и свидетельские показания, дознание через окольных людей (ст. 668, 673–675). [Однако пользование двумя последними видами доказательств ограничено. Они допускаются для удостоверения отдельных признаков чиншевого владения при отсутствии, неполноте или неясности письменного акта; кроме того, если предполагаемое чиншевое владение возникло в западных губерниях после 21 августа 1840 г., а в белорусских – после 9 января 1831 г., то показания свидетелей и окольных людей принимаются во внимание только тогда, когда объявленный вечно-чиншевым участок состоит в черте угодий, находящихся в пользовании лиц, признанных вечными чиншевиками (ст. 669).]

Собственник, отрицающий права данного лица на чиншевое пользование, находится в опасности, что чиншевик, умалчивая также о характере своего отношения к земле и признавая самовольность своего владения, сошлется на давность и, таким образом, приобретает право собственности. В этом заключается невыгодная сторона спора собственника против чиншевика и отрицания неформальных доказательств.

Права чиншевика заключаются в пользовании землею или домом, в распоряжении ими на случай своей смерти и в передаче их по сделке другому лицу, например на основании купли-продажи [(77, 109; 80, 147); передача чиншевого права на недвижимость совершается крепостным порядком (92, 116)]. Такая свобода распоряжений со стороны самого чиншевика дает право и его кредиторам обратиться свое взыскание на чиншевый участок и требовать судебного отчуждения чиншевого права. [В таком случае оно продается с публичного торга в порядке, установленном для продажи недвижимых имений (13, 28).] Обязанности чиншевика сводятся к уплате периодически известной суммы, чинша, размер которой установлен раз и навсегда и не может быть возвышен по требованию собственника земли без согласия чиншевика (ст. 667). Но ничто, конечно, не мешает изменить условия чиншевого владения по взаимному соглашению (80, 295; 82, 107). Чинш уплачивается или деньгами, или исполнением натуральных повинностей, или же тем и другим вместе. Неплатеж чинша дает собственнику право взыскивать должную сумму с чиншевика, но не ведет к прекращению чиншевого отношения. Чиншевое пользование предоставлено было некоторым лицам за какую-либо услугу или за единовременно внесенную

сумму; в таких случаях чиншевики, носящие на юго-западе название грациалистов, пользуются землей безвозмездно и бесповоротно.

Возвращение земли, занятой чиншевиком, к собственнику возможно в следующих случаях: 1) по отказу чиншевика и 2) за отсутствием законных наследников у чиншевика, не сделавшего при жизни распоряжения.

§ 28.1. Право застройки

Литература: Митилино, Право застройки, 1914; Гойхбарг, Закон о праве застройки, 1913; бар. Симолин, Закон о праве застройки (Вестн. гражд. пр., 1913, N 7); Д.А-ч, Закон 23 июня 1912 г. о праве застройки (Право, 1913, N 4, 5 и 7); Попов, Право участия частного и новый закон о праве застройки (Вестн. гражд. пр., 1914, N 3).

I. Понятие о праве застройки. Правом застройки называется вещное, наследственное и отчуждаемое право возмездно владеть в пределах законом установленных сроков чужим земельным участком исключительно с целью возведения строений.

1. Вещное свойство права застройки проявляется в том, что застройщик владеет предоставленным ему участком независимо от собственника и может самостоятельно защищаться против всякого нарушителя его права, в том числе и против самого собственника. Этим право застройки отличается от обязательственных отношений, например найма из выстройки, при котором наниматель не имеет непосредственного права на участок и предоставление последнего ему в пользование всецело зависит от воли собственника. Отсюда явствует, что право застройки есть право на чужую вещь, причем такой вещью может быть только земельный участок. В случае слияния в одном лице собственника участка и застройщика право застройки прекращается (ст. 54218; иначе в германском праве, где вещные обременения в таких случаях сохраняют силу – герм. гр. ул., § 889). Право застройки в этом отношении имеет сходство с реальными сервитутами, но отличается от них тем, что принадлежит определенному лицу, а не каждому собственнику известной недвижимости и может быть отчуждаемо совершенно самостоятельно.

2. Право застройки в России может устанавливаться только на срок и притом в пределах, указанных законом, – не менее 36 лет и не более 99 (ст. 5423 по прод. 1912). Максимальный срок установлен в интересах собственника и определенности его юридического положения, минимальный срок ставит права собственника в границы времени, при которых застройщику открывается возможность погасить произведенные им затраты. Договоры, заключенные без указания срока или на срок менее 36 лет, недействительны, а заключенные на срок свыше 99 лет действительны только в течение 99 лет; если это не соответствует воле сторон, то каждая из них может просить о расторжении договора.

3. Право застройки отчуждаемо и переходит по наследству. Это необходимые и существенные черты права застройки, отличающие его от сервитутов. Поэтому включение в договор условий, что право застройки прекращается со смертью застройщика или не может быть никому отчуждено, поражает его недействительностью (ср. ст. 54226). Такое же воззрение проводится и важнейшими иностранными законодательствами, за исключением швейцарского, где наследственность и отчуждаемость права застройки могут быть отменены договором (§ 779).

Могут ли быть включены в договор о праве застройки условия об ограничении отчуждаемости? Например, железная дорога представляет своим служащим за минимальную плату участки земли под застройку, но с условием, что право застройки может быть отчуждаемо только служащим той же дороги. Подобные значительные стеснения отчуждаемости едва ли допустимы, и во всяком случае они не могут иметь вещного действия. Не исключается, однако, возможность принятия на себя застройщиком личного обязательства не отчуждать свое право в те или иные руки. Нарушение такого обязательства дает собственнику только право требовать от первоначального застройщика возмещения интереса.

4. Существенна для права застройки по нашему закону его возмездность (ст. 5421, 54226, п. 3). Другие законодательства совершенно правильно не устанавливают обязанности вознаграждения, так как характерные отличительные черты права застройки от смежных институтов – отчуждаемость, наследственность, ограничение пользования определенной целью и

др. – вполне совместимы как с возмездным, так и с безвозмездным установлением права застройки. Между тем требование возмездности препятствует применению права застройки к дарению и особенно пожертвованию. Так, например, права застройки не может установить лицо, желающее, сохранив за собою право собственности на землю, предоставить ее в долгосрочное безвозмездное пользование какому-либо общепольному учреждению.

5. Договор о праве застройки предоставляет застройщику чужой земельный участок во владение для определенной цели. Лицо, установившее право застройки на своем участке, сохраняет, по терминологии нашего закона, неполное право собственности на него во все время действия права застройки (ст. 432, п. 8, по прод. 1912 г.), а именно право распоряжения. Поэтому застройщик может владеть и пользоваться участком только для определенной цели – возведения строений. По русскому праву не допускается установление права застройки на уже застроенный участок (ср. ст. 54226, п. 2). С другой стороны, не может быть признан договором о праве застройки договор, по которому участок предоставляется для сельскохозяйственного пользования, для засаждения его лесом и т.п., хотя бы и с правом возведения на нем строений.

II. Историческое происхождение права застройки. Современное право застройки важнейших государств Европы отчасти коренится еще в римской *superficies*, отчасти заимствует свои черты из *Erbleihe* германского обычного права. Характерным отличием *superficies* классического права была невозможность признать строения, возведенные в силу суперфициарного права на чужой земле, собственностью застройщика, хотя бы это право предоставлялось ему по договору собственником земли. В Германии самостоятельно развивалась особая форма наследственного найма, устанавливавшегося и для целей застройки ввиду неотчуждаемости большей части городских земель. Здесь в виде общего правила строение было собственностью застройщика, который мог им свободно распоряжаться. В XIV веке право застройки понималось как *dominium utile* застройщика на участок, за собственником оставались только *dominium directum*. После рецепции римского права *superficies* и *Erbleihe* слились в один институт, в котором преобладали германские черты.

В XVIII и XIX веках под влиянием борьбы с остатками феодальных отношений долгосрочные обременения поземельной собственности подверглись гонению со стороны законодательств. Этим объясняется отчасти незаконченная регламентация этого института в новейших кодексах: германском (§ 1012–1017) и швейцарском (§ 779).

За последнее время, однако, отношение законодателей к долгосрочным поземельным отношениям в целях застройки существенно изменилось. В праве застройки ищут разрешения "жилищного вопроса". Земля в населенных местностях стоит громадных денег и покупка ее для застройки не всякому под силу. Наем для той же цели земли как отношение обязательственное и притом обычно краткосрочное мало обеспечивает арендатора и не дает ему возможности пользоваться кредитом. Право застройки как вещное дает застройщику больше гарантий и вместе с тем предоставляет известные выгоды собственнику. Поэтому институт застройки имеет впереди широкую будущность. Подробно нормирован он в русском и австрийском законах 1912 г.

В России до 1912 г. не было общих законоположений о наследственном вотчинном праве, которое могло бы служить целям застройки. Наем из выстройки (ст. 386, 402, 1691, 1693, 1697, 1706) порождал обязательственные отношения. Наследственное же вотчинное обременение земли допускалось только специальными законоположениями для отдельных категорий земель (см. выше, § 27). Общим же гражданским законам оно было неизвестно, и наибольшим по своей возможной продолжительности было пожизненное владение (ср. ст. 514 и 1011). Институт наследственного оброчного владения вводится проектом гражданского уложения. Ввиду отдаленности проведения в жизнь проекта и настоятельной нужды в регламентации застройки законопроект о праве застройки был разработан отдельно и получил силу закона 23 июня 1912 г. Детальной нормировке права застройки посвящен I отдел этого закона, ныне образующий ст. 5421–54227.

III. Установление права застройки. Установить право застройки может по русскому праву только собственник сдаваемого под застройку участка (ст. 5421). Его не может установить ни пожизненный владелец, ни чиншевик, ни лицо, в срочном владении которого участок находится, хотя бы срок его владения превышал 36 лет, ни тем более арендатор, хотя бы срок его аренды

достигал 99 лет (ср. ст. 1691, прим.). Из иностранных же законодательств некоторые, как, например, германское, допускают установление права застройки всеми лицами, имеющими какое-либо вещное право на данный участок, но только на срок действия этого последнего; другие же, как, например, австрийское, предоставляют установление права застройки даже не всем собственникам, а только государству, провинциям, общинам и общественным учреждениям, частные же лица не имеют права сдавать свою землю под застройку.

Собственник, право распоряжения которого ограничено, может тем не менее устанавливать право застройки; так, например, собственник заложенной земли может отдать ее под застройку с согласия и даже без согласия залогодержателей (ст. 54212). В последнем случае оно необязательно для залогодержателей и лиц, приобретших землю с торгов при неисправности залогодателя; для самого застройщика и прочих третьих лиц оно во всяком случае обязательно. В отношении некоторых категорий земель закон стесняет собственников в праве установления на них застройки, требуя выполнения особых формальностей. Так, на надельных землях, принадлежащих обществам сельских обывателей, право застройки устанавливается по приговорам сходов, постановленным большинством 2/3 присутствующих на них и подлежащим обязательному рассмотрению земских начальников или заменяющих их крестьянских установлений (ст. 5427, п. 1; особ. прилож. к т. IX, кн. I, общ. полож., ст. 66, п. 18 по прод. 1912 г.). К установлению права застройки на подворных участках, а равно и укрепленных в личную собственность это правило не имеет применения. На землях, принадлежащих городским поселениям, право застройки устанавливается на основании определений и приговоров городских общественных управлений, постановленных указанным в законе большинством (ст. 5427, п. 2). На землях, принадлежащих духовным установлениям разных вероисповеданий, право застройки устанавливается с разрешения Святейшего Синода, министра внутренних дел или кавказского наместника по принадлежности (ст. 5427, п. 3), причем при установлении права застройки на землях, принадлежащих православным причтам, должны быть соблюдаемы особые правила о выдаче вознаграждения (ст. 5429), на землях казенных – с соблюдением порядка, установленного действующими узаконениями для отдачи таковых земель в пользование (ст. 5427, п. 4), в имениях ленных, поиезуитских и приобретенных по правилам инструкции 23 июля 1865 г., – с разрешения местного управления земледелия и государственных имуществ (ст. 5427, п. 6) и в имениях заповедных, временно-заповедных и майоратных – с разрешения Сената и соблюдением особых правил о вознаграждении (ст. 5427, п. 5, ст. 5428 и 54210).

Лица, состоящие под опекой, могут устанавливать право застройки в лице своих опекунов, с разрешения тех же установлений, как и для продажи имения малолетних (ст. 277, п. 3, ст. 281 и 2811). При выдаче этого разрешения принимается в соображение, чтобы интересы собственника земли были охраняемы не только на время существования опеки, но и на последующее время, на которое простирается право застройки (ст. 54211). Лица, состоящие под попечительством, могут беспрепятственно устанавливать право застройки с согласия попечителей.

Застройщиком может быть только лицо, имеющее право приобретения недвижимых имуществ в данной местности (ст. 5425). Следовательно, право застройки не может быть устанавливаемо в пользу евреев и иностранцев, кроме тех местностей, где им разрешается приобретать недвижимости (т. IX, зак. о сост., ст. 780, прим. 1 и 3, ст. 830, прим. 2, прилож.; ст. 698, прим. 1 и 3), горцев в указанных законом случаях (ст. 698, прим. 5) и юридических лиц, образованных на основании иностранных законов, хотя бы и получивших разрешение действовать в России, в губерниях, законом указанных (т. IX, зак. о сост., ст. 830, прим. 2, прилож. п. 6). Спорным является вопрос: повсеместно ли допустимо установление права застройки в пользу лиц польского происхождения? Существует взгляд, что к праву застройки применяются все ограничения, установленные для приобретения лицами польского происхождения поземельной собственности в девяти западных губерниях (ст. 698, прим. 2, прилож. по прод. 1912 г.). Однако такой взгляд едва ли правилен, так как ст. 5 прилож. к прим. 2 ст. 698 говорит о приобретении поземельной собственности, а не недвижимых имуществ как таковых (ср. ст. 2, 5 и 6 того же прилож.). Отдача в залог и пожизненное владение лицам польского происхождения в тех же местностях воспрещена особо (ст. 2 прилож.). Правильным будет признать, что право застройки в пользу лиц польского происхождения может быть устанавливаемо повсеместно.

Право застройки может быть устанавливаемо в пользу акционерных компаний и товариществ, образованных не на основании иностранных законов, и в девяти западных губерниях, так как им воспрещено там не приобретение недвижимостей как таковых, а поземельной собственности свыше 200 десятин (ст. 698, прим. 2, прилож. ст. 4). Право застройки на наделных землях может быть устанавливаемо в пользу лиц всех сословий (ст. 5426), так что ограничения, установленные для приобретения наделной земли (общ. полож. о крест., ст. 18–20) на него не распространяются.

Объектом права застройки является земельный участок. На реальную долю какого-либо участка право застройки может быть установлено лишь по выделении его в особую формальную единицу.

По нашему законодательству право застройки может быть установлено только путем договора, но не путем завещательного распоряжения, давности или судебного решения, как то допускается в иностранном праве (герм. гр. ул., § 1017). Давность не может служить основанием приобретения права застройки потому, что закон требует точного установления срока действия застройки, что совершенно невозможно при приобретении права путем давности. Завещательное распоряжение не может служить основанием для открытия особого листа на право застройки в реестре крепостных дел, но оно может возложить на наследников обязанность установить это право в пользу определенного лица. Последнее получает в таком случае право требования к наследнику об установлении застройки.

Договоры об установлении права застройки совершаются крепостным порядком с открытием для каждого права особого листа в реестре крепостных дел как на отдельное недвижимое имение (ст. 54226). Форма настолько существенна для сделки, что несоблюдение ее делает акт об установлении права застройки юридически ничтожным. Необходимое содержание договора о праве застройки определяется законом. Он должен содержать в себе: 1) наименование акта договором о праве застройки; 2) обязательство застройщика произвести в определенный срок постройки; 3) определение размера и сроков вознаграждения собственника и 4) срок, на который устанавливается право застройки (ст. 54226). Кроме того, в договор могут быть включаемы всякие условия, не противоречащие существенным признакам права застройки. Отступление от правил закона о содержании договора влечет за собой неутверждение акта о праве застройки. Установление права застройки под отменительным условием допустимо. Вещное право застройщика возникает с момента утверждения акта старшим нотариусом, которое сопровождается открытием особого листа в реестре крепостных дел.

В случае раздробления права застройки между несколькими лицами (ст. 54216) отдельные владельцы права застройки могут требовать от собственника земли разделения земельного участка на соответствующие части. Того же может требовать лицо, выделившееся из совокупности лиц, в пользу которых первоначально было установлено нераздельное право застройки.

Переход уже существующего права застройки совершается по общим правилам о переходе недвижимостей, должен быть отмечен в реестре крепостных дел. Отдельные категории лиц, не имеющих права приобретения недвижимостей, при переходе к ним права застройки должны отчудить его (евреи – в течение 6 месяцев, иностранцы – 3 лет). При переходе по наследству право застройки как недвижимость может стать родовым имуществом (ст. 399). Отчуждение и залог права застройки опекуном над имуществом застройщика может последовать только в случаях и с соблюдением порядка, определенного для продажи недвижимых имений малолетних (ст. 54211).

IV. Права и обязанности застройщика. 1. Застройщик имеет право владеть участком с определенной целью – для возведения строений. Изменить назначение участка, например, вместо застройки вспахать его, он не имеет права. Право застройки может, однако, простираться и на ту часть предоставляемого по договору земельного участка, которая хотя и не предназначена под строения, но должна служить для надобностей самой застройки (ст. 5424). Незастраиваемые части должны играть исключительно подсобную роль (к ним могут быть отнесены сад, двор, место для добычи строительных материалов и т.п.). Для этой цели застройщик может производить всякие работы по добыче материалов (устраивать каменоломню, лесопилку и т.п.). Он имеет также право пользоваться уже имеющейся на участке водой, устраивать в его пределах колодцы, обдeldывать родники и источники (ст. 54223). Разумеется, право пользования этими предметами

ограничивается нуждами самого права застройки на данный именно участок. Продавать строительные материалы для других своих строений, не связанных с этим участком, застройщик не вправе. Если же незастраиваемые части являются предметом самостоятельной эксплуатации, то право застройки на них распространяться не может (например, на рудники, прилегающие к заводу, и т.д.).

2. Застройщик имеет право неограниченного распоряжения своим правом застройки без согласия собственника участка. Он может его отчудить, завещать, сдать в аренду, заложить, предоставить в пожизненное владение и т.д., но не может обременить его новым правом застройки в пользу другого лица. Застройщик может раздробить свое право и отчудить его по частям в разные руки, но в этом случае, если не было согласия собственника на распределение ответственности между приобретателями, все совладельцы права застройки отвечают перед ним солидарно (ст. 54216). Застройщик имеет право отказаться от права застройки при наступлении невозможности пользоваться участком сообразно его назначению, если невозможность эта явилась последствием принудительного отчуждения части участка для государственной или общественной надобности или каких-либо стихийных явлений, наступление коих для застройщика равносильно гибели предмета пользования (ст. 54220).

3. Обременить право застройки реальными сервитутами застройщик может только с согласия собственника участка. Закон (ст. 5422 и 54226) говорит собственно об обременении права застройки "правами участия частного (сервитутами)", но в действительности его постановление касается только реальных сервитутов. Обременить правом участия частного право застройки нельзя, ибо право участия частного есть законное ограничение права собственности в интересах соседства, возникающее помимо воли стесненного лица. Вследствие смешения понятий права участия частного и сервитута закон оставляет совершенно невыясненным вопрос, нужно ли для обременения права застройки личным сервитутом (например, пожизненным владением) испрашивать согласие собственника? Этот вопрос должен решаться отрицательно. Согласие на установление реальных сервитутов необходимо ввиду того, что они обременяют по существу самый участок. Личные же сервитуты обременяют только самое право застройки и потому могут устанавливаться без согласия собственника.

4. Застройщик имеет право собственности на строения. Это подтверждается тем постановлением закона, что застройщик имеет право снести возведенные им постройки с истечением срока договора (ст. 54219). Собственник имеет только обязательственное право требования к застройщику об оставлении строений в его пользу по истечении срока договора. Строения являются принадлежностью права застройки, но могут быть отчуждаемы как совместно, так и отдельно от него. Есть ли строение, воздвигнутое застройщиком, движимость или недвижимость? Сенат за последнее время отстаивал ту точку зрения, что строения, возведенные на чужой земле, являются движимостью и не могут даже отчуждаться крепостным порядком. Строения, возведенные застройщиком, находятся, однако, в ином положении, так как отчуждение их совершается крепостным порядком, с отметкой в реестре крепостных дел на листе, отведенном для права застройки.

5. Застройщик имеет право на вознаграждение за оставленные в пользу собственника земли строения, если собственник сам потребовал оставления их на участке. Вознаграждение это, если между сторонами не было другого соглашения, равняется той же выгоде, которой лишается застройщик, утрачивая право снесения построек (ст. 54219, п. 3), т.е. он может получить стоимость материала за вычетом расходов по сносу.

Обязанности застройщика. 1. По русскому законодательству застройщик не только имеет право, но и обязан возвести строения на сданном ему участке. Закон требует, чтобы срок возведения построек был непременно указан в самом договоре (ст. 54226, п. 2). Закон не указывает, какие строения должен возвести застройщик, чтобы его обязательство считалось выполненным, так как это зависит от конкретных обстоятельств и должно определяться договором. Строение может быть как надземным, так и подземным (погреб), но во всяком случае должно быть связано с землей. Сдача на праве застройки воздушного пространства (для проведения телефонной проволоки) невозможна.

Последствия невозведения построек в условленный срок определяются договором. Из того, что застройщик обязан возвести строения, вытекает, что он не имеет права снести их до срока, не заменив новыми. Однако в случае гибели построек, происшедшей без вины застройщика, он не обязан их возобновлять.

2. Застройщик обязан уплатить собственнику вознаграждение, размер и срок уплаты которого должны быть установлены в самом договоре (ст. 5421 и 54226, п. 3). Способ уплаты вознаграждения зависит от усмотрения сторон. Но вознаграждение личными услугами не допускается под страхом недействительности сделки (ст. 54214), очевидно, во избежание установления кабальных отношений между собственником и застройщиком.

При раздроблении права застройки без согласия собственника на распределение платежей между совладельцами все они отвечают перед собственником солидарно (ст. 54216).

В договор об установлении права застройки могут быть включаемы условия об определенном изменении вознаграждения по истечении известных, указанных в договоре промежутков времени или в случае наступления предусмотренных в том же договоре точно определенных событий (ст. 54213). Собственник обязан в силу закона уменьшить плату за право застройки, если часть участка занимает собственником для разработки ископаемых, а остальной частью застройщик продолжает пользоваться (ст. 54222).

Последствия неплатежа определяются соглашением сторон. Собственник земли может обратиться взыскание на самое право застройки, но закон ставит здесь некоторые ограничения. Обращение собственником взыскания на право застройки допускается не ранее 6 месяцев со дня просрочки платежей за пользование этим правом. Если срок этих платежей наступил не более чем за 2 года до предъявления иска и взыскание по исполнительному листу обращается на право застройки в течение года по вступлении в законную силу судебного решения, то оно пользуется преимущественным удовлетворением из права застройки перед всеми долгами застройщика, хотя бы и обеспеченными этим имуществом, за исключением указанных в ст. 1163 уст. гр. суд. На остальное имущество застройщика собственник земли вправе обратиться взыскание на общих основаниях (ст. 54217).

3. Застройщик обязан нести все следующие за занимаемый им земельный участок общественные, земские, городские государственные сборы и повинности (ст. 54215). Эта обязанность может быть отменена договором, так как не является существенным элементом права застройки.

4. По истечении срока договора застройщик обязан вернуть землю собственнику и снести постройки, если того потребует собственник не позже месяца после срока договора; на снесение построек по требованию собственника, заявленному позже чем за 4 месяца до истечения срока, застройщику предоставляется четырехмесячный срок со дня предъявления требования. Если требование о сносе не будет выполнено застройщиком и собственник снесет постройки в течение первого года после срока договора, то застройщик обязан возместить ему издержки по сносу (ст. 54219, п. 1 и 2).

5. Застройщик обязан передать собственнику постройки, если он того потребует не позже как за год до истечения срока (ст. 54219, п. 3).

Права и обязанности собственника участка.

1. Собственник имеет право на вознаграждение, обусловленное в договоре.

2. Передавая участок во владение застройщика, собственник не теряет права распоряжения сданным участком, поскольку оно не ограничено вещными правами застройщика. Собственник может отчудить земельный участок, обременить его залогом и т.д.; продажа с публичных торгов участка, заложенного после установления на нем права застройки, не нарушает прав застройщика.

3. Собственник имеет право разрабатывать на сданном участке ископаемые, указанные в законе, причем если эти ископаемые не могут быть извлечены без повреждения права застройки (ст. 54221).

4. Собственник имеет право не позже как за год до истечения срока договора потребовать оставления в его пользу построек или не позже месяца после срока потребовать их сноса (ст. 54219, п. 1 и 3). Если его требование о сносе не было исполнено и он снесет постройки в течение

первого года после срока, то он имеет право требовать возмещения ему издержки по сносу (ст. 54219, п. 2).

Обязанности собственника.

1. Собственник земли обязан предоставить застройщику обусловленный по договору участок.

2. В случае досрочного прекращения права застройки по требованию собственника для разработки ископаемых он обязан возместить застройщику убытки, причиненные досрочным прекращением права застройки или сокращением земельной площади, обремененной этим правом, или приостановлением пользования участком, а также уменьшить плату за право постройки, если застройщик сохранил право застройки только в отношении части участка (ст. 54222).

3. Собственник обязан уплатить вознаграждение за оставленные ему по его требованию строения (ст. 54219, п. 3).

VI. Прекращение права застройки. Право застройки прекращается прежде всего по тем же основаниям, как другие вещные права на чужую вещь, затем по основаниям, установленным законом специально для права застройки и, наконец, по договору между собственником и застройщиком.

1. Наступление срока влечет за собой прекращение права застройки *ipso jure* без согласия залогодержателей права застройки и других верителей застройщика (ст. 54218). Подобно сроку действует отменительное условие.

2. Совпадение в одном лице застройщика и собственника участка также прекращает право застройки *ipso jure* (ст. 54218, п. 2). Однако такое досрочное прекращение права застройки не влечет за собою уничтожения установленных застройщиком залогов, сервитутов и других крепостных обременений, и таковые сохраняют свою силу до истечения срока, на который было установлено право застройки (ст. 54224). Очевидно, в отношении залогодержателей и прочих верителей застройщика, имеющих вещные права на права застройки, это последнее продолжает существовать и на него может быть обращено взыскание. Сам же собственник участка никаких мер распоряжения правом застройки предпринять уже не может.

3. Гибель участка, а равно наступление невозможности пользоваться участком сообразно его назначению в случаях, приравниваемых законом к гибели участка (принудительное отчуждение для государственной или общественной надобности, воздействие на участок стихийных явлений), управомочивают застройщика отказаться от права застройки и прекратить его (ст. 54220). В этих случаях залоговые права и обременения, лежащие на праве застройки, становятся необязательными для собственника участка (ст. 54224, ч. 2). Гибель строений не прекращает права застройки.

4. Право застройки прекращается по требованию собственника земли, если данный участок нужен ему для добычи ископаемых и если притом эти ископаемые не могут быть извлечены без повреждения строений, а застройщик не изъявит желанья возобновить пользования участком по окончании разработки ископаемых или ограничиться пользованием той частью участка, которая не нужна для разработки (ст. 54221). Залоговые права и обременения, лежащие на праве застройки, в этом случае сохраняют силу в той мере, поскольку это не препятствует собственнику извлекать ископаемые (ст. 54224, ч. 3).

5. Принудительная продажа с торгов по иску из первой закладной заложенного земельного участка, на котором было установлено право застройки, прекращает это последнее.

6. Право застройки не утрачивается по давности в случае непользования им, но если оно было ошибочно погашено в реестре крепостных дел, то с этого момента начинает течь исковая давность.

7. Право застройки может быть прекращено до срока соглашением застройщика и собственника, заявленным формально подлежащему старшему нотариусу. При этом если право застройки было обременено залогом или другими вещными правами в пользу других лиц, то требуется их согласие на прекращение этого права.

Право застройки не прекращается, если застройщик умрет без наследников; в таком случае оно делается выморочным и подчиняется законоположениям о выморочных имуществах.

С прекращением права застройки особый лист, открытый на него в реестре крепостных дел, закрывается, и никакие вещно-правовые сделки застройщика по отношению к принадлежавшему ему праву после этого уже не имеют силы.

§ 29. Залоговое право

Литература: Гантовер, Залоговое право, 1890; Кассо, Понятие о залоге в современном праве, 1898; Звоницкий, О залоге по русскому праву, 1912; Товстолес, Сущность залога в историческом развитии по русскому гражданскому праву (Ж. М. Ю., 1898, N 8 и 9); Мейер, Древнее русское право залога, 1855; Неволин, История российских гражданских законов, т. III, отд. 8; Анненков, Система русского гражданского права, т. III, 1901, стр. 341–444; Победоносцев, Курс гражданского права, т. I, стр. 571–639; Сопов, Ипотека по римскому праву и новейшим законодательствам, 1889; Васьковский, Заклад движимой вещи (Ж. М. Ю., 1898, N 5); Бобриков, По поводу и о передаче закладных крепостей (Ж. М. Ю., 1898, N 6); Стругов, О закладе долговых требований, 1890; Базанов, Происхождение современной ипотеки, 1900; Каминка, Залог движимого имущества (Право, 1909, N 42); Бугаевский, Проблема залога движимости (Право, 1910, N 4); Гойхбарг, Заклад движимости (Право, 1911, N 25, 26 и 27); Каминка, Вопросы заклада движимого имущества (Право, 1911, N 34 и 35); Бутовский, Досрочное погашение закладной (Вестн. пр. и нот., 1911, N 25); Кассо, Русское поземельное право, стр. 233–260.

I. Понятие о залоге. В противоположность личному кредиту, основанному на доверии кредитора к честности, имущественному и общественному положению, деловитости должника, реальный кредит основывается на уверенности кредитора в существовании ценности, готовой всегда служить к удовлетворению его на случай неисполнительности должника. Обеспечением права кредитора является прежде всего имущество должника в том его составе, какой оно имеет в момент обращенного на него взыскания. Но кредитору всегда грозит опасность, что имущество должника окажется ниже ценности обязательства, что к имуществу будет предъявлено одновременно столько требований со стороны еще других кредиторов, что при возможности удовлетворить каждое в отдельности оно не вынесет тяжести совокупности их. Ввиду такой опасности, предотвратить которую кредитор не в состоянии, он предпочтет выбрать из всего имущества должника определенную вещь, соответствующую по ценности сумме долга, и выговорить себе право исключительного удовлетворения из стоимости этого предмета. Такое обеспечение достигается посредством залога.

Залоговым правом признается право на чужую вещь, принадлежащее верителю в обеспечение его права требования по обязательству и состоящее в возможности преимущественного удовлетворения из ценности данной вещи. Залоговое право называется также просто залогом, хотя то же имя употребляется для обозначения объекта залогового права.

1. Оно является вещным правом, относящимся к группе прав на чужую вещь. Вещный характер его обнаруживается из того, что, имея своим объектом вещь, оно всюду следует за нею, независимо от права собственности на нее, которое может переходить от одного лица к другому (ст. 694, прил. ст. 3). Против этого Анненков возражает, что по нашему закону такие последствия недопустимы, так как заложенное имение неспособно переходить по сделкам к другим лицам, вследствие чего залоговое право у нас является характером не вещного, а личного права. Но если заложенное имение нельзя приобрести в силу купли-продажи или дарения, то его можно приобрести посредством давностного владения, и тут-то и проявятся вещные последствия. Наша практика признает вещный характер залогового права: "Залог недвижимости устанавливает между вошедшими в договор лицами не только личные отношения должника к кредитору, но и вещное право кредитора на предмет, принятый в обеспечение долга" (10, 21). Помимо того, залоговое право обнимает и залог движимых вещей, для которого нет сомнения в вещном его характере. Однако залоговое право в качестве вещного не лишено некоторых особенностей, отличающих его от других вещных прав. В противоположность другим вещным правам оно не имеет самостоятельного значения, а стоит в зависимости от права по обязательству. Тогда как содержание других вещных прав заключается в пользовании вещью, залоговое право не дает ни

владения, ни пользования. Зато залоговое право дает субъекту его несравненно большее правомочие, чем другие вещные права, – оно может повлечь за собою лишение собственника принадлежащего ему права собственности. Но закон наш идет слишком далеко, когда утверждает, что "залог есть не что иное, как отчуждение права распоряжения, составляющего нераздельную принадлежность права собственности" (т. XI, ч. 2, уст. суд. торг., ст. 476, прим.). С точки зрения закона выходит, будто залог составляет передачу права собственности, тогда как на самом деле этого нет. Собственник, отдавая имение в залог, не лишил себя права распоряжения, например, заключения арендных договоров. Если по нашему праву залог препятствует продаже, то эта особенность не составляет вовсе существа залогового права.

2. Залоговое право представляет собою право на чужую вещь, так как только ценность чужого имущества может служить обеспечением права требования. Поэтому предметом залога не может быть собственная вещь, и приобретение права собственности на вещь, состоящую в залоге того же лица, прекращает залоговое право. Однако при германской ипотечной системе (§ 1143, 1163, 1196) может быть установлено залоговое право на недвижимость в пользу самого собственника. Впрочем, собственник лишен возможности осуществить свое право обращением взыскания на залог (§ 1197).

3. Так как цель залога состоит в обеспечении права требования, то залоговое право представляет собою дополнительное отношение, предполагающее наличность другого обязательственного отношения. Современное германское право допускает установление залогового права на недвижимость, совершенно оторванное от обязательства как абстрактное право на известную часть ценности (*Grundschild*, § 1191–1198). Что такое право может существовать, в этом нет сомнения, раз оно существует, но чтобы оно было залоговым правом – это вопрос. Во всяком случае, наше законодательство смотрит на залог как на средство обеспечения договоров (ст. 1554 и 1587), а следовательно, признает его акцессорность. Как дополнительное, вещное право залога не может возникнуть ранее обязательного права и не может продолжаться, когда прекратилось обязательственное отношение. Поэтому если между двумя лицами состоялось соглашение о предоставлении известной вещи в залог по обязательству, еще не возникшему (обеспечение будущего долга, например, при открытии кредита в банках), то вещное право приобретает только с установлением обязательного отношения.

II. История залогового права. Повсюду развитие залогового права испытывает глубокие изменения. В римском праве первоначально должник передавал кредитору закладываемую вещь в собственность с правом требовать ее возвращения при платеже долга (*fiducia*). Позднее выработалась другая форма залога, при которой должник передавал кредитору закладываемую вещь только во владение, причем по особому соглашению (*lex commissoria*) владение в случае неисправности должника могло превратиться в право собственности кредитора. Наконец, третья форма залога заключалась в сохранении за должником не только права собственности на закладываемую вещь, но и владения ею, а кредитору давалось право удовлетворения своего требования из ценности вещи путем ее продажи. Сходные ступени в развитии залога дает история германского права. Сначала вещь переходила в собственность кредитора, но по погашении долга само собой немедленно возвращалась к должнику. В дальнейшем передача в собственность заменилась передачею во владение кредитора (*ältere Satzung*) и даже пользование, причем доходы шли или в погашение долга, или в уплату процентов. На третьей ступени должник сохранял за собою владение и пользование заложенной вещью, а кредитор получал только право на удовлетворение из ценности вещи (*neuere Satzung*).

Не менее сложно и в то же время сходно было развитие залогового права в России. В древнейшую эпоху обеспечением исполнтельности должника служила его личность, а не имущество (закупничество), Свобода лица была порукою кредитору, что должник выполнит то, к чему обязался. Поэтому указания на залог встречаются в истории русского права довольно поздно. В центрах развития торгового оборота залог выступает раньше и притом сразу приобретает значительное распространение. Так, в Русской Правде мы не встречаем указаний на залог, тогда как по Псковской Судной Грамоте залог соединяется с каждою сделкою, которая превышает по ценности рубль. В актах юридических XV столетия мы встречаем уже многочисленные случаи залога движимых и недвижимых вещей, которыми обеспечивается договор займа.

Наиболее раннею формою залога в России является передача вещей во владение кредитора, которое соединяется чаще всего с пользованием. Было высказано мнение (Мейер), что древнее русское залоговое право представляло собою, подобно римской *fiducia*, не что иное, как отчуждение права собственности в пользу кредитора с сохранением за должником права выкупа в случае своевременного погашения долга. Однако при рассмотрении закладных грамот, на которых это мнение основывалось, обнаруживается, что приобретение права собственности кредитором отнесено к моменту просрочки, а не установления залога: "...а не будет денег на срок, ся кабала на ту пожню и купчая грамота". Даже самое право пользования заложеною вещью, по-видимому, – явление позднее, так как в дошедших актах кредитору предоставляется "за рост пахати", "за рост косити", что подает повод думать, что само собою подобное право не предполагалось. По-видимому, первоначальною формою залога являлось предоставление кредитору пользования имением должника за полученную последним от кредитора сумму денег, причем не кредитор имел право требовать платежа долга, а должник имел право требовать возвращения имения при условии платежа долга. Дальнейшим развитием залога оказывается превращение владения и пользования при просрочке должника в право собственности кредитора: "ся закладная и купчая". Особенно держится, преимущественно в торговых городах, залог с сохранением за должником владения и пользования вещью, домом, лавкой и с превращением его в собственность кредитора лишь с момента просрочки.

Представление о залоге вещи, как содержащем в себе *in potentia* право собственности кредитора в случае просрочки должника, крепко укоренившееся в жизни, встретило в XVI веке первую попытку заменить его представлением о залоге как праве на чужую вещь получить удовлетворение из ценности ее. По указу 1557 г. кредитор, имеющий в залоге движимую вещь, обязан был в случае просрочки предупредить должника о возможности лишиться вещи. Затем, когда и после этого долг не был уплачен, то кредитор должен был при свидетелях продать залог для удовлетворения своих прав и возратить излишек суммы собственнику вещи. Если же вырученная сумма оказывалась недостаточною для покрытия капитального долга и процентов, то должник продолжал ответственность в недостающей сумме. Весьма вероятно предположение, что указ этот имел временное значение, потому что после него продолжает царить прежний порядок.

Уложение Алексея Михайловича постановляет, что в случае неплатежа должником в срок своего долга заложённые вещи, как движимые, так и недвижимые, обращаются при просрочке должника в собственность кредитора: "...а будет кто кому в долгу в деньгах или в ином чем-нибудь заложит что до сроку, и кабалу закладную на тот свой заклад даст, а в кабале напишет, будет он того своего закладу на срок не выкупит, и на тот его заклад та закладная кабала и купчая; и дав он такую кабалу до того своего закладу на срок не выкупит, и ему впредь до того своего закладу дела нет, а владети тем его закладом тому, кому он заложит, и вольно тому такой заклад продати и заложити, и в приданое дати" (гл. X, ст. 196). Просроченная закладная обращалась в купчую крепость, и по просьбе кредитора недвижимое имение справлялось за ним в поместном приказе. Однако уложение связывает такое последствие залога с договорным условием и не предусматривает случая, когда в договоре такой оговорки не будет.

В XVIII веке залоговое право опять приобретает временно свойственный ему характер права на чужую вещь. Законом 1 августа 1737 г. установлен был иной порядок взыскания по закладным. Залоговое право уже не превращается в право собственности, а заложённая вещь подлежит продаже с публичного торга. Если вырученная от продажи сумма превысит размер долга, то остаток возвращается собственнику заложённой вещи. Если предлагаемая на торгах сумма будет ниже размера долга, то кредитор может оставить вещь за собою без права с его стороны требовать недостающего с остального имущества должника, "понеже в займы деньги давал из воли своей, и когда в том неосмотрительно поступил, должен и убыток сам претерпеть" (п. 7). Однако разорение последним заложённого имения лишало его этой льготы и давало право кредитору обратит взыскание на все прочее имущество должника (п. 8).

Порядок этот недолго продержался, потому что в 1744 г. состоялось возвращение к правилам уложения, мотивированное ущербом для кредиторов от того, что "многие, дав деньги после занимаемых в закладных сроках, чрез многое время тех своих денег, ни закладного недвижимого имения не получают". Только с изданием в 1800 г. Банкротского Устава для недвижимости

произошла окончательная отмена старого порядка. Устраняется необходимость передавать в держание кредитора заложенное имущество, которое остается в руках собственника, но за то последний, благодаря наложенному запрещению, лишается права продать, перезаложить принадлежащее ему имущество, что оказывается в высшей степени стеснительным для должника и притом без всякой пользы для кредитора. Относительно движимости законодатель сохраняет как остаток прежнего порядка правило, по которому заложенная вещь может остаться за кредитором, если только должник не потребует продажи (ст. 16741, п. 1). Однако в последнем случае продажа заложенной вещи за сумму ниже размера долга дает кредитору право требовать недостающей суммы с прочего имущества.

Историческое развитие залогового права в России является незаконченным. Русский залог носит характер недоразвитости, незавершенности, страдает значительными противоречиями как остатками разных наслоений.

III. Установление залогового права. Лицо, отдающее свою вещь в обеспечение обязательства, называется залогодателем. Лицо, принимающее чужую вещь в залог своего права требования, носит название залогодержателя, потому что нередко заложенная вещь переходит в его руки. Так как в залоговом праве содержится возможность продажи, то отдавать в залог вещи могут только те, которые имеют право отчуждать их посредством продажи (ст. 1627 и 1663), поэтому залогодателем может быть по общему правилу только собственник (ст. 1629). В случае общей собственности залог объекта ее возможен лишь по согласию всех участников (ст. 1632). Кроме собственника, никто другой не вправе отдавать чужую вещь в залог, и подобное действие не имело бы никаких юридических результатов, т.е. не давало бы залогодержателю права на чужую вещь (ст. 1629, п. 1). Однако законодательство допускает отступления от этого правила. Так, пожизненному владельцу предоставляется возможность заложить чужую вещь, составляющую объект его права пользования (ст. 1629, п. 2), и, таким образом, передать залогодержателю более прав, чем имеет сам залогодержатель, но это возможно только в отношении благоприобретенных имений и только при предоставлении такого права учредительным актом. Возможен также залог чужого имущества с согласия его собственника (ст. 1629, п. 1 и ст. 1664, п. 1; т. XI, ч. 2, уст. кред., разд. X, ст. 10, разд. XI, по прод. 1912 г., ст. 44). Наконец, в отдельных случаях признается действительным заклад чужого имущества, совершенный без согласия собственника, при условии добросовестности залогодержателя (т. XI, ч. 2, уст. кред., разд. XI, по прод. 1912 г., ст. 77; уст. суд. торг., ст. 476, прим.).

Недостаточно быть собственником, чтобы иметь право заложить свою вещь. Нужно еще обладать дееспособностью, необходимою для отчуждения вещи. Поэтому несовершеннолетние, сумасшедшие, расточители и другие лишены права отдавать в залог принадлежащие им на праве собственности вещи.

Быть залогодержателями, принимать вещи в залог могут только те, которые по закону не лишены возможности иметь эти предметы на праве собственности (ст. 1628). Это положение нашего закона навеяно старым порядком взыскания по закладным и не отвечает существу залогового права. Способность быть залогодержателем не стоит в зависимости от способности быть субъектом права собственности. Залоговое право состоит в праве преимущественного перед другими удовлетворения из суммы, вырученной от продажи заложенной вещи. Приобретателем продаваемого с торгов имущества не может быть то лицо, которому закон преграждает путь к приобретению права собственности. Но это обстоятельство неспособно влиять на возможность быть субъектом залогового права. Однако закон смотрит на это иначе, а потому, например, евреи, лица польского происхождения, иностранцы в известных местностях не могут принимать в залог недвижимости. Из лиц, способных иметь право собственности, церкви специальным постановлением лишены права отдавать свои капиталы под заклады (ст. 1665, т. IX, ст. 444).

Объектом залогового права как вещного может быть только вещь в материальном смысле слова. Все, что может быть продано, может быть и заложено. Следовательно, залогом подлежат как движимости, так и недвижимости. Когда предметом залога являются движимые вещи, то закон употребляет еще особый термин "заклад". Наравне с материальными вещами в деле залога находятся те ценные бумаги, в которых право по документу неразрывно связано с правом на документ (ст. 16741). Обязательства не могут быть признаны объектом залогового права, потому

что они не дают вещного права. Если должник в обеспечение своего долга передает кредитору принадлежащий ему вексель, то кредитор никакого права не приобретает. Правда, нахождение векселя у кредитора может повредить интересам должника, потому что вследствие этого обстоятельства он не может ни учесть вексель, ни предъявить его ко взысканию, но кредитору это не дает какого-либо права. Должник может быть также заинтересован в возвращении отданного в обеспечение паспорта, но никто не признает здесь залога за отсутствием ценности. Кредитор может побудить должника к исполнительности даже обладанием компрометирующего письма или удержанием в своих руках рукописи автора, представляющей значительную ценность, но такие побуждения не имеют ничего общего с залогом, хотя бы и достигали фактически той же цели. При так называемом залоге обязательств отсутствует, кроме вещного свойства, и другой существенный признак залога – возможность продажи заложенной вещи и удовлетворения из его ценности. Если бы даже закон признал за кредитором право просить суд о предоставлении ему взыскивать по заложенному документу, то все-таки здесь была бы принудительная передача прав, а не продажа. [Обычно при так называемом залоге векселей последние передаются залогодержателю по полной передаточной надписи, которая не означает передачи векселя в собственность, а только дает ему возможность при неисправности залогодателя предъявить вексель ко взысканию от своего имени.]

По нашему законодательству предметом залога не может быть вещь, состоящая под запрещением (ст. 1630), хотя с теоретической точки зрения нет никакого основания к такому стеснению оборота, так как столкновения между субъектами вещных прав при современной нотариальной системе укрепления прав не может быть. Особенно интересным представляется вопрос о возможности залога вещей, состоящих уже в залоге. Существование нескольких, последовательно устанавливаемых залоговых прав на одну и ту же вещь создает последовательность в осуществлении этих прав и потому не противоречит ни логике, ни кредиту. Однако наше законодательство иначе относится к этому вопросу, повторяя старинное положение о недействительности второго залога (ст. 1630, п. 2). В прежнее время при отсутствии начала, в силу которого укрепление вещных прав на недвижимость происходило по месту их нахождения, не было достаточно гарантии, что должник не заложит одно и то же имущество "в разные руки", так что кредиторы могли совершенно неожиданно встретиться друг с другом при осуществлении права. Но теперь такая неожиданность немыслима, невозможен и залог "в разные руки", а может быть только последовательный залог нескольким лицам.

Несмотря, однако, на категорическое запрещение со стороны закона, скрепленное даже уголовною санкцией (улож. о наказ. ст., 1705), практика наша под влиянием потребностей жизни, условий оборота и кредита нашла возможность обойти это положение. Из смысла ст. 1646, имевшей первоначально (закон 12 февраля 1862 г.) значение только для дворян, а теперь распространенной на всех, можно вывести заключение о допустимости второго залога, так как здесь говорится, что для собственника заложенного в кредитном установлении имущества предоставлению последнего в обеспечение по новой закладной не служат препятствием ни долги государственным кредитным установлениям по первоначальному в них залогоу имущества, ни долги, обеспеченные закладными, выданными частным лицам. Кроме того, ст. 1215 уст. гр. суд. устанавливает порядок удовлетворения из заложенного имущества "по старшинству закладных", указывая тем на возможность последовательных залогов. На основании этих намеков, отрицающих прямое заявление закона, в практике допускаются вторые, третьи и т.д. закладные на одну и ту же вещь (89, 88; 93, 14). Нельзя, однако, не признать, что вывод этот представляется несколько сомнительным.

Заводы, фабрики и лавки как вещи нераздельные не могут быть отдаваемы в залог по частям (ст. 1633). Леса и земли, состоящие при посессионных заводах как принадлежности, не могут быть отданы в залог особо от них (ст. 1634). Имения заповедные и майоратные не могут быть предметом залога, безусловно, хотя закон и считает исключением те случаи, когда владельцам таковых имений дозволяется законом занимать денежные суммы под обеспечение доходов (ст. 1641). Недействителен заклад вещей, платья, посуды, сельских продуктов и т.п., совершаемый в питейном доме для питья (ст. 1665, прим.). [Недействителен также заклад собственного имущества, когда оно состоит в описи, или секвестр по взысканиям (ст. 1664, п. 2; ср. также т. X,

ч. 1, ст. 15093 и т. XI, ч. 2 уст. кред., разд. X, ст. 96). Закон допускает исключения из этого правила, устанавливая для некоторых случаев, что заклад действителен, когда принявший заклад не знал о запрещении, на нем лежавшем (ст. 15093 и уст. кред., разд. X, ст. 96).]

Основанием залогового права является обыкновенно обязательственное отношение, установленное силою договора или завещания. Возникновение и существование залога обуславливаются этим отношением. Чаще всего основанием залога является заем. Поэтому наше законодательство, чуждое обобщений, связывает залог с договором займа (ст. 1673, прил., ст. 1665, 1669, прил., ст. 1672), а также с казенными подрядами и поставками (пол. о каз. подр. и пост., ст. 38). Однако не следует думать, что только эти договоры могут быть обеспечиваемы залогом, напротив, необходимо признать, что обеспечению залогом подлежат всякие сделки, как это обнаруживается из ст. 1554, в силу которой вообще договоры и обязательства могут быть обеспечиваемы залогом и закладом. На этой же точке зрения стоит и сенатская практика (89, 4). Так, например, арендатор в обеспечение правильного взноса арендной платы может предоставить собственнику имущества залоговое право на процентные бумаги. Залог деньгами или ценными бумагами совершается очень часто при личном найме кассиров, агентов и др. Завещатель может возложить на своего наследника обязанность заплатить денежную сумму и обеспечить это обязательство залогом на завещаемом ему имении. Если заклад установлен в обеспечение долга по игре или для игры с ведома о том в последнем случае залогодержателя, то заклад конфискуется в пользу казны, а половина его ценности поступает в пользу доносителей (ст. 1666).

Субъекты отношения по залогом в громадном большинстве случаев совпадают с субъектами главного отношения. Залогодержателем всегда будет кредитор, но залогодателем может быть и не сам должник, а другое лицо, соглашающееся отдать свою вещь в обеспечение его обязательства. Такой случай предусматривается нашим законодательством по поводу залогов, обеспечивающих договоры с казною (пол. о каз. подр. и пост., ст. 69). Следовательно, в этом случае залоговое отношение устанавливается не между теми же лицами, между которыми существует главное отношение. Существует мнение (Змирлов), что это правило не может быть распространяемо на сделки между частными лицами, потому что по нашему закону залог чужой вещи признается недействительным (ст. 1629 и 1664). Но в этом гражданском законе, как и в подкрепляющем его уголовном законе (улож. о наказ., ст. 1705), запрещается залог чужой вещи не безусловно, а лишь без надлежащего на то согласия или полномочия со стороны собственника ее.

Залоговое право связывается с другим определенным отношением и служит обеспечением только его, а не других возможных между теми же лицами отношений, когда бы они ни возникли, – раньше, одновременно или позже, другими словами, залог обеспечивает известное лишь обязательство, а не вообще обязательства данного лица.

По нашему законодательству легальной ипотеки не существует, и потому ни закон, ни судебное решение не могут служить основанием залога. По мнению некоторых (Гольмстен), русское законодательство знает законный залог – это право железной дороги на перевозимый груз в обеспечение причитающихся ей по перевозке платежей (т. XII, ч. 1, уст. жел. дор., ст. 85), право товарного склада на сложенный у него товар в обеспечение причитающихся ему по хранению платежей (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 784), право комиссионера на находящиеся в его распоряжении товары комитента в обеспечение причитающихся ему по выполнении поручения платежей (т. XI, ч. 2, уст. торг. по прод. 1912 г., ст. 5422). Но все эти права составляют не право залога, а право удержания (*ius retentionis*), хотя в последнем случае закон и приравнивает положение комиссионера к положению залогодержателя. Единственный случай законного залога можно видеть в запрещении купившему вещь в рассрочку до полной оплаты цены закладывать, продавать или иным способом отчуждать эту вещь как обеспечение требований продавца, истекающих из договора продажи в рассрочку (ст. 15093).

IV. Форма залога. Для залоговой сделки установлена различная форма, смотря по тому, является ли объектом ее движимость или недвижимость.

1. Залог недвижимости совершается крепостным порядком, т.е. совершенный у нотариуса акт представляется на утверждение старшего нотариуса, который отмечает о том в реестре крепостных дел. Такой акт называется закладною крепостью (ст. 1642, пол. нот., ст. 159, п. 1, ст. 178). По совершении закладной старший нотариус налагает запрещение на заложенное имение и

делает надлежащее распоряжение об извещении о том сенатской типографии для публикации (ст. 1674, пол. нот., ст. 179). Требование крепостной формы имеет безусловное значение и несоблюдение ее поражает недействительностью самый залог, так что домашняя сделка или нотариальная не дает кредитору прав залогодержателя. Вещное право залогодержателя устанавливается с момента совершенной старшим нотариусом отметки в реестре крепостных дел об утверждении закладной (93, 36).

2. Заклад движимости предполагает: а) письменную форму и б) передачу владения. Письменная форма сделки, устанавливающей залоговое право на движимую вещь, имеет своей целью оградить интересы залогодателя, который, теряя владение, может опасаться со стороны залогодержателя присвоения, подмены или порчи ее. Передача владения отдаваемой в залог движимой вещи имеет своей целью оградить интересы третьих лиц, которые, видя вещь в руках собственника, могут считать ее свободной к обращению, а потому обнаружить готовность к приобретению ее, а также к оказанию кредита собственнику имущества, в составе своем имеющего такие ценные предметы. Между тем совершенно неожиданно для себя приобретатели окажутся лицом к лицу с залогодержателями, а личные кредиторы вынуждены будут отступить перед привилегированными. Поэтому иностранные законодательства требуют для установления залогового права на движимость передачи закладываемой вещи во владение кредитора (франц. гражд. код., § 2074; герм. гражд. улож., § 1205; швейц. гражд. код., § 884). В некоторых случаях, правда, допускается установление залогового права и без передачи, а именно там, где для третьих лиц есть возможность узнать о лежащем на движимой вещи залоге. Такова повсюду ипотека морских судов, для которых ведется особая регистрация, близкая к поземельной; залог торговых предприятий во Франции по закону 17 марта 1909 г., со внесением сделки в реестр коммерческого суда; сельского скота в Швейцарии с записью в особый реестр (§ 885).

Письменная форма, устанавливаемая нашим законом для заклада движимости, отличается крайнею тяжеловесностью. Акт о закладе движимости составляется или нотариальным, или домашним порядком (ст. 1667). Акт о закладе движимости, составленный нотариальным порядком, называется также закладной (ст. 1668). Акт о закладе движимости, составленный домашним порядком, называется, – по терминологии закона, малоупотребительной на практике, – домовым заемным письмом с закладом движимого имущества (ст. 1672). В том и другом случае сделка требует не менее двух свидетелей (ст. 1670 и 1673). Закладываемые вещи подвергаются описи, один экземпляр которой отдается кредитору, а другой, за подписью последнего, – должнику (ст. 1671). Опись может быть написана отдельно или включена в закладную (75, 94). В действительной жизни залог движимых вещей производится весьма часто простым вручением вещи кредитору без соблюдения не только всех подробностей законной формы, но и без всякого письменного акта. Какое значение имеет залог, не облеченный в форму письменного акта? Насколько вопрос касается интересов залогодателя и залогодержателя, можно сказать, что такой залог, не теряя действительности, лишается свидетельской доказуемости (уст. гражд. суд., ст. 409 и 410). Но насколько речь идет о силе такого залога против третьих лиц, необходимо признать недействительность залога как вещного права против приобретателей и других кредиторов. Конечно, нельзя считать существенными все подробности формы, как опись, участие свидетелей, но письменный акт должен быть налицо. Без письменной формы нахождение заложенных вещей у кредитора представляется только фактом, а не вещным правом, а потому на такую вещь может быть обращено взыскание другими кредиторами по исполнительным листам. Сенат даже полагает, что должник или его преемник по праву на отданные вещи может всегда потребовать их обратно, как находящиеся в незаконном владении (78, 340), но в то же время не считает форму существенной, "пока нет спора о тождестве заложенных вещей" (75, 658).

Законом 15 июня 1912 г. о преобразовании местного суда введена с 1 января 1914 г. ст. 1011 уст. гр. суд., согласно которой заклад движимого имущества на сумму до 30 руб. может быть доказываем свидетелями. Однако, благодаря помещению этой нормы в процессуальном законе, возникает вопрос: может ли она иметь применение в судах, руководствующихся другими процессуальными правилами; например, можно ли доказывать заклад движимости, хотя бы и до 30 руб., в производстве у земского начальника?

Передача закладываемой вещи во владение кредитора составляет по русскому законодательству также необходимое условие установления вещного права (ст. 1671). В действительной жизни могут быть случаи, когда отнятие у должника вещей, отдаваемых им в заклад, является невыгодным для самого кредитора, потому что тем самым должник лишается средств заработка, а следовательно, и возможности заплатить свой долг, например, при закладе мастерицу швейной машины, музыкантом – своей скрипки. Так как строение, воздвигнутое на чужой арендованной земле, рассматривается как движимость, то и залог такой вещи может быть произведен только в порядке залога движимости, а между тем передача строения по описи оказывается невозможной. На этом основании выдвигается в последнее время мнение, что заклад движимости допустим по нашему законодательству и без передачи закладываемой вещи от залогодателя кредитору, а Сенат поддержал этот взгляд тем, что признал действительность залога лесопильного заведения, построенного на арендованной земле без передачи (01, 6; ср. также 78, 117 и 75, 321). Но это направление стоит в резком противоречии с текстом закона и потому не может быть принято.

Требование закона о передаче заложенной вещи кредитору представляет особенные затруднения при залоге морских и речных судов, для которых у нас до сих пор не создалась ипотечная система. Невозможность отнять у должника пароход, предоставленный им в обеспечение, вынудила прибегать на практике к фиктивной продаже, несколько напоминающей *fiducia*. Желая получить деньги под залог парохода продает его кредитору, выговаривая себе право выкупа, а в то же время сохраняет пароход в своем держании путем особого арендного договора. Можно себе представить, как отражается на кредите такой первобытный способ залога.

V. Действие залогового права. Основное действие залога, соответствующее цели его установления, состоит в том, что кредитору принадлежит, в пределах его права требования, право на ценность заложенной вещи, в чьих бы руках и на каком бы основании она ни находилась. Право это, охватывая вещь в полном ее составе, распространяется и на все приращения. С другой стороны, залоговое право неделимо, и удовлетворение кредитора в части не лишает его права залога на всю вещь.

1. Права залогодателя во время нахождения вещи в залоге соответствуют его правам как собственника. Залог не уменьшает объема его прав, особенно если вещь остается в его владении, как это происходит при залоге недвижимости. За ним сохраняется возможность пользования вещью, он может снимать плоды и отчуждать их. Праву залога не противоречит и предоставление ему распоряжения вещью посредством юридических сделок. Нет основания преграждать ему возможность продавать, дарить заложенные вещи, потому что залоговое право как вещное всюду следует за вещью. Но законодательство наше искусственно создает препятствие для отчуждения, не разрешая продажу заложенной недвижимости иначе как после предварительного погашения обеспечиваемого ею долга и уничтожения залогового права (ст. 1388). Только при залоге недвижимости в кредитных установлениях допускается продажа заложенных имений и домов с переводом долга на покупателя, т.е. допускается отчуждение с сохранением залога.

Если заложенная движимость находится в руках кредитора, то залогодатель может требовать сохранения ее в целости, а по исполнении обязательства может требовать возвращения ее. Закон совершенно справедливо относится с большою строгостью к этой обязанности кредитора. Если же у последнего заложенная вещь утратится "каким бы то ни было образом", он обязан отвечать перед собственником "без всякого оправдания" (ст. 1676). Едва ли можно понимать статью в смысле ответственности, исключаяющей всякие возражения. Скорее ее следует понимать в том смысле, что залогодержатель обязан приложить все старание к сохранению вещи, какое от него можно ожидать по условиям его жизни или его профессии. Ломбарду нельзя извинить порчу мехового пальто от хранения в сыром помещении (05, 87), а та же порча, происшедшая от сырости квартиры, в которой живет сам залогодержатель, может найти себе извинение. Но тяжесть доказательства лежит на залогодержателе. Не залогодатель обязан доказать вину залогодержателя, а последний должен доказать отсутствие всякой вины или неосторожности со своей стороны. Только доказанная им случайность гибели заложенной вещи освобождает его от ответственности перед залогодателем. Подобно гибели должно обсуждаться и повреждение вещи.

2. Права залогодержателя состоят главным образом в возможности требовать судебным порядком продажи заложенной вещи. Но это право обуславливается неисполнением в срок обязательства.

а. До наступления срока кредитор, не владеющий заложенной вещью, заинтересован в том, чтобы вещь, составляющая обеспечение его права требования, не потерпела под управлением должника уменьшения ценности сравнительно с тою, какая имела в виду при установлении залога. Вследствие этого возникает весьма важный вопрос о состоянии имущества во время залога. Если должник вырубит лес, снесет надворные строения или ригу, лишит фабрики и заводы необходимых орудий производства, то ценность имущества настолько понизится, что обеспеченность кредитора, казавшаяся верною при установлении залога, сделается довольно сомнительною. Отсюда обнаруживается необходимость предоставить кредитору право останавливать действия должника, способные обесценить заложенные вещи. Такое право дает ему германское уложение (герм. улож., § 1134). К сожалению, наше законодательство весьма мало гарантирует интересы кредитора. Конечно, кредитор, не получивший впоследствии полного удовлетворения из вырученной от продажи стоимости заложенной вещи, может установить, что этот вред причинен был ему действиями залогодателя, обесценившими залог, и на этом основании требовать возмещения понесенных убытков (ст. 684). Но кредитору, не доверяющему исполнительности и состоятельности должника, такая возможность дает очень мало. Он заинтересован в том, чтобы остановить действия, направленные к понижению ценности вещи, которой он исключительно доверял. И этой обеспеченности наш закон залогодержателю не дает. Последнему не предоставлено права возражать против разорительных и губительных для заложенной вещи действий должника. Кредитор не в состоянии остановить рубку леса или не допустить до заключения обесценивающих имение контрактов. Закон постановляет только, что договоры по имению, заключенные ответчиком после получения повестки об исполнении, могут быть уничтожены судом по просьбе взыскателя, а в случае публичной продажи имения – по просьбе покупателя, если они клонятся во вред того или другого (уст. гр. суд., ст. 1099 и 1100). Но самый исходный момент опровержения представляется слишком поздним, и притом суд, в интересе третьих лиц, решающих на рискованные договоры, только в редких случаях допустит уничтожение последних.

Как и всякое имущественное право, залоговое право способно к переходу от одного лица к другому. А так как это право выражается в документе, то наиболее простым способом отчуждения могла бы быть передача права по документу. Однако закон наш запрещает передачу по надписям закладных, все равно, будут ли объектом права движимые или недвижимые вещи (ст. 1653 и 1678). Замена одного залогодержателя другим возможна только путем уничтожения первой закладной и совершения второй, но, конечно, при условии согласия на то со стороны залогодателя. Долгое время в нашей практике держался взгляд на недопустимость передачи закладных крепостей. Но потом Сенат пришел к заключению, что в нашем законодательстве не встречается препятствий к тому, чтобы с согласия залогодателя закладные крепости могли быть передаваемы другому лицу домашним или нотариальным порядком и чтобы на основании этой сделки старший нотариус делал отметку в реестре крепостных дел (98, 20; 08, 82). К такому выводу Сенат пришел в силу того соображения, что ст. 1653 содержит лишь запрещение передачи закладных по надписям, т.е. если прежде при толковании статьи, гласящей, что закладные не могут быть передаваемы по надписям, Сенат делал логическое ударение на слове "передаваемы", то теперь он перенес это ударение на слово "по надписям". В основе такого запрещения передачи закладных лежит, по мнению Сената, исключительно интерес залогодателя, а потому нет препятствий к тому, чтобы он сам в закладной устранил непередаваемость. Так как, по взгляду Сената, "по актам о передаче закладных не возникает нового залогового права, а лишь переходит к другому лицу право залога, ранее установленное", то преемник по закладной вступает во все права предшественника, а следовательно, при нескольких залогах пользуется тем же правом старшинства, как и прежний залогодержатель. Став на эту точку зрения допустимости передачи закладной с согласия залогодателя, Сенат уже последовательно вывел, что предоставленное залогодателем право передачи закладной другому лицу дает право следующему залогодержателю передать от себя закладную, не испрашивая уже согласия залогодателя (09, 74). Остается сделать

еще один шаг и признать, что предварительное согласие залогодателя на передачу закладной не составляет существенного условия передаваемости закладных. Но все это новое понимание ст. 1653 выходит далеко за пределы толкования и является законодательным творчеством.

b. По наступлении срока залогодержатель приобретает право требовать продажи вещи, состоящей в залоге. Но закон наш, охраняя интересы собственника, отлагает осуществление этого права, давая возможность должнику ввиду угрожающих и решительных приступов к его имуществу собрать последние силы и освободить себя от тяготеющего над ним обязательства. До продажи заложенных недвижимостей закон наш дает кредитору право временного пользования (или владения, как неправильно выражается старый закон, – т. XVI, ч. 2, зак. суд. гражд., ст. 615; управления, как неправильно выражается уст. гражд. суд., ст. 1129). В силу такого пользования к верителю поступают все доходы по имению – арендная, квартирная плата, но зато останавливается течение процентов на капитал. В прежнее время такое пользование продолжалось целый год, а по новому порядку продолжительность его не превышает трех месяцев, и потому кредиторы обыкновенно не прибегают к своему праву. Если заложенная недвижимость не поступила во временное пользование кредитора, то со дня просрочки закладной к капиталу, ею обеспеченному, причисляются проценты как на незаплаченный капитал, так и на оставшиеся по день просрочки неуплаченными условные проценты (т. XVI, ч. 2, зак. суд. гражд., ст. 622).

c. Главное право, составляющее сущность залога, заключается в возможности продажи заложенных вещей для удовлетворения из вырученной суммы права требования кредиторов. Заложенные вещи не могут быть присвоены залогодержателем в силу одной только просрочки, но должны быть непременно проданы. Продажа производится не самим кредитором, а от суда в установленном порядке. На торгах, назначенных для продажи залога, может участвовать и залогодержатель и вместо наличных денег предложить закладную, которая принимается полностью, – отсюда распространенное выражение "приобретение по закладной" дома или имения.

Вырученная от продажи сумма назначается на удовлетворение кредитора. Если она превышает сумму долга, то остаток идет на удовлетворение следующих кредиторов по старшинству закладных (уст. гр. суд., ст. 1215) или же возвращается собственнику. Но возможен и обратный случай – вырученная сумма окажется ниже суммы долга. В практике нашей твердо установился взгляд, что неуплаченный долг по закладной не может быть обращен на остальное имущество должника, кроме того, которое по закладной служит обеспечением кредитора (08, 34). В гражданских законах не содержится постановлений по этому вопросу. Зато в законах о судопроизводстве гражданском, сохранивших свое действие в местностях, где не введены новые Судебные Уставы, есть постановление, в силу которого денежная сумма, полученная через продажу заложенного имущества, хотя бы и не равнялась сумме долга, считается полным удовлетворением иска (т. XVI, ч. 2, зак. суд. гражд., ст. 626). Хотя постановление это содержится в процессуальных законах, но ввиду своего материального содержания оно не может считаться отмененным вследствие издания Судебных Уставов. Это подтверждается положением, что изложенные в законах о судопроизводстве гражданском правила по предметам права гражданского, не замененные правилами устава гражданского судопроизводства, применяются во всех губерниях и областях, на которые распространяется действие законов гражданских (т. XVI, ч. 2, ст. 3, прим.). Однако некоторое сомнение способна возбудить ст. 407 уст. суд. торг. (т. XI, ч. 2), в которой сказано, что несостоятельность наступает, когда по недостатку залога и поручительства взыскание обращено будет на имущество должника, а при сем оно окажется недостаточным.

Еще более сомнительным представляется вопрос по отношению к закладу движимости. Если признать, что удовлетворение кредитора исключительно из залога вытекает, из существа залогового права, то нет основания не распространить и на этот случай положение, принятое для залога недвижимости. Некоторым подтверждением правильности такого вывода могла бы служить ст. 16741 т. X, ч. 1, в которой взыскание на имущество должника, заложившего акцию, допускается только при существовании по этому поводу соглашения. Да и устав о банкротах 1800 г. постановлял: "...ежели заклад меньше того стоит, в чем заложен, то оставлять оный у залогодержателя, поелику он почитал его достаточным в обеспечение данных им под заклад денег". Но в силу ст. 634 т. XVI, ч. 2, изд. 1892 г., зак. о судопр. гражд. если заложенное

имущество будет продано ниже ценою, нежели сколько следует уплатить кредитору, то недостаток взыскивается в удовлетворение его с заложника. Наша практика пришла к заключению, что в случае недостатка суммы, вырученной от продажи заложенной движимости, для покрытия всего долга взыскание может быть обращено и на все остальное имущество в противоположность порядку, установленному для залога недвижимостей (89, 2; 03, 98). Во всяком случае, следует признать, что рассматриваемый вопрос представляет большие сомнения с точки зрения нашего законодательства.

Положение, принятое нашим законодательством и нашею практикою в отношении недвижимостей, приходится признать и нелогичным, и несправедливым. Нелогичность его обнаруживается из существа залога, который имеет своею целью усилить обеспеченность прав требования, имеющих уже объектом своего удовлетворения все имущество должника. Следовательно, залоговое право, кроме общего всем кредиторам права на имущество должника, дает залогодержателю, сверх того, специальное право преимущественного удовлетворения из ценности определенной вещи. В этом заключается реальное обеспечение права. Залоговое право не производит новации, оно не прекращает силы главного обязательственного отношения и не заменяет [его], а лишь дополняет залоговым отношением. Поэтому залогодержатель не может быть лишен права отказаться во всякое время от предоставленной ему привилегии и искать удовлетворения на общем основании, т.е. во всяком имуществе должника, а не в определенной вещи. Исходя последовательно из положения нашего закона, необходимо признать, что гибель объекта залога или недействительность залоговой сделки не только устраняют силу дополнительного отношения, но и прекращают силу главного, т.е. лишают кредитора его права по обязательству. Действительно, практика наша пришла к таким выводам (80, 143). Вопреки цели и существу залога, оказываются возможными случаи, когда залогодержатель менее обеспечен в своих правах, чем обыкновенный, непривилегированный кредитор. Однако этот логический вывод нашей судебной практики встречается с прямым постановлением закона, в силу которого в случае залога чужой вещи отпадает лишь залог, а кредитор сохраняет основное право требования по обязательству (ст. 1629, п. 1, и ст. 1664, п. 1).

Положение нашего закона должно быть признано и несправедливым, потому что ставит реальный кредит в худшее положение, чем личный. Кредитор, принимая в обеспечение своего права требования залог, соглашается оказать должнику кредит за меньший процент, нежели простой кредитор, который возвышает процент ввиду риска. А между тем оказывается, что риск нередко может быть больше на стороне залогодержателя, чем личного кредитора. Кроме того, вопиющим нарушением справедливости представляется такой вполне возможный случай, когда должник, получивший богатое наследство, бросает кредитору обесцененное имение или сгоревший и незастрахованный дом. Вредность указанного положения в экономическом отношении обнаруживается из того, что при риске, который несет у нас "обеспеченный" кредитор, он или повысит процент, или уменьшит сумму, даваемую под залог.

Ввиду таких невыгодных для кредитора последствий залога в практике обнаруживается стремление устранить действие означенного правила включением в договор займа оговорки, в силу которой должник принимает на себя обязанность удовлетворить кредитора до полной суммы займа из всего остального своего имущества. Сенат поддержал это направление, признав полную силу за такими соглашениями (84, 5).

При несостоятельности должника заложенные им вещи не поступают в конкурсную массу, но продаются отдельно, и только оставшаяся по удовлетворении залогодержателя сумма поступает в конкурсную массу (уст. суд. торг., ст. 505, п. 1, и ст. 506, п. 3). Однако конкурсное управление, если надеется продать заложенное имущество на более выгодных для себя условиях, имеет право выкупа, что в сущности безразлично для кредитора, так как в том и другом случае он удовлетворяется полностью (уст. суд. торг., ст. 480 и 481).

VI. Особые виды залога. Указанные общие правила о залоговом праве в некоторых случаях несколько изменяются, образуя особые виды залога.

1. Некоторые особенности представляет залог недвижимости в кредитных установлениях, как Государственный, Дворянский банки, городские общественные банки, городские кредитные общества, акционерные поземельные банки. Установление залога как обеспечение долга

кредитному учреждению предполагает, что должник представит акты укрепления на недвижимость и залоговое свидетельство старшего нотариуса или суда о принадлежности имущества залогодателю и о свободе от запрещений (т. XI, ч. 2, уст. кред., разд. VI, ст. 55, разд. XI, по прод. 1912 г., ст. 129). Строения должны быть непременно застрахованы. Оценка имущества производится самим банком, и выдаваемая под залог сумма ставится в известное процентное отношение к оценочной сумме (50–75%). Заемная сумма выдается или деньгами, или, чаще, закладными листами, т.е. обязательствами самого банка, обеспеченными состоящим в его залоге имуществом. Реализация закладных листов производится или самим банком, или заемщиком. Заем под залог производится обыкновенно на весьма продолжительное время, например на 36 или 49 лет, потому что долг уплачивается постепенно, – вместе с процентом по займу уплачивается и процент погашения. Право распоряжения со стороны собственника подлежит некоторым ограничениям, так, например, перестройка заложенного здания допускается при условии, что она не может уменьшить ценности залога, в чем заемщик выдает подписку (т. XI, ч. 2, уст. кред., разд. XI, ст. 139). В противоположность простому залогодержателю банк вправе требовать от залогодателя воздержания от вредных и обесценивающих залог действий, например не заключать арендных договоров на срок, например, свыше 1 года или 3 лет, не продавать на сруб лес, не сносить некоторых строений (т. XI, ч. 2, уст. кред., разд. VI, ст. 68 и 85; разд. XI, ст. 139). С другой стороны, с согласия банка собственник может продать, подарить заложенную недвижимость с переводом долга, без уничтожения первого залога, а также перезаложить ее (уст. кред., разд. XI, ст. 137). Главная особенность залога в кредитном установлении состоит в праве этого последнего произвести самостоятельно продажу без посредства суда. Этим правом пользуются и частные банки.

2. Заклад движимости в кредитных установлениях (государственных, общественных и частных) также подчиняется особым правилам. Закладываемые вещи обязательно страхуются (т. XI, ч. 2, уст. кред., разд. IV, ст. 102, 115, разд. XI, по прод. 1912 г., ст. 98, прим. 2, ст. 106). Они могут быть оставлены на хранении у залогодателя с составлением описи и наложением видимых знаков принятия их в заклад (уст. кред., разд. IV, ст. 8 и 124, разд. X, ст. 96). До полной уплаты занятой суммы залогодатель под страхом уголовной ответственности не может вновь закладывать или отчуждать без согласия учреждения, выдавшего ему ссуду, оставленные у него на хранение вещи (т. XV, уст. о нак., ст. 177, улож. о нак., ст. 1681 и 1682). В случае порчи заложенных вещей или понижения их ценности банк имеет право требовать дополнительного обеспечения или досрочной уплаты занятой под заклад суммы (уст. кред., разд. IV, ст. 119, 133, разд. XI, ст. 100, 115). При неисправности заемщика заклады обращаются в продажу самим банком без обращения к суду (уст. кред., разд. IV, ст. 107, 123, 132, 133; разд. X, ст. 97; разд. XI, ст. 90). Недовырученная при продаже залога сумма взыскивается с прочего имущества должника (уст. кред., разд. IV, ст. 125; разд. XI, ст. 96). Частные кредитные установления обязаны вести особые книги для записи принимаемых ими в заклад ценных бумаг и выдавать залогодателям выписи из этих книг (уст. кред., разд. X, ст. 12 и 13).]

3. Некоторым особым положениям подлежат ссудные кассы, для предупреждения злоупотреблений доверием залогодчиков (т. X, ч. 1, ст. 1663, прим. 1, прил.). Прежде всего ссудная касса получает от городской управы шнуровую книгу. В нее записываются: имя залогодчика, описание закладываемой вещи, размер выданной под заклад суммы, время выдачи и возвращения ее, размер процента и платы за хранение. Затем из книги вырезается ярлык, который прикрепляется к заложенной вещи, а залогодчику вручается билет, повторяющий содержание записки в книге. Процент по займу и плата за хранение уплачиваются только при возвращении занятой суммы. При выкупе залога касса обязана выдать заемщику расписку. Просроченные заклады продаются с аукциона через городских аукционистов, а где их нет, через полицию. Однако просроченный заклад не может быть назначен в продажу ранее двух месяцев после срока платежа, в течение которых залогодчик сохраняет право выкупа. При продаже залогов торг начинается с суммы долга, включая в него все следующие с заемщика платежи. Если по этой цене не будет покупателя, то заклад поступает в собственность содержателя ссудной кассы. [За исключением этого случая, содержателям ссудных касс и их приказчикам воспрещается приобретать в собственность, даже по соглашению с заемщиками, принятые в заклад предметы.]

4. Образованные по правилам закона 1888 г. товарные склады в удостоверение сложенного у них товара выдают свидетельства, простые или двойные. Вторые состоят из двух листов, из которых один называется складочным свидетельством и удостоверяет право собственности на товар, а другой носит название закладного свидетельства (варрант) и удостоверяет залоговое право на тот же товар (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 766–819). Разъединяя эти документы, складчик может заложить свои товары передачею по надписи закладного свидетельства, а потом отдельно передать и складочное свидетельство. Владелец последнего может и до срока уплатить лежащий на товаре долг. Владелец закладного свидетельства, не получивший в срок удовлетворения от собственника, может обратиться к правлению товарного склада, которое производит внесудебным порядком продажу, погашает долг, а остаток вырученной суммы возвращает собственнику товара. Особенность рассматриваемого залога состоит в том, что закладное свидетельство может переходить по надписи от одного лица к другому. Последний владелец документа, не получивший в срок удовлетворения от собственника, может обратиться с требованием об удовлетворении к каждому из подписателей. Следовательно, в противоположность общему правилу закладное право может переходить от одного лица к другому без согласия залогодателя и притом создает солидарную ответственность всех подписателей. Если через продажу товара не будет выручена вся сумма долга, то владелец закладного свидетельства имеет право требовать остальную сумму с лица, получившего деньги под заклад, а также с подписателей.

[1] Данным определением владения и его признаков, заимствованным из пандектных учений, Шершеневич с первых изданий настоящего учебника стал в ряды сторонников субъективной теории владения (Анненков, Кассо, Гуляев). Другое течение мысли представлено объективной теорией защиты всякого внешнего выражения господства (Васьковский, Покровский, Трепицын), с которой все время полемизирует автор.

* Неизвестность хозяина найденной вещи, 1905, стр. 20–21. Там же обозрение сенатской практики.

* Так в оригинале. – Ред.

* Так в оригинале. – Ред.

ОТДЕЛ II. ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

§ 30. Общее понятие об исключительных правах

I. Экономическое значение. Некоторые экономисты признают три вида хозяйственных благ: вещи, услуги и отношения. Соответственно тому различались бы объекты вещных, обязательственных и исключительных прав. Но отношения, создающие выгодное для отдельного лица положение, не составляют сами по себе благ с народно-хозяйственной точки зрения, а обеспечивают лишь отдельному лицу возможность приобретения благ, не увеличивая общественного их запаса. Эта обеспеченность достигается тем, что закон запрещает всем, кроме одного, совершать действия, притягивающие в обмен к совершающему их различные блага. Таким запрещением, поддержанным силами правового порядка, для отдельного лица создается исключительное положение. Нормы права, обеспечивающие такое положение, могут быть названы в своей совокупности исключительным правом.

Таким исключительным положением пользуются авторы, художники, композиторы, изобретатели и др. Все это лица, которые силами своего духа создают новые для общества блага. Значение их деятельности главным образом в творчестве. Если бы, однако, каждый мог свободно подражать их действиям, столь ценным для общества, то сами инициаторы не получили бы вовсе материального вознаграждения или получили бы несоответственно своим заслугам перед обществом. Если кто угодно может перепечатать книгу, ноты, скопировать картину, использовать изобретение, то творчество не принесло бы никакой материальной выгоды своим представителям.

Конечно, духовное творчество не имеет своей целью материальные выгоды, и такая постановка цели способна только подорвать ценность продуктов такого творчества. В этом

отличие производителей духовных благ от производителей хозяйственных благ, которые совершенно сознательно ставят своей целью материальную для себя выгоду. Хозяйственный принцип неприменим к труду ученого, поэта или художника. Но общество считает себя обязанным доставить материальную обеспеченность представителям духовного творчества по связи с их деятельностью. Правовой порядок, построенный на началах частичной инициативы и свободной конкуренции, представляет себе эту обеспеченность в форме субъективных прав, охраняющих автора, художника, изобретателя от подражаний, отнимающих у них материальный результат их духовного творчества. Совершенно неправильно утверждать, как это делает Адольф Вагнер, будто "установление исключительного права объясняется желанием проявить справедливость в отношении квалифицированного рабочего (писателя, художника, изобретателя), и в то же время, согласно с видами общества, возбуждать его рвение к труду". Духовное творчество не возбуждается мыслью о материальном вознаграждении, но оно нуждается для своего проявления в материальной обеспеченности.

II. Юридическая природа. Конструкция исключительных прав вызвала и продолжает вызывать острые споры. Это объясняется молодостью правового института, долгим господством романистических тенденций, которые обязывали отыскать ему место в системе, установленной римскими юристами, наконец, практическими соображениями, которые побуждали подвести новое право под не оспариваемое уже никем старое право.

Исключительное право признается правом собственности. Соответственно тому говорят о литературной, художественной, музыкальной, промышленной собственности. Это был взгляд нашего законодательства до последнего времени. Экономическое оправдание для подведения исключительного права под право собственности видят в мнимом единстве основания обоих институтов – труде. Однако ошибочно полагать, будто право собственности имеет в основании труд. А если бы это и было верно, то отсюда еще не следует, что всякая трудовая деятельность охраняется одними и теми же юридическими средствами. Историческое оправдание рассматриваемого сопоставления находит себе объяснение в том, что борьба за исключительное право облегчалась с точки зрения общественной психологии ссылкой на тождество его с правом собственности, давно укрепившимся в народном сознании. Но в настоящее время, когда необходимость данной защиты не возбуждает сомнений, этот аргумент теряет свою силу. Общежитийское оправдание можно найти в словоупотреблении, которое допускает смешение собственности с принадлежностью: если стихи или изобретение принадлежат поэту или изобретателю, то они его собственность (право собственности). Дело научной критики – не поддаваться расплывчатому словоупотреблению. Юридическое оправдание состоит в том, что исключительное право, как и право собственности, защищается против всех, потому что нарушителем может быть каждый. Но указанное сходство доказывает только, что то и другое право принадлежит к одному роду – абсолютных прав, различаясь, как виды, по своему объекту. Право собственности тесно связано с материальностью своего объекта, тогда как у исключительного права материального объекта нет.

Исключительное право рассматривается как личное право. Заметим прежде всего, что само личное право является величиной довольно неопределенной. Личное право противопоставляется вещному праву, а с другой стороны, имущественному праву; личное право – право, неразрывно связанное с лицом, как алименты. Историческое оправдание такой конструкции заключается в возможности ссылки на священные права личности. Чтобы перенести в исключительном праве центр тяжести в личную сторону, необходимо предварительно ослабить имущественное значение института. Между тем вся история его сводилась к имущественному вопросу. Исключительное право тем менее может быть построено как личное, что оно не связано с вопросом об авторстве духовного продукта и очень легко отрывается от личности того человека, духовному творчеству которого обязан своим существованием объект права. Авторское право в руках издателя, право на промышленное изображение в руках фабриканта оставляют личность творца совершенно в стороне. Между тем наш Сенат признал, что "авторское право неразрывно связано с лицом автора" (10, 43), хотя выводом из такого представления являлась бы недопустимость отчуждения авторского права, что противоречит действительности. Стоя на своей точке зрения, Сенат сделал и другой неверный вывод: так как "по природе своей авторское право не может иметь определенной

рыночной стоимости", то авторское право при переходе его по наследству не подлежит оплате наследственную пошлину.

Если не стремиться втиснуть во что бы то ни стало исключительное право в систему гражданского права, сложившуюся на почве римских источников, то необходимо признать за ним самостоятельный характер. Это право *sui generis*. В германской литературе под влиянием Колера распространена идея права на нематериальные блага (*Immateriellgüterrecht*), обнимающего защиту интересов автора, художника, композитора, фотографа и др. Против этого взгляда можно выставить то, что услуги других лиц, составляющие объект обязательственных прав, относятся также к нематериальным благам, а следовательно, обязательственные права слились бы с исключительными. Другие, как Рогэн, выдвигают теорию частноправовой монополии, под которую и подводят исключительные права.

В определении юридической природы прав, сейчас рассматриваемых, следует прежде всего отметить то обстоятельство, что эти права охраняют имущественные интересы, но не личные, связанные с авторством и обеспечиваемые более всего свободой слова и печати. Если личные интересы и могут косвенно защищаться путем авторского, художественного и других прав, то это лишь рефлексивное их действие. Таким образом, рассматриваемые права входят в категорию имущественных прав. Но, отыскивая для них здесь помещение, мы должны признать, что в системе права, выработанной на почве римских источников, им места нет. Необходимо несколько расширить здание. Анализ этих прав показывает, что они защищаются не против определенных лиц, а против всех, и по этому абсолютному моменту они ближе всего стоят к вещному праву. В то же время они отличаются от него по нематериальности объекта – право художника на написанную им картину далеко не то же самое, что право собственника, купившего ее. Так как эти права обеспечивают субъектам их исключительную возможность совершения некоторых действий, запрещенных другим, то они могут быть названы исключительными правами. Исключительные права распадаются на два отдела: 1) авторские права, как права на литературные произведения, на художественные произведения, на музыкальные произведения, и 2) промышленные права, как права на изобретения, на торговые знаки, на фабричные рисунки и модели, на фирму, на фотографию и т.п.

III. Историческое развитие. Древнему миру, несмотря на его богатую литературу и скульптуру, идея исключительного права на распространение продукта своего духовного творчества была совершенно чужда. Это объясняется, с одной стороны, низким социальным положением представителей интеллектуального труда, особенно в Риме, а с другой – отсутствием технических способов воспроизведения, а вместе с тем и конкуренции в распространении. Положение авторов или художников не обеспечивалось продуктами их творчества. Материальная обеспеченность достигалась покровительством богатых людей наподобие Мецената. То же явление наблюдается в средние века и даже в новое время, когда писатели, художники вращались в придворной сфере, которая одна доставляла им и славу, и деньги.

Между тем с изобретением книгопечатания открылся новый промысел – издательство. Затрачивая капитал на подготовительные работы, на размножение сочинения в книгах, на вознаграждение автора, издатель не был обеспечен против тех, кто перепечатывал книгу и распространял ее по более дешевой цене. Столкновение интересов на этой почве привело к ходатайствам издателей перед королевской властью как о милости о запрещении всем другим печатать и распространять ту же книгу. Издателю выдавалась привилегия, которая ставила его в исключительное положение по усмотрению и доброй воле монарха. Несколько иначе ставился вопрос в промышленности. Цеховая система запрещала кому-либо из промышленников пользоваться своим изобретением отдельно от других. На этот раз изобретатели или поддерживавшие их капиталисты ходатайствовали как о милости об освобождении их лично от цехового запрета – чем опять-таки создавалось исключительное положение.

В XVIII веке во Франции нарождается буржуазное общество, богатое интеллектуальными силами, которое само дает оценку писателям и художникам, требует от них самостоятельности, которая мало согласовалась с покровительством, и политической независимости, которая не мирилась с представлением о милости. Впервые встал вопрос, что духовная деятельность дает право на свои продукты, как всякая собственность, существующая по естественному праву, а не по

милости королей. Так, в 1793 г. авторам, а не издателям дана была защита их интересов, и не в виде привилегии, а в виде общего правила. Из Франции эта идея переносится в течение XIX века по всему свету. Начавшись с писателей, защита переходит на все другие виды духовного творчества. А рядом с тем развивающийся капитализм выдвигает все новые виды защиты интересов, связанных с теми средствами экономической борьбы, которые являются продуктом человеческой изобретательности.

В России интересы авторов впервые обращают на себя внимание в 1828 и 1830 гг., когда издаются законы о правах сочинителей, причем авторское право признается правом собственности. Законами 1845 и 1848 гг. авторское право расширяется включением в себя музыкальной и художественной собственности. Взгляд законодателя на авторское право сказался в том месте, какое отведено ему было в Своде Законов, – оно было помещено в цензурном уставе. Только издание 1887 г. перенесло эти нормы в гражданские законы, в приложение к ст. 420 т. X, ч. 1, определяющей, что такое право собственности. Неудовлетворительность этой части русского законодательства была вне всякого сомнения, но едва ли можно согласиться с мнением министра юстиции, что "дальнейшее оставление его в силе грозило бы серьезною опасностью для всего нашего просвещения и культуры". Во всяком случае, новые законодательные учреждения признали безотлагательность этого вопроса, и 20 марта 1911 г. появилось положение об авторском праве [ныне вошедшее в кн. II, разд. II, т. X, ч. 1 (ст. 6951–69575) и составившее там гл. VIII с семью отделениями (после гл. VII – о праве судебной защиты по имуществу)].

§ 31. Авторские права

Литература: Шершеневич, Авторское право на литературные произведения, 1891; Калмыков, О литературной собственности (Жур. Мин. нар. просв., 1851); Муромцев, Авторское право (Юр. вестн., 1879, N 3); Панкевич, Объект авторского права (Зап. Нов. Ун., 1878); Табашников, Литературная собственность, 1878, т. I; Спасович, Права авторские и контрафакция, 1865; Миллер, Музыкальная собственность (Ж. гр. и уг. пр., 1886, N 2); Федоров, К вопросу об авторском праве на произведения литературные, художественные и музыкальные, 1896; Никонов, Юридическая природа авторского права (Вестн. пр., 1899, N 4); Анненков, Система русского гражданского права, т. II, стр. 588–668; Борзенко, Право автора на перевод, 1892; Кобеляцкий, Промышленная, литературная, художественная и музыкальная собственность, 1896; Гальперин-Каменский, Общая польза авторского права, 1894; Пиленко, Международные литературные конвенции, 1884; Шенк, Об авторском праве на музыкальные произведения, 1909; Конторович, Кинематографическое право (Право, 1912, N 3, 6); бар. Симолин, Охрана личных прав авторов (Вопр. права, 1912, X); Попов, Частные письма (Ж. М. Ю., 1918, N 4); Он же, К толкованию ст. 28 закона об авторском праве (Право, 1913, N 18); Беляцкий, Авторское право и несостоятельность (Вестн. гр. пр., 1913, V); Гехтман, Авторское право в кинематографической промышленности (Право, 1914, N 21).

I. Авторское право на литературные произведения. Под этим именем понимается исключительное право автора производить и распространять свое литературное произведение (ст. 6952), насколько тому не препятствует публичный закон и законно приобретенные права частных лиц.

1. Субъектом авторского права является автор как лицо, духовному творчеству которого литературное произведение обязано своим существованием, а также производным путем его правопреемники. Личность автора определяется помещением имени на книге, хотя бы в действительности она была написана другим лицом, хотя бы она была написана по заказу. Если произведение появилось на свет без означения фамилии автора (анонимно) или под вымышленным именем (псевдонимно), то субъект права остается неизвестным, пока автор не выступит с доказательствами своего авторства. Наш закон в противоположность германскому не признает издателя предполагаемым представителем неизвестного автора и не дает ему права защищать его интересы в случае их нарушения посторонними лицами. Литературное произведение может быть продуктом совместной работы нескольких лиц, соавторов. Если такое произведение образует одно нераздельное целое, например, драму, роман, то субъектами права

становятся все авторы, причем между ними создается общность, в которой по закону имеют "соответственное применение" правила об общей собственности (ст. 6955). Этому противопоставляется произведение, хотя и составленное совокупным трудом нескольких лиц, но состоящее из частей, сохраняющих самостоятельное научное или литературное значение, например сборник статей, альманахи. В этом случае каждый из соавторов сохраняет авторское право на свое отдельное произведение (ст. 69515). Так как духовное творчество предполагает реального индивида, то юридические лица не должны бы быть субъектами первоначального авторского права. Однако наше старое законодательство устанавливало, что ученые общества или учреждения издавали от своего имени научные труды. Новый закон обходит этот вопрос, как бы давая понять, что юридические лица могут быть субъектами только производного авторского права. Авторское право присваивается иногда и не авторам: составители сборников (но не издатели отдельных образцов) народных песен и мелодий, пословиц, сказок, повестей, былин и тому подобных произведений народного творчества, сохранившихся в изустном предании, имеют авторское право на эти сборники, что, однако, не препятствует другим лицам издавать те же произведения в самостоятельной обработке или в самостоятельных сборниках (ст. 69513, 30).

Наше старое законодательство связывало возникновение авторского права в лице данного субъекта с выпуском произведения в пределах России. Иначе ставит вопрос новый закон. Авторское право признается: а) в отношении произведений, появившихся в свет в России, – за всеми авторами, независимо от их подданства; б) в отношении произведений, появившихся в свет за границу, – за авторами, состоящими в русском подданстве, и с) в отношении рукописей, еще не опубликованных, – за всеми авторами, независимо от их подданства и местонахождения произведения (ст. 6954).

2. Объектом авторского права является литературное произведение как продукт духовного творчества, облеченный в определенную форму и предназначенный к обращению в обществе.

Если литературное произведение предполагает форму, письменную или словесную, в которую облечена идея писателя, то авторское право не может дать защиты против воспроизведения и распространения идеи со стороны других лиц. Требование формы с точки зрения нашего закона (ст. 6951) выражается в положении, что авторское право распространяется на литературные произведения, как письменные, так и изустные (речи, лекции, рефераты, доклады, сообщения, проповеди и т.п.). Несколько противоречит этому постановление, что публичное изложение не появившегося в свет литературного произведения или опубликование содержания такого произведения без согласия автора не допускаются (ст. 69527). Закон в данном случае, как и в некоторых других, вышел за пределы собственно авторского права и взял на себя защиту замыслов автора.

Если литературное произведение предполагает предназначенность продукта творчества к публичному обращению, то авторское право не может дать защиты против воспроизведения и распространения произведения, не предназначенного к обращению, как, например, духовные завещания. Не противоречит этому запрещению со стороны закона воспроизводить и распространять частные письма и частные записки, потому что в этом случае имеется в виду не авторское право, а неприкосновенность частной переписки. Закон об авторском праве, запрещающий печатать частные письма без согласия известных лиц, выходит за пределы своей цели. И самый способ решения этого вопроса не может быть признан удачным. Частные письма, не предназначавшиеся автором к напечатанию, могут быть изданы лишь с обоюдного согласия автора и лица, которому они были писаны; в случае же смерти кого-либо из означенных лиц и за отсутствием особого с их стороны распоряжения – с согласия лиц, имеющих после них право наследования по закону (ст. 69528). Как можно запрещать автору письма, которое составляет продукт его творчества, напечатать его, если у него возникает намерение сделать его достоянием публики? Как можно запрещать адресату напечатать полученное им письмо, если он намерен воспользоваться им как средством защиты против его автора, который именно ввиду этого согласия на опубликование не дает? Почему ставить опубликование частных писем в зависимость от согласия лиц, имеющих право наследования по закону? Если имелся в виду не факт получения наследства, а предполагаемая личная близость к автору, то такое предположение не подтверждается тем обстоятельством, что автор завещал свое имущество помимо этих лиц, а

также тем, что при отсутствии близких родственников право наследования по закону принадлежит самым отдаленным, согласие которых на печатание частных писем не имеет уже никакого оправдания. Так же мало объяснимо, почему издание дневников и частных записок, не предназначенных к напечатанию, обусловлено опять-таки согласием лиц, имеющих после автора право наследования по закону (ст. 69529), например какого-нибудь троюродного брата.

Несмотря на наличность творчества и предназначенность к обращению, постановлением закона исключаются из числа объектов авторского права законы и правительственные распоряжения, постановления законодательных учреждений, земских, городских, сословных и других общественных собраний и материалы, на коих эти законы, распоряжения и постановления основаны, а также решение судебных установлений (ст. 69537). Что касается речей, произносимых публично, например, депутатом в Государственной Думе, прокурором в суде, гласным на земском собрании и т.п., то они могут быть объектом авторского права, и за автором признается право на издание их как отдельно, так и сборником, но в отношении этого объекта имеется довольно существенное, хотя и вполне оправдываемое, ограничение: все такие речи могут быть печатаемы в газетах, журналах, отдельных отчетах о заседаниях (ст. 69538).

Объектом авторского права может быть перевод, так же как и оригинал, потому что и перевод составляет продукт творчества. Переводчик согласно закону пользуется авторским правом на свой перевод. Это право не препятствует, однако, другим лицам самостоятельно переводить то же произведение (ст. 69536). Авторское право на перевод не следует смешивать с правом перевода, т.е. с возможностью перевести литературное произведение на другой язык без согласия автора. При рассмотрении того, как разрешается этот вопрос по новому законодательству, необходимо различать сочинения, изданные в России и за границею. а) Автор сочинения, изданного в России, независимо от подданства, пользуется исключительным правом перевода его на другие языки, но под условием, если на заглавном листе или в предисловии им заявлено о сохранении за собою этого права. Исключительное право перевода принадлежит автору в течение 10 лет со времени издания подлинника, но под условием напечатания перевода автором в течение 5 лет, считая с того же срока (ст. 69533). б) Появившиеся в свет за границею сочинения пользуются или нет правом перевода в зависимости от того, принадлежит или нет автор к русским подданным. Сочинение, изданное русским подданным за границею, пользуется правом перевода, как и сочинение, изданное в России. Сочинение, изданное за границею иностранным подданным, может быть свободно переведено в России на русский или иные языки без согласия автора, если необходимость такого согласия не установлена международным договором (ст. 69535). Иностранному автору, если он хочет избежать перевода его книги на русский язык, остается издать свое сочинение одновременно на своем языке на родине и в русском переводе в России, потому что в этом случае оба эти издания рассматриваются как подлинники (ст. 69534).

3. Содержание авторского права обнимает ряд правомочий автора в отношении своего произведения.

а. Автору принадлежит исключительное право опубликовывать свое произведение (ст. 6952). Поэтому публичное изложение не появившегося в свет литературного произведения или опубликование содержания такого произведения без согласия автора не допускаются (ст. 69527). Защита этого правомочия в гражданском порядке едва ли возможна, она всецело будет поддерживаться угрозою ареста или штрафа (угол. улож., ст. 620). Такому наказанию может отныне подвергнуться газета, которая передаст в общих чертах содержание романа, над которым работает писатель.

б. В содержание прав автора входит воспроизведение сочинения. Под этим нужно понимать изготовление тем или иным способом тиснения (типография, литография и др.) значительного числа материальных предметов, в которых дано литературное произведение. Размножение составляет существенный момент в исключительном праве автора, потому что воспроизведение в единственном числе, например списывание стихотворения, не противоречит авторскому праву.

с. Главная опасность для автора заключается в распространении его произведения, с каковою целью и совершается воспроизведение. Возможность продажи книг, брошюр, листов, содержащих его произведение, отнимает у автора те источники средств, из которых он мог бы

извлекать доходы. Поэтому автору принадлежит исключительное право распространять свое производство (ст. 6952).

d. Авторское право на драматические произведения включает в себе также исключительное право на публичное исполнение сих произведений (ст. 69547). Так как закон говорит о драматическом произведении, то в содержание авторского права на иное сочинение не входит право исполнения их на сцене. Следовательно, так называемые миниатюры Чехова могут быть исполняемы в театре без согласия автора. Так как закон говорит о публичном исполнении, то исполнение непубличное, т.е. без допущения всякого, пожелавшего приобрести билет, не входит в содержание авторского права. Следовательно, на домашнем спектакле могут быть исполняемы драматические произведения без согласия автора.

e. Содержание авторского права связано с вопросом о переделке произведения. Таковы, например, сокращенные издания больших романов, конспекты учебников, создание драматического произведения из повествовательного. Новый закон предусматривает главным образом переделку повествовательного произведения в драматическую форму или драматического произведения в повествовательную форму, что и запрещается без согласия автора (ст. 69531). Остальные виды переделки не предусмотрены, хотя сокращенное издание романа, изложенное словами автора, составит недозволенную по объему выписку (ст. 69539).

f. В содержание авторского права на литературное произведение входит и право перевода, которое уже было выше рассмотрено по сопоставлению с правом на перевод.

4. Как право имущественное, авторское право может иметь своим субъектом не только самого автора, но и его правопреемников. Переход авторского права происходит по договору, по завещанию, по законному наследованию. В отличие от издательского договора, в силу которого автор предоставляет издателю право на одно или несколько изданий, отчуждение авторского права имеет своей целью перенесение на другое лицо всего содержания того права, субъектом которого был автор. Договор об отчуждении авторского права должен быть совершаем в письменной форме (ст. 6958), не под условием недействительности сделки, а лишь ввиду устранения свидетельских показаний. Желая охранить начинающих писателей от эксплуатации издателей, новый закон определяет, что "предусмотренные в предыдущей (ст. 6958) статье договоры относительно будущих произведений автора сохраняют силу не свыше пяти лет, хотя бы в договоре была условлена большая его продолжительность или бессрочность" (ст. 6959). В предыдущей статье предусматривается среди других договоров и договор об отчуждении авторского права, которое по существу своему не может быть срочным. Поэтому приходится признать, что в настоящее время невозможно отчуждение со стороны автора всех своих будущих произведений. Авторское право может перейти к правопреемнику по завещательному распоряжению. Наконец, авторское право после смерти автора переходит к его наследникам по закону. При этом если после автора остался единственным наследником супруг, то авторское право переходит к нему в полном объеме; если единственными наследниками оказываются родители, то они полностью становятся субъектами авторского права; если после автора остались супруг и родители, то при отсутствии других наследников они становятся совместными субъектами авторского права по аналогии с общей собственностью (ст. 6956). Принудительный переход авторского права вследствие обращенного на автора или его правопреемника взыскания признается со стороны закона недопустимым (ст. 69510). Можно обратиться взыскание на запас уже отпечатанных книг, можно обратиться взыскание на заключенный автором издательский договор, однако в пределах договора, но приобретение с публичного торга литературного произведения не дает покупщику авторского права на это произведение (уст. гражд. суд., ст. 1040 и 1041). Имущественным правам авторское право становится тогда и настолько, когда и насколько сам автор пожелает придать ему имущественный характер. Поэтому оно не входит в конкурсную массу, и конкурсное управление не вправе ни распорядиться авторским правом, ни вынуждать автора к творчеству, ни к обнародованию его рукописи, ни к новому изданию уже обнародованных произведений (13, 17).

5. В противоположность праву собственности, не ограниченному во времени, авторское право отличается срочностью. Поэтому прекращение авторского права происходит прежде всего за истечением срока действия его.

Срок авторского права, составляя предмет острого спора в теории, устанавливается весьма различно в законодательствах. В то время как одни, усматривая главным образом общественный интерес, отстаивают возможно краткий срок, по истечении которого литературное произведение могло бы стать общим достоянием, другие, становясь преимущественно на точку зрения частного интереса наследников автора, отстаивают возможно продолжительный срок. Высший срок устанавливает испанский закон – 80 лет после смерти автора, кратчайший срок определяется в шведском законе – 10 лет со времени смерти автора. Во Франции предельный срок действия авторского права – 50 лет, а в Германии – 30 лет с момента смерти автора. В Англии авторское право действует в течение 7 лет со времени смерти автора, но если со времени издания сочинения не прошло 42 лет, то действие продолжается до истечения этого момента. В Северо-Американских Соединенных Штатах по новейшему закону 1909 г. продолжительность действия авторского права определяется в 28 лет со времени издания сочинения, с отсрочкою еще на 28 лет, если автор или его ближайшие родственники в живых.

В России законом 1828 г. продолжительность авторского права была определена в 25 лет со времени смерти автора. В 1857 г., по ходатайству вдовы Пушкина, срок был продлен до 50 лет. После ожесточенных споров в Думе и Совете новый закон 20 марта 1911 г. сохраняет эту цифру. Авторское право на литературные произведения принадлежит автору в течение всей его жизни, а наследникам или другим правопреемникам его – в течение 50 лет со времени смерти автора (ст. 69511). Этот срок исчисляется с 1 января того года, в котором автор умер (ст. 69518). В некоторых случаях исчисление срока производится иначе. На произведения, появившиеся в свет после смерти автора, срок авторского права исчисляется со времени смерти автора, хотя в некоторых случаях указано исчислять этот срок со времени издания сочинения. Срок на произведение, составленное совокупным трудом нескольких лиц и образующее одно нераздельное целое, исчисляется для правопреемников авторов со времени смерти того автора, который пережил остальных (ст. 69512). Для произведений без автора, как сборники песен, сказок, былин и т.п., срок начинается со времени их издания (ст. 69513). Для сочинений, изданных под анонимом или псевдонимом, срок исчисляется также с момента появления в свет, но если до истечения срока автором или правопреемником его заявлено будет авторское право на произведение, то они вступают в свои права на общем основании (ст. 69517).

Авторское право прекращается и литературное произведение становится общественным достоянием со дня смерти автора, если автор не распорядился при жизни своим авторским правом и после него не осталось наследников (ст. 6957).

Прекращение авторского права может наступить вследствие отречения автора или его правопреемника от принадлежащего ему права. Нет необходимости, чтобы отречение произведено было в письменной форме. Статья 6958, требующая письменности для отчуждения авторского права, к данному случаю неприменима, потому что отречение от права не есть отчуждение права. Автор может словесно заявить о своем отречении на каком-нибудь общественном собрании.

6. Совершение посторонним лицом действий, входящих в правомочия субъекта авторского права, составляет нарушение авторского права. Воспроизведение литературного произведения с целью его распространения или распространение произведения, с этою целью воспроизведенного, составляли прежде содержание понятия контрафакции. Новый закон отказался от этого термина, хотя в жизни он еще долго сохранится, как и другой термин – "плагиат", под которым понимается заимствование из чужого произведения, хотя и допустимое юридически, но недопустимое с точки зрения литературной этики. Однако теперь, когда законодатель оставил прежний механический прием определения нарушения права и определил, что не считается нарушением авторского права пользование чужим произведением для создания нового произведения, существенно от него отличающегося (ст. 6953), суду невольно придется считаться с требованиями литературной этики.

Закон признает допустимыми небольшие выписки из появившихся уже в свет чужих сочинений или даже полную перепечатку чужих, незначительных по объему произведений под условием помещения таких выписок или перепечаток в сочинении, составляющем самостоятельное целое, или же в хрестоматиях и других сборниках с учебною либо научною целью (ст. 69539). При всяких разрешаемых законом заимствованиях из чужого произведения обязательно указание автора и источника заимствования (ст. 69519).

Нарушителем авторского права может быть всякое постороннее лицо. Но в это положение постороннего лица становится и сам автор после отчуждения им по договору своего авторского права, субъектом которого стало другое лицо. Нельзя согласиться со взглядом, будто виновным в нарушении авторского права является автор, когда он, заключив издательский договор, самовольно издает свое сочинение. В этом случае автор нарушает договор, а не авторское право, субъектом которого оказывается он сам, а не издатель.

Преследование за нарушение авторского права может быть ведено в двойном порядке: гражданском и уголовном.

II. Право на периодические издания. На авторском праве основано другое исключительное право, приобретшее в последнее время большое практическое значение, – это право на периодические или, как выражается наш закон, на повременные издания. Под этим названием понимаются: 1) газеты и журналы, выходящие в свет отдельными номерами, листами или книжками; 2) сборники или собрания новых, оригинальных или передовых сочинений или статей разных писателей, издаваемые под одним общим заглавием более двух раз в год (т. XIV по прод. 1906 г., уст. ценз., ст. 114, прил., ст. 1). Право издателя периодического издания следует признать производимым от первоначального права редактора. Только редактор актом своей духовной деятельности придал произведению нескольких лиц ту литературную форму, которая обосновывает авторское право. Если субъектом права на периодическое издание оказывается не редактор, а издатель, то это составляет результат договора, хотя бы и безмолвного, в силу которого редактор за определенное вознаграждение уступает издателю право на продукт своего труда.

Каждый желающий выпускать в свет новое периодическое издание в одном из городов Империи обязан согласно правилам 24 ноября 1905 г. подать местному губернатору или градоначальнику по принадлежности заявление, содержащее в себе означение: а) города, в котором издание будет выходить; б) наименование издания, его программы, сроков выхода его в свет и подписной цены; в) имена, отчества, фамилии и места жительства издателя и ответственного редактора, если редактор не примет этой обязанности на себя; г) типографии, в которой издание будет печататься (ст. 69515). Не позднее двух недель со дня подачи заявления губернатор или градоначальник обязан выдать лицу, желающему выпускать в свет новое повременное издание, свидетельство (в двух экземплярах) с обозначением в нем всех указанных выше сведений. Один экземпляр свидетельства передается издателем для хранения в типографию. Без такого свидетельства ни одна типография не вправе приступать к набору и печатанию повременного издания (ст. 69518). Периодическое издание при самом возникновении его получает особое название, которое рассматривается как фирма предприятия. По закону 20 марта 1911 г. во все время существования периодического издания не допускается выпуск в свет других изданий одного с ним наименования.

В содержании периодического издания обнаруживается двойкий объект исключительного права: издание в целом и составные литературные части издания. Право издателя, основанное на праве редактора, распространяется на газету или журнал в целом виде, какой придан им трудом редактора. Каждый из сотрудников в то же время сохраняет авторское право на помещенные им в издании статьи, являющиеся продуктом его духовного творчества. Юридическая защита имеет в виду или нарушение права извне посторонними лицами, или внутри – со стороны издателя или со стороны сотрудников.

Внешняя защита направлена главным образом против перепечаток другими периодическими изданиями. В газетах, журналах и прочих периодических изданиях допускается перепечатка из других периодических изданий известий о текущих событиях и новостях дня, а равно иногородних сообщений по телеграфу и телефону, хотя бы получаемых от собственных корреспондентов. Однако: а) иногородние сообщения по телеграфу и телефону, снабженные запретительной оговоркою, не дозволяется воспроизводить в местных газетах в течение 18 часов со времени их опубликования; б) другие статьи периодических изданий могут быть перепечатываемы в тех случаях, когда по отношению к ним не последовало воспрещения автора и при условии указания автора и источника заимствования (ст. 69519); в) постоянные из одного и

того же издания перепечатки воспрещаются (ст. 69540). Преследование против правонарушителей открыто как для издателя, так и для авторов в отношении написанной каждым из них статьи.

Внутренняя защита может быть направлена в пользу издателя против сотрудников, выпускающих отдельно свою статью, и в пользу сотрудников против издателя, повторяющего без их разрешения издание в целом. Защита первого рода делается, например, германским законодательством, которое запрещает сотрудникам выпускать отдельно в течение года от выхода номера издания помещенную там статью. Наше законодательство этому не препятствует и дает авторам возможность, помещая статью в газете или журнале, выпустить ее отдельной брошюрой одновременно. Защита второго рода также не предусматривается нашим законом, а потому издатель вправе повторить разошедшийся номер газеты или журнала сколько угодно раз, не спрашивая согласия сотрудников и не обязываясь к ответственному их вознаграждению.

Возникшее газетное или журнальное предприятие составляет имущественное право издателя, способное быть предметом возмездных или безвозмездных сделок (68, 552). Переход права на издание от одного лица к другому совершался прежде независимо от министерства, которое только уведомлялось о совершившемся изменении издателя без права оказать препятствие сделке. Затем, в 1897 г., Высочайше утвержденным положением Комитета министров было определено, что передача периодических изданий от одного издателя к другому допустима не иначе как с разрешения министра внутренних дел. Это было целым вторжением в сферу гражданских прав, и Высочайше утвержденным 21 января 1905 г. положением Комитета министров восстановлен был прежний порядок передачи права на периодические издания (т. XIV, по прод. 1906 г.; уст. ценз., ст. 114, прил. ст. 23).

Прекращение права на периодические издания наступает по двум основаниям: 1) в отношении отдельного номера газеты или журнала издатель теряет авторское на них право за истечением 25-летнего срока со времени появления их в свет (ст. 69514); 2) в отношении целого издания издатель теряет свое право за непопаданием в течение года ни одного номера, так как вследствие этого само издание признается прекратившимся (т. XIV, по прод. 1906 г.; ст. 114, прил. ст. 7), что, однако, не мешает ходатайствовать на общих основаниях о возобновлении издания.

III. Авторское право на художественные произведения. К числу авторских прав относится также право на художественные произведения, которое состоит в исключительном праве повторять и размножать произведение искусства, все равно относится ли оно к сфере живописи, ваяния или зодчества.

Субъектом этого права является художник, идее и технике которого обязано художественное произведение своим существованием. Наблюдаются некоторые отличия в том, насколько сам художник способствует реализации произведения искусства. Живописец создает картину своим трудом всецело – ему принадлежит как идея, так и выполнение. Архитектор создает план, по которому другие могут выполнить его оформленный замысел. Конечно, произведение искусства, составляя продукт духовного творчества, не может быть создано юридическим лицом. Но юридическое лицо может быть субъектом авторского права на художественное произведение производным путем, потому ли, что оно приобретет право, уже возникшее в лице художника, или потому, что по договору с художником оно приобретет право с момента его возникновения, например, в случае архитектурного плана, исходящего от общества архитекторов.

Объектом художественного права является художественное произведение как материальная вещь, предназначенная своею формою возбуждать в зрителе чувство красоты. Это может быть картина, написанная масляными красками или акварелью, вышитая нитками или бисером, фигура, вылитая из бронзы, вылепленная из глины, выбитая из мрамора, частный дом, храм, обелиск и т.п. За отсутствием материального субстрата не будет объектом права убранство комнаты, хотя оно может быть художественным продуктом декоратора, распределение живых фигур в балете, сколько бы художественного вкуса ни оказалось в сцене.

Содержание исключительного права, принадлежащего художнику на свое произведение, несколько отличается от права писателя.

1. Художественное произведение в противоположность литературному ценно по своему оригиналу. Интерес художника может быть задет повторением его композиции другим художником. Он не защищен против повторения его идеи, но он защищается против повторения

художественной формы, в которую он облек эту идею. Если автор терпит убытки только при воспроизведении его сочинения в многочисленных экземплярах, то художник испытывает ущерб при воспроизведении продукта его творчества даже в единственном числе. В содержание права художника входит повторение художественного произведения всяким способом, относящимся к тому же роду искусства, и притом не только с подлинника, но и с копии (ст. 69555). Следовательно, нарушением права живописца на его картину, написанную масляными красками, будет воспроизведение ее акварелью, нарушением права скульптора на высеченную им мраморную фигуру будет отливка той же фигуры из бронзы. Но не признается нарушением права изображение произведений живописи средствами ваяния и, наоборот, произведений ваяния средствами живописи (ст. 69556, п. 1). Нарушением права художника признается воспроизведение картины, мраморной или бронзовой фигуры, здания не только по подлиннику, но и по копии, например с открытки. Однако закон делает ограничения в этом исключительном праве художника: а) не считается нарушением авторского права снятие копии с чужого произведения исключительно для личного употребления и притом без помещения в копии художественного произведения подписи или монограммы автора подлинника (ст. 6953); б) снятие копий с художественного произведения, приобретенного непосредственно от художника в собственность для храмов Божиих, императорских дворцов, музеев, правительственных и общественных установлений, допускается с разрешения подлежащей власти и без согласия художника (ст. 69554). Ни то, ни другое ограничение не может быть оправданно, одно – по бесконтрольности, второе – по безосновательности. Впрочем, второе ограничение художник легко может устранить, если благоразумно продаст картину не лично, а через посредника.

2. Художнику принадлежит исключительное право на распространение своего произведения, с этой целью размноженного (ст. 6952 и 69555). Следовательно, нарушением права художника будет отпечатание его картины всеми теми различными способами, какие дает современная техника, с целью продажи таких снимков. Однако и с этой стороны исключительное право терпит ограничения. а) Не признается нарушением права воспроизведение отдельных художественных произведений в самостоятельном научном исследовании, например по истории или теории искусств, или же в книге, предназначенной для ученых целей, и притом исключительно для пояснения текста (ст. 69556, п. 2). б) Допускается воспроизведение художественных произведений, находящихся на улицах, площадях и в других публичных местах (ст. 69556, п. 3). в) Для поощрения промышленности разрешается помещение отдельных частей художественного произведения в изделиях заводской, фабричной и ремесленной промышленности (ст. 69516, п. 4). Так как в последнем случае закон говорит об отдельных частях, то нарушением права следует признать довольно распространенное у нас воспроизведение на коврах фабричного изделия или на деревянных ящиках ремесленного производства картин русских художников.

Исключительное право художника на воспроизведение и распространение его произведения не изменяется от того, что оно было выполнено по заказу другого лица. Особенности представляют портреты и бюсты, исполненные по заказу, а не с карточки или по памяти. В этом вопросе сталкиваются интересы художника, лица, послужившего моделью, а иногда и собственника произведения. Художник заинтересован в том, чтобы иметь возможность снять копию или размножить изображение популярного деятеля; лицо изображенное, а после его смерти семья заинтересована или в снятии копии для распространения, или, наоборот, в запрещении повторения; собственник заинтересован в сохранении оригинала повторенным, а может быть, в разрешении распространить копию. Наш закон решает этот вопрос в том смысле, что право повторять, выставлять и издавать портреты и бюсты принадлежит лицу, с которого написан портрет или сделан бюст, либо его наследникам (ст. 60952). Закон упустил из виду, что право собственности на портрет или бюст может принадлежать не изображенному лицу или его наследникам, а третьему лицу. Например, московский совет присяжных поверенных заказал художнику В.А. Серову портрет С.А. Муромцева, сделанный при жизни последнего. Если возникает мысль о продаже копий с этого портрета с целью составить фонд имени Муромцева, то трудно допустить, чтобы вопрос этот решался всецело согласием наследников Муромцева без согласия не только художника, но и собственника.

Возникновение исключительного права на художественное произведение по нашему старому законодательству обуславливалось регистрацией. Художник-автор обязан был предъявить свое произведение у нотариуса, а затем на основании полученного удостоверения известить Императорскую Академию Художеств. Новый закон этот порядок отменил, и, следовательно, право теперь возникает в силу факта претворения идеи в форму.

Отчуждение права в художественной области имеет редкое применение. Во всяком случае договор должен быть облечен в письменную форму. С отчуждением исключительного права на художественное произведение нельзя смешивать отчуждение права собственности на это произведение. Закон, опасаясь такого смешения, счел необходимым указать, что отчуждение художником художественного произведения не переносит на приобретателя авторское право на это произведение, если в договоре не упомянуто об этом (ст. 69551). Однако отчуждение права собственности отражается несколько и на исключительном праве. Картина, бронза, мрамор имеются в одном экземпляре. Осуществляя свое право собственности, собственник художественного произведения не обязан допускать художника к пользованию этим произведением для повторения, размножения или издания его (ст. 69553). С другой стороны, то же осуществление права собственности приводит к возможности без нарушения исключительного права художника поместить его произведение на публичной выставке, не испрашивая его согласия (ст. 69556, п. 5).

Художник защищается против нарушений его права тем же двояким способом, как и писатель. Особенностью является только то, что в иске об отобрании подлежащие приведению в негодность художественные произведения, а равно служащие исключительно для их изготовления орудия (формы, камни, доски и т.п.) могут по ходатайству правонарушителя и за его счет вместо приведения в негодность быть изъяты из пользования и подвергнуты описи и аресту на срок действия исключительного права на эти произведения (ст. 69558). К архитектурным произведениям и сооруженным памятникам требование о приведении в состояние, негодное к употреблению, не имеет и вовсе применения.

Право на художественное произведение прекращается по истечении 50 лет со времени смерти художника.

IV. Авторское право на музыкальные произведения. Исключительное право на музыкальные произведения обеспечивает за композитором исключительную возможность распространения музыкальных произведений в печати или иным способом размножения, а также публичного их исполнения.

Субъектом исключительного права является композитор, которому принадлежит музыкальная мысль и который облек ее во внешнюю форму, хотя бы и не переложил на ноты, а только исполнил (она могла быть захвачена фонографом). Однако первоначальным субъектом права может стать и не композитор: такое право принадлежит составителю сборника народных песен и мелодий (ст. 69513). Объект исключительного права выражается в определенном сочетании звуков по началам ритма и гармонии, направленном к возбуждению в слушателях известных представлений и чувств.

Содержание исключительного права на музыкальные произведения состоит из нескольких правомочий.

1. Композитору принадлежит исключительное право всеми возможными способами воспроизводить и распространять свое сочинение (ст. 6952). Воспроизведение с целью распространения достигается путем печатания нот, и в этом отношении музыкальное произведение ничем не отличается от литературного.

2. Композитор имеет право на переложение своего произведения, которое соответствует переделке в литературной области. Эти переложения могут принять различные виды. Таково издание сокращений, извлечений и попури из его музыкального произведения; переложение его в части или в целом на один или несколько голосов, на другие тона, на отдельные инструменты или целый оркестр; переложение его на всякого рода механические ноты (диски, пластинки, цилиндры и т.п.), предназначенные для исполнения произведения посредством граммофонов, фонографов, пианол и тому подобных инструментов. Казалось бы, композитор как субъект исключительного права может освобождать кого угодно от лежащего на всех запрета. Между тем закон

устанавливает начало принудительного разрешения, руководствуясь будто бы интересами промышленности. Если композитор лично или с его разрешения другое лицо воспользовались правом переложения музыкального произведения на инструменты, воспроизводящие его механически, для его продажи, то этим дается право и всякому другому имеющему в пределах России механическое для сего заведение требовать от композитора уступки и ему такого же права переложения. В случае же отказа композитора промышленное предприятие может ходатайствовать перед судом (в исковом порядке?) о предоставлении ему этого права. Суд одновременно с разрешением ходатайства определяет по справедливому усмотрению и размер причитающегося композитору вознаграждения, а также условия и способ его осуществления (ст. 69542). Не признается нарушением авторского права на музыкальное произведение: а) издание вариаций, транскрипций, фантазий, этюдов на целое или часть чужого музыкального произведения или вообще заимствование из него, если все эти сочинения настолько уклоняются от оригинала, что должны быть рассматриваемы как новое и самостоятельное музыкальное произведение, б) приведение в изданиях с учебною или ученою целью (в виде примеров) отдельных мест изданного или публично исполненного музыкального произведения (ст. 69543).

3. В содержание исключительного права на музыкальные произведения входит и право разрешения публичного исполнения, которое в музыкальной области иногда значительно превосходит по имущественному значению право воспроизведения в печати. С точки зрения права на публичное исполнение закон различает музыкально-драматические и просто музыкальные произведения. а) Музыкально-драматические произведения, как опера, оперетта, балет, не могут быть исполняемы публично в театре, клубе, консерватории без согласия композитора (ст. 69547). б) Музыкальные произведения, как романсы, оратории, симфонии, не могут быть публично исполняемы только при условии, если композитором на каждом экземпляре музыкального произведения указано, что композитор оставил за собой это право (ст. 69548). Публичное исполнение музыкального произведения допускается без согласия композитора: если исполнение ни непосредственно, ни косвенно не преследует целей наживы; если исполнение совершается во время народных празднеств; если выручка назначена исключительно для благотворительных целей и исполнители вознаграждения не получают (69550).

Весьма нередко музыкальная часть произведения тесно связывается с дополняющим ее словесным текстом. Слова, конечно, могут быть также произведением композитора. Но это бывает редко. Обыкновенно он обращается к известным литературным произведениям, как это чаще всего бывает с романсами, или же входит в соглашение с особым лицом, составляющим текст к его музыкальному произведению, как это происходит при сочинении опер. Закон предоставляет композитору полную свободу использовать для текста напечатанное уже литературное произведение. Он не вправе только печатать этот текст отдельно от музыкальной части, да и то в концертной программе допускается и отдельное печатание текста (ст. 69545). Если же текст написан по заказу композитора, то между композитором и либреттистом все же соавторства не образуется: авторское право на музыкальное произведение в целом его составе принадлежит композитору, а за либреттистом сохраняется право на отдельное издание текста (ст. 69546). Для публичного исполнения музыкального произведения с текстом достаточно согласия композитора (ст. 69549).

§ 32. Промышленные права

Литература: Каупе, Привилегии на изобретения, 1882; Гурьев, О привилегиях на изобретения; к реформе законодательства, 1894; Козлов, Привилегии на изобретения в их практическом значении (Рус. экон. обзор, 1898, N 3); Розенберг, Фирма. Догматический очерк, 1914; Гольмстен, Охраняется ли право на фирму нашим законом? (Юрид. иссл. и ст., 1894, ст. 228); Пиленко, Право изобретателя, т. I, 1902; т. II, 1903; В. Катков, О привилегиях (патентах) на промышленные изобретения, 1902.

Существует ряд исключительных прав, установленных в интересах промышленности, производства и торговли. Экономические деятели проявляют личную деятельность, признаваемую весьма важною для народного хозяйства, но теряющую для них материальный интерес при полной свободе подражания со стороны других лиц. Поэтому-то законодатель, соглашая их личные

интересы с интересами общества, запрещает другим совершение подобных же действий, насколько они могут считаться исходящими от тех, кому предоставлено исключительное право их совершения.

I. Право на промышленные изобретения. Под этим именем понимается исключительное право осуществления известного нового промышленного изобретения. 1) Промышленным изобретением называется открытие новых экономических благ или новых способов производства уже известных благ. Изобретение должно представлять выгоду для промышленности; на изобретения, представляющие научные открытия и отвлеченные теории, исключительное право не приобретается. 2) Изобретение должно быть новым не в смысле времени, а в том отношении, что данное благо или предлагаемый способ производства не были до того в общем свободном пользовании. 3) Сущность права состоит в исключительной возможности производства открытых благ и применения изобретенных способов. Вместе с тем никто другой не может производить те же блага или употреблять те же способы. Такое привилегированное положение изобретателя дает ту экономическую выгоду, которая имела в виду при создании исключительного права.

Исключительное право возникает не одновременно с изобретением, а стоит в зависимости от выполнения некоторых формальностей. Поэтому до этого момента изобретение стоит вне защиты, и если бы кому-нибудь удалось случайно узнать секрет открытия, то он свободно может воспользоваться им, не опасаясь преследования за нарушение права. Порядок приобретения исключительного права следующий. Изобретатель подает прошение в Министерство торговли и промышленности с подробным описанием своего изобретения, а если нужно, то с рисунками и моделями. С удостоверением представленного прошения выдается просителю охранительное свидетельство, в котором обозначается день и час предъявления. Значение выданного свидетельства состоит в том, что с этого момента начинается право исключительного пользования, конечно, при условии, если впоследствии за просителем признано будет право на это изобретение. По удостоверении в том, что право на это изобретение не было уже признано за другим лицом, отдел выдает изобретателю патент на привилегию, т.е. акт, удостоверяющий признание за ним исключительного права на данное изобретение.

Действие выданной привилегии состоит прежде всего в возможности пользования изобретением. Однако эта возможность соединяется с обязанностью осуществления права, потому что иначе выдача привилегии противоречила бы интересам промышленности. Получивший привилегию обязан не позже как в течение 5 лет привести в действие свое изобретение. Исключительное право, связанное с выдачею привилегии, может подлежать свободному распоряжению со стороны изобретателя. Оно может быть отчуждено возмездно, подарено, завещано, оно переходит по законному наследованию. Передача права должна быть совершена нотариальным порядком (т. XI, ч. 2, уст. пром. фабр.-завод. и ремесл., изд. 1913 г., ст. 94) с сообщением о том Министерству торговли и промышленности. Кроме отчуждения самого права возможно предоставление другому лицу по сделке права пользования изобретением с сохранением самого права за изобретателем (лицензия).

Действие выданной привилегии прекращается по следующим причинам. 1) Право на промышленные изобретения срочное, оно предоставляется на срок не свыше 15 лет, поэтому истечение этого срока само собою прекращает силу права. 2) Так как закон предоставляет исключительное право в предположении, что изобретение применено будет в течение известного срока, то неосуществление его (до наступления 5-летнего срока) также прекращает силу привилегии. 3) Признавая за известным лицом исключительное право, правительство предполагает новизну изобретения и принадлежность его просителю. Опровержение этих предположений вполне возможно для каждого заинтересованного лица, и если это обстоятельство будет доказано, то привилегия прекращает свое действие.

II. Право на фабричные рисунки и модели. В близкой связи с правом на промышленные изобретения находится право на исключительное пользование рисунками и моделями, предназначенными для воспроизведения в заводских, фабричных или ремесленных изделиях. Под именем фабричного рисунка понимается изображение сочетания цветов и узоров на поверхности

изделий, например для материй, ковров, обоев. Моделью же называется изображение формы изготавливаемых изделий, как, например, ваз, чернильниц и т.п.

Право на фабричные рисунки и модели приобретается изобретателем их. В действительности подобные изобретения производятся особыми рабочими, состоящими при фабрике. Так как по договору найма с фабрикантами они обязались предоставить свой труд в его распоряжение, а самый труд их состоит в изготовлении рисунков и моделей, то право на последнее производным путем устанавливается в лице фабриканта, а не рабочих (т. XI, ч. 2, уст. пром. фабр.-завод. и ремесл., ст. 147, прим. 2).

Рассматриваемое право приобретается не вследствие создания рисунков или моделей, а в силу признания права на них со стороны правительства. Для этого необходимо подать прошение в Министерство торговли и промышленности, где исследуется вопрос о новизне и принадлежности изобретения. С этого времени проситель приобретает исключительное право на применение изобретенных рисунков и моделей и право отчуждения их другим лицам дарственным или возмездным способами. Для передачи права не установлена форма, но требуется сообщение Министерству торговли (там же, ст. 154).

Право на рисунки или модели прекращается: 1) с истечением срока, на который оно было предоставлено, во всяком случае не более 15 лет, 2) с опровержением правильности предоставления данному лицу исключительного права (там же, ст. 151).

III. Право на фирму. Фирма есть название торгового предприятия, а право на фирму есть исключительное право производства или сбыта известных товаров от имени данного предприятия, под данную фирму. Так как известное предприятие, благодаря достоинству своих товаров, приобрело значительный круг потребителей, то для других представляется искушение воспользоваться чужою фирмой, чтобы отвлечь внимание покупателей. Здесь-то закон принимает под свою защиту интерес предприятия и запрещает всем другим употреблять ту же фирму. Это достигается мерами предупредительными и карательными.

Выбор фирмы не предоставлен полной свободе предпринимателя. При возникновении торгового предприятия соблюдается принцип истинности, т.е. требуется соответствие фирмы с гражданским именем, с фамилией торговца. Купец, торгующий единолично, может дать своему предприятию фирму, однозначную с его фамилией. Полное товарищество ставит имена или всех товарищей, или только некоторых, с присоединением указания на соединение (и Ко). Товарищество на вере может в своей фирме указать имена всех или некоторых товарищей, но не вкладчиков. Наконец, акционерное товарищество не вправе вовсе давать своей фирме фамилию кого-либо из акционеров, а должно изобрести какое-нибудь иное название, например "Самолет" (ст. 2148). На Западе, в некоторых государствах, предупреждение совпадения фирм достигается посредством регистрации внесения фирм в реестр с тем, чтобы не допускалось повторение одинаковых. У нас подобной регистрации не существует. Начало истинности, необходимое при отчуждении предприятия, может быть нарушено при перемене субъекта права на него, потому что иначе строгое проведение указанного начала могло бы повести к обесценению предприятия, которое потеряло своего первого хозяина.

Если у нас не установлены предупредительные меры, то существует все же судебная защита права на фирму. Эта охрана основывается не столько на законодательстве, которое лишь вскользь упоминает о фирме, сколько на обычном праве. Каждый предприниматель, фирму которого пользуется другой, может требовать перед судом возмещения ему убытков, причиненных такими действиями (ст. 684), причем, если размер убытков не может быть точно доказан, его может применительно к ст. 7061 уст. гр. суд. установить суд по справедливому своему усмотрению.

IV. Право на товарный знак. Под именем товарного знака понимается тот знак, которым торговец отмечает свои товары в отличие от товаров других лиц. Этот знак налагается или производителем при выпуске его продуктов, или купцом при переходе продуктов через его руки. Чем большую известность приобретает данный знак среди публики, тем большее искушение для других торговцев заимствовать этот знак и тем большая потребность в защите. Для охраны этого интереса издан 26 февраля 1896 г. закон о товарных знаках.

Употребление товарных знаков вообще не обязательно, за исключением тех случаев, где оно установлено особенно правилами: для изделий из золота и серебра, для ремесленных изделий.

Желающий воспользоваться охраной товарного знака должен заявить этот знак Министерству торговли и промышленности. Заявляемый знак должен содержать в себе указание имени и фамилии владельца предприятия; фигурное изображение может дополнить это указание, но не обязательно. В министерстве ведется особый альбом всех товарных знаков, который открыт для интересующихся. Если будет удостоверено, что заявленный знак достаточно отличается от заявленных ранее и не противоречит требованиям закона относительно его содержания, то торговцу выдается свидетельство, о котором делается публикация. Право на товарный знак приобретается на срок не выше 10 лет.

Приобретенное право предоставляет исключительное пользование товарным знаком посредством выставления его на товарах, на упаковке или посуде, а также на коммерческих объявлениях, прейскурантах, бланках. Право на товарный знак может быть передано другому лицу, но не иначе как в случае отчуждения или отдачи в аренду самого предприятия с сохранением фирмы.

Исключительное право на товарный знак прекращается: 1) с прекращением самого предприятия, 2) за невозобновлением свидетельства, 3) вследствие несообщения министерству о состоявшейся уступке права другому лицу.

V. Право на фотографические произведения. Если не считать слабого намека, сделанного в ст. 1185 относительно фотографии как вида художественной собственности, то надо признать, что наше законодательство до последнего времени совершенно игнорировало эту отрасль промышленности, получающую все большее развитие. Только закон 20 марта 1911 г., в связи с авторским правом, но в то же время и подчеркивая отличие, дал впервые частноправовое определение фотографического дела.

Субъектом права на фотографические произведения окажется в редком случае художник, в самом частом случае – промышленное предприятие, почему этот вид исключительного права и следует отнести к промышленным, а не к авторским правам. Объект права – фотографическое произведение и вообще всякое произведение, подобное фотографии (ст. 6951, п. 1 и ст. 64). Сюда, следовательно, включаются различные виды воспроизведения химическим, механическим способом, как цинкография, хромофотография и т.п.

Содержание права выражается в исключительной возможности повторения, размножения и издания фотографического произведения светочувствительным, механическим, химическим или иным подобным способом (ст. 69559). Отсюда следует, что закон не запрещает повторения фотографии иными способами, например, в виде картины, писанной масляными красками с цветной фотографии. Закон имеет в виду промышленную конкуренцию, а не стоит на почве художественного творчества. Право фотографа воспроизводить и распространять снимки встречает в законе некоторые ограничения. 1) С одной стороны, в отношении портретов и других фотографий, исполненных по заказу, фотограф лишен права повторения и распространения, которое принадлежит всецело лицу, сделавшему заказ (ст. 69559). Это ограничение еще в большей степени должно бы относиться к портретам, потому что возможны случаи, когда фотограф произведет снимки без заказа и даже против воли снятого лица. Но закон имеет в виду только заказы. 2) С другой стороны, не признается нарушением права и допускается каждому: а) снятие копии для личного употребления; б) воспроизведение в самостоятельном научном исследовании или же в книге, предназначенной для учебных целей и притом исключительно для пояснения текста; в) воспроизведение, хотя бы целиком (а не только в отдельных частях), в изделиях промышленности, заводской, фабричной и ремесленной; г) помещение фотографического произведения на публичной выставке (ст. 69562).

Возникновение рассматриваемого права обуславливается некоторыми формальностями. Мало того, что фотографический снимок принадлежит данному лицу. Для приобретения исключительного права на фотографические изображения требуется означение на каждом экземпляре: а) фирмы или имени и фамилии, места жительства фотографа или издателя фотографии, б) года выпуска в свет фотографического произведения (ст. 69560).

В противоположность праву на художественные произведения, которое сохраняется в течение всей жизни художника и продолжается некоторое время после того, право на фотографические произведения ограничивается 10 годами со времени появления в свет

произведения. Этот срок увеличивается до 25 лет, если фотографические произведения изданы в виде сборников или серий эскизов, представляющих самостоятельный художественный, исторический или научный интерес (ст. 69561). В пределах указанного срока право фотографа способно переходить к правопреемникам по договору, завещанию или законному наследованию.

Право на фотографические произведения защищается в уголовном и гражданском порядке. Гражданская защита направляется: а) на возмещение причиненных убытков, определяемых по справедливому усмотрению суда, и б) на отобрание и уничтожение орудий правонарушения (ст. 69563).

VI. Граммофоны и кинематографы. В последнее время наблюдается сильное развитие того и другого промысла. Граммофоны распространились по самым глухим уголкам страны. Кинематографы, составляя любимое зрелище широких масс, вызвали ряд крупных предприятий, занятых постановкою сцен и изготовлением лент. До последнего времени промысел этих предприятий оставался совершенно вне юридической нормировки. Только закон 20 марта 1911 г. об авторском праве коснулся этого вопроса отчасти прямо, отчасти косвенным путем.

1. Воспроизведение музыкальных произведений в граммофонах охраняется двояким порядком от нарушения прав заинтересованных лиц. а) Прежде всего защищается композитор против переложения его произведения на всякого рода механические ноты (диски, пластинки, цилиндры и т.п.), предназначенные для исполнения произведения посредством граммофонов, фонографов, пианол и тому подобных инструментов (ст. 69542). Без разрешения композитора механическое предприятие не вправе делать такие переложения. Однако если композитор дал разрешение одному, то тем по нашему закону дается право и всякому другому на такое переложение. б) С другой стороны, защищается фабрикант против переложения иными фабрикантами с его механических нот. Воспроизведение без согласия фабриканта механических нот (дисков, пластинок, цилиндров и т.п.), предназначенных для исполнения произведения посредством граммофонов, фонографов, пианол и тому подобных инструментов, если на эти нотах означены фирма или имя и фамилия фабриканта, воспрещено. Самовольно издавший механические ноты обязан вознаградить потерпевшего за весь причиненный ему убыток. Размер вознаграждения устанавливается судом по соображении всех обстоятельств дела, по справедливому усмотрению (ст. 6711).

2. О кинематографах закон ничего не говорит. Но по существу своему кинематографическая лента представляет собой ряд сменяющихся фотографических снимков, а потому на нее должны распространяться правила, определяющие право на фотографическое произведение (ст. 69564). С кинематографом соединены юридические вопросы двоякого рода. а) Защита автора литературного произведения против переложения на кинематограф ничем не обеспечивается, так как нельзя сказать, что здесь имеется переложение повествовательного произведения в драматическое (ст. 69531). Однако драматическое произведение, повторенное кинематографом со сценического исполнения и соединенное с граммофоном (хромонегафон), подпадает под запрещение публичного исполнения произведения без согласия автора (ст. 69547). б) Защита фабриканта кинематографических лент против других фабрикантов, виновных в воспроизведении ленты, обеспечивается запрещением повторения фотографических произведений (ст. 69559). Однако это относится к воспроизведению ленты, а не сюжета, хотя бы он был специально поставлен предприятием с большими затратами.

Печатается по: Учебник русского гражданского права Г.Ф. Шершеневича. Одиннадцатое издание, первое посмертное, просмотренное и дополненное по поручению юридического факультета Императорского Московского университета пр.-доц. В.А. Краснокутским. Том первый. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1914.

ОТДЕЛ III. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО^[1]

§ 33. Понятие об обязательстве

Литература: Барон, Система римского гражданского права, 1900; Дернбург, Пандекты, т. 2, Обязательственное право, 3-е изд. 1911; Савиньи, Обязательственное право, 1875; Пассек,

Неимущественный интерес в обязательстве, 1894; Петражицкий, Возмещение имущественного вреда с точки зрения социальной политики (Право, 1900, N 11, 12, 15, 16); Беляцкий, Возмещение морального (неимущественного) интереса (Право, 1911, N 29, 31, 32); Винавер, Неимущественный интерес в обязательстве (Из области цивилистики, 1908, стр. 231–239); Полетаев, Возникновение обязательств (Жур. Спб. Юр. Общ., 1898, N 7); Исаченко, Обязательства по договорам, т. 2, 1914; Трепицын, Гражданское право губерний Царства Польского и русское в связи с проектом гр. уложения. Общая часть обязательственного права, 1914; Синайский, Первые страницы русского законопроекта обязательственного права в сравнении с германским и швейцарским уложением (Юрид. вестн., кн. V).

I. Юридическая природа обязательства. Под именем обязательства понимается такое юридическое отношение, из которого обнаруживается право одного лица на известное действие другого определенного лица. Самое слово "обязательство" употребляется в различных значениях: а) в смысле обязанности пассивного субъекта, например ст. 1548; б) в смысле права активного субъекта, например ст. 418; в) в смысле всего юридического отношения, например ст. 5338, и д) в смысле акта, удостоверяющего существование подобного отношения, например, ст. 220, 571. Наиболее соответствующим истинному значению является употребление этого выражения в смысле отношения, как бы обязывающего (*vinculum juris*) участвующих в нем лиц; отсюда старинный обряд связывания рук договаривающихся, отсюда выражение "суплетка", употребляемое Псковскою Судною Грамотою (ст. 103) для обозначения обязательства, которым стороны сплетаются. Ближайшее рассмотрение выставленного определения обнаруживает следующие существенные признаки.

а. В противоположность вещному правоотношению, в котором праву активного субъекта соответствует обязанность всех вообще граждан, без более точного обозначения участников, в обязательственном правоотношении устанавливается полная определенность лиц, участвующих в нем. Отношение существует только между известными лицами и не касается всех прочих сограждан. Эти лица, субъекты отношения, носят специальные названия. Активный субъект называется верителем или кредитором, потому что он верит исполнительности пассивного субъекта, который называется должником, потому что он должен исполнить то, к чему обязывает его установленное отношение. В отдельных договорах субъектам обязательственного отношения присваиваются еще специальные наименования: продавец, покупатель, наниматель, товарищ, страхователь, подрядчик и т.п. [Общие термины должника и верителя усваивает и просит кн. V (ст. 1, п. 2)].

б. Объектом обязательственного правоотношения является действие, которое в то же время составляет и содержание обязательства. Действие предполагает точную определенность его, настолько, чтобы при исполнении обязательства не могло возникнуть сомнение относительно того, что должен сделать должник. Действие, составляющее объект обязательства, состоит: 1) в передаче от одного лица другому вещи в собственность, например купля-продажа, дарение, или 2) в предоставлении одному лицу пользования вещью, принадлежащею другому, например ссуда, наем имущественный, или 3) в совершении одним лицом личных услуг в пользу другого, например личный наем, доверенность, или 4) в воздержании от тех действий, исключительное право совершения которых принадлежит должнику, например издательский договор. Во всяком случае в основе обязательственных прав лежат вещные, исключительные или личные права.

[Действия, составляющие объект обязательства, перечисляет, а вместе с тем дает определение обязательства проект кн. V в следующей формулировке: "По обязательству одно лицо обязано по отношению к другому передать имущество либо совершить или не совершить какое-либо иное действие" (ст. 1, п. 1). Теоретический характер подобных попыток классификации и определений очевиден и не соответствует правильному пониманию задач законодательной техники (швейцарское уложение обходит молчанием эти вопросы)].

Действие, составляющее объект обязательства, может быть положительного или отрицательного характера, причем действия первого рода имеют преобладающее значение. Подведение под понятие "действие" воздержания не составляет противоречия; воздержание не есть бездействие, – это не отсутствие воли, направленной на определенный результат, а, напротив,

наличность такой воли. Примером обязательства с отрицательным содержанием может служить договор о том, чтобы одно лицо однородною торговлею не подрывало дела другого, или договор издательский, в силу которого автор, уступая издателю право издания, обязывается не издавать сам своего сочинения, хотя бы и со значительно измененным содержанием, но под тем же заглавием.

Действие, составляющее объект обязательства, может быть одновременным, многократным или дящимся. Оно выполняется сразу, например, при передаче проданной определенной вещи; оно повторяется много раз, например, при постановке дров в казенное учреждение или при взносах наемной платы; оно будет дящимся, если продолжается все время, например, хранение чужой вещи по договору поклажи, а также при всех действиях отрицательного характера.

с. В силу обязательства активный субъект приобретает право на действие со стороны пассивного субъекта, а не право над его лицом (Регельсберг) или на его волю (Кунце). Право над лицом означало бы стеснение его свободы, а это приближало бы его к положению раба, а отношение – к вещному. Право на волю другого лица невозможно, потому что воля по своей независимости не может быть объектом права. К чему бы ни было обязано известное лицо, какими бы тяжелыми последствиями ни угрожало ему неисполнение, но воля его всегда способна уклониться в противоположную сторону, а с тем вместе утратится объект обязательства. Так как активный субъект имеет право на действие пассивного субъекта, а не на его личность или волю, то он не может вынуждать исполнение при помощи собственных сил или при содействии правительственных органов. Он имеет только право требовать от должника исполнения с угрозою взыскать со всего его имущества ценность неосуществленного интереса. Поэтому нельзя силою отнять у продавца проданную вещь, пока она не была передана, т.е. пока покупатель не приобрел вещного права, нельзя силою заставить выполнять условленные работы по договору личного найма. Между тем в практике парижского суда имел место однажды такой случай. Артист по контракту с антрепренером одного театра обещался не участвовать на сценах других театров Парижа, но вопреки обещанию неоднократно участвовал в спектаклях других театров. По требованию антрепренера, признанному судом, артист во время самого спектакля был насильно удален из театра, на сцене которого играл. Решение это безусловно неправильно и встретило протест со стороны французских юристов.

И нашему законодательству не чуждо такое неправильное воззрение. Как мы уже видели, закон предполагает возможность принудительного исполнения договора купли-продажи на той и другой стороне, т.е. допускает возможность отнять проданную вещь силою у продавца и вынудить покупателя к принятию вещи: невозможность в действии принудить покупателя указывает с очевидностью на ложность принципа, а следовательно, приводит к признанию невозможности насильственно отнять вещь у продавца (если только мы признаем, что вещное право переходит не по соглашению, а по передаче). В законодательстве нашем, в виде общего начала, указано, что всякий договор и всякое обязательство в случае неисполнения производят право требовать от лица обязавшегося удовлетворения во всем, что в них постановлено (ст. 570). Если статья эта подала повод к тому выводу, будто всякое действие, составляющее предмет обязательства, может быть вынуждено в натуре, то это объясняется только неправильным пониманием ее смысла. Во-первых, статья эта рассчитана на случай неисполнения условленного и только "в случае неисполнения" возникает право требовать удовлетворения: значит, право требовать исполнения превращается в право требовать удовлетворения. Во-вторых, закон явно подчеркивает различие между "исполнением" и "удовлетворением", заменяющим первое: значит, удовлетворение не есть настаивание на исполнении условленного. Приведенная сейчас статья имеет тот смысл, что каждый активный субъект обязательства в случае уклонения пассивного субъекта от исполнения условленного действия вправе требовать осуществления имущественного интереса, соединенного с обстоятельством, за счет всего имущества должника. Та же мысль выражена в положении, установленном практикою, что суд вправе предписать совершение действий за счет ответчика, но не вправе принудить самого ответчика к исполнению действий (79, 317), хотя сам Сенат далеко не последовательно проводит это начало (см., например, 89, 43).

Так как объектом обязательства является действие пассивного субъекта, а не лицо его и не воля, то индивидуальность обязательства имеет настолько лишь значение, насколько интерес,

соединенный с исполнением данного действия, зависит от личных качеств исполняющего. При безразличии этой стороны вопроса действие может быть выполнено каждым. Так, например, долг может быть уплачен всяким лицом, а не только должником, потому что объектом права является платеж денег, а не сам должник и не его воля; но, например, обязанность доверенного не может быть выполнена другим, потому что объектом права являются услуги данного лица, обусловленные его опытом, знанием, добросовестностью и иными личными его качествами.

Комбинируя противоречивую практику Сената и усвоенные воззрения на объекты обязательства, проект дает неодинаковую санкцию субъективных прав, из обязательства вытекающих. При обязательствах, имеющих предметом "передачу особенно определенного имущества", "веритель в случае неисполнения должником обязательства вправе просить суд об отобрании имущества от должника и передаче ему, верителю" (ст. 133). Статья тем более удивительная, что проект, бесспорно, стоит на точке зрения приобретения вещного права посредством передачи (ср. 208 и след. о передаче имущества при продаже). По отношению к действиям санкция прав верителя устанавливается более гибкая и вполне приемлемая. "В случае неисполнения должником обязательства, имеющего предметом совершение действия, для которого не требуется личного участия должника, веритель вправе с разрешения суда совершить действие за счет должника" (ст. 134). "В случае неисполнения должником обязательства, имеющего предметом несвершение какого-либо действия, веритель вправе с разрешения суда устранить или уничтожить за счет должника все сделанное им в нарушении обязательства. Суд может по просьбе верителя воспретить должнику дальнейшее нарушение обязательства под угрозой взыскания в пользу верителя денежного штрафа в размере до трехсот рублей за каждое нарушение" (ст. 135).

d. Юридическое отношение, принуждающее одно лицо к совершению действия в пользу другого, предполагает у последнего наличность интереса в выполнении этого акта. Где нет такого интереса или где он прекратился, хотя и был вначале, там нет обязательства или с того времени оно прекращается, хотя до этого момента имело полную силу. Итак, например, по договору лицо обязывается не вести однородной торговли во избежание конкуренции, но если то лицо, в пользу которого установлено подобное ограничение, само прекращает свою торговлю, то прекращается опасность вредных последствий конкуренции, утрачивается интерес обязательства и обязанная сторона освобождается; или, например, автор до истечения пяти лет со времени заключения договора с издателем не вправе повторять своего издания, но если через год по выходе книги в свет она вся разошлась, то для издателя нет никакого интереса запрещать автору приступить к новому изданию, а потому автор освобождается от своей обязанности.

Спорным представляется вопрос, должен ли интерес обязательства быть имущественным или нет, может ли предметом обязательства быть действие, интерес которого не поддается денежной оценке? Некоторые ученые стараются доказать возможность неимущественного интереса в обязательственных отношениях, и практика некоторых стран дает достаточный материал для подобных заключений (отчасти и русская, 09, 46, ср. 73, 1485). Сосед по квартире обязывается договором соседа не нарушать его покоя музыкою в те часы, когда он дома (Виндшейд). Как осуществить право, если сосед нарушает свою обязанность и продолжает изводить соседа своим искусством? По случаю выставки в известном городе предполагается в нем большой съезд. Поэтому собирающийся посетить выставку заранее письмом условливается с хозяином гостиницы о найме на известные дни помещения. По приезде в город оказывается, что помещение сдано другому, что во всем городе нет свободных номеров, так что приезжий должен был целую ночь в дождливую погоду бесплодно пространствоваться по городу, с тем чтобы вернуться на вокзал (Иеринг). Каким образом в гражданском порядке искать с хозяина гостиницы выполнения им обязанности? Младший брат дает старшему обязательство никогда не играть в карты (Козак). Интересно было бы знать, что сделает в этом случае кредитор, если узнает, что его должник нарушает договор?

Со стороны активного субъекта благоразумно было бы подобные договоры связывать с неустойкою, чем обязательству придан был бы имущественный интерес (Сенат высказал весьма рискованное положение, будто неустойкою можно обеспечивать только обязательства, имеющие имущественный интерес, 03, 83). Но если этого не сделано, то нет никакой возможности признать

юридическую силу за подобными обязательствами. Испытанные от неисполнения обязательств неприятности останутся без всякого возмещения, и нет гражданских средств побудить пассивного субъекта к выполнению принятых им на себя обязанностей.

Нельзя допустить обязательств с неимущественным интересом не потому, что они носят личный характер, так как мы уже отнесли к гражданскому праву личные отношения, устанавливаемые семейным союзом. Такому допущению противится природа обязательственных отношений. Объектом прав по обязательству признается чужое действие. Но действия лиц не вынуждаемы, а потому, чтобы сохранить юридический характер за обязанностями, соответствующими правам требования, необходимо придать им санкцию, каковою может быть только принудительное осуществление интереса в имуществе уклоняющегося от исполнения. Если он не хочет исполнить, то действие может быть исполнено другим или вовсе не будет исполнено, но за тот имущественный ущерб, который понес субъект права вследствие обращения к другому или вследствие полного неисполнения услуги должно отвечать имущество виновника. Какова же может быть санкция тех обязанностей, которые не способны быть выражены в денежном эквиваленте? Лишить их совершенно санкции – значит исключить такие отношения из круга юридических. Некоторые, основываясь на судебной практике Франции, а в особенности Англии, указывают на существование подобной санкции в тех громадных штрафах, которыми суды этих стран облагают лиц, уклоняющихся от исполнения неимущественных обязательств. Но здесь утрачивается принцип гражданского права, который допускает возмещение ущерба в смысле соответствия между неосуществленным интересом и денежным вознаграждением. Какое же соответствие между неприятностями, испытанными лицом, которому не оставлено было в городе обещанное помещение, или лицом, которое страдает физически и душевно от игры соседа, и тою денежною суммою, которую им предлагают? Отсутствие действительного соответствия ведет, далее, к полной невозможности определить какими-либо данными величину вознаграждения. За то, что касса театра не оставила мне билета на интересный спектакль, суд с одинаковым успехом может присудить в мою пользу как 1 руб., так и 100 000 руб. Извозчик опрокинул в Париже велосипедистку-англичанку, которая предъявила к виновнику требование об удовлетворении, основанное на следующем расчете: врачебная помощь – 100 фр., разорванное платье – 50 фр., починка велосипеда – 150 фр., потраченное время – 25 фр., понесенное беспокойство – 25 000 фр. Ни один судья не в состоянии определить, правильно или нет оценила потерпевшая свое беспокойство. Педагог и комментатор древних классиков, издатель иллюстрированных пособий г. М. летом 1911 г. на одной из новодеревенских улиц в Петербурге подвергся нападению обезьяны, которая соскочила на него с дерева и искусала. Оказалось, что обезьяна только что сбежала от генеральши Чичаговой. М. исчисляет свой иск следующим образом: 500 руб. за лечение; издательская деятельность приносит ему 22 000 руб. в год, а так как лечение продолжалось 21 день, то за это время он взыскивает отдельно 1259 руб. 11 коп.; в-третьих, он, г. М., обожает музыку и увлекался игрой на рояле, и так как обезьяна повредила ему средний палец левой руки, то он лишен возможности доставлять себе эстетическое наслаждение собственной игрой и поэтому нуждается в приобретении фонолы, стоящей 750 руб. В состоянии ли суд дать денежную оценку эстетическим эмоциям? Напрасно сторонники разбираемого взгляда указывают на подобный же произвол при определении денежного штрафа, налагаемого в уголовном порядке. Такого произвола, который действительно существовал в старом уголовном праве, в настоящее время нет, так как произвол суда всюду поставлен в более или менее узкие границы, – ему указывается предельная величина вниз и вверх, и передвижение по этой линии поставлено также в зависимость от некоторых законных условий, тогда так в гражданских штрафах никаких границ нет. Притом такое колебание в степени наказания соотносится со степенью виновности подсудимого, а для величины вознаграждения за неимущественный интерес нет подобной мерки. [Проект кн. V в ст. 130, п. 2 ставит возмещение морального вреда в зависимость от степени вины и определяет: "Должник, умышленно или по грубой неосторожности не исполнивший обязательства, может быть присужден к возмещению и других, кроме указанных выше, убытков, хотя бы они заключались не в имущественном, а нравственном вреде и не подлежали точной оценке". Статья 132 того же проекта оценку убытков такого рода передает свободному усмотрению суда, основанному на соображении всех обстоятельств дела. Со времени издания

закона 15 июня 1912 г. о местном суде наши суды получили уже такие же полномочия в исках о доходах и убытках по отношению к вознаграждению, размер которого по свойству требования не может быть подчинен общему правилу о подтверждении иска доказательствами (ст. 1351 и 7061 Уст. гр. суд. по изд. 1914 г.)].

II. Основание обязательства. Для возникновения обязательственного отношения необходим юридический факт, с наступлением которого закон связывал бы такое последствие. Сведенные в известные группы, эти факты носят название источников обязательства. На римском праве выработалась следующая классификация источников, способных основать обязательственное отношение: 1) договор, 2) как бы договор, 3) правонарушение, 4) как бы правонарушение, 5) все прочие факты, не подходящие ни под одну из указанных категорий. Этой системы и до сих пор придерживается итальянское законодательство (§ 1097). Такая классификация не может быть названа научной. Как справедливо заметил Барон, выражения "как бы договор" или "как бы правонарушение" вовсе не указывают, каково основание происхождения этих обязательств; они указывают лишь на то, что должник по как бы договору должен обсуждаться так, как должник по договору; должник по как бы правонарушению – подобно должнику по правонарушению, – но и только. Поэтому из всех указанных в римском праве оснований могут быть удержаны только два: договор и правонарушение. Но договор составляет вид юридической сделки, которой и другие формы способны установить обязательственное отношение, например, завещание, одностороннее обещание. Поэтому, расширяя римскую классификацию, мы находим два источника обязательств: юридическая сделка и правонарушение.

Далее существует ряд юридических фактов, не подходящих ни под понятие о договоре, ни под понятие о правонарушении, с которыми тем не менее закон в интересах целесообразности соединяет возникновение обязательства. Во всех таких случаях нет ни соглашения двух или более лиц, как в договоре, нет и незаконного действия, нарушающего интересы другого лица, как в правонарушении, а есть только воля законодателя. Поэтому нередко прямым источником обязательства признают закон. Однако основанием обязательства может быть только юридический факт, но не закон, который и не может быть поставлен на одну линию с юридической сделкою и правонарушением. Закон составляет общее основание всех юридических отношений, а потому и не может быть назван источником обязательства в тесном значении: сила договора основывается на законе, последствия правонарушения определяются законом. Очевидно, что один закон, без юридического факта, не создает обязательства. Между тем наша практика устанавливает, будто обязанность частного лица уступить по требованию правительства свое право собственности для государственной или общественной пользы относится к числу обязательств, непосредственно возникающих из закона (72, 19). В действительности указанный случай не дает вовсе места для возникновения обязательств, основанных на законе. Сенат, очевидно, смешал частноправовое обязательство и публично-правовую обязанность (или необходимость) каждого гражданина подчиниться требованиям верховной власти. В данном случае обязательство и не может возникнуть, а обязанность (или необходимость) основывается на силе власти.

Нельзя считать научной классификацию Дернбурга, который разделяет обязательства на две группы: основанные на юридической сделке и не основанные на ней, потому что в действительности вторая группа остается без основания. Такую же ценность представляет классификация Пляниоля, по мнению которого источников обязательства только два: договор и закон, причем упускается из виду, что сила договора основывается также на законе. Эта точка зрения положена в основу французского гражданского кодекса, в котором соответственно различаются *obligations* и *engagements* (§ 1101 и 1370).

Относительно юридической сделки и правонарушения как источников обязательства не возбуждается сомнений. Необходимо подыскать основание для третьей группы. Если закон создает обязательственное отношение вне сделок и правонарушений, то происхождение его обуславливается неосновательным обогащением одного лица на счет другого, т.е. переходом ценности из имущества одного лица в имущество другого без достаточного юридического основания. С этой точки зрения источниками обязательства являются: 1) юридическая сделка, 2) правонарушение, 3) неосновательное обогащение. Такая классификация принята в сущности

германским гражданским уложением 1896 г., хотя оно и уклонилось от перечня оснований, и швейцарским обязательственным законом 30 марта 1911 г. [Проект кн. V в ст. 2 признает только два источника обязательств: договор и закон и определяет, что "обязательства возникают из договора и других указанных в законе оснований". Такая краткая и общая классификация с теоретической точки зрения, конечно, и не научна и не достаточна, но с точки зрения законодательной техники вполне точно выражает состояние источников обязательств в положительном законодательстве].

III. Развитие обязательственного права. Момент появления в истории права обязательственных правоотношений представляется значительно позднейшим в сравнении с моментом возникновения вещных правоотношений. Патриархальный, родовой склад быта, натуральное хозяйство, отсутствие торговли создавали малоблагоприятную почву для развития обязательственного права. Ограниченный круг предметов, необходимых для удовлетворения незначительных потребностей первобытного общества, приобретался не путем обмена, а главным образом бесхитростно обработкою продуктов земли, окружающей место оседлости. Потребность в рабочих руках, в услугах удовлетворялась при помощи рабов и детей, подчиненных той же неограниченной власти главы дома и рода.

В начальную пору своего появления обязательственные правоотношения еще мало отличаются от вещных. Отличие права на действие от права на вещь тем менее сознается, что не существует ясного представления о свободе личности и у большинства нет имущественной обеспеченности. Для верителя за отсутствием у должника имущества единственною гарантией исполнения является лицо обязавшегося. Первоначальное обязательственное отношение устанавливает права не на действие со стороны должника, а на лицо должника, если и не такое полное, как в отношении к рабу, то во всяком случае весьма близкое. По мнению Кунце, в развитии обязательства замечается три периода: в первом обязательство представляет собою господство над должником, подобное праву собственности; во втором – господство над должником становится только частичным, смягченным, полным льгот для него; наконец, в третьем периоде обязательство создает упорядоченное господство, возвышающееся на степень идеальной власти.

Подтверждений подобной конструкции обязательств можно найти немало в истории. Так, в эпоху XII таблиц право кредитора на должника, хотя уже смягченное, было почти вещное, потому что простиралось на его лицо, а при невозможности распределить между несколькими кредиторами свободу несостоятельного должника юридический материализм шел так далеко, что пред ними отвечало его тело. Только *lex Poetelia* явился выразителем переменявшихся воззрений на сущность обязательства и в классическую эпоху римского права, суровое *noxium* сменилось чисто обязательственным отношением *mutuum*. На противоположном конце Европы, в Норвегии, древнее право предоставляло кредитору возможность отрезать несостоятельному должнику ту или другую часть тела – идея, положенная в основу позднейшей драмы (Шейлок). У древних германцев свобода была постоянным обеспечением кредитора, который обращал неисполнительного должника в положение раба, а позднее, в средние века, подобный должник если и не считался рабом, то все-таки был ограничен в своей свободе.

Если мы обратимся к истории русского права, то и здесь найдем подтверждение. По Русской Правде купец, задолжавший многим без извиняющих его обстоятельств, отвечал лично перед кредиторами: "жду ли ему, продадут ли его – своя им воля" (ст. 68), кредиторам предоставлялось "вести я на торг и продати" (ст. 69). При договоре займа в древнейшую эпоху личность должника составляла обеспечение права требования, принадлежащего кредитору (закупничество), так что в случае неисполнительности должник отдавался доверителю головою до искупа для отработки долга, без всяких розысканий относительно его имущественных средств. Такой же характер отношений замечается и при другом договоре – личном найме. Наймит был в положении полусвободного человека, которого хозяин мог бранить и бить: малейший неосторожный шаг со стороны должника мог повлечь для него уже полное рабство (обельный холоп). В московский период в законодательстве появляется тенденция изменить эту бытовую точку зрения. Судебник Иоанна IV ограничивает возможность превращения нанявшегося в холопы, запрещает служить у верителя за рост по займу. Этот взгляд поддерживается в

дальнейшей истории. Вопреки установившемуся обычаю обращать несостоятельных должников в рабов законодатель позволяет выдавать таких лиц кредитору головою только до искупа, т.е. пока не отработаются. В XVII веке вырабатывается постепенно идея имущественной ответственности за неисполнение по обязательству, вырабатывается порядок обращения взыскания за долги не на лицо, а на имущество должника. С того времени отрешенность обязательства от лица должника установилась во взглядах законодателя, но долго еще в бытовых отношениях продолжало сохраняться воззрение на обязательство, как имеющее своим объектом самого должника.

§ 34. Субъекты обязательства

Литература: Нерсесов, О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права, 1889; Гейнце, О юридической природе бумаг на предъявителя (Жур. Мин. Юст., 1899, N 10); Дювернуа, Основная форма корреального обязательства, 1874; Анненков, Система русского гражданского права, т. III, стр. 35–71; Чирихин, Солидарность в обязательствах, 1885; Никонов, Круговая порука как обеспечение обязательств (Жур. Мин. Юст., N 9).

I. Бумаги на предъявителя. Современный быт выработал новые формы обязательственных отношений, в которых имя кредитора неизвестно, а право требования обуславливается обладанием и предъявлением документа, называемого бумагою на предъявителя. Бумаги на предъявителя являются, следовательно, бумагами, вещное право на которые дает и право требования того, что составляет их содержание. Право обязательственное неразрывно связывается с правом на документ как на вещь. Должник может и обязан исполнить то, что составляет содержание бумаги на предъявителя, всякому, кто ее предъявит ему, он обязан исполнить только в обмен на бумагу. Он не должен исполнять без предъявления бумаги, потому что такое исполнение не освобождает его от требования, которое позднее может быть предъявлено к нему предъявителем бумаги. В отношении, создаваемом бумагами на предъявителя, определенному с самого начала должнику не соответствует, по-видимому, определенность кредитора: должник не знает при установлении отношения, в пользу кого он обязан исполнить то действие, которое составляет содержание обязательства. Это обязательство возбуждает вопрос о юридической природе отношения, создаваемого бумагами на предъявителя.

По взгляду одних ученых основание юридической силы бумаг на предъявителя заключается в договоре между должником и тем лицом, которому передается впервые документ. Этого взгляда придерживаются Савиньи, Тель, Бруннер, Унгер, Гольдшмидт и др. Против этого возражают, что договор предполагает определенность субъектов, а потому договор с неизвестным лицом не может считаться действительным. Однако договор в данном случае заключается вовсе не с неизвестным лицом. Неизвестно только имя первого кредитора, но подобную же взаимную неизвестность имен мы встречаем ежедневно при совершении сделок купли-продажи, перевозки. Неизвестность имени кредитора свойственна и многим другим обязательствам, потому что должник не знает заранее, кто будет его кредитором в момент исполнения, так как право требования может менять своих субъектов. Неизвестность имени не совпадает с неопределенностью кредитора: кредитор тот, кто имеет вещное право на документ. Следовательно, лицо активного субъекта определено с самого начала и в момент исполнения. Сторонники другого взгляда, в особенности Кунце, в противоположность договорной теории выставляют теорию одностороннего обещания. Основание юридической силы бумаг на предъявителя обуславливается волею должника, односторонне выраженной, без участия воли другого лица. Эта точка зрения положена в основание германского уложения (§ 793, 794) и в последнее время стала проникать во Францию, но встречает там энергичный отпор со стороны самых видных французских юристов. В самом деле, обоснование бумаг на предъявителя не на договоре, а на создании документа противоречит теоретическому представлению как о договоре, так и об одностороннем обещании, потому что в обоих случаях предполагается волеизъявление. Между тем по рассматриваемой теории бумага на предъявителя обязывает должника не потому, что она им выпущена в оборот, а потому что она попала в оборот, хотя бы и помимо его воли. Может быть, такое теоретическое представление весьма благоприятно для оборота, создавая уверенность для каждого приобретателя бумаги на предъявителя, что он не

встретит возражений со стороны должника, но она несправедлива по отношению к должнику, обязанному платить, хотя он не выражал на то своей воли и хотя он не проявил никакой вины в выпуске бумаги.

Проект кн. V принимает договорную теорию бумаг на предъявителя, но смягчает суровость ее выводов для оборота в пользу добросовестных предъявителей. Статья 664, п. 2 определяет: "Если бумага на предъявителя поступила в обращение помимо желания лица, ее выдавшего, то обязательство подлежит исполнению лишь по отношению к добросовестному предъявителю такой бумаги".

В форму бумаг на предъявителя могут быть облечены не только обязательственные правоотношения, но и вещные (складочные свидетельства), и иные, например права участия (акции). К обязательствам, облеченным в эту форму, относится чаще всего договор займа, например, облигации, выпускаемые городами или акционерными товариществами, закладные листы поземельных обществ. Германское уложение допускает обращение бумаг на предъявителя только с дозволения государственной власти (§ 795). Следует заметить, что современные законодательства не разрешают облекать в форму бумаг на предъявителя векселя (за исключением Англии) и ипотечные свидетельства. Возможность у нас выпуска бумаг на предъявителя частным лицам встречает препятствие в уголовном законе, запрещающем выпуск в обращение безыменных знаков (улож. о наказ., ст. 11501).

С другой стороны, обязательства, облеченные в форму бумаг на предъявителя, ввиду неразрывной связи права требования с обладанием бумагой создают новый вид вещей весьма ценных. Эта материальная сторона ставит бумаги на предъявителя в разряд объектов права, которые должны бы подлежать общей судьбе движимых вещей, насколько в том или ином положительном законодательстве не содержится изъятия. Между тем относительно бумаг на предъявителя наша судебная практика решилась сделать в интересах оборота и внушения доверия к приобретаемым бумагам отступление от того начала, принятого нашим законодательством, что собственник вправе отыскивать свою вещь всюду, где бы и у кого бы он ни нашел ее (ст. 609). Для целей кредита необходимо придать бумаге значение ценности, реализация которой не представляла бы никаких затруднений и могла бы осуществиться во всякое время. Только при этом условии бумага достигнет свободного обращения и будет удовлетворять потребностям кредита. Таким образом, в настоящее время возникли разнообразнейшие виды безыменных бумаг на предъявителя, которые служат сами по себе представителями известной ценности и имеют свободное обращение в публике наравне с деньгами. "Бумаги на предъявителя существенно отличаются от других видов движимого имущества. Предназначенные к постоянному и свободному обращению из одних рук в другие, расходясь в громадном числе экземпляров, совершенно однородных по форме, они представляют особый вид имущества, более всего приближаясь к денежным знакам, и потому к ним не могут быть применимы общие правила об имуществах движимых" (85, 27, ср. 98, 15). Однако нетрудно заметить, что в данном решении Сенат стал не на почву законности, а на почву целесообразности. Юридического отличия между бумагами на предъявителя и иными видами движимых вещей Сенат в действительности не установил. А из желательности для бумаг на предъявителя ограничить силу виндикации не вытекает еще, чтобы такое ограничение согласовалось с действующим законодательством. Практика Сената по настоящему вопросу отличается крайнею неустойчивостью, как это можно видеть из прямо противоположных точек зрения, высказанных в Общем Собрании (87, 10 и, с другой стороны, 96, 31).

[В решении 86, 33 привлечена уже ст. 73 разд. I Уст. кред. относительно государственных банковских билетов для аналогичного признания владельцами бумаг на предъявителя всех держателей под условием считать их собственниками, пока не доказана недобросовестность приобретения бумаги. Проект кн. V идет еще дальше по пути ограничения виндикации бумаг на предъявителя. Согласно ст. 667 "бумаги на предъявителя не могут быть отыскиваемы от приобретшего оные добросовестно и возмездно, хотя бы они были похищены или потеряны"].

II. Множественность субъектов. В большинстве обязательств на активной и пассивной стороне встречается по одному лицу, одному должнику соответствует и один веритель. Но возможны случаи, когда активных и пассивных субъектов будет более двух, одному должнику

соответствует несколько верителей, одному верителю соответствует несколько должников, наконец, нескольким должникам соответствуют несколько верителей. Это стечение субъектов возможно, благодаря тесной связи ряда обязательственных отношений, в своей совокупности представляющих нечто целое. Оно возможно, однако, и при полном единстве обязательственного отношения, и тогда нужно иметь в виду, что все-таки в обязательстве могут быть только две стороны с тем лишь видоизменением, что одна из них или обе представляют соединение нескольких физических или юридических лиц.

А. Если должник обязан выполнить условленное действие только в части каждому из нескольких верителей или веритель имеет право требовать только в части исполнения от каждого из нескольких должников, то такое отношение может быть названо долевым обязательством. Примером подобного отношения может служить ответственность по долгам наследодателя со стороны сонаследников, из которых каждый отвечает по соразмерности со своей наследственной долей (ст. 1259). Завещатель оставляет своему старому слуге 500 руб., которые ему предоставляется требовать поровну от всех наследников. По отдельному акту один из братьев обязывается уплатить двум другим 10 000 руб. При совокупном поручительстве нескольких лиц в исполнении обязательства каждый из поручителей отвечает в той части, какая по числу поручившихся лиц причтется на его долю; в случае же несостоятельности кого-либо из поручителей, его часть распределяется между остальными (ст. 1558, п. 5). Когда преступление или проступок учинены несколькими лицами по предварительному их между собою на то согласию, то все согласившиеся на участие в совершении правонарушения платят поровну вознаграждение за причиненный вред, а в случае несостоятельности кого-либо из них следующая с него часть разлагается на прочих соучастников (ст. 648, ср. 02, 53). В случае, когда доля каждого из нескольких верителей или каждого из нескольких должников не определена законом или соглашением, доли всех должны предполагаться равными (71, 1218; 87, 95).

Во всех случаях долевого обязательства право и обязанность каждого субъекта и исполнение обособляются от других прав и обязанностей, возникающих для других субъектов по связанным между собою отношениям. Каждый должник исполняет свою обязанность, каждый веритель осуществляет свое право. Однако неисполнение которым-либо из долевого должника своего обязательства влечет для других обязанность совершить за него действие, так что если который-нибудь из должников не выполняет требуемого от него действия, то его место занимает всеми другими должниками. Ответственность одних должников за других в случае неисполнительности и распределение между ними обязательства неисполнительных должников не уничтожают долевого характера всего обязательства. То, что не было исполнено одним из должников, не может быть взыскиваемо с любого из прочих, а только в той части, какая приходится на каждого из них по распределению. Если же который-нибудь из верителей не осуществит своего права, то его место в отношении не может быть занято другим, потому что долевого обязательства есть совокупность обязательственных отношений, связанных взаимным ручательством всех пассивных субъектов (86, 24).

В. Если каждый должник обязан исполнить в пользу верителя все действие, составляющее содержание обязательства, или каждый веритель имеет право потребовать от должника совершения в его пользу всего действия, то такое отношение называется солидарным обязательством, – термин, известный нашему законодательству, – ст. 2200, прил., ст. 16, а также уст. жел. дор., ст. 118 – и общеупотребительный в практике (06, 61, в котором сенат дает определение солидарного обязательства как корреального). Солидарность бывает на активной или на пассивной стороне, смотря по тому, существует ли в обязательстве несколько таких верителей или несколько таких должников. Солидарность пассивная дает право верителю обратиться с требованием к каждому из должников, исполнение которым прекращает все обязательственное отношение. Активная солидарность дает право каждому из верителей обратиться с требованием к должнику, и исполнение с его стороны прекращает обязательственное отношение. Солидарность может вытекать из одного основания, например, совместно совершенного правонарушения, совместно заключенного договора, но это не составляет необходимости, была бы общая цель, единство интереса, к которому направлены все обязательства в совокупности. Объединяющая их цель, чаще всего, обеспечение интереса кредиторов. Завещатель может предоставить своему

старому слуге право требовать 500 руб. от любого из сонаследников. В случае неудовлетворения по векселю или варранту со стороны главного должника держатель векселя или варранта может требовать платежа полностью от любого из надписателей (уст. о векс., ст. 30, уст. торг., ст. 804), хотя Сенат совершенно непостижимым образом утверждает, что отношение между векселедателем и надписателем "не только не имеет ничего общего с солидарным обязательством, но, наоборот, по самому свойству своему вполне исключает это понятие" (06, 61). В случае повреждения груза, прошедшего несколько железных дорог, отправитель вправе потребовать вознаграждения от любой дороги (уст. жел. дор., ст. 115).

Из указанных примеров уже обнаруживается, что солидарность основывается или на юридической сделке (договоре, завещании), или же на постановлении закона. Следует заметить, что по нашему законодательству (в согласии с французским кодексом, § 1202 и швейцарским, § 143 и в противность германскому уложению, § 427) солидарность в отношении, имеющем несколько участников, вообще не предполагается, пока не будет прямо установлена частною волею или волею законодателя (ст. 1548). Так, например, если один из общих собственников дома заключает с подрядчиком договор ввиду ремонта, то нет основания признавать всех собственников ответственными перед подрядчиком за отсутствием особого об этом соглашения. Высказав не раз в виде общего принципа, что солидарная ответственность нескольких лиц не предполагается, наш Сенат в противоречие самому себе допускает, что солидарность может вытекать помимо закона и договора из самого существа юридических отношений между сторонами, из самого свойства договора (84, 78; 86, 24). И Сенат не стесняется устанавливать солидарность между совокупными продавцами или покупателями, между совокупными поставщиками или арендаторами. Между тем по нашему праву солидарность может быть установлена или самим законом, или явно направленною на то волею лиц. [В решении 87, 95 Сенат подтверждает, что солидарность не предполагается и на обязанности суда лежит указать основания солидарности].

Хотя объект солидарного обязательства один, но это не мешает тому, чтобы обязанности отдельных пассивных субъектов или права активных различались: обязанность одного должника может быть простой, другого – условной, третьего – срочной, иного – обеспеченной неустойкою или залогом. И недействительность обязательства которого-либо из солидарных должников не отражается на силе солидарного обязательства в отношении прочих должников.

Действие солидарности в отношении между активными и пассивными субъектами обязательства состоит в том, что в случае пассивной солидарности веритель вправе потребовать полного исполнения от каждого должника, как будто тот единственный должник, а в случае активной солидарности каждый из верителей вправе потребовать от должника полного исполнения так, как будто он единственный веритель. С исполнением обязательства одним из солидарных должников в пользу верителя или должником в пользу одного из солидарных верителей прекращается и самое обязательственное отношение. Освободительное действие исполнения следует признать и там, где оно заменяется зачетом или новацией, состоявшимися между верителем и одним из солидарных должников. Возникающий вслед за тем вопрос о том, должен ли веритель, принявший исполнение, произвести разверстку между остальными солидарными верителями или вправе ли должник, исполнивший действие, которое составляло содержание обязательства, обратиться с требованием разверстки к остальным солидарным должникам, не соединен с солидарностью необходимою связью. Производство подобной разверстки основывается не на солидарности, а на том отношении, которое существовало между субъектами одной стороны, активной или пассивной. В большинстве случаев действительно должник, удовлетворивший верителя, имеет право регресса к прочим солидарным должникам. Однако бывают случаи, когда подобный регресс оказывается неприменимым, например, должник и поручитель связаны солидарно перед кредитором, но платеж долга самим должником не дает ему вовсе права регресса к поручителю.

Из идеи единства солидарного обязательства вытекает, что судебное решение, состоявшееся по иску верителя к одному из солидарных должников или по иску одного из солидарных верителей к должнику, имеет силу для остальных должников и верителей. Подобный результат, предполагающий тождество иска, возможен в том случае, когда решение было основано на всем

обязательственном отношении, а не на особенностях в ответственности отдельных субъектов. Так, например, если судебным решением отвергнута была основательность предъявленного к главному должнику иска, то тем самым преграждается возможность иска к поручителю; но если судебным решением отвергнут был иск к поручителю как преждевременный, то это не препятствует предъявлению иска к главному должнику. Такова точка зрения французского права (§ 1209), тогда как германское уложение придерживается противоположного взгляда (§ 425). К последнему взгляду, по-видимому, примыкает и наша практика (85, 82). Относительно давности следует признать положение, основанное также на единстве объекта обязательства, что истечение или перерыв давности, сделанный одним из солидарных верителей, идет в пользу всех, а сделанный против одного из солидарных должников имеет силу против всех. И по этому вопросу французский кодекс (§ 1206) и германское уложение (§ 425) стоят на противоположных точках зрения. Наш сенат склоняется к отрицанию того, чтобы перерыв давности в отношении одного из солидарных должников мог иметь силу против остальных, причем опирается главным образом на отсутствие в нашем законодательстве специального по этому предмету постановления (85, 82).

Распространенное на почве римского права разделение совокупных обязательств на солидарные и корреальные осталось чуждым современным законодательствам.

[Проект кн. V посвящает совокупным обязательствам и совокупным требованиям гл. VI (ст. 180–197). Совокупным называется обязательство, исполнение которого может быть требуемо нераздельно от каждого из содолжников. Такая ответственность не предполагается, но должна быть установлена в законе, договоре или завещании и внешне выражается употреблением выражений, которые проект примерно перечисляет (ст. 189). Презумпция солидарности допускается лишь по отношению к договорам, относящимся к торговле или общей собственности (ст. 181). Исполнение совокупного обязательства одним из должников освободит всех остальных (ст. 186), кроме случаев безвозмездного освобождения или мировой сделки верителя с одним из совокупных должников (ст. 188). Должник, исполнивший совокупное обязательство, имеет право обратного требования ко всем содолжникам, причем их ответственность предполагается друг перед другом в равных долях (ст. 192). Судебное решение, состоявшееся по спору верителя с одним из совокупных должников не имеет силы для остальных (ст. 191). Истечение, приостановление и перерыв давности в отношении одного из совокупных должников не имеют силы для остальных (ст. 190). К совокупным обязательствам проект причисляет и случаи круговой ответственности, которая определяется им следующим образом. Если по закону, договору или завещанию установлена ответственность нескольких должников друг за друга на случай безуспешности взыскания с кого-либо из них следующей с него части долга, то не взысканная верителем с кого-либо из должников сумма разлагается на остальных должников по соразмерности с долями их участия в обязательстве (ст. 193). При совокупных требованиях должник имеет право до предъявления иска одним из верителей произвести исполнение любому из верителей (ст. 195). Удовлетворенный совокупный веритель обязан разделить полученное между совершителями по соразмерности их долей участия в совокупном требовании (ст. 197)].

§ 35. Содержание обязательства

Литература: Анненков, Система русского гражданского права, т. III, стр. 20–35; Голевинский, О происхождении и делении обязательств, 1872, стр. 199–210; Бернштейн, Учение о разделительных обязательствах по римскому праву и новейшим законодательствам, 1871; Гордон, Юридическая природа альтернативных обязательств (Жур. Мин. Юст., 1900, N 9).

I. Определенность содержания. Действие, составляющее содержание обязательства, должно быть настолько определенным, чтобы не возникало сомнения в возможности требовать от должника исполнения. Конечно, степень определенности может быть различной – можно обязать продать бочку красного бордоского вина 1895 г., или бочку красного бордо вина, или, наконец, бочку красного вина. Эта постепенность в определенности объекта обязательства не изменяет силы отношения. Но если лицо обязалось продать вино без более точного определения

количества и качества, то за полную неопределенностью обязанности должника обязательство не может приобрести юридической силы.

Нередко, однако, неопределенность оказывается мнимой и содержание обязательства с достаточной точностью выясняется в зависимости от других обстоятельств. Такими обстоятельствами могут служить воля одного из субъектов или воля постороннего лица, или же иной какой-нибудь факт. Например, хозяин дома предлагает искателю квартиры несколько помещений в его доме равной цены, и наниматель дает задаток, с тем что выбор квартиры будет зависеть от его жены. Заключается биржевая сделка, в силу которой одно лицо обязывается доставить другому к известному сроку такое-то количество акций, а другое обязывается принять их и заплатить за них цену, какая в тот день будет на бирже. Купцу продают новый вид товара, с тем что если товар пойдет, то купец вправе потребовать или обязывается заказать его такое-то количество.

Обязательства, рассматриваемые с точки зрения содержания их, особенно со стороны их определенности, представляют различные виды.

II. Альтернативные обязательства. В противоположность простому обязательству, в котором обязанность должника сводится к выполнению одного какого-либо заранее определенного действия, в обязательстве альтернативном должник обязывается к выполнению одного из нескольких определенных действий. Обязательство определено, насколько несомненно, что должник обязывается исполнить одно из указанных действий; неопределенность состоит в неизвестности, которое именно действие составит предмет исполнения. Каждое из действий имеет определенное значение, а потому выполнение каждого в части не будет отвечать существу обязательства. Примером альтернативного обязательства может служить такая биржевая сделка, в силу которой одна сторона за уплату премии приобретает право потребовать или продажи, или покупки известных ценных бумаг. Завещатель обязывает наследника или предоставить известному лицу квартиру в доме, или уплачивать ежегодно сумму денег, достаточную для найма подобного помещения. Напротив, не будет альтернативным такое обязательство, в силу которого должник обязывается исполнить совместно несколько действий, например, по завещанию наследник обязывается предоставить известному лицу квартиру в наследуемом доме и выдавать ежегодно определенную сумму на содержание. В отличие от указанного обязательства, в котором несколько действий соединено частицей "и", для альтернативного обязательства характерна частица "или".

Возможность альтернативных обязательств с точки зрения нашего законодательства основывается, с одной стороны, на ст. 1530, которая допускает включение в договор всяких условий, законам непротивных, с другой – на ст. 612, 614, 618, 673, 683 и др., которые дают потерпевшему от правонарушения право выбора в способах удовлетворения.

При альтернативном обязательстве право выбора действия, которое должно составить предмет исполнения, зависит от соглашения или от постановления закона. В случае отсутствия указания на право выбора такое право должно быть признано за должником, потому что которое бы из действий он ни исполнил, исполнение все-таки налицо. Это положение в нашем законодательстве основывается на том, что случаи сомнений должны быть толкуемы в пользу должника (ст. 1539, п. 5, ср. 73, 930). В приведенном выше примере завещатель может предоставить или наследнику самому выбрать, что он предпочтет исполнить, или же даст отказоприемателю право потребовать квартиры или денег.

Альтернативное обязательство превращается в простое, так что устраняются возможность и необходимость выбора при следующих условиях: 1) вследствие особого соглашения между субъектами, 2) вследствие одностороннего заявления того из субъектов, которому предоставлено право выбора, 3) вследствие обнаружившейся невозможности одного из двух действий. Такая возможность наступает или по вине одного из субъектов, или без всякой вины с их стороны, по одному лишь случаю. Посмотрим, какие последствия будет иметь во всех этих случаях обнаружившаяся невозможность, предполагая только два действия.

A. Причина невозможности – простой случай.

1. Выбор принадлежит должнику: ему остается исполнить другое условленное действие.

2. Выбор принадлежит верителю: он может требовать от должника лишь исполнения другого условленного действия.

В. Причина невозможности – вина должника.

1. Выбор принадлежит должнику: ему остается исполнить другое условленное действие; следовательно, результат тот же, что и при случайной причине.

2. Выбор принадлежит верителю: он может требовать от должника или а) исполнения другого условленного действия, или б) возмещения ущерба, причиненного неисполнением первого действия.

С. Причина невозможности – вина верителя.

1. Выбор принадлежит должнику: он может или а) исполнить другое условленное действие, или б) возместить интерес неисполнимого действия.

2. Выбор принадлежит верителю: ему остается требовать исполнения другого условленного действия, независимо от его обязанности возместить должнику ущерб, причиненный по его вине.

Указанные комбинации еще более усложняются, когда рядом с невозможностью исполнения одного из действий по вине которого-либо из субъектов обнаруживается неисполнимость и второго действия под влиянием случая.

[Проект кн. V в ст. 100 определяет: "должник, обязательство которого заключается в доставлении того или другого имущества либо в совершении или несовершении какого-либо иного действия из числа нескольких предусмотренных в законе или договоре действий (разделительное обязательство), имеет право выбора, если таковой не предоставлен верителю. При невозможности для должника вследствие случайного события передать верителю один из означенных в договоре предметов должник обязан передать ему другой из числа тех же предметов"].

Близко примыкает к альтернативному обязательству, хотя и отличается от него, факультативное обязательство. Это тот случай, когда должник обязывается к известному действию, но с возможностью замены по его желанию другим действием. Например, завещатель обязывает наследника передать пароход "Петр I" определенному лицу, с тем, однако, что ему предоставляется заменить передачу парохода платежом равной по ценности суммы денег. В настоящем примере мы видим два действия, выбор между которыми принадлежит должнику. Различие между этим обязательством и альтернативным обнаружится тотчас, если мы предположим случайную гибель парохода. Если бы обязательство было альтернативным и должник обязывался бы или передать пароход, или уплатить деньги, то после гибели парохода кредитор имел бы право требовать суммы денег. Между тем в приведенном примере факультативного обязательства вместе с гибелью парохода падает и обязанность должника уплатить равноценность.

III. Видовые и родовые обязательства. Различие между теми и другими основано на том, какими признаками определяется действие, составляющее содержание обязательственного отношения. Если объект обязательства характеризуется признаками, свойственными целой категории действий, то обязательство будет родовым. Если, напротив, объект определяется признаками, присущими только данному действию, то мы будем иметь видовое обязательство. Так, например, продажа дома в известном городе, на определенной улице, под указанным номером полна видовых признаков. Но обязательство доставить известное количество муки, хотя и определенного сорта, будет родовым, потому что возможен целый ряд таких же действий, способных стать предметом подобных обязательств. Продажа лошади известного завода с аттестатом есть видовое обязательство, продажа сотни лошадей для конки есть родовое обязательство. В обязательствах родовых, когда действие состоит в передаче вещи, последняя определяется счетом, весом, объемом.

Обязательство, бывшее родовым при установлении, впоследствии превращается в видовое. Моментом такого превращения следует признавать не выделение из массы однородных предметов, тех, которые должны быть переданы верителю, – потому что и после этого должник всегда вправе заменить их другими, не нарушая прав верителя, – а лишь действительное исполнение. Если подрядчик обязался доставить казенному учреждению известное число сажень дров, то отделение требуемого количества из всего прочего склада и наложение их на подводы

еще не специализируют обязательства, так как ничто не мешает ему сложить отделенные дрова обратно или нагруженные возы отправить по другому адресу. Только с доставкой дров казенному учреждению можно сказать, что объект обязательства определен видовой признаками. [Право выделения в родовых обязательствах всегда принадлежит должнику, которому право определить качество предмета приписывается различно в зависимости от гражданского или торгового характера сделки. Проект кн. V обязывает должника при передаче заменимых вещей, за отсутствием иного соглашения, представлять вещи среднего качества].

Практическое значение различия между родовыми и видовыми обязательствами сводится у нас к отличию договоров продажи и поставки. В римском праве имел весьма важное значение вопрос о превращении родового обязательства в видовое, потому что с этим связан был другой вопрос: кто несет риск гибели или повреждения вещи при купле-продаже? Но в настоящее время вопрос этот разрешается на других началах.

IV. Делимые и неделимые обязательства. Действие, составляющее содержание обязательства, может быть признано делимым, когда оно может быть выполнено по частям, когда оно допускает разделение его без нарушения сущности, так что каждая часть действия имеет то же содержание, как и целое, и отличается от последнего только количественно. Действие, не допускающее такого разложения на части, признается неделимым. Соответственно тому и обязательства по способности к делению их объекта различаются как делимые и неделимые. Например, обязательство по займу, вообще по платежу известной суммы денег или обязательство по поставке муки должны были признаны делимыми, потому что плата части денег, доставка пуда муки составляют по существу такие же действия, как платеж и доставка целого. Напротив, неделимо обязательство выстроить дом и потому укладка фундамента не будет частью всего, так как она не однородна с оставшеюся работою, или неделимо, например, обязательство перевести груз из Петрограда в Саратов, потому что оставление его на половине дороги, в Москве, рассматривается по цели договора не как исполнение в части, а как совершенное неисполнение. Неделимы вообще все обязательства с отрицательным содержанием. Но условия соглашения и закон могут в некоторых случаях изменить естественную способность действий к делению.

Практическое значение вопроса о делимости обязательства состоит не в том, что делимое действие может быть исполнено должником по частям, потому что по общему правилу всякое обязательство должно быть исполнено одновременно вполне ["сполна" – ст. 1676 и 2051, и др.], и веритель не обязан принимать частичного исполнения, если только воля сторон или закона не установила обратного. Неделимость обязательства возбуждает интерес в случае множественности субъектов на активной или пассивной стороне и в случае наследования такого обязательства несколькими лицами. а) Если в обязательстве будет несколько верителей или должников, то устанавливается отношение, подобное солидарному: каждый из нескольких верителей вправе требовать исполнения всего в его пользу, каждый из нескольких должников обязан исполнить все по требованию верителя. Такой результат возникает из существа объекта обязательства. б) Если право по неделимому обязательству перешло к нескольким наследникам, то каждый из них, независимо от доли участия в наследстве, может потребовать от должника исполнения с обязанностью произвести потом расчет с сонаследниками. Когда же по наследству перешло обязательство с его пассивной стороны, то веритель может требовать полного удовлетворения от каждого из наследников независимо от его наследственной доли, а исполнивший вправе обратиться к сонаследникам за расчетом. Однако между неделимостью обязательства и солидарностью существует различие, при всей их близости. Солидарность имеет в своем основании сделку или постановление закона, тогда как в основании неделимости обязательства лежит природа действия, составляющая его содержание. Поэтому, если устранится причина связи между несколькими должниками, лежащая в содержании обязательства, и предмет его заменится другим, делимым, например денежной суммой, – солидарная связь тотчас отпадает.

[Проект кн. V признает неделимыми такие обязательства, которые по существу своему не подлежат исполнению по частям (ст. 81)].

§ 36. Действие обязательства

Литература: Анненков, Система русского гражданского права, т. III, стр. 71–122; Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 148–185.

Законно установленное обязательство создает на одной стороне право верителя требовать, на другой – обязанность должника исполнить известное действие (ст. 569). Исполнение должно быть произведено надлежащим образом, надлежащим лицом, надлежащему лицу, в надлежащем месте и в надлежащее время.

I. Образ исполнения. Порядок исполнения должен соответствовать условленному, а за отсутствием соглашения – законному или вытекающему из содержания обязательства, из сущности действия, составляющего его объект (ст. 570 и 1536). Если делимость исполнения не была предусмотрена, то, хотя бы предмет обязательства и допускал деление, веритель не обязан соглашаться на исполнение по частям, потому что совершение по частям не есть еще совершение самого действия. Так, кредитор может не допускать частичной уплаты долга по займу вместо возвращения единовременно всей занятой суммы. Конечно, обоюдное соглашение может установить возможность исполнения действия и по частям. Однако в некоторых случаях сам закон обязывает верителя к принятию частичного исполнения помимо соглашения, а именно: а) векселедержатель не вправе отказаться от предлагаемого ему частичного исполнения и может совершить протест лишь в неплатеже остальной суммы (уст. о векс., ст. 47), б) по приговору земского начальника, мирового или городского судьи, уездного члена окружного суда, ввиду отсутствия наличных средств ответчику может быть рассрочена уплата долга на определенные сроки (т. XVI ч. 1, уст. гр. суд., ст. 136, произв. суд. дел зем. нач., ст. 91). Но эти случаи составляют исключения и не допускают толкования по аналогии.

Должник обязан исполнить то именно действие, которое имелось в виду при установлении обязательства. Без согласия верителя должник не имеет права предлагать исполнение другого, хотя бы оно представляло и большую имущественную ценность. Если веритель имеет право получить известную сумму денег, то должник не может предлагать взамен не только товары, но даже векселя или чеки. Наоборот, если веритель имеет право требовать каких-либо услуг или передачи вещи, должник не может предлагать ему деньги. Последний может только вовсе отказаться от исполнения, и тогда он присуждается к платежу денежной суммы, равной по ценности всему потерянному интересу. Исполнение всякого другого действия, кроме условленного, равносильно неисполнению обязательства и не лишает верителя его права требовать условленного исполнения. На фабриках нередко практикуется выдача рабочим вместо денежной платы различных товаров натурою, чаще всего продуктами того же фабричного производства. Подобное действие является полным нарушением обязательственного отношения, потому что рабочий вправе требовать платежа деньгами, а не товарами (т. XI ч. 2, уст. о пром. труде изд. 1913 г., ст. 56). Точно так же и суд не вправе заменять условия, постановленные в договоре, другими по собственному усмотрению (70, 149). Замена одного действия другим при исполнении возможна только при изъявленном согласии на то со стороны верителя, например, в торговом быту нередко случаи, когда купец вследствие пошатнувшейся торговли предлагает своим кредиторам взять его товары вместо денег. [Проект кн. V обязывает должника "исполнить свое обязательство добросовестно и согласно принятому в деловых отношениях обычному порядку" (ст. 78)].

II. Место исполнения. Под этим выражением понимается место, в котором должник обязан исполнить, а веритель принять действие, составляющее объект обязательства. Исполнение во всяком другом месте может рассматриваться сообразно обстоятельствам или как просрочка, или как совершенное уклонение от исполнения. Место исполнения представляет настолько важное обстоятельство, что едва ли могут быть часты случаи, когда стороны допустят в этом отношении упущение при самом установлении обязательства и не укажут места исполнения. Если, однако, в договоре не указано место исполнения, то оно нередко может определиться из заведенного порядка, восполняющего волю сторон. Заведенный порядок или указывает на общее правило, например, в торговом быту местом исполнения признается контора предприятия, а не квартира его собственника, или же указывает на обычай, установившийся между данными лицами в их

постоянных сношениях, например, во всех предшествующих поставках помещик доставляет хлеб в амбары купца.

Но возможны, само собою разумеется, и такие случаи, когда стороны проходят молчанием вопрос о месте исполнения, и он не выясняется заведенным порядком; наконец, существуют обязательства, основанные не на договоре, где, следовательно, не может быть и речи о соглашении по этому вопросу. На этот случай новейшие законодательства дают следующие постановления. При невозможности определить из соглашения и обстоятельств дела, где имелось в виду исполнить обязательство, исполнение должно быть произведено в месте, в котором должник имел свое местожительство в момент возникновения обязательственного отношения. Из этого делается два исключения: а) платеж денег должен быть учинен по месту жительства кредитора, б) передача определенной вещи должна быть произведена по месту нахождения вещи в момент заключения договора (герм. гражд. улож., § 269 и 270, швейц. гражд. код., § 74).

В русском законодательстве никаких указаний по этому вопросу не имеется. Следует ли высказаться за место жительства кредитора или за место жительства должника? Имеем ли мы основание, решив вопрос в ту или другую сторону, делать еще, по примеру других законодательств, различие между денежными и всеми другими обязательствами?

Как общее правило необходимо признать, что место исполнения предполагается в месте жительства должника, пока противное не будет установлено договором или законом или же не вытекает из существа обязательства. Что таким предполагаемым местом исполнения следует считать место жительства должника, а не верителя, как это полагает большинство наших юристов, обнаруживается из того: а) что веритель в силу обязательства приобретает право требования; что исполнение обязательства поставлено в зависимость от заявления требования со стороны верителя, от усмотрения которого зависит осуществление им своего права; что, наконец, такое заявление может быть сделано должнику только в месте его жительства. б) В этом же месте только и может веритель принудить при помощи суда должника к исполнению. Следовательно, при добровольном исполнении должник не может быть поставлен в худшее положение, чем при исполнении вынужденном. в) Если кредитор желал исполнения в своем месте жительства, он должен был это поставить условием, имея в виду, что при сомнении договор толкуется в пользу должника (ст. 1539, п. 5).

Из этого общего правила следует допустить исключение, когда содержание обязательства состоит в передаче вещи, определенной индивидуальными признаками. В этом случае местом исполнения является место нахождения предмета, например, совершается наем парохода – местом сдачи его будет место стоянки. В сделках с недвижимостями самая природа вещей приковывает место исполнения к нахождению недвижимости. Что касается денежных обязательств, то изменение для них места исполнения по сравнению со всеми другими не может быть обосновано ни текстом закона, ни теорией. Пока закон не установит исполнение их по месту жительства или конторе кредитора, мы по общему правилу должны считать обязательство исполнимым со всеми последствиями по месту жительства должника [contra реш. 75, 835].

Место исполнения обязательства, основанного на договоре, влияет на подсудность, устанавливая исключение из того общего правила, в силу которого иск предъявляется суду, в округе которого ответчик имеет постоянное жительство (уст. гр. суд., ст. 203). Иски, возникающие из договора, в котором условлено место его исполнения, или из договора, исполнение которого по свойству обязательства может последовать только в определенном месте, предъявляются местному по исполнению договора суду (уст. гр. суд., ст. 209). По общему правилу ответчик, привлеченный к суду не по месту общей подсудности, может просить о переводе дела в место постоянного его жительства (уст. гр. суд., ст. 207); но перевод дела из одного суда в другой без согласия истца не допускается, когда ответчик застигнут иском о неисполнении договора в том судебном округе, в ведомстве которого надлежало по силе договора учинить исполнение.

[Проект кн. V признает, что обязательство должно быть исполнено в том месте, которое было назначено в договоре или вытекает из существа обязательства (ст. 89). При неопределимости места исполнения по договору или из существа обязательства решающим является местожительство должника во время возникновения обязательства по договорам, относящимся к торговле должника, место нахождения его торгового заведения. По денежному долгу платеж

должен быть произведен в месте жительства верителя (ст. 90). Против исключения в пользу денежных долгов Исаченко].

III. Время исполнения. Как и место исполнения, время определяется прежде всего соглашением (ст. 1530); в некоторых случаях молчание договора восполняется диспозитивными нормами закона, например, законодательным путем может быть определено время доставки груза по железным дорогам, хранения товаров в складах и т.п. Время исполнения обязательства составляет его срок. Значение установленного времени заключается в том, что до наступления его ни веритель не имеет права требовать исполнения, ни должник не обязан исполнять, тогда как по наступлении срока должник обязан исполнять, а веритель не вправе уклоняться от принятия исполнения (ст. 572).

Если срок не установлен и не может быть определен из сущности обязательства, то веритель имеет право требовать исполнения обязательства немедленно по его установлению, оставляя должнику столько времени, сколько необходимо лишь для совершения действия. Со своей стороны и должник в том случае, когда не указан срок, вправе приступить к исполнению тотчас же по установлении обязательства. Впрочем, должник вправе исполнить обязательство тотчас даже в случае определенного срока, потому что последний в большинстве случаев устанавливается в его собственном интересе. Соответственно тому, когда срок обязательства назначен в интересе верителя, например при поклаже, должнику преграждается возможность преждевременного исполнения. В договоре процентного займа должник не может требовать, чтобы веритель до срока принял от него занятую сумму, потому что таким путем нарушился бы интерес верителя. Закон наш допускает исключение из этого правила: по займам, по которым условленный рост за пользование капиталом превышает 6%, должник имеет право во всякое время, спустя шесть месяцев по заключении займа, возратить занятый капитал (ст. 2023). При платеже денежной суммы, не обусловленной процентом, должник вправе произвести исполнение во всякое время, например, при продаже с кредитом на шесть месяцев покупатель может уплатить должную сумму хотя бы через неделю после совершения договора. Здесь возбуждается вопрос: не может ли должник при досрочном исполнении требовать дисконта, т.е. соответственного вычета, ввиду того, что капитал, переходя раньше времени к кредитору, дает ему возможность употребить сумму на другое дело? Однако такое положение в виде общего правила не может быть принято. Досрочное исполнение в этом случае могло бы стать в противоречие с интересами верителя, так как возможно, что возвращенному капиталу он не найдет приложения. [Проект кн. V назначение срока считает, как правило, сделанным в интересах должника (ст. 95). Если должник не представит условленного по договору обеспечения, то кредитор может требовать исполнения и досрочно (ст. 94). Но и при бессрочном обязательстве, если по существу его немедленное исполнение невозможно, должнику предоставляется необходимый для исполнения срок (ст. 92)].

Наступление срока исполнения связано с другим вопросом: обязан ли должник предложить сам исполнение в силу одного факта наступления срока или может ожидать, пока веритель сам предъявит требование? Так как в силу обязательства веритель приобретает право требования, осуществление которого зависит от его усмотрения, то он и должен обратиться с требованием к должнику в наступивший срок, без чего должник не обязан начинать исполнения или заявлять о своей готовности. Это правило, имеющее полную силу для обязательств, основанных на правонарушении или неосновательном обогащении, не имеет безусловного значения для договорных обязательств. Не говоря уже о том, что стороны могут прямо условиться об обязанности должника самому приступить к исполнению без всякого напоминания; такая обязанность иногда может вытекать из сущности обязательства. Например, лесоторговец обязывается доставлять университету дрова ежемесячно, – здесь из смысла соглашения ясно, что должник обязан сам доставлять дрова, без предъявления к нему ежемесячного требования.

Установленный соглашением или законом срок обязательства может продлиться или сократиться помимо воли субъектов отношения, т.е. помимо того случая, когда происходит соглашение об отсрочке.

1. Отсрочка помимо воли субъектов отношения наступает только в силу закона, связывающего такой результат с наличием известных условий. В прежнее время нередко бывали случаи, когда правительства давали отсрочку по всем обязательствам, так называемые

moratoria или у нас "полетные грамоты". Подобные случаи возможны и теперь, например, ввиду смятения и бегства населения из местностей, застигнутых войной, так что задерживаются все дела, или, например, ввиду запутанности в юридических сделках, какую может произвести резкая перемена таможенной политики. Но подобная мера должна быть принята, чтобы иметь юридическую силу только в законодательном порядке. Подобные отсрочки для векселей были установлены в 1905 и 1906 гг. по случаю народных волнений или в 1910 г. для г. Могилева по случаю пожара, при возникновении войны с Германией в течение 1914 и 1915 гг. Однако и вне этих чрезвычайных случаев наше законодательство допускает отсрочку в исполнении помимо воли верителя. Когда независимо от добровольного согласия верителей и должника над делами последнего решением большинства кредиторов назначена будет администрация, то меньшинство кредиторов должно подчиниться необходимой отсрочке по своим обязательствам (уст. суд. торг., ст. 392).

2. Независимо от воли должника и верителя срок обязательства наступает ранее условленного в случае несостоятельности. Отлагая время исполнения, веритель верит в исполнительность должника. Несостоятельность разрушает эту веру, а потому и течение срока должно остановиться. По этому соображению, и особенно ввиду удобств конкурсного производства, признается нашим законодательством, что в случае объявления должника несостоятельным по всем его обязательствам срок считается наступившим, хотя бы в действительности время исполнения еще не пришло (уст. суд. торг., ст. 412). По новому вексельному уставу вследствие непринятия переводного векселя векселедержатель вправе, не ожидая срока платежа, потребовать от ответственных по векселю лиц удовлетворения (уст. о векс., ст. 100, п. 1).

Упущение срока исполнения, все равно выражается ли оно в неисполнении со стороны должника или в неприятии со стороны верителя, составляет просрочку. Являясь выражением неисправности того или другого субъекта, просрочка влечет за собою весьма важные юридические последствия. Наличие просрочки определяется следующими признаками: а) существование права требования, не подверженного спору, б) пропуск срока, назначенного для исполнения обязательства, в) напоминание со стороны верителя, если только должник не обязан был сам приступить к исполнению, или непринятое предложение исполнения со стороны должника и д) вина одного из субъектов отношения, вследствие которой не состоялось своевременное удовлетворение.

Просрочка со стороны неисправного должника порождает для него новую обязанность, не освобождая притом от первой, – возместить весь ущерб, причиненный верителю неисполнением обязательства в срок. Если, например, действие состояло в доставлении товаров, то понижение цены последних падает на должника, потому что веритель при своевременном получении их мог бы продать по цене, стоявшей на рынке в то время. Во-вторых, просрочка имеет для должника то невыгодное последствие, что увеличивает его ответственность. Там, где случай освобождал должника от его ответственности, для него уже нет оправдания при просрочке, так как веритель вправе утверждать, что при своевременном исполнении, если бы данная вещь находилась в руках его, верителя, случай не имел бы места. Например, по договору поклада гибель отданной на сохранение вещи без вины приемщика уничтожает право покладчика требовать свою вещь обратно. Но если на заявленное требование покладчика приемщик промедлит отдачею и вещь после того погибла, – приемщик обязан возместить потерянную ценность (ст. 2105). Конечно, должнику вполне открыта возможность доказывать, что просрочка не имела влияния и вещь погибла бы, если бы даже и состоялось своевременное исполнение. Такое оправдание, однако, слишком затруднительно, хотя и не невозможно.

Просрочка со стороны верителя наступает тогда, когда он уклоняется от принятия своевременно предложенного ему исполнения, которое притом вполне соответствует его праву требования. Последствием такой просрочки является обязанность для верителя возместить тот ущерб, который он причинил должнику уклонением. Например, должник доставил товар вполне согласно условию, а веритель не соглашается принять его под предлогом несоответствия в качествах: если хранение товара сопряжено с необходимостью нанять помещение и подводы для перевозки, то все эти расходы падают на верителя. Второе последствие просрочки со стороны

верителя состоит в уменьшении степени ответственности, лежащей на должнике. Там, где он отвечал за малейшее невнимание, например при ссуде, он отвечает уже только за грубую неосторожность. Наконец, третье возможное последствие заключается в обязанности уплатить неустойку, законную или договорную, если таковая установлена.

[По проекту кн. V просрочка должника наступает немедленно по наступлении срока обязательства, и только для бессрочных необходимо еще предъявление верителем требования об исполнении (ст. 139). При обязательствах с непременно исполнением к точно определенному сроку просрочка должника дает верителю право отступить от договора (ст. 144). Такое же право принадлежит ему, если послесрочное исполнение не имеет уже более никакого значения для верителя (ст. 145). В прочих случаях договор сохраняет свою силу, но должник со времени просрочки, происшедшей по его вине, отвечает за убытки, за невозможность исполнения, хотя бы и случайную, платит узаконенные проценты за просрочку (5%) (ст. 140–142). Если исполнение обязательства имело своим предметом передачу особливо-определенного имущества, то должник не подлежит ответственности, когда докажет, что случайная гибель от того же случайного события последовала бы и у верителя (ст. 142, п. 2). Просрочка верителя признается и при наличности случайного события (ст. 149). Должнику возмещают убытки, а при случайной просрочке только издержки, ею вызванные (ст. 150). За невозможность исполнения при просрочке верителя должник отвечает лишь при наличности умысла или грубой неосторожности (ст. 151)].

IV. Субъекты исполнения. Исполнение обязательства должно быть произведено надлежащим лицом надлежащему лицу, т.е. тем и тому, кто является должником и верителем по данному отношению. Исполнение только тогда освобождает должника от лежащей на нем обязанности, когда оно будет произведено верителю или его представителю, насколько последний уполномочен на принятие данного исполнения. Удовлетворение всякого другого, как бы он ни был близок верителю (жена, дети), не составляет исполнения.

Однако исполнение может быть произведено в некоторых случаях и не самому верителю, прекращая тем не менее обязательственное отношение. Если веритель уклоняется от принятия платежа, то должник может представить должную сумму в присутственное место (окружной суд или мировому судье) по принадлежности (ст. 1651, 1652, 2055, 2110). Эти деньги веритель может получить во всякое время. По вопросу о внесенных в депозит суда деньгах можно держаться двоякого мнения. Если рассматривать этот акт именно как депозит, то необходимо признать за должником право взять деньги обратно, как свои, пока они не были приняты верителем. Такова точка зрения французского (§ 1261) и германского (§ 376) законодательства, причем последнее делает весьма существенные ограничения. Если же смотреть на депозит как на платеж, придется прийти к иному заключению: депозит приравнивается платежу, а потому право на денежную сумму должно с момента взноса принадлежать верителю. Наша практика примкнула к первому взгляду и признала, что, пока внесенные должником в присутственное место деньги не будут выданы надлежащему лицу, до тех пор они составляют собственность должника (80, 92). [По новому закону о местном суде в уставе гражданского судопроизводства введен целый отдел (ст. 146024, 146040) – "о внесении предмета обязательства в суд на хранение и о продаже такого предмета с публичного торга". Отныне должник вправе представить подлежащему по месту исполнения председателю мирового съезда предмет обязательства. К числу таких предметов относятся: 1) наличные деньги, 2) ценные бумаги, 3) документы, 4) драгоценные вещи и 5) другие предметы, если к принятию их на сохранение председатель мирового съезда не встретил затруднений (ст. 156029, 30). По вступлении прошения должника председатель мирового съезда, не входя в проверку правильности объяснений просителя (кредитор может оспаривать правильность внесения в порядке исковом), выдает удостоверение о принятии представленных на хранение предметов и делает распоряжение о вызове кредитора для получения внесенного на хранение (ст. 146032). Предварительно выдачи кредитору внесенного на хранение председатель мирового съезда должен потребовать акт обязательства, на коем и учинить надпись о произведенном удовлетворении (ст. 146034)].

В иных случаях должник не только может, но и обязан производить исполнение не самому верителю, а другому лицу. Так, если веритель – лицо недееспособное, то и исполнение следует произвести его законному представителю, например при малолетстве, расточительности. Также в

случае несостоятельности исполнение не должно производить в пользу самого несостоятельного, а только в пользу конкурса. Юридические лица принимают исполнение не непосредственно, а через представителей. При обеспечении исков, а также при обращении взыскания на имущество ответчика все следуемые в его пользу платежи от третьих лиц по предъявлении последним исполнительного листа должны быть производимы не верителю, а приставу или судебному установлению (уст. гр. суд., ст. 631–640, 1078; ср. 83, 48).

С другой стороны, исполнение должно быть совершено надлежащим лицом, т.е. лицом обязанным. Так как в силу обязательства веритель имеет право на известное действие, то индивидуальность должника имеет значение настолько, насколько содержание обязательства связано с личными качествами должника. Так, например, личный наем, доверенность, товарищество, комиссия обуславливаются способностью, знанием, опытом, искусством должника и потому веритель заинтересован, чтобы обязательство было исполнено тем именно лицом, которое к тому обязалось. Напротив, во многих обязательственных отношениях интерес верителя не связан с личностью должника и потому с точки зрения цели обязательства безразлично, кем оно будет выполнено. Например, для верителя все равно, кто ему уплатит деньги, передаст купленную вещь, доставит предметы, измеренные весом или счетом. Поэтому следует признать, что обязательство должно считаться выполненным, хотя бы действие было произведено и не тем лицом, которое к тому обязалось, а посторонним, предлагающим исполнение по каким бы то ни было соображениям (79, 339). Не как исключение, а как вообще правило, должно рассматриваться постановление нашего законодательства, что векселедержатель в случае неудовлетворения со стороны должника не вправе отвергнуть платеж от третьего лица (уст. о векс., ст. 86). Допустить противоположное правило, т.е. признать, что веритель может отклонить исполнение, предлагаемое со стороны постороннего, а не со стороны самого должника, значило бы допустить право без наличности объективного интереса, значило бы покровительствовать возможности кредитору держать в своих руках должника из личных соображений, без всякого имущественного интереса. В противоположность римскому праву, которое держалось принципа индивидуальности обязательств, новейшие законодательства в виде общего принципа признают личную заменяемость при исполнении обязательства, насколько действие, составляющее его содержание, не обусловлено личностью должника (герм. гражд. улож., § 267, швейц. гражд. код., § 68).

[Проект кн. V различает обязательства, требующие личного исполнения со стороны должника (ст. 83) и не требующие исполнения должником. В последнем случае исполнение может последовать со стороны всякого. Кредитор вправе отказаться от предлагаемого ему посторонним лицом исполнения в случае спора должника или требования посторонним лицом уступки ему оплачиваемого требования (ст. 84)].

§ 37. Изменение лиц в обязательстве

Литература: Мыш, О передаче прав по долговым обязательствам (Суд. вестн., 1873, N 198); Анненков, Цессия договорных прав (Жур. гр. и уг. пр., 1891, N 2).

I. Исходные начала. Между взглядом римского права на обязательство и взглядом современных законодательств, на которые оказал влияние торговый оборот, замечается значительное различие. Римское право придерживалось принципа индивидуальности обязательств, считало обязательственное отношение чисто личным, возникшим и имеющим силу только между определенными лицами, а потому изменение лиц равносильным изменению самого обязательства. Таким образом, с точки зрения римского права сущность обязательства состоит в личной связи, тогда как с современной точки зрения сущность его заключается в имущественном интересе, соединенном с обязательственным отношением. Соответственно тому римское обязательство отличалось неподвижностью, тогда как современное обязательство, наоборот, представляется в высшей степени подвижным и способным к изменению своего личного состава.

В то время как во Франции давно была признана передаваемость обязательств, по крайней мере с активной стороны (§ 1689), в Германии, где влияние римского права несравненно сильнее,

многие ученые упорно отрицали способность обязательств к изменению личного состава, несмотря на то, что жизнь ежедневно представляла примеры перехода обязательств из рук в руки. Новое германское уложение отрешилось от взгляда римского права. Обязательственные права могут быть передаваемы верителем другому лицу, за исключением тех случаев, когда такой уступке не соответствует содержание обязательства или прямое соглашение верителя с должником (§ 398 и 399). Но германское право пошло дальше и впервые решилось признать, что обязательственное отношение сохраняется даже при замене должника другим лицом. Допустимость замены на пассивной стороне, оставшаяся чуждой французскому праву, введена германским гражданским уложением 1895 г. под именем *Schuldübernahme* (§ 414), а затем подхвачена новым швейцарским обязательственным законом 1911 г. (§ 175).

II. Перемена активного субъекта. Замена субъекта, приобретшего право требования при установлении обязательства, другим субъектом может быть основана прежде всего: а) на юридической сделке. Сделка, имеющая своим результатом перемену лиц, передачу права, – это договор или завещание. Во всяком случае, акт передачи права, называемый цессией, отличен от сделки, служащей ему основанием, от дарственного или возмездного отчуждения, хотя чаще всего оба акта сливаются, по-видимому, в одно. Но по существу они так же отличны, как передача материальных вещей и лежащий в основе ее договор. Перемена активного субъекта может быть вызвана и б) судебным решением в случаях, когда ответчик не соглашается добровольно передать, будучи к тому обязанным, или при обращении взыскания на имущество ответчика (уст. гр. суд., ст. 1083). В основании перемены активного субъекта может быть и в) закон, связывающий такой результат с каким-нибудь юридическим фактом, например, со смертью верителя или с платежом со стороны поручителя долга кредитору, после чего право требования само собой переходит к поручителю (ст. 1558, п. 3).

К изменению верителя по добровольной передаче, без согласия должника, способны вообще все обязательства в предположении, что должнику безразлично, кому произвести то действие, которое он обязан исполнить (05, 16). Наше законодательство не признает в виде общего положения передаваемости обязательств, а указывает только на отдельные случаи. Так, заемное письмо, если только оно не обеспечено залогом, может переходить к другому лицу (ст. 2058). Допускается также передача маклерских торговых записок на продажу товаров (уст. торг., ст. 698), грузовых росписей или коносаментов (уст. торг., ст. 404), дубликатов накладных при железнодорожной перевозке (уст. жел. дор., ст. 78), закладных свидетельств при продаже в товарных складах (т. XI ч. 2, уст. торг., изд. 1903 г., ст. 789), векселей (уст. о векс., ст. 17). Исключение составляют закладные на движимости или недвижимости, которые не могут переходить по надписям (ст. 1653 и 1678). В виде общего правила следует признать, что все обязательства способны к изменению субъектов на активной стороне, насколько возможность к тому не преграждена содержанием обязательства или законом (71, 788; 96, 2).

При отсутствии общего положения о передаваемости прав по обязательствам нельзя ожидать в наших законах указания на форму. Форма передачи указывается только относительно каждого вида обязательственных отношений. Если обязательство выражено в письменной форме, то передача происходит или надписью на документе (например, вексель), или же вручением документа (бумаги на предъявителя). По мнению Сената, передача права требования, даже по заемному обязательству, может быть совершена не только надписью на самом документе, но и посредством особого акта или вручением документа новому кредитору, если только передача подтверждается какими-нибудь доказательствами (71, 1001; 73, 463; 74, 14).

Рассмотрим те отношения, которые порождает передача права по обязательству между должником, новым и прежним верителем.

1. Отношение между прежним и новым верителями состоит в том, что второй занимает место первого в обязательстве. Прежний веритель отвечает перед новым за то, что передал ему вполне действительное право, не имеющее никакого юридического недостатка. Если бы обнаружилось, что переданное право не существует по недействительности обязательства, например, если оно заключено было несовершеннолетним или же уже исполнено (оплаченное заемное письмо), тогда прежний веритель отвечает за неосуществленный интерес. Но он по общему правилу не обязан отвечать за то, что новый веритель (предполагая действительность обязательства) не получил

удовлетворения от должника. Уступая свое место в обязательстве, прежний веритель переносит на нового и риск по осуществлению права, который до сих пор лежал на нем. Несправедливо было бы возлагать на него обязанность обеспечить новому верителю осуществимость интереса, когда он сам не имел этой уверенности. Вступая в положение прежнего верителя, новый кредитор принужден довольствоваться теми гарантиями, которые имел тот. Указанное правило выражается следующим образом: прежний веритель отвечает за действительность, но не за осуществимость уступленного права по обязательству. Этот принцип признан прямо нашим законодательством относительно передачи заемных писем (ст. 2058), "без оборота на займодавца" (69, 175 и 75, 599). Однако закон всегда может в интересах кредита изменить применение этого начала и возложить на прежнего верителя ответственность и за исполнительность должника. Так, например, при передаче векселя или варранта надписатели отвечают как за действительность, так и за осуществимость права. Подобные исключения подлежат ограничительному толкованию, а потому ответственность за осуществимость переданного права может иметь применение только там, где она указана прямо законом.

2. Отношение между прежним верителем и должником прекращается, потому что первый, уступая свое место другому, выбывает из обязательства. Прежний веритель лишается права обращаться к должнику с требованием об исполнении, а должник не только освобождается от своей обязанности, но и не может исполнить в его пользу, потому что такое исполнение не освободит его перед новым верителем, настоящим субъектом права. Но для этого необходимо, чтобы документ перешел в руки нового верителя или же, если передача обязательства не нашла себе выражения в документе, чтобы должник был уведомлен о переходе права [за необходимость уведомления 94, 32, раньше обратно 74, 484. Проект кн. V в ст. 158 требует, чтобы должник был уведомлен о состоявшейся уступке требования первоначальным верителем или приобретателем требования. Неуведомленный должник удовлетворением первоначального верителя освобождается от ответственности перед приобретателем требования].

3. Отношение между новым верителем и должником определяется отношением, существовавшим между прежним верителем и должником. Нельзя передать прав больше, чем сам имеешь, а потому новый веритель, вступая в положение прежнего, пользуется всеми обеспечениями, поручительством, неустойкою, предоставленными первоначальному активному субъекту. В то же время он принужден допустить против себя все те возражения со стороны должника, которые последний мог сделать против прежнего верителя. Исключение из этого правила должно быть прямо указано законом, как это сделано относительно векселей (уст. о векс., ст. 33).

II. Перемена пассивного субъекта. Если признанию возможности перемены активного субъекта препятствовали юридические мотивы, основанные на взгляде римского права, то против допущения перемены пассивного субъекта говорят соображения теоретического свойства, вытекающие из существа обязательства. Если веритель вступил в обязательственное отношение, так это потому, что он верил исполнительности должника. Возможность со стороны последнего заменить себя другим, без согласия на то верителя, отнимает у этой веры всякое основание.

Прежде всего мы видим перемену пассивного субъекта, без согласия верителя, в случае смерти должника: все его обязательства, если они не связаны непосредственно с его личностью, переходят на его преемника. Затем, при займах, обеспеченных залогом недвижимости, повсюду обнаруживается стремление предоставить должнику право отчуждения заложенного дома или имущества вместе с лежащим на них долгом. В торговом обороте практикуется нередко отчуждение и приобретение торговых предприятий в полном их составе, с активом и пассивом. Последние два случая могут найти себе объяснение. В первом из них обязательство основано на реальном кредите, обеспеченность верителя не уменьшается от перемены должника, потому что остается неприкосновенною ценность залога. Во втором примере кредитор торгового предприятия опирается не на личности предпринимателя, иногда даже неизвестного верителям, а на успешном ходе дел самого предприятия; поэтому опять-таки с переменою должника обеспеченность верителя не ослабляется. Обобщая приведенные случаи, следует сказать, что замена одного должника другим без согласия верителя могла бы быть допущена законодателем, насколько это обстоятельство не лишает и не ослабляет основания веры кредитора в осуществимость его права

требования. С согласия кредитора многие обстоятельства допускают перемену субъекта на пассивной стороне без изменения существа отношения.

Положительные законодательства единогласно высказываются против допустимости замены одного должника другим без согласия верителя. Переход обязательства с пассивной стороны при согласии на то верителя считается возможным с точки зрения новейших законодательств. Так, например, по германскому гражданскому уложению должник по договору с третьим лицом может перевести на него свое обязательство, если на то будет согласие верителя (§ 414, 415). Но современные тенденции идут дальше. Пробивается идея допустимости перехода обязательств с пассивной стороны и без согласия верителя. Именно по германскому торговому уложению 1897 г. (§ 25) и по французскому закону 17 марта 1909 г. при отчуждении торгового предприятия на приобретателя переходят не только права, но и долги по предприятию без испрашивания согласия верителей, хотя, правда, под условием временной ответственности перед ними обоих, т.е. как приобретателя, так и отчуждателя.

Русское законодательство не дает общего руководящего начала для разрешения настоящего вопроса, да и относительно отдельных случаев взгляд его скорее отрицательный, чем положительный. Наши законы по общему правилу не допускают продажи заложенной недвижимости с переводом долга. Однако при переходе заложенного в банке имени от одного лица к другому на нового приобретателя переводится долг прежнего собственника и переходят все вообще обязательства последнего в отношении к банку (например, т. XI ч. 2, уст. кред., разд. VI, ст. 65). В нашей жизни весьма часты случаи передачи квартиры, причем на новое лицо переносится не только право на квартиру, но и обязанности перед хозяином. По этому вопросу Сенат высказал мнение, что такая передача квартиры допустима и без согласия домохозяина, если прежний наниматель не слагает с себя обязательства, и недопустима без его согласия, если договор направлен к полной замене прежнего нанимателя его преемником (79, 256).

[Проект кн. V посвящает гл. IV уступке требований и переводу обязательств (ст. 153–166). Уступка требования и перевод обязательств на всякую сумму должны быть удостоверены на письме (ст. 157). Требование не может быть уступлено, если веритель обязался перед должником не уступать требование. Совершенная вопреки сему уступка признается обязательною для должника лишь в том случае, если уступлено требование, удостоверенное долговым актом, и если об ограничении верителя в праве распоряжения требованием не оговорено в самом акте, переданном приобретателю (ст. 155)].

§ 38. Обеспечение обязательств

Литература: Исаченко, О задатке (Юр. вестн., 1881, N 9); Нолькен, Учение о поручительстве по римскому праву и новейшим законодательствам, 1884; Капустин, Древнее русское поручительство (Юр. сб. Мейер, 1855); Мейер, Русское гражданское право, стр. 397–415; Победоносцев, Курс, т. III, стр. 276–318; Гольмстен, Юридическая конструкция добровольной неустойки (Юр. исслед. и статьи, 1891, стр. 176–178); Пергамент, Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве, 2-е изд., 1906; Мандро, Неустойка по заемным обязательствам (Жур. гр. и уг. пр., 1876, N 6); Кассо, Запродажа и задаток (Жур. Мин. Юст., 1903, N 5); Эрштрем, О задатке (Жур. Мин. Юст., 1912, N 8, 9).

I. Средства обеспечения. Обязательство дает право требовать, но не принуждать к исполнению действия, обещанного должником. Если с этой стороны нет и не может быть никакого обеспечения в том, что установленное обязательство будет в точности исполнено, то по крайней мере необходимо обеспечить верителю тот имущественный интерес, который для него связывается с обязательством. Действительно, все имущество должника отвечает за его исполнительность, и если он уклоняется от исполнения условленного действия, то интерес кредитора, соединенный с этим действием, может быть осуществлен принудительно из имущества должника: часть этого имущества, а если нужно, то и все имущество будет продано общественной властью, и полученная ценность пойдет на удовлетворение кредитора. Но нередко верителю может грозить опасность, что этого имущества окажется недостаточно для удовлетворения всех

предъявленных к нему требований. Ввиду возможности подобных последствий верители стараются обеспечить себя заранее или привлечением к обязательству других лиц, имущество которых также отвечало бы за обязательство должника, или же выделением из всего состава имущества должника известной, индивидуально определенной части, которая должна служить исключительным средством удовлетворения только данного требования, с устранением прочих кредиторов. Этой цели отвечают поручительство и залог. Иногда кредитор бывает чрезвычайно заинтересован в том, чтобы должник исполнил то именно действие, к которому он обязался. Поэтому он старается побудить его к точному выполнению опасением еще более невыгодных последствий при уклонении. Этой цели служат по преимуществу задаток и неустойка.

Таким образом, средствами обеспечения обязательств являются: 1) задаток, 2) неустойка, 3) поручительство и 4) залог и заклад. Закон наш говорит, что договоры и обязательства по обоюдному согласию могут быть укрепляемы и обеспечиваемы: 1) поручительством, 2) условием неустойки, 3) залогом недвижимости и 4) закладом движимости (ст. 1554). О задатке здесь не упоминается, но все же необходимо восполнить этот пробел ввиду частичных указаний закона на задаток и бытового значения этой формы обеспечения. В практике встречаются и некоторые иные способы, например, отнятие паспорта или задержание самого должника. Однако та и другая мера, как совершенно противозаконные, не могут составить предмета нашего рассмотрения. [Проект кн. V в отделе об искажении обязательств отводит место праву удержания (ст. 113–116), которое может также служить целям обеспечения требований в торговом обороте: по ст. 114 право удержания распространяется на товары и процентные и иные ценные бумаги в обеспечение всякого рода требований, срок коим наступил, хотя бы они не имели отношения к удерживаемому имуществу, если требование верителя и нахождение в его распоряжении товаров и означенных бумаг должника вытекают из их торговых сношений].

II. Задаток. "Можно смело сказать, – замечает Исаченко, – что ни одна сделка, заключаемая русским народом, в которой исполнение предполагается во времени, не обходится без задатка: совершается ли купля-продажа, покупатель дает задаток продавцу; заключается ли договор о найме имущества или о личном найме, наниматель дает задаток; подряжается ли кто-либо доставить, устроить, сделать, задаток дается подрядчику; стоит выйти в базарный день на рынок в любом русском городишке, чтобы увидеть, что крестьянин не всегда повезет с рынка какой-нибудь мешок хлеба или овса, не получив прежде задатка". Действительно, задаток имеет в русском быту громадное значение, каким он далеко не пользуется на Западе. Тем более странно отсутствие в русском законодательстве общих постановлений о задатке, которого оно касается только по поводу запродажи, казенных подрядов и поставок, а также продажи с торгов.

Задатком называется производимая при самом заключении договора уплата части денежной суммы, следуемой от одного лица другому за исполнение условленного действия. Задаток возможен в тех обязательственных отношениях, в которых одно лицо обязывается уплатить другому денежную сумму. Задаток составляет предварительное исполнение, уплату части ранее того времени, когда должно быть уплачено все. Поэтому не подходит под понятие о задатке обозначаемое этим же названием взятие некоторой суммы в обеспечение выполнения личной услуги, например, при найме рабочих, извозчиков наниматели берут с них "в задаток" 20 или более копеек. Здесь денежная сумма уплачивается не тем, кто должен платить, а тем, кто должен получить. Такое отношение неправильно называется задатком, потому что это залог [?]. Следует заметить, что с бытовой точки зрения задаток имеет двойное значение: а) способа обеспечения обязательств и б) момента совершения договора. По народному представлению, как скоро задаток дан и принят, значит договор заключен бесповоротно. Здесь мы рассматриваем задаток только в первом его значении.

Обеспечение, достигаемое задатком, заключается в том, что лицо, уплатившее задаток, заинтересовано уже в исполнении обязательства, потому что в противном случае оно рискует задаточную сумму. Значение выданного и полученного задатка состоит в том, что при неисполнении действия, составляющего содержание обязательства, лицо, давшее задаток, теряет его (уст. гражд. суд., ст. 1067 и 1176), а лицо, получившее задаток, если не исполнит своей обязанности, должно возвратить его. В том случае, когда неисполнение наступает по вине лица, получившего задаток или без вины кого-либо из контрагентов вследствие случайной

невозможности, задаток должен быть возвращен (ст. 1688, 1689). Такого единственно правильного и юридически возможного взгляда на задаток придерживалась первоначально кассационная практика, пока позднее не стала постепенно уклоняться от него и, наконец, признала, что лицо, давшее задаток, не теряет права на обратное получение его, если даже исполнение не осуществилось по его вине (74, 859). Вместе с таким выводом отвергается всякое значение за задатком. Впрочем, впоследствии Сенат сам отказался от этого взгляда (88, 33; 92, 12, 40).

Трудность вопроса заключается в том, освобождается ли лицо, давшее задаток, оставлением его в руках получившего, от своей главной обязанности, прекращается ли его обязательство с потерей задатка или нет? Например, кто-нибудь нанимает квартиру на год и дает хозяину дома задаток, а потом находит более удобное помещение. Можно ли считать его освобожденным от договора имущественного найма или же он продолжает быть связанным, и хозяин дома может взыскать с него всю плату за квартиру? Присоединением задатка к обязательственному отношению последнее не изменяется, а только осложняется. Право лица, получившего задаток, не уменьшается, а, напротив, "укрепляется" вследствие обеспечения обязательства. Поэтому от него зависит или удовольствоваться оставшимся в его руках задатком, или же настаивать на исполнении обязательства, потому что это право принадлежало бы ему, если бы обязательство не было обеспечено. Обращаясь к приведенному примеру, мы должны разрешить его в том смысле, что хозяин дома, воспользовавшись задатком, может считать обязательство расторгнутым и отдать квартиру другому: но он может, если квартира останется пустою, требовать от нанимателя, чтобы тот уплатил ему наемную плату за весь условленный срок, зачитывая в нее полученный задаток. В жизни практикуется первый способ, и получивший задаток считает себя удовлетворенным оставшеюся в его руках суммою. [Попытку конструировать задаток как отступное делает Сенат в решении 04, 28 для расписки о задатке, если она предшествует совершению запродажной записи на основании толкования ст. 1688. При продаже казенных имуществ, когда давший подписку на покупку впоследствии отказался, производятся вновь торги, задаток же удерживается и остается в пользу казны (ст. 1495). Такое же значение имеет задаток при продаже с публичных торгов по ст. 1067 и 1176 уст. гр. суд., которым выше придано слишком общее значение].

Другой вопрос: может ли лицо, получившее задаток, освободиться от обязательства, возвратив задаток? На это следует ответить отрицательно (ст. 1513). Дело выяснится, если мы откинем усложняющий элемент, задаток: если без задатка обязанное лицо не могло по своей воле освободиться от обязательственного отношения, то оно не может уклоняться от исполнения и при укреплении отношения посредством задатка. Тем менее может быть речь об освобождении лица, получившего задаток, возвращением его, что на его обязанность задаток не оказал никакого влияния, так как он связал другое лицо, давшее задаток, а лицу, получившему его, он только обеспечил право требования. [Проект кн. V признает задаток и средством доказательства заключения договора и обеспечением (ст. 58). Поэтому виновный в неисполнении обязан вознаграждать другую сторону за убытки, насколько они превышают задаток (ст. 59). Сторонам, однако, предоставляется выговорить себе право отступления и тогда задаток играет роль отступного (ст. 62)].

III. Неустойка. Бытовое значение неустойки представляется также очень большим. Она имеет широкое применение во всевозможных сделках, облеченных в письменную форму. Она играет нередко неблагоприятную роль в жизни, являясь могучим средством, которым пользуется кредитор, чтобы держать в своих руках запутавшегося в делах должника. Под неустойкою как средством обеспечения понимается присоединенное к главному обязательству дополнительное условие о платеже должником известной суммы в случае неисправности в исполнении. Обеспечение, доставляемое неустойкою праву требования по обязательству, состоит в том, что должник побуждается к точному исполнению своей обязанности опасением осложнения ее, увеличения содержания действия, составляющего предмет обязательства.

Как задаток, неустойка имеет двоякое значение, являясь не только средством обеспечения обязательства, но и способом определить размер вознаграждения за отступление от обязательства. Неустойка имеет в виду или 1) побудить должника к исполнению страхом невыгодных последствий (штраф за неисправность), или 2) установить заранее размер причиненного неисполнением ущерба, особенно когда доказывание величины его представляется

затруднительным (вознаграждение за ущерб). Примером первой цели неустойки может служить договор о найме квартиры, по которому хозяин дома выговаривает себе право требовать за каждый день просрочки в платеже квартирной платы известный процент со следуемой суммы. Примером неустойки второго рода может служить договор между антрепренером и артистом, обязывающий последнего в случае уклонения от контракта заплатить определенную сумму денег. Согласно двойственному своему назначению неустойка имеет двоякого рода последствия: 1) или усложняет обязательственное отношение в том смысле, что, не освобождая должника от главной обязанности, налагает на него еще новую тягость; 2) или же изменяет прежнее обязательственное отношение, превращая его в новое, альтернативное, в силу которого должник может или исполнить условленное действие, или заплатить известную сумму денег.

Наше законодательство понимает неустойку, как общее правило, в первом его значении. Это видно из того, что "неустойка определяется законом за неисправность" (ст. 1574), "неустойка, определенная в самом договоре, взыскивается в том количестве, какое назначено, но независимо от взыскания по неисполнению самого договора, который и при взыскании неустойки остается в своей силе, разве бы в содержании договора было изъяснено, что платежом неустойки он прекращается" (ст. 1585). По взгляду нашей практики, неустойка есть не что иное, как штраф за неисправность в исполнении договора (03, 71; 09, 96). Отказываясь от грамматического толкования ст. 1585 и основываясь на предполагаемом происхождении ее из австрийских источников, Пергамент полагает, что у нас неустойка имеет основное значение – вознаграждение за ущерб. Но исторические доводы не в состоянии уничтожить достаточно ясного смысла действующей статьи.

Однако не следует придерживаться буквального смысла слов закона и придавать неустойке непременно значение первого рода, если стороны не указали в договоре, что платежом неустойки он прекращается. Нередко, помимо явного условия, смысл неустойки обнаруживается из всего содержания обязательства. Например, в контракте антрепренера с оперным певцом сказано, что в случае отказа петь в спектакле артист платит каждый раз 200 руб. неустойки; здесь очевидно, что если артист пропустит известный спектакль, то антрепренер может только взыскивать неустойку, а не настаивать на участии в бывшем спектакле.

Неустойка определяется: 1) законом и 2) договором (ст. 1573). Законная неустойка определяется за неисправность: в платеже по заемным обязательствам между частными лицами, в исполнении по обязательствам с казною (ст. 1574), в исполнении по перевозке, принятой на себя железною дорогой (уст. жел. дор., ст. 110). Законная неустойка во всяком случае неприменима к обязательствам, обеспеченным залогом недвижимости (ст. 1575). Заметим, однако, что законная неустойка установлена за неплатеж своевременно долга не по всем обязательствам, из которых возникает долг одного лица другому, а только по обязательствам, возникающим из займа денег (77, 208), так что, например, хозяин дома не вправе требовать от неисправного квартиранта законной неустойки. К неустойке, обеспечивающей обязательство, не относится установленная законом неустойка за неправо владение чужими капиталами (ст. 641). Законная неустойка по заемным обязательствам установлена в размере 3% со всей долговой суммы, а если исполнение должно было производиться периодически, то неустойка может быть взыскана только с той суммы, платежу которой наступил срок. Законная неустойка по железнодорожной перевозке установлена в размере 5% провозной платы за каждые просроченные сутки, однако, не свыше всей фрахтовой суммы. Существует законная неустойка за нарушение договора найма фабричных рабочих (уст. о пром. труде, изд. 1913 г., ст. 55) и некоторые другие.

Включение в договор условия о неустойке в таких случаях, когда она не определена законом, предоставляется обоюдному согласию договаривающихся лиц (ст. 1583). Из смысла этой статьи нельзя никоим образом выводить (80, 86), будто в договорах, для которых закон сам устанавливает неустойку, невозможно соглашение о неустойке, в чем-нибудь уклоняющейся от законной. Этот взгляд, разделяемый многими юристами (Анненков), основывается на тексте ст. 1583, которая разрешает включать в договор условия о неустойке "в таких случаях, когда она не определена законом". Но смысл этого закона тот, что неустойка допускается по взаимному соглашению даже тогда, когда она не предусмотрена законом. Добровольная неустойка, устанавливаемая по соглашению, возникает или вместе с главным обязательством, или после того

в особом договоре, или даже ранее главного обязательства (74, 625), но в последнем случае получает юридическую силу лишь при условии, если предусмотренное обязательство действительно возникнет. Отношение, обеспечивающее другое, предполагает существование этого главного обязательства. По этой причине недействительность главного обязательства или прекращение его производят тем самым недействительность или прекращение дополнительного обязательства. Обратное, недействительность или уничтожение по соглашению неустойки не оказывают никакого влияния на силу главного отношения. Свобода установления добровольной неустойки, имевшая своим результатом возрастание долговой суммы далеко свыше действительного долга, встретила некоторое стеснение в законе 24 мая 1893 г. о преследовании ростовщических действий. Чрезмерная неустойка, принятая должником под влиянием стесненных обстоятельств или скрывающая чрезмерный рост, признается недействительной, не касаясь силы главного обязательства (т. XV, уст. о наказ., ст. 1802). Закон этот не распространяется на обязательства, вытекающие не из договора займа (96, 69), а потому нельзя сказать, чтобы у нас взаимным соглашением не могла быть назначена произвольно высокая неустойка.

Если неустойка имеет значение штрафа за неисправность, а не вознаграждения за ущерб, то нет никакого основания отрицать возможность одновременно со взысканием неустойки требовать и возмещения всех убытков, причиненных неисправностью обязанного лица. Такого же мнения держится и Сенат (72, 588). В тех случаях, когда по договору или по существу отношения неустойке придано значение вознаграждения за вред, соединение требований о неустойке и о возмещении вреда не может быть допущено.

Так как неустойка представляет собою штраф за неисправность, то обязанности платить ее не существует, когда неисполнение обязательства наступает помимо вины обязанного лица. Следовательно, если невозможность исполнения обуславливается случайным обстоятельством или виною субъекта права по главному отношению, право на взыскание неустойки отпадает (03, 71). [Проект кн. V говорит только о договорной неустойке. Для соглашения о неустойке требуется письменная форма (ст. 66). Действие неустойки двойное. Если неустойка назначена на случай неисполнения должником обязательства, то веритель имеет право требовать или платежа неустойки, или же исполнения обязательства и возмещения убытков. Если неустойка назначена на случай неисполнения в срок или вообще ненадлежащего исполнения должником обязательства, то веритель имеет право требовать и платежа неустойки, и исполнения обязательства. Если кредитор принимает ненадлежащее или несвоевременное исполнение без оговорки о сохранении за собой права на неустойку, то он считается отказавшимся от нее (ст. 69)].

IV. Поручительство. Несмотря на свою распространенность, задаток и неустойка далеко не способны достичь цели обеспечения обязательства. Если страх перед неустойкою является побудителем к исполнению обязательства, то действие ее стоит в зависимости от возможности для должника вообще исполнять свои обязательства. Когда имущественное положение его расшаталось, то должник не в состоянии уплатить ни главной суммы, ни неустойки. Задаток представляет еще менее совершенное средство обеспечения, потому что задаточная сумма бывает обыкновенно невелика, иначе выдача ее была бы затруднительна, а между тем, если для должника уклонение от главного обязательства представляет выгоду, то он охотно пожертвует задатком. Как средство обеспечения, поручительство стоит несомненно выше, потому что здесь к ответственности привлекаются новые лица, выбираемые для этой цели ввиду их состоятельности.

Под поручительством понимается присоединенное к главному обязательству дополнительное условие об исполнении его сторонним лицом, поручителем, в случае неисправности должника. Рассматривая это определение, мы находим, прежде всего, что поручительство есть отношение договорное, а потому под понятие о поручительстве не подходит ответственность одних лиц за других в силу закона, например, ответственность попустителей и укрывателей за главного виновника (ст. 651 и 652). Не подходит, во-вторых, под понятие поручительства также ручательство за действительность обязательства, например, в том, что обязывающееся лицо достигло совершеннолетия: это отношение самостоятельное, не стоящее ни в какой зависимости от исполнения и исправности должника, а потому и не подлежит правилам, установленным для поручительства (*contra* реш. 92, 67). В-третьих, ответственность поручителя является субсидиарною, т.е. наступает только в случае неисправности главного должника. Этим признаком

отличается поручительство от таких отношений, где ответственность одного лица стоит рядом с ответственностью другого, а не позади, как, например, в случаях кругового ручательства дворян, мещан или крестьян по казенным подрядам и поставкам, заключаемым обществами (пол. о каз. подр. и пост., ст. 80 и 81). В-четвертых, поручитель обязывается исполнить то самое действие, какое обязан исполнить должник, а не какое-либо другое, а потому под понятие поручительства не подходит случай, когда лицо обязывается перед сдавшим вещь на хранение уплатить стоимость этой вещи, если бы поклажеприемщик растратил ее (78, 28). Закон не приурочивает поручительства к какому-нибудь определенному договору, а потому этим способом могут быть обеспечиваемы всякие юридические отношения, из которых вытекает долговое обязательство.

Наше законодательство, не давая общего определения понятия о поручительстве, устанавливает различные виды его. 1) Так, закон разделяет его на а) полное и б) частичное, т.е. поручительство может быть принято во всей сумме или только в части долга. Если в договоре о поручительстве не указано, что оно принимается в части долга и в какой именно, то поручитель отвечает во всей сумме (ст. 1556). Следовательно, в случае сомнения предположение стоит на стороне полного поручительства как более сильного средства. 2) Другое деление, устанавливаемое нашим законодательством, – это на а) простое и б) срочное поручительство, т.е. поручительство может быть дано или только вообще в платеже суммы, или в платеже ее на срок (ст. 1557). Простое поручительство обеспечивает кредитора с той стороны, что он может обратиться к ответственному перед ним поручителю при обнаруженной невозможности осуществить свой интерес в имуществе должника, тогда как срочное поручительство обеспечивает кредитора в том отношении, что он может обратиться к ответственному перед ним поручителю при обнаруженной неисправности должника. Другие наши юристы идут гораздо далее в различении этих видов поручительства, усматривая в простом субсидиарную, а в срочном – солидарную ответственность поручителя (Нолькен). Эта точка зрения, как увидим ниже, не может быть признана правильной. Тот или другой вид поручительства должен быть с точностью обозначен в самой подписи поручителя. Однако возможен случай, что стороны забудут указать, какой вид поручительства имели они в виду, а между тем разница в последствиях простого и срочного поручительства очень значительна. На сторону которого из них должно склоняться предположение? Принимая в соображение, что срочное поручительство представляет форму обязательства более тягостную для должника, нежели простое, и что в случае сомнения договор изъясняется более в пользу должника, чем верителя (ст. 1539, п. 5), следует признать, что предположение должно быть на стороне простого поручительства. Обратное правило установлено для судебного поручительства, которое предполагается срочным, если противоположное не означено (уст. гр. суд., ст. 642). Главное различие между срочным и простым поручительством сводится к тому, что по первому поручитель обязывается платить тотчас по обнаружении неисправности должника, тогда как по второму поручитель обязывается платить только по обнаружении материальной неспособности должника исполнить свое обязательство.

Установление поручительства как средства обеспечения предполагает существование другого, главного обстоятельства: оно возникает или вместе с ним, или после, или ранее ввиду его. Поручительство основывается на договоре, заключаемом по обоюдному соглашению (ст. 1554) между поручителем и кредитором, даже без участия должника, так как на его положение поручительство не оказывает влияния (*contra* Анненков). Соглашение между поручителем и должником, по которому первый обещает поручиться за последнего перед третьим лицом, не есть договор о поручительстве (12, 80, *contra* 73, 1478). Поручительство должно быть выражено или в том же документе, или отдельно, но во всяком случае в письменной форме (ст. 1562). В поручительство могут вступать те лица, которые вправе обязываться по договору вообще (ст. 1555); следовательно, не могут быть поручителями несовершеннолетние, сумасшедшие, расточители, несостоятельные и др.

Переходя к рассмотрению последствий установленного поручительства, мы остановимся на возникающих из него отношениях между верителем и должником, верителем и поручителем, поручителем и должником.

1. Отношение между верителем и должником по главному обязательству не изменяется от присоединения поручительства. Но исполнение обязательства со стороны поручителя прекращает тем самым право верителя против должника.

2. Главный интерес сосредоточивается на отношении верителя к поручителю. Вопрос заключается в том, в какое время и в каком объеме может веритель предъявить свое требование к поручителю. По первому вопросу необходимо различать простое и срочное поручительство. а) Если поручительство дано было простое, то поручитель отвечает за долг только тогда, когда все имущество признанного несостоятельным должника будет подвергнуто продаже, вырученные от этого деньги распределены между кредиторами и затем окажется, что этих денег недостаточно для погашения того долга, по которому дано поручительство. Такой порядок лишил бы поручительство всякого значения. Поэтому закон допускает, что веритель, если в срок не получил удовлетворения от должника, может предложить тотчас же поручителю произвести исполнение за должника. Если поручитель не изъявит на то готовности, то веритель вправе просить о наложении запрещения на имущество поручителя для обеспечения его иска на случай несостоятельности должника (ст. 1558). Это средство служит побуждением для поручителя не откладывать своего исполнения, иначе он будет стеснен в распоряжении своим имуществом в течение того долгого времени, пока будет продолжаться конкурс над имуществом должника. Кроме того, поручитель нередко предпочитает немедленно исполнить, чем выжидать окончания конкурса, потому что тогда объем его ответственности возрастает – он должен удовлетворить верителя за все убытки и расходы, понесенные от несвоевременного удовлетворения. б) Если дано было поручительство на срок, то веритель может обратиться к поручителю тотчас же по обнаружении неисправности должника, во всяком случае не позже месяца со времени срока обязательства. Веритель не вправе обратиться непосредственно к поручителю, минуя должника, потому что поручитель отвечает за неисправность последнего, которая должна быть предварительно обнаружена. Только удостоверив отказ должника или ненахождение его в месте платежа или объявление его несостоятельным, веритель может начать взыскание с поручителя. Буквальный смысл ст. 1560, в которой говорится, что поручитель отвечает "точно так же, как и самый должник", способен внушить мысль, что в срок исполнения по обязательству веритель может непосредственно обратиться с требованием платежа к поручителю, не удостоверяя неисправности главного должника. Таково, по-видимому, воззрение нашей судебной практики (70, 516; 08, 104). Против этого необходимо выставить следующее. а) Непосредственное обращение к поручителю противоречит существу поручительства, как оно обрисовывается в теории и в нашем законодательстве, в котором оно признается за "укрепление" обязательства. Какое же укрепление главного обязательства, если веритель имеет перед собой на выбор двух равно ответственных лиц, должника и поручителя. б) Такому пониманию срочного поручительства препятствует сравнение с западными законодательствами. Правда, швейцарское законодательство знает солидарное поручительство, в силу которого поручитель как содолжник отвечает перед кредитором и без предварительного обращения к должнику (швейц. закон 1911 г., § 496), но другие законодательства, как более ранние (франц. гражд. код., § 2011, австр. гражд. улож., § 1355), так и новейшие (герм. гражд. улож., § 772), предполагают, что веритель, обращающийся к поручителю с требованием, сделал попытку судебным или внесудебным порядком получить свой долг с должника. в) В пользу отстаиваемого взгляда говорит и текст самой ст. 1560, в которой сказано, что поручитель отвечает точно так же, как и самый должник, "коль скоро сей последний в срок не заплатил". Источник, на котором основана эта статья (устав банкротский 1800 г., ст. 56), прямо указывал, что поручитель отвечает "в том только случае, когда вексель после протеста не далее как в месяц ко взысканию с должника в присутственное место представлен будет". [Противоположного мнения держится Анненков, ныне поддерживаемый Трепицыным, усматривающим в утрате субсидиарного характера особенность срочного поручительства].

По вопросу об объеме требования верителя следует заметить, что веритель может требовать от поручителя всего того, что обязан был выполнить должник, если только поручительство не было частичным. Поручитель отвечает также и за все расходы, понесенные верителем при взыскании. Когда по одному обязательству поручилось несколько лиц вместе, то каждый отвечает лишь в той части, какая придется на его долю по числу поручителей, а при несостоятельности

которого-нибудь из поручителей его доля распределяется между прочими (ст. 1558, п. 5). Хотя это правило установлено законом только для простого поручительства, но ввиду молчания закона мы должны распространить силу его и на срочное поручительство, так как солидарность не предполагается, пока не установлена договором или законом (ст. 1548; contra реш. 90, 58). Таким образом, при наличии нескольких поручителей между ними устанавливается долевое обязательство, если солидарность прямо не установлена соглашением.

3. Отношение между поручителем и должником сводится к тому, что поручитель, исполнив за должника его обязательство перед верителем, сам становится на место верителя и может требовать, чтобы ему возвращено было все истраченное в чужом интересе. Он имеет право на возвращение ему не только уплаченной суммы, но и процентов с этой суммы (ст. 1558, п. 3). Простой поручитель, исполнивший за должника обязательство, не дожидаясь окончания конкурса, может как веритель участвовать в конкурсе над несостоятельным должником (ст. 1558, п. 2).

Прекращение поручительства наступает по причинам, которые имели силу при его установлении или вследствие последующих обстоятельств. Если при самом возникновении поручительства отсутствовало одно из необходимых условий, например, не было гражданской дееспособности у поручителя, то оно признается недействительным, не касаясь силы главного обязательства. Поручительство прекращается а) по взаимному согласию верителя и поручителя, б) вследствие прекращения главного обязательства, в) в силу слияния в одном лице верителя и поручителя, должника и поручителя (при наследовании). Кроме того, г) если при простом поручительстве веритель отстрочит по желанию должника исполнение обязательства без участия в том поручителя или же в течение шести месяцев со дня наступления срока платежа не начнет взыскания с должника, то поручитель освобождается от всякой ответственности (ст. 1558, п. 4). Такое же правило установлено и для срочного поручительства: если веритель делает отсрочки по заемному письму, обеспеченному срочным поручительством, или в течение месяца со дня наступления срока платежа не начнет взыскания с должника, то поручительство прекращается (ст. 2043 и 1560). Если в указанный месячный срок веритель предъявит иск к срочному поручителю, то с этого момента он сохраняет право требовать от поручителя удовлетворения в течение всей исковой давности (05, 10).

[Проект кн. V посвящает поручительству гл. XXII (ст. 1114–1140) и разрешает между прочим несколько спорных вопросов. Допускается и вполне действительно поручительство по обязательствам заведомо для поручителя недействительным вследствие недееспособности должника (ст. 1116). Поручитель, производящий торговлю и принявший поручительство по договору, относящемуся к торговле, считается давшим срочное поручительство (ст. 1118). При срочном поручительстве веритель, не получивший немедленно по наступлении срока обязательству удовлетворения от должника, может требовать исполнения обязательства от поручителя; равным образом веритель может обратиться с иском одновременно и к должнику, и к срочному по нем поручителю (ст. 1125). Погашается иск к срочному поручителю в шесть месяцев со дня поступления срока обязательству (ст. 1126). Сопоручители (хотя бы они поручались и не одновременно, и не совместно) отвечают перед верителем как совокупные должники (ст. 1127). Поручитель пользуется против верителя в опровержение главного обязательства и должника всеми возражениями должника, хотя бы последний от них отказался (ст. 1130). Поручитель исполнивший главное обязательство, вступает в права верителя и приобретает право на обратное требование с должника (ст. 1131). Ответственность наследников поручителя погашается трехлетней давностью (1140)].

§ 39. Прекращение обязательства

Литература: Мейер, Русское гражданское право, стр. 555–561; Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 147–217; Анненков, Система русского гражданского права, т. III, стр. 444–490; Адамович, Встречный иск (к учению о зачете), 1899.

I. Исполнение. Обыкновенным и нормальным способом прекращения обязательства является точное его исполнение, соответствующее договорным или законным условиям.

Обязательство прекращается только тогда, когда оно исполнено тем лицом и тому лицу, кому следовало, в надлежащее время и в надлежащем месте, наконец, надлежащим образом. Наш закон не указывает на этот способ прекращения, но такое указание совершенно излишне, потому что оно вытекает из существа обязательственного отношения и не могло бы быть даже устранено законом. Притом в гражданском процессе ответчик может, по словам закона, сослаться на то, что самое право на иск прекратилось и погашено прежде начатия иска исполнением обязательства (уст. гр. суд., ст. 589). С исполнением главного обязательства теряют свою силу и сопутствовавшие ему дополнительные отношения. Если между данными лицами существовало несколько обязательственных отношений, содержание которых заключалось в передаче денежных сумм, то вопрос о том, к какому из них следует отнести платеж известной суммы денег при молчании должника, должен быть решен судом на основании всех обстоятельств дела. Правила, выработанные римским правом по этому вопросу, не могут у нас иметь обязательного и даже руководящего значения, как не вполне отвечающие логике. По мнению Сената, платежи, произведенные по заемному обязательству без объяснения, производятся ли они в уплату капитала или же процентов, зачисляются в уплату процентов (79, 103). [Проект кн. V для зачисления платежа в счет разных долгов пользуется именно презумпциями римского права. Статья 108 в случае невозможности определить, к какому долгу относится произведенный должником платеж, зачисляет его прежде всего в погашение того долга, который подлежит уплате раньше других, а если несколько долгов подлежат уплате в одно время, то долга, менее других обеспеченного; если все долги обеспечены одинаково, то более обременительного для должника; при одинаковой обременительности долгов – старейшего по времени возникновения, и, наконец, при одновременном возникновении всех долгов – в погашение каждого из них по соразмерности. По ст. 109 платеж, недостаточный для погашения капитальной суммы долга вместе с процентами и издержками, зачисляется, за отсутствием иного соглашения, прежде всего в погашение издержек, затем процентов, а в остальной части в погашение капитала].

II. Замена исполнения. Правило о необходимости точного исполнения содержания обязательств для прекращения их силы не исключает возможности прекращения обязательств исполнением иного действия, если только между верителем и должником состоится соглашение по этому поводу. В таком случае подобное действие вполне заменяет то действие, которое составлял содержание обязательства. Но без согласия и против воли верителя исполнение должником другого действия не способно прекратить обязательства. Замена исполнения может состоять в предложении одних вещей вместо других, например, при поставке ценных бумаг к известному сроку по определенной цене должник вместо них предлагает верителю денежную сумму в размере разности между условленной и рыночной ценою в срок исполнения; купец, оказавшийся не в состоянии заплатить за приобретенный товар, предлагает продавцу взять товар обратно с некоторою доплатою деньгами. Замена может состоять также в предложении личных услуг вместо передачи денежной суммы, например, крестьянин предлагает помещику в уплату долга свезти с поля хлеб на гумно. Допустимость такого способа прекращения обязательств по нашему законодательству может быть обоснована тем, что договаривающиеся стороны могут уничтожить договор по обоюдному согласию (ст. 1545), предполагается на каких угодно условиях (ст. 1530), а следовательно, и на условии замены одного действия другим.

III. Новация. Под именем новации понимается прекращение обязательственного отношения посредством установления с этой целью нового обязательства. Новация не является превращением одного обязательства в другое, а представляет прекращение одного и установление другого. Новое обязательство а) или устанавливается между теми же лицами, отличаясь от прежнего по своему содержанию, например, адвокат, задолжавший за квартиру, принимает на себя доверенность от домохозяина по ведению его процесса; б) или устанавливается между иными лицами при сохранении прежнего содержания, причем перемена может относиться только к пассивной стороне, например, сын поступает на фабрику, чтобы отработать за отца. Перемена в обязательстве с активной стороны, составлявшая для римлян новацию при их взгляде на обязательство, с современной точки зрения не имеет характера новации.

Новация требует наличности известных условий. а) Она предполагает прежде всего существование обязательства, которое послужит основанием для нового обязательства. Это

обязательство должно быть вполне действительно, в противном случае и второе обязательство будет недействительно, как лишенное основания. Если первое обязательство только опровержимо, то действительность новации будет в зависимости от опровержения новлируемого обязательства. b) Необходимо, чтобы второе обязательство соответствовало всем требованиям закона, в противном случае недействительность второго обязательства восстановит силу первого, так как соглашение о прекращении его состоялось в предположении действительности второго отношения. c) Прекращение одного обязательства с целью установить новое основывается на соглашении между субъектами первого обязательства. Этим рассматриваемый вид новации отличается от принудительной новации, которая производится силою судебного решения, изменяющего прежнее отношение между истцом и ответчиком, послужившее поводом к спору, в обязанность подчиниться решению. Такая судебная новация признана нашею практикою: после постановления судебного решения об исполнении по договору существовавшие между сторонами в силу договора отношения должны быть признаваемы заменившимися новыми, установленными вступившим в законную силу решением, а потому договор не может уже служить основанием для требования неустойки за новое нарушение (80, 256). d) Соглашение должно содержать в себе намерение подвергнуть обязательство новации. Прекращение одного и установление другого обязательства не являются только последовательными действиями, но находятся в причинной связи: прежнее прекращается, потому что имеется в виду установить другое, новое обязательство устанавливается, потому что имеется в виду прекратить первое.

Хотя наше законодательство и не упоминает о новации, но возможность ее в русском быту не подлежит сомнению, если принять во внимание, что указанные правила вытекают непосредственно из свободы договора и что на волю сторон предоставляется включать в договор всякие условия, законам не противные (ст. 1530). [По проекту кн. V, если по договору устанавливается взамен прежнего новое обязательство, то в случае признания такого договора недействительным восстанавливается сила прежнего обязательства (ст. 178)].

IV. Отмена по соглашению. Всякое обязательственное отношение, основанное на договоре, на правонарушении или на неосновательном обогащении, может быть во всякое время прекращено соглашением между верителем и должником. Такой договор имеет своим результатом обогащение должника и как вид дарения требует на то его согласия. Как новый договор, соглашение о прекращении обязательства предполагает дееспособность сторон, а потому такая сделка, совершенная лицом несостоятельным, не достигнет желаемого результата, т.е. не прекратит обязательства. Возможность рассматриваемого способа прекращения обязательственных отношений с точки зрения нашего законодательства не подлежит никакому сомнению, так как договаривающиеся стороны могут уничтожить договор по обоюдному согласию во всякое время (ст. 1545). Если сторона, имеющая по договору право требовать исполнения, отступится добровольно от своего права в целом договоре или в части, тогда действие договора в целом его составе или в части прекращается. Но такая уступка недействительна, если она учинена во вред третьему лицу (ст. 1547), а такой случай может представиться, если впоследствии веритель объявлен будет несостоятельным.

V. Невозможность исполнения. Невозможность исполнения того действия, которое составляет содержание обязательства, смотря по причинам ее наступления, или прекращает обязательственное отношение, или, напротив, осложняет его. Невозможность исполнения бывает: 1) первоначальная, когда она существовала при самом установлении обязательства, и 2) последующая, когда она наступает после этого момента. Как та, так и другая представляют два вида: 1) объективная и 2) субъективная невозможность. Первая имеет место в том случае, когда исполнение обязательства с самого начала или впоследствии оказывается невозможным для каждого вообще человека. Вторая, субъективная невозможность обнаруживается тогда, когда исполнение действия, возможное вообще, невозможно только для данного должника. Наконец, невозможность исполнения различается, смотря по тому, наступает ли она: 1) случайно или 2) по вине самого должника. Первоначальная объективная невозможность делает недействительным обязательство, а потому и прекращение его представляется излишним. Первоначальная субъективная невозможность не влияет на силу обязательства и может быть позднее, при исполнении, совершенно устранена. Последующая объективная невозможность прекращает

обязательственное отношение, если она наступила случайно, и не прекращает, если она наступила по вине должника. Последующая субъективная невозможность не влияет вовсе на прекращение обязательства, а создает для должника за невозможностью исполнить условленное действие обязанность возместить весь причиненный тем ущерб. Невозможность исполнения обязательства одной стороною освобождает от исполнения в двустороннем обязательстве и другую сторону от лежащей на ней обязанности, а в случае если она уже исполнила свою обязанность, то создает право потребовать обратно переданное без достаточного основания (герм. гражд. улож., § 275, швейц. обяз. закон, § 119); так, например, покупатель освобождается от обязанности платить цену купленной, но еще не переданной вещи, все равно погибла ли она случайно или по вине продавца; наниматель освобождается от обязанности платить арендную плату, если сгорел наемный дом по вине хозяина или случайно.

Наше законодательство, не давая общего положения о прекращении обязательства вследствие последующей объективной и случайной невозможности, дает только отдельные указания по настоящему вопросу. Так, например, приемщик освобождается от обязанности возвратить вещь, отданную ему на хранение, если она погибла от пожара, наводнения или иного несчастного события (ст. 2106). Договор запродажи прекращается вследствие невозможности совершить формальный акт продажи (ст. 1689). Такие же указания дает закон по поводу договоров подряда и поставки, заключаемых казною (пол. о каз. подр. и пост., ст. 216). [Наша практика, комбинируя случайные указания закона с общими началами теории, различает субъективную и объективную невозможность (07, 76; 10, 29). Проект кн. V объявляет договор, имеющий своим предметом действие невозможное, недействительным и обязывает сторону, знавшую при заключении договора о невозможности, к возмещению убытков другой стороне (ст. 21). При последующей невозможности исполнения должник считается виновным и отвечает за убытки, кроме случаев невозможности, обусловленной событием случайным (ст. 123)].

VI. Зачет. Под зачетом или компенсацией понимается способ прекращения обязательства посредством взаимного погашения двух однородных по содержанию прав требования. Если должник по одному обязательству имеет в то же время право требовать от своего кредитора в силу другого обязательства исполнения такого же самого действия, то представляется совершенно излишним заставлять его исполнить свою обязанность в пользу того лица, которое само обязано сейчас исполнить то же самое. Освобождение должника от необходимости исполнить требуемое действие является средством удовлетворения кредитора, потому что последний сохраняет у себя то, что он должен был бы отдать и потом получить. Наше законодательство не дает правил для зачета, но самое понятие о нем ему не чуждо (уст. гр. суд., ст. 1166; уст. о пром. труде, ст. 507; уст. суд. торг., ст. 494). Наша практика, применяясь к общим началам гражданского права, признала допустимость зачета в обязательственных отношениях (82, 19; 84, 127; 08, 107; 09, 37).

Зачет возможен только при наличности известных условий, необходимость которых вызывается самою природою обязательства и зачета. 1) Необходимо существование двух обязательственных отношений между теми же лицами, притом так, чтобы должник по одному был кредитором по другому, и наоборот. Не подходит поэтому под понятие зачета тот случай, когда для погашения одного обязательства предоставляется кредитору право требования по другому обязательству между иными лицами, например, должник предлагает в уплату своего долга принадлежащий ему вексель. По той же причине должник малолетнего не может представлять к зачету свое требование к опекуну, должник товарищества – свое требование к одному из товарищей. 2) Содержание обязательств, представляемых к зачету, должно быть однородно. Это вытекает из того положения, что кредитор не обязан принимать исполнения, не соответствующего точно условленному. Если представлять себе зачет как сопоставление ценностей, тогда необходимо допустить его в пользу всех обязательств, так как каждое обязательство имеет ценность. Но если иметь в виду указанное юридическое основание зачета, то зачету могут подлежать только обязательства, имеющие однородное содержание. Чаще всего поводом к зачету служат обязательства, имеющие своим содержанием платеж денежных сумм. Особенное применение имеет зачет к чекам в операциях расчетных палат. 3) То и другое обязательства должны быть готовы к исполнению, т.е. должен наступить уже срок их исполнения (97, 48). Нельзя обязательству, исполнение которого просрочено, противопоставить обязательство,

которому срок еще не наступил, а может быть, и никогда не наступит по каким-либо обстоятельствам. Но этом же основании кредитор по безусловному обязательству не обязан принимать к зачету условное обязательство. 4) Предполагается, что оба обязательства, подвергающиеся зачету, бесспорны, т.е. не возбуждают никакого сомнения в их силе. Конечно, заявление кредитора, которому представляют к зачету его обязательство, о спорности его не может иметь значения, пока сам суд не признает сомнительности. Несправедливо было бы прекратить право требования кредитора на основании обязательства, возбуждающего сомнения в его действительности. В нашей практике обнаружилось стремление присоединить еще одно условие – заявление должника кредитору о желании произвести зачет, но Сенат признал, что необходимость такого заявления не вытекает из наших гражданских законов (08, 107, ср., однако, 07, 6).

Действие зачета состоит в прекращении силы зачитываемых обязательств, насколько они совпадают по своей ценности. Если долгу за купленную лошадь в 200 руб. противопоставляется заемное письмо в 150 руб., то продавец сохраняет право требования на 50 руб. Но действие зачета проявляется не само по себе. Суд не вправе собственной властью лишить кредитора удовлетворения на основании его обязательства, потому что это было бы нарушением составительного начала. Вопрос о зачете может быть возбужден только по воле должника. Зачет находит себе выражение или в договоре, например, два купца условливаются взаимно погашать платежи по пересылаемым товарам, или же во встречном иске.

Действие зачета должно быть устранено при несостоятельности, потому что оно встречается здесь с другим положением, в силу которого кредиторы несостоятельного должника получают не полное, а только соразмерное удовлетворение. Поэтому дозволение должнику несостоятельного противопоставить его требование к последнему было бы равносильно установлению в пользу одного кредитора, на основании случайного обстоятельства, преимуществ, которых не имеют все другие кредиторы (93, 81). Несмотря на то, наше законодательство допускает возможность полного зачета в конкурсном производстве (уст. суд. торг., ст. 494). [Согласно ст. 169 кн. V Проекта для производства зачета требуется заявление судебное или внесудебное о том одной стороны другой. Не подлежат зачету требования, возникшие из права на получение содержания или вознаграждения за вред, причиненный умышленным деянием (ст. 175)].

VII. Слияние. Обязательственное отношение предполагает наличность двух субъектов, активного и пассивного. Поэтому если пассивный субъект приобретает право требования по обязательству, должником которого является он сам, то отношение прекращается за отпадением элементов, необходимых для существования обязательства. Обстоятельством, вызывающим совпадение в одном лице активного и пассивного субъектов, до этого времени разъединенных, служит общее преемство. Вследствие наследования прежний должник наследодателя становится субъектом всех прав последнего, а следовательно, и права на собственное действие. Частое преемство не может привести к такому результату, потому что оно представляет собою исполнение, а не слияние, например, когда вексель переходит к самому векселедателью, уплатившему вексельную сумму последнему векселедержателю.

Слияние как способ прекращения обязательства основывается на существовании последнего, а потому и не нуждается в подтверждении со стороны закона. Тем не менее наше законодательство указывает на слияние в том случае, когда один из сыновей-наследников был верителем наследодателя, а потому до раздела он должен выступить должником на свою долю по тому обязательству, верителем которого является он сам (ст. 1260). Этот частный случай служит подтверждением общего правила о действии слияния (69, 1292). Применительно к случаю, указанному законом, а также к случаю, когда один из наследников был должником наследодателя, следует признать, что слияние происходит в той части, в какой веритель или должник наследодателя является в то же время его наследником. [Проект кн. V называет слияние совпадением и определяет, что если требование и обязательства, возникшие из одного и того же договора и вообще из одного и того же основания, совпадают в одном лице, то они прекращаются (ст. 177)].

VIII. Смерть. В значительном большинстве случаев содержание обязательства настолько мало связано с индивидуальностью того или другого субъекта, что нет никаких препятствий к

переходу права и обязанности на наследников (ст. 1258 и 1259). Следовательно, смерть активного или пассивного субъекта не прекращает обязательственного отношения, так как его место занимает наследник. Однако это общее правило допускает исключение в тех обязательствах, которые тесно связаны с личностью верителя или должника, содержание которых обуславливается личными качествами обязанного лица. Поэтому-то наш закон постановляет, что договоры о действиях личных, как-то: о найме в услуги и тому подобные, имеют силу только для лиц, заключивших их, и не распространяются на наследников (ст. 1544), другими словами, такие обязательственные отношения прекращаются со смертью того субъекта, которого индивидуальность имела существенное значение для обязательства. Так, например, смерть домашнего врача прекращает договор личного найма и не переходит на его наследников, так как совершение обязательства заключалось в услугах и советах именно этого лица. Напротив, смерть одного из членов этой семьи или даже главы ее не прекращает отношения, как не имеющая существенного значения. Однако если врачебные услуги предполагали одного только члена семьи, то смерть его прекращает обязательство. В случае смерти комиссионера обязательственное отношение по данному ему поручению прекращается, разве бы правопреемники или представитель комиссионера продолжали ведение его торговых дел; напротив, в случае смерти комитента комиссионер обязан продолжать свои действия по данному ему поручению (уст. торг. по Прод. 1910 г., ст. 5424 и 5435).

Такое же последствие, как смерть, имеют и другие обстоятельства, с которыми по закону соединяется необходимость выбыть из отношения, как лишение всех прав состояния, пострижение в монашество (ст. 1223, 1553).

IX. Давность. На прекращение обязательства оказывает влияние также давность. Если в течение 10 лет с того момента, как веритель мог требовать исполнения, обязательство не было исполнено и право требования не было предъявлено ко взысканию, то обязательство прекращается (ст. 1549). Кроме общего, десятилетнего, срока существуют в нашем законодательстве и другие, более короткие сроки для прекращения некоторых обязательств, основанных на договоре или на правонарушении. Если по срочному обязательству произведена уплата части долга, то закон удлиняет срок давности и требование платежа остальной суммы исчисляет не по истечении 10 лет со времени срока платежа, а по истечении 10 лет со времени позднейшей уплаты (ст. 1550), хотя это нельзя признать правильным.

Сила давности распространяется на всякие обязательства совершенно независимо от того, было ли обязательство обеспечено или нет. Между тем в нашей практике было высказано мнение, будто давности не подлежат обязательства, обеспеченные залогом, пока он находится в руках кредитора. "Сущность правоотношений, вытекающих из залогового права, заключается в том, что должник передает кредитору движимость в обеспечение своего долга, и пока этот залог остается в обладании залогодержателя, действие договора о залоге продолжается, ибо залог не перестает служить обеспечением долга, а затем не может быть речи о давности, так как начало срока давности должно исчисляться со дня окончания действия контракта, а при нахождении залога в руках кредитора действие договора о залоге не прекращалось, а следовательно, не наступало начало срока, с которого давность могла бы начать свое течение" (91, 26). В этом решении сразу бросается в глаза полное смешение основного отношения (долгового) и дополнительного (залогового). Сенат упустил из виду, что сила дополнительного договора находится в зависимости от силы главного, что прекращение обязательства, обеспеченного залогом, стоит в зависимости от обстоятельств, не имеющих ничего общего с судьбою залога, что все рассуждения Сената о сохранении силы залогового права построены на совершенном игнорировании главного обязательства. Представим себе, что сделан был заем в 100 руб., сроком на два года, и в обеспечение долга был передан кредитору серебряный самовар. Течение давности для заемного обязательства начнется с наступлением срока платежа, т.е. через два года по совершении договора. Через 10 лет с этого момента, если исполнение не последовало, долговое обязательство теряет свою силу за истечением давности. С погашением главного обязательства теряют силу и дополнительные, а потому должник вправе потребовать обратно свой самовар, находящийся в руках кредитора без всякого юридического основания. [Проект кн. V вводит ряд

сокращенных сроков давности для исков из договорных и внедоговорных оснований обязательств].

§ 40. Договор

Литература: Нечаев, Теория договора (Юр. вестн., 1888, октябрь); Анненков, Условия действительности договоров (Жур. гр. и уг. пр., 1891, N 4); Нолькен, Договоры в пользу третьих лиц, 1855; Дубовицкий, Договоры в пользу третьих лиц (Юр. вестн., 1885, N 6–7); Дювернуа, Пособие к лекциям по гр. праву. Вып. II. Обязательства, 1901; Эренберг, Свобода и принуждение в области гражданского оборота, 1912.

1. Понятие о договоре. Договором называется соглашение воли двух или более лиц, направленное к установлению, изменению или прекращению юридического отношения. Продукт воли нескольких лиц, называемых в настоящем случае контрагентами (ст. 1510), договор является видом юридической сделки. В громадном большинстве случаев договор направлен к установлению обязательственного отношения, так что договор и обязательство чаще всего находятся в связи как причина и следствие. Однако область договора выходит за пределы обязательственных отношений, как в свою очередь и обязательства могут иметь в своем основании не договор, а другой юридический факт, правонарушение, неосновательное обогащение. Договор лежит в основании брака, которым создаются права личной власти, в основании передачи вещи, которою создается вещное право (вещный договор), – такой договор обязательственного отношения не создает. Поэтому германское уложение отводит место договору как в общей части (§ 145–155), так и в отделе об обязательствах (§ 305 и след.). Наше законодательство не только не предполагает, что договор возможен за пределами обязательственного права, но даже смешивает договор с обязательством (ст. 569–572, 1529, 1531). [Проект кн. V отводит договорам II главу (ст. 3–77), распадающуюся на следующие отделы: общие положения (ст. 3–5); заключение договора (ст. 6–20); предмет договора (ст. 21–25); принуждение, ошибка и обман (ст. 26–33); условия и сроки (ст. 34–47); законная сила договоров (ст. 48–53); договор в пользу третьего лица (ст. 54–57); задаток, отступное и неустойка (ст. 58–71); толкование договоров (ст. 72–77)].

a. В договоре выражается воля нескольких лиц, по крайней мере двух, которые в своем или чужом интересе, лично или через представителей намереваются вызвать определенное юридическое последствие. Следовательно, договор с самим собою невозможен.

b. В договоре выражается согласная воля нескольких лиц, устанавливаемая в известный момент времени. Согласие это должно заключаться в соответствии, а не в однородности содержания их воли. Если одно лицо желает купить, а другое продать ту же самую вещь, то такое соответствие намерений дает основание для возникновения договора. Если же оба лица желают купить ту же самую вещь, то такое согласие не составляет условий для установления договора. С этой точки зрения нет договора, хотя и есть согласная воля в единогласном решении собственников дома произвести ремонт или сдать его в аренду, в постановлении по большинству голосов общего собрания акционеров произвести дополнительный выпуск акций. Воля контрагентов должна соответствовать одна другой, если не во всех, то в существенных моментах, т.е. в таких, отсутствие которых устраняет самую наличность соглашения.

c. Согласная воля нескольких лиц способна привести к договору, если она есть взаимно познанная воля. Воля каждого должна достичь другого и быть им усвоена. До этого времени воля каждого лица представляет собою субъективное состояние, а потому лишена юридического значения, так как право имеет дело только с объективным миром. Представим себе, что предложение вступить в договор делается словесно глухому или немой предлагает письменно неграмотному заключить договор. В том и другом случае до вмешательства третьих лиц нет возможности усвоить содержание чужой воли, а потому, хотя бы выраженная явно для посторонних, она останется субъективной для предлагающего, потому что не познается тем, кого имелось в виду связать договором. Поэтому до того времени, пока глухому или неграмотному лицу не сообщать воли другого лица, последнее не связывается своею попыткой выразить намерение. Взаимное познание воли двух лиц в договоре предполагает последовательность их

изъявления. Первое по времени волеизъявление называется предложением (офертой), последующее – принятием.

d. Согласно воля нескольких лиц, взаимно познанная, должна быть направлена на юридические последствия, т.е. на установление, изменение или прекращение юридических отношений. Поэтому не будет договором соглашение нескольких семейств о том, чтобы с целью взаимного развлечения устраивать поочередно вечера.

II. Содержание договора. Содержание договора или, как неправильно выражается наш закон, предмет договора (ст. 1528), есть то юридическое последствие, на которое направлена согласная воля двух или более лиц. Достижение этой цели предполагает прежде всего действительность договора, т.е. наличие всех условий, при которых государственная власть готова дать юридическую обеспеченность соглашению. Действительность договора обуславливается именно его содержанием.

1. Содержание договора должно быть физически возможно. Если действие, намеченное в договоре, оказывается физически невыполнимым, то цель договора представляется недостижимой и договор признается недействительным. Физическая невозможность не совпадает с трудностью, может быть, не предусмотренной при соглашении. Но с другой стороны, правовой порядок, обеспечивая юридическую защиту интересам, считается не только с абсолютной невозможностью по законам природы, но и с экономической невозможностью, т.е. неосуществимостью намеченной цели при помощи тех технических средств, какие контрагенты могли иметь в виду. Так, например, следует признать недействительным договор о перестановке в Москве каменного дома с одной улицы на другую, хотя со временем такие договоры, может быть, будут заключаемы и у нас. Физическая невозможность должна быть объективной, а не субъективной, действие предполагается невыполнимым для каждого, а не только для обязавшегося лица. Так, например, сельский рабочий уговаривается сжать своими силами 3 десятины в день или авиатор обязывается доставить на своем аэроплане в один день из Петрограда в Москву груз в 50 пудов. Наконец, для недействительности договора необходимо, чтобы невозможность была первоначальной, а не последующей. Если кто продает лошадь, которая после соглашения падает потому, что была загнана, то, конечно, передать эту лошадь уже невозможно, но это не освобождает от ответственности за неисполнение. Напротив, продажа лошади, индивидуально определенной, павшей до соглашения, без ведома контрагентов, подрывает силу договора.

2. Содержание договора должно быть юридически дозволено, или, как выражается наш закон, не противно законам (ст. 571 и 1528). По нашему законодательству договор недействителен, если побудительная причина к заключению его есть достижение цели, законами запрещенной (ст. 1529), как-то, когда договор клонится: а) к расторжению законного супружества, например, соглашение супругов о том, чтобы не жить вместе и никогда не требовать сожителства; б) к подложному переукреплению имущества во избежание платежа долгов, например, фиктивная распродажа или дарение имущества перед объявлением несостоятельности; в) к лихоимственным изворотам, например, условия, направленные в обход закона 24 мая 1893 г. о ростовщичестве; г) к присвоению частному лицу такого права, которого оно по состоянию своему иметь не может, например, при запрещении иностранцам приобретать недвижимости в Царстве Польском, договор о предоставлении иностранному подданному бессменного управления имением, купленным за его счет через подставное лицо; д) ко вреду государственной казны, если соглашение не только соединяется с таким ущербом, но направлено непосредственно на эту цель, поэтому нарушению правил о гербовом сборе влечет за собою только штраф, но не недействительность договора. Приведенные в законе случаи не исчерпывают всего содержания указанной статьи, которая перечисляет только примеры, что обнаруживается из выражения "как-то", и потому допускают возможность и других случаев противоречия договоров закону (86, 65; 96, 74). Так, например, следует признать недействительным соглашение торговцев, направленное к возвышению цен на предметы продовольствия (улож. о наказ., ст. 913). Во многих случаях сам закон указывает на недействительность тех или иных соглашений, направленных против установленных законов; так, например, признаются недействительными всякие соглашения, имеющие своей целью сложить или облегчить ответственность железных дорог и пароходных предприятий (ст. 683, п. 3), признаются не имеющими силы соглашения об уступке, отчуждении

или обременении долгами ожидаемого наследства при жизни того, после кого должно открыться наследство (ст. 710), и много других случаев.

В связи с указанными случаями возбуждается вопрос, следует ли признавать недействительность только тех соглашений, по поводу которых в законе именно указано такое последствие или же недействительность может быть признана и в других случаях соглашения, с которыми закон не связывает непосредственно такого последствия? К решению вопроса в первом смысле трудно прийти, потому что таким путем можно поощрить договоры, законам противные, хотя с точки зрения законодательной такой прием был бы наиболее правилен. Решая вопрос во втором смысле, необходимо найти тот принцип, при помощи которого одни из договоров, с законом не согласных, должны быть лишены силы, а за другими она должна быть признана (97, 3).

Наш закон говорит, что цель договора должна быть непротивна "общественному порядку" (ст. 1528, *ordre public*?). Если должен существовать принцип, в силу которого одни соглашения, противные общественному порядку, признаются недействительными, а другие сохраняют свою силу, то, может быть, его следовало бы свести к различию норм публичного права, охраняющих интересы общегосударственные и ограждающих общественный порядок, с одной стороны, и норм частного права, определяющих правоотношения частных лиц, с другой стороны (88, 39; 91, 62). Но в таком виде едва ли принцип может быть твердо обоснован. Весь вопрос о силе сделок возбуждается в области гражданского права, а потому логически неправильно делать в этой области новое подразделение публичного и частного права. Принцип, так выраженный, не разрешит вопроса о силе, например, соглашения между общими собственниками, направленного к устройению на известный срок возможности раздела по требованию каждого из них; вопроса о силе договора, устраняющего применение давности; вопроса о силе соглашения, направленного к исключению права обращаться к суду за защитой. Правильнее было бы формулировать принцип следующим образом: договор должен быть признан недействительным, когда он направлен на устранение применения закона, с которым связываются интересы не только соглашающихся сторон, но также интересы других лиц и даже всего общества. К этой точке зрения склонен, по-видимому, примкнуть Сенат. По его указанию правило ст. 1529 не имеет исчерпывающего характера и может иметь применение во всех тех случаях, когда договор совершается в обход закона, ограждающего права других лиц, в договоре не участвовавших (08, 13). На основании этого принципа едва ли можно опровергнуть за отсутствием противоположного закона договор, в силу которого стороны устанавливают более краткую давность сравнительно с законом; наоборот, следует признать недействительность соглашения, направленного к удлинению срока давности, так как последствием такого договора может быть та вредная для посторонних лиц запутанность отношений, которую закон имел в виду устранить установлением исковой давности или лишением человека свободы распоряжаться своим имуществом, пользования судебной защитой.

3. Содержание договора должно быть нравственно допустимо или не стоять в противоречии с нравственностью (*contra donos mores*), или, как выражается наш закон, не быть противным "благодичию" (ст. 1528, ср. еще ст. 2151 и пол. нотар., ст. 90). Это условие действительности договоров признается всеми законодательствами (франц. гражд. код., § 6, герм. гражд. улож., § 138, швейц. обяз. закон, § 20). Следует, однако, заметить, что нравственные понятия подлежат изменению и проникают в сознание общества или исчезают из него постепенно. Поэтому с практической точки зрения только договоры, нарушающие общественную нравственность в поражающей степени, будут признаны недействительными. Так, например, не подлежит сомнению, что договор между держателем дома терпимости и находящимися в нем девушками об уплате неустойки за отказ в исполнении условленного будет признан недействительным. Наша практика отвергла требование свахою условленного вознаграждения за устроенный брак, как вытекающее из недостойного соглашения (99, 82). Не будет признан договор продажи женою трупа мужа для целей анатомического театра. После некоторого колебания французские суды признали силу да договором между антрепренером и артелью клакеров. Но, например, договор с рабочим подрядчика, который, пользуясь безвыходным положением первого, связывает его на пять лет самыми невыгодными условиями личного найма, едва ли будет признан противоречащим общественной нравственности при современном складе экономических отношений.

III. Свобода договора. Настоящее время представляет особенно благоприятную почву для развития договорных отношений, так что этот отдел права занимает в современном быту наиболее видное место. Эти благоприятные условия заключаются в меновом хозяйстве и свободе личности. При таком экономическом строе, когда происходит разделение труда и каждое хозяйство специализируется в известной отрасли производства и промышленности, само собою создается целый ряд договоров, возникающих из обмена. Каждое хозяйство продукты своего труда обменивает на продукты производства других хозяйств, а чем более развиваются потребности и разнообразятся средства их удовлетворения, тем с большим числом хозяйств приходится вступать в обмен. Отсюда та грандиозная картина договорных отношений, которая развертывается перед нами на фоне современного экономического и торгового оборота.

С другой стороны, с уничтожением последних следов личной зависимости устанавливается полная свобода личности и юридическое равенство. Свобода труда, свобода избрания занятий, свобода передвижения, свобода промышленности, свобода рынка и конкуренции – вот те важные факторы, которые побуждают каждого ко вступлению во всевозможные договорные отношения. Свобода договора с устранением субъективных ограничений, а также формализма стала рядом с правом частной собственности, одною из главных основ современного правового порядка. В свою очередь свобода договора, вызванная потребностями экономического строя, отражается на дальнейшем разделении труда. Принцип свободы договора принимается нашим законодательством в его положении, что "договаривающимся сторонам оставляется на волю включать в договор по обоюдному согласию и по их усмотрению всякие условия, законам не противные" (ст. 1530).

Договорные отношения увеличиваются не только в количественном отношении. Они чрезвычайно усложняются включением различных побочных условий, так что требуется опытный глаз юриста, чтобы определить основную юридическую природу договора. Кроме того, бытовые условия необыкновенно благоприятствуют развитию новых видов договоров из сочетания различных юридических элементов.

Наблюдение над тою ролью, какую играют договоры в современном быту, дало основание Мейеру высказать предположение, что, "быть может, нынешние наши вещные права заменяются впоследствии правами на действия". Это замечание может быть верно для прав на чужие вещи, но не для права собственности, которое все же останется основой договорных отношений. Право собственности не может быть заменено как правовой институт обязательствами, но в отдельных случаях действительно та же цель станет достижима посредством договора вместо права собственности.

Следует, впрочем, заметить, что безграничная свобода договора, которая выставлялась недавно как необходимое условие гражданского быта и основной принцип законодательной политики, в последнее время подвергается стеснениям под возрастающим давлением общественных интересов. Закон устанавливает положения не только на случай молчания контрагентов, но и без возможности изменения их по соглашению. Это мы видим особенно в договоре личного найма фабричных рабочих. Даже более, закон принуждает ко вступлению в договоры при наличности известных условий. Это мы видим в железнодорожной перевозке, в сделках поклажи в товарных складах, в страховании. Железная дорога обязана принять доставленный ей к перевозке груз, она не может сложить с себя или облегчить установленную для нее законом ответственность, она не должна брать за перевозку ни выше, ни ниже тарифа. Новейшие законы о страховом договоре стараются всеми силами обеспечить страхователя от свободы соглашения, вследствие которой сильные своим положением страховые общества диктуют частным лицам тягостные условия сделки. Внимание к слабейшей фактически стороне заставляет законодателя в последнее время отрицать юридическое значение за такими договорами, при заключении которых один контрагент воспользовался бы к невыгоде другого его нуждою, неопытностью, легкомыслием. Таково направление, обнаруживаемое новейшими законодательствами, германским (§ 138) и швейцарским (§ 21). Они признают недействительность договора, по которому одно лицо, воспользовавшись нуждою, легкомыслием или неопытностью другого, выговорило в свою пользу или в пользу третьего лица выгоды, явно не соответствующие тому, что оно само обещало со своей стороны. Однако новое течение, означающее торжество

начала государственного вмешательства над безграничным индивидуализмом, еще не настолько выяснилось, чтобы устранить принцип свободы договора.

IV. Виды договоров. Все договоры по общим для некоторых из них признакам разделяются на известные группы.

1. Различаются договоры односторонние и двусторонние. Некоторые договоры создают отношение, из которого обнаруживается для одного контрагента только право, для другого только обязанность, как, например, при поручительстве, дарении, займе. так, например, при займе обязанность лежит только на должнике – уплатить взятую сумму денег, тогда как кредитору принадлежит только право взыскать эту сумму, но никакой соответствующей обязанности он не несет. Напротив, в иных договорах для каждого контрагента создается право и каждый несет обязанность, как, например, при имущественном найме. Некоторые договоры по природе своей односторонни, как, например, ссуда. Другие договоры по природе своей двусторонни, как, например, купля-продажа, имущественный наем. Наконец, третьи могут быть односторонними, но могут принять и двусторонний вид, например поклада, если за сохранение условлено вознаграждение. В двусторонних договорах, строго говоря, два отношения, из которых каждое имеет своего активного и пассивного субъекта, только что эти отношения тесно срастаются в одно и не могут быть произвольно разъединяемы. Понятие об односторонних договорах не следует смешивать с понятием об односторонних сделках: последние создают отношение волею одного лица, тогда как в основании всякого договора, а следовательно, и одностороннего, лежит всегда воля не менее двух лиц. Заем, например, есть двусторонняя сделка, но односторонний договор.

Практическое значение указанного деления заключается именно в этой связи двух отношений, в связи взаимных прав и обязанностей, которая характеризует двусторонние договоры.

a. В двустороннем договоре каждая сторона вправе отказаться от исполнения, если другая сторона не исполняет лежащей на ней обязанности (*exceptio non adimpleti contractus*). При этом предполагается, конечно, что в договоре не было определено, кто должен первым начать исполнение. так, продавец может уклониться от передачи проданной вещи, пока покупатель не платит деньги, а покупатель может уклониться от платежа денег, пока продавец не передаст ему проданной вещи. Хотя в нашем законодательстве это положение не высказано, но Сенат считает его за "коренное юридическое начало", вытекающее из самой природы двусторонних договоров, в которых взаимные обязанности сторон друг друга обуславливают (10, 40).

b. В двустороннем договоре каждая сторона, исполнившая свою обязанность, вправе требовать прекращения договора и возвращения назад переданного, если другая сторона не исполняет лежащей на ней обязанности. Так, в случае, если арендатор не платит наемной платы, собственник сданной в аренду вещи, контрагент, может требовать расторжения договора. С точки зрения французского законодательства право просить суд о расторжении не зависит от причины, создавшей неисполнение, – все равно обуславливается ли оно уклонением контрагента или случайною невозможностью исполнения (франц. гражд. код., § 1184). По германскому законодательству прекращение двустороннего договора наступает только в том случае, если неисполнение не обусловлено виною (герм. гражд. улож., § 323), но зато при неисправности другая сторона может назначить срок исполнения, после которого вправе считать себя свободной от договора. В нашем законодательстве нет указаний по данному вопросу. Сенат в прежнее время придерживался того взгляда, что неисполнение одною стороною договора не дает другой стороне права требовать уничтожения его. Но позднее Сенат стал на противоположную точку зрения, и для двусторонних договоров установил то начало, что неисполнение одною стороною такого действия, которым именно обуславливалось какое-либо действие другой стороны, освобождает сию последнюю от исполнения условленных действий или уплаты (10, 59).

2. Договоры могут быть возмездные и безвозмездные или, иначе, дарственные. Договор признается возмездным, когда каждая сторона за свое действие в пользу другой получает право требовать соответствующего действия от другой. Не существенно, чтобы оба действия были с экономической стороны эквивалентны, но необходимо, чтобы оба они представляли экономическую ценность. К договорам безвозмездным по существу относятся: дарение, ссуда, безвозмездными могут быть доверенность, поклада. Возмездные договоры – наем личный и

имущественный, купля-продажа. Деление договоров на возмездные и безвозмездные не совпадает с делением на двусторонние и односторонние: заем есть договор односторонний, но возмездный (проценты).

Практическое значение настоящего деления состоит в том, что при конкурсе закон в интересе кредиторов с большею легкостью уничтожает безвозмездные договоры, нежели возмездные (уст. суд. торг., ст. 460–486); что ответственность должника за исполнимость обсуждается строже при возмездных, чем при безвозмездных договорах; что в области торговой господствует предположение в пользу возмездности договора.

3. Существует различие между обоснованными и абстрактными договорами. Когда говорят об основании договора, то имеют в виду при этом не наличность цели, потому что бесцельных договоров нет, и не интерес, потому что отношение, лишенное интереса, не создает права, а следовательно, и не имеет юридического значения, и не мотив, побуждающий лица вступать в обязательственное отношение, потому что это обстоятельство безразлично с юридической точки зрения. Под основанием договора принимается ближайшая и непосредственная причина установленной обязанности. так, например, заем как обязанность возратить полученное указывает на основание обязательства – обязан платить потому, что получил на время; поклада создает обязанность возратить вещь потому, что принял на сохранение. В двусторонних договорах основание обязанности одного контрагента лежит в ожидаемом исполнении или в уже исполненной обязанности другого: продавец обязан передать проданную вещь потому, что покупатель должен заплатить или уже заплатил цену, покупатель обязан заплатить цену потому, что продавец должен передать или уже передал вещь. В дарении основанием служит явно выраженное намерение обогатить другого в размере передаваемой ценности.

В противоположность таким обоснованным договорам возможны договоры, отвлеченные от своего основания, когда контрагенты обязываются, не указывая вовсе на основание. Договор заключается при обоюдном намерении контрагентов, чтобы действие было исполнено безотносительно к тому, почему один согласился исполнить условленное действие в пользу другого. Такие договоры, называемые абстрактными, вполне возможны. У нас абстрактный характер носит вексель, для которого валюта ныне не существенна; обязательство платить сальдо по коррентному отношению; облигации на предъявителя, выпускаемые разными обществами и учреждениями. Для различия абстрактного договора и обоснованного возьмем долговое обязательство. Должник обязывается уплатить 100 руб., которые (потому что) он получил от кредитора заимообразно или же которые (потому что) он остался должен за пользование квартирою. Напротив, абстрактное обязательство выражается так: должник обязан заплатить 100 руб. (без всякого объяснения почему).

Некоторые законодательства придают особое значение основанию договора. Так, по французскому праву для действительности договора существенна причина (cause) обязательства, и обязательство, не имеющее причины, не может иметь никаких последствий (франц. гражд. код., § 1108 и 1131). Особенно важное значение обоснованию договора (consideration of a contract) придает английское право; необоснованные договоры, к которым английские юристы относят и дарение, для действительности своей нуждаются в письменной форме за частною печатью (under seal). Напротив, германское законодательство совсем не упоминает об основании договора как условия его действительности (герм. гражд. улож., § 241), а швейцарское прямо его отвергает (швейц. обяз. закон., § 17). Это, однако, нисколько не мешает тому, что по новым законодательствам поступление ценности от одного лица к другому без достаточного основания (ohne rechtlichen Grund) создает обязательство возратить неправильно полученное (герм. гражд. улож., § 812). Точка зрения нашего законодательства не совсем ясна. Правда, закон указывает (ст. 1529), что наличность побудительной причины известного рода делает договор недействительным, но отсюда еще не следует, чтобы к такому же последствию приводило и отсутствие побудительной причины.

Практическое значение различия между обоснованными и абстрактными договорами сводится к тому, что отсутствие обстоятельства, составляющего основание обоснованного договора, поражает силу последнего, тогда как при абстрактном договоре неосуществление ожидаемого обстоятельства, которое имелось в виду тою или другою стороною при установления

обязательства, не имеет никакого влияния на силу договора. Приняв на себя абстрактное обязательство, должник не вправе уклоняться от исполнения договора под тем предлогом, что не осуществилось предполагаемое им основание. Так, например, ответчик против предъявленного к нему иска о платеже по векселю возражает, что это только контрвексель, выданный ответчиком взамен векселя, выданного истцом для учета в банке и возвращенного уже истцу. По этому поводу Сенат правильно высказался, что основание вексельного обязательства коренится не в договоре, из которого возник вексель, а в самом векселе, а потому для вексельного права безразлично, на какой почве вексель оказался выданным, по какому поводу выдача векселя последовала и в чем выражаются валютные отношения, связанные с получением равноценности за выданный вексель (09, 53). Однако должник не лишен возможности ссылаться на отсутствие основания, пока такое возражение не нарушает интереса тех, кто обращается к нему с требованием. Так, спор о безденежности векселя возможен против первого приобретателя и даже против последующих векселедержателей, если они знали о безденежности векселя. Таким направлением русской судебной практики значительно ослабляется сила абстрактности.

В нашем законодательстве встречаются отдельные указания на последствие, какое имеет отсутствие основания, когда оно обнаруживается из самого договора. так, например, заем признается ничтожным, если обнаружится его безденежность (ст. 2014). Это вполне последовательно: когда должник обязывается возвратить занятую сумму, то его обязательство оказывается лишенным основания, если он не занимал в действительности, нельзя возвращать того, что не было получено.

4. Договоры разделяются на главные и дополнительные, смотря по тому, составляют ли они сущность отношения или только осложнение его, которое может быть устранено без нарушения самого отношения. Таковы, например, все договоры об обеспечении обязательств. Практическое значение этого различия состоит в том, что судьба дополнительных договоров следует судьбе главных: перемена активного субъекта в главном договоре влечет за собою соответственное изменение субъекта в дополнительном, недействительность или прекращение главного отношения влечет те же последствия и для дополнительного. Но судьба дополнительного договора не имеет влияния на судьбу главного.

V. Совершение договора. Совершение договора предполагает наличность согласной и взаимно усвоенной воли двух или более лиц. Для этого необходимо, чтобы один выразил другому свою волю, т.е. сделал предложение вступить в договор, а другой обнаружил свою соответствующего содержания, т.е. принял предложение. Но кроме того, необходим момент времени, в который бы эта воля нескольких лиц совпала, – простая последовательность еще недостаточна, нужно, чтобы принятие предложения обнаружилось тогда, когда еще не изменилась воля предложившего.

Предложение есть одностороннее волеизъявление, обращенное к другому, с целью создать необходимое для договора соглашение. Предложение составляет уже элемент договора, если позднее окажется налицо весь остальной фактический состав, требуемый по закону. Поэтому предложение должно содержать в себе все существенные части предполагаемого договора, так чтобы согласие с предложением, сделанное другою стороною, могло без дальнейших изменений привести к осуществлению договора. С этой точки зрения нельзя считать предложением в техническом смысле слова простое обращение с предложением начать сношения для заключения договора или присылку прейскуранта, с указанием рода товара и цен, но без удостоверения, что товар имеется налицо. Предложение не должно быть обращено непременно к определенному лицу, потому что возможны сделки через автоматы, когда проходящий, прочтя предложение, бросает в отверстие монету для получения вещи, например конфет, потому что выставленный в витрине товар с обозначением цены дает основание всякому войти в магазин и, уплатив деньги, потребовать эту вещь.

Предложение связывает того, кто его сделал. Эта связанность прекращается, если тот, к кому оно лично обращено, не дает немедленного ответа, но она может продолжаться, если предложивший согласился на некоторый срок, до истечения которого он готов ждать принятия, например, домохозяин, предложивший купцу торговое помещение, дает ему неделю для решения, подходит ли оно для него и не может ли он найти лучшего (Проект кн. V, ст. 7).

По полноте своего содержания предложение начинает собою состав договора. По отсутствию этой полноты не может считаться предложением такое обращение к другому, которым открываются лишь предварительные переговоры по заключению договора. Стороны во взаимных заявлениях, устных или письменных, еще ищут требуемого содержания, которое бы отвечало их воле и законному составу договора. Такие переговоры не имеют юридического значения и не обязывают вступивших в них.

От предварительных переговоров отличается предварительный договор. Это есть договор о заключении в будущем другого договора. Как вполне состоявшееся соглашение с определенным содержанием, предварительный договор несколько отличается от соглашения контрагентов по основному вопросу при разногласии в частностях: это также настоящий договор, и если контрагенты не согласятся по таким отдельным пунктам, то последние будут восполнены на основании закона или заведенного порядка. Предварительный договор отличается также от договора, не облеченного еще в окончательную форму. Если эта форма существенна по закону для сделки, то такое соглашение не может считаться договором; если же она не существенна, то перед нами вполне действительный договор, к которому ничего не прибавится от облечения его в новую форму, хотя стороны, заключая договор, могут согласиться в том, чтобы сила договора была поставлена в зависимость от облечения сделки в известную форму (например, нотариальную), и тогда форма, являясь одним из существенных условий соглашения, определит момент совершения договора. Отличаясь от всех этих случаев, в которых нет еще договора, предварительный договор есть соглашение о совершении в будущем договора ввиду отсутствия в данный момент некоторых существенных условий. Так, например, запродажа есть предварительный договор о купле-продаже, договор об открытии кредита есть предварительный договор о займе. Сила таких договоров заключается в том, что стороны обязываются с наступлением известного срока или обстоятельства совершить другой договор, но не могут быть принуждены к тому (76, 197), а только возмещают вред, причиненный ими от уклонения (77, 116). Следовательно, с этой стороны предварительные договоры имеют такое же юридическое значение, как и те, которые имеются в виду при заключении их.

Некоторое сомнение возбуждает договор между отсутствующими контрагентами, т.е. лицами, разделенными пространством, так что между предложением и принятием должен непременно быть некоторый промежуток времени. Поэтому договор по телефону не подходит под понятие договора между отсутствующими контрагентами. Такой промежуток времени необходим при совершении сделки через посыльного или по почте, письмом или телеграммой. Вопрос осложняется именно тем, что между выражением воли со стороны одного контрагента и усвоением ее другим должно пройти некоторое время. Предложение, которое представляет собою указание на все существенные условия договора, соединенное с очевидным намерением заключить его, не имеет юридического значения, пока не достигло и не усвоено тем лицом, кому оно было послано. Поэтому оно всегда может быть беспрепятственно взято назад, если это только будет сделано также одновременно или до прихода предложения, например, по телефону, по телеграфу или письмом, отправленным с тою же почтою. Предложение может быть взято обратно и после этого момента, но только тогда предложивший обязан возместить убытки, которые мог понести получивший предложение, приступая к исполнению. Второй контрагент выражает свою волю в принятии, которое, чтобы не остаться чисто субъективным, должно быть усвоено первым контрагентом. Как и предложение, посланный ответ можно взять назад посредством предупреждающего средства (Проект кн. V, ст. 8–12).

По вопросу о моменте совершения договора между отсутствующими контрагентами существует два взгляда. а) По одному мнению, таким моментом является выражение согласия со стороны лица, получившего предложение. Эта теория основывается на первом условии действительности договора, на необходимости согласной воли и игнорирует второе условие – необходимость взаимного усвоения этой воли. Самое понятие о моменте выражения согласия на предложение представляется довольно шатким: должно ли под этим понимать субъективное состояние воли, или отправление ответа, или невозможность взятия назад посланного письма или телеграммы? Эта теория принята новым швейцарским законодательством, которое постановляет, что договор между отсутствующими производить свое действие с момента, когда отправлен был

ответ, а если по условиям сделки ответ не ожидался, то с момента получения предложения (швейц. обяз. закон, § 10). б) По другому взгляду, договор совершается в тот момент, когда ответ, заключающий в себе принятие, достигает лица предложившего. Теория эта несколько отодвигает момент совершения договора, но зато отличается большею последовательностью, нежели первая. Этой теории придерживается германское законодательство (герм. гражд. улож., § 130) [и наш проект кн. V (ст. 8, 10)].

VI. Договоры в пользу третьих лиц. По общему правилу права и обязанности по договору устанавливаются между самими контрагентами. Но возможны и такие договоры, в силу которых право требования приобретает не контрагентами, а третьим лицом. Эти договоры носят название договоров в пользу третьих лиц. Эта форма договора, противоречащая принципу индивидуальности обязательств, долгое время не признавалась, как несогласная с началами римского права, пока современная жизнь не выдвинула с очевидностью ряд подобных отношений.

Договоры в пользу третьих лиц должны быть отличаемы от некоторых смежных правоотношений. Нередко тем же именем обозначаются такие договоры, из которых для третьих лиц обнаруживается польза. Так, например, дама-благотворительница покупает платье и провизию для бедной семьи и приказывает отправить все выбранное по адресу; одно лицо нанимает для другого квартиру, в которой само не живет, но платит. В этих и подобных случаях выгода третьего лица не связана с правом требования; таким договором право требовать исполнения приобретает только контрагентом, а не посторонним. Напротив, по договору в пользу третьих лиц последние приобретают самостоятельное право, а не только выгоду. Не следует смешивать рассматриваемое отношение с представительством. Хотя представитель также действует в пользу представляемого, и по заключенной им сделке право приобретает представляемым, но он заключает договор от имени последнего, тогда как договор в пользу третьего лица заключается контрагентом от своего имени. Договор в пользу третьего лица нельзя рассматривать как цессию, как уступку третьему лицу права, приобретенного лично в отношении должника. Контрагент по такому договору сам права не приобретает, – он вправе настаивать на исполнении договора только в пользу третьего лица, а не в свою пользу. Противоположное решение является весьма опасным для договоров личного страхования, так как при такой конструкции страховое вознаграждение могло бы быть отнесено к имуществу страхователя в случае его несостоятельности.

В современном быту встречаются нередко договоры в пользу третьих лиц, но особенно выдвигаются между ними договоры о страховании жизни в пользу жены, детей или других лиц, о страховании от несчастных случаев. Такой же характер носят спедиционные договоры, в силу которых право на получение груза приобретает адресатом или иным лицом. Сенат даже полагает, что завещатель, возлагая на наследника обязанность произвести третьему лицу выдачу известной суммы денег, как бы заключает договор с наследником в пользу третьего лица (09, 40). Наше законодательство не говорит ни слова о договорах в пользу третьих лиц, но допустимость их едва ли может подлежать сомнению, потому что они не противоречат общему духу русского права (ст. 1530). Закон наш говорит, что всякий договор налагает на договаривающихся обязанность его исполнить (ст. 569), но закон не утверждает, что право требовать по договору исполнения или удовлетворения принадлежит только договаривающимся (ст. 570). Наша практика, на рассмотрение которой подобные случаи не раз восходили, высказалась за признание юридической силы за договорами в пользу третьих лиц (80, 174; 07, 23).

Сомнение возникает, конечно, не относительно действительности принятой на себя одним из контрагентов обязанности исполнить что-либо в пользу третьего лица, потому что это только известный образ исполнения, на который заранее согласился должник и к которому его может по праву принудить его контрагент, а относительно возможности для третьего лица приобрести право по сделке, в которой он не принимал участия.

Главный вопрос, возбуждаемый договором в пользу третьего лица, состоит в момент, с которого последнее приобретает право. Возникает ли это право в момент заключения договора между контрагентами или позднее, когда третье лицо выразит должнику свое согласие на принятие этого права? Другими словами, устанавливается ли право требования непосредственно волею одних только контрагентов или необходимо участие воли третьего лица? Поставленный вопрос имеет не одно теоретическое, но и практическое значение. Если признаем, что право

устанавливается непосредственно договором, то тем самым контрагент уже лишен права изменить договор, а это было бы стеснительно, например, при страховании в пользу детей. С другой стороны, если признаем, что право приобретается только со времени выраженного третьим лицом согласия, то тем самым будет установлено, что третье лицо до этого момента права не имеет, что право это принадлежит только контрагенту и что поэтому наследники его могут отменить.

Теоретическое решение должно быть в пользу того взгляда, по которому право приобретается третьим лицом со времени выраженного им должнику согласия. Едва ли можно утверждать, как это делает Виндшейд, будто такой взгляд противоречит воле самих контрагентов; если они обнаруживают позднее намерение изменить условия, то едва ли можно толковать их волю в смысле отказа от возможности изменения договора. Для третьего лица воля контрагентов является совершенно субъективной, пока она не была сообщена ему и не усвоена им, а потому и не может иметь для него юридического значения. Его право требования, – как и всякое право требования, не перешедшее по наследству, а первоначальное, – не может возникнуть помимо его воли, явно для других обнаруженной. Договор в пользу третьего лица имеет дарственный характер, а дарение предполагает согласие одаряемого на принятие дара. Притом, как согласить принцип непосредственного установления прав третьего лица с возможностью заключать договор в пользу третьих еще не известных или несуществующих лиц, например, отец совершает договор личного страхования в пользу будущих детей выходящей замуж дочери.

Следовательно, право третьего лица по общему правилу возникает только со времени выраженного им согласия. Эта точка зрения принята и нашею практикою. "От третьего лица зависит согласиться или не согласиться на принятие того, что выговорено в договоре в его пользу. До предложения об этом третьему лицу и изъявления им согласия контрагенты вправе изменить и даже уничтожить договор; но с того времени, когда третье лицо выразило свое согласие воспользоваться предоставленным ему в договоре правом, оно уже является участником в договоре и не может быть лишено своего права по желанию контрагентов" (82, 4). Этот взгляд находит себе подтверждение и в нашем законодательстве. так, вкладчик может при внесении вклада в сберегательную кассу указать лицо или учреждение, которому после его смерти вклад должен быть выдан, и такое условие не ограничивает права вкладчика распоряжаться при жизни вкладом (т. XI ч. 2, уст. кред., разд. V, ст. 56). Однако условия договора могут быть такого рода, чтобы предоставить третьему лицу право непосредственно в момент совершения сделки или с наступлением известного срока или обстоятельства, независимо от того, успело или нет третье лицо выразить свое согласие. [По проекту кн. V если третье лицо изъявило должнику согласие воспользоваться предоставленным ему по договору правом, то договорившиеся стороны не могут изменить или отменить договор, разве бы они сохранили за собой такое право в самом договоре (ст. 55)].

VII. Толкование договоров. Как бы подробно и внимательно ни определили контрагенты условия своего договора, все-таки они не в состоянии предусмотреть всех вопросов и сомнений, какие могут позднее возникнуть. Если принять еще во внимание, что редкие договоры редактируются при участии юристов, которые могли бы точнее определить отношения сторон и предупредить возможность многих недоразумений, то станет понятным, почему почти все договоры, за редкими исключениями, вызывают потребность в разъяснении их смысла. Собственно говоря, единственным руководителем в этом деле может быть только логика, которая по внешнему выражению воли должна открыть истинное намерение контрагентов. Новейшие законодательства предлагают толковать договор всегда по доброй совести – nach Treu und Glauben (герм. гражд. улож., § 157); при оценке формы и содержания договора предписывают искать действительное и общее контрагентам намерение, не придавая значения неточным выражениям, к которым стороны прибегли (швейц. обяз. закон, § 18). наше законодательство по вопросу о толковании договоров предлагает, по примеру законодательств начала XIX века, довольно подробные правила толкования.

Прежде всего обращает на себя внимание то обстоятельство, что закон наш устанавливает буквальное толкование, утверждая, что договоры должны быть изъясняемы по словесному смыслу (ст. 1538). Следовательно, если с внешней стороны текст договора не возбуждает важных сомнений, то суд обязан придерживаться буквального смысла, хотя бы из всех обстоятельств дела

обнаруживалось несоответствие содержания истинному намерению контрагентов. Только в случае важных сомнений, возбуждаемых словесным смыслом, закон позволяет изъяснить договор по намерению сторон и доброй совести (ст. 1539), тем самым допуская, что словесное толкование может привести к выводам, несовместным с доброю совестью. Очевидно, важность сомнения, которая давала бы право суду перейти от буквального толкования к толкованию намерений, составляет вопрос каждого отдельного случая. Суд, конечно, охотно будет признавать ее наличие, но следует иметь в виду, что обстоятельство это может послужить поводом к кассации, так как Сенат хотя и относит толкование договоров к существу дела (88, 20), однако под предлогом явного извращения смысла договоров (89, 53) весьма часто принимает к своему ведению толкование договоров.

При толковании по намерению закон предлагает следующие правила: 1) Слова двусмысленные должны быть изъясняемы в смысле, наиболее соответствующем существу главного предмета в договорах (фр. гр. код., § 1158). 2) Не следует обращать внимания, если в договоре упущено такое слово или выражение, которое вообще и обыкновенно в договорах употребляется и которое потому само собою разумеется (фр. гр. код., § 1160). 3) Неясные статьи договора объясняются по тем, которые не возбуждают сомнения (фр. гр. код., § 1161). 4) Когда выражения, в договоре помещаемые, не определяют предмета во всех его частях с точностью, тогда следует обращаться к заведенному порядку (фр. гр. код., § 1159). 5) Ввиду того что от верителя, как наиболее в том заинтересованного, зависело определить содержание обязательства с большею точностью, сомнение в договоре следует толковать в пользу должника (фр. гр. код., § 1162). При таком точном воспроизведении правил толкования, принятых во французском законодательстве, остается непонятным, почему наши кодификаторы установили относительно основного правила обратное положение: тогда как по русскому праву договоры должны быть изъясняемы по словесному их смыслу, по французскому праву в договоре скорее надлежит исследовать общее намерение договаривающихся сторон, нежели останавливаться на буквальном смысле выражений (фр. гр. код., § 1156). [Трепицын оспаривает изложенное толкование об отношении "важных сомнений" лишь к внешней стороне и считает, что в договорах правила ст. 1539 должны применяться всякий раз, когда между буквальным и общим смыслом договора есть разногласие. Вообще между французским кодексом и т. X ч. 1 различие в этом вопросе чисто редакционное. Проект кн. V ставит толкованию договоров общей задачей отыскание смысла, наиболее благоприятного для сохранения силы договора (ст. 75). Главные средства, точный смысл, соответствующий "существу договора", "разуму всего договора" (ст. 12, 74, 75), наряду, с одной стороны, с "доброй совестью и намерением лиц" (ст. 72) и предшествующими переговорами, изложенными на письме, и прежними договорами тех же лиц (ст. 75) – с другой. При определении прав и обязательств сторон при недостаточности договора "содержание его восполняется по основанию закона, а при отсутствии последнего – на основании обычая" (ст. 76)].

VIII. Классификация договоров. Количество договорных отношений возрастает по мере усложнения экономической организации. Некоторые договоры успели настолько определиться в течение своего продолжительного существования, что даже самые отсталые законодательства содержат в себе постановления о них. Существует ряд договоров, которые появились сравнительно недавно, но уже успели сложиться в определенный тип, хотя законодательства и не дали им еще места в своей системе. Конструкция таких отношений определяется строением их в сделках, насколько они выразились в многочисленных случаях. Юридическая сила таких договоров не меньше силы договоров, определенных законом (87, 70; 96, 8). Примером таких договоров может служить страхование. Существуют, наконец, такие договорные отношения, которые еще не сложились в определенный тип, не выяснились с юридической стороны в самой жизни, а потому не затрагиваются новейшими законодательствами, чтобы не задержать свободы их развития. Обязательные в каждом конкретном случае для заключавших их лиц, они не могут войти в систему, как не имеющие еще определенной юридической физиономии.

Самая правильная классификация была бы, понятно, та, в основании которой лежало бы юридическое начало. С точки зрения догматики, конечно, лучше всего расположить договоры по их возрастающей сложности. Несомненно, что позднейшие договоры образуются из прежних путем сочетания различных юридических элементов. Но такая классификация предполагает уже

выполненным подробный анализ каждого договора, между тем как до сих пор редкий договор не возбуждает спора о юридической его природе.

Поэтому, оставляя юридическую точку зрения, остается принять экономический признак – цель договора. Договоры имеют своею целью или передачу вещей в собственность, или передачу вещей во временное пользование, или предоставление пользования чужими услугами, или предоставление возможности действий, составляющих исключительное право других лиц. Соответственно тому договоры могут быть разделены на следующие группы:

- 1) купля-продажа, мена, запродажа, поставка, дарение, заем, страхование;
- 2) имущественный наем, ссуда;
- 3) личный наем, подряд, перевозка, доверенность, комиссия, поклада, товарищество;
- 4) издательский договор.

§ 41. Купля-продажа

Литература: Пестржецкий, О договоре купли-продажи (Жур. гр. и уг. пр., 1873, N 6; 1874, N 1); Змирлов, О договоре купли-продажи и поставки по нашим законам (Жур. гр. и уг. пр., 1882, N 3); Любавский, Опыт комментария законов о купле-продаже (Юрид. моногр., т. III, стр. 81–311); Барковский, О юридическом значении нотариальных актов на продажу недвижимых имуществ до утверждения их старшим нотариусом (Жур. гр. и уг. пр., 1886, N 1); Анненков, Система гражданского права, т. IV, стр. 44–94.

I. Определение договора. Купля-продажа есть договор, в силу которого одна сторона обязывается передать другой вещь в собственность, а та уплатить ей известную сумму денег.

а. Купля-продажа представляет собою двусторонний договор. Как это ни странно, но относительно купли-продажи в русском законодательстве возбуждается сомнение, следует ли, во-первых, считать ее договором и, во-вторых, признавать ли за нею характер двусторонности. По этому вопросу мнения русских юристов резко разделились. Мейер признавал куплю-продажу и по русскому законодательству двусторонним договором, тогда как Победоносцев, основываясь на словах Сперанского, считавшего купчую за *traditio symbolica*, утверждал, что у нас купля-продажа – не договор, а действие, которым одна сторона передает другой вещь за определенную цену. Поводом к такому заключению служит то обстоятельство, что купля-продажа отнесена у нас не к договорам, а к способам приобретения прав на имущества. Но признанию купли-продажи актом перенесения права собственности препятствует соглашение, которое лежит в ее основании и которое не выделяется в особое отношение, а сливается. Ссылка на историческое значение купчей может иметь силу только для недвижимостей, но кроме них покупаются и продаются движимые вещи, а куплю-продажу движимости и сам закон называется договором (ст. 1490 и 1514).

Поэтому практика наша, отвергнув сомнение в договорном характере, признала куплю-продажу односторонним договором, по которому одно лицо обязывается уплатить другому известную сумму денег за вещь, приобретенную от него в собственность. При этом упускается из виду, что даже в тех странах (Франция), законы которых признают переход права собственности в момент совершения договора, купля-продажа все же признается двусторонним договором, потому что на продавце лежат и другие еще обязанности. Неверною представляется основная точка зрения, будто по русским законам право собственности переносится одновременно с договором. Такое мнение относительно движимых вещей прямо опровергается законом, который, кроме договора как основания, требует еще передачи (ст. 1510), но и относительно недвижимостей установлен особый акт ввода во владение, которому прежняя практика придавала большое значение и который основывается на предшествующем ему договоре. [Современный процессуальный закон подготавливает постепенный переход на совершенно противоположную точку зрения факультативности ввода – см. выше т. I, стр. 305, 307].

По этим соображениям купля-продажа должна быть признана по нашему законодательству двусторонним договором, как это обнаруживается уже из самого названия. Впрочем, в последнее время и Сенат перешел на эту точку зрения (87, 100). На одной стороне стоит продавец, отчуждающий вещь, на другой – покупатель, передающий деньги. С точки зрения продавца, вся сделка представляется продажей, т.е. обменом товара на деньги; с точки зрения покупателя,

сделка является покупкою, т.е. обменом денег на товар. Единство сделки от этой двойственности несколько не нарушается, хотя закон наш говорит не о купле-продаже, а о продаже и купле. Проект кн. V говорит только о договоре продажи (разд. II, гл. I, ст. 198–251), но после общих положений (ст. 198–206) отдельно рассматривает обязанности продавца (ст. 207–221) и обязанности покупателя (ст. 230–235).

b. Продавать и покупать можно только вещи в смысле частей физического мира. Между тем нередко понятие купли-продажи расширяют за пределы материального мира, ставят рядом с вещами исключительные права, а также права требования, например, говорят о купле-продаже обязательств. Отсюда видно, что понятие о купле-продаже расширяют до понятия о всяком возмездном отчуждении права. Дербург заходит так далеко, что допускает продажу таких ценностей, которые в сущности могут быть и не объектами прав, например известий, секретов. Но вместе с тем купля-продажа утрачивает свои отличительные черты, сливается отчасти с уступкою прав по обязательствам, а с точки зрения юридической такая замена точного понятия, связанного с известными последствиями, обширным и неопределенным понятием дает мало преимуществ. Если вопрос этот может считаться спорным в науке, то с точки зрения русского законодательства нет, кажется, сомнения в том, что продавать и покупать можно только вещи, так как законы наши указывают лишь на материальные предметы, а не на права. [Проект кн. V допускает соответственное применение правил о продаже к возмездной уступке прав и исков (ст. 198, п. 2)].

c. Передаче вещи соответствует платеж цены, которая может состоять или в единовременной сумме, или в периодических платежах. Деньги составляют существенное условие купли-продажи. Назначение каких-либо иных вещей служит эквивалентом передачи, превращает куплю-продажу в мену. Но нет никакого препятствия, конечно, к тому, чтобы при исполнении произошла замена денег вещами, важно только, чтобы при заключении договора определены были деньги. Цена, указанная в договоре, должна быть определенной, хотя бы она определилась позднее, в связи с какими-нибудь обстоятельствами или с волею третьего лица. Совершенная неопределенность цены делает договор недействительным. Требование, чтобы цена соответствовала действительной ценности вещи, дошедшее от римского права к некоторым современным законодательствам, чуждо русскому праву. Однако и в русском законодательстве содержатся в виде исключений некоторые указания на это требование договора купли-продажи. Так, при продаже русским подданным за границу морского судна русский консул не иначе дает свое согласие на сделку и принимает в ней участие как по удостоверению в том, что условленная цена соответствует действительной стоимости корабля (т. XI ч. 2, уст. конс., ст. 57, п. 2). Если занимающийся скупкою хлеба у крестьян приобрел у них по несоразмерно низкой цене хлеба на корню, снопами или зерном, воспользовавшись заведомо тягостным положением продавцов, то он обязывается доплатить последним разницу между уплаченною суммою и действительною ценою проданного хлеба (т. XV, уст. о наказ., ст. 1804). Значительное несоответствие продажной цены действительной стоимости имени служит одним из признаков наличности условий для опровержения сделки, совершенной несостоятельным должником с целью скрыть свое имущество от взыскания кредиторов (91, 62; 88, 3). [Проект кн. V допускает для определения цены ссылку в договоре на рыночную или биржевую цену и предлагает принимать за основание расчета среднюю рыночную или биржевую цену места и времени исполнения договора или ближайшего рынка или биржи (ст. 199)].

d. Цель договора купли-продажи состоит в перенесении права собственности на покупателя. Обмен допустим при условии, что каждая сторона предоставит другой возможность полного распоряжения вещами, а это может быть достигнуто только перенесением права собственности. Поэтому представляется совершенно ошибочным мнение, например Виндшейда, основанное на римском праве, будто "достаточно, чтобы вещь перешла в состав имущества покупателя; нет необходимости устанавливать какое-либо право на купленную вещь, необходимо только предоставление пользования правом". При этом забывается, что имущество есть понятие юридическое, а не только экономическое, что с указанной точки зрения всякое возмездное пользование чужой вещью должно быть признано куплею-продажею, и действительно в нашем крестьянском быту употребляется выражение "купить десятину или полосу" – в смысле аренды. Можно пойти далее и признать, что рабочая сила, труд могут быть куплены, а потому договор

личного найма превратится в договор купли-продажи. Но юриспруденция должна устанавливать точные определения, а не допускать такого смешения понятий. Римскому праву следует законодательство французское (*livrer*, § 1528), напротив, по германскому уложению продавец вещи обязуется доставить покупщику право собственности на нее (§ 433). [Проект кн. V определяет, что по договору продажи продавец обязуется передать недвижимое или движимое имущество в собственность покупщику за условленную денежную сумму (ст. 198, п. 1)].

II. Заключение договора. Как и всякий договор, купля-продажа предполагает соглашение воли двух лиц относительно всех существенных условий сделки, в данном случае относительно вещи и цены. Совершение купли-продажи совпадает с моментом состоявшегося соглашения, со временем принятия сделанного предложения. так, например, выставка в витрине товара с обозначением цены должна быть признана за предложение, и заявленная готовность внести требуемую сумму достаточна для совершения договора. Однако иногда свободное соглашение сторон подвергается со стороны закона некоторому стеснению. У нас это имеет место при выкупе родовых имений (ст. 1367), при отчуждении экспроприированных участков (ст. 590), при продаже доли в общей собственности (ст. 548 и 555).

Продаваемая вещь должна быть способна к отчуждению. Она должна быть свободна от ареста, если это движимость (ст. 1394), она должна быть свободна от запрещения, если это недвижимость (ст. 1388). В последнем случае продажа возможна только под условием внесения всей суммы взыскания, вследствие которого состоялось запрещение, или представления другой недвижимости в обеспечение долга. Кроме того, продаваемая вещь должна быть в полном распоряжении продавца на праве собственности (ст. 1384 и 1389). Следовательно, купля-продажа чужой вещи будет недействительна (ст. 1386 и 1387), хотя бы вещь была во временном или пожизненном пользовании продавца. Отсюда же следует, что купля-продажа предполагает наличность вещи, состоящей во владении продавца, а потому не может быть продана вещь еще не существующая, например будущий урожай. Между тем сделки последнего рода весьма нередки в нашем быту, когда продаются урожаи впредь за несколько лет, и практика считает эти сделки куплею-продажею. Признав, с одной стороны, что договор купли-продажи совершается не иначе как на вещь определенную и притом состоящую уже во владении продавца, а не могущую поступить к нему каким-либо образом впоследствии (70, 1381), судебная практика допускает, с другой стороны, продажу будущей вещи, например будущего урожая. В доказательство возможности такой сделки приводится следующее соображение: то обстоятельство, что проданные продукты в момент продажи еще не существовали, не может служить препятствием к признанию договора продажею, так как продавцу, собственнику земли, принадлежит право и на ее продукты (80, 94). При этом упускается из виду, что право собственности на несуществующую вещь немыслимо, что из права собственности на землю нельзя выводить права собственности на плоды еще не появившиеся. Поэтому так называемая продажа будущего урожая в действительности будет запродажею. Выводом из того же положения будет недействительность продажи предполагаемого наследства (ст. 1389). С другой стороны, и продажа вещи, уже не существующей в момент заключения договора, будет недействительна. Продается, например, пароход, который сгорел накануне дня совершения сделки; покупатель не вправе утверждать, что в силу договора он имеет право на страховую сумму сгоревшего парохода, не вправе и продавец настаивать на исполнении договора, требовать цены парохода с оставлением в пользу приобретателя остатков судна и страховой суммы.

Форма купли-продажи различается, смотря по тому, продается ли движимая или недвижимая вещь.

1. Для купли-продажи движимых вещей закон не устанавливает письменной формы, а потому словесное соглашение совершенно достаточно для силы договора и существование его может быть подтверждено свидетельскими показаниями (72, 83). Совершенно неосновательно наша практика предписывает письменную форму для купли-продажи речных судов, основываясь на ст. 79 пол. о каз. подр. и пост., где говорится, что при закладе этих предметов для обеспечения обязательств частных лиц с казною требуется представление свидетельства о принадлежности судна (89, 1). Статья эта имеет специальное значение и не может быть распространяема на все случаи покупки речных судов, во-вторых, в ней говорится о закладке, а не о продаже; в-третьих, в

ней не предписывается письменная форма сделки, а требуется представление начальству при совершении сделки свидетельства о принадлежности, без указания, кем и на каком основании могут быть выдаваемы такие удостоверения. [О домашней письменной форме для мореходных судов, применительно опять-таки к закладу, говорит реш. 12, 53. Проект кн. V для продажи движимого имущества на сумму свыше 300 руб. требует удостоверения на письме, кроме случаев немедленной передачи всего проданного имущества (ст. 202)].

2. Напротив, для купли-продажи недвижимостей закон предписывает форму, которая неразрывно связывается с соглашением (ст. 1417, нот. пол., ст. 66). Недосток установленной формы не может быть восполнен соглашением контрагентов и признанием с их стороны факта совершения договора – такая сделка не производит желаемых юридических результатов. Соглашение продавца и покупателя выражается прежде всего в совершении акта у нотариуса. Здесь должны быть установлены условия договора, между которыми наиболее важным в бытовом отношении является условие о том, кто платит пошлину за переход имущества, так как она представляет значительную сумму (4% с цены). Ввиду последнего обстоятельства в предупреждение указания слишком низкой цены закон указывает нижние пределы оценки (ст. 1465). Затем выпись из актовой книги выдается тому, за кем право на получение было признано по договору. Выпись эта должна быть представлена в годовой срок старшему нотариусу того округа, в котором находится недвижимость (нот. пол., ст. 161). Старший нотариус, убедившись в законности сделки и в принадлежности недвижимости лицу отчуждающему, взыскивает пошлины и делает на самой выписи надпись об утверждении, вносит содержание акта в крепостную книгу, отмечает о том в реестре крепостных дел (нот. пол., ст. 167 и 169) и, наконец, выдает указанному в договоре лицу купчую крепость.

Установленная в законе форма купли-продажи представляет собою с юридической стороны целое, а потому не может быть разбита на части с различным юридическим значением. Если форма договора не была доведена до конца, то она рассматривается как бы вовсе невыполненной, а потому до этого момента каждая сторона вправе отступить самовольно от совершения акта (75, 626). В русской литературе было высказано противоположное мнение (Барковский), что нотариальный акт о продаже недвижимостей устанавливает договорное отношение между продавцом и покупщиком, а утверждение акта старшим нотариусом производит переход вещного права собственности от продавца к покупщику и что поэтому ни продавец, ни его наследники в промежуток времени между совершением и утверждением акта, не вправе произвольно отказаться от продажи. Вслед за тем и Сенат переменял свой взгляд (86, 96). По последнему его мнению, нотариальным положением устанавливается ясная и определенная граница между совершением акта и его утверждением. Поэтому ни продавец, ни его правопреемники в промежуток времени между совершением акта у нотариуса и его утверждением старшим нотариусом не имеют права произвольно отказываться от законных последствий продажи относительно перенесения права собственности на покупщика и передачи ему владения (см. еще реш. 99, 43 и 95, 40). С точки зрения Сената, признающего, что с утверждением акта старшим нотариусом соединяется переход права собственности, представляется последовательным относить материальную и формальную сторону сделки к моменту совершения акта у нотариуса. Но такой взгляд, как мы видели, при всей его желательности не соответствует постановлениям нашего законодательства, которое относит установление вещного права к моменту ввода во владение. Поэтому нет никакого основания в предшествующей деятельности контрагентов, начинающейся у нотариуса и кончающейся у старшего нотариуса, различать договорный и вещный момент, признавать, что договорный элемент исчерпывается совершением сделки у нотариуса, и выделять утверждение акта старшим нотариусом из общей формы, установленной для отчуждения недвижимостей. Это подтверждается еще тем обстоятельством, что купля-продажа может быть признана несостоявшейся после утверждения сделки старшим нотариусом, именно, если продавец не получил от покупщика деньги перед выдачею ему выписи (ст. 1424, неправильно отнесенная по изд. 1887 г. в прим. к ст. 708, в изд. 1900 г. восстановлена). [Проект кн. V признает за покупщиком недвижимого имущества право требовать приращений, плодов и иных доходов, а также возлагает на него страх за случайную гибель или повреждение со времени отметки акта о продаже в реестре крепостных дел (ст. 204 и 205)].

III. Обязанности продавца. Основная обязанность продавца, которую создает договор купли-продажи, заключается в передаче проданной вещи. Но кроме того, из договора же вытекает ответственность продавца за отчуждаемое право и за качества вещи.

1. Передача вещи является необходимым восполнением и следствием договора купли-продажи. В противоположность воззрению французского законодательства, по которому в момент совершения договора переходит и вещное право от продавца к покупщику, наше законодательство требует еще передачи, для которой купля-продажа служит только основанием. Право собственности приобретается или вручением вещи из рук в руки, или предоставлением покупщику возможности распоряжения вещью, например, посредством дубликата накладной. При продаже в кредит вещное право переходит вместе с передачей, но при продаже на наличные вещное право сохраняется за продавцом, потому что в этом случае продавец обнаружил намерение предоставить покупщику немедленное право собственности, если тот уплатит деньги, а между тем это условие не осуществляется (уст. суд. торг., ст. 563, contra реш. 74, 561). При договоре купли-продажи, по которому исполнение соединено с перевозкою вещи при помощи третьего лица, вещное право приобретается покупщиком только в момент доставления вещи в условленное место, если доставка была условлена по договору, и в момент передачи вещи продавцом перевозчику, если доставка не была условлена, потому что продавец обязан исполнить договор в месте своего жительства, а перевозчик является представителем покупщика.

В связи с вопросом о переходе права собственности по договору купли-продажи стоит вопрос, на ком лежит риск гибели или повреждения купленной вещи. Римское право установило, что с момента совершения договора купли-продажи риск должен был нести покупатель – *periculum emptoris est*. Против этого воззрения выступили представители естественного права, например Пуффендорф, которые, исходя из начал справедливости, признали, что проданная вещь остается на страхе продавца, пока он состоит собственником. В действительности дело не в справедливости, а в логике. По принципу *res perit domino* только собственник может потерпеть ущерб от гибели и повреждения вещи, а потому при продаже весь вопрос сводится к тому, кто в момент гибели или повреждения признается собственником. С точки зрения французского законодательства, которое переносит на покупщика право собственности с момента соглашения (§ 1583), логично признать, что риск лежит на покупщике. С точки зрения германского законодательства, которое переносит на покупщика право собственности с момента передачи, логично постановить, что риск гибели проданной вещи или случайного ухудшения ее переходит на покупателя с передачей (§ 446). Непоследовательна позиция в этом вопросе, принятая английским правом: примыкая к французскому праву по вопросу о моменте, когда переходит право собственности на покупщика, оно принимает решение германского права по вопросу о риске. Оставаясь на почве логики, мы должны признать: а) что по русскому законодательству риск случайной гибели или повреждения проданной вещи несет продавец до момента передачи, б) что случайная гибель или повреждение проданной вещи, освобождая продавца от обязанности передачи, освобождает и покупщика от обязанности платить цену.

2. На продавце лежит ответственность за право на вещь, им отчуждаемую. Цель купли-продажи заключается в предоставлении права собственности, а это возможно только при условии, если такое право принадлежит самому продавцу (ст. 420). Закон наш вызывает некоторое сомнение, определяя, что условие об ответственности, называемое очисткою, относится не к необходимому, а к произвольным условиям, будто ответственность за право наступает только в силу соглашения контрагентов (ст. 1427 и 1511). Между тем такая ответственность вытекает из самого существа договора купли-продажи и устранение ее способно было бы подорвать добрую веру в гражданском обороте. Поэтому практика наша, несмотря на текст закона, приходила к противоположному положению, – одно умолчание в договоре не освобождает продавца от ответственности перед покупщиком, продавец, хотя бы и не принял обязательства очистки, отвечает перед покупщиком за недостатки в отчуждаемом праве (71, 1121; 80, 134; 92, 61). Напротив, только в силу особого соглашения продавец может освободиться от ответственности за юридическое состояние проданной вещи (92, 61). [В реш. 14, 15 Сенат считает ответственность продавца по ст. 1427 установленной лишь при недобросовестном объявлении продавца о свободе имени, для других же случаев ответственность за убытки выводит из ст. 684 и 574,

т.е. переносит весь вопрос в область внедоговорных отношений. Быть может, на эту практику оказала косвенное влияние формулировка ст. 216 проекта кн. V, по которой состоявшееся заранее соглашение об устранении ответственности продавца признается недействительным, если продавец, зная о существовании права третьего лица на имущество, умышленно скрыл это обстоятельство от покупателя].

Ответственность за право наступает для продавца при наличии следующих условий. а) Право на купленную вещь должно быть оспорено третьим лицом, и притом судебным порядком, а не фактически. Третье лицо может или отстаивать свое владение проданной вещью, когда покупатель обнаружит желание вступить сам в обладание, или же может предъявить иск к покупщику о праве собственности на купленную вещь. В том и другом случае необходимо, чтобы суд признал право третьего лица. Фактическое вторжение третьего лица в сферу прав покупателя не касается продавца, потому что с переходом права собственности на вещь к покупщику на последнего переходит и обязанность охранять ее от посторонних притязаний. Наша практика держится другого взгляда, но не выставляет соображений (70, 1548). б) Вещь должна быть отнята на основании недостатка в праве продавца на отчуждаемую вещь, а не в силу обстоятельств, наступивших после продажи вещи (81, 87). Так, например, издается закон, по которому известные лица лишаются права иметь недвижимость, и покупатель подходит под эту категорию, или купленная вещь изымается из оборота, – в подобных случаях продавец не отвечает перед покупщиком.

Ответственность продавца имеет место и в том случае, если отчуждаемое право оказывается несоответствующим договору, хотя бы третье лицо и не оспаривало права собственности покупателя. Неожиданно для последнего на приобретенную им вещь могут предъявить посторонние лица такие права, которые стесняют осуществление его права собственности, например, залоговое право, арендные договоры, пользование (74, 848; 80, 934; 97, 9).

Ответственность продавца выражается в обязанности уплатить цену проданной вещи, а также возместить весь ущерб, причиненный покупщику лишением его приобретенной вещи, на которую он мог произвести известные затраты. [Приведенное выше реш. 14, 15 предоставляет и по ст. 1427 отыскивать только действительный ущерб, но не потерянную прибыль, между тем как закон говорит об убытках вообще и делаемого различия не проводит. Сенат ссылается при этом на такую оценку убытков по ст. 1392. Проект кн. V принимает стоимость имущества во время отсуждения, если она выше покупной и... 4) всякие другие убытки, понесенные покупщиком вследствие отсуждения (ст. 218)].

Ответственность за право не прекращается вследствие того, что вещь перешла от покупателя к третьему, четвертому приобретателю, из которых каждый может привлечь своего продавца, а не обращаться к первому отчуждателю. Ответственность устраняется только в двух случаях: а) когда по договору продавец сложил с себя ответственность и б) когда продавец докажет, что покупатель проиграл дело вследствие неумелого и неправильного отстаивания права и притом без привлечения к процессу продавца в качестве третьего лица.

3. На продавце лежит ответственность за недостатки проданной вещи в тех случаях: а) когда он обещал отсутствие в ней известных недостатков, обещал определенные качества и б) когда при молчании договора проданная вещь не отвечает той цели, для которой приобреталась. В противоположность римскому праву, признававшему обязательство исполненным, если была доставлена вещь, принадлежащая по своим достоинствам к худшим из ее рода, современное право требует, чтобы качества проданной вещи были средние, не выше и не ниже обычных. Особенно важное значение вопрос о качествах вещи имеет в настоящее время при продаже скота, лошадей, овец, коров. Ввиду этого в большинстве европейских государств издаются по этому поводу особые законы. У нас рассматриваемый вопрос представляет немалое значение при покупке недвижимостей, так как вследствие неопределенности поземельных участков купленное имение нередко далеко не соответствует обещанному размеру и даже планам (contra 76, 110).

Всякий договор налагает на контрагентов обязанность исполнить его согласно условиям. Поэтому отсутствие в проданных вещах качеств, соответствующих соглашению или заведенному порядку, создает основание считать договор неисполненным и требовать прекращения его (ст. 1516 и 1518). Стороны должны прийти в то состояние, в котором они находились до договора, т.е.

покупщик обязан возвратить вещь со всеми ее приращениями за время от передачи, а продавец обязан возвратить полученную цену и возместить покупщику весь вред, какой мог быть причинен ему неосуществившимся расчетом (75, 603). Но понятно, что от воли покупателя зависит такое разрушение договора: он может, напротив, сохранить силу сделки, требуя только вознаграждения за неточное, не соответствующее договору исполнение, так как ценность переданной вещи оказалась ниже ожидаемой (96, 12). Вместо того чтобы уплатить сполна условленную цену и потом потребовать возмещения, покупатель имеет право непосредственно на соответствующее понижение условленной цены.

Продавец свободен от рассматриваемой ответственности: а) если покупатель согласился на риск и продавец сложил с себя ответственность, б) если покупщику самому были известны недостатки продаваемой вещи и с) если недостатки могли быть усмотрены покупщиком при внимательности, проявляемой обыкновенно в приеме купленных вещей. Эти положения не требуют законодательного утверждения, потому что они представляют собою логические выводы. [Проект кн. V регулирует вопрос в изложенном направлении и дает продавцу право требовать возмещения убытков, отмены договора и на уменьшение покупной цены до действительной стоимости имущества во время продажи (ст. 225). Законные сроки соответствующих исков при недвижимостях – год, при движимостях – шесть месяцев (ст. 229)].

IV. Обязанности покупателя. На покупщике лежит обязанность принять вещь и заплатить цену.

1. Принятие вещи составляет не только право, но и обязанность покупателя, потому что уклонение от принятия может иметь невыгодные последствия для продавца, когда ему приходится искать помещения для хранения вещей, когда они портятся от времени и места. Однако, чтобы продавец мог возложить на покупателя всю тяжесть убытков, понесенных от непринятия, необходимо соответствие предлагаемой продавцом вещи с условиями договора, с образцом (ст. 1519) или при молчании договора с тою целью, для которой вещь приобреталась. При уклонении покупателя от принятия, продавец может требовать от него платежа цены и возмещения убытков, но ни в каком случае не принуждать покупателя к принятию, потому что это не согласуется ни с понятием об обязательственном отношении, ни с интересами продавца, наконец, невыполнимо. Между тем наше законодательство содержит в себе постановление, что если покупатель не будет принимать купленных им вещей, имеющих условленное по договору достоинство, то принуждается к тому судом (ст. 1514). Но так как настаивание на принудительном принятии противно интересам продавца, то, понятно, последний никогда не воспользуется предоставленным ему по закону правом.

2. Главною обязанностью покупателя является платеж цены вещи. Платеж должен быть произведен деньгами. Платеж должен быть произведен в надлежащем месте и в надлежащее время (ст. 1521). При продаже на наличные право собственности, несмотря на передачу, сохраняется за продавцом, пока деньги не уплачены. А потому продавец в случае неполучения цены может требовать возвращения ему его вещи. Это положение принимается нашей практикой даже в отношении продаваемых недвижимостей. Сенат разъяснил, хотя и не очень твердо (см., например, 86, 96), что в случаях, когда продавец доказал неполучение им от покупателя цены недвижимости, купчая крепость может быть уничтожена, хотя бы она и находилась уже в руках покупателя (08, 66). Вопрос этот нередко всплывает в настоящее время, когда практика наша допустила продажу дома или имения в долг, с совершением закладной на проданную недвижимость в пользу продавца. Закон наш постановляет, что если покупатель, приняв товар продавца, не заплатит следующей за то цены, то вещь продается с публичного торга и вырученными деньгами удовлетворяется продавец (ст. 1522, неправильно показанная ныне отмененной). Но и это право, как несоответствующее интересам самого продавца, при продаже на наличные остается без осуществления. При продаже же в кредит с передачею вещи переходит и право собственности на покупателя, а потому продавец не может уже требовать возвращения ему вещи в случае неплатежа. Конечно, продавцу принадлежит право требовать от покупателя платежа цены, но покупатель имеет интерес как можно далее задерживать платеж, особенно в торговом быту, где капитал постоянно приносит проценты. Поэтому иностранные законодательства дают право требовать от покупателя при продаже на наличные (*Zug um Zug, donnant – donnant*) не только

платежа цены, но и процентов с этой суммы, считая с того времени, когда платеж должен был быть произведен, т.е. с момента передачи (герм. улож., § 452, швейц. обяз. закон, § 213). Наш закон не дает такого права продавцу (ст. 641 и 1301 не могут иметь применения к настоящему случаю) и тем открывает простор недобросовестности покупателя, стесняет кредитные сделки.

[По проекту кн. V покупная цена должна быть внесена немедленно, а имущество принято от продавца (ст. 230). Передача имущества до получения цены обязывает покупателя платить с этого момента проценты (ст. 232). В случае неуплаты за товары, проданные на точно определенный срок, продавец имеет право отступить от договора и требовать вознаграждения за убытки или уплаты разницы между условленной ценою и рыночной или биржевой ценой товара ко времени исполнения договора (ст. 234)].

§ 42. Запродажа

Литература: Ильяшенко, Договор запродажи с точки зрения будущего гражданского уложения (Жур. гр. и уг. пр., 1889, N 5); Змирлов, О договоре купли-продажи, запродажи и поставки по нашим законам (Жур. гр. и уг. пр., 1889, N 3); Кассо, Запродажа и задаток (Жур. Мин. Юст., 1903, N 5).

I. Определение договора. Запродажею называется договор, в силу которого стороны обязываются заключить в известный срок договор купли-продажи относительно определенного предмета и по условленной цене.

а. Из этого определения видно, что запродажа представляет собою предварительный договор о заключении другого договора. Потребность в нем вызывается существованием препятствий к заключению того договора, который предполагается в будущем вследствие отсутствия каких-либо условий, необходимых для его заключения. С изменением впоследствии обстоятельств откроется возможность заключить главный договор. Исторически договор запродажи вызван невозможностью совершить куплю-продажу на недвижимости, находящиеся под запрещением. Причиной заключения запродажи может быть также отсутствие в данный момент права собственности, которое необходимо для купли-продажи, или ожидаемое появление вещи в будущем (80, 94).

б. Хотя закон наш определяет запродажу как договор, в силу которого одна сторона обязывается продать другой вещь (ст. 1679), и это заставляет некоторых считать запродажу односторонним договором (Кассо), но несомненно, что запродаже присуща двусторонность. Закон, по-видимому, выразился неточно, так как в последующих своих определениях устанавливает обязанности для обеих сторон.

в. Закон считает существенным указанием срока, в который стороны обязываются заключить договор купли-продажи (ст. 1679, 1682). Однако закон не связывает упущение срока с недействительностью запродажи и потому отсутствие в запродажном договоре срока должно быть толкуемо в том смысле, что каждый из контрагентов вправе потребовать совершения купли-продажи во всякое время (91, 35). Срок может быть установлен не только календарным днем, но и поставлен в зависимость от наступления известного события.

г. При совершении запродажи определяется и самая цена, за которую вещь должна быть продана (ст. 1679), иначе произвольным назначением цены лицо запродающее могло бы превратить в ничто право приобретателя.

Из сказанного обнаруживается некоторое отличие запродажи от купли-продажи, с одной стороны, и поставки – с другой. От купли-продажи запродажа отличается по мнению практики тем, что проданная вещь поступает немедленно в собственность покупателя, а по договору запродажи сохраняется право собственности на запродаваемую вещь (67, 72). Было уже указано, что совершение купли-продажи не соединяется с немедленным переходом права собственности, который стоит в зависимости от передачи. Поэтому отличительный признак между куплею-продажею и запродажею следует искать в другом обстоятельстве. Купля-продажа предполагает непременно право собственности на вещь, тогда как для запродажи закон такого условия не устанавливает. Поэтому продана, а не продана, может быть вещь чужая, вещь еще не существующая. От поставки запродажа отличается определенностью вещи, характеризуемой

видовыми, а не родовыми признаками. По этим двум признакам, отсутствию права собственности и определенности вещи, так называемая продажа будущего урожая или сенокоса должна быть признана запродажей.

С точки зрения законодательной политики договор запродажи, составляющий особенность русского законодательства и при этом не особенно давнего происхождения (XVIII века), является совершенно излишним в системе договоров. Запродажа могла бы иметь оправдание, если бы купля-продажа устанавливала переход права собственности в силу одного соглашения. Но этого нет в настоящее время. Для недвижимостей, для которых этот договор отстраивается некоторыми, достаточно будет разграничение договорного элемента в купле-продаже от вещного элемента при внесении в ипотечные книги. [Проект кн. V удерживает договор запродажи только для определенных недвижимых имений и требует при всякой сумме удостоверения его на письме (ст. 252, 253). Совершенный нотариальным порядком договор запродажи может сопровождаться наложением запрещения до истечения срока, назначенного для исполнения договора (ст. 255)].

II. Действие запродажи. Договор запродажи, все равно касается ли он недвижимости или движимости, требует письменной формы (ст. 1683), так называемой запродажной записи, отсутствие которой устраняет возможность свидетельских показаний. Но закон вовсе не настаивает на нотариальной форме, и запродажа, совершенная домашним порядком, будет вполне действительна (76, 362).

Исполнение по договору запродажи состоит в совершении в установленный срок договора купли-продажи на тех условиях, какие были указаны в предварительном договоре. назначенный в договоре запродажи срок относится вообще к совершению акта купли-продажи, следовательно, к начальному моменту, а не непременно к моменту утверждения купчей старшим нотариусом (contra реш. 75, 794). Как и всякий договор, запродажа дает право каждому из контрагентов требовать от другого исполнения договора, т.е. в данном случае заключения купли-продажи, но не принуждать его к тому. Поэтому уклонение от совершения купли-продажи может повлечь за собой ответственность, условленную договором, платеж неустойки, потерю задатка, а также обязанность возместить весь ущерб, причиненный неисполнением (71, 378). [Проект кн. V возлагает на сторону, виновную в неисполнении запродажи, обязанность возместить другой стороне понесенные ею убытки].

Договор запродажи прекращается, помимо исполнения, по следующим причинам: а) с истечением условленного срока запродажа теряет свою силу по отношению к обязанности контрагентов заключить договор купли-продажи (ст. 1682), но сохраняет еще свое значение и после этого срока, насколько вопрос касается определенных запродажей последствий; б) если к условленному сроку не будет приобретено право собственности, то и договор купли-продажи не может быть исполнен, но это обстоятельство не освобождает от ответственности за неисполнение; в) такое же последствие влечет за собой гибель проданной вещи или непоявление ожидавшейся вещи, например если жучок выел посев или солнце сожгло траву, и так как невозможность исполнения наступает по причинам, не зависящим от воли контрагентов, то договор прекращается, освобождая стороны от всякой ответственности.

III. Задаточная расписка. Для договора запродажи недвижимости закон наш устанавливает специальные положения о задатке, которые не могут иметь применения к другим договорам и к запродаже движимых вещей. Условие о задатке может быть включено в запродажную запись, но оно может быть выражено и в особом акте, задаточной расписке (ст. 1685). Задаточная расписка должна содержать в себе: а) указание ее выдачи, б) определение условий договора, который обеспечивается задатком, т.е. купли-продажи или запродажи, в) обозначение срока, в который стороны обязываются заключить договор и который не должен превышать одного года (ст. 1686). Если стороны в установленный срок или если срок не был установлен в течение года со времени выдачи расписки не совершат предположительного договора, то с этого момента начинается течение давности для силы задатка (ст. 1687). В течение года от указанного момента каждый из контрагентов вправе настаивать на законных последствиях условия о задатке (09, 81). 1) Если от совершения договора откажется сторона, которая должна была быть продавцом, или если невозможность исполнения наступит по ее вине, то она обязывается возвратить полученный задаток в двойном количестве. Очевидно, что мы имеем здесь дело не с задатком в собственном

смысле, а с законною неустойкою. 2) Если договор не будет заключен по вине стороны, которая должна была стать в положение покупателя, то она теряет выданный ею задаток в пользу другого контрагента. Понятно, что когда наступают условия для прекращения zapродажи без вины которого-нибудь из контрагентов, то стороны возвращаются в то имущественное положение, в котором они находились бы без договора, т.е. задаток возвращается.

§ 43. Поставка

Литература: рефераты Юренева и Рихтера в Петроградском юридическом обществе (Жур. гр. и уг. пр., 1881, N 5 и 6); Бутовский, Договор подряда и поставки в теории и в действующей практике (Жур. Мин. Юст., 1903, N 40).

Совокупность юридических отношений, охватываемых на Западе одним понятием купли-продажи, у нас разлагается на три вида по едва уловимым признакам, а именно: на куплю-продажу в тесном значении слова, запродажу и поставку. В этом случае законодатель принял бытовые понятия, не обратив внимания на то, что они не содержат в себе достаточно юридических признаков различия. С этою системою трех договоров, служащих одним и тем же юридическим средством достижения экономической цели, русское законодательство стоит совершенно одиноко среди других положительных законодательств. Смешение понятий на этом не ограничивается. Законодатель не только разбил один договор на три, мало различающихся между собою, но еще сблизил один из них, поставку, с договором подряда, который представляет собою квалифицированный договор личного найма. Таким путем образовалось сближение ряда понятий, конечные члены которого, купля-продажа и личный наем, ясно указывают на смешение договоров, совершенно различных в бытовом и юридическом отношении.

Несмотря на искусственность разграничения однородных понятий, установление отличительных признаков представляет практическую важность, потому что закон определяет различную форму для каждого из трех видов, – купля-продажа движимых вещей может быть совершена словесно, тогда как запродажа и поставка (ст. 1742) должны быть облечены в письменную форму, и существование их не может быть доказываемо свидетельскими показаниями.

Поставкою называется договор, в силу которого одна сторона обязывается к назначенному сроку передать вещи определенного рода и в определенном количестве, а другая сторона обязывается заплатить за то известную сумму денег.

а. Отличие поставки от купли-продажи определяется, по взгляду нашей практики, следующими признаками: 1) Продавец в момент совершения договора купли-продажи должен иметь право собственности на продаваемую вещь, тогда как поставщик может не быть собственником в момент совершения договора поставки и в действительности обыкновенно не бывает. 2) Продаваемая вещь должна быть определена индивидуальными признаками, тогда как при поставке вещи определяются лишь количеством и качеством; поэтому недвижимость, как вещь всегда определенная, не может быть предметом поставки. 3) В купле-продаже между совершением договора и исполнением его может и не быть промежутка времени, тогда как для договора поставки он представляется существенным. Таковы признаки, выставляемые нашею практикою по необходимости, хотя очевидно, что они вытекают не из существа договоров, а из обыкновенного способа их совершения и исполнения (80, 94, 288).

б. С договором запродажи поставку сближает возможность отсутствия права собственности, что недопустимо в купле-продаже. Отличает же запродажу от поставки определенность продаваемой вещи.

в. Закон наш сближает поставку с подрядом, но между ними существует основное различие. По договору поставки контрагент обязывается в известное время передать другому в собственность вещь, которой он в данный момент еще не имеет. Содержание обязательства, устанавливаемого договором подряда, состоит в исполнении личных действий, в личном труде одного или нескольких лиц, соединенных под руководством и ответственностью одного лица, контрагента по подряду. Этим трудовым элементом подряд отличается от поставки. Сближает же

их то обстоятельство, что подряд нередко соединяется с передачею известных вещей в собственность другому лицу (ст. 16 пол. о каз. подр. и пост.).

Различаясь только по форме, а не по существу, договор поставки, в своем исполнении, подчиняется тем же правилам, какие установлены для купли-продажи. Со стороны поставщика исполнение заключается в передаче условленных вещей, а со стороны его контрагента – в принятии их и в платеже условленной цены. Самый платеж может произойти после исполнения своей обязанности поставщиком, но производство платежа в момент совершения договора, во всяком случае до исполнения, не изменяет природы договора (75, 374). Все последствия неисполнения договора купли-продажи применены в равной степени и к договору поставки.

§ 44. Мена

Литература: Соколов, Историческое изложение договора мены недвижимых имуществ по русским законодательным памятникам (Киев. Унив. Изв., 1880, N 9); Любавский, Юридические исследования и монография, т. II.

Мена есть такой договор, в силу которого обе стороны обязываются взаимно передать друг другу определенные вещи в собственность. Договор мены отличается от купли-продажи тем только, что в нем вещь обменивается на вещь, а не на деньги, как в купле-продаже. Тот и другой договоры служат цели экономического обмена. С точки зрения экономической каждая купля-продажа представляется меною, потому что вещь обменивается на деньги, чтобы потом деньги обменять на вещи. Деньги играют только роль посредника в меновых сделках. Если земледелец продает свой хлеб за деньги, а потом на эти деньги покупает одежду, то в действительности он только меняет свои произведения на продукты производства других лиц. Эта экономическая точка зрения совершенно верна, насколько имеются в виду конечные результаты всех действий, направленных к удовлетворению человеческих потребностей. Но рассматриваемый исключительно с точки зрения юридических средств достижения конечной цели, весь процесс экономического обмена разлагается на отдельные акты купли-продажи.

Мену сближает с куплею-продажею то обстоятельство, что оба договора обязывают контрагентов к передаче вещи в собственность. Поэтому не будет договором мены, например, соглашение, по которому одно лицо взамен приобретаемой на праве собственности вещи предоставляет другому пользование своею вещью. В силу договора мены устанавливается для обеих сторон обязанность в будущем передать друг другу право собственности, так что момент перехода собственности может не совпадать с моментом соглашения. Поэтому при отсутствии противоположного правила в законе нет никакого основания требовать, чтобы контрагенты имели право собственности на обмениваемые вещи в момент заключения договора. [Против этого мнения высказывается Синайский, предлагающий для таких соглашений предварительный договор мены и усматривающий в ст. 1380 косвенное требование действительной принадлежности хозяину меняемой вещи].

Договор мены в историческом различии предшествует договору купли-продажи, который появляется только со введением денег и вытесняет мену со времени замены натурального хозяйства денежным. До появления денег мена была единственною сделкою обмена между отдельными лицами, между отдельными племенами. Современные законодательства ввиду небольшого значения мены уделяют этому договору весьма мало внимания. Также поступает и наше законодательство. Для мены движимых вещей оно не устанавливает никаких препятствий, – мена движимых вещей оставляется на волю и взаимное согласие их хозяев (ст. 1379). Как и для купли-продажи движимых вещей, закон и для мены ими не предписывает письменной формы (ст. 1380). Но в противоположность купле-продаже движимых вещей закон наш не требует для силы договора мены, чтобы стороны имели в момент соглашения право собственности на обмениваемые вещи. Поэтому следует признать, что договор мены остается вполне действительным, хотя бы обмениваемые вещи принадлежали в момент договора другим лицам, хотя бы они еще вовсе не существовали.

Иначе относится наш закон к мене недвижимостями. Без достаточного исторического основания, по причинам, вероятно, чисто фискальным, русское законодательство с XVIII столетия (с 1786 г.) совершенно запрещает мену недвижимостей (ст. 1374). Следовательно, если два лица желают обменяться домами или именными или только полосами земли для округления своих участков, то перед ними один исход – совершить два договора купли-продажи. Очевидно, интересы казны нисколько не пострадали бы, если бы закон разрешил мену недвижимостями со взысканием только двойных пошлин, хотя и это представлялось бы излишним затруднением оборота. Запрещая по общему правилу мену недвижимостей, закон устанавливает четыре исключения (ст. 1374), когда такая мена допускается: 1) для доставления удобного выгона посадкам и городам дозволяется менять казенные земли на частные; 2) для приобретения выгона в случае обращения селений в города; 3) для миролюбивого развода общих чересполосных дач по правилам, изложенным в межевых законах; 4) для отвода наделов крестьянам.

Возможен, однако, еще третий случай мены, когда предполагается обменять недвижимость на движимые вещи, например, одно лицо желает отдать свой дом, чтобы получить в обмен лесной материал и построить на новом месте новое здание. Следует ли распространить указанное запрещение и на этот случай? Отрицательный ответ вытекает из буквального толкования закона и воли законодателя, в нем выраженной. Закон говорит о запрещении меняться недвижимостями, следовательно, не касается случая мены недвижимости на движимость. Раскрывая волю законодателя, цель, для которой мог быть издан закон, необходимо прийти к заключению, что фискальные интересы государства не страдают от такого обмена, потому что казна может получить пошлины только с отчуждаемой недвижимости, как бы при продаже. [Проект кн. V в единственной статье, посвященной мене (ст. 256), не устанавливает никаких ограничений для мены недвижимостями и указывает на применение к договору соответственных правил о продаже].

§ 45. Заем

Литература: Мейер, Русское гражданское право, стр. 462–476; Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 332–355; Змирлов, Договор займа по нашим законам (Жур. гр. и уг. пр., 1882, N 5); Удинцев, История займа, 1910.

I. Определение договора займа. Заемом называется договор, в силу которого одно лицо обязывается возвратить взятые у другого в собственность заменимые вещи в том же количестве и того же качества. Из этого определения обнаруживаются существенные элементы договора займа: односторонность договора, передача заменимых вещей в собственность, обязанность возвращения. Кроме того, в договоре займа возможны и случайные элементы, из которых обращают на себя особенное внимание условие о сроке и о процентах.

а. Заем представляет собою односторонний договор: в нем лишь одна сторона обязывается к совершению действия, – к возвращению взятого, тогда как другая сторона имеет только право, потому что она совершила действие одновременно с совершением договора, передала известную сумму денег или других заменимых вещей. Поэтому следует признать неправильным взгляд Мейера на заем как на договор двусторонний, в силу которого одно лицо обязывается передать заменимые вещи, а другое – возвратить равную ценность. Такое соглашение, если бы оно и встретилось в действительности, было бы не договором займа, а предварительным договором о совершении в будущем займа. Договор о взаимном кредите не подходит под понятие о займе, так как имеет свою самостоятельную юридическую природу. Наш закон во всех своих постановлениях имеет в виду односторонность займа, которая особенно ясно обнаруживается из образца заемного письма (прил. ст. 2036).

б. Основание обязательства, вытекающего из займа, заключается в передаче заменимых вещей. Наша практика и Победоносцев держатся того взгляда, что занимаемы могут быть только деньги (68, 248). Однако совершаемые почти ежедневно в деревне заимствования муки, овса, меду и т.п. припасов, а в торговом быту бумаг на предъявителя подходят под понятие займа не только с теоретической точки зрения, но и по взгляду нашего законодательства. При отдаче взаем денег и всякого рода произведений земли в Закавказье предоставляется заключать условие о возвращении

как капитала, так и процентов произведениями земли (ст. 2013, прим.). Затем закон говорит о займе припасов на море, который совершается капитаном парохода в случае крайнего недостатка жизненных припасов (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 434–437). Если подобное отношение закон называет займом, то оно будет таковым всюду, не только в Закавказье или на море, но и в прочих местностях Российской империи (ср. т. II пол. об инор., ст. 38, прим. II, ст. 1).

с. Цель займа – приобрести право собственности на заменимые вещи. Соответственно тому взявший их имеет полное право распоряжения ими по своему усмотрению и давший их не вправе потребовать их обратно, например, в случае неплатежа в срок процентов. Поэтому вклад, внесенный в банк на текущий счет, делает банк собственником денег, уплаченных в его кассу, а вкладчик приобретает право требования на определенную сумму денег. Это весьма важный вывод для решения вопроса, кто несет риск за случайную гибель вклада, например, при платеже по подложному чеку. Банки, опасаясь, что этот риск падает на них как на собственников вкладов стараются опровергнуть конструкцию вклада как займа. К сожалению, это направление встречает поддержку в Сенате, который рассматривает вкладчика как хозяина, а банк как его кассира (92, 114; ср. 12, 45). Но такой взгляд не соответствует ни экономическому существу вкладов, ни юридической форме этой операции. С экономической точки зрения банк занимает, чтобы отдавать заем, делается должником, чтобы стать кредитором. С юридической точки зрения если бы банк был только кассиром, то при несостоятельности он должен бы подвергнуться уголовной ответственности за растрату вверенного имущества, хотя на такой вывод сами банки едва ли пойдут. То обстоятельство, что правила о займе, постановленные в т. X ч. 1, не объемлют займов в кредитных установлениях (ст. 2012), не подтверждает того, чтобы вклад нельзя было рассматривать как заем, а, напротив, подкрепляет положение, что банковые займы с точки зрения нашего законодательства должны признаваться за займы.

d. Действие, которое составляет содержание обязательства, основанного на займе, заключается в возвращении ценности. Возвращены должны быть не те же вещи, что были взяты, а только подобные, того же рода и в том же количестве. Это вытекает из того, что переданы были вещи заменимые, а не индивидуальные, и что право собственности на них перешло к должнику. так как заем направлен к установлению обязанности возратить взятое, то нет займа там, где не было предварительно взято, потому что тогда не может быть речи о возвращении. Вот почему наше законодательство совершенно справедливо признает ничтожным заем, если обнаружится его безденежность (ст. 2014), т.е. если окажется, что должник принял на себя обязательство возратить, не взяв ничего от кредитора. Закон оказывает противодействие таким сделкам не по теоретическим соображениям, а в предупреждение ущерба для третьих лиц. Подобные сделки встречаются нередко, например, при несостоятельности должник выдает обязательства на себя своим родственникам и близким знакомым, чтобы они, предъявив свои требования в конкурс, удержали некоторую часть имущества, которое должно идти в раздел между настоящими кредиторами. Заемные обязательства выдаются иногда в обход закона: например, закон запрещает завещать родовое имущество; собственник, желая передать эту ценность лицу, не имеющему права законного наследования после него, выдает ему заемное обязательство, чтобы тот после его смерти обратил взыскание на родовую недвижимость. Если безденежность заемного обязательства будет доказана, то оно признается недействительным. Однако там, где закон не опасается злого умысла со стороны должника, он оставляет теоретическую точку зрения и допускает действительность и возможность займа, основанного на пользовании трудом или услугами кредитора, на передаче товаров и изделий или вообще на поступлении какой-либо ценности от кредитора к должнику (ст. 2017). Может быть, с точки зрения экономической подобный взгляд и верен, но в юридических понятиях он способен произвести полное смешение, потому что понятие о займе охватит собою все другие договоры: куплю-продажу, личный и имущественный наем, доверенность, комиссию и пр. Следуя по намеченному законом пути, практика наша дошла до заключения, что заемное обязательство, данное вследствие дара, т.е. выражающее собою обязательство дарителя передать подаренную, но при самом совершении дара не переданную сумму, не может быть признано безденежным (75, 473). Таким образом, оказывается возможным заем, т.е. обязанность возратить то, что никогда не было получено.

[Проект кн. V определяет заем как договор, по которому займодавец передает в собственность заемщику за вознаграждение или безвозмездно определенную сумму денег, причем заемщик обязуется возвратить займодавцу в назначенный договором срок или по востребованию займодавца равную сумму денег. Кроме денег предметом займа могут быть и иные заменимые вещи, в том числе произведения земли (ст. 372). Обязательство дать заем, установленное в предварительном договоре, теряет силу, если впоследствии наступили или впервые сделались известными обстоятельства, столь значительно ухудшающие имущественное положение другой стороны, что возникает опасность потерять всю сумму, предназначенную к отдаче заем, или часть ее (ст. 387)].

II. Заключение договора. Совершение договора займа предполагает вполне свободное соглашение и сознание совершенной сделки. Лица недееспособные не могут заключать договора займа, и на этот-то договор обращает особенное внимание законодатель, когда стремится оградить интересы лиц, состоящих под опеку, потому что заем представляет наибольшую для них опасность. Договор займа, заключенный несовершеннолетним, сумасшедшим, расточителем, недействителен, когда пассивным субъектом является недееспособное лицо. Напротив, когда недееспособное лицо является активным субъектом, то договор займа ввиду его односторонности сохраняет свою силу.

Если предметом займа являются деньги, то занимаемая сумма должна непременно быть определена российской монетой (ст. 2013). Закон не дает никакой санкции этому предписанию. Конечно, когда заем совершается при участии нотариуса, последний не совершит акта иначе как на русскую монету. Но когда заем совершается домашним порядком, то нет никакого контроля над контрагентами, и ни один суд не решится отказать в иске кредитору, представившему несомненное заемное письмо, потому только, что оно писано не на рубли, а на франки или марки (88, 37).

По некоторым соображениям закон отвергает юридическое значение за договором займа в тех случаях, когда он заключается: 1) подложно, во вред конкурса, над несостоятельным учрежденным и 2) по игре и для игры с ведома о том кредитора (ст. 2014). В последнем случае закон преследует мотив, по которому заключается заем, признавая безнравственность и вредность для частного хозяйства таких договоров. Закон предусматривает два случая, когда заем сделан по игре и когда заем сделан для игры. а) Заем по игре составляет в сущности не заем, а долг по игре, платеж которого ввиду указанного постановления закона составляет дело чести, – недостаточность юридической защиты восполняется нравственной защитой. Долг по игре, образовавшийся вследствие проигрыша, будет недействительным во всяком случае, хотя бы обе стороны были согласны на установление обязательства (69, 969). То обстоятельство, что один из игравших не знал, что другой не имеет наличных денег для уплаты проигрыша, не может служить основанием к признанию силы за долговым обязательством, выданным по игре. Не имеет также значения и то, дозволена ли игра, послужившая основанием долга, как, например, тотализатор, или же запрещена (04, 84). б) Заем для игры имеет место тогда, когда производится заем у третьего лица для платежа проигранной суммы лицу выигравшему. Например, несколько лиц играли в карты, и один из игроков, проигравший свыше бывшей у него суммы, занимает у другого игрока или у одного из присутствующих при игре для продолжения игры. Это лицо не могло не знать, для какой цели совершается заем, и потому договор с ним по смыслу закона недействителен, его требование к занявшему не может иметь юридической силы. Если же, например, проигравший обязался заплатить свой долг на другой день и ввиду этого едет к своему другу, занимает у него деньги, не говоря ему о цели займа, то его обязательство имеет полную силу (ст. 2019). Следует иметь в виду, что закон говорит только о долгах по игре и для игры, а не о самой игре, и потому расплата по игре сохраняет полную юридическую силу, так что не может быть и речи о требовании назад уплаченного после игры проигрыша. Если произошел платеж по долговому обязательству, основанному на игре, то для уплатившего не закрывается возможность требовать обратно уплаченного, так как исполнение по недействительному обязательству не может иметь силы, а так называемых натуральных обязательств, которые охраняются не иском, а возражением, наше законодательство не знает.

Договор займа совершается передачею денег или других заменимых вещей от кредитора должнику. Но кроме того, для доказательности договора закон предписывает облечь его в письменную форму. Эта последняя необходима только для доказательства, но не для действительности займа, который может быть заключен значительно ранее облечения его в установленную форму. Договор займа может быть совершен или нотариальным, или домашним порядком (ст. 2031), но во всяком случае должен быть облечен в письменную форму, хотя бы в виде частных писем, и не может быть доказываем свидетельскими показаниями. [Заем не свыше 30 руб., как простой, так и обеспеченный залогом, может быть доказываем свидетельскими показаниями ст. 1011 уст. гр. суд. по изд. 1914 г. Проект кн. V требует удостоверения на письме для денежных займов на сумму свыше 30 руб., а для займа других заменимых вещей – на сумму свыше 300 руб. (ст. 373). Предварительный договор о займе должен быть удостоверен на письме независимо от суммы (ст. 386)].

1. Обязательство по займу, составленное у нотариуса, называется крепостным заемным письмом и должно быть удостоверено подписью по крайней мере двух свидетелей (ст. 2033). Преимущества крепостного заемного письма перед домашним заключаются: а) в устранении возможности со стороны самого должника спорить о безденежности займа, б) в удовлетворении при конкурсе преимущественно перед домашним, с) в возможности требовать, чтобы суд обеспечил иск, основанный на таком документе (уст. гр. суд., ст. 595).

2. Обязательство по займу, составленное дома, называется домашним или домовым заемным письмом и пишется без свидетелей. Домашнее заемное письмо представляется малонадежным обеспечением кредитора. По такому документу кредитор: а) не может требовать законной неустойки в случае просрочки со стороны должника, б) при конкурсе не получает удовлетворения, равного с прочими кредиторами, а удовлетворяется лишь из остатков (ст. 2039). Чтобы избежать таких невыгодных последствий, необходимо явить письмо нотариусу не позже как в семидневный срок, если предъявитель живет в городе, и в месячный, если он живет в уезде (ст. 2036). Явка по смыслу закона должна быть произведена самим должником. Трудно предполагать, чтобы должник согласился всегда на этот невыгодный для него акт после того, как получил деньги. Зная это, очевидно, и кредитор не согласится дать деньги, пока должник не представит ему явленного уже письма. Ввиду этих формальностей и последствий их упущения заемное письмо в нашем быту совершенно вытеснено простым векселем.

III. Проценты. Между случайными принадлежностями заемного обязательства важное место занимает условие о процентах. Под именем процента понимается вознаграждение за пользование чужим капиталом, выраженное в доле однородных вещей. Хотя в действительности большинство займов соединяется с процентами, но отсюда нельзя заключить, чтобы условие о них составляло необходимую принадлежность заемного договора. Напротив, из того обстоятельства, что обыкновенно заем соединяется с назначением процентов за пользование капиталом, следовало бы вывести заключение, что возмездность составляет обыкновенный элемент займа. Однако наш закон, постановляя, что по займам "дозволяется назначать" условленный рост (ст. 2020), очевидно, смотрит иначе и относит возмездность к случайным элементам сделки. Кредитор как лицо заинтересованное обязан обратить внимание на это обстоятельство (ст. 1539, п. 5).

Проценты могут быть условные или узаконенные. Если в договоре указан размер процентов, то кредитор имеет право требовать условленного роста; если в договоре упомянуты проценты, но не указан размер, то кредитор имеет право на узаконенный рост. Если, наконец, в договоре вовсе не упомянуто о процентах, то кредитор не имеет права требовать даже узаконенного роста. Определение размера процента предоставлено прежде всего взаимному соглашению контрагентов (ст. 2020). Эта свобода установления роста подвергается в нашем законодательстве, как и на Западе, довольно частым колебаниям. До 1879 г. у нас запрещалось взимание роста свыше 6%, и процент, превышающий эту норму, составлял лихву, которая влекла за собою уголовное наказание. В этом году пример Запада и торжество либеральных экономических воззрений побудили русского законодателя отменить эти постановления, предоставив полную свободу назначать размер роста. Вскоре, однако, на Западе обнаружилось обратное движение, особенно в Германии (законы 24 мая 1880 и 19 июня 1893 гг.). Поэтому и у нас закон 1893 г. возвратился к прежней системе стеснения свободы соглашения. Новый закон в противоположность прежнему не

задается установлением предельной нормы, но определяет совокупность обстоятельств, при которых взимание роста может быть недозволенным. Закон предусматривает два случая. Когда даются взаем деньги лицом, не занимающимся такими сделками в виде профессии, недействительность соглашения о процентах наступает: 1) если условлен чрезмерный рост, т.е. свыше 12%, и 2) если занявшее лицо вынуждено было своими стесненными обстоятельствами, известными кредитору, принять условия займа, крайне обременительные и тягостные по своим последствиям. Второй случай тот, когда деньги даны взаем лицом, которое "занимается ссудами". Недействительность соглашения о процентах на этот раз обуславливается: 1) чрезмерностью роста, т.е. превышением 12% нормы, и 2) сокрытием чрезмерного роста каким-либо способом, например, включением процентов в капитальную сумму в виде платы за хранение или неустойки (уст. о наказ., ст. 1802). Следовательно, заемное обязательство остается в силе, а недействительным оказывается только условие о процентах. Из слов закона можно заключить, что кредитор, выговоривший себе рост свыше 12% или воспользовавшийся тяжелым положением должника, лишается права не только на условленный, но и на узаконенный рост.

Установление процента свыше узаконенного роста (6%) несколько ограничивает права кредитора. По займам, по которым условленные проценты превышают узаконенный рост, должник имеет право во всякое время, спустя шесть месяцев по заключении займа, возвратить занятый капитал, с тем, однако, чтобы кредитор был письменно предупрежден об этом не менее как за три месяца (ст. 2023). [Аналогичное ограничение знает и проект (ст. 380), причем всякое соглашение, отменяющее или ограничивающее такое право заемщика, признается недействительным. Сверх того, по беспроцентному делу заемщик может произвести платеж и до срока, но не вправе требовать учета процентов за время, оставшееся до срока, по процентному долгу займодавец не обязан принимать платежа до срока (ст. 379)].

Проценты исчисляются только на самый капитал, а не на проценты. Проценты на проценты (анатоцизм), опять-таки в размере 6%, исчисляются при наличности двух условий: а) когда проценты не были уплачены за срок не менее года и б) того потребовал кредитор (ст. 2022). Однако относительно сумм, внесенных в государственные сберегательные кассы, постановлено, что в начале каждого года выросшие за предыдущий год проценты причисляются к капиталу вкладчика для дальнейшего приращения из процентов (т. XI ч. 2, уст. кред., разд. V, ст. 50).

IV. Передача заемных писем. Заемные письма, как крепостные, так и домашние, в противоположность закладным подлежат свободной передаче без согласия должника (ст. 2058). Последствием передачи будет то, что из обязательственного отношения выйдет прежний активный субъект и его место займет другой. В случае неудовлетворения со стороны должника новый веритель не вправе обращаться с взысканием к прежнему, который в противоположность вексельному надписателю не отвечает за осуществимость обязательственного права. Зато передавший заемное письмо отвечает, если переданное право оказалось недействительным; но ответственность его за недействительность права требования основывается не на обязательственном заемном отношении, а на неосновательном обогащении.

Форма передачи выражается обыкновенно в передаточной надписи на самом заемном письме (ст. 2059). Передаточная надпись должна быть явлена цедентом тем же порядком, в те же сроки и с теми же невыгодными последствиями упущения, как и при совершении заемного письма (ст. 2060). Но передаточная надпись не составляет единственной формы передачи права по заемному обязательству. Нет никакого основания не признавать такой же юридической силы и за передачею по особому документу.

V. Исполнение по заемному обязательству. Оно выражается в платеже денег, в возвращении того количества заменимых вещей, какое было взято. Полное удовлетворение верителя носит название платежа, частичное исполнение называется уплатою (ст. 2051). Последнее возможно только при особом на то соглашении. Удостоверение исполнения может выразиться или на самом заемном письме, или в другом документе.

1. Заемное письмо удостоверяет исполнение или когда на нем есть надпись кредитора об удовлетворении, или когда оно носит внешние знаки, внушающие предположение об исполнении. а) По общему правилу надпись об удовлетворении совершает веритель. Спрашивается, какое значение имеет заемное письмо, когда на нем имеется надпись должника об удовлетворении им

верителя? Нельзя не принять в соображение, что по естественному порядку документ всегда находится в руках верителя и самая возможность для должника совершить надпись на своем заемном письме невольно вызывает предположение, что кредитор сам допустил это сделать, а допустить он мог под условием удовлетворения. Как предположение, оно может быть опровергнуто доказательствами кредитора, что надпись была совершена на документе помимо его воли. б) Наддранное заемное письмо, говорит закон, если находится в руках должника, служит обыкновенно в (коммерческом) суде доказательством платежа, когда противное тому не будет доказано (ст. 2053). Дело в том, что в торговом обороте документы не уничтожаются, а сохраняются для целей счетоводства. Документ только портится, надрывается, перечеркивается, штемпелюется в отличие от белых и чистых документов, сохраняющих еще свою юридическую силу. Предположение платежа основывается в данном случае на двух обстоятельствах: порче документа и нахождении его в руках должника. Но как предположение оно может быть опровергнуто доказательствами, что наддрание документа и нахождение его в руках должника произошли случайно, помимо воли кредитора.

2. Удостоверение исполнения может найти себе место и вне заемного письма. Вместо платежной надписи дозволяется брать в уплате о платеже долга платежную расписку, в которой означает, что она выдана в удостоверение погашения обязательства. Расписка должна быть подписана верителем (ст. 2054). Ясно, что доказательная сила расписки основывается на предположении, что она относится к тому именно заемному письму, которым удостоверяется существование данного долга. Кроме платежной расписки, платеж или уплата долга по заемному обязательству могут быть доказываемы и всякими другими письменными средствами, например, распиской кредитора в росписной или памятной книжке должника, почтовыми квитанциями об отсылке должником кредитору денег. Оценка значения всех подобных документов принадлежит суду.

В случае просрочки в исполнении заемного обязательства веритель имеет право взыскивать: 1) сумму долга, 2) условленные или узаконенные (6%) проценты и 3) условленную или узаконенную (3%) неустойку со всего неуплаченного капитала. На случай несостоятельности кредитору необходимо обеспечить себя одною мерою – это новою явкою нотариусу вследствие просрочки в течение трех месяцев: упущение явки этой влечет за собою отстранение такого обязательства перед другими в конкурсе.

§ 46. Дарение

Литература: Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 363–394; Умов, Дарение, его понятие, характеристические черты и место в системе права, 1876; Винавер, Дарение и завещание (Из области цивилистики), 1908, стр. 97.

I. Понятие о дарении. Дарением называется безвозмездный договор, направленный непосредственно на увеличение имущества одаряемого в соответствии с уменьшением имущества дарителя.

а. Дарение представляет собою сделку, основанную на взаимном соглашении, а не на воле одного дарителя. До принятия предлагаемого дара лицом одаряемым дарение не имеет силы. Поэтому-то дарение признается договором. Между тем другие отводят дарению иное место в системе гражданского права. Исходя из того взгляда, что в большинстве случаев дарение направлено к перенесению права собственности с одного лица на другое и что переход этот совершается одновременно с моментом соглашения, – причисляют дарение к способам приобретения собственности (Победоносцев). Однако тот факт, что дарение чаще всего направлено к перенесению права собственности, еще не дает основания игнорировать те случаи дарения, когда оно чуждо этой цели. Во-вторых, даже в дарении, направленном на перенесение права собственности, момент перехода последнего не всегда совпадает с моментом соглашения, и тогда между дарителем и одаряемым устанавливается обязательственное отношение. Иные, принимая в соображение, что посредством дарения возможно установление всех видов прав, отводят место дарению в общей части гражданского права (Мейер). Но с педагогической точки

зрения едва ли это удобно, потому что по поводу дарения пришлось бы излагать положения, которым место только в особенной части. Наше законодательство признает, что дар почитается недействительным (несостоявшимся?), когда от него отречется тот, кому он назначен (ст. 973). После этого следовало ожидать, что законодатель причислит дарение к договорам, а между тем он поместил его в разделе "о порядке приобретения и укрепления прав на имущества в особенности". Тем не менее совокупность постановлений нашего закона о дарении характеризует его именно как договорное отношение (82, 12).

b. В числе признаков дарения находится безвозмездность сделки. С юридической точки зрения под безвозмездностью следует понимать только то, что передаваемой ценности не соответствует эквивалент. Нельзя, например, считать возмездным дарение потому, что за подаренные нож или ружье одаряемый вручает дарителю монету, руководствуясь народным предрассудком, что железо и сталь дарить опасно. Безвозмездный характер не устранился от того обстоятельства, что одаряемый оказал дарителю какие-нибудь личные услуги, например, спас жизнь, устроил дело, дал место и т.п. Мотивы при дарении, может быть очень далекие от чувства бескорыстия, не имеют никакого значения для юридической стороны вопроса. Даритель может иметь в виду своими подарками расположить к себе известное лицо и заставить его из благодарности оставить ему наследство. Безвозмездный характер дарения влияет на степень ответственности дарителя за отчуждаемое право на вещи и за недостатки вещей.

c. Дарение направлено к увеличению имущества одаряемого. Это составляет его непосредственную цель, а потому не подходит под понятие дарения такая меновая сделка, в которой одна сторона выигрывает более другой, потому что такое обогащение составляет случайный элемент и не является прямою целью соглашения. Не будет дарением, когда должник, снисходя к кредитору, предоставляет ему в обеспечение его права требования залог или поручительство, потому что этим действием он не увеличивает ценности имущества своего верителя, а только обеспечивает его права. Увеличение имущества одаряемого производится: 1) передачу вещей в его собственность; 2) предоставлением ему других вещных прав, с которыми соединено пользование; 3) установлением обязательственного отношения, в котором одаряемому присваивается право требования; 4) освобождением одаряемого от обязательства или устранением ограничения его права собственности.

d. Увеличению имущества лица одаряемого соответствует уменьшение имущества дарителя. Этим признаком дарение отличается от завещания. По завещанию наследодатель оставляет все свое имущество или часть другому лицу, но имущество его не уменьшается, пока он жив, а после его смерти это имущество будет принадлежать уже не наследодателю, а наследнику. Здесь не может быть речи о соответственном уменьшении и увеличении имуществ двух лиц, потому что имущества их сливаются в момент перехода ценности. С точки зрения того же признака не будет дарением страхование жизни в пользу третьего лица, потому что увеличение имущества этого последнего не связано с уменьшением имущества страхователя.

e. Договорное соглашение, в силу которого состоялось на одной стороне обогащение, на другой – уменьшение имущества, не составит еще дарения. Требуется еще намерение одарить, т.е. произвести описанный результат. Если лицо, желая помочь другому в деликатной форме, сознательно покупает у него дом по очень высокой цене – дарения нет, потому что нет намерения одарить.

Дарение есть общее название описанной сделки. она получает специальное наименование приданого, когда совершается по поводу замужества; пожертвования, когда совершается частным лицом в пользу государства или общества; пожалования, когда совершается от имени государства частному лицу.

II. Совершение дарения. Так как дарение представляет собою договорное отношение, то оба лица, участвующие в нем, должны обладать общею гражданской дееспособностью. Например, несовершеннолетний не может ни дарить, ни принимать дара без согласия попечителя, потому что нередко даримое имущество может быть опасным для его интересов, скрывая в себе долги, превышающие его стоимость. Для принятия в виде дара недвижимости церковью или монастырем требуется Высочайшее разрешение (ст. 985). В противоположность римскому праву и принявшим его взгляд западным законодательствам русское право заявляет, что дарение между супругами

производится на том же основании, как между посторонними лицами (ст. 978). Постановление это является совершенно излишним, потому что оно вытекает логически из идеи раздельности имущества между супругами, так что при молчании законодателя возможность дарения следовала бы сама собою.

Когда дарение направлено на установление права собственности в лице одаряемого, то передаваемая вещь должна быть способной к такой сделке. Ограничение существует относительно недвижимостей. Благоприобретенное, как недвижимое, так и движимое, собственник может дарить совершенно свободно; родовое же имение запрещается дарить кому бы то ни было мимо ближайших родственников (ст. 967). Заповедные и майоратные имения не могут быть предметом дарения, потому что запрещено их отчуждение, а потому немислим и обход закона, практикующийся нередко в отношении родовых недвижимостей.

В силу дарения даритель или передает право собственности, или обязывается передать, или отрекается от своего права требования. Соответственно тому разнообразится и форма дарения. Если вследствие дарения устанавливается обязательственное отношение, в силу которого даритель обязывается в будущем передать вещь, то не требуется письменной формы. Если же в силу дарения одновременно с соглашением должна следовать передача права собственности, то форма дарения различается, смотря по тому, касается ли она движимых или недвижимых вещей. Для дарения движимых вещей закон не устанавливает письменной формы. Дарение исполняется вручением даримой вещи тому, кому она назначается, и поступлением ее в его распоряжение (ст. 993). Право собственности приобретает одаряемый с момента передачи. Дарение недвижимостей соединено с формальностями, установленными для перехода вообще недвижимостей, следовательно, должно совершаться крепостным порядком (ст. 987). Акт, которым укрепляется право собственности на недвижимость на основании дарения, называется дарственной записью. Дарение как обязательство имеет силу с момента состоявшегося соглашения, выраженного в той форме, которая установлена законом для перехода права собственности. А так как эта форма состоит из нескольких отдельных действий (совершение акта у нотариуса, утверждение его старшим нотариусом), то следует признать, что до окончания целого обряда укрепления наследники дарителя могут отказаться от исполнения дарения (*contra* реш. 87, 80). Право же собственности приобретает позднее вводом во владение (ст. 992).

Если дарение состоит в обязательстве передать вещь, то гибель вещи или изъятие ее из обращения являются достаточным основанием для прекращения обязательственного отношения. Ответственность дарителя за сохранение подаренной вещи до передачи может возникнуть только в случае злого умысла или грубой неосторожности, близкой к первому. Хотя от воли самого дарителя зависело установить обязательственное отношение, но, если оно установлено, оно должно быть выполнено, тем более что одаренный ввиду своего права мог сделать соответствующие распоряжения и вступить в сделки. Но с другой стороны, ответственность его и не может быть чрезмерной ввиду безвозмездного характера сделки, ввиду оказываемого им благодеяния.

[Проект кн. V в согласии с теорией определяет договор дарения как безмездное предоставление дарителем при жизни своей другому лицу какого-либо имущества (ст. 257), очевидно противопоставляя его дарению на случай смерти, которое должно обсуждаться по правилам о завещаниях (ст. 267). Недействительно дарение всего или доли всего настоящего или будущего имущества без ближайшего означения предметов дарения (ст. 259). Дарение движимого имущества на всякую сумму требует письменного удостоверения. Согласие принять дар не требует особой формы и может быть выражено безмолвно принятием дара или акта о дарении и тому подобными действиями (ст. 263, 264)].

III. Возвращение дара. В силу дарения, направленного к передаче права собственности, одаряемый становится собственником вещи, а потому прекращение дарения, собственно говоря, не может найти места. Дарение способно прекратиться, пока оно находится в стадии обязательственного отношения. Когда же одаряемый приобрел вещное право на подаренную вещь, то она входит в состав актива его имущества и переходит к наследникам (ст. 977). Однако закон может постановить, что с наступлением известного юридического факта одаренный лишается подаренной ему вещи, право собственности на которую вновь устанавливается в лице дарителя

или его наследников. Такое возвращение дара возможно только в указанных законом случаях. Вещь возвращается в том виде, какой она имеет в момент наступления юридического факта. Все собранное до того плоды остаются за одаренным. Если вещь была отчуждена, то возвращение вещи уже невозможно, но одаренный отвечает ценностью отчужденной вещи, потому что требование возвращения обусловлено по закону его виной и, конечно, закон не мог иметь в виду допустить, чтобы одаренный с отчуждением вещи безнаказанно совершал действия, с которыми связывается возвращение дара.

Возвращение дара имеет место: 1) при неисполнении одаренным условия, под которым совершено было дарение, 2) при неблагодарности одаренного в отношении дарителя, 3) при беспотомственной смерти одаренных детей, 4) при несостоятельности дарителя. По взаимному соглашению получивший дар может вернуть его. С точки зрения юридической на подобную сделку следует смотреть как на новое дарение.

1. Дарение как договор может быть совершено под условием. Дары между частными лицами дозволяется делать на таких условиях об образе пользования и управления даримым имуществом, какие даритель за благо признает, лишь бы только условия эти не были противны законам (ст. 975). Например, даритель, передавая имение, обязывает одаренного уплачивать часть доходов известному лицу или, передавая дом, обязывает оставить за известным лицом пользование одною из квартир. Неосуществление условия, под которым было сделано дарение, влечет за собою возвращение дара (ст. 976), т.е. даритель или его наследники могут требовать от одаренного возвращения вещи или ценности подаренной вещи, если последняя перешла уже в собственность третьих лиц (04, 7).

2. Рассматривая дарение как акт щедрости, которым одаренный нравственно обязывается перед дарителем, наше законодательство, по примеру западных (франц. гражд. код., § 955, герм. гражд. улож., § 530, швейц. обяз. закон, § 249), признает неблагодарность одаренного основанием к возвращению дара. Если принявший дар учинит покушение на жизнь дарителя, причинит ему побои или угрозы, оклеветает его в каком-либо преступлении или вообще окажет ему явное непочтение, то даритель имеет право требовать возвращения дара (ст. 974). Понятие о явном непочтении довольно неопределенное. Под него можно подвести всякое оскорбление личности дарителя. Конечно, суду принадлежит право обсуждать в каждом отдельном случае, есть ли наличность явного непочтения, дающего возможность прекратить действие дарения. Для требования возвращения дара нет надобности в предварительном признании факта побоев, клеветы или обиды уголовным судом: даритель, и не жалуясь в уголовном порядке, вправе обратиться непосредственно к суду гражданскому и требовать возвращения дара на основании представленных доказательств неблагодарности одаренного (79, 193). Однако при разрешении вопроса о наличности в действиях одаренного признаков явного непочтения по отношению к дарителю суд обязан принять в соображение и поведение самого дарителя, вызвавшее эти действия одаренного, потому что нельзя допустить, чтобы закон сознательно предоставил дарителю после совершения дара право безнаказанно посягать на человеческое достоинство одаренного (10, 54).

3. По общему правилу смерть одаренного не имеет никакого влияния на дальнейшие отношения между ним и дарителем, и дар переходит вместе с прочим имуществом к его наследникам (ст. 977). Но когда родители или усыновители при жизни подарили сыну или дочери, или усыновленным, то в случае бездетной смерти одаренного при жизни дарителей подаренное возвращается к последним не в виде наследства, говорит закон, а "яко дар" (ст. 1142). Выражение закона следует признать неточным – в виде дара подаренная вещь не может вернуться к дарителю, потому что с дарением соединен переход права собственности и поступление подаренной вещи в состав имущества одаренного. А так как при этом право дарителя на известную вещь одаренного возникает только после смерти последнего, то оно должно быть отнесено к наследованию восходящих родственников.

4. Наконец, последним основанием возвращения дара является несостоятельность дарителя, признанная в судебном порядке. Естественно предубеждение против дарений, совершаемых лицом несостоятельным, когда дела его были уже в затруднительном положении, потому что в этом случае невольно возникает сомнение в добросовестности таких сделок. К сожалению,

слишком известно, как часто лицо накануне объявления его несостоятельным передает свое имущество жене, детям, а потом с наглою откровенностью предлагает кредиторам по гривеннику за рубль. Ввиду этого заинтересованные лица, а во главе их конкурсное управление, вправе опровергать безвозмездные акты несостоятельного. Основанием опровержимости дарственной сделки является не выставляемое нашим законом соображение, что ввиду долгов имущество несостоятельного принадлежало в существе своем его кредиторам (уст. суд. торг., ст. 460), потому что это юридически неверно. Таким основанием может быть признана удостоверенная или предполагаемая недобросовестность несостоятельного должника в отношении своих кредиторов. Для опровержения дарственных отчуждений, под которыми закон понимает передачу вещей на основании дарения, требуются следующие условия: а) отчуждение должно быть совершено в течение последних 10 лет перед объявлением несостоятельности; б) отчуждение должно быть произведено в пользу супруга несостоятельного, а по делам торговой несостоятельности также в пользу детей и родственников его; в) отчуждение в пользу детей и родственников может быть опровергаемо только при доказательстве, что во время отчуждения долги несостоятельного превышали уже в половину его имущество. В рассматриваемом случае имеет место настоящее возвращение дара, потому что само дарение признается недействительным и стороны должны быть поставлены в прежнее состояние. Поэтому иск о возвращении дара имеет вещный характер, конкурсное управление вправе требовать от одаренного выдачи ему самой вещи, а не ценности, а если эта вещь перешла по новой сделке к третьему лицу, то и это последнее обязано вернуть ее.

[Проект кн. V допускает отмену дарения: 1) в случае неисполнения одаренным возложенного на него обязательства; 2) по неблагодарности одаренного и 3) по расточительности дарителя (ст. 273). Даритель сам вправе отказаться от исполнения дарственного обещания: 1) если он сам впал в бедность или 2) если у бездетного дарителя после договора родилось законное дитя (ст. 283)].

IV. Пожертвование. Добровольное приношение на пользу общую называется пожертвованием (ст. 979). Ввиду такого определения и назначения места среди постановлений о дарении пожертвование должно быть признано видом дарения. Признаком, квалифицирующим этот вид дарения, является то, что одаряемым является юридическое лицо, имеющее общественное значение. Общая польза предполагает неопределенное количество лиц, которые могут пользоваться пожертвованными вещами. Поэтому дарение в пользу государства, земства, города, учебных заведений, ученых обществ и т.п. будет пожертвованием. Но дарение в пользу совокупности лиц, представляющих лишь свои частные интересы, как, например, товарищество, родственник союз, не будет пожертвованием. Хотя приношения на пользу общую возможны как при жизни, так и по смерти дарителя посредством завещаний, однако, из всех постановлений закона обнаруживается, что под пожертвованием он понимает только приношение при жизни, т.е. дарение.

Жертвовать может всякий, если только он дееспособен. Впрочем, закон ввиду высокой цели дарения обращает внимание на личность дарителя и советует принимать в соображение поведение и прежний образ жизни жертвователя. Так как "порочные люди могут делать приношения с целью получить награду от правительства, чтобы, прикрыв тем прежние свои поступки, сравниться с отличными в обществе людьми", то воспрещается принимать пожертвования от таких лиц (т. XIII, уст. общ. призр., ст. 33 и 34). Очевидно, закон этот носит характер инструкции административным учреждениям (ср. 05, 94). Жертвуемо может быть всякое имущество, которым лицо может свободно распоряжаться. Поэтому нельзя жертвовать родовые, заповедные, майоратные имения, недвижимости и капиталы, находящиеся в пожизненном пользовании.

Как вид дарения, пожертвование предполагает согласие одаряемого, которое дается тем учреждением, в пользу которого оно производится. Принятие в пользу разных духовных и светских заведений завещаемых или даримых капиталов и вещей на всякую сумму разрешается министром внутренних дел (ст. 981, особенно в редакции Прод. 1906 г.). Земство и город самостоятельно принимают делаемые в их пользу пожертвования (ст. 982). Пожертвования недвижимостей в пользу церквей, монастырей, архиерейских домов принимаются с Высочайшего соизволения (ст. 985 и 12, 97). По воследовании в установленном порядке принятия, которым устанавливается обязательственное отношение, следует по общим правилам переход и укрепление права собственности (87, 80).

Пользование пожертвованным имуществом должно следовать тому назначению, которое дано было жертвователем. Уклонение от его воли дает право последнему или его наследникам требовать возвращения дара (ст. 986 и 98, 34). Возможны случаи, когда вследствие изменившихся обстоятельств первоначальная цель не может быть достигнута, например, с закрытием того учебного заведения, в пользу которого произведено было пожертвование. Если жертвователя уже нет в живых и он не предусмотрел такого случая в акте дарения, то на изменение назначения пожертвованному имуществу испрашивается Высочайшее разрешение через совет министров (ст. 986). [Проект кн. V почти не вносит изменений и только систематизирует действующие законы о пожертвованиях].

V. Пожалование. Дарование кому-либо Высочайшим указом государственной недвижимости в собственность называется пожалованием (ст. 934). Признаками, квалифицирующими пожалование как вид дарения, являются следующие условия: а) дарителем является Государь Император как представитель государства, а не как частное лицо, в качестве которого он может производить дарение на общем основании, б) одаренным – частное лицо, в) пожалованы могут быть только недвижимости и притом составляющие государственную принадлежность, а не частную собственность Государя Императора.

Пожалование производится в форме Высочайшего именного указа (ст. 934), в силу которого жалуемое лицо приобретает право на известное количество десятин земли. С этим моментом еще не связывается переход права собственности, так как нет еще определенного объекта. Высочайший указ создает обязательственное отношение между государством и частным лицом, в силу которого последнее приобретает только право требовать передачи ему известного числа десятин земли. Только с момента отвода земли, выделения участка из массы государственных имуществ, которое производится министром государственных имуществ на основании Высочайшего указа, приобретает право собственности. Поэтому продажа такого имения, еще не сданного, будет недействительна. Право требовать сдачи пожалованной земли может быть потеряно за истечением общей земской давности (ст. 966).

§ 47. Мировая сделка

Литература: Анненков, Опыт комментария, т. VI, стр. 225–244; Парамонов, Мировая сделка (Вестн. пр., 1900, N 3).

Под именем мировой сделки понимается договор, в силу которого контрагенты обязываются ко взаимным уступкам ввиду сомнительности принадлежащих им в отношении друг друга прав (проект кн. V, ст. 1141). Цель мировой сделки состоит в том, чтобы ценою обоюдных жертв устранить или предупредить споры, процессы, помятуя, что худой мир лучше доброй ссоры.

а. Мировая сделка является договором. Поэтому все субъективные и объективные условия, установленные для договоров, имеют полное применение к мировым сделкам. Лицо, вступающее в такую сделку, должно быть дееспособно, а содержание ее не должно противоречить законам и нравственности. Поэтому мировая сделка, заключенная несовершеннолетним или несостоятельным, будет недействительна, поэтому невозможна мировая сделка относительно неотчуждаемых прав, прав состояния, личных прав. Мировой сделке свойственны двусторонность и возмездность.

б. Необходима сомнительность прав как основание, как побудительная причина к заключению мировой сделки. Предполагается сомнение сторон, заключающих мировую сделку, в неопровержимости их прав, неуверенность в благополучном исходе процесса, если дело дойдет до суда. Сомнительность должна быть субъективной, а не объективной: нужно, чтобы контрагенты предполагали возможность неудачного исхода процесса, хотя бы для опытного юриста дело представлялось в совершенно ином свете. Однако субъективность не может переходить в совершенную безосновательность, которая способна возбудить подозрение в мотивах, побудивших стороны к мировой сделке, например, если сторона выставляет сомнительность бесспорного векселя. Если право подлежит уже судебному рассмотрению, то сомнительность его не устраняется благоприятным решением двух инстанций, так как обжалованное в кассационном

порядке, оно может повести к обратным результатам (03, 12). Если же дело окончательно решено, без возможности его перевершения, то оно не может служить основанием для мировой сделки. Мировая сделка относительно прав, не возбуждающих никакого сомнения, не теряет своей силы как договор; если только стороны не заблуждались относительно своих прав, например, не знали об окончательном решении. Но она утрачивает значение мировой сделки и принимает дарственный характер, который при наличии некоторых условий может иметь своим результатом опровержение сделки, например, со стороны конкурсного управления.

с. Третьим признаком, определяющим мировую сделку, является взаимность уступок. Каждый контрагент отступает в части от своего права ввиду такого же отступления с другой стороны. Где нет взаимности, там нет мировой сделки, а есть только дарение. Поэтому неправильным представляется выражение "окончить дело миром", когда истец уменьшает на суде свои требования, которые ответчик соглашается удовлетворить, не дожидаясь судебного решения. Уступки могут состоять или в уменьшении объема существующего требования, или в замене большего другим, меньшим требованием.

Понимаемая в таком смысле мировая сделка отличается от другого юридического отношения, которому также присваивается название мировой сделки. Под этим именем понимается соглашение при наличии условленных законом условий между несостоятельным должником и его кредиторами, которое имеет своей целью отсрочку или пропорциональное уменьшение требований (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 542). Эта конкурсная мировая сделка не имеет ни одного признака договорной мировой сделки: 1) она не может быть признана основанною на договоре, потому что меньшинство кредиторов принуждено подчиниться решению большинства; 2) нет здесь сомнительности прав, потому что требования могут быть уже признаны конкурсным управлением подлежащими удовлетворению; 3) наконец, отсутствует и взаимность уступок, потому что несостоятельный должник не делает никаких уступок, а только пользуется уступками со стороны кредиторов.

Форма мировой сделки, все равно совершается ли она на суде или вне суда, должна быть письменной (уст. гр. суд., ст. 1359). Для внесудебной мировой сделки закон предписывает, кроме письма, еще явку к засвидетельствованию нотариусу, хотя практика наша старается отнять у этой формальности какое бы то ни было значение (75, 678). Судебная мировая сделка может найти себе достаточное выражение и в судебном протоколе (уст. гр. суд., ст. 1359, п. 2). [Мировой протокол, составленный в присутствии суда, в решении 73, 1511 приравнивается к судебному решению, а если предметом мировой сделки является недвижимое имение, то протокол суда доказывает без всякого особенного акта укрепления право собственности на имение (79, 312). Неясно, однако, действие такого мирового протокола по отношению к третьим лицам].

Действие мировой сделки, все равно судебной или внесудебной, заключается в том, что вместо прежних отношений, существовавших между контрагентами, хотя бы эти отношения имели различные основания, устанавливается новое договорное отношение. Здесь имеет место новация. Поэтому контрагенты лишаются права требовать и взыскивать друг с друга в силу прежде существовавших отношений, если только в основе мировой сделки не лежит заблуждение или обман, влекущие ее недействительность (уст. гр. суд., ст. 1366). Такой результат мировой сделки основывается на тождестве лиц и объектов в прежнем отношении, погашенном мировую сделкою, и в новом отношении, подающем повод к возбуждению данного иска. Со времени мировой сделки каждая из сторон имеет право требовать от другой только того, к чему та обязалась в силу договора. Мировая сделка, заключенная с одним из солидарных кредиторов или должников, имеет силу относительно всех.

§ 48. Страхование имущества

Литература: Степанов, Опыт теории страхового договора, 1875; Брандт, О страховом от огня договоре (Жур. гр. и уг. пр., 1875, N 3 и 4); Ноткин, Страхование имущества по русскому законодательству, 1888; Никольский, Основные вопросы страхования, 1895; Идельсон, О страховом договоре (Харьк. учен. зап., 1903); Луневский, Страхование от огня, 1912; Рыбников,

Очерк современного положения в России страхования от огня, 1912; Пресс, Страхование, 1914; Гойхбарг, Источники договорного страхового права (Вестн. гражд. пр., 1914, N 2).

I. Понятие о страховании. Страхование, имеющее свою целью обеспечить частное хозяйство от убытка, который может быть причинен ему каким-нибудь чрезвычайным событием, юридически достигается двояким путем: посредством коммерческого и взаимного страхования. Под коммерческим страхованием понимается договор, в силу которого одно лицо за определенную плату обязывается возместить полностью или в части ущерб, какой может понести имущество другого лица от известной случайности (ст. 2199; проект кн. V, ст. 1016). Под именем взаимного страхования понимается договор, в силу которого все контрагенты обязываются возместить ущерб, какой может понести имущество одного из них от известной случайности. Рассмотрим признаки, свойственные тому и другому виду страхования имущества.

а. Перед нами прежде всего договор. Этим признаком рассматриваемые виды страхования отличаются: 1) от самострахования, которое имеет экономическое, но не юридическое значение, 2) от принудительного страхования, основанного не на соглашении, а на повелении закона. Договор страхования представляется алеаторною сделкою, так как обязанность страховщика или всех взаимных страхователей уплатить сумму денег, равную понесенному ущербу, стоит в зависимости от наступления предусмотренного события.

б. Обязанность возмещения ущерба переносит страх за потери в известном хозяйстве с хозяина на других. Страхование направлено к возмещению действительного ущерба, а не к обеспечению возможных выгод (ср. 83, 87). Где нет уменьшения ценности имущества, там нет места и возмещению (84, 114). [Однако такое общее отрицание возмещения всяких возможных выгод не оправдывается ни теоретически, ни практически. Страхование на случай неполучения ожидаемой прибыли вполне допустимо, так как лишение достаточно подготовленной прибыли составляет действительный ущерб. Затем в практике огневого страхования обиходными стали дополнительные соглашения о возмещении ущерба от неполучения квартирной платы во время ремонта пострадавшего от пожара дома, простоя фабрики и т.п.]

в. Действительный ущерб может быть причинен имуществу посредством гибели или повреждения вещей, принадлежащих к его составу, и вследствие неосуществления прав требования, входящих также в юридическое понятие об имуществе. Чаще всего страхование направлено к обеспечению ущерба, который причиняется уменьшением ценности физических вещей, составляющих достояние частного хозяйства, дома, имения, парохода (ст. 2199).

г. Ущерб должен быть произведен известной случайностью, т.е. таким событием, возможность которого хотя и предвидится вообще, но в каждом данном случае не может быть предусмотрена. Случайные события являются или результатом разрушительных сил природы, или действий посторонних лиц, например поджог. Род случайности, угрожающей имуществу, должен быть предусмотрен в договоре. Такими опасными событиями являются пожар, наводнение, градобитие, кораблекрушение, эпизоотия и др.

д. Контрагенты должны иметь в виду будущее событие, ожидаемое и угрожающее. Поэтому, если опасность в момент совершения договора миновала, т.е. если событие, ввиду которого состоялось соглашение, уже наступило, договор теряет свое основание и будет недействительным, например, в случае прихода застрахованного товара или судна. Точно так же и в обратном случае – страховой договор будет недействителен, когда несчастье уже произошло, например, пароход уже затонул (contra реш. 88, 73). [Проект кн. V не требует, однако, чтобы событие, предусматриваемое страховым договором, было обязательно будущим. Он постановляет, что договор страхования, действие которого распространяется по соглашению сторон на предшествующее его заключению время, признается недействительным только в том случае, если при его заключении страхователю было известно, что несчастье, от которого имущество застраховано, уже наступило, возможность сего несчастья уже миновала (ст. 1025)].

На этих признаках оканчивается сходство между коммерческим и взаимным страхованием. Существенное различие между ними заключается в том, что коммерческое страхование – договор возмездный и предполагает определенное вознаграждение, называемое страховой премией, тогда как взаимное страхование чуждо началу возмездности.

II. Заключение договора. Коммерческое страхование является договором двусторонним, в силу которого один контрагент обязывается заплатить безусловно известную сумму денег как премию, а другой контрагент обязывается заплатить денежную сумму, равную величине ущерба, если наступит известное событие. Первый контрагент называется страхователем, а второй – страховщиком (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 558, прим.; проект кн. V, ст. 1016). Страховщиком может быть как лицо физическое, так и юридическое, хотя в действительности ввиду значительного капитала, требуемого страховым делом, обязанность возмещения ущерба принимают на себя только страховые общества. Страхователем может быть лицо, заинтересованное в сохранности имущества, т.е. лицо, на имущественных интересах которого могли бы отразиться невыгодно гибель или повреждение вещи (проект кн. V, ст. 1018; 94, 26). Таким лицом прежде всего является собственник, на котором всегда лежит риск всякой опасности (*casum sentit dominus*). Но кроме собственника и другие лица могут быть заинтересованы в судьбе вещи: залогодержатель, потому что только ценностью заложенной вещи обеспечивается его право залога (08, 93; 86, 13; 79, 123); пользовладелец, потому что с гибелью вещи прекращается его право пользования (98, 5); наниматель, потому что на нем лежит ответственность перед собственником за нанятую вещь (93, 94); приемщик поклажи, потому что он отвечает за сохранность отданной ему вещи. Последствием совершения договора страхования лицом, не имеющим имущественного интереса в застрахованной вещи, будет недействительность сделки (проект кн. V, ст. 1026). [Имущественное страхование не должно служить для страхователя источником обогащения (04, 111). Поэтому недобросовестное страхование имущества свыше его действительной стоимости будет недействительным. При добросовестном же заблуждении страхователя оно сохраняет силу в сумме, соответствующей действительной стоимости имущества (проект кн. V, ст. 1038; ср. 92, 26; 91, 109 и 73, 219). Имущество, застрахованное в полной его стоимости, не может быть предметом вторичного страхования его в другом обществе на то же время и от той же опасности (двойное страхование)]. Из нескольких таких договоров действительны будут первые, насколько страховая сумма не достигает стоимости вещи (итал. торг. код., § 426, гол. торг. код., § 252). Это единственно логическое решение. На эту точку зрения становится и проект кн. V (ст. 1039). Но последствия двойного страхования могут быть определены и иначе. а) Каждое из нескольких страховых обществ отвечает перед страхователем солидарно, так что он может обратиться к любому с требованием возмещения вреда в пределах действительной ценности (герм. закон 1908 г., § 59). б) Каждое из нескольких страховых обществ отвечает перед страхователем пропорционально, в пределах страховой суммы (исп. гражд. код., § 1795, швейц. закон 1908 г., § 71). [По большинству русских полисных условий двойное страхование влечет за собой недействительность обоих договоров (79, 80; 78, 48). Двойное страхование надо отличать от дострахования. Имущество, застрахованное лишь в части его стоимости, может за отсутствием иного соглашения быть предметом дальнейшего страхования с тем, однако, чтобы страховые суммы отдельных договоров в совокупности не превышали действительной стоимости имущества (проект кн. V, ст. 1040; ср. 84, 114)].

Для совершения договора требуется соглашение сторон относительно существенных принадлежностей сделки, каковыми являются точные обозначения: а) страхуемых вещей, б) события, грозящего опасностью, в) срока, до истечения которого страховщик несет на себе обязанность возмещения, г) размера вознаграждения за страх. Два последних условия не имеют значения для взаимного страхования. Размер возмещения может определиться только, когда случится ожидаемое событие и причинен будет ущерб. Однако обычно в договор коммерческого страхования включается страховая сумма, которая служит цели определения величины премии, выражаемой в процентах, а кроме того, имеет значение предельной или пропорциональной суммы возмещения. Согласно проекту кн. V страховая сумма должна быть обозначена в полисе (ст. 1021). При последнем значении величина суммы возмещения относится к величине действительного ущерба, как условленная сумма относится к действительной ценности всего застрахованного имущества. Что касается формы договора, то закон наш устанавливает письменную форму только для морского страхования (уст. торг., ст. 558, прим., уст. суд. торг., ст. 260 и 362). Но в действительности страховой договор всегда выражается на письме. Письменный акт, в который облекается договор страхования, называется полисом (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 558, прим.). Проект

кн. V (ст. 1020) устанавливает, что договор страхования независимо от величины премии или страховой суммы должен быть удостоверен на письме; страховщик обязан по требованию страхователя выдать ему полис и копии всех поданных страхователем объявлений, касающихся условий страхования.

Самый порядок заключения договоров коммерческого страхования заключается в следующем. Страховщик в видах успеха своего дела доводит сам до общего сведения об условиях, на которых он готов вступить в договор. Страхователи подают письменное объявление, выражающее с их стороны желание заключить на этих условиях договор и содержащее означение всех подробностей относительно страхуемого имущества. Обыкновенно подобное объявление пишется на заготовленных заранее бланках, выдаваемых страховщиком и содержащих ряд вопросов, на которые страхователь должен дать ответы. Юридическое значение этих бланков состоит в том, что страхователь освобождается от ответственности за умолчание тех обстоятельств, относительно которых не было вопросов (проект кн. V, ст. 1027). Одновременно с объявлением вносится вознаграждение, премия и иные платежи, падающие на страхователя, пошлины, гербовый сбор, расходы по пересылке и т.п., в чем ему выдается предварительное свидетельство, имеющее значение простой квитанции, расписки в получении денег. Затем по рассмотрении представленного агентом объявления страховое общество выдает полис. Из рассмотрения описанного порядка совершения страхового договора обнаруживается, что моментом его совершения следовало бы признать выдачу полиса, который представляет собою принятие предложения, выраженного в поданном страхователем через страхового агента объявлении. Следовательно, только с момента выдачи полиса начинается обязанность страховщика нести на себе страх за вещь. Но страховые общества считают начальным моментом выдачу квитанции и тем лишают всякого юридического значения выдаваемый ими полис [(см. также 78, 282; 71, 1220); очень часто они ограничиваются выдачею квитанции, заменяя ее полисом лишь по особому заявлению страхователя].

III. Обязанности страхователя. 1. На страхователе лежит забота о страховании своих вещей (09, 62 и 123). Если страхователь является сам виновником гибели или повреждения имущества, случайности уже нет. Грубая неосторожность с его стороны приравнивается злему умыслу, а потому в том и другом случае страховщик освобождается от своей обязанности. [Проект кн. V говорит об освобождении страховщика от ответственности только в случае умышленных действий страхователя (ст. 1046). Умышленное истребление застрахованных вещей карается еще уголовным законом (Улож. о нак., ст. 1196)]. При происшедшем несчастии страхователь обязан принять меры к сохранению погибающей вещи, например, в случае пожара немедленно уведомить полицию, вынести наиболее ценные вещи (проект кн. V, ст. 1041). Непринятие таких общих мер и особенно препятствование принятию их со стороны посторонних лиц (например, запираение наглухо дома во время пожара, запрещение вывозить на берег товары с погибающего судна) дают право страховщику уменьшить страховую сумму, если он докажет, что принятие таких мер предохранило бы страхователя от некоторого ущерба [и даже совсем отказаться от уплаты страхового вознаграждения, если ущерб произошел главным образом благодаря непринятию таких мер].

2. Ввиду риска, который несет страховщик, на страхователе лежит обязанность сообщения об изменениях в составе и положении застрахованного имущества, способных увеличить степень риска. Страховщик по уведомлении его о происшедших изменениях, например, о перемене квартиры, о переходе из каменного дома в деревянный, может возвысить премию или вовсе отступить от договора, если риск переходит ту степень, какую принимает на себя вообще страховщик, например, если хозяин отдает флигель под заведение, в котором приготовляются взрывчатые вещества (80, 90; 73, 14). Если страховщик своевременно или вообще не был уведомлен об изменениях, увеличивающих степень риска, то он может отказаться от выдачи страхового вознаграждения, хотя бы причинная связь между этими изменениями и понесенным ущербом не была доказана (97, 94; 67, 227). Имущественное страхование является строго личным договором, который заключается обычно только при известном доверии к личности страхователя. Поэтому о перемене последнего страховщик должен быть своевременно осведомлен и от него уже

зависит согласиться на предложение страхования или отказаться от него (11, 20; 92, 71; 86, 13; 78, 196).

3. С наступлением предусмотренного несчастного события страхователь должен немедленно уведомить о несчастье страховщика. С этой целью обыкновенно устанавливается в договоре довольно короткий срок – несколько дней (проект кн. V, ст. 1041). Такое уведомление необходимо для возможности произвести оценку причиненного ущерба: чем далее от момента несчастья, тем труднее становится определение убытков.

IV. Обязанности страховщика. На страховщике лежит единственная обязанность, составляющая главное содержание страхового договора. Эта обязанность состоит в платеже суммы, равной ценности поврежденного имущества. Величина этой суммы, неизвестная в момент совершения договора, определяется впоследствии в момент происшедшего несчастья размером произведенных этим событием убытков (81, 118) [при этом если имущество было застраховано не в полной его стоимости, то уплачиваемое страховщиком вознаграждение относится к полной сумме убытков так, как страховая сумма к полной стоимости имущества (проект кн. V, ст. 1044)]. Возмещение может быть произведено не только деньгами, но и натурою, например, передачею страхователю такого же количества и того же качества муки, как и та, которая потонула на застрахованной барже. Это не будет замена исполнения, а исполнение, потому что возмещение ущерба достигается и этим способом. Срок выдачи страхового вознаграждения обуславливается доставлением со стороны страхователя доказательств понесенного им ущерба.

Если несчастье наступило вследствие вины третьего лица, то страховщик, возместив страхователю причиненный ему ущерб, вправе обратиться к этому лицу с регрессом, с требованием возвращения понесенных страховщиком убытков (герм. закон 1908 г., § 68, швейц. закон 1908 г., § 72). Обоснование права регресса при молчании нашего закона представляется довольно трудным. Страховщик не может основывать свой иск к виновнику несчастья на том, что тот причинил ему ущерб, потому что действием виновника причинен непосредственно ущерб только потерпевшему страхователю. Самое твердое основание иска может заключаться в том, что страховщик в силу предшествующего соглашения является преемником прав страхователя требовать возмещения причиненного ему виновником ущерба. При отсутствии такого соглашения, нельзя найти основания для иска страховщика, хотя практика наша и склонна признать за ним право на иск независимо от прав страхователя (72, 98). Проект кн. V содержит прямое постановление, что на страховщика, уплатившего страховое вознаграждение, переходит в размере уплаченной им суммы принадлежащее страхователю право на вознаграждение со стороны третьих лиц (ст. 1047). [Страхователь же, получив возмещение ущерба, не может уже обращаться к виновнику с требованием вознаграждения, потому что убытки его покрыты страховщиком. Его требование может быть признано основательным лишь тогда и настолько, если имущество его было застраховано не во всей своей ценности. Ничто не мешает страхователю, не обращаясь к страховщику, потребовать возмещения ущерба от виновника, и в таком случае страховщик освободится от своей обязанности (83, 87)].

V. Прекращение договора. Прекращается страховой договор, кроме общих причин, по следующим основаниям.

1. Страховой договор заключается на определенный срок, а потому истечение срока прекращает обязательственное отношение и освобождает страховщика от дальнейшей ответственности за судьбу вещи. В практике согласно договору этот момент определяется не только днем, но и часом.

2. Исполнение договора, т.е. возмещение ущерба, также прекращает обязательственное отношение. Так как ответственность страховщика определена сроком и так как это обязательство по существу своему длящееся, то при частичном повреждении застрахованного имущества страховщик возмещением ущерба не освобождается от ответственности за судьбу остального имущества, если оно впоследствии пострадает от той же опасности, например, если застрахованный дом потерпит два или три раза повреждения от огня, в пределах страховой суммы. Конечно, соглашение может ограничить ответственность страховщика первым несчастьем.

3. Гибель застрахованной вещи от другой опасности, а не от предусмотренной договором, прекращает обязательственное отношение, например, застрахованный от огня дом рушится от дурной постройки.

[Проект кн. V указывает еще на две причины прекращения страхового договора (ст. 1051).

4. Наступление несчастия, от которого имущество застраховано, хотя и после совершения договора, но ранее того времени, с которого страховщик несет страх по договору.

5. Несостоятельность страховщика, причем в этом случае договор теряет силу по истечении месяца со дня объявления несостоятельности].

§ 49. Страхование лица

Литература: Осецкий, Страхование лица (Вестн. пр., 1900, N 2); Шершеневич, Курс торгового права, т. II, 1908, стр. 429–461; Генкин, Понятие несчастного случая в области страхования (Право, 1909, N 31); Луневский, Страхование жизни и трудоспособности, 1912; Гойхбарг, Единое понятие страхового договора (Право, 1914, N 10).

I. Понятие о страховании лица. Тем же именем страхования обозначается целая группа сделок, не имеющих по своей юридической природе ничего общего со страхованием имущества. [Проект кн. V определяет страхование лица следующим образом: "По договору личного страхования страховщик за условленное вознаграждение, периодически или единовременно уплачиваемое (страховую премию), обязуется к единовременной или периодической уплате определенной суммы в случае смерти известного лица, достижения им определенного возраста, потери им здоровья либо способности к труду или наступления в его жизни иного, предусмотренного в договоре события" (стр. 1070)]. Первоначальным и типичным в ряду таких договоров является так называемое а) страхование жизни, т.е. договор, в силу которого одна сторона, страхователь, обязывается вносить периодически до своей смерти определенные платежи, а другая сторона, страховщик, обязывается уплатить в этот момент известному лицу единовременную сумму. Расчеты страхователя заключаются в том, что, отказываясь ежегодно от части своих доходов, он обеспечивает материальное существование своей семьи в случае смерти ее главы. Конечно, путем ежегодного откладывания той же суммы денег страхователь мог бы собрать капитал не меньший, а может быть, даже и больший. Но зато он не уверен, что преждевременная смерть не прервет его на этом занятии. Расчет страховщика состоит в надежде, основанной на статистических данных, что страхователь проживет настолько долго, чтобы покрыть своими периодическими взносами капитальную сумму.

Страхование жизни послужило исходным пунктом для образования еще других видов личного страхования. б) Страхование старости в противоположность страхованию жизни имеет в виду обеспечение собственных интересов, а не интересов других лиц. Оно состоит в том, что страхователь вносит периодически известную сумму денег с тем, что по достижении известного возраста он получает сам право на капитал или ренту. Расчет страхователя заключается в возможности прожить далее того времени, на какое хватило бы его сбережений, тогда как расчет страховщика заключается в надежде, что страхователь не доживет до того возраста, который даст ему право на капитал или доходы. [с) Страхование от несчастных случаев заключается как в собственных интересах, так и в интересах третьих лиц. Страхователь уплачивает известную премию с тем, чтобы по наступлении известного случая, лишаящего совсем или отчасти возможности работать, ему или указанным им лицам выплачивалась условленная сумма единовременно или в форме пенсии. Под несчастным случаем разумеется обычно телесное повреждение, причиненное застрахованному лицу помимо его воли внезапным событием, извне и насильственно воздействовавшим на его тело. От имущественного страхования данный вид страхования отличается тем, что страхователь оценивает трудоспособность застрахованного лица совершенно произвольно]. д) Страхование стипендии состоит в обеспечении необходимых для изучения наук материальных средств, которое достигается взносом ежегодных платежей со времени рождения ребенка. Затруднение для родителей, возникающее вследствие дороговизны обучения, особенно в высших учебных заведениях, устраняется возможностью приобретения

материальных средств за незначительные и малочувствительные ежегодные взносы. Расчет страховщика заключается в надежде, что ребенок не доживет до необходимого возраста. е) Страхование приданого заключается в предоставлении выходящей замуж дочери известного капитала, который трудно было бы собрать самим родителям.

Виды страхования на этих формах не останавливаются: постоянно создаются новые – посредством сочетания прежних или включения новых элементов.

Однако как ни почтенна задача страхования лица, как ни свидетельствует она о высокой степени культуры, направленной к устранению влияния случайностей на жизнь человеческую, но все же с юридической точки зрения эти договоры не могут быть подведены под понятие страхования. Их связь и единство названия обуславливаются случайным сосредоточением тех и других сделок в руках одних и тех же обществ; а также тем общим им экономическим, но не юридическим, началом, которое заключается в обеспечении материальных интересов человека от действия случайности. Страхование лица отличается от страхования имущества весьма существенными с юридической точки зрения признаками. 1) По договору страхования имущества страхователь приобретает право на возмещение понесенного ущерба, тогда как в страховании лица такого ущерба может и не быть. Если можно еще называть ущербом смерть или болезнь главы дома, доставляющего семье все средства существования, то в других видах личного страхования, например приданого или стипендии, даже и этих признаков нет. В страховании имущества наличность ущерба обуславливает собою обязанность страховщика, тогда как в страховании лица ущерб и обязанность не находятся в причинной связи, например, когда глава семьи не только не обеспечивал существование семьи, но и проигрывал и прокручивал средства, бывшие в распоряжении семьи. 2) Соответственно тому в страховании имущества страховая сумма определяется только в момент происшедшего несчастия. Напротив, в страховании лица отсутствие ущерба делает лишним выжидание несчастного события, и страховая сумма определяется в момент заключения договора. Позднейшие изменения обстоятельств, хотя бы они устраняли всякую мысль о необходимости обеспечения, например в случае получения наследства, нисколько не изменяют обязанностей страховщика. 3) Потому страхование лица совершается не непременно в пользу всех лиц, существование которых с материальной стороны стояло в зависимости от застрахованного лица, а в пользу одного из них или в пользу произвольно избранного постороннего лица, помимо всех ближе заинтересованных лиц. 4) Вторичное страхование имущества будет недействительно, насколько оно превышает ценность застрахованной вещи, тогда как при личном страховании нет никакого юридического препятствия к заключению последовательного ряда страховых договоров.

Установление юридического различия между страхованием имущества и страхованием лица вовсе не направлено на отрицание за вторым видом страхования юридической силы. Этот договор по своим юридическим признакам отличный от договора страхования имущества, а между тем единство имени способно вызывать представление о близости их юридической природы.

Существует, однако, противоположное мнение, согласно которому страховой договор представляется единым по своей юридической природе и различающимся только по способу расчета страхового вознаграждения. При имущественном страховании расчет вознаграждения приурочивается к понесенному ущербу, а при личном определяется заранее фиксированной суммой.

II. Совершение договора. [Контрагентами в договоре личного страхования являются так же, как и при имущественном страховании, страховщик и страхователь. Лицо, в отношении которого должно наступить предусмотренное в договоре событие, называется застрахованным лицом, а тот, кому должна быть уплачена страховая сумма, – выгодоприобретателем (проект кн. V, ст. 1070). Страхователь, застрахованное лицо и выгодоприобретатель могут совпадать в одном лице, но в большинстве случаев] договор страхования лица, за исключением страхования старости (на дожитие) и отчасти страхования от несчастных случаев, заключается в пользу третьих лиц. Может ли быть этим третьим лицом вообще каждый или требуется некоторая заинтересованность его в жизни застрахованного лица, например, зависимость его материального существования от последнего? Действительно, некоторые страховые общества на Западе выставляют такое требование, но оно не вытекает из юридических соображений. Если страхование не имеет свою

целью возмещать ущерб, то, очевидно, нет никакого основания делать различие между лицами, в пользу которых предназначается страховая сумма. Это тем более, что заинтересованность одного лица в судьбе другого трудно поддается определению: это может быть незаконная дочь страхователя, не желающая обнаружить перед другими такое обстоятельство, или особа, с которою он находился в близких отношениях. Согласия выгодоприобретателя при заключении договора не требуется, – сила договора от этого обстоятельства не зависит.

[Согласно ст. 1072 проекта кн. V гр. улож. договор, заключенный на случай смерти или неспособности к труду не самого страхователя, а другого лица, действителен, если только страхователь (правильнее было бы говорить о выгодоприобретателе) имущественно заинтересован в продолжении жизни или трудоспособности застрахованного или если последний дал свое согласие на заключение договора. Исключение сделано для супругов и родственников по восходящей и нисходящей линиям, которые могут взаимно страховать свою жизнь без соблюдения этих условий. Согласия выгодоприобретателя проект также не требует].

Наше законодательство, не касаясь вовсе договора страхования лиц, не устанавливает для него формы, а потому словесного соглашения вполне достаточно для его силы. Но в действительности договор страхования лица, как и имущества, всегда совершается письменно. Предложение делает страхователь, подавая объявление о своем желании застраховаться. Принятие выражается страховщиком в выдаче полиса, и с этого времени договор должен считаться заключенным. В объявлении должны быть даны ответы на все вопросы, имеющие существенное значение для договора и предлагаемые самим страховщиком, как, например, относительно возраста, здоровья, занятий, образа жизни. [При неправильном показании возраста страховщик может или уменьшить сумму страхового вознаграждения, или даже отступить от договора, если действительный возраст застрахованного лица выше того предельного возраста, до которого страховщик принимает страхование (проект кн. V, ст. 1075–1076)]. Не довольствуясь личными показаниями, страховые общества подвергают еще страхователя медицинскому освидетельствованию через собственных врачей.

III. Обязанности страхователя. Основная обязанность страхователя заключается в аккуратном взносе страховой премии, величина которой определяется при совершении договора и может быть одинаковой для каждого периода времени или может постепенно уменьшаться. Упущение своевременного взноса нередко сопровождается по уговору неустойкою. Во всяком случае из договора личного страхования вытекает обязанность для страхователя периодически вносить платежи до наступления известного обстоятельства. Поэтому страхователь не вправе произвольно прекратить платежи и вместе с тем считать свое обязательственное отношение прекращенным. Последствием просрочки будет обращение к нему требования со стороны страховщика о платеже следующей за истекшим период премии. Страховщик вправе предъявлять такое требование ежегодно при наступлении и просрочке установленного времени. Конечно, стороны могут указать в договоре, что прекращение взносов равносильно отказу от договора и обязательно для другой стороны. Если же это прямо не указано в договоре, то обязательственное отношение не прекращается от опущения одним из контрагентом исполнения своей обязанности. [Но при некоторых видах личного страхования страхователь по истечении известного срока может отказаться от договора и выкупить застрахованную сумму, т.е. потребовать от страховщика возврата части внесенных им премий, превышающей действительный расход, который нес страховщик].

Затем на обязанности страхователя лежит уведомление страховщика о всякой перемене в образе жизни его самого или в подлежащих случаях застрахованного лица, способной иметь влияние на продолжительность существования. Добровольное поступление на военную службу, путешествие в малоизвестные страны, резкая перемена профессий, поездка в местность, охваченную эпидемией, – все эти обстоятельства не влияют на отношения сторон только тогда, если они происходят с ведома и согласия страховщика. В противном случае обязанность последнего отпадает, если со страхователем случится несчастье в новой обстановке, так как страховщик всегда может поставить в зависимость одно от другого и заявить, что смерть произошла от обстоятельств, увеличивших риск за пределами договора. [Проект кн. V освобождает страхователя от этой обязанности, если она не обусловлена в договоре (ст. 1078).

Страхователь или выгодоприобретатель обязаны известить страховщика в непродолжительный срок о наступлении предусмотренного договором события (ст. 1082)].

IV. Обязанности страховщика. На страховщике лежит одна обязанность – с наступлением срока уплатить страховое вознаграждение. Этот срок наступает при страховании жизни – с моментом смерти, при страховании стипендии, приданого – с достижением известного возраста или выхода замуж. Страховщик освобождается от своей обязанности, если предусмотренный срок наступает ранее [в силу умышленных действий страхователя, застрахованного лица или выгодоприобретателя, что может иметь место при страховании жизни и от несчастных случаев (ср. проект кн. V, ст. 1079)]. Главный случай такого преждевременного наступления срока представляет самоубийство, потому что при договоре стороны имели в виду обычное течение жизни, и если обязательство поставлено в зависимость от случайного обстоятельства, то намеренное создание его устраняет характер случайности. Однако если самоубийство произведено в состоянии психической болезни, помешательства, если, например, тифозный больной в припадке горячки выбрасывается из окна, то это не устраняет обязанности страховщика (проект кн. V, ст. 1079; ср. 92, 4). Последний освобождается от лежащей на нем обязанности и в том случае, когда смерть наступает преждевременно вследствие изменившихся условий жизни страхователя, которые наступили без его согласия.

V. Права третьего лица. То лицо, в пользу которого заключен был договор личного страхования, приобретает самостоятельное право с момента уведомления его и выраженного им согласия на принятие. До этого времени контрагенты имеют полную возможность изменения условий договора и даже совершенного прекращения, помимо согласия третьего лица [если только страхователь не отказался в пользу выгодоприобретателя от своего права на изменение договора]. Из содержания договора обнаруживается, что право на страховое вознаграждение может быть приобретено им не ранее смерти страхователя. Но право это во всяком случае возникает первоначально в его лице, а не производно, не переходит от страхователя по наследству, так как сам страхователь этого права не имел. Поэтому право на страховое вознаграждение, если оно принадлежит наследнику страхователя, не зависит от принятия наследства. Сын может отказаться от обремененного долгами наследства и тем не менее не лишиться права на страховое вознаграждение, на которое не может быть обращено взыскание со стороны кредиторов страхователя (проект кн. V, ст. 1086).

Договор личного страхования представляет собою дарственную сделку в отношении к третьему лицу. Отсюда получается тот вывод, что в случае несостоятельности страхователя при наличии тех условий, с которыми закон соединяет возможность опровержения дарственных актов, конкурсное управление может потребовать от третьего лица, получившего уже страховое вознаграждение вследствие смерти несостоятельного должника, возвращения денег в конкурсную массу. Вопрос состоит в том, какую следует признать величину дарения, в размере ли страхового вознаграждения или в размере совокупности внесенных премий? Решение должно быть в пользу второй величины. Дарение предполагает соответствие обогащения на одной стороне и уменьшения имущества на другой. Из имущества страхователя вышли только премии, а не вся сумма. Поэтому конкурсное управление может вытребовать только сумму, равную совокупности премий, но и то при условии, что договор был заключен не раньше как за 10 лет до объявления несостоятельности. Если договор заключен был ранее этого момента, то конкурсное управление не имеет права требовать возвращения, так как все последующие платежи были лишь исполнением взятого на себя обязательства и, если бы не были внесены добровольно, то могли бы быть вынуждены.

§ 50. Ссуда

Литература: Змирлов, О недостатках наших гражданских законов (Жур. гр. и уг. пр., 1885, N 10); Анненков, Система русского гражданского права, т. IV, 1904, стр. 359–368.

Ссудою называется договор, в силу которого одно лицо уступает безмездно другому временное пользование своими вещами (ст. 2064). а) Содержание договора ссуды составляет

предоставление пользования вещью со стороны собственника другому лицу. Следовательно, вещь передается не в собственность, а только в держание. При этом пользование ограничивается употреблением самой вещи соответственно ее назначению, но не допускает извлечения из нее плодов. б) Пользование предоставляется не навсегда, а на известное время, и если срок в договоре не указан, то пользование должно быть прекращено в каждую минуту по требованию собственника. с) Из понятия о временном пользовании вытекает право собственника требовать возвращения своей вещи в том же виде и состоянии, в каком она была предоставлена. d) Признаком, характеризующим ссуду, является безвозмездность договора – пользование предоставляется, как выражается наш закон, без всякого за употребление возмездия. В ссуду могут быть отдаваемы непотребляемые и незаменимые вещи, а если и отдаются вещи, по своей природе заменимые, то с присвоением им характера незаменимости, например, один берет у другого особые сорта плодов, муки для выставки или для представления их в виде образца своих товаров. Закон наш говорит, что предметом ссуды могут быть всякого рода движимые вещи, одушевленные и неодушевленные, домашний и рабочий скот, орудия, инструменты, платье и т.п. (ст. 2065). Указывая, что предметом ссуды могут быть только движимости, закон отрицает характер ссуды за безвозмездным предоставлением пользования недвижимостью. Между тем такие отношения возникают нередко. Одно лицо, уезжая за границу, передает другому в пользование до своего возвращения дом, квартиру или, отправляясь летом на Кавказ или в Крым, отдает свою дачу. Такое отношение не подойдет ни под один из признанных законом договоров, тогда как оно представляет собою не что иное, как ссуды. Законодатель совершенно напрасно сузил область применения этого договора, исключив из числа предметов ссуды недвижимость. Если предметом имущественного найма, вполне совпадающего по своему содержанию со ссудой, могут быть как движимости, так и недвижимости, то непонятно, почему недвижимости не могли бы быть предметом ссуды.

По указанным признакам ссуда отличается от некоторых договоров, близко с ней соприкасающихся. Предоставление пользования составляет содержание и договора имущественного найма. Различие между ними заключается в том, что ссуда договор безвозмездный, а имущественный наем предполагает плату (ст. 2064, прим.). От договора поклажи, где также устанавливается обязанность возвращения той же самой вещи, ссуда отличается тем, что принявшему вещи на сохранение ни в коем случае не разрешается право пользования, которое составляет главное содержание договора ссуды. Ссуда в общежитии и в нашем законодательстве (ст. 2064, прим.) нередко смешивается с договором займа, но с точки зрения юридической между ними нет даже близости. По договору займа право собственности на деньги переносится с кредитора на должника, тогда как по договору ссуды право собственности на отданные в пользование вещи остается за кредитором. Занимать можно только вещи заменимые, тогда как отдавать в ссуду можно только незаменимые вещи. Поэтому ссуда устанавливает обязанность возвращения той же вещи, а договор займа – только той же вещи. Это смешение ссуды и займа проникло в наше законодательство из французского права, которое ставит рядом *prêt à usage* и *prêt de consommation*. Наш законодатель, признав, что предметом ссуды могут быть деньги, стал в противоречие со своим же собственным определением договора ссуды, в число признаков которого входит "пользование под условием возвращения той же самой вещи, в том же состоянии, в каком она была дана". Поэтому денежный заем, хотя бы беспроцентный, не может быть признан ссудой. Но процентные бумаги могут быть отданы в ссуду, если они даны для известного употребления, например, для представления в залог, если они индивидуализированы, т.е. под условием возвращения тех же самых билетов и без вознаграждения в пользу давшего их (72, 142). [Проект кн. V говорит о передаче в безвозмездное пользование движимой вещи с обязательством ссудоприемателя возвратить ту же вещь (ст. 357)].

Обязательственное отношение в силу договора ссуды устанавливается не с момента соглашения сторон, а с момента передачи вещи. Договор ссуды безвозмездный и принудить собственника к передаче вещи в обещанное пользование невозможно, но если контрагент ввиду обещания сделал некоторые приготовления и отказ собственника соединен с убытками для него, то он может требовать от него возмещения ущерба. так как закон не устанавливает для договора

ссуды письменной формы, то он может быть заключен словесно и доказываем свидетельскими показаниями.

Получивший вещь в ссуду имеет право пользования ею для собственной выгоды. Если способ пользования ссужаемой вещью не определен специально в договоре, то во всяком случае взявший вещь в ссуду должен пользоваться ею сообразно ее назначению так, чтобы она могла быть возвращена хозяину в том же состоянии и виде, в каком была получена (ст. 2067). Возвращение вещи составляет основную обязанность в договоре ссуды. Вместе с вещью должны быть возвращены и все приращения и плоды ее, за время пользования образовавшиеся. Взявший вещь в ссуду должен проявить особенное внимание к ней ввиду безвозмездного характера пользования. Всякая порча, произведенная хотя бы с самым легким невниманием с его стороны, порождает обязанность возмещения ущерба. В случае повреждений вещей, предоставленных в ссуду, собственник имеет право требовать или: а) возвращения вещи с уплатой вознаграждения за уменьшенную ценность, или б) уплаты полной цены вещи с оставлением ее в руках пользования (ст. 2068). Только когда гибель или повреждение вещи произошли по чистой случайности, без всякой вины со стороны пользователя, последний освобождается от ответственности (81, 89). [Проект кн. V обязывает ссудоприемателя пользоваться полученной в ссуду вещью согласно с договором или же за отсутствием соглашения по сему предмету согласно свойству этой вещи или ее назначению (ст. 359). Нарушение этих правил пользования возлагает ответственность за случайную гибель ссуженной вещи, равно если ссудоприематель не спас вещи, имея к тому возможность (ст. 361, 362). Обыкновенные издержки по сохранению вещи падают на ссудоприемателя, чрезвычайные же, сделанные по необходимости и о которых собственник не мог быть уведомлен, – на ссудодателя (ст. 363)].

§ 51. Имущественный наем

Литература: Умов, Договор найма имуществ по римскому праву и новейшим иностранным законодательствам, 1872; Змирлов, Договор найма имуществ по нашим законам (Жур. гр. и уг. пр., 1884, N 2); Куницын, О силе договора найма имуществ (Жур. Мин. Юст., 1861, N 9); Шенинг, О влиянии отчуждения имени в силу заключенных по нем наемных договоров и об условиях обязательности их в этих случаях (Жур. гр. и уг. пр., 1891, N 9); Умов, О влиянии отчуждения нанятого имущества на существование найма (Юрид. вестн., 1877, N 1–8); Пестржецкий, О вещном характере найма недвижимых имуществ (Жур. Мин. Юст., 1861, N 6); Цвингман, Об обязательности для приобретателя недвижимого имущества договоров найма, заключенных прежним собственником (Жур. Мин. Юст., 1891, N 8); Долматовский, Юридическая природа найма имуществ (Юрид. вестн., 1913, кн. III).

I. Понятие об имущественном найме. Имущественным наймом называется договор, в силу которого одна сторона за определенное вознаграждение обязывается предоставить другой временное пользование своею вещью. Предмет найма, срок пользования и вознаграждение за него составляют, по мнению закона, существенные принадлежности этого договора (ст. 1691).

Хотя в общежитии и законодательстве для обозначения рассматриваемого договора употребляются различные выражения, как наем, аренда, прокат, снятие, оброчное пользование, кортомное содержание, но различия эти не имеют юридического значения. Нашему законодательству чуждо различие между пользованием только вещью (*Miethe*) и извлечением из нее плодов (*Pacht*), как это принято в германском праве, чуждо также различие между наймом домов и движимостей (*bail à loyer*), наймом сельских земель (*bail à ferme*), наймом скота (*bail à cheptel*), как это принято на французском праве.

а. Содержание договора имущественного найма состоит в предоставлении пользования вещью. Приобретаемое по этому договору право не есть право собственности, а лишь право извлечения из вещи той пользы, которая обнаруживается из ее экономического назначения. Содержанием своего обязательства договор имущественного найма близко соприкасается со ссудой, отличаясь от нее возмездностью. Приближаясь с экономической стороны к договору

купли-продажи, как обмен ценностей, имущественный наем существенно отличается от него с юридической точки зрения тем, что не соединяется с переходом права собственности.

b. Предоставляется пользование только временное. Указание срока в договоре необходимо, потому что упущение его будет истолковано согласно временному характеру пользования не в смысле вечности его, а в смысле возможности прекращения его во всякое время. Своею срочностью имущественный наем отличается от наследственного пользования, хотя различие между ними, еще более существенное, заключается в том, что одно отношение абсолютное, а другое – относительное.

c. Отдавать внаем можно только вещи физические, как движимые, так и недвижимые, как одушевленные, так и неодушевленные, животных, у древних – рабов. Впрочем, наш закон, по исключению, называет наймом и предоставление права рыбной ловли, и права сборов с городских весов (ст. 1710, изд. 1900 г., прим.), хотя в действительности здесь нет найма. Не всякая вещь может быть отдана внаем, потому что не всякая допускает пользование без повреждения ее существа. Вещи потребляемые неспособны составить содержание имущественного найма, потому что пользование ими соединено с уничтожением их цельности, например, съестные припасы можно занять, но не нанять. Вещи заменимые также непригодны для найма, потому что, передавая их другому, отдающий ожидает получить не те же вещи, а только подобные, а следовательно, передача заменимых вещей соединена с перенесением права собственности, что противоречит сущности договора найма, например, нельзя говорить о найме денег. так как имущественный наем имеет своим содержанием предоставление другому пользования, то он предполагает право пользования в лице отдающего внаем, следовательно, этот договор может быть заключен собственником и пользователем.

d. Признаком, характеризующим имущественный наем, является вознаграждение за предоставленное пользование. Этот признак настолько существен, что отсутствие его, по взгляду закона, превращает предполагаемый договор имущественного найма в ссуду (ст. 2064, прим.). Вознаграждение чаще всего выражается в форме денег, но это не составляет необходимости. Плата может быть определена известною частью произведений, собранных с нанятой земли. Такое явление замечается в России при найме земель исполу: крестьянин, нанимая известное число десятин, обязывается отдать землевладельцу половину или иную часть собранных снопов. Даже более – вознаграждение может быть выражено в известных личных услугах, например, крестьяне за наем нескольких десятин обязываются собрать хлеб с прочих десятин или скосить луга. Особую форму вознаграждения составляет известный нашему законодательству "наем из выстройки". Наниматель за пользование в течение известного числа лет отданною ему внаем землей обязывается по окончании срока найма оставить все возведенные им постройки, дачи, мельницу, ригу в пользу собственника (ст. 1697), причем право собственности на выстроенное здание принадлежит собственнику земли не со времени только окончания найма, а со времени возведения здания, которое в продолжение договорного отношения находится лишь в пользовании нанимателя (04, 54).

[Проект кн. V допускает определение наемной платы как в деньгах, так и в определенной части произведений отданного внаем имущества (наем исполу или из доли). Наряду с этими способами вознаграждения предусматривается наем за постройки и наем из отработка. В последнем случае заключение договора допускается не свыше трех лет (ст. 296, п. 1, 2 и 3)].

II. Совершение договора. В договоре имущественного найма, называемого также арендою, когда наем касается земли, контрагентами являются: а) хозяин, т.е. лицо, отдающее внаем, и б) наниматель или арендатор, т.е. лицо, приобретающее право пользования по договору. Из вещей, которые по своей природе могли бы быть отданы внаем, некоторые исключаются силою законодательного постановления. Так, внутренние монастырские и церковные здания не могут быть отдаваемы внаем под торговые и трактирные заведения (1711). Определение срока найма предоставляется соглашению сторон, но относительно недвижимости он до последнего времени не мог превышать по общему правилу 12 лет (ст. 1692 по изд. 1900 г.). Устанавливая предельный срок найма, законодатель имел в виду предупредить обесценение имений вследствие долгосрочных аренд. Может быть, 12-летний срок, особенно в области сельского хозяйства, был слишком кратким, но нельзя признать правильной практику Сената, который допускал арендные

договоры, дававшие арендатору право по истечении 12 лет возобновлять своею волею силу договора еще на 12 лет (84, 2; 05, 9). По закону 15 марта 1911 г. недвижимости могут быть отдаваемы внаем и содержание на срок не свыше 36 лет. Договоры, заключенные на более продолжительный срок, признаются обязательными лишь в течение 36 лет, считая с начала найма (ст. 1692 по изд. 1914 г.). Прежний 12-летний срок отдачи внаем остался для недвижимых имений, принадлежащих архиерейским домам, монастырям и церквам (ст. 1711).

Из общего 36-летнего срока законодательство наше допускает множество исключений, имеющих часто совершенно случайный характер. Новый закон сохраняет в силе постановления действующих законов, которыми устанавливаются предельные сроки найма или содержания недвижимости менее 12 или более 36 лет. Сроки менее 12 лет следующие: а) в западных губерниях церковные участки православных приходов, пахотные и сенокосные, дозволяется отдавать в аренду сроком не более одного года (т. IX, ст. 453, прил., ст. 29, п. 1); б) запасные майоратные земли могут быть отдаваемы в аренду сроком не более 6 лет (ст. 504). Более продолжительные сроки, чем 36 лет, следующие: а) в пределах Ялтинского уезда (Таврической губернии) разрешается отдавать внаем частные земли на сроки до 90 лет (ст. 1693); б) казенные земли под разные хозяйственные заведения могут быть сданы в аренду сроком от 24 до 99 лет (т. XII ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 28, прил. ст. 2); с) по закону 23 мая 1896 г. казенные земли могут быть сдаваемы частным лицам на 99 лет под устройство дач; d) договоры об арендовании земель под устройство подъездных путей могут быть заключаемы на сроки до 60 лет (т. XII ч. 1, по прод. 1893 г., ст. 2). Бывшие удлиненные сроки для устройства дач в окрестностях столиц и для постройки фабрик и заводов теперь с новым законом отпадают.

[Срок на отдачу внаем и содержание недвижимых имуществ, над которыми учреждена опека, законом 15 марта 1911 г. (прим. к ст. 1092 по изд. 1914 г.) ограничивается: в отношении имуществ малолетних – достижением ими 17-летнего возраста, а в отношении прочих имуществ – временем не свыше 12 лет или наступлением в законе сроков для признания имущества выморочным (ст. 1162) и для утраты безвестно отсутствующим права на возвращение ему имущества (ст. 1241). Договоры об отдаче внаем и содержание недвижимых имуществ на более продолжительные сроки могут быть заключаемы не иначе как с разрешения Правительствующего Сената, в порядке, установленном в п. 3 ст. 277. Договоры, заключенные без соблюдения этого порядка, признаются необязательными: в отношении имущества малолетних – по достижении ими 17 лет, а в отношении прочих имуществ – по истечении 12 лет от начала найма].

Форма договора имущественного найма различается, смотря по нанимаемым вещам. 1) Наем движимых вещей совершается по общему правилу словесно (ст. 1700). В виде исключения требуется письменная форма для найма речных и морских судов. 2) Наем недвижимостей по общему правилу совершается письменно (ст. 1700). В виде исключения допускается словесная форма для найма городских строений и земельных участков в городе (ст. 1702), но наем загородной дачи для летнего пребывания требует письменной формы (72, 550). Из этого правила в свою очередь исключение по закону 15 марта 1911 г.: договоры о найме городских строений и земельных участков в городских поселениях должны быть совершаемы на письме, если они заключаются на сроки от 3 до 12 лет на сумму свыше 300 руб., а на сроки свыше 12 лет – на всякую сумму. В нашей практике возникают иногда сомнения по вопросу, какого рода вещи, движимые или недвижимые, являются предметом договора. Один из весьма частых договоров – это аренда фруктового сада, так называемое снятие сада. По мнению нашей практики, если договором предоставлено не арендное пользование садом с землею, но только снятие фруктов в саду, то такой договор не может быть признан относящимся к недвижимости (70, 558). Существует еще особая форма аренды в сельском быту. На наем крестьянами земель у помещиков (?), между собою и у посторонних лиц, на сроки не свыше трех лет на всякую сумму, а на большие сроки, именно от 3 до 12 лет, на сумму не свыше 300 руб. (количество ежегодной платы – 82, 64) могут быть заключаемы словесные договоры со внесением их по желанию договаривающихся сторон в книгу сделок и договоров при волостном правлении (ст. 1700). Договор найма недвижимости, если он будет заключен с получением или назначением к получению арендных денег вперед более чем за год, должен быть свидетельствуем в тех установлениях, которым поручено совершение крепостных актов, с тем чтобы на арендованное имение было наложено

запрещение по количеству взятой вперед суммы, а при несоблюдении этой формальности договор найма признается со стороны закона недействительным (ст. 1703). [Согласно проекту кн. V договор найма, по которому наемная плата превышает 300 руб. или который заключен на срок свыше трех лет либо пожизненно, должен быть удостоверен на письме (ст. 297)].

III. Обязанности хозяина. Договор имущественного найма – один из наиболее важных в бытовом отношении. Он подлежит всевозможным видоизменениям, смотря по условиям и заведенному порядку, действующему в данной местности. Однако среди этих разнообразных черт могут быть замечены некоторые основные.

1. На хозяине лежит прежде всего обязанность предоставления нанятой вещи. Он обязан сдать ее нанимателю в том виде, как это было условлено, а за отсутствием особого соглашения, – как это вытекает из цели найма. Так, например, если нанята верховая лошадь, то нанимателю не может быть предложена простая выездная лошадь; нанявшему квартиру для жилья не может быть предоставлена лавка. Вещь должна быть вообще пригодна и приспособлена к пользованию, квартира должна соответствовать обычным требованиям, должна быть не слишком холодна и сыра, снабжена всеми необходимыми приспособлениями. При найме земли хозяин обязан передать арендатору и все сельскохозяйственные строения, насколько они необходимы для эксплуатации имения. Отсутствие тех или других существенных условий в нанимаемой вещи, делая недостижимой цель договора, дает право нанимателю отказаться от принятия предлагаемой ему вещи и отступить от договора (95, 14).

Возможен случай, когда хозяин вопреки договору откажется предоставить нанятую вещь. Каковы в этом случае права нанимателя? Имущественный наем является обязательственным отношением, а из свойства обязательственного отношения обнаруживается, что принудить хозяина к выполнению его обязанности нельзя, а можно только искать с него возмещение ущерба, причиненного отступлением от договора, что и может служить до известной степени косвенным средством, побуждающим хозяина к соблюдению договора. Наша практика смотрит иначе на этот вопрос. "В случае непередачи нанимателю собственником отданной внаем вещи наниматель может осуществить свое право по договору посредством суда, так как предметом договора представляется не какое-либо действие, которое может быть передано только известным лицом, а имение, которое может быть передано в пользование нанимателя и без содействия собственника" (80, 118). Однако ошибочно утверждение, будто здесь дело идет не о содействии, а только о вещи, потому что предметом обязательства является всегда действие, потому что передача всегда признавалась за действие. Притом передачею нанятой вещи еще не исчерпываются те действия, с которым обязался собственник вещи в силу договора найма. неправильность взгляда практики обнаружится тотчас, как только отношение по найму несколько усложнится. Та же практика признает, что в случае продажи нанятой вещи другому лицу наниматель не может требовать судом выдачи (79, 129), хотя отношение по существу несколько не изменилось от перемены собственника. Когда одна и та же вещь отдана внаем разным лицам, то возникшее столкновение не разрешается правом каждого нанимателя вытребовать вещь. Та же практика признала, что первенство договора не имеет здесь значения и наниматель, вступивший в обладание вещью, не может быть вытеснен другим (80, 118). [По проекту отданное внаем имущество передается нанимателю с его принадлежностями в состоянии, соответствующем условленному пользованию сим имуществом (ст. 298). Недостатки, препятствующие условленному пользованию, а также отсутствие обещанных качеств обосновывают ответственность наймодавца (ст. 301). По требованию нанимателя в случае уклонения наймодавца от добровольной передачи отданного внаем имущества таковое может быть передано нанимателю по решению суда (ст. 300)].

2. Хозяин обязан поддерживать вещь в надлежащем состоянии, т.е. соответственно первоначальной цели. Он должен исправлять все существенные повреждения, происшедшие не по вине нанимателя, например, когда град выбивает окна или печь становится негодной для топки. Даже если вред причинен посторонним лицом, то он падает на хозяина, так как тяжесть убытка всегда ложится на собственника. Поправки, крайне необходимые, могут быть сделаны самим нанимателем в счет платы (95, 14 и 62). [Проект кн. V обязывает наймодавца обеспечить нанимателю спокойное пользование нанятым имуществом в продолжение найма (ст. 302) и производить все необходимые исправления, кроме лишь тех, которые в силу договора или по

местному обычаю возлагаются на нанимателя (ст. 304), причем последний обязан допускать безотлагательные исправления (ст. 305). Однако если эти работы исключают возможность дальнейшего пользования или существенно стесняют его, равно если недостатки нанимаемого имущества производят такое же действие, то наниматель вправе требовать прекращения найма (ст. 301, п. 2)].

IV. Обязанности нанимателя. 1. Пользование нанятою вещью со стороны нанимателя должно быть сообразно экономическому назначению вещи. Если, например, нанимается земля для сельского хозяйства, для посева и жатвы, то арендатор не вправе заниматься добыванием минералов и построить завод. Если нанято помещение для квартиры, то наниматель не может устраивать в нем аптеку или фруктовый погреб; если нанята выездная лошадь, то наниматель не вправе обращать ее на сельские работы. Уклонение при пользовании от назначения вещи, соединенное с порчею вещи, обязывает нанимателя к возмещению ущерба.

2. Пользуясь вещью сообразно условию и назначению вещи наниматель обязан предупреждать повреждения, возможные при неосторожном обращении с вещью. Он должен иметь в виду необходимость по окончании срока договора возвратить вещь в том же состоянии, в каком она была принята. Правда, закон наш склонен относить ответственность нанимателя за ущерб, за порчу и за самую гибель предмета найма к случайным принадлежностям сделки (ст. 1691), обязанность хранить вещь от пожара готов поставить в зависимость от особого соглашения (ст. 1707), но Сенат совершенно правильно признал, что такая ответственность нанимателя должна быть по существу договора найма подразумеваема и там, где она положительно не выговорена (03, 12). Арендованная для целей сельского хозяйства земля должна быть своевременно удобряема, чтобы не истощились ее производительные силы; нанятая квартира должна быть надлежаще отапливаема, чтобы не завелась в ней сырость. Повреждение, причиненное не естественными силами и не случайными обстоятельствами, а действием самого нанимателя, должно быть исправлено на его счет. Если движимая вещь, взятая внаем, будет испорчена, то она отдается нанимателю, а он обязан заплатить хозяину цену той вещи (ст. 1708). [Проект обязывает нанимателя пользоваться нанятым имуществом, как заботливый хозяин производить все текущие исправления, а также уведомлять наймодавца о необходимости произвести исправления для поддержания имущества в надлежащем состоянии (ст. 317 и 318)].

3. Так как имущественный наем представляет собою договор возмездный, то на нанимателе лежит обязанность вознаграждения в виде наемной, прокатной или арендной платы. Платежи эти по условию могут быть вносимы вперед или по окончании пользования или чаще всего периодически, в течение всего пользования. При упущении в договоре высоты вознаграждения она определяется местным заведенным порядком. Раз установленный размер платы не может быть ни повышен, ни понижен в течение всего договорного срока, по крайней мере наше законодательство не дает права на понижение арендной платы вследствие неурожая, как это принято во Франции (франц. гражд. код., § 1769 и 1770), Швейцарии (швейц. обяз. закон, § 287). Напротив, у нас закон решительно постановляет, что наниматель не может отказаться от платежа договорной цены до истечения определенного условием срока (ст. 1705). В случае невозможности пользования вещью по причине случайной или по вине хозяина наниматель освобождается от обязанности платить далее того времени, до которого возможно было пользование, например в случае экспроприации или пожара дома. Просрочка со стороны нанимателя не дает права хозяину требовать платежа законной неустойки. [В обеспечение наемной платы проект предоставляет нанимателю право задержания движимости, находящейся в нанятом недвижимом имении и на которую может быть обращено взыскание (ст. 310–312)].

V. Перенаем. С бытовой точки зрения договор имущественного найма носит личный характер: если для нанимателя главный интерес сосредоточивается на удобстве помещения, на качествах арендуемого имения, то для хозяина личность нанимателя играет не последнюю роль. Предоставляя свою вещь известному лицу, хозяин имел в виду добросовестность нанимателя, его умение обращаться с нанятою вещью. Поэтому он не может быть принужден терпеть, чтобы на место его контрагента стало другое лицо, другими словами, арендатор не может передавать во всей целостности свое право по имущественному найму. Если же при совершении договора или впоследствии хозяин дает свое согласие на уступку нанимателем своего права, тогда прежний

наниматель выбывает из отношения и уступает свое место новому, на которого и падает ответственность. Хозяин только от него может требовать вознаграждения и возмещения ущерба, хотя бы вред был причинен вещи при первом нанимателе. Если же хозяин своего согласия на замену не давал, то самовольная передача прав по найму (перенаем) не имеет для него значения и ответственным лицом перед ним продолжает быть прежний наниматель.

VI. Поднаем. Если наниматель не может самовольно передавать своего права, то, может быть, за ним следует признать возможность осуществить свое право посредством предоставления другим пользования нанятою вещью за известное вознаграждение? Вопрос идет о допустимости сублокации, которая могла бы быть переведена на русский язык словом поднаем. Известное лицо арендует большое количество земли, целое имение, и потом раздает крестьянам в обработку на основании договора найма по несколько десятин; известное лицо нанимает квартиру и потом отдает жильцам по комнате, – в этих случаях основное отношение по найму осложняется дополнительными отношениями по найму, активный субъект по главному договору становится пассивным по дополнительным. Следует полагать, что поднаем, составляя форму осуществления права пользования, должен быть допущен, если только при совершении договора хозяин прямо не устранил его возможности. Допущенное в договоре право перенайма, как более обширное право, предполагает возможность поднайма. Едва ли против допустимости поднайма можно возражать с той стороны, что хозяин становится таким путем лицом к лицу с совершенно непредвиденными контрагентами, потому что в силу такого поднайма контрагентом хозяина остается прежний наниматель, который один несет на себе ответственность. Хозяин не имеет никакого отношения к постояльцам его постояльца, к арендаторам его арендатора. Они не могут требовать от него каких-либо поправок или приспособлений или вообще ссылаться на главный договор. Он же в свою очередь не вправе требовать от них платы, хотя бы его контрагент и обнаружил неаккуратность. Возмещения же причиненных ими убытков он может требовать или от своего нанимателя на основании договора, или же от виновника ущерба на основании правонарушения. [Проект предоставляет нанимателю на движимость поднанимателя в обеспечение наемной платы право задержания (ст. 313)].

VII. Прекращение договора найма. Помимо взаимного соглашения, способного прекратить вообще всякий договор, имущественный наем прекращается по следующим причинам.

1. Наиболее частым случаем прекращения имущественного найма является истечение срока договора. После этого момента контрагенты могут безмолвно возобновить действие договора, т.е. продолжать наемные отношения на прежних условиях, но такой договор уже будет бессрочным и может быть прекращен каждою стороною во всякое время. По истечении срока найма наниматель обязан немедленно возвратить предмет пользования, очистить квартиру, иначе оставление за собою пользования будет принято за продолжение отношения, а следовательно, и обязывает к дальнейшим платежам. Сенат признал, что невыезд нанимателя из квартиры вследствие постигшей его болезни к условленному договором сроку освобождает нанимателя от всяких превышающих плату за квартиру денежных взысканий в виде неустойки (00, 62). Никакие обстоятельства, препятствующие дальнейшему пользованию, не могут, по мнению Сената, прекратить договор имущественного найма и освободить нанимателя от платежей, если эти обстоятельства кроются не в предмете найма, а в личных условиях нанимателя. С этой точки зрения Сенат признал, что перевод по службе из одного места в другое не освобождает чиновника от обязанности внести всю наемную плату до условленного срока (94, 99). Развивая эту мысль дальше, Сенат поддерживает силу договора до срока даже тогда, когда служебный перевод совершается не по просьбе служащего, а без его воли распоряжением начальства, даже под угрозой наказания за уклонение, как это имеет место в отношении состоящих на службе в армии и флоте, и даже в военное время (07, 76). Этот взгляд Сената не может быть признан правильным. Когда состоящий на службе перемещается по ходатайству, договор должен остаться в силе. Но когда перемещение его происходит по усмотрению начальства, служащего нельзя считать связанным по договору, исполнить которого он не в состоянии, не подвергаясь "тяжкой ответственности". Нельзя требовать от контрагентов геройства для сохранения договора. Перед Сенатом встал вскоре новый вопрос: освобождается ли наниматель помещения в доме, очистивший последнее до истечения срока найма, вследствие происходивших вокруг дома

народных беспорядков (погрома), при коих, однако, самая недвижимость поврежденных не испытала, от взыскания наемной платы за недожитое время? Оставаясь последовательным, Сенат должен был бы дать на этот вопрос отрицательный ответ. Но смутившись, очевидно, перед выводами, к которым влекло его избранное им направление, Сенат после довольно сомнительных рассуждений признал, что при данных обстоятельствах договор должен потерять силу и до истечения срока (10, 29). [Проект признает за лицами, состоящими на государственной службе, в случае назначения, сопряженного с переменою места жительства, право по надлежащем предварении прекратить заключенные ими договоры о найме жилых помещений и ранее определенных в них сроков (ст. 337). Право расторжения квартирных договоров было предоставлено Высочайшим указом 28 июля 1914 г. всем чинам военного и морского ведомства, состоящим на действительной службе и призванным из запаса или ополчения в течение месяца со дня распоряжения, препятствующего им или их семействам лично пользоваться нанятыми квартирами].

2. Так как наем предполагает определенную вещь, то гибель вещи влечет за собою прекращение отношения. Договор имущественного найма прекращается, все равно по какой бы причине не погибла вещь: случайно или по вине одного из контрагентов, с тою только разницею, что вина нанимателя обязывает его к возмещению причиненного ущерба. Такое же значение имеет и существенное повреждение вещи, делающее ее неспособною служить той цели, ввиду которой заключен был договор. Но частичное повреждение, не имеющее такого существенного значения, не прекращает договора, а создает обязанность для хозяина исправить вещь.

3. Основанием для прекращения имущественного найма служит неисполнительность одной стороны. Так, например, если наниматель не вносит периодических платежей, хозяин имеет право требовать расторжения договора. Если хозяин отказывается поддерживать нанятую вещь в том состоянии, в каком она находилась при совершении договора, то наниматель ввиду невозможности осуществления интереса может требовать освобождения его от лежащих на нем обязанностей. Обобщая случаи возможного прекращения аренды вследствие неисполнительности, Сенат выставляет в виде общего начала, – "когда неисполнением договора поражается самая сущность оного" (99, 78). Если наниматель произвольно и без достаточных оснований оставляет нанятую вещь, то он все же продолжит быть связанным договором и обязывается внести все платежи, следуемые до истечения условленного срока (ст. 1705).

4. Одним из наиболее важных в бытовом отношении и в то же время спорных вопросов является тот, какое значение имеет для силы договора имущественного найма отчуждение нанятой вещи. Может ли новый приобретатель не признавать договоров, заключенных прежним собственником, и настаивать на выселении нанимателей, или же эти договоры продолжают быть обязанными для него как преемника до истечения условленного срока?

Для решения этого вопроса с теоретической точки зрения следует иметь в виду: а) что имущественный наем есть обязательственное отношение, основанное на договоре, б) что нанимателю принадлежит не вещное право, которое бы следовало всюду за вещью, а право требования на известное действие, в данном случае на предоставление пользования вещью и на поддержание ее в надлежащем состоянии, в) что относительное право нанимателя становится лицом к лицу с вещным правом нового собственника, д) что последний не принимал участия в заключении договора имущественного найма, а потому и не может быть обязанным к какому-либо действию. Принимая в соображение все эти обстоятельства, а также, что из общих начал обязательственного права нашим законодательством не сделано исключений для имущественного найма, необходимо признать, что договор имущественного найма прекращается с отчуждением вещи, так как он не может быть обязательственным для неучаствовавшего в нем приобретателя.

Однако жизнь противится этому логическому заключению, опасаясь за интересы арендаторов и квартирантов, которые при таком последовательном проведении юридических начал могут быть во всякое время лишены крова и насиженного гнезда, земли, обработанной тщательным трудом. Конечно, если нанимателю причиняется материальный ущерб, за ним сохраняется во всяком случае право требовать возмещения убытков. Но с договором найма соединяются и неимущественные интересы, которые не могут быть ограждены гражданским правом, так как не подлежат оценке. Таков интерес нанимателя, которому среди зимы предлагают

оставить квартиру и искать себе новую. Наниматель, понятно, мог бы оградить свой интерес косвенно установлением значительной неустойки, которая бы удерживала собственника от нарушения договора и от несвоевременного отчуждения нанятой вещи. На случай упущения договорной неустойки законодатель мог бы взять на себя задачу установить законную неустойку в форме определенного процента с общей суммы вознаграждения за наем. Это облегчило бы необыкновенную трудность доказывания размера убытка, причиняемого неожиданным прекращением договора, и останавливало бы произвол хозяина.

Борьба между юридической логикой и интересами арендаторов отражается на всех почти законодательствах, которые обыкновенно останавливаются в затруднении перед этим вопросом. Некоторые законодательства решительно становятся на сторону арендаторов и признают безусловную обязательность арендных договоров для нового приобретателя вещи, например французское право (фр. гр. код., § 1743); не столь решительно высказывается итальянский кодекс (§ 1597 и 1599). Испанский же кодекс 1888 г., вообще верный началам французского права, в этом процессе становится на противоположную точку зрения и постановляет, что покупатель арендованного имения вправе признавать аренду прекращенною в момент совершения купли-продажи, если противоположное не установлено в сделке (§ 1571). Такое же колебание, какое замечается в романских законодательствах, обнаруживали и германские законодательства, издавна разделявшиеся на две группы, из которых одна признавала положение *Kauf bricht Mieth*e, а другая придерживалась положения *Kauf bricht nicht Mieth*e. Так, в Пруссии закон 5 мая 1872 г. признал силу арендных договоров при переходе арендованной вещи к новому приобретателю, напротив, австрийское уложение (§ 1095 и 1120) оставляет неприкосновенными арендные договоры только под условием отметки в ипотечных книгах. Общегерманское уложение после некоторых колебаний разрешило этот вопрос в пользу интересов нанимателя (§ 571). Новейшее швейцарское право разрешило тот же вопрос против арендаторов, признав обязательность арендного договора для приобретателя нанятой вещи только тогда, когда он изъявил на то свое согласие при купле-продаже (швейц. обяз. закон, § 259).

Наше законодательство не разрешает настоящего вопроса, хотя и не дает основания признавать за правом нанимателя вещного характера, приобретение которого соединяется лишь с соблюдением крепостной формы. Правда, закон говорит, что хозяин не вправе отказать нанимателю до наступления срока найма, хотя бы кто предлагал большую цену (ст. 1705). Но эта статья должна быть понимаема в том только смысле, что договор имущественного найма не может быть прекращен одностороннею волею хозяина без возмещения ущерба, и притом не вправе отказывать хозяин, т.е. контрагент, а не новый собственник (71, 848). В пользу сохранения силы за арендными договорами приводят ст. 521, по которой собственник, несмотря на то, что его вещь находится по закону совершенным актам во временном отдельном владении постороннего лица, может, однако же, уступить или передать принадлежащее право собственности на эту вещь, впрочем, не стесняя тем прав отдельного владения. Но под отдельным владением нельзя понимать наемное содержание, потому что отделение V, где помещена приведенная статья, имеет в виду владение в собственном смысле как существенную часть права собственности. В уставе гражданского судопроизводства есть постановление, в силу которого при продаже имущества с публичного торга арендные договоры сохраняют свою силу, если были заключены до получения повестки и до обращения на него взыскания (ст. 1099). Но этот отдельный случай не устанавливает общего правила. Новый закон 29 мая 1911 г. о землеустройстве также устанавливает положение, подрывающее уверенность в твердости арендного договора до условленного срока при перемене собственника. Для землеустроительных действий на землях, находившихся в аренде, согласие арендатора не требуется. Земли, сданные в аренду от общества или товарищества, могут быть подвергаемы разделу на отдельные владения, с досрочным прекращением арендного договора. Бывшему арендатору предоставляется взыскивать с общества или товарищества, сдавшего ему землю, непокрытые за время аренды затраты на участок, состоявший в аренде (ст. 17 т. X ч. 3).

Судебная практика довольно устойчиво придерживается положения, что арендный договор и при отчуждении вещи сохраняет свою силу до назначенного в нем срока, хотя бы он и не был известен приобретателю (05, 50). Таким образом, договору имущественного найма придается

вещное свойство, делающее его способным выдержать борьбу с правом собственности. Однако и сама практика далеко не твердо стоит на принятой ею точке зрения. Признавая, с одной стороны, что арендный договор и при продаже вещи сохраняет свою силу до назначенного в нем срока (в отношении, конечно, нового собственника, а не прежнего, что само собою разумеется), Сенат, с другой стороны, считает арендные договоры, заключенные продавцом, обязательными для покупателя только тогда, когда договор был облечен в форму, при которой существует предположение, что договор был известен новому приобретателю (79, 129); арендные договоры необязательны для покупателя и в том случае, если вещь не была еще передана в пользование (77, 83); при продаже имения с публичных торгов для приобретателя необязательны арендные договоры, не предъявленные ни при его описи, ни при торге, а потому ему неизвестные (98, 8). А с другой стороны, Сенат признал обязательным для покупателя дома с публичного торга арендный договор, заключенный прежним собственником, несмотря на то, что в закладной, которая привела к продаже дома, было обусловлено, что в случае продажи дома с публичного торга все заключенные на этот дом наемные договоры уничтожаются (07, 50).

[Проект кн. V признает договор найма обязательным для каждого нового приобретателя недвижимого имения, если он отмечен в реестре крепостных дел или о нем было известно приобретателю (ст. 342). Также обязательен договор, заключенный письменно и достоверно, причем недвижимое имение уже находилось в пользовании нанимателя до перехода права собственности к новому приобретателю. Последний связывается, однако, в этом случае прежним договором не более трех лет (ст. 343, п. 1). Если время совершения прежних договоров недостоверно, то они могут быть прекращены новым приобретателем после надлежащего предварения (ст. 344)].

§ 52. Личный наем

Литература: Мейер, Русское гражданское право; Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 392–423; Дистерло, О найме на сельскохозяйственные работы по закону и по обычному праву (Жур. гр. и уг. пр., 1886, N 3–6); Завадский, Договор личного найма по IX кн. Проекта (Прот. Каз. Юрид. Общ., 1900); Таль, Трудовой договор, 1913.

I. Понятие о личном найме. Под именем личного найма понимается договор, в силу которого одно лицо за вознаграждение приобретает право временного пользования услугами другого лица. Общие положения о личном найме чрезвычайно скудны в русском законодательстве, напротив, специальные постановления весьма многочисленны. Однако не следует отрицать общего характера за положениями, помещенными в т. X ч. 1, и придавать им специальное значение правил о найме в домашнее услужение. Такому специальному значению ст. 2201–2247 противоречат встречающиеся среди них положения, которые прямо относятся к специальным отношениям, как, например, касающиеся торговых приказчиков, ремесленников, фабричных рабочих. Это разнообразие случаев найма, приводимых самим законом, свидетельствует в пользу общего характера указанных статей, за исключением тех, которые явно носят специальный характер. Такое толкование подтверждается ст. 2201, по которой личный наем может быть не только для домашних услуг, но и для отправления всякого рода работ и должностей, не воспрещенных законом. Наконец, в специальных законах встречаются ссылки на общие правила (например, уст. пром. тр., ст. 42).

а. Личный наем, устанавливающий обязательственное отношение, в основании своем имеет договор. Он предполагает свободное соглашение сторон о пользовании и предоставлении услуг. Этим признаком личный наем отличается от тех форм пользования чужими услугами, которые имеют иное основание. Так, пользование чужим трудом может основываться на родительской власти, на законе, обязывающем одних лиц к работе в пользу других лиц (крепостные, временнообязанные, арестанты). Договор личного найма предполагает свободу распоряжения своею рабочею силою. Поэтому рабы не могли быть субъектами личного найма, а только объектами, даже тогда, когда труд их направлен не в пользу их господина, а в пользу постороннего лица.

b. Содержание обязательства, возникающего из договора личного найма, составляет пользование чужим трудом. Нанимающийся представляет в пользование другого свою рабочую силу или свою деятельность. С этой стороны личный наем отличается от имущественного найма и ссуды, которые состоят в пользовании чужой вещью. Вместе с тем весьма важное различие между ними заключается в том, что вещь имеет обособленное существование, независимое от собственника ее, и потому пользование ею со стороны постороннего лица не затрагивает самого хозяина, тогда как оказываемые одним человеком другому услуги неотделимы от самого человека, а потому пользование его рабочей силой, его рабочими способностями, его талантами косвенно распространяется и на носителя их. Услуги, оказываемые другому лицу, могут носить грубый физический характер, например, обязанность колоть дрова или переносить груз, или это может быть высший умственный труд, например, обязанность участвовать в концерте или писать передовые статьи. Если наем имеет дело с производительным трудом, т.е. направленным на производство материальных благ, то результат труда составляет объект права собственности того лица, которое имеет право на труд. Хотя содержание личного найма состоит в пользовании только трудом, но характер договора не изменяется, если наниматель воспользуется также чужими материалами и орудиями как необходимыми средствами приложения труда, например, плотник приносит свой топор, пилу, обойщик свои гвозди, стекольщик свою замазку, швея иголки и нитки и т.п.

c. Пользование чужими услугами должно быть временно. Бессрочное пользование силами человека было бы установлением рабства. В предупреждение возможности со стороны бедного человека закабалить себя на всю жизнь наше законодательство не только признает временность личного найма, но даже прямо устанавливает предельный срок этого договора, а именно пять лет (ст. 2214). Поэтому недействителен будет договор, в силу которого занявший деньги обязывается отслужить кредитору более продолжительное время, может быть, всю жизнь (ст. 2215). Напрасно наша практика старается придать этому постановлению узкое применение, ограничить его действие сферой найма прислуги и рабочих (71, 676). Соображения, которые привели законодателя к необходимости установить предельный срок, могут иметь такое же приложение и в других видах найма, например, относительно домашнего учителя, кассирши, наездницы в цирке и т.п. Закон, устанавливающий предельный срок, есть общий, а потому он должен иметь применение, пока не отменен специальными постановлениями. [Проект кн. V предоставляет нанявшемуся на срок свыше пяти лет по истечении пятилетия требовать прекращения договора, предупредив о том нанимателя по крайней мере за шесть месяцев (ст. 442)].

d. Договор личного найма предполагает возмездность, так что если стороны упустили в своем договоре это обстоятельство, все же право на вознаграждение предполагается (ст. 2218), если только предположение это не исключено специальными законами (уст. торг., ст. 8). Вознаграждение за услугу может выражаться не только в определенной сумме денег, но также в содержании, одевании, кормлении и доставлении приюта. На этой почве создается старинный казус, что представляет по своей юридической природе договор, в силу которого студент обязывается за комнату обучать мальчика? Следует ли это отношение понимать как договор личного найма, в котором вознаграждение за труд выражается в предоставлении помещения, или как договор имущественного найма, в котором вознаграждение за пользование помещением выражается в оказании личных услуг? Только по совокупности обстоятельств, при которых состоялось соглашение, можно выяснить, какого рода был договор, например, принимая во внимание, что хозяин квартиры вывесил объявление о сдаваемой комнате или поместил в газетах объявление о приглашении студента-репетитора, и т.п. В практике возникло сомнение, допустимы ли договоры личного найма, по которым служащие в качестве официантов при ресторане должны довольствоваться чаевыми от посетителей, без права требовать вознаграждения за свой труд от хозяина? Сенат решил, что такое условие найма не противоречит закону (09, 99). С этим разъяснением согласиться невозможно. Договор личного найма по своей природе предполагает элемент возмездности в смысле эквивалента, поступающего от лица, пользующегося личными услугами, а не от посторонних договору лиц. Вознаграждение, определяемое с посторонних лиц, еще могло бы отвечать моменту возмездности, если бы договор создавал право для официанта требовать с третьего лица, что в отношении чаевых невозможно. Взгляду Сената противоречит

прямой смысл русского законодательства, которое в т. X ч. 1, ст. 2218 постановляет, что при заключении найма договаривающиеся стороны обязаны определить цену. Нельзя обойти это постановление утверждением, что вознаграждение за услуги возможно не в деньгах, а в доставлении содержания, квартиры, вещей, потому что во всех этих случаях эквивалент поступает от хозяина. [Проект допускает, что рядная плата может состоять не только в деньгах, но также в вещах, в предоставлении права участия, в прибылях от предприятия, в предоставлении имущества, жилища и содержании (ст. 424). При отсутствии постановлений о рядной плате в договоре она устанавливается путем таксы, обычая и, наконец, по справедливому усмотрению судьи (ст. 425)].

II. Совершение договора. Договор личного найма для своей силы требует дееспособности контрагентов и соглашения их воли.

Общее начало, по которому недееспособные лица не вправе вступать в договоры, терпит относительно личного найма некоторые исключения. Эти уклонения объясняются тем, что цель ограничения дееспособности не всегда стоит в противоречии с обязательством по личному найму. Так, лица, ограниченные в своей дееспособности по расстроенному положению имущества, несостоятельные, расточители, несомненно, могут вступать в договоры личного найма и предоставлять свои услуги в распоряжение других лиц. Лица несовершеннолетние не могут наниматься без согласия их родителей и опекунов (попечителей – ст. 2202), однако, согласия этого не требуется при найме на фабричные работы, если несовершеннолетние имеют отдельный вид на жительство (уст. о пром. тр., ст. 46). Наоборот, замужние женщины, которые по нашему законодательству признаются дееспособными, ограничены в праве вступать в договор личного найма: при совместном жительстве с мужьями они не могут наниматься без согласия мужей (ст. 2202). Это положение основывается на возможности столкновения между правами мужа и требованием совместного жительства, с одной стороны, и личными отношениями, устанавливаемыми договором найма, – с другой. Поэтому правило это вопреки мнению некоторых юристов распространяется на случаи личного найма; насколько законом не допущены исключения, например, при найме на фабричные работы, жена, имеющая отдельный вид, не нуждается в согласии мужа (уст. о пром. тр., ст. 46); то же самое установлено для найма на сельские работы (т. XII ч. 2, ст. 10). Договор личного найма, заключенный без согласия мужа, может быть прекращен во всякое время без всяких последствий, потому что муж осуществляет только свое право, а жена не исполняет обязательства не по своей вине.

Договор личного найма предполагает, как и всякий другой, свободу соглашения. Закон даже подтверждает это правило относительно малолетних, постановляя, что не могут быть отданы внаем дети родителями без собственного их согласия, за исключением отдачи в учение ремеслу (ст. 2203), хотя последнее отношение является чаще всего личным наймом, в котором мастер играет роль нанимателя. Однако наше законодательство знает случаи личного найма без согласия того лица, услугами которого воспользуется наниматель. а) Несостоятельные к уплате денежных взысканий, наложенных по суду, крестьяне и мещане могут быть отдаваемы в общественные работы или же в заработки (улож. о наказ., ст. 85). б) Сельские общества вправе отдавать неисправных плательщиков казенных сборов и земских повинностей в посторонние заработки с тем, чтобы заработанные деньги поступали в мирскую кассу (т. IX, особ. прил., ст. 353, п. 2, отменено (?) указом 5 октября 1906 г. в отношении крестьян). в) Воспитанницы сиротских домов могут быть отданы для услуг в частные дома (т. XIII, уст. общ. призр., ст. 303, прил. ст. 35). г) Ротные командиры могут в силу положения о хозяйстве роты заключать по вольным работам нижних чинов договоры с нанимателями, не испрашивая согласия отдаваемых по найму в работу (92, 47).

Немало сомнений возбуждает форма личного найма. В общем законе говорится, что договор о личном найме может быть предъявлен к засвидетельствованию у нотариуса (ст. 2224). Из смысла этой статьи можно извлечь только то, что договор личного найма может быть совершен письменно, притом с засвидетельствованием. Наш законодатель нередко указывает на возможность совершения договора как в письменной, так и в словесной форме, хотя было бы достаточно указать возможность последствий. Во всяком случае из приведенного закона нельзя вывести заключение, будто договор личного найма должен быть совершен письменно, как это полагала раньше наша практика (80, 155, см. теперь 92, 47). Подтверждением нашему взгляду

может служить еще то обстоятельство, что в той же статье упоминается о возможности предъявить к засвидетельствованию договор об отдаче в обучение, тогда как в другом месте законодатель прямо указывает на возможность совершения этого договора в словесной форме (т. XI ч. 2, уст. пром., ст. 377). Письменная форма должна быть признана необходимым условием доказательной силы договора личного найма только в тех случаях, когда она прямо указана законом, как при найме приказчика (уст. торг., ст. 7), при найме фабричных рабочих (уст. о пром. тр., ст. 95), при найме матросов на морской пароход (уст. торг., ст. 256). Поэтому договор личного найма вне приведенных исключений может быть доказываем свидетелями (12, 26). [По проекту договор личного найма, по которому рядная плата за год или за весь срок, если он менее года, превышает 300 руб., должен быть удостоверен на письме (ст. 426)].

III. Обязанности нанявшегося. Личный наем преследует самые разнообразные бытовые задачи. Поэтому личные услуги, составляющие содержание найма, бывают также различного свойства. Между услугами фабричного или сельского рабочего, матроса, домашней прислуги, управляющего, домашнего учителя, газетного репортера так мало общего, что объединение их ограничивается понятием услуги. Отсюда ясно, что нет никакой возможности определить заранее вообще, что должен исполнить нанявшийся. Здесь все зависит от содержания договора. Но даже договор, как бы подробно ни были предусмотрены в нем взаимные отношения, не в состоянии устранить необходимости прибегать к заведенному порядку, чтобы уяснить себе права и обязанности сторон. В виде общего принципа может быть принято указание нашего законодательства, что хозяин должен (может) требовать от нанявшегося только работы, условленной по договору, или той, для которой наем учинен (ст. 2229).

Договор личного найма влечет за собою нередко зависимость образа жизни нанявшегося от воли нанимателя, как, например, при найме прислуги. Однако это признак далеко не безусловный и не характерный для всех отношений, возникающих из договора личного найма, его нет, например, при найме учителя музыки. Во всяком случае, следует иметь в виду, что договор личного найма не может создать крепостной зависимости, а только обязательственное отношение, и потому обязанное лицо, находя свое положение невыносимым, может, несмотря на срок, всегда прекратить отношение, рискуя только возмещением имущественного ущерба, и то тогда, если закон не дает ему свободного выхода из затруднительных обстоятельств.

Лицо, обязавшееся по договору личного найма к известного рода услугам, должно быть не только готово, но и способно к выполнению их. Мало того, что оно предоставит свою рабочую силу в распоряжение нанимателя, необходимо умение с его стороны целесообразно направлять свой труд. Этому требованию не удовлетворяет, например, нанятый плотник, который оказывается неспособным исполнять плотничью работу, управляющий имением, который незнаком с сельским хозяйством. Такое предложение услуг равносильно неисполнению, и потому наниматель вправе не платить вознаграждение нанявшемуся, если последний оказался не в состоянии исполнить ту работу, для которой он нанялся.

Нанявшемуся воспрещается без ведома своего хозяина брать или отправлять чужую работу (ст. 2232). Это запрещение может относиться к таким видам найма, когда нанявшийся предоставляет свою трудовую деятельность в пользование нанимателя не на известные часы дня, как, например, учитель музыки, а на целые дни, как, например, горничная или управляющий домом.

Нанявшийся должен по порученному ему от хозяина делу стараться сколько возможно отвращать все могущие случиться убытки (ст. 2231). Предполагается, что убытки возможны по свойству порученной нанявшемуся работы и что убытки обусловлены недостаточною бережностью нанявшегося к интересам хозяина, а не внешними привходящими причинами.

Нанявшийся на работу, которая влечет за собою совместное жительство нанявшегося и нанимателя, должен проявлять почтительность к последнему и его семье и стараться сохранять домашнюю тишину и согласие (ст. 2230). Грубость и дерзость нанявшегося, являясь препятствием к сохранению тех мирных отношений, которые вызываются тесною близостью контрагентов, дают основание нанимателю требовать расторжение договора.

[По проекту кн. V нанявшийся обязан исполнять договор лично и не вправе без согласия нанимателя заменить себя другим лицом (ст. 427). При исполнении своих обязанностей

нанявшийся должен руководствоваться постановлениями договора, а за отсутствием таковых – указаниями нанимателя. Если же о способе исполнения нанявшимся своих обязанностей в договоре не постановлено и наниматель не сделает необходимых указаний, то нанявшийся обязан исполнить договор по своему крайнему разумению, согласно свойству обещанных услуг и цели найма (ст. 429)].

IV. Обязанности нанимателя. За пользование чужим трудом наниматель обязывается к вознаграждению. При заключении найма стороны условливаются, рядятся относительно вознаграждения, которое закон называет рядною платою (ст. 2218). Плата за труд может выражаться в различных формах: в виде платы за известное время труда, в виде платы поштучной, в виде участия в прибыли с предприятия – последняя форма предусмотрена нашим законодательством относительно торговых доверенных (ст. 2219). Определение величины вознаграждения предоставляется свободному соглашению сторон, однако, плата, даваемая от цехового мастера подмастерьям и ученикам, должна быть не выше и не ниже той, которая определена ремесленным сходом посредством учиненного раз на весь год приговора (ст. 1221). Плата должна быть выдаваема согласно сделанному условию, а потому наниматель не вправе платить вещами или продуктами производства. Это прямо предусмотрено законом относительно фабричных рабочих (уст. о пром. тр., ст. 56), но это вытекает из общих соображений об исполнении обязательства. Жилище и содержание нанявшийся вправе требовать только в том случае, когда об этом сделано было в договоре особое условие (ст. 2223). Впрочем, иногда обстоятельства заставляют предположить обязанность нанимателя доставить нанявшемуся кров и пищу, хотя бы о том и не было между ними условлено, а именно при уединенном месте проявления труда, например, относительно рабочих лесопильного завода, стоящего в глухом лесу.

[По проекту кн. V наниматель обязан выдать рядную плату лишь по исполнении договора нанявшимся, разве бы по договору или местному обычаю ее следовало уплачивать вперед или в известные сроки. Если пополнение договора должно длиться более месяца, наниматель обязан выдать рядную плату по истечении каждого месяца (ст. 433). Предоставление жилища и содержания, кроме договора, может предполагаться по местному обычаю и должно соответствовать условиям, необходимым для сохранения здоровья, а продовольствие должно быть доброкачественным и достаточным (ст. 434)].

Как нанявшийся обязывается к почтительности, так и на нанимателе лежит обязанность обходиться справедливо и кротко с нанявшимися, соблюдать домашнюю тишину и согласие для отвращения случая к обоюдным неудовольствиям и жалобам (ст. 2229 и 2230). Грубость обращения со стороны нанимателя дает нанявшемуся основание требовать прекращения договора.

Наше устарелое законодательство не считает своим долгом, по примеру германского уложения 1897 г. и бельгийского закона 19 марта 1900 г., возложить на нанимателя обязанности по обеспечению физических и нравственных интересов нанявшегося. В нашем законодательстве не указано, что болезнь нанявшегося, вошедшего в дом нанимателя, не дает последнему права вышвырнуть его за дверь; не вменено нанимателю в обязанность позаботиться о врачебной помощи или о помещении в больницу заболевшего; не возложено на нанимателя принять меры к тому, чтобы предоставляемое нанявшемуся помещение ограждало его здоровье и нравственность, например, чтобы спальня женской прислуги была отделена от мужчин, чтобы швейцара большого дома не помещали под лестницей на сквозном ветру и т.п.

[Проект кн. V возлагает обязанность ухода и врачебной помощи по отношению к нанявшимся, пользующимся жилищем и содержанием, в течение четырех недель и не более срока окончания найма. Соответствующие издержки наниматель вправе удержать из причитающейся за время его болезни рядной платы (ст. 436). Наниматель не обязан выдавать рядную плату, если нанявшийся по своей вине или вследствие случайного события, касающегося лично его, вполне или отчасти был лишен возможности предоставить свой труд нанимателю согласно договору (ст. 438). Наоборот, он обязан выдать всю рядную плату, если при найме, заключенном на сравнительно долгий срок, нанявшийся в течение лишь сравнительно короткого промежутка времени не был в состоянии исполнять свои обязанности (ст. 439)].

V. Прекращение личного найма. Кроме общих оснований прекращения договора, как взаимное соглашение и невозможность исполнения, например в случае тяжелой болезни, личный найм прекращается по следующим причинам.

1. Если договор был бессрочный, то он может быть прекращен каждой стороной в любой момент. В предупреждение неудобств, возможных от такого иногда неожиданного разрыва, западные законодательства устанавливают известный срок, до которого контрагенты должны сохранять отношение, следовательно, они обязываются заблаговременно предупредить друг друга о своем намерении (Kündigung), причем закон указывает те сроки, в которые может быть сделано заявление. К сожалению, наше законодательство не устанавливает обязанности такого предупреждения и такого срока, за исключением только случая найма фабричных рабочих (две недели; по проекту – от дня до месяца – ст. 443).

2. Если в договоре указан срок, то до истечения его стороны не вправе самовольно прекращать обязательственное отношение под страхом возмещения всего убытка, причиненного таким несвоевременным разрывом (ст. 2238). Впрочем, наличие некоторых обстоятельств допускает прекращение договора и до наступления срока, например, неспособность к работе, неисполнение условленной работы, задержка в платеже вознаграждения, грубость обращения. От суда зависит взвесить в каждом отдельном случае основательность выставляемого повода. В некоторых случаях, например, относительно фабричных и сельских рабочих, закон берет на себя труд подробно определить причины досрочного прекращения личного найма. По проекту – от недели до месяца (ст. 462, 476).

3. Договор личного найма относится к обязательствам, в которых личность контрагентов играет особенно важную роль. Наш закон выделяет такие договоры в особую группу. Последствием такого характера личного найма является прекращение отношения в случае смерти одного из контрагентов, нанявшегося или нанимателя (ст. 2238). В виде исключения закон устанавливает, что все лица, связанные договором личного найма с торговым предприятием, остаются при своих должностях, несмотря на смерть хозяина (ст. 2238, прил. ст. 19).

VI. Виды личного найма. Кроме указанных общих норм, наше законодательство устанавливает еще многочисленные специальные правила для различных видов личного найма. Эти различия не всегда вызываются какими-нибудь действительными потребностями и часто затрудняют определение отношений, возникающих из личного найма, так как не всегда ясно, где какие правила должны иметь применение. Не входя в подробное рассмотрение этих иногда весьма мелких норм, следует определить только границы применения специальных правил, за которыми открывается действие общих постановлений и выдающиеся особенности этих исключений.

1. В уставе торговом (ст. 3–62) помещены правила о найме приказчиков, под которыми следует понимать только тех лиц вспомогательного торгового персонала, деятельность которых имеет юридический характер, направлена на совершение сделок, а потому сила этих правил не распространяется на всех прочих лиц, прилагающих свой труд к успеху торгового предприятия. Правила эти основаны на старинных источниках, главным образом на цеховом уставе 1799 г., а потому носят не свойственный настоящему времени семейный характер. Особенности правил о найме приказчиков заключаются в следующем: а) необходима письменная форма договора, упущение которой лишает хозяина права требовать отчета от приказчика, а последнего лишает права требовать вознаграждения; б) рядная плата сама собою не предполагается, а должна быть прямо указана; в) приказчику запрещается без согласия хозяина производство торговли за собственный или чужой счет под страхом конфискации товаров в пользу хозяина; г) смерть хозяина не прекращает договорного отношения.

2. Особенности правила введены нашим законодательством по примеру западных для фабричных рабочих (т. XI ч. 2, изд. 1913 г. уст. пром. труда, ст. 42–117). Применение этих норм ограничивается фабриками и заводами, которые по определению закона отличаются от ремесел тем, что имеют в большом виде заведения и машины, у ремесленников же их нет, кроме ручных машин и инструментов (уст. пром. фаб.-зав. и рем., изд. 1913 г., ст. 1). Общий характер этих норм отличается стремлением ограничить свободу соглашения, способную в действительности повлечь за собою необходимое подчинение рабочего требованиям работодателя. Нормы гражданского

права сплетаются с нормами полицейского права, выразителем которого является особенно надзор со стороны фабричной инспекции. Особенности этих правил состоят в следующем: а) договор должен быть совершен с выдачею рабочей книжки, выдаваемой хозяином рабочему; б) закон устанавливает подробные правила о выдаче платы в предупреждение задолжания рабочего, а также о сроках расчета, ограничивает возможность вычетов по частным взысканиям, дает особое назначение штрафам; в) в законе установлены сроки предупреждения о намерении прекратить договор; д) указываются причины прекращения договора до срока; е) устанавливается особое понятие о почтительности рабочего, о прогуле, о неисправной работе.

3. Как страна земледельческая, Россия потребовала специальных норм для найма сельских рабочих (т. XII ч. 2, изд. 1906 г., пол. найма сельск. раб.). Применение этих норм ограничивается сельским хозяйством в тесном смысле слова, т.е. полевым и ферменным, не распространяясь на кирпичные, лесопильные заводы, маслобойни и т.п. заведения, переходящие в область фабрично-заводской промышленности. Притом правила эти касаются только найма на срок, а наем на сдельные, поденные и испольные работы по сельскому хозяйству подлежит общим правилам. Договор может быть заключен в словесной или письменной форме. Особенности этого вида найма заключаются в том: а) что договор смертью нанимателя не прекращается, а переходит на его наследников; б) что неуплата своевременно жалованья рабочим дает им право требовать законной неустойки в размере 1/2 коп. в день с недоплаченного рубля; в) что закон указывает и ограничивает случаи вычетов из платы; д) что наниматель, принявший к себе рабочего, зная, что он связан договором с другим нанимателем, обязан вознаградить последнего за все причиненные ему самовольным уходом убытки. Если рабочий был нанят другим хозяином по неведению о заключенном ранее договоре, то второй наниматель обязан отпустить рабочего, а если наниматель знал о заключенном договоре, то ему угрожает уголовная ответственность за сманивание рабочих. Закон определяет также случаи возможного для той и другой стороны прекращения договора до срока. Сверх того, лицам, желающим пользоваться особыми преимуществами по неисполнению договоров о найме, предоставляется совершать их по договорным листам, выдаваемым из волостного правления. Главное из этих преимуществ состоит в том, что в случае неявки или самовольного ухода нанявшегося рабочего наниматель может заявить о том полиции, которая разыскивает его и обязывает его вернуться к нанимателю под угрозой вычета из его платы, как за прогул. так ограждены интересы помещиков.

4. Отношения по найму в среде ремесленников подлежат особым правилам (уст. пром. ф.-з. и р., ст. 367–385). Ремесленный наем выражается в двух формах: в виде найма ремесленного ученика и найма подмастерья. а) Получивший аттестат от мастера становится подмастерьем, который все-таки не может самостоятельно принимать заказы, а должен работать по найму у мастера. Каждому производимому в подмастерье цеховая управа выдает книжку, с перешнурованными листами за скрепку. В этой книжке каждый мастер, у которого находился подмастерье, обязан отметить знание и поведение последнего. Подмастерью запрещается отходить от мастера и в службу вступать к другому, не получив от прежнего аттестата. б) Наем учеников предусматривается нашим законодательством в ремесленной промышленности (уст. пром., ст. 377–385) и в торговле (уст. торг., ст. 30 и 31). С точки зрения нашего закона отношение между мастером и хозяином, с одной стороны, и учеником – с другой, рассматривается как договор личного найма (ст. 2201, прим., ст. 2203, уст. торг., ст. 30; ср. ст. 5). С точки зрения теории возбуждается сомнение, нанимает ли хозяин ученика или ученик (родители и опекуны) хозяина. Следует признать, что мы имеем перед собой договор личного найма, в силу которого хозяин приобретает право пользоваться рабочей силой ученика, который в виде вознаграждения за труд приобретает технические познания путем обучения и практики. Поэтому ученическим договором не будет тот случай, когда состоятельный отец вступает в соглашение с мастером, который за плату обязывается обучить его сына столярному или слесарному искусству. Договор найма учеников производится словесно, но при двух свидетелях. Срок договора не менее трех и не более пяти лет, по прошествии которых мастер обязан выдать ученику письменное свидетельство. Смерть мастера не прекращает договора, потому что ученик остается до срока у вдовы мастера, если у нее есть добрый и искусный подмастерье.

5. Существуют особые правила для найма рабочих на золотые промыслы (т. XI ч. 2, уст. пром. труда, ст. 117–171). Рабочими на промыслах признаются все служащие на них по вольному найму, за исключением принадлежащих к составу промыслового управления (управляющих, ученых руководителей и техников, а равно приказчиков, конторщиков и писцов). Договоры о найме могут быть заключаемы с отдельными лицами, с целыми семьями или с артелью. Договор найма совершается или явочным порядком, или словесно. Закон устанавливает наибольшую величину задатков, а именно не свыше 100 руб. при найме с заделною платою и не свыше 1/3 годовой платы в остальных случаях. Не допускается включение в договор условий о производстве с рабочего вычетов и взысканий, не предусмотренных законом, а также условий, клонящихся к ограничению в пользовании правом судебной защиты. Рабочий обязан явиться на промысел к сроку, установленному в договоре найма. В случае явки рабочего, нанявшегося на хозяйском продовольствии, ранее срока, но не более чем за две недели, он имеет право на бесплатное пищевое довольствие, хотя бы он и не производил работы. По прибытии на промысел каждый рабочий получает бесплатно расчетную книжку по утвержденному образцу. Закон перечисляет все дни в году, когда рабочие должны быть свободны от работ. При производстве рабочим платежей не допускается без судебного определения делать вычеты в уплату их долгов. В случае, если расплата с рабочим не будет произведена немедленно по окончании срока договора с ними, заведующий промыслом обязан содержать рабочего на свой счет и уплачивать ему по 60 коп. за каждые сутки, со дня окончания срока договора по день расплаты.

6. Особым правилам подлежит наем морских матросов. Постановления эти (уст. торг., ст. 243–297), основанные на уставе о водеходцах XVIII столетия, представляются в значительной степени анахронизмом. Договор требует письменной формы и, кроме того, явки. Нанявшийся матрос пользуется тою привилегиею, что не может быть задержан по частным взысканиям, если пароход готов уже к отплытию. Закон обязывает к выдаче матросам задатка в счет платы. Согласно старинному взгляду морской торговли матросы теряют право на уплату в случае гибели судна. Если пароход будет продан в чужой стране, матросы вправе требовать средств, необходимых для возвращения в отечество.

§ 53. Подряд

I. Понятие о подряде. Договор подряда возбуждает большие сомнения при уяснении его природы, потому что в понимании его обнаруживается разногласие как в теории, так и в законодательствах. Французский гражданский кодекс упоминает о подряде (*entreprise*) среди постановлений о личном найме (§ 1711, 1794, 1798), не давая ему отличительных признаков, чем возбуждает немалые колебания в судебной практике. Новейшие законодательства, германское (§ 631) и швейцарское (§ 363), стараются по возможности точно определить договор подряда по сопоставлению с личным наймом. По их взгляду, подряд есть договор, в силу которого одно лицо обязывается за вознаграждение выполнить известную работу (*Werk*). С этой точки зрения различие между подрядом и личным наймом сводится к тому, что в первом случае один контрагент получает право на результат труда другого, тогда как во втором он получает право пользования рабочею силою другого.

Наш закон определяет подряд как договор, по силе которого одна сторона принимает на себя обязанность исполнить своим иждивением предприятие, а другая, в пользу коей это производится, учинить за то денежный платеж (ст. 1737). В виде примеров закон указывает на постройку, починку, переделку и ломку зданий и вообще производство всяких работ, на перевозку людей и тяжестей сухим путем и водою (ст. 1738). Можно было бы видеть в данном определении признаки, близко подходящие ко взгляду новейших законодательств, если бы закон не причислил к личному найму ремесленного заказа (ст. 2218), который с германской или швейцарской точки зрения подходит к подряду. Вместо того чтобы определять договор подряда по сопоставлению с личным наймом, наш законодатель сближает в одно понятие подряд и поставку, конечно, руководствуясь фиксальным взглядом на подрядчиков и поставщиков.

а. Анализируя данное законом определение, мы обнаруживаем прежде всего, что в подряде есть обязанность исполнить предприятие. Под это выражение, совершенно не соответствующее

смыслу всей статьи, мы должны подвести исполнение работы как продукт приложения рабочей силы. В подряде мы имеем дело с "исполнением" работы, а в личном найме – с "отправлением" работы (ст. 2201). Это может быть понимаемо только как результат труда, с одной стороны, и как длительное состояние трудовой деятельности – с другой. Нанявшийся предоставляет свой труд в распоряжение нанимателя, который направляет ее по своему плану в пределах договорного условия или заведенного порядка. Напротив, подрядчик самостоятельно выполняет план осуществления поставленной ему задачи. Ему предложено построить мост, достать затонувшее судно, отремонтировать дом и т.п., но самый способ выполнения работы оставляется на его усмотрение. [Риск гибели материалов от случайных или неизвестных причин при сооружении зданий до окончания и сдачи подряда несет тот, кому они принадлежали как собственнику до выполнения подряда (12, 89)].

б. Подряд выполняется за счет и риск подрядчика или, как выражается закон, его "иждивением". Подрядчик сам достает необходимые рабочие руки и материалы, насколько они не даны ему другою стороною. Если они окажутся не соответствующими задаче и работа не будет выполнена или будет выполнена несогласно условию – убыток падает на предпринимателя. Если подрядчик получает авансы, – это нисколько не изменяет дела, потому что при неисполнении задачи аванс может быть вытребован обратно.

с. Подряд предполагает вознаграждение за выполненную работу. Формы вознаграждения могут быть различны. Платеж может быть определен огулом за целое или в виде временных платежей, или поштучной платы. Например, заключается с городом договор об очистке снега с улиц и площадей в течение такого-то года: вознаграждение определяется или в виде общей годовой цены, или в виде ежемесячных платежей, или в виде платы с каждого воза.

II. Отличие от смежных договоров. Наибольший интерес и наибольшие трудности представляет вопрос о разграничении договора подряда и личного найма. Существует ряд попыток к его разрешению. 1) По мнению одних, договор личного найма предполагает личное исполнение, тогда как подряд требует посторонних рук, причем подрядчик является в роли посредника (Мейер, Пахман, Анненков). Такая точка зрения находит себе поддержку в том, что чаще всего подряд производится с привлечением рабочих рук, а с другой стороны, в том, что наш закон заказ работы ремесленнику признает личным наймом. Первый довод основывается на том, как обыкновенно бывает, но не доказывает, что так всегда должно быть. Второй довод основывается на авторитете закона, а потому ему необходимо подчиниться, но лишь в пределах смысла закона: неремесленный заказ должен перейти уже в подряд, а не в личный наем, например, заказ архитектурного плана, фабричный заказ. Не личным наймом, а подрядом будет договор, в силу которого одно лицо обязывается приготовить другого к экзамену на аттестат зрелости. 2) По другому взгляду, личный наем устанавливает зависимость нанявшегося, тогда как при подряде сохраняется самостоятельность подрядчика (Победоносцев). Но нельзя утверждать, будто всякий личный наем создает зависимость. Она имеет место при найме прислуги, рабочего на фабрике, но ее нет при найме учительницы музыки, приходящей швеи, доктора. 3) Существует взгляд, что личный наем предполагает только личный труд, тогда как подряд соединяется с доставкой необходимых материалов (Гордон). Но мы уже видели, что при личном найме возможна и доставка материала, например, гвоздей, замазки, ниток и т.п., а с другой стороны, при подряде лицо, в пользу которого выполняется работа, может позаботиться само о всех потребных материалах. 4) Наконец, Сенат стал на особую точку зрения. "Для определения того, какого рода соглашение состоялось между лицами договаривающимися, следует обсудить, составляет ли содержание и предмет договора по обширности, сложности, ценности и другим признакам какое-либо предприятие или нет; в первом случае будет договор подряда, а в последнем – личный наем" (77, 73). Но Сенат не дал никаких указаний, что следует понимать под словом "предприятие", особенно, если принять во внимание то разнообразие значений, какое соединяется в нашем законодательстве с этим выражением: каждая поставка с точки зрения промыслового обложения считается отдельным предприятием (т. V нал. торг. и пром., ст. 415), предприятие в отличие от заведения (т. V нал. торг. и пром., ст. 419), наследование торгового предприятия (ст. 1238, прил. ст. 15). Считая все эти попытки разграничения неудачными, следует держаться того отличия между личным наймом и подрядчиком, что личный наем дает право пользоваться временно

трудовую деятельность другого лица, а подряд дает право на результат затраченного труда по осуществлению поставленной задачи. С этой точки зрения приглашение годового врача есть договор личного найма, а приглашение врача для операции есть подряд; приглашение юрисконсульту присяжного поверенного есть договор личного найма, а поручение ему дела из выигрыша есть подряд; мы нанимаем людей для переноски вещей с одной квартиры на другую, мы сдаем в подряд перевозку вещей из одного города в другой.

То обстоятельство, что закон дает общее определение подряду и поставке и общие правила о составлении и исполнении этих договоров, ставит перед русским юристом задачу разграничения подряда и поставки. Наша практика высказала мнение, что эти договоры "нашим законом не отличаются строго один от другого" (72, 373). Между тем поставка в ближайшем родстве с куплею-продажею, а подряд с личным наймом. Договор поставки обязывает только к передаче вещей, определяемых по роду, весу или числу, тогда как подряд обязывает только к выполнению работы, причем передача вещей, возможная, хотя и не необходимая, ограничивается пределами приложения труда. Обязательство вырубить березовый лес и распилить его на дрова есть договор подряда, а обязательство доставить столько-то сажень березовых дров, откуда бы они ни были добыты, есть договор поставки.

Разграничение требуется еще на одну сторону. Нередко архитектор принимает на себя обязательство выстроить и передать дом условленного качества за определенную общую сумму цену. Можно ли признать такой договор подрядом? Очевидно, нет. Архитектор обязуется передать за определенную цену определенную вещь, – здесь все признаки запродажи. Сенат, вероятно, признал бы эту сделку за продажу, какой он признал куплей-продажей договор, в силу которого парикмахер обязался изготовить к сроку из своего материала шиньон (73, 650). Но продать вещь, которая еще не существует и на которую, следовательно, у продавца не может быть права собственности, нельзя. Здесь возможна только запродажа.

III. Заключение договора. Постановление закона, что все лица, имеющие право заключать договоры, могут вступать в подряды (ст. 1739), конечно, разумеется само по себе. Но законодатель может ввести в заблуждение замечанием, что если договор имеет своим предметом торговое предприятие, для выполнения которого требуются установленные на право торговли свидетельства, то подрядчик не может принимать на себя обязательства свыше той суммы, на какую дает ему право полученное им свидетельство (ст. 1740). Это не значит, чтобы договор подряда был недействителен, а значит, что подрядчик должен внести дополнительный налог под страхом штрафа в случае обнаруженного на суде упущения и под страхом отказа со стороны нотариуса засвидетельствовать подобный договор (ср. пол. о каз. подр. и пост., ст. 2). Форма договора подряда должна быть непременно письменная, и свидетельские показания не допускаются в случае отрицания контрагентами договора.

IV. Казенные подряды. Договоры подряда с казною, как и все прочие договоры с нею, подчиняются общим правилам гражданского права, но, кроме того, закон в положении о казенных подрядах и поставках дает еще подробные специальные постановления. За небольшими исключениями, правила эти имеют характер инструкции административным учреждениям, а не норм права, а потому не подлежат нашему рассмотрению.

Некоторые особенности обнаруживаются при заключении договора. Оно может происходить трояким образом: посредством торгов, посредством запечатанных объявлений, посредством торгов и запечатанных объявлений. 1) Первый способ состоит в том, что на листе, на которые внесены имена желающих вступить в договор, записывается объявляемая каждым из них цена до тех пор, пока никто ниже цены предлагать не будет. В этом записывании цены содержится предложение со стороны каждого из торгующихся, а казенное учреждение принимает то из предложений, которое является для него наиболее выгодным. Предложение может быть сделано как на торгах, так и на переторжке, которая в большинстве случаев имеет главное значение. По окончании торгов казенное учреждение приступает к заключению договора и облечению его в форму (ст. 117 и 127). Но если подряд превышает установленную в законе сумму, то принятие предложения и, следовательно, заключение договора зависит не от местного учреждения, а от высшей администрации. 2) Совершение подряда посредством запечатанных объявлений (ст. 141 и сл.) состоит в том, что казенное учреждение посредством публикаций вызывает желающих

вступить в договор, намечает предмет и некоторые условия, но не делает само предложения, а только ждет его. Предложения предъявляются исключительно в запечатанных пакетах, которые вскрываются одновременно. Наиболее выгодное предложение принимается. Расчет казны основан на том психологическом соображении, что каждый, опасаясь более выгодных предложений со стороны других, поспешит с более выгодными условиями. 3) Возможно, наконец, совершение договора подряда посредством совокупного употребления изустных торгов и запечатанных объявлений (ст. 171 и сл.), рассчитанное опять-таки на опасение перед неизвестностью содержания запечатанных пакетов, вскрываемых в тот момент, когда торги признаются законченными.

Другая особенность заключается в соединяемом с подрядом займе, который делает подрядчик у казны на основании закона. Для удобнейшего исполнения казенных подрядов допускается от казны пособие, которое закон называет задатком. Однако закон неправильно выражается в настоящем случае, – это не задаток, а заем. Вероятность этого взгляда обнаруживается из того, во-первых, что казна слишком надежный контрагент, чтобы обязательство его нуждалось в обеспечении, а во-вторых, из того, что выдаваемое пособие обеспечивается залогом рубль за рубль, а следовательно, само оно не может считаться обеспечением. Если это не задаток, то отсюда получается тот вывод, что эта денежная сумма не теряется казною даже в том случае, когда договор нарушается по ее вине, потому что долг всегда должен быть возвращен (80, 115).

[V. Проект кн. V предметом подряда считает главным образом производство строительных и дорожных работ всякого рода, а также изготовление, переделку и починку движимых вещей (ст. 491). Материал может быть поставлен и подрядчиком, причем если для изготовления движимых вещей должен быть поставлен материал исключительно подрядчиком, то договор обсуждается по правилам о договоре продажи (ст. 492). На подрядчика возлагаются обязанности личного исполнения или руководства исполнением (ст. 494), отчета (496). Подрядивший обязан осмотреть и принять работу (ст. 501 и 503), а также уплатить цену подряда при приеме или в условленный срок (ст. 505). Исполнение не в срок (ст. 500), с существенными отступлениями от договора или с существенными недостатками в работе (ст. 502), значительное превышение сметы расходов в подрядах, оцененных по количеству материала или рабочих (ст. 508), дают подрядившему право отступления. То же право принадлежит ему до сдачи работы, но с уплатой вознаграждения и возмещением издержек (ст. 509). В обеспечение вознаграждения за изготовленные или починенные вещи подрядчику предоставляется право удержания, если эти вещи находятся еще в его владении (ст. 510)].

§ 54. Доверенность

Литература: Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 486–512; Гордон, Представительство в гражданском праве, 1878, стр. 64–99; Нерсесов, Понятие добровольного представительства в гражданском праве, 1878; Таль, Договор доверенности или поручения в проекте гражд. уложения, 1911.

I. Понятие о доверенности. Под именем договора доверенности или поручения понимается договор, в силу которого одно лицо обязывается совершить юридические сделки от имени и за счет другого лица, его на то уполномочившего. Доверенность является договорным отношением, а потому представительство по доверенности отличается от представительства по закону со стороны, например, родителей, опекунов. Доверенность имеет своим содержанием услуги особого свойства. Этим договором лицо обязывается к юридической деятельности, к совершению юридических сделок от имени и в пользу другого. Договор, не направленный на этого рода деятельность, не обязывающий к представительству, не может считаться договором доверенности. По этому вопросу законодательства расходятся: французское (франц. гражд. код., § 1984), по толкованию французских юристов, стоит на указанной точке зрения и предполагает полномочие, данное на совершение юридических актов; напротив, германское (герм. гражд. улож., § 662) и швейцарское (швейц. обяз. закон, § 394) не исключают возможности и фактических услуг, как,

например, надзор за рабочими, составление плана или сметы. Русское законодательство не дает определения договора доверенности. Но, если принять во внимание всю совокупность постановлений, явно рассчитанных на юридический, а не на фактический характер деятельности доверенного, и в особенности а) на сопоставление доверенности с верующим письмом в самом названии главы и б) на требование, чтобы доверенность давалась только тому, кому по закону не воспрещено вступать в договор (ст. 2294), необходимо признать, что по нашему законодательству договор доверенности характеризуется юридическим свойством даваемого поручения. Сенат определяет договор доверенности (поручения) как препоручение одним лицом исполнения его именем и под его ответственностью известных действий, определенных или неопределенных, и принятие на себя другим лицом (доверенным) сих действий к исполнению безвозмездно или за условленное вознаграждение (70, 1039), но при этом Сенат не выясняет, какого рода действия имеются в виду.

Указанными признаками договор доверенности отличается от личного найма и от комиссии. С первым из указанных договоров доверенность сближает то, что в обоих обязательствах одно лицо предоставляет в распоряжение другого свои услуги, но в доверенности они направлены на совершение юридических сделок, а в личном найме – на фактическую деятельность. Поэтому отношения между врачом и пациентом, между подсудимым и защитником его на суде и т.п. принадлежат к договору личного найма, а не к доверенности. Поверенный по гражданским делам является представителем своего клиента, подает исковое прошение, кончает дело мировую сделкою, а потому они связаны взаимно договором доверенности. Договор доверенности и договор личного найма совместимы в одном и том же отношении, связывающем тех же лиц, например, между землевладельцем и управляющим его имением, между хозяином торгового предприятия и приказчиком. Их совместное существование и различие их характера обнаруживаются из того, что доверенность может быть взята назад во всякую минуту, т.е. договор доверенности прекращается одностороннею волею доверителя, тогда как личный найм между теми же лицами сохраняет свою силу до истечения договорного срока, если только обе стороны не выразили своей воли прекратить отношение.

Доверенность и комиссия объединяются в общем понятии препоручения как предоставления одному лицу совершать юридические сделки в пользу и за счет другого. Но разница между ними состоит в том, что доверенность обязывает к совершению сделок от имени другого лица, а в комиссионном договоре сделки совершаются комиссионером от своего имени (т. XI ч. 2, уст. торг. по Прод. 1910 г., ст. 541).

В римском праве существовал взгляд, находящий себе сторонников до сих пор в западной юриспруденции, по которому отличительными признаками доверенности являются безвозмездность услуги и либеральность профессии. Но безвозмездность опровергалась и в Риме допущением гонорара, который следует признать другим названием платы за труд, а либеральность профессии с уничтожением рабства не имеет ни определенности, ни юридического значения. Следуя римскому праву, некоторые законодательства до сих пор признают безвозмездность существенною принадлежностью договора доверенности, так что с их точки зрения присоединение вознаграждения превращает доверенность в иное отношение. Таков взгляд германского гражданского уложения (§ 662), которое, признав, что предметом поручения могут быть действия как юридического, так и фактического характера, вынуждено держаться признака безвозмездности как единственного признака, отличающего доверенность от личного найма. Другие законодательства оставили это воззрение, однако, римские традиции обнаруживаются в положении, признающем безвозмездность обыкновенною принадлежностью договора доверенности, а соглашение о вознаграждении – только случайностью в сделке. Большинство законодательств предполагает договор доверенности безвозмездным, если вознаграждение не было условлено (франц. гражд. код., § 1986, итал. гражд. код., § 1753, австр. гражд. улож., § 1004, швейц. обяз. закон, § 397). Но и в такой форме взгляд на доверенность не может быть принят, как несогласный с ежедневным опытом, свидетельствующим, что обыкновенною принадлежностью договора доверенности следует признавать возмездность, а не безвозмездность, которая может считаться только случайным моментом. Поэтому договор доверенности необходимо предполагать возмездным, если обратное не условлено или не вытекает из всех условий отношения. Наше

законодательство ни слова не говорит о вознаграждении при доверенности, и это дает нам возможность применить к русскому праву положение о предполагаемой возмездности, как наиболее соответствующее явлениям действительности и другому положению, в силу которого никто не должен обогащаться на чужой счет без достаточного юридического основания (ср. т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 39 и т. XVI ч. 1, учр. суд. уст., ст. 395). Наша практика высказалась по этому поводу не с достаточною ясностью (81, 95).

II. Совершение договора. Лицами, участвующими в договоре доверенности, являются доверитель, обязывающий, и доверенный, обязанный к представительству. Доверителем может быть лицо, которое по состоянию своему может вступать в договоры и притом по делам, не требующим личного присутствия (ст. 2293). В качестве доверителя могут вступать и юридические лица (ст. 2291). Практика наша признала, что и принимать доверенности могут юридические лица (82, 152). Доверенными могут быть все те, кому по закону не воспрещено вступать в договоры (ст. 2294). Закон, очевидно, сознает необходимость различия в объеме дееспособности доверителя и доверенного и суживает его для последнего, но недостаточно ясно.

По договору доверенности доверенный может быть уполномочен на управление вообще всеми делами доверителя или же на управление самостоятельную часть, например имением, фабрикою, или на совершение отдельной какой-либо сделки или даже нескольких, но точно определенных. В первых случаях мы имеем общую доверенность, в последнем – частную. Кроме того, тот и другой круг разрешаемых доверенному сделок может соответствовать объему полномочия, который вправе предполагать третьи лица на основании заведенного порядка, или же этот круг может быть уже предполагаемого. В первом случае доверенность будет полною, во втором – ограниченою (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 35).

Срок, на который может быть выдана доверенность, зависит от взаимного соглашения, кроме случаев, когда срок этот определяется законом. Так, между прочим, доверенность на получение жалованья и пенсии может быть выдаваема сроком не более как на один год (ст. 2306). Торговая доверенность по нашему закону может быть выдаваема на срок не свыше трех лет (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 41), что, однако, не касается силы сделок, заключенных третьими лицами с доверенным за пределами срока, знание которого для них необязательно (06, 30).

Наш закон не высказывает нигде, что форма договора доверенности должна быть непременно письменная. В законе содержится только указание на то, что верющие письма совершаются и свидетельствуются по правилам, изложенным в положении о нотариальной части (ст. 2308). Из этого практика выводит заключение, что договор должен быть совершен письменно, и даже доходит иногда до требования нотариальной формы под угрозю недопущения свидетельских показаний (82, 36). Такое безусловное требование письменной формы стоит в противоречии с постановлением закона, что лицо, которому поручено заведование хозяйством без формальной доверенности, предполагается уполномоченным на заключение договоров о найме рабочих (т. XII ч. 2, изд. 1906 г., ст. 6), тем более что постановление это выражено не в виде исключения, а в предвидении возможного случая. Не подлежит сомнению, и это признано практикою, что соблюдение формы может иметь значение только для внутренних отношений между доверителем и доверенным, но не для внешней стороны, не для лиц, с которыми доверенный вступает в сделки от имени доверителя. Для третьих лиц достаточна обстановка, способная вызвать в них предположение о наличности доверенности. Особенности договора доверенности, соединенного с представительством, не допускают возможности отрицания договора ни со стороны доверителя, ни доверенного. Как может отрицать договор доверенности доверитель, допустивший известное лицо к распоряжению в его имении или на фабрике? Как может отрицать договор доверенный, совершивший с посторонними лицами сделки от имени другого? По этим соображениям следует признать, что договор доверенности может быть совершен и в словесной форме, хотя в действительной жизни доверенности совершаются чаще всего нотариальным порядком.

III. Обязанности доверенного. Обязанности доверенного сводятся главным образом к точному исполнению поручения согласно данному полномочию и к представлению отчета в своей деятельности.

1. Исполнение поручения составляет цель договора и вместе с тем основную обязанность доверенного. Если это было поручение совершить одну или несколько определенных сделок, то заключением их согласно указаниям доверителя доверенный выполняет свою обязанность. Если же ему дана была общая доверенность на управление делами доверителя, то в выборе сделок он должен сообразоваться с наибольшею выгодой последнего. Пользуясь предоставленною ему самостоятельностью, доверенный должен изыскивать лучшие способы обеспечения интересов доверителя. В этой деятельности он должен руководствоваться данным ему полномочием и не выходить из указанных ему границ (ст. 2326). При отсутствии договорного полномочия он должен ограничиться кругом сделок, обыкновенно допускаемых в такого рода отношениях. Во всяком случае, нарушение границ данного ему полномочия, насколько оно не выходит за пределы предполагаемого полномочия, влияет только на ответственность доверенного перед доверителем, но не на действительность заключенных с третьими лицами сделок.

2. Деятельность доверенного не подлежит постоянному надзору со стороны доверителя. Сделки совершаются чаще всего в его отсутствие, не на его глазах. Поэтому естественно требование доверителя, чтобы доверенный открыл ему свои действия, а это достигается представлением отчета (80, 31). В отчете должны быть указаны совершенные сделки, полученные и израсходованные суммы. Особенно подробные правила об отчете доверенных содержатся в нашем законодательстве по поводу торговой доверенности.

3. Доверенный обязан лично исполнить данное ему поручение. Но в некоторых случаях ему принадлежит право передоверия, а именно, когда оно предоставлено ему доверителем или когда оно необходимо ввиду возможности ущерба для доверителя. а) Если право передоверия предоставлено было доверенностью, то доверенный может передать свои обязанности другому лицу (ст. 2329; 78, 242). Притом в доверенности может быть указано лицо, которому доверенный вправе передать свои полномочия, и тогда он не отвечает за его деятельность. Но если личность эта не была предусмотрена, то доверенный должен проявить полное внимание и осторожность в выборе такого лица, на доверенном лежит ответственность за действия своего преемника, явно не способного к порученной ему задаче (80, 262). За исключением этого последнего случая, доверенный свободен от ответственности, потому что лицо, получившее доверенность от доверенного по предоставленному ему на то праву, должно быть рассматриваемо не как доверенный этого доверенного, а как доверенный их общего доверителя (73, 1475). Доверитель может обращаться с иском непосредственно к преемнику. Отношение к первому доверенному прекращается или сохраняется, смотря по тому, имело ли передоверие своею целью полную передачу доверенности или только временное сложение с себя обязанностей. б) Если право передоверия не было указано в доверенности, то доверенный вправе передать свои полномочия только в случае крайней необходимости, когда упущение это могло бы причинить существенный ущерб доверителю, например, когда приехавший на нижегородскую ярмарку доверенный заболел и не может вести его дело. Он отвечает перед доверителем за выбор лица (*culpa in eligendo*). Если же в доверенности находится прямое запрещение передавать ее другому, то доверенный отвечает не только за выбор лица, но вообще за все действия своего преемника, потому что все невыгодные последствия передоверия являются последствием нарушения с его стороны договора.

IV. Обязанности доверителя. Они сводятся к вознаграждению доверенного и к возмещению всех расходов, понесенных им при исполнении поручения. Принятие на себя обязательств по сделкам, заключенным со стороны доверенного, не составляет обязанности, а является законным последствием представительства и потому не зависит от его воли. Общепринятое и указанное нашим законом упоминание о том, что доверитель верить и спорить и прекословить всему сделанному доверенным не будет (ст. 2307), представляется совершенно излишним, [и оно не препятствует доверителю оспаривать сделки, заключенные доверенным во вред ему, для признания их недействительными на основании ст. 1529 (12, 112)].

1. Если в настоящее время вознаграждение следует считать обыкновенною составною частью договора доверенности, то доверитель обязан уплатить доверенному вознаграждение в том размере, какой был определен соглашением, а за отсутствием особых по этому предмету условий – по таксе (например, для присяжных поверенных), наконец, при отсутствии соглашения и законного определения – в размере, соответствующем плате, принятой в данном круге отношений.

На величину вознаграждения не имеет никакого влияния успех или неудача при выполнении данных доверенному поручений.

2. Доверитель обязывается к возвращению расходов, понесенных доверенным при исполнении поручения, если он употребил на то свои деньги, например, при поездке, при угощении контрагента, довольно распространенном в торговом быту. Расходы должны быть целесообразные и соответствовать положению доверенного и состоянию доверителя. Управляющий громадным заводом может позволить себе поездку в первом классе, тогда как иной приказчик по покупке хлеба допустит роскошь, если поедет во втором.

V. Прекращение договора доверенности. Закон наш указывает следующие причины прекращения договора доверенности (ст. 2330).

1. Действие доверенности прекращается окончательным исполнением поручения, возложенного на доверенного. В этом случае предполагается, что доверенность дана была на одну или несколько определенных сделок.

2. Если доверенность была выдана на срок, то истечение срока договора также прекращает право и обязанность представительства. Однако для третьих лиц, знавших о существовании отношения по доверенности и не знавших о срочности договора, наступление срока не имеет значения, если доверитель не довел о том до всеобщего сведения. Доверитель продолжает отвечать по сделкам, совершенным доверенным по окончании срока доверенности, но все понесенные им от того убытки он может переложить на доверенного. Тем менее может возникнуть сомнение относительно силы заключенных доверенных сделок, срок исполнения по которым наступает по окончании срока доверенности (75, 646).

3. Доверенность прекращается уничтожением доверенности со стороны доверителя, т.е. одностороннею его волею. Это право принадлежит ему несомненно во всякое время, и никакое условие не может лишить его этой возможности. Однако одностороннее прекращение останавливает деятельность доверенного, лишает его права совершать сделки, но не освобождает доверителя от исполнения лежащих на нем обязанностей, т.е. вознаграждения доверенного и возмещения расходов. Сделки, заключенные доверенным, и иные его действия, совершенные для исполнения поручения до извещения доверителем третьих лиц о прекращении доверенности, сохраняя полную юридическую силу по отношению к третьим лицам, лежат исключительно на ответственности доверителя (ст. 2334). [Уничтожение доверенности совершается путем подачи заявления в суд и публикации об уничтожении доверенности (ст. 2331). По закону о местном суде уничтожение доверенности отнесено к компетенции мировых судей (ст. 146044 уст. гр. суд.) и совершается публикацией в наиболее распространенных местных губернских ведомостях (ст. 146047 уст. гр. суд.)].

4. Действие доверенности прекращается также заявлением доверенного о желании сложить с себя принятую им обязанность, т.е. одностороннею его волею. Такое заявление должно быть настолько своевременным, чтобы доверитель мог обеспечить себя другим доверенным и предупредить возможность ущерба от отсутствия в известное время доверенного лица в известном месте. Неожиданный отказ продолжать поручение доверителя создает для доверенного обязанность возместить весь причиненный вред. Заблаговременность отказа обнаруживается из закона, который обязывает доверенного уведомить доверителя не о сложении с себя, а о намерении сложить с себя принятую по доверенности обязанность (ст. 2333, ст. 40, 252 уст. гр. суд.; ср. 03, 108).

5. Договор доверенности отнесен нашим законодательством к обязательствам личным в особенности. Действительно, такой характер его вытекает из существа отношения, основанного на взаимном доверии, на предположении честности и способности в контрагенте. Поэтому смерть доверителя или доверенного влияет разрушающим образом на силу договора. Исключение допущено нашим законодательством для торговой доверенности ввиду того, что доверенный связан как бы с торговым предприятием, а не с хозяином его (ст. 1238, прил. ст. 19). К смерти наш закон приравнивает и другие обстоятельства: лишение всех прав состояния или всех особенных прав и преимуществ, лично и по состоянию присвоенных, или же признание одного из них безумным, сумасшедшим, несостоятельным или пропавшим без вести, хотя некоторые из этих

обстоятельств, как, например, несостоятельность доверенного, не должны бы иметь влияния на силу договора.

6. Приведенные основания прекращения доверенности предусмотрены нашим законодательством. Возможны, однако, случаи, не подходящие под те, которые перечисляются законом. Так, устранение цели договора доверенности способно привести к тем же последствиям. Доверенность, данную управляющему имением, нужно считать прекратившейся, когда имение продается с публичного торга за долги доверителя; прекращается доверенность приказчику, когда закрывается торговля; теряет силу доверенность на управление домом, если дом сгорает.

[Проект кн. V объединяет обе стороны отношения и дает общее определение договора доверенности или поручения (ст. 557). Кроме выраженного письменно или устно согласия, проект допускает безмолвное согласие на принятие поручения путем принятия верящего письма или приступом к исполнению поручения (ст. 562). Целый ряд действий, преимущественно по отчуждению недвижимостей и распоряжению кредитом и отчуждению другого имущества доверителя, нуждается для своей действительности в специальном упоминании в доверенности (ст. 563). Однако проект допускает выдачу по торговым, фабричным и промышленным предприятиям доверенности в общей форме и без всяких ограничений, наподобие германской прокуры (ст. 564). Поверенный может отступать от доверенности, если того требуют интересы доверителя и нет возможности испросить его разрешения (ст. 570). Как исполняя поручение поверенный по требованию доверителя должен сообщать ему все нужные сведения (ст. 571, п. 1), так и по окончании он обязан представить отчет (ст. 573) и отвечать за убытки, причиненные неправильным исполнением поручения].

§ 55. Поклажа

Литература: Марков, Заметки о вопросах, возникающих из договора об отдаче на сохранение (Жур. гр. и уг. пр., 1875, N 3 и 5; 1876, N 5 и 6); Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 457–468; Никонов, Секвестрация в гражданском праве, 1900.

I. Понятие о поклаже. Под именем поклажи понимается договор, в силу которого одно лицо обязывается к сохранению движимой вещи, отданной ему для этой цели другим. Рассматривая характерные признаки, находим следующее.

а. Сохранение вещи как цель договора составляет существенный признак договора поклажи, которая оттого нередко носит название по этому признаку, так, например, наше законодательство употребляет безразлично выражения: поклажа и отдача на сохранение. Хранение вещи представляет особого рода услугу, личное действие, и с этой стороны поклажа приближается к личному найму. Из этого признака вытекают уже сами собою другие характерные черты этого договора. 1) Сохранение вещей связано с помещением их в таком месте, в котором они были и безопасны от внешних влияний и присвоения другими лицами. Поэтому взявший на сохранение обязан озаботиться нахождением для отданных ему вещей удобного помещения у себя или у других. С этой стороны поклажа приближается к имущественному найму. 2) Понятие о сохранении исключает возможность пользования вещью, как это имеет место при имущественном найме и ссуде, где пользование чужою вещью соединяется с сохранением ее неприкосновенности. Возможно, конечно, что, отдавая вещь на сохранение без вознаграждения и желая заинтересовать хранителя в выполнении услуги, собственник предоставит ему пользование ею, например, в случае, когда он ставит у приятеля в квартире свое пианино. Но мы должны признать, что таким определением условий поклажа превращается в ссуду. 3) Отдача вещи для сохранения предполагает необходимость возвращения ее. Вещь не переходит в собственность лица, принявшего ее, и даже во владение, а только в держание, хотя с точки зрения германского права это будет производное владение. Поэтому отдавший вещь имеет право потребовать вещь обратно и, так как сохранение производится исключительно в его интересе, то последний может предъявить это требование всегда, хотя бы договор заключен был на срок. Очевидно, что возвращена должна быть та же самая вещь, которая была отдана, а не подобная же вещь. 4) Договор имеет своею главною и непосредственною целью сохранение вещей, и в этом состоит

отличие поклажи от тех юридических отношений, где хранение является только следствием содержания обязательства, как, например, залога движимостей, перевозки груза.

б. Отдаваемые на сохранение могут быть только движимые вещи. Права не нуждаются в сохранении за отсутствием физической оболочки, но если они связаны с внешнею формою, выражены в документе, то последний как вещь может быть отдан на сохранение. Недвижимости не могут быть отданы на сохранение не потому, как утверждают некоторые, что не нуждаются в том, так как это, очевидно, неверно по отношению, например, к домам, а потому, что этому противится природа договора поклажи. Поклажа представляет собою сложный договор, в котором сплетаются элементы личного и имущественного найма. В отношении недвижимостей представление помещений является излишним и сохранение их ограничивается только личным наблюдением за ними, другими словами, хранение недвижимостей создает только личный наем, а не поклажу. Этот взгляд всех законодательств, кроме австрийского (австр. гражд. улож., § 960). Но нашему закону в поклажу могут быть отдаваемы вещи, деньги и акты (ст. 2100). Практика наша еще более суживает круг вещей, отдаваемых на сохранение, исключая из него одушевленные предметы, как, например, скот, пчелы (73, 1577; 75, 982). Однако для такого исключения нет никаких оснований ни в существе договора поклажи, ни в постановлениях нашего законодательства, так как собака, лошадь, корова представляют собою такие же вещи с юридической точки зрения, как и мебель, одежда. Из существа и цели поклажи следует, что предметом, отдаваемым на сохранение, может быть только вещь, определенная индивидуальными признаками, что ни тленные, ни заменимые вещи, если только им не придано свойство незаменимых, не составляют предмета, пригодного для поклажи (93, 95).

с. По взгляду римского права, безвозмездность составляет существенный признак поклажи, так что установление вознаграждения за хранение превращает этот договор в другой. Верны римской точке зрения и многие современные законодательства, которые также признают, что безвозмездность относится к существу договора поклажи. Сюда относится французский кодекс (§ 1917). Напротив, другие законодательства относят безвозмездность только к обыкновенным принадлежностям и допускают вознаграждение по соглашению; к этой группе относятся законодательства австрийское (§ 969) и швейцарское (§ 472). Наконец, германское уложение устанавливает даже предположение возмездности поклажи (§ 689). Несомненно, что эта последняя точка зрения представляется наиболее правильною. Конечно, поклажа развилась из чисто нравственных отношений, на почве дружбы, и действительно такую она является в первоначальных памятниках истории русского права – "занеже ему благо деял и хранил" (Р. Пр. Карамз. спис., ст. 46). Но в настоящее время поклажа создала ряд сделок на торговой почве, где безвозмездность не имеет места, и, несмотря на то, поклажа не потеряла своего прежнего юридического облика. Наше законодательство не исключает возможности вознаграждения за хранение, хотя и не предполагает его без наличности соглашения (ст. 2107). Соответственно тому, установлено или нет вознаграждение, договор поклажи будет двусторонним или односторонним.

[Проект кн. V признает поклажу возмездною, разве бы из договора или из обстоятельств, сопровождавших поклажу, вытекало, что поклажеприниматель обязался хранить вещь без вознаграждения. Размер вознаграждения в случае неопределения его сторонами устанавливается по соображении всех обстоятельств дела судом по справедливому его усмотрению (ст. 390)].

II. Совершение договора. Лица, заключающие договор поклажи, называются: покладчик, т.е. лицо, отдавшее вещь на сохранение, и приемщик, т.е. лицо, принявшее вещь на сохранение. Покладчик не должен быть непременно сам собственник – поклажа может быть совершена по доверенности (ст. 2100). Хотя наш закон предполагает возможность отдать на сохранение только собственные вещи, однако, нет никаких препятствий к передаче чужих вещей и без доверенности. Например, у меня находятся чьи-либо вещи, которые стесняют меня в желании переменить квартиру. Если эти вещи будут отданы кому-нибудь на сохранение, то это лицо будет обязано возвратить их по требованию отдавшего ему вещи (по договору) или собственника (по виндикации), т.е. его обязанности будут те же, как и всякого другого приемщика.

Для отдачи и принятия на сохранение необходима наличность общей гражданской дееспособности. Принимать на сохранение не могут лица, которые по закону не имеют права вообще обязываться договорами и, сверх того, монашествующие, монастыри и их настоятели

(ст. 2101). Принятие вещи на сохранение со стороны лица недееспособного поражает сделку недействительностью, и покладчик не может требовать возвращения вещи (ст. 2102), хотя бы она была в составе имущества приемщика. Это правило нельзя не признать слишком суровым и несогласным с представлением о недопустимости обогащения на чужой счет без достаточного основания. Только в том случае не наступают такие решительные последствия, если покладчик докажет, что ему при совершении договора неизвестны были обстоятельства, по которым взявший вещи не мог принимать их. Это исключение опять-таки представляется недостаточно обоснованным, так как причина недействительности скрывается в интересе недееспособного, а не его контрагента. При обратном положении, когда лицом недееспособным оказывается покладчик, он не лишается права требовать от дееспособного приемщика возвращения отданных на сохранение вещей (ст. 2102).

Договор поклажи относится к числу таких, для совершения которых недостаточно одного соглашения сторон, но необходима еще и передача вещи. Как и заем, поклажа приобретает юридическую силу только со времени вручения вещей приемщику. До этого момента нет еще договора поклажи, потому что из одного соглашения не могут возникнуть те обязанности приемщика – сохранение, возвращение, которые характерны для этого договора.

Передача вполне достаточна для действительности договора, но для доказательной силы сделки необходима еще письменная форма. Вопрос о форме поклажи по русскому законодательству возбуждает немало сомнений. Дело в том, что по закону договор об отдаче и приеме на сохранение совершается или через письменный акт, или просто передачею поклажи, с распискою в том или без расписки (ст. 2104), следовательно, допускается как письменная, так и словесная форма. Но приведенная статья имеет общее значение, охватывает как те случаи, когда требуется письменная форма, так и те случаи, когда допускается словесная. Из сопоставления с другими статьями обнаруживается, что письменная форма представляет общее правило и, не составляя существенной принадлежности сделки, является необходимым доказательством в случае отрицания со стороны приемщика факта принятия вещей на сохранение (ст. 2111). Акт, удостоверяющий договор поклажи, называется сохранною распискою. Закон требует, чтобы она была вся от начала до конца написана рукою приемщика, однако, это правило не согласуется с новыми процессуальными постановлениями и потому одна подпись совершенно достаточна для доказательной силы документа. В виде исключения допускается словесная форма: а) для необходимой поклажи, б) при отдаче воинскими чинами вещей своих по случаю внезапного скопления отправления в поход или в командировку на сохранение хозяевам, у которых они стояли на квартире, в) для поклаж, составляющих торговую сделку (ст. 2112). [Проект кн. V требует для договора поклажи удостоверения на письме, если стоимость отдаваемой на сохранение вещи превышает 300 руб. (ст. 391, п. 1). Письменного удостоверения не требуется, если вещь была отдана на сохранение во время бедствия (пожара, наводнения) либо при таких обстоятельствах, когда по принятому порядку не выдается письменного удостоверения (п. 3 той же статьи)].

Необходимость письменной формы как единственного доказательства и устранение свидетелей представляется особенно суровыми в отношении такого договора, как поклажа, который нередко основывается на началах дружбы и близкого знакомства. Эта суровость со стороны законодателя объясняется опасением, чтобы под видом поклажи не скрывался заем. Возможность подобной симуляции в свою очередь обуславливается различными причинами. В прежнее время не последнюю роль играл общественный предрассудок, не допускавший дворянина до унижительного займа у разночинца или крестьянина. Иногда здесь замешано мелочное желание избежать платежа налога, так как поклажа совершается на простой бумаге, а заем на вексельной бумаге. Наконец, к притворности побуждает и прямое преимущество прав покладчика сравнительно с правами займодавца: по заемному письму или векселю кредитор удовлетворяется по соразмерности с другими, а вещи, отданные на сохранение, оставаясь собственностью покладчика, не входят в конкурсную массу (ст. 2119). Ввиду последнего обстоятельства наш закон, хотя и позволяет отдавать деньги в поклажу, но для предупреждения скрытого займа стремится установить незаменимость их точным обозначением в документе рода монеты, годы ее чеканки, номеров государственных кредитных билетов и иных денежных бумаг (ст. 2111).

III. Обязанности приемщика. Обязанности принявшего вещь по договору поклажи сводятся главным образом к двум – хранению и возвращению.

1. Обязанность сохранять вещь предполагает принятие по отношению к ней всех мер, необходимых для предотвращения возможности гибели ее или повреждения. Отсюда вытекает необходимость для приемщика прилагать известную заботливость к вверенной вещи. Степень внимания, требуемая законом от приемщика, определяется тем старанием, какое он прилагает к собственному своему имуществу (ст. 2105), хотя бы она была ниже меры, прилагаемой каждым благоразумным хозяином. Такая степень внимания может быть признана достаточною в обыкновенном, предполагаемом со стороны закона случае безвозмездной поклажи. Если же приемщик принимает вещи на сохранение за вознаграждение, то он уже не вправе оправдываться тем соображением, что он также небрежен и в собственных делах. От него можно требовать внимания к принятой вещи, какого он сам вправе был бы ожидать от всякого другого, какое общепринято в подобного рода делах. Само собою разумеется, что приемщик не отвечает за гибель или повреждение, происшедшие случайно, от чрезвычайного события. Закон идет далее и признает, что каждому собственные вещи дороже чужих, а потому слагает с приемщика ответственность даже в том случае, когда он мог спасти вверенные ему вещи, но не иначе как со значительною притом потерей из собственного своего имущества (ст. 2105). Из той же обязанности хранения вытекает недопустимость пользования отдаваемыми на сохранение вещами (ст. 2107). Но нарушение этой обязанности не влечет за собою никаких последствий, если покладчик не в состоянии доказать, что при этом пострадали его интересы, например, в случае, когда приемщик читал отданные ему на сохранение книги. Так как приемщик обязан только хранить вверенную ему вещь, то для него должно быть безразлично содержание отданного ему под замок или печатью сундука или пакета (ст. 2107). В случае вскрытия оболочки на приемщика переходит тяжелая обязанность объяснить отсутствие тех вещей, существование которых утверждает покладчик.

2. С принятием вещи на хранение соединяется обязанность возвратить ее. Возвращена должна быть непременно та же самая вещь, а не подобные только. Она должна быть выдана в таком состоянии, в каком она находится в момент предъявленного требования, предполагая, что она не потерпела ухудшений со времени отдачи по вине приемщика (03, 65). Если вещь повредилась вследствие естественных свойств или от случайных причин, то убыток падает на покладчика. Если же повреждение произошло от невнимания приемщика, то он не освобождается от ответственности, например, когда моль съела отданную скорняку шубу. С другой стороны, вместе с вещью должны быть выданы все приращения, плоды, создавшиеся после отдачи на сохранение. Если наследник принявшего чью-либо вещь на сохранение по неведению о том продаст или употребит ее на свои надобности, то он обязан возвратить полученные им за вещь деньги или заплатить за употребленные им для собственной пользы чужие вещи по оценке (ст. 2109). В приведенной статье закон не исключает иска о праве собственности, а предусматривает тот случай, когда покладчик предпочтет обратиться к приемщику с иском о вознаграждении. [По проекту кн. V в случае отдачи на сохранение денег, процентных либо иных ценных бумаг или других заменимых вещей с оговоркой, что возвращению подлежит такое же количество таких же вещей, а равно если на сохранение отданы деньги не в запечатанном хранилище с означением лишь их суммы, применяются правила о займе, но время и место возвращения поклажи определяются и в этих случаях правилами о поклаже (ст. 412)].

Вещь должна быть возвращена тому именно лицу, которое отдало ее приемщику на сохранение, или тому, от имени которого она была отдана, или же лицу, уполномоченному по договору получить вещь (ст. 2108). Приемщик не обязан и не вправе требовать доказательств, удостоверяющих право собственности на вещь. Однако когда приемщик узнает сам или будет уведомлен, что вещь, им принятая, украдена или иным противозаконным способом добыта, то он должен воздержаться от отдачи вещи и обязан сообщить ближайшей власти (проект кн. V, ст. 401).

Возвращение должно последовать по первому требованию покладчика, хотя бы в договоре установлен был срок, потому что он назначен исключительно в интересе покладчика. Невозвративший поклажи по первому требованию обязан сверх возвращения самой вещи,

отданной ему на сохранение, заплатить за все понесенные истцом вследствие задержания вещей убытки, в том числе и узаконенные 6% с находившихся у него на сохранении денег (ст. 2115). Кроме того, последствием отказа возратить является ответственность приемщика даже за случайные повреждения и гибель, если они наступили после этого момента (ст. 2105). Так, например, были отданы на сохранение мешки с солью и по требованию покладчика не были своевременно возвращены; случившееся после того наводнение испортило соль: этот случай не слагает ответственности с приемщика (90, 71).

IV. Обязанности покладчика. 1) Если договор односторонний, т.е. безвозмездный, то на покладчике лежит обязанность возместить ущерб, причиненный приемщику хранением чужих вещей, например, расходы по перевозке при перемене помещения, издержки на содержание животных и т.п. 2) Если договор двусторонний, т.е. условлено было вознаграждение, то покладчик обязан уплатить его приемщику. Однако последний не вправе задерживать вещи под предлогом неплатежа ему условленного вознаграждения, потому что требование возвращения основывается не только на обязательственном праве, но, может быть, и на вещном праве покладчика. Подобное задержание влечет за собою все последствия, соединенные с отказом возвращения.

V. Влияние смерти контрагентов на договор поклада. Договор поклада как чисто имущественный, мало связанный с личностью обоих контрагентов переходит во всем своем составе на наследников. Отношение между наследником и другим контрагентом должно бы оставаться таким же, каким оно было у него с наследодателем. Однако наш закон вводит особого рода льготы для наследников. Так как право собственности на вещь, отданную на сохранение приемщику, остается за покладчиком и приемщик не владеет, а только держит чужую вещь, то право требовать возвращения не подлежит действию давности (ст. 2113). Но для наследников закон наш устанавливает особые положения, устраняющие действие этого правила, и создает ничем не оправдываемое исключение.

1. В случае смерти приемщика наследники обязаны, до (?) вступления их в права по имению, им оставленному, сделать в течение шестимесячного срока со дня открытия наследства вызов тех, которые имеют у себя сохраненные расписки от умершего. Вызываемые для предъявления сохраненных расписок обязаны в течение шести месяцев со дня последнего пропечатания вызовов в публичных ведомостях предъявить их, без чего они лишаются права взыскания по ним: в случае же благовременного предъявления своих расписок лица эти пользуются впоследствии правом иска во все продолжение 10-летней давности. Таким образом, наследники приемщика обязываются возратить поклажу только тогда, если а) покладчик своевременно отозвался на вызов и предъявил расписку, а также б) если наследники упустили сделать вызов (ст. 2113, п. 2 и 3). Так как подобных публикаций никто не читает, то наследники намеренно могут воспользоваться предоставленным средством и присвоить себе на законном основании чужие вещи. Вещь отдается на сохранение обыкновенно ввиду предполагаемого продолжительного отсутствия, и потому установленный законом срок является до невозможности кратким. Представим себе, что кто-нибудь уехал на год за границу, оставив свои драгоценности у лучшего друга; вскоре после отъезда неожиданная смерть приемщика дает его наследнику право сделать немедленный вызов, который, конечно, не достигнет покладчика; по возвращении через год последний окажется лишенным всех своих вещей, которые он вверил своему другу и которыми на его же глазах будет пользоваться наследник. Подобное положение нельзя не признать и несправедливым, и несоответствующим правовому порядку.

2. В случае смерти покладчика наследники его обязаны, также в течении шести месяцев со дня открытия наследства, вызвать через публичные ведомости лицо, принявшее вещь на хранение (ст. 2113, п. 4). Наследники, не учинившие подобного вызова в течение этого срока, лишаются права требовать возвращения вещи. Если же они своевременно сделали публикацию, то право их прекращается только 10-летней давностью, которая в сущности здесь не должна бы иметь применения, потому что нет лица, приобретающего вещь по давностному владению. Так как указанный порядок вызова имеет своей целью сократить ответственность приемщика, то наследники покладчика не могут объяснять упущения вызова даже неизвестностью им лица приемщика.

VI. Влияние несостоятельности на договор поклада. Вещь, отданная на сохранение, продолжает оставаться собственностью покладчика. Отсюда следует, что в случае несостоятельности приемщика находящиеся у него на сохранении вещи не поступают в конкурсную массу и могут быть вытребованы покладчиком (ст. 2119). В случае несостоятельности покладчика отданные им на сохранение вещи входят в состав конкурсной массы. Закон не только дает право конкурсному управлению вытребовать вещи от приемщика, но еще возлагает на последнего обязанность самому заявить о находящихся у него вещах в установленные публикацией сроки для предъявления претензий. Если приемщик пропустит этот срок не по небрежности, а по каким-либо непреодолимым препятствиям, но все же успеет заявить о том во время продолжающегося конкурса, то от него принимаются вещи без дальнейших последствий (ст. 2123). Если же приемщик не заявил о находящихся у него на сохранении вещах в течение всего конкурсного производства, то сверх отобрания от него вещей он подвергается штрафу в размере 20% с цены вещей или суммы денег, бывших у него на сохранении. В стремлении оградить интересы кредиторов закон доходит до явной несправедливости к приемщику, ничего не зная о несостоятельности своего покладчика.

VII. Особые виды поклада. Кроме указанных общих постановлений о договоре поклада, существуют специальные правила, необходимость которых объясняется особенностью сделок.

1. Необходимая поклажа, или, как ее называли римляне, несчастная (*depositum miserabile*), вызывается чрезвычайными обстоятельствами, пожаром, наводнением, кораблекрушением и тому подобными случаями, когда не может быть и речи о выборе контрагента, а вещи отдаются первому попавшемуся навстречу. Конечно, договор существует и здесь, но особенность положения требует и особых правил. Прежде всего можно было бы ожидать, что отсутствие дееспособности у приемщика не будет иметь влияния на отношение. Но закон наш не делает в этом случае отступления от общих правил. Исключение, допускаемое нашим законом, состоит в форме договора, которая не требует письма, так что договор может быть доказываем свидетелями (ст. 2112, п. 1).

2. Западные законодательства считают особым видом поклажу в гостиницах. Предполагается, что держатели последних обязываются особым вниманием к вещам останавливающихся у них путешественников. Держатели гостиниц отвечают перед занявшими у них помещения за похищение, повреждение и уничтожение вещей, внесенных в гостиницу этими лицами, если не докажут, что вред произошел по вине самого хозяина вещи или бывших у него посетителей, от свойств вещи или от непреодолимой силы (герм. гражд. улож., § 701, швейц. обяз. закон, § 487, франц. гражд. код., § 1954). Наше законодательство не знает этого вида поклада, так что держатель гостиницы по русскому праву отвечает за внесенные в нее вещи на общих началах об ответственности за причиненный другому вред (ст. 684). Правда, в особой статье закон постановляет, что лица, останавливающиеся в трактирных заведениях, могут по обоюдному соглашению с хозяином отдавать ему на сохранение денежные суммы или вещи свои с распиской, запечатанными или незапечатанными, по счету денег и по оценке вещей. В первом случае держатель отвечает лишь за целостность пакетов и печатей, а в последнем – за количество суммы и за целостность вещей (ст. 2124). Но едва ли можно сделать обобщение и подвести гостиницы под трактирные заведения, а с другой – и ответственность, установленная для последних, не представляет ничего особенного, сколько-нибудь напоминающего ответственность, какая установлена на Западе для гостиниц. [Проект кн. V вводит ответственность помимо договора держателей гостиниц за убытки от потери, похищения, уничтожения или повреждения вещей приезжего с ограничениями, аналогичными вышеприведенным в западноевропейском праве (ст. 413–420). Правила ответственности распространяются на поклажу в заведениях, подобных гостиницам: ресторанах, кофейнях, кондитерских и питейных заведениях, а также в купальнях, банях и иных подобных заведениях. В отношении денег, процентных либо иных ценных бумаг и драгоценных вещей приезжего держатель гостиницы отвечает по закону лишь в сумме до 300 руб. (ст. 415)].

3. Под именем секвестра понимается поклажа, совершаемая частными лицами или судебной властью ввиду опасения, чтобы одна из сторон не присвоила и не продала вещь, составляющую предмет спора. Отсюда видно, что секвестр может быть: а) договорный (ст. 1394) или б) судебный

(уст. гр. суд., ст. 1009–1020). Договорный секвестр представляет собой соглашение тяжущихся между собой, в силу которого они отдают спорную вещь третьему лицу, обязывающемуся выдать ее тому, кому присудит суд. Следовательно, третье лицо обязывается к хранению вещи и к возвращению ее в зависимости от судебного решения. Оно вправе выдать ее только тому лицу, чье право будет признано судом, и выдача вещи кому-нибудь другому обязывает его возместить весь вред, причиненный тому, за кем признано право. Если секвестр установлен соглашением, то в силу нового взаимного соглашения тяжущиеся могут взять вещь обратно. Принявший вещь на хранение может и обязан возвратить вещь до судебного решения, если обе стороны совместно заявляют требование. Последнее положение не относится, конечно, к судебному секвестру.

4. Некоторые особенности представляет поклажа в товарных складах, когда отдаваемые вещи подлежат обезличению, т.е. смешению с другими однородными (уст. торг., ст. 812–819). Договор совершается в форме складочного свидетельства, хотя по закону 17 июня 1910 г. принятие товара на хранение в складочное помещение может быть удостоверено и квитанцией (уст. торг. по Прод. 1910 г., ст. 767, прим. прил. ст. 1). Главная особенность этого вида поклажи состоит в том, что товарный склад обязывается возвратить не ту же самую вещь, а только однородную, такого же качества и в том же количестве, не тот самый товар, который был принят им на хранение, а товар того же сорта (ст. 816). Этот случай напоминает несколько *depositum irregulare*, с тем только различием, что прием заменимых вещей не обнаруживает займа, потому что покладчик не кредитор товарного склада. Ему принадлежит не обязательственное право, а право собственности. Дело в том, что между вещами, отдаваемыми со стороны нескольких лиц товарному складу, образуется смешение, которое служит новым основанием права собственности для них.

§ 56. Товарищество

Литература: Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 512–565; Квачевский, О товариществах вообще и акционерных обществах в особенности (Жур. гр. и уг. пр., 1880, N 4, 5 и 6); Гордон, Наши общественные собрания (клубы) с точки зрения юридической (Жур. гр. и уг. пр., 1883, N 1).

I. Понятие о товариществе. Под именем товарищества понимается договор, в силу которого несколько лиц взаимно обязываются участвовать своими личными или имущественными средствами в совместном ведении дела, направленного к извлечению прибыли. Ближайшее рассмотрение данного определения приводит к обнаружению следующих признаков.

а. Товарищество представляет собой соединение лиц. Как и всякий договор, оно предполагает, конечно, не менее двух лиц, но затем число членов может постепенно возрастать и достигать громадной цифры, как, например, в акционерных товариществах. Эти многочисленные члены не разделяются на две стороны, активную и пассивную, но все находятся в одинаковом юридическом положении. Каждый имеет право ко всем прочим и несет обязанности, является одновременно активным и пассивным субъектом. Это соединение образует нового субъекта – юридическое лицо. Вопрос этот представляется несколько спорным в науке и многие склонны отрицать юридическую личность за каждым товариществом. Французское право, которое долгое время признавало юридическую личность только за торговыми товариществами и отрицало ее за гражданскими соединениями, в настоящее время считает юридическими лицами те и другие безразлично. И действительно, нет никаких оснований признавать за одними видами товариществ юридическую личность и отрицать ее за другими. Германское право под римским влиянием упорно отказывалось видеть в товариществе, не только гражданском, но даже торговом, юридическое лицо и в уложении 1896 г. нашло выход едва ли удачный, признав, что в товариществе образуется обособленное имущество, принадлежащее товарищам *zur gesamten Hand*. Наша практика не пошла по этому пути. Юридическая обособленность, личная и имущественная, между товариществом и членами его выступает слишком резко, чтобы можно было сомневаться, что товарищество есть юридическое лицо (07, 61; 08, 49; 09, 100).

б. Имущественная обособленность достигается соединением материальных средств, принадлежащих отдельным членам. Это имущество создается посредством взносов со стороны

каждого члена, уплачиваемых или сразу при возникновении соединения, или с рассрочкою, или периодически. Эти взносы могут состоять не только в денежных суммах, но и в других вещах, необходимых или полезных при достижении поставленной цели. В последнем случае вещи могут быть переданы товариществу или на праве собственности, или на праве пользования. Определение характера передачи имеет важное значение по вопросу: 1) кто несет риск гибели или повреждения вещи, 2) должна ли быть возвращена вещь в натуре или в ценности товарищу при выходе его или при прекращении товарищества? Если договор не предусматривает этого вопроса, то дело решает природа передаваемых вещей: относительно заменимых и потребляемых вещей предположение идет в пользу права собственности товарищества, относительно незаменимых и непотребляемых предположение находится на стороне пользования.

с. Составленное из многих лиц, вносящих в общее дело все или часть своего имущества, товарищество предполагает участие каждого в выгодах и убытках. Недопустимо такое соединение, в котором некоторые из членов несли бы только убытки или пользовались только выгодами. Поэтому рабочие, приказчики, доверенные, получающие долю в прибыли с предприятия, не составляют товарищества с хозяином, так как не несут на себе убытков, имущество их свободно от ответственности.

d. Соединение личных и материальных сил имеет в виду достижение известной цели – извлечение прибыли. По этому признаку товарищество ограничивается от общества и союза, которые учреждаются по правилам 4 марта 1906 г. Понятие об обществе строится на чисто отрицательном признаке – соединение, которое не имеет "задачу получения для себя прибыли от ведения какого-либо предприятия". Это не значит, что общество должно быть чуждо материальных интересов. Общество может нуждаться в материальных средствах для достижения своих нематериальных целей, например сценическое общество или музыкальный кружок. Но для общества доходы – это средство, а для товарищества – это цель. Цель объединяет товарищество и потому недопустимо стремление одновременное к разным целям, недопустим переход от одной задачи к другой, потому что это означало бы распадение одного и возникновение другого товарищества.

Из признания товарищества юридическим лицом и обособленности его имущества вытекают следующие выводы, весьма важные в практическом отношении. 1) В товариществе нет общей собственности, потому что она предполагает одно имущество и несколько субъектов; тогда как здесь одно имущество и один субъект (07, 61). 2) Как имущество особого субъекта, имущество товарищества подлежит преимущественному удовлетворению его кредиторов с устранением кредиторов отдельных товарищей, которые имеют право лишь на остатки. 3) Как самостоятельный субъект, товарищество заключает сделки от своего собственного имени и даже может вступать в договоры с самими товарищами. 4) Раздельность имуществ товарищества и его членов не допускает компенсации, так что должник товарищества не вправе зачитывать свой долг с требованием, которое он имеет по отношению к одному из членов.

II. Виды товариществ. Соединения договорные различаются по цели своей и по содержанию.

1. По свойству сделок товарищеские соединения различаются как торговые и гражданские. Те и другие имеют своею целью извлечение прибыли, но торговое товарищество осуществляет эту задачу посредством торговых сделок, а гражданское – при помощи сделок, лишенных торгового характера. Торговыми товариществами производятся торговые сделки в виде промысла. Постановления о торговых товариществах помещены в нашем законодательстве отдельно (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 63–104) от постановлений о гражданских товариществах (ст. 2126–2198). Но так как те и другие основываются на одном и том же источнике, манифесте 1807 г., то между ними существует различие только в форме возникновения. [Закон 1 июня 1902 г. дополнил гражданские законы отделом о трудовых артелях (ст. 21981–27). Проект кн. V вводит впервые товарищества с переменным составом (личным и имущественным) – ст. 943–981, куда относятся общества взаимного кредита, ссудо-сберегательные, потребительные, сельскохозяйственные, производительные и тому подобные товарищества. В настоящее время эти товарищества существуют на основании нормальных уставов и Положения об учреждении мелкого кредита (т. XI ч. 2, Уст. кр., ст. 86–115)].

2. По объему ответственности, лежащей на каждом члене, товарищества представляют несколько видов. а) Полное товарищество является соединением лиц, отвечающих за сделки товарищества всем своим имуществом. Следовательно, отдельные товарищи отвечают субсидиарно как поручители за долги товарищества (ст. 2134). б) Товарищество на вере представляет соединение лиц, отвечающих всем своим имуществом, и лиц с ответственностью, ограниченную определенным вкладом. Первые называются товарищами, вторые – вкладчиками (ст. 2130 и 2135). в) Акционерное товарищество состоит исключительно из лиц, имущественная ответственность которых ограничивается определенным вкладом, выраженным в форме акции (ст. 2131). Следовательно, за долги такого товарищества отвечает только его имущество, составленное из взносов. Точно так же многочисленные соединения, называемые обществами, хотя и не принадлежат по названию к акционерным, но по существу приближаются к ним по ограниченной ответственности. Так, например, по долгам клуба отвечает только его имущество, составленное из членских взносов, карточного и бильярдного дохода, буфетной прибыли, но не имущества отдельных членов (03, 104).

III. Совершение договора. В нашем законодательстве не существует однообразной формы для возникновения вообще всех видов товариществ. Для торговых товариществ установлена обязательность письменной формы и еще регистрация (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 59). Для гражданских товариществ, возникающих в виде полного или на вере, письменная форма нигде не установлена, и тем более непонятно, почему наша практика так решительно настаивает на облечении всякого договора о товариществе, следовательно и гражданского, в письменную форму (07, 14). По крайней мере ст. 2132 т. X ч. 1, на которую ссылается Сенат, говорит только, что к договору товарищества как договору "прилагаются все общие правила о составлении, совершении, исполнении и прекращении договоров", но о необходимости письменной формы в ней нет и речи. Конечно, в действительной жизни договоры о товариществе всегда почти облачаются в письменную форму, домашнюю или нотариальную, но юридически при отсутствии ее суд не вправе отстранить свидетелей, приводимых в доказательство существующего отношения. Для акционерных товариществ установлена необходимость правительственного разрешения в каждом отдельном случае. В противоположность товариществам общества, не имеющие своей задачей получение для себя прибыли от ведения какого-либо предприятия, возникают в порядке административного разрешения. Подается письменное заявление губернатору или градоначальнику, и если в течение двух недель с этого времени не будет сделано сообщения об отказе, общество может открыть свои действия (т. XIV, уст. пред. прест. по Прод. 1906 г., ст. 1181, прил. I, ст. 17).

VI. Права и обязанности членов товарищества. Права и обязанности отдельных субъектов в договоре товарищества имеют имущественный или личный характер.

1. Каждый член товарищества обязывается к известному взносу, за исключением тех случаев, когда труд лица как ценность принимается за взнос, например, при выдаче учредительских акций. Размер взноса определяется договором и, конечно, нет необходимости, чтобы все вклады были одинаковы. Но при молчании договора по этому вопросу все члены должны внести равные вклады. Если по договору члены не обязались к периодическим взносам, то уменьшение имущества товарищества вследствие неблагоприятного исхода сделок не обязывает членов к восполнению его до прежней высоты. Невнесение своевременно периодического взноса дает право товариществу взыскивать с члена, если только по договору (уставу) невзнос не имеет своим последствием исключение члена из соединения. Уклонение от взноса, размер которого был определен и для которого допущены были рассрочки, ни в каком случае не освобождает члена от ответственности в размере всего вклада, и если не само товарищество, то кредиторы его вправе требовать внесения.

2. Каждый член товарищества, если противное не установлено договором, имеет право на распоряжение делами товарищества. Его личное участие может выразиться в совершении сделок с посторонними лицами от имени товарищества, в распоряжении внутренними делами, в подаче голоса на общем собрании, в выборе новых членов, в контроле над деятельностью выборных представителей правления. Лишение члена принадлежащего ему личного права создает основание

домогаться судебным порядком признания его со стороны товарищества, если только осуществление права возможно при содействии судебной власти.

3. Имущественные права товарищей состоят в праве на прибыль, если соединение имело в виду достижение этой цели, в праве на пользование имуществом товарищества, в праве на имущество товарищества, оставшееся по прекращении последнего. а) Разделу между товарищами может подлежать только чистый доход, насколько он согласно договору (уставу) не имеет особого назначения. Раздел прибыли может совершаться только периодически, потому что таково поступление доходов. Доля участия каждого члена определяется обыкновенно договоров (уставом). В случае отсутствия соглашения по этому вопросу раздел прибыли должен производиться пропорционально взносу каждого, а не поровну. б) Каждый член товарищества имеет право личного пользования имуществом товарищества, предназначенным доставить удобства, выгоды или развлечения всем участникам, например, пользование библиотекою, музеем, садом для гуляния и т.п. в) Прекращение товарищества влечет за собою в некоторых случаях раздел оставшегося имущества, в некоторых же не имеет такого результата. В товарищеских соединениях, которые поставили себе целью преследование частных материальных выгод, имущество, оставшееся после прекращения товарищества, разделяется между наличными членами. Напротив, в обществах, которых задача заключается в какой-нибудь общепользительной цели, прекращение товарищества оставляет бессубъектное имущество, переходящее при молчании устава в ведение правительства, для употребления по назначению, наиболее отвечающему цели общества (т. XIV, уст. пред. прест. по Прод. 1906 г., ст. 1181, прил. ст. 29).

4. Права члена товарищества передаваемы или непередаваемы, смотря по характеру соединений и по природе прав. Передаваемость по наследству или частному преемству имущественных прав на прибыль не подлежит сомнению. Личные права члена товарищества, обусловленные личными его качествами, не переходят к наследникам или иным лицам. Таково же последствие и тех имущественных прав, которые имеют своим содержанием личное пользование имуществом товарищества, потому что оно также обусловливается личными качествами пользователя.

V. Прекращение товарищества. На существование товарищества влияют следующие причины: 1) Общее согласие членов товарищества может прекратить его так же, как оно и вызвало его возникновение. 2) Несостоятельность товарищества, т.е. потеря его особого имущества, делает невозможным достижение поставленной цели. Так как имущество товарищества имеет особого субъекта, то конкурс над имуществом товарищества не отражается на имуществе отдельных товарищей. Только в том случае, когда члены товарищества отвечают всем своим имуществом за дела товарищества, они могут быть принуждены к пополнению недостающего, но не могут быть объявлены несостоятельными вследствие одного только признания несостоятельности товарищества. 3) Смерть члена товарищества может прекратить его личные права, но не прекращает самого товарищества, если противное не установлено в договоре (contra реш. 90, 94).

§ 57. Обязательства, основанные на гражданском правонарушении

Литература: Шершеневич, Общая теория права, § 67–71; Кривцов, Общее учение об убытках, 1902; Таганцев, Лекции по русскому уголовному праву, изд. 1902, стр. 102–110; Пирвиц, Значение вины в гражданском праве. Случай в гражданском праве. Непреодолимая сила в гражданском праве (Жур. Мин. Юст. за 1895, январь, февраль, март); Покровский, Возмещение вреда и разложение его (Вестн. пр., 1899, N 9); Петражицкий, Возмещение нематериального вреда с точки зрения социальной политики (Право, 1900, N 11, 12, 15, 16); Беляцкий, Возмещение морального (неимущественного) интереса (Право, 1911, N 29, 31, 32); Горенберг, Принцип гражданской ответственности за вред и убытки (Юрид. Лет., 1892, кн. 8–9); Змирлов, Вознаграждение за вред, причиненный недозволенными деяниями (Жур. Мин. Юст., 1900, N 4 и 5, критика проекта); Петров, К вопросу об ответственности железнодорожных и пароходных предприятий (Вестн. пр., 1900, N 10); Берлин, Гражданский иск потерпевшего от наказуемого правонарушения, 1888; Гуссаковский, Вознаграждение за вред, причиненный недозволенными деяниями (Жур. Мин. Юст., 1912, N 8, 9); Яблочков, Влияние вины потерпевшего на размер возмещаемых убытков, т. I и

II, 1910–1911; Литвинов-Фалинский, Новые законы о страховании рабочих, 1912; Покотилов, Закон 28 июня 1912 г., 1913.

I. Понятие о гражданском правонарушении. Под этим именем понимается недозволенное действие, нарушающее чужое субъективное право причинением имущественного вреда. Вследствие такого факта между лицом, причинившим вред, и лицом, потерпевшим вред, устанавливается отношение, в силу которого первый обязывается возместить понесенные вторым имущественные убытки (ст. 574).

а. Гражданское правонарушение есть прежде всего недозволенное действие, т.е. действие, запрещенное объективным правом. 1) Поэтому всякое действие, которое является только осуществлением права, которое не выходит из пределов, очерченных законом субъективному праву, не составляет правонарушения, как бы оно ни было вредно другим лицам (94, 63; 04, 16). Так, например, открытие торгового заведения рядом или против прежнего магазина способно совершенно подорвать торговлю последнего; но какой бы вред ни наносила такая конкуренция, она составляет только осуществление права. Железная дорога, поставив вдоль железнодорожного полотна щиты для ограждения пути, причиняет соседним землевладельцам вред от скопления снега на их землях вследствие устройства таких щитов (10, 81). Сосед на своей меже воздвигает брандмауэр, которым закрывает окна соседней гостиницы и тем уничтожает ценность номеров, расположенных по этой стороне. 2) Точно так же нет гражданского правонарушения там, где причиняется другому вред, вынужденный необходимой обороной (ст. 684 и 696 прим.), например, когда человек убивает напавшую на него собаку. 3) Нет гражданского правонарушения за отсутствием незаконного состава в действии в том случае, когда вред причиняется при исполнении служебного долга, например, пожарные, заливая водой горящий дом, портят находящуюся в нем мебель.

б. Недостаточно действие, нарушающее нормы объективного права, – необходимо еще нарушение субъективного права. Без этого условия правонарушение может иметь какие-либо иные последствия, но не обязанность возмещения вреда. Необходимость этого момента с точки зрения нашего законодательства усматривается из того, что обязанность вознаграждения вреда выводится из принципа, в силу которого никто не может быть лишен без суда прав, ему принадлежащих (ст. 574). Таким образом, в тех случаях, когда недозволенное действие причиняет другим лицам имущественный вред, не нарушая их субъективного права, потерпевшие лица не имеют права требовать возмещения ущерба. Один из торговцев галантерейными вещами приобрел контрабандою большое количество кружев, которые продал по цене значительно ниже той, по которой могли бы продавать другие торговцы такие же заграничные кружева; по обнаружении контрабанды торговец привлекается к уголовной ответственности, но он не подлежит гражданской ответственности перед другими торговцами за тот вред, который он причинил им своею противозаконною торговлею. Вследствие незаконного уклонения от воинской повинности вместо одного лица было привлечено другое лицо и оттого расстроилось хозяйство, в котором оно было главным деятелем, но и в этом случае недозволенное действие не нарушает субъективного права, а потому и не создает обязательства возместить убытки. Уголовный закон признает присвоение не принадлежащего кому-либо имени, другой фамилии преступным деянием (улож. о нак., ст. 1416), но это положение имеет чисто публичный характер, а вовсе не задается целью охранить частные интересы лица, чьею фамилиею другой противозаконно пользуется; а потому для страдающего закрыт гражданский иск, несмотря на наличность преступления. Этот момент в гражданском правонарушении признается и нашею судебною практикою (78, 249). Так, Сенат признал необоснованным иск о вознаграждении за вред, причиненный соседом вследствие недостаточной высоты дымовых труб в банях ответчика, хотя последний в постройке своего здания нарушил обязательное постановление городского управления, – "право требовать от соседа поднятия высоты труб не предусмотрено т. X ч. 1 и данное обязательное постановление не может порождать гражданских прав". При подобном нарушении интересов остается обращаться с жалобой к надлежащей власти (10, 10). Так как гражданское правонарушение предполагает противоправное вторжение в сферу субъективного права, то гражданского правонарушения нет там, где вред причиняется с согласия субъекта права. Но при этом следует иметь в виду, может ли

субъект права свободно распоряжаться своим правом. Если помещик разрешил крестьянину нарубить деревьев в его лесу для постройки избы, то он уже не вправе привлечь крестьянина к ответственности, но если помещик состоит под опекою за расточительность, то его согласие не освобождает крестьянина от ответственности за причиненный ущерб. Стоя именно на этой точке зрения, что при согласии потерпевшего нет правонарушения на стороне причинившего вред, Сенат и мог прийти к решению, что нельзя говорить об ответственности в случае возложения на дворника тяжелой работы, которая имела своим последствием потерю трудоспособности, если условия труда соответствовали условиям договора найма (09, 17).

с. Гражданское правонарушение предполагает, что незаконным действием, нарушившим не только объективное, но и субъективное право, причинен имущественный вред, денежно вознаградимый и потому подлежащий вознаграждению со стороны причинившего. Вред может выразиться в уничтожении вещи, в порче ее или в присвоении, а также в препятствовании поступлению тех ценностей, какие по обыкновенному ходу вещей должны были бы поступить. При определении причиненного вреда необходимо стать на точку зрения объективного интереса. С субъективной точки зрения ценность часов, доставшихся от любимого отца, или книги, подаренной уважаемым учителем, стоит несоизмеримо выше рыночной цены часов или книги, но возмещению может подлежать вред, какой испытывает каждый при потере предметов данного рода. Убийство главы семьи, состоявшего на службе, не дает права убийце возражать против предъявленного к нему требования обеспечения, что покойный игрой в карты не обеспечивал семью, а вовлекал ее в долги.

Вознаграждение за вред должно стоять в соответствии с испытанным вредом. Поэтому нравственный вред, не вознаградимый по объективному масштабу, не подлежит возмещению в порядке гражданского обязательства (95, 10 и 03, 83; ср., однако, 09, 46). Вознаграждение деньгами за неимущественный, т.е. не подлежащий денежной оценке, вред содержит внутреннее противоречие: если это нравственные страдания, например, душевные терзания мужа при виде измены жены, то они не вознаграждаются в деньгах, если же они покрываются полученными с любовника деньгами, то это не нравственный вред. Вознаграждение за нравственный вред имеет поэтому характер не возмещения, а наказания. Но такое наказание стоит в противоречии с основной идеей карательной системы, – наказание производится во имя общества, а не в удовлетворение чувства мести частного лица, при этом обогащающегося из наказания. Вознаграждение за нравственный вред, приучая граждан к мысли о денежной оценке нравственных страданий, имеет само безнравственное действие. [Проект кн. V предоставляет, однако, суду право назначить потерпевшему денежную сумму по справедливому усмотрению в случаях причинения обезображения или иного телесного повреждения, равно как в случае лишения свободы, хотя бы потерпевший не понес никаких убытков (нравственный вред – ст. 1201)].

Вознаграждение за вред должно стоять в соответствии с испытанным вредом и в тех случаях, когда дело идет об обеспечении материального существования семьи, подорванного незаконным действием. Представим себе столкновение автомобиля барона Нобеля с экипажем извозчика. Кто бы ни был виновник столкновения, но потерпевший вправе требовать от него вознаграждения за причиненный вред. Поэтому Нобель может искать с извозчика возмещения расходов по исправлению автомобиля и на лечение его, Нобеля, потерявшего при этом несчастном случае одну руку. Но Нобель не вправе требовать, чтобы извозчик обеспечил ему материальное существование, потому что источник его средств не обуславливается его физической трудоспособностью. Напротив, извозчик может искать с Нобеля не только возмещения расходов, но и обеспечения материального существования вследствие утраченной трудоспособности, которая обуславливала источник его средств. Стоя на этой точке зрения, Сенат пришел к заключению, что "если у потерпевшего откроется какой-либо источник, из коего покрывается весь понесенный им по случаю смерти кормильца ущерб или же только какая-либо его часть, – право потерпевшего на вознаграждение должно быть определено судом в соразмерности с этим источником", и таким образом, когда семья умершего из таких источников (пенсия из казначейства) будет получать не менее того, что она имела при жизни своего кормильца, право на

содержание в этом случае погашается, ибо нет уже имущественного ущерба (10, 17). [Статья 683 п. 4 новой редакции воспрещает зачет пенсии из собственных сбережений потерпевшего].

d. Действие представляет собою выражение воли, с точки зрения юридической – воли зрелой и сознательной. Поэтому в основании гражданского правонарушения лежит вина, все равно умышленная или неосторожная. Если лицо, причинившее вред, не желало бы такого последствия, не могло и не должно было предвидеть возможности его наступления, то нет вины с его стороны, а есть только один случай. Купец, торгующий стеклянною посудой, выставил ее в дверях своей лавки. С точки зрения юридической безразлично, будет ли побита эта посуда камнем, упавшим с крыши, или прохожим, поскользнувшимся на тротуаре. У подъезда спокойно стоит запряженная лошадь. Мимо проходит батальон и, поравнявшись с экипажем, ударяет в барабаны. Испуганная лошадь сразу бросается в сторону и наносит увечье стоявшему недалеко отцу семейства. Со стороны хозяина лошади не было допущено ни малейшей неосторожности, а потому он и не может считаться ответственным за происшедший вред. Банк, выдавший по подложной расписке принятые на сохранение ценные бумаги, может быть подвергнут ответственности лишь в том случае, если он по грубости подлога или по другим причинам должен был в момент выдачи бумаг знать о подлоге и заметить его.

Существует, однако, взгляд, отрицающий необходимость вины для установления обязанности возместить вред и выдвигающий на место принципа вины принцип причинения. С этой точки зрения для установления ответственности за вред признается достаточною наличность причинной связи между действием и происшедшим вредом (Матайя, Штейнбах, Салейль). Главное основание для этого взгляда заключается в оскорблении чувства справедливости в тех случаях, когда богатое лицо, причинившее вред бедному, освобождается от ответственности. Например, богатый господин поскользнулся около бедного яичника и разбил корзину яиц, составляющую все его достояние. Однако данный случай только одно из многочисленных последствий имущественного неравенства между людьми, притом далеко не самое выдающееся. Принятие же этого принципа причинения повело бы к большим сомнениям. Прежде всего нельзя сказать, что во всех указанных выше случаях вред причинен "действием", потому что действие есть выражение воли, а ее-то и нет в приведенных примерах. Затем необходимо отказаться также от признака "недозволенное" действие, потому что действие, в основе которого нет ни умысла, ни осторожности, не может быть недозволенным: нельзя же признать недозволенным падение человека на улице.

Несмотря на это новое направление заменить понятие о гражданском правонарушении понятием о неправомерном состоянии, все законодательства, как более старые (франц. гражд. код., § 1382 и 1383), так и новейшие (герм. гражд. улож., § 823 и швейц. обяз. закон, § 4), придерживаются принципа вины. Однако законодательства последнего времени вынуждены были сделать уступку новым тенденциям. так, германское право постановляет, что если вред причинен лицом, которое по закону не отвечает за причиненный им вред, все же причинивший обязан возместить вред, насколько вознаграждение представляется справедливым по обстоятельствам дела, в частности ввиду соотношения сторон (§ 829). Также и швейцарское право предлагает присуждать к возмещению вреда даже невменяемое лицо, если того требует справедливость (*si l'équité l'exige*, § 54). За отсутствием логики, конечно, можно ссылаться и на справедливость. Но не превращается ли здесь справедливость в произвольное усмотрение судьи? Нельзя ли с таким же основанием привлечь к ответственности вместо невиновного причинителя самого богатого человека в судебном округе?

На каком принципе построено русское законодательство? Установив в виде общего начала право требовать и обязанность доставлять вознаграждение за причиненный кому-либо вред (ст. 574), закон определяет отдельно ответственность за действия, составляющие преступление или проступок (ст. 644), и отдельно ответственность за действия, не признаваемые преступлением или проступком (ст. 684). Ответственность первого рода выражается следующим образом: "виновный в совершении какого-либо преступления или проступка, несмотря на то, с предумышлением или без оного учинено им сие преступление, обязан вознаградить за все непосредственно причиненные сим деянием его вред и убытки". Это положение дополняется еще указанием, что "не подлежат вознаграждению вред и убытки, происшедшие от деяния случайного, учиненного не только без

намерения, но и без всякой со стороны учинившего оное неосторожности" (ст. 647). Ответственность второго рода определяется в следующих выражениях: "всякий обязан вознаградить за вред и убытки, причиненные кому-либо его деянием или упущением, хотя бы сие деяние или упущение и не составляло ни преступления, ни проступка, если только будет доказано, что он не был принужден к тому требованиями закона, или правительства, или необходимою личною обороною, или же стечением таких обстоятельств, которых он не мог предотвратить".

В нашей литературе обнаруживается разногласие в понимании смысла ст. 684. Одни полагают, что в ней выражен принцип причинения, а следовательно, ответственность за действия, даже не вменяемые в вину совершившему их, если он не в состоянии оправдаться одним из тех обстоятельств, какие указаны в статье. Доводами в пользу такого понимания служат: α) буквальный смысл ст. 684; β) отсутствие при ней оговорки о безответственности за случай, какая дана в ст. 647 по поводу преступных действий. Победоносцев формулирует точку зрения закона следующим образом: "В гражданском смысле, стало быть, нет деяний случайных. Действие, хотя и не намеренное в своих последствиях, хотя и нечаянное, не может быть признано вполне случайным, ибо случай бывает вовсе без воли, а действие, исходя от лица, всегда состоит в связи с волею, и потому, кто, совершив его, нанес хотя и нечаянно вред чужому имуществу, нарушил сферу чужого права, тот, и без вины, должен вознаградить хозяина". Это мнение разделяют Анненков и Гуляев. Противоположный взгляд, признающий, что ст. 684 построена на принципе вины, основывается на следующих соображениях: α) мотивы закона, изданного 21 марта 1851 г., ясно показывают, что имелось в виду обосновать ответственность виною причинившего вред; β) закон 21 марта 1851 г. составлен по образцу французского и потому совершенно невероятно, чтобы он не воспринял основной идеи французского законодательства, построенного на принципе вины; γ) нельзя допустить, чтобы законодатель устанавливал более строгую ответственность для деяний непроступных, чем для деяний преступных. Последнее соображение представляется самым сильным, и поэтому мы должны, признав, что между мыслью законодателя и ее выражением обнаруживается явное несоответствие, прибегнуть к ограничительному толкованию и содержание ст. 684 ограничить ст. 647, т.е. признать, что за случайный вред, причиненный другому, никто не отвечает. На этой точке зрения стоит и Сенат (74, 34; 84, 144; 06, 31). Но взгляд Сената едва ли можно признать вполне устойчивым. Утверждая, с одной стороны, что "нельзя ставить в вину такие действия или такое бездействие, которые явились следствием случайного, не зависящего от воли лица, события" (00, 62), Сенат в то время полагает, что "лицо, действовавшее вполне добросовестно и с сознанием, что действует в пределах своего права, может тем не менее подвергнуться ответственности за последствия своих действий, если окажется, что его представление о своем праве было ошибочно и, следовательно, основанные на таком представлении действия окажутся правонарушениями"; например, когда лицо, купившее с торгов имение и затем продавшее его другому, от которого оно было отнято судебным порядком по иску собственника, должно отвечать перед покупщиком не на основании неправомерного обогащения полученною ценою, а на основании причиненного правонарушением вреда (96, 49).

Однако в нашем законодательстве есть и несомненное отступление от принципа вины: когда малолетние или сумасшедшие причинят кому-либо вред и те, кто по закону обязаны иметь за ними надзор, докажут, что не имели никакой возможности предупредить совершившееся, то убытки взыскиваются с имущества малолетних или сумасшедших (ст. 686). Если морское судно, спасаясь от бури, вбежит в порт и прежде, нежели может быть остановлено, учинит свалку с другим судном, стоящим в порту, и тем причинит ему убыток, то судохозяин должен заплатить половину причиненного убытка, хотя с его стороны вины его нет (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 477; другой пример – ст. 478).

II. Гражданское правонарушение и уголовное преступление. Как недозволенное действие, гражданское правонарушение приближается к уголовному преступлению, которое также является действием недозволенным под страхом наказания. Как то, так и другое могут состоять в совершении запрещенного или в упущении того, что должно было быть исполнено. Оба объединяются в общем понятии о правонарушении. В том и другом нет ответственности без вины. Гражданское правонарушение и уголовное преступление представляют собою нередко две стороны одного и того же явления. Одно и то же действие затрагивает одновременно и

общественный интерес, и частный имущественный интерес. Соответственно двойному своему значению оно вызывает двойное последствие: наказание и вознаграждение за вред.

Однако не всякое недозволенное действие влечет за собою оба последствия. Возможны действия, противные общественному интересу, но не причиняющие кому-либо имущественного вреда, например, богохуление, уклонение от платежа налогов, покушение на убийство. Наоборот, возможны действия, нарушающие частные интересы отдельных лиц, но не затрагивающие настолько существенно общее благо, чтобы необходимо было санкционировать запрещение их угрозой наказания, например неплатеж долга. Каждое недозволенное действие может быть уголовным преступлением, хотя в действительности по соображениям целесообразности и не бывает. Но не всякое недозволенное действие может быть гражданским правонарушением, потому что некоторые недозволенные действия по существу своему не соединены с имущественным вредом. Ввиду этого покушения на причинение вреда могут иметь своим последствием наказание, но не возмещение убытков, например покушение на кражу.

Гражданское правонарушение отличается от уголовного преступления только по своим последствиям: одно есть действие, запрещенное под страхом вознаграждения за вред, другое есть действие, запрещенное под страхом наказания. Различие между вознаграждением за вред и уголовным наказанием, хотя бы последнее выразилось в деньгах, сводится к следующему. 1) Наказание есть причинение зла виновному, тогда как вознаграждение за вред есть исправление зла, причиненного виновным. 2) Налагаемое наказание оценивается с точки зрения опасности преступника для общества и потому соразмеряется со степенью его виновности, тогда как вознаграждение за вред оценивается с точки зрения испытанного ущерба, а потому не зависит от степени виновности, если только виновность имеется налицо. Правда, швейцарское право в противоположность французскому и германскому праву предоставляет суду определять величину вознаграждения за вред в соответствии со степенью виновности (§ 43), но это объясняется тем, что швейцарское законодательство устанавливает вознаграждение за нравственный вред, который объективному учету не поддается. 3) Наказание падает на лицо виновного и потому со смертью его отпадает, тогда как вознаграждение за вред падает на имущество виновного, а потому переходит вместе с наследством на правопреемников. 4) Наказание применяется полностью к каждому из участников совершенного совместно преступного действия, тогда как вознаграждение за вред распределяется по частям между соучастниками гражданского правонарушения.

Когда одно и то же незаконное действие вызывает одновременно то и другое последствие, то каждое из них должно бы дать основание к двум разным процессам, гражданскому и уголовному. Такова именно точка зрения германского законодательства. Напротив, французское законодательство допускает соединенный процесс, т.е. предъявление гражданского иска в уголовном суде, рассматривающем данное действие с точки зрения уголовных последствий. К этой системе примыкает и русское законодательство. Уголовный суд, рассматривающий обе стороны правонарушения совместно, может обязать правонарушителя к вознаграждению за вред, освободив его от наказания по уголовной невменяемости, или, наоборот, наложить на правонарушителя наказание, отказав в вознаграждении за вред по недоказанности убытков. Столкновение гражданского и уголовного элементов может обнаружиться уже по предъявлении гражданского иска в гражданском суде. Когда разрешение вопроса о вознаграждении за вред зависит от рассмотрения уголовного обстоятельства, то производство гражданского дела приостанавливается, пока уголовный суд не выскажется (уст. гр. суд., ст. 8).

III. Понятие об убытках. Вред, понесенный имуществом и состоящий в уменьшении его ценности, называется убытками. Вознаграждение со стороны виновника вреда должно равняться величине убытков, понесенных потерпевшим. определение соответствия между этими величинами представляет значительные трудности, стоящие в зависимости от установления причинной связи между правонарушением и убытками. Необходимо поэтому принять во внимание различие убытков.

1. Убытки, заключающиеся в уменьшении ценности имущества сравнительно с тою, какую оно имело до правонарушения, представляют действительный ущерб, например, повреждение дома вследствие поджога, сделанного квартирантом с целью получить страховое вознаграждение за домашнюю обстановку. Убытки, заключающиеся в уменьшении ценности имущества

сравнительно с той, какую оно могло бы иметь, если бы не наступило правонарушение, составляют потерянную прибыль, например, поджог, сделанный квартирантом с целью получить страховое вознаграждение за домашнюю обстановку, имел своим последствием не только повреждение дома, но и пустование нескольких квартир, потребовавших ремонта. Наш закон не различает эти два вида убытков, но практика наша признала, что обязанность возместить убытки относится не только к действительному ущербу, но и к потерянной прибыли (80, 99; 84, 2).

2. Если испытанный имуществом вред причинен ему непосредственно и исключительно данным действием, составляющим правонарушение, то мы имеем налицо прямые убытки: поджог – повреждение дома, расходы на ремонт, потеря квартирной платы. Напротив, в тех случаях, когда убытки создаются не только правонарушительным действием, но и другими сопутствующими обстоятельствами, неожиданно увеличивающими вред, мы имеем косвенные убытки. Вся сумма убытков в последних случаях создается рядом причин, в котором правонарушение является только одним звеном. Если бы, однако, не было этой первой причины, то и следующие не существовали бы. Лицо поджигает дом, стоящий особняком в саду, с корыстной целью воспользоваться страховою суммой, но вследствие поднявшегося ветра выгорает целый квартал. Вор похищает суммы, приготовленные для платежа по векселям, и должник, оказавшийся не в состоянии своевременно уплатить долг, обязывается к платежу громадной неустойки, в отчаянии стреляется и оставляет семью без всяких средств к существованию. Для устройства балагана доставлен был гнилой материал, вследствие чего здание рухнуло во время представления, и потому не только потеряна была выгода, ожидавшаяся от праздничных увеселений, но некоторые семьи остались без рабочих рук. С точки зрения сущности права как средства социального воздействия на поведение людей необходимо признать, что гражданская ответственность за незаконное действие не может идти далее того, что мог предусмотреть в момент правонарушения средний разумный человек на основании общежитейского опыта.

Наше законодательство обязывает виновника к возмещению только прямых убытков. Виновный в совершении преступления или проступка обязан вознаградить за все непосредственно причиненные его деянием вред и убытки (ст. 644). Только в том случае, когда будет доказано, что преступление или проступок совершены именно с намерением причинить какие-либо более или менее важные потерпевшему от того убытки или потери, виновный обязан вознаградить не только за убытки, непосредственно происшедшие от такого действия, но и за все те, хотя более отдаленные, которые им действительно с этим намерением причинены (ст. 645). Относительно размера ответственности за правонарушения, лишенные уголовного элемента, закон умалчивает, но тем более к ним должна быть применена мера, установленная для преступлений в ст. 644.

IV. Доказывание убытков. По общему правилу обязанность доказать убытки лежит на потерпевшем и домогающемся вознаграждения. Ему необходимо доказать следующие обстоятельства.

1. Прежде всего следует установить факт правонарушения, т.е. доказать, что недозволенное действие, причинившее вред, действительно было совершено. Этот факт может быть доказываем в гражданском суде или, если это преступление, – в уголовном. Решение уголовного суда имеет значение для гражданского иска, лишь насколько оно касается самого факта преступления. Оправдание подсудимого не устраняет его гражданской ответственности (уст. гр. суд., ст. 7), если только суд не отверг самого факта или не признал наличности случая. Погашение уголовной ответственности за преступление и проступок истечением установленных на возбуждение уголовных преследований сроков не лишает потерпевшего права на гражданский иск об убытках (74, 638). Так как правонарушение устанавливает обязательственное отношение, а обязательственные права погашаются десятилетнею давностью, то право на возмещение ущерба не утрачивается до истечения этого срока, если в законе не установлена особая сокращенная давность.

2. Далее необходимо доказать наличность и величину убытков. Существование убытков не представляет особенных затруднений для доказывания, но установление величины их является во многих случаях весьма трудным. Голословно определяемая цифра убытков не может быть присуждена, хотя бы суд по внутреннему убеждению и находил требование истца умеренным (76, 370). В этом случае суды основываются на законе, который требует, чтобы исковое прошение

содержало в себе означение цены иска, за исключением дел, оценке не подлежащих, и случаев, положительно в законе определенных (уст. гр. суд., ст. 257, п. 3). С этой стороны русское законодательство, долго бывшее верным началам французского права, стояло ниже новейших законодательств, которые дозволяют суду определять размер убытков по свободному усмотрению, по соображении всей совокупности обстоятельств дела (герм. уст. гражд. суд., § 287, швейц. обяз. закон, § 42), но теперь замечается поворот. закон 20 марта 1911 г. об авторском праве идет по новому направлению и ломает старую традицию о необходимости точного указания истцом количества причиненных ему убытков, определяя, что размер вознаграждения, причитающегося автору со стороны нарушителя его права, устанавливается судом по соображении всех обстоятельств дела, "по справедливому усмотрению" (ст. 69523, изд. 1914 г.). [Закон 15 июня 1912 г. о местном суде в аналогичных выражениях предоставляет суду определять вознаграждение в исках о доходах и убытках (ст. 1351 и 7061 уст. гр. суд. по изд. 1914 г.)].

3. Трудным для истца является установление причинной связи между недозволенным действием и понесенными убытками. Необходимо доказать, что убытки произошли именно от правонарушительного действия, а не от другого какого-либо обстоятельства. Простая последовательность еще недостаточна. Удостоверен факт, что посторонние лица находились в чужом лесу и разводили в нем костер, что лес сгорел и оттого понесен убыток, – нужно еще доказать, что лес сгорел именно от неосторожного обращения с огнем этих лиц.

4. По общему правилу потерпевший обязан доказать виновность того лица, которому приписывается действие, имевшее вредные последствия. Потерпевший должен доказать, что действие было вызвано умыслом или неосторожностью причинившего вред, тогда как последний может устранить предположение своей виновности, основанное на доводах потерпевшего, доказательством, что вредное последствие наступило вследствие стечения таких обстоятельств, которых он не мог предотвратить (ст. 684). Пока потерпевший не докажет умышленной или неосторожной вины со стороны причинившего, последнему не в чем оправдываться. Если истцу это не удастся, то ущерб, хотя бы в действительности причиненный виною ответчика, останется невозмещенным. В некоторых случаях доказывание вины причинившего ущерб представляется весьма затруднительным, ввиду чего законодательства освобождают потерпевшего от обязанности доказывать виновность причинившего вред, а на причинившего вред возлагают обязанность доказать отсутствие с его стороны всякой вины. Если это удастся, то лицо может оказаться ответственным даже за такой вред, который в основании своем имеет только случайное стечение обстоятельств.

V. Ответственность предприятий. В некоторых случаях наше законодательство, как и другие, устанавливает гражданскую ответственность за пределами гражданского правонарушения, заставляя вознаграждать за вред независимо от доказанной вины. Такая чрезвычайная ответственность устанавливается для крупных предприятий.

На чем основана обязанность вознаграждать за вред жизни, здоровью, вещам, причиненный при эксплуатации предприятия за пределами виновности? Основание это не лежит в недостатке выбора служащих и надзора за ними, потому что оправдание с этой стороны не освобождает предприятие от ответственности. Основание нельзя видеть в чрезвычайной опасности, какой угрожают такие предприятия, потому что если таким соображением можно руководствоваться при определении ответственности железных дорог или фабрик, то неприменимость его к товарным складам очевидна. Трудность обнаружения виновного при сложности организации предприятий могла бы повести к перенесению тяжести доказательств, так чтобы не потерпевший доказывал вину предприятия, а предприятие доказывало свою невиновность. Но ответственность предприятий идет дальше распределения доказательств, так как у предприятий отнимается оправдание ссылкой на невиновность и им предоставляется доказывать только факты, указанные в законе и способные снять с них ответственность. Правильнее всего будет видеть в чрезвычайной ответственности предприятий страховую функцию, которую государство возлагает на предприятия, считая их способными вынести эту тяжесть. Верность такого обоснования находит себе поддержку в том, что предприятия освобождаются от ответственности именно путем застрахования лиц, которые могут пострадать, например рабочих.

Между тем у нас обоснование ответственности возбуждает большие сомнения. Закон 25 января 1878 г., положенный в основу ст. 683, определяющей ответственность железных дорог за смерть и повреждение здоровья, носит название "о наказаниях за нарушение безопасности", следовательно, выдвигает идею чрезвычайной опасности. Сенат выставил два различных обоснования. С одной стороны, "основанием гражданской ответственности по ст. 683 служит вовсе не опасность, а солидарность предпринимателей с предприятием и приставленными к нему лицами и то начало справедливости, что убытки должны падать на того, кто получает барыши" (94, 7; ср. 09, 3). [В последнее время Сенат аргументирует особой опасностью, сопряженной с транспортом во всех его стадиях на железных дорогах и в пароходных предприятиях (12, 29, 129)]. Оставляя в стороне непостижимую солидарность между предпринимателем и предприятием, мы видим, что Сенат выдвигает идею профессионального риска. А с другой стороны, исключительное положение железной дороги в процессе "оправдывается свойством предприятий и характером событий, служащих основанием иска по делам сего рода, ибо для уяснения виновности ответчика в большинстве случаев требуются особые технические сведения, знакомство с деятельностью и исследования по документам ответчика, недоступным для частных лиц" (96, 112). Поэтому все дело сводится к распределению доказательств между сторонами (96, 64), что совершенно неверно.

Случаи чрезвычайной ответственности в нашем законодательстве не многочисленны, но существенны.

А. Такой ответственности подлежат железнодорожные предприятия: 1) за смерть и повреждение здоровья, причиненные при эксплуатации (ст. 683) [и по отношению к служащим, мастерам и рабочим, пострадавшим от несчастных случаев на железных дорогах, открытых для общего пользования, а равно членов их семейств (зак. 28 июня 1912 г., ныне ст. 575, прим. 23, прил. Уст. пут. сооб. по прод. 1912 г.)] и 2) за утрату и повреждение груза, принятого к перевозке (т. XII ч. 2, уст. жел. дор., ст. 102).

1. Ответственность за смерть и повреждение здоровья, причиненные при эксплуатации железной дороги, определяется следующими условиями. а) Ответственность несут все вообще железные дороги, независимо от того, кто является предпринимателем, – казна, общество, город, земство или отдельные лица, и от того, какова двигательная сила, паровая, электрическая (трамваи), конная. В этой ответственности с железными дорогами уравниваются по закону пароходные предприятия. б) Право на вознаграждение имеет "каждый потерпевший" вред или убыток вследствие смерти или повреждения в здоровье, причиненных при эксплуатации. Поэтому право на вознаграждение принадлежит пассажирам, а также служащим в предприятии и даже всем посторонним, чье субъективное право, а не только интересы, было нарушено, потому что ст. 574, устанавливающая общий принцип ответственности за причиненный вред, строит вознаграждение за вред на нарушении прав, принадлежащих потерпевшему. Исключительная ответственность не распространяется на причинение смерти животным, например, если вагон наскочил на лошадь извозчика (05, 28), или на повреждение вещей, например, если от искр проходившего паровоза сгорел вывезенный в поле сухой навоз (04, 3). в) Ответственность железнодорожных и пароходных предприятий ограничивается причинением вреда "при эксплуатации". В понимании этого выражения Сенат обнаружил значительные колебания. Первоначально эксплуатация понималась в широком смысле как деятельность, направленная к извлечению доходов из всего предприятия, а потому под эксплуатацией понималась не только техническая, но и хозяйственная сторона этой деятельности (80, 109 до 05, 69). Такое широкое понимание согласовалось с обоснованием ответственности на принципе "чи барыши, того убытки". В последнее время Сенат, исходя из того, что исключительная ответственность имеет свою задачу обеспечить большую безопасность лиц, соприкасающихся с транспортным предприятием, пришел к более ограниченному пониманию эксплуатации как технической деятельности, так что под эксплуатацией следует понимать "регулируемую общим уставом и правилами технической эксплуатации деятельность железных дорог, как-то: приготовление к движению железнодорожных поездов, например, сцепка вагонов, маневрирование для составления поезда и т.п., самое движение поездов и, наконец, окончание, например, уборка поезда с пути, поставление его на запасный путь и т.п." (07, 20) [нагрузка и выгрузка вагонов (10, 30, 66), установка паровоза в депо (12, 29), но не обслуживание задержанного заносами поезда, повлекшее простудное заболевание

(12, 14)]. Идея страховой функции, положенная в основу чрезвычайной ответственности, согласуется более с широким, чем с узким, пониманием выражения "эксплуатация". Так как эксплуатация предполагает коммерческое предприятие, то Сенат признал, что чрезвычайная ответственность не распространяется на увечья, полученные при железнодорожном или пароходном движении, не предназначенном к перевозке за плату пассажиров и грузов, например, если казенный пароход округа путей сообщения "Межень" потопит на Волге лодку с людьми или если во время загрузки в Кронштадте ледокола "Ермак" на рабочего упадет кусок угля, причиняющий ему увечье (07, 70). d) Размер вознаграждения должен зависеть исключительно от понесенного в каждом отдельном случае ущерба. Вознаграждение назначается сообразно с желанием потерпевшего вред или в виде единовременно выдаваемой суммы, или же в виде ежегодного или в определенные сроки уплачиваемого пособия. При срочном пособии размер вознаграждения в случае обнаружившихся впоследствии новых обстоятельств может быть увеличиваем и уменьшаем по решению суда. e) Железнодорожные и пароходные предприятия освобождаются от падающей на них ответственности только в тех случаях, когда докажут, что несчастие произошло: α) не по вине управления предприятием и его агентов или же β) вследствие воздействия непреодолимой силы. Предприятие не может доказывать своей невиновности, а должно доказать виновность самого потерпевшего или постороннего лица (01, 115). Под непреодолимую силу следует понимать такие события, последствия которых хотя и могут быть предвидены, но не могут быть предотвращены силами предприятия. С этой точки зрения под понятие непреодолимой силы подходят не только явления стихийных сил природы, но и те явления общественной жизни, которые, нарушая правильное ее течение, не могут быть устранены силами частных сил, как нападение экспроприаторов, общая забастовка (06, 1). f) Всякие договоры и условия, направленные к устранению или ограничению ответственности, возложенной на железнодорожные и пароходные предприятия за смерть и повреждение здоровья, причиненные при эксплуатации, признаются недействительными. g) Тяжелая ответственность, возложенная на эти предприятия, смягчается несколько сокращением исковой давности: для начатия исков по делам о вознаграждении полагается годичный срок, который увеличивается до двух лет, если несчастие последовало на пароходе в морских водах. [Проект кн. V основание излагаемой ответственности определяет в следующих выражениях: "Если кому-либо будет причинена смерть или телесное повреждение на рельсовом пути, независимо от рода двигательной силы, вследствие опасностей, сопряженных с движением, то владелец пути обязан вознаградить за вред" (ст. 1195). Ответственность распространяется и на случай причинения смерти или телесного повреждения на судах вследствие опасностей, сопряженных с плаванием их по рекам, озерам и каналам].

[Закон 28 июня 1912 г. возлагает на железные дороги ответственность за несчастные случаи со всякими железнодорожными служащими при целом ряде работ, хотя бы и не относящихся к технической эксплуатации. Вознаграждение потерпевших поставлено в зависимости от заработной платы за предшествующий год, принадлежности к одной из трех категорий железнодорожных служащих и степени утраты трудоспособности. особые правила определяют размер пенсий для вдов, детей и родственников, если они находились на иждивении умершего. Законный срок для отыскания вознаграждения определен в два года, а на изменение пенсий – в три].

2. Ответственность железной дороги за утрату и повреждение груза, последовавшие в течение времени от заключения договора до выдачи груза, не обусловлена доказательством ее виновности и не отпадает с доказательством ее невиновности. железная дорога отвечает, если не докажет, что утрата или повреждение произошли: а) по вине лица, имеющего право распоряжения грузом, б) по причине отсутствия или недостаточности упаковки, в) от свойств самого груза, как-то: внутренней порчи, усушки, утечки, раструски в пределах установленной нормы, d) от непреодолимой силы (т. XII ч. 1, уст. жел. дор., ст. 102).

В. Сходной ответственности подлежат товарные склады. Склад отвечает за утрату или повреждение принятого им на хранение товара, если не докажет, что они не могли быть предотвращены средствами склада и произошли а) от непреодолимой силы, или б) от свойств самого товара, или в) по причине недостатков упаковки, которые не могли быть замечены по наружному виду при приеме товара на хранение. Всякие предварительные на случай могущих

последовать утраты или повреждения товара сделки и соглашения складов с товарохозяевами, клонящиеся к изменению их ответственности или к совершенному освобождению от нее, признаются недействительными (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 779 и 781). Еще более строгая ответственность падает на товарные склады за хранение товаров, подлежащих обезличению, потому что по заявлению закона склады не освобождаются от обязанности выдать товар того же сорта в случае утраты или повреждения "по каким бы то ни было причинам" (ст. 817).

С. Наиболее строгой ответственности подлежат у нас предприятия фабрично-заводской, горной и горнозаводской промышленности за несчастные случаи, имевшие своим последствием смерть или увечье рабочих при производстве ими работ (т. XI ч. 2, уст. о пром. труде, ст. 541 и след. по изд. 1913 г.). Ответственность за смерть и увечье определяется следующими условиями. а) Ответственности подлежат фабричные и заводские предприятия, принадлежащие частным лицам, земствам и городам, но не казне; изъеются от действий этих правил предприятия сельскохозяйственной промышленности. Мастерские и иные промышленные заведения частных железнодорожных и паровозных предприятий отвечают по ст. 683. б) Право на вознаграждение имеют рабочие, без различия пола и возраста, но не всякие служащие и не посторонние, а в случае смерти рабочего – его семья, к составу которой закон причисляет вдову (но не вдовца), детей законных, узаконенных, усыновленных и внебрачных, а равно воспитанников и приемышей, восходящих родственников, братьев и сестер, если они круглые сироты, до 15 лет. в) Ответственность падает на предприятия за смерть или увечье, причиненные рабочим "по производству предприятия" или происшедших вследствие таких работ. г) Вознаграждение потерпевших производится в виде пособий, назначаемых в случае временной утраты трудоспособности, или пенсий, назначаемых в случаях постоянной утраты трудоспособности, а также смерти. Закон стремится по возможности точно определить размер причитающегося вознаграждения. Особенность получаемых пенсий и пособий обнаруживается в том, что на них не могут быть обращаемы ни частные, ни казенные взыскания по долгам и недоимкам, причитающимся с рабочих и их семейств. д) Предприятие освобождается от обязанности вознаграждать рабочих и членов их семейств только в том случае, если докажет, что причиной несчастного случая были злой умысел самого потерпевшего или грубая неосторожность его, не оправдываемая условиями и обстановкою производства работ. Следовательно, предприятие не только не может доказывать свою невиновность, но даже не может ссылаться на непреодолимую силу. Вместе с тем закон постановляет, что владельцы предприятий, страхующие рабочих и служащих от последствий несчастных случаев в действующих в России страховых обществах и учреждениях на условиях, не менее благоприятных для потерпевших и членов их семейств, чем предусмотренные правилами, освобождаются от возлагаемых на них последними обязанностей. Таким положением ясно выдвигается страховая функция ответственности этого рода. е) Всякие предшествовавшие несчастному случаю соглашения, клонящиеся к ограничению права на вознаграждение или его размеров, признаются недействительными. Мировые сделки между потерпевшим или членами его семейства с владельцем предприятия допустимы лишь при участии органов власти, как фабричный инспектор или суд (уст. гр. суд., ст. 1357), и заключенные иным порядком, не лишают права на иск (09, 69). ж) Строгой ответственности соответствует сокращенная давность, а именно два года со дня несчастного случая или со дня смерти.

VI. Ответственность за других. По общему правилу каждый отвечает только за свои действия и упущения, поэтому, например, домовладелец не отвечает за убытки, причиненные одним квартирантом другому. Однако в некоторых случаях законом устанавливается ответственность одних лиц за других. Ответственность за других имеет место в следующих случаях: 1) когда одни лица обязаны иметь надзор за другими, 2) когда одни лица исполняют поручение других, 3) когда правонарушение совершено в соучастии, 4) когда имущество виновника перешло по наследству.

Рассматривая эти случаи, мы должны прийти к заключению, что они не нарушают основного принципа, в силу которого каждый отвечает только за свои действия. Во всех приведенных случаях лицо только по-видимому отвечает за чужие действия, а на самом деле оно отвечает за свои действия. В первых двух случаях родители, опекуны, хозяева отвечают за недостаток надзора, вменяемого им законом в отношении тех лиц, которые совершили недозволенные

действия, – следовательно, они сами совершают недозволенные действия, совершают по собственной вине противозаконное упущение. Виновность в третьем случае не подлежит сомнению, так как соучастие само по себе наказуемо. Наконец, последний случай представляет только последовательное проведение начала общего преемства. Сенат, однако, видит здесь ответственность за других. "По общему правилу, выраженному в ст. 684, каждый отвечает только за свои действия или упущения, ответственность же за чужие действия представляет исключение из этого правила, никогда не предполагается и возлагается лишь в случаях, точно определенных законом" (10, 18).

1. Родители и опекуны как лица, обязанные к надзору за состоящими на их попечении малолетними, сумасшедшими, должны отвечать за убытки, причиненные последними, все равно, будет ли это действие преступлением или нет (ст. 653, 654 и 686). Их ответственность основывается на предполагаемой небрежности, на упущении в принятии необходимых и возможных мер предупреждения. Поэтому если родители или опекуны докажут, что не имели средств предупредить вредные действия малолетних или сумасшедших, то освобождаются от ответственности. Малолетний, действовавший по признанию суда с разумением, и несовершеннолетний во всяком случае отвечают сами своим имуществом за свои действия. [Проект кн. V, кроме родителей и опекунов, распространяет ответственность на наставников, воспитателей, мастеров и хозяев, а равно и лиц, которые по договору приняли на себя попечение и надзор (ст. 1180). Если эти лица не подлежат ответственности или не в состоянии возместить убытки, виновники уплачивают вознаграждение из собственного имущества (ст. 1181)].

2. Господа и верители (*commettans*, фр. гр. код., § 1384) отвечают за вред и убытки, причиненные их слугами и поверенными при исполнении их поручений, сообразно с приказанием или полномочием (ст. 687). Следует заметить, что полномочие определяет круг разрешаемых доверенному сделок, а потому из полномочия не может вытекать преступное правонарушение. Поручение совершить преступное действие есть уже соучастие в уголовном преступлении и потому обсуждается не на основании рассматриваемой статьи. Хозяин и препоручитель отвечают лишь за такие действия своих помощников и исполнителей, которые совершаются при исполнении данного им поручения и сообразно поручению (73, 1020; 03, 22). Ответственность господина за правонарушительное действие слуги, совершенное согласно данному приказанию, основывается на вине самого хозяина, которая выражается или в недостатке выбора, или в недостатке надзора. Недостаток выбора может проявиться в том, что к исполнению поручения привлечен человек, не обладающий соответствующими познаниями или не обеспечивающий правильности исполнения по своим личным свойствам. Например, содержатель автомобилей отвечает за вред, причиненный шофером вследствие того, что он не умеет управлять экипажем или вследствие того, что он отличается нетрезвым поведением. Недостаток надзора может проявиться в том, что за исполнителем не было наблюдения, способного предупредить его вредоносные действия. По недостатку надзора должен отвечать содержатель ресторана за пропажу шубы, отданной швейцару (00, 79), наниматель квартиры отвечает перед домохозяином за подмочку потолка, вызванную незакрытием по упущению прислуги водопроводного крана в ванной (03, 12). Ответственность хозяев имеет место только тогда, когда вред причиняется при исполнении поручения, например, господин приказывает своему кучеру быстро ехать по многолюдной улице и в результате оказывается раздавленный человек, но тот же господин не отвечает, если его кучер, поссорившись с поваром, разорвет на нем пальто. При требовании вознаграждения за вред, причиненный исполнителями поручения, не истец должен доказывать вину хозяина или препоручителя, а хозяин или препоручитель обязан опровергнуть направленное против него предположение путем установления своей невиновности (06, 31). В недавнем решении (12, 98) Сенат признает имущественную ответственность хозяев за преступные деяния слуг, но требует, чтобы вина хозяина была точно установлена судом. Проект кн. V освобождает хозяина от ответственности при доказательстве, что им были приняты необходимые меры предосторожности как при выборе служащих, рабочих или прислуги, так и по лежащему на хозяине надзору за ними (ст. 1182).

3. В случае соучастия каждый из виновников сам на себе несет уголовную ответственность. Гражданская ответственность обсуждается по другим началам. Если преступление учинено будет

несколькими лицами, но без предварительного их между собою на то соглашения, то каждый из виновных отвечает и обязан вознаградить именно те убытки, которые причинены его действиями. Но а) когда окажется невозможным определить с точностью количество вреда, причиненного каждым из виновных, а также б) когда преступление учинено по предварительному соглашению, то все виновники платят поровну с тем, что если кто-либо окажется несостоятельным, то следующая с него часть разлагается на прочих участников (ст. 648–650). Здесь наше законодательство расходится с западными, которые в случае соучастия устанавливает не долевую, а солидарную ответственность всех соучастников (герм. гражд. улож., § 830 и 840, швейц. обяз. закон, § 50). Кроме того, по русскому праву укрыватели несут только субсидиарную ответственность, т.е. обязаны платить вознаграждение лишь тогда, когда главные виновные не в состоянии возместить убытки (ст. 652).

4. Наказание, назначенное известному лицу, отпадает со смертью его. Но обязанность возмещения причиненного вреда, устанавливающая обязательственное отношение в момент совершенного правонарушения, переходит вместе с наследством. Иск о вознаграждении за правонарушение, учиненное наследодателем, может быть непосредственно предъявлен к наследнику (улож. о наказ., ст. 59 и 61; 95, 10). Ответственность наследника за действия наследодателя объясняется тем, что он принимает на себя эту ответственность вместе с наследством. Если он отказывается от наследства, то он и не отвечает, потому что на нем лично вины нет.

VII. Отдельные виды правонарушений. Всякое субъективное право, имеющее в себе имущественный интерес, допускает нарушение его, которое повлечет для виновника обязанность возмещения вреда. Некоторые из гражданских правонарушений заслуживают, однако, особенного внимания.

1. Лицо, виновное в лишении другого жизни или в повреждении его здоровья, обязывается возместить весь материальный вред, причиненный преступлением. Вознаграждение состоит из следующих элементов: а) виновник должен возратить издержки на лечение и на похороны, если наступила смерть (ст. 658 и 660). б) Если от учиненного преступления кто-либо потерпел такое расстройство в здоровье, что лишается через то возможности снискивать пропитание своим трудом, то виновный обязывается обеспечить навсегда его материальное существование (ст. 661). в) Когда установлено будет, что лишившийся вследствие преступления жизни содержал своим трудом родителей, жену или детей, то, если они не имеют других средств существования, виновный должен обеспечить этим лицам содержание до получения каждым из них других средств существования. При определении величины вознаграждения должны быть приняты во внимание два мерил: прежний образ жизни оставшейся семьи и имущественная состоятельность виновника (ст. 657). В нашей практике возник вопрос: вправе ли внебрачный ребенок в лице опеки требовать от виновника смерти его отца возмещения ущерба, причиненного утратою того, кто выдавал ему содержание? Сомнение возбуждала ст. 657, которая, по-видимому, предусматривает только законный состав семьи. Однако Сенат признал, что закон 3 июня 1902 г., причислив к числу лиц, имеющих право на содержание, и внебрачных детей, тем самым предоставил и детям, рожденным вне брака, требовать от виновника смерти отца вознаграждения за убытки от происшедшего несчастья. Такое требование совместимо с одновременным требованием вознаграждения со стороны законной семьи (09, 2). В понимании круга лиц, имеющих право в качестве членов семейства требовать вознаграждения, Сенат обнаруживает тенденцию к возможному его расширению. Помимо жены, детей и родителей, к этому кругу приобщаются: муж в случае смерти жены как помощники ему в ведении хозяйства (99, 31), сестры, которые жили на средства убитого брата (03, 105), воспитанники, взятые на попечение, хотя и не усыновленные. Где же общий принцип к пониманию состава лиц, имеющих право на содержание? Таким принципом может быть только основанная на законе обязанность содержания и связанное с этим нарушение субъективного права. Между тем Сенат в одних случаях выдвигает обязанность содержания (04, 120), а в других – факт содержания (06, 83). Можно представить, что убитый а) обязан был содержать данное лицо и в действительности содержал его, б) обязан был содержать, хотя и не содержал, в) содержал, хотя и не обязан был содержать. В первых двух случаях право на вознаграждение должно быть признано, в последнем должно быть отвергнуто. Ради гуманности

конкретной не следует упускать из виду начало законности, в котором заключена высшая абстрактная гуманность.

2. Законодательство наше предусматривает целый ряд преступлений против женской чести, соединенных с обязанностью вознаграждения. В основании этой обязанности лежит то соображение, что имущественная обеспеченность женщин в большинстве случаев зависит от замужества, а всякая тень, падающая на репутацию женщины, вредит выходу ее замуж. Сюда относятся: изнасилование девицы (ст. 663, улож. о наказ., ст. 1528, прим.), похищение ее против воли (ст. 664), причинение каким-либо средством неизгладимого обезображения на лице девицы или вдовы (ст. 662). Кроме того, виновник обязывается возратить расходы на лечение, если преступление против чести сопровождалось болезнью потерпевшей. Если подвергшаяся изнасилованию девица не имеет средств к существованию, то из имени лица, виновного в изнасиловании, должно быть по требованию ее, или ее родителей, или опекунов обеспечено приличное ее состоянию, соразмерное с имуществом виновного содержание до выхода ее в замужество и возвращены все употребленные на ее излечение и попечение о ней во время лечения издержки, если последствием изнасилования была болезнь изнасилованной. Сходное правило действует на случай недействительного брака, совершенного по принуждению и обману (ст. 663 и 666, измененные по закону 3 июня 1902 г. одновременно с отменой ст. 994 улож. о наказ.).

3. Каждый отвечает за вред, причиненный принадлежащими ему животными. Этот вред может заключаться в лишении жизни и повреждении здоровья других лиц или в повреждении чужого имущества. В том и другом случае собственник обязывается возместить убытки, причиненные неосторожным обращением с животными, недостаточным надзором за ними. Вред, произведенный дикими животными, подлежит возмещению во всяком случае, так как самый факт возможности с их стороны вредных действий указывает на несоблюдение мер, необходимых для ограждения общественной безопасности (уст. о наказ., ст. 120), например, когда вырвется тигр из зверинца и загрызет лошадь проезжающего извозчика. За вред, причиненный домашними животными, отвечает собственник, точно так же, если только с его стороны не приняты установленные меры к отвращению опасности (уст. о наказ., ст. 121), например, не надел намордник на собаку, выпущены на свободу свиньи, разрывшие соседний огород. Собственник не отвечает за вред, причиненный домашними животными, если он вызван действиями самого потерпевшего, например, когда раздражена собака, или случайным обстоятельством, например, когда лошадь, испуганная военною музыкою, бросилась в сторону и задавила людей или поломала вещи. Собственник не может жаловаться на убийство или изувечение его животного, напавшего на человека (уст. пред. прест., ст. 224), если только нападение последним не вызвано. Если собственник отвечает за неосторожность, то тем более он ответствен за умысел: кто будет травить кого-либо собакою или другим зверем или гнать на него какое-либо животное или же иным образом посредством животного причинить умышленно кому-либо вред, тот обязан вознаградить за последовавшие от того вред и убытки (ст. 656). Так как эта ответственность основывается на предположении недостаточного надзора, то она переходит с собственника на то лицо, которому собственник передаст принадлежащее ему животное, а следовательно, и надзор, например собаку для охоты.

4. Виновные в лесных порубках (уст. о наказ., ст. 154, 155 и 156) обязаны уплатить в пользу собственника леса двойную стоимость похищенного, самовольно срубленного, поврежденного или незаконно приобретенного леса, или противозаконно изготовленных лесных изделий по таксе, составляемой в особом порядке. Это взыскание имеет в виду покрыть тот вред лесу, который трудно поддается определению, а потому представил бы большие затруднения при доказывании убытков со стороны потерпевшего. Независимо от этой суммы в пользу собственника отбирается срубленный лес и противозаконно приготовленные из него изделия, а в случае невозможности этого в пользу собственника деревьев взыскивается стоимость их также по таксе (уст. о наказ., ст. 1581).

5. Особый способ вознаграждения установлен за личную обиду. Личное оскорбление не допускает никакой имущественной оценки, потому что оно причиняет нравственный, а не имущественный вред, если только обида не отражается косвенно на материальных интересах, например на кредите оскорбленного (ст. 670). Помимо последнего случая, личное оскорбление

можно преследовать только в уголовном порядке, требуя наказания виновного. Но закон наш рядом с уголовным удовлетворением (уст. о наказ., ст. 130–135) предоставляет на выбор потерпевшему право требовать в свою пользу платежа пени, являющейся остатком того времени, когда все наказания носили частный характер. Размер пени или так называемого бесчестья, смотря по состоянию или званию обиженного и по особым отношениям обидчика к обиженному, не превышает 50 руб. Преследование в гражданском порядке несовместимо с преследованием в уголовном. Здесь-то с наглядностью выступает нецелесообразность принципа возмещения так называемого нравственного вреда материальными средствами. Разве какой-нибудь порядочный человек позволит себе воспользоваться ст. 670 для того, чтобы ценою собственного достоинства получить мнимое возмещение? Разве закон этот не стоит препятствием на пути укрепления в каждом человеке уважения к личности, поддерживая в малосостоятельных лицах, например лакеях при ресторанах, надежду "сорвать" некоторую сумму денег за поступки богатого купчика, которые должны были бы возбудить оскорбление нравственных чувств и заставить испытать именно нравственный вред. Отмена такого закона была бы крупным шагом вперед. [Проект кн. V устанавливает, что причинивший обиду или разгласивший ложное обстоятельство, позорящее чью-либо честь либо подрывающее кредит лица, товарищества или установления, или доверие к способностям лица исполнить обязанности его звания или заниматься своим промыслом, обязан вознаградить потерпевшего за причиненные ему убытки (ст. 1200)].

6. Особый вид правонарушений, предусмотренных нашим законодательством, составляет нарушение авторского права. Закон 20 марта 1911 г. (ст. 6951 и след.) предусмотрел двойкие последствия такого правонарушения, гражданские и уголовные. С гражданской стороны потерпевшему предоставляется иск опять-таки двойкого рода: иск об убытках и иск об отобрании орудий правонарушения. а) Иск об убытках не строится на принципе вины. Правда, закон говорит, что лицо, умышленно или по неосторожности нарушившее права автора или его преемников, обязано вознаградить за весь причиненный ему убыток (ст. 69521). Но и при отсутствии вины, когда лицо действовало добросовестно и нарушило авторское право по извинительной ошибке, оно все же отвечает перед автором или его правопреемниками за причиненный им убыток, только ограничивается предел ответственности, а именно в размере, не превышающем полученной прибыли (ст. 69522). б) Иск об отобрании направлен к тому, чтобы изданные экземпляры, а также орудия, изготовленные исключительно для этого издания, были переданы по оценке потерпевшей стороне в счет суммы вознаграждения или же приведены в состояние, не годное к употреблению (ст. 69524). Иск об отобрании имеет силу не только против нарушителя, но против всех, у кого бы предметы правонарушения ни оказались (ст. 69524). Иски, вытекающие из нарушения авторского права, погашаются пятилетнею давностью (ст. 69526). Эти иски могут быть предъявлены по усмотрению истца в порядке гражданского судопроизводства без возбуждения уголовного дела (ст. 69525). Основною особенностью иска об убытках, причиненных нарушением авторского права, следует признать возможность для суда определять размер вознаграждения по справедливому усмотрению (ст. 69523). [Проект кн. V, кроме перечисленных видов недозволенных деяний, регулирует еще следующие: присвоение и повреждение чужого имущества (ст. 1181–1191); лишение свободы (ст. 1911); причинение обезображения или телесного повреждения (ст. 1201–1203); ответственность собственников зданий и сооружений (ст. 1204–1209), собственников машин, паровых котлов (ст. 1210) и ответственность должностных лиц административного и судебного ведомств (ст. 1213–1216)].

§ 58. Обязательства, возникающие из незаконного обогащения

Литература: Гримм, Очерки по учению об обогащении, вып. 3, 1891–1893; Розенблюм, Неправомерное обогащение (Юр. вестн., 1889, N 2); Полетаев, Иски из незаконного обогащения (Жур. гр. и уг. пр., 1892, N 3); Петражицкий, Иски о незаконном обогащении в ч. 1 т. X (Вестн. пр., N 1, 2, 3, 4, 5).

I. Общее понятие. К источникам обязательственных отношений, кроме договора и правонарушения, относится незаконное или неосновательное обогащение. Обогащение одного

лица за счет другого без достаточного юридического основания создает обязанность возвратить присоединившуюся ценность. Иначе это положение выражается так: никто не должен обогащаться в ущерб другому. Однако в такой форме принцип может повести к ошибочному заключению, будто закон преследует всякую сделку, результатом которой является приобретение одним лицом ценности, превышающей отдаваемый другому эквивалент. Ежедневно совершается масса меновых актов, имеющих своим содержанием передачу далеко не равных ценностей, ежедневно один купец получает прибыль за счет другого, менее удачливого и вытесняемого с рынка конкурента. Такие сделки не противоречат современному правовому порядку и экономическим взглядам общества. Только при наличии некоторых условий, удостоверяющих несоответствие сделки с правовым порядком, возникают право и обязанность возвращения присоединившейся ценности. Рассмотрим признаки наличия обогащения за чужой счет и условий, при которых возникает обязательство возвращения.

а. Предполагается прежде всего обогащение, которое состоит в увеличении ценности имущества, присоединением к нему новой или в сохранении той, которая должна бы выйти из состава имущества. Такой результат получается, с одной стороны, вследствие приобретения права собственности, установления сервитута, права требования, с другой – освобождением от долга, сбережением расходов. Если в момент предъявленного требования о возвращении недолжно полученного вещь погибла случайно, то иск представляется лишенным основания, например, сгорел дом, переданный в форме приданого к несостоявшемуся браку.

б. Необходимо, чтобы обогащение одного лица произошло за счет другого, чтобы имущество другого лица потерпело уменьшение вследствие выбытия из его состава некоторой ценности или вследствие непоступления той, которая должна была войти в его состав. Но уменьшение имущества не должно непременно соответствовать увеличению его на другой стороне. В самом деле, вещь, полученная от другого, может быть продана значительно ниже действительной ее стоимости: из переданной пары лошадей одна могла пасть. В этих случаях величина обогащения ниже величины ценности, на которую уменьшается имущество другого. Но может быть наоборот. К переданной лошади подбирается под масть другая, и ценность пары возвышается; полученный капитал мог быть обращен на весьма выгодные операции, тогда как прежде он лежал в банке.

с. Главным условием для установления обязательственного отношения является обогащение без законного основания при переходе ценности от одного лица к другому, т.е. при обогащении одного в ущерб другому (09, 85). Если одно лицо передает другому ценность или освобождает от передачи ввиду известного основания, которое в действительности отсутствует или отпадает, то переход ценностей при таких условиях противоречил бы воле субъектов того и другого имущества. Таков случай платежа мнимого долга, когда лицо исполняет обязательство в ошибочном предположении его существования или действительности. Здесь имущество одного лица обогащается на передаваемую другим лицом ценность, потому что предполагается наличие основания, которого в действительности нет. Если бы передающее лицо не заблуждалось на этот счет, то оно бы не передало ценности.

Характеризуемое приведенными признаками незаконное обогащение отличается и от договора, и от правонарушения. 1) Для договора необходимо соглашение, для наличия незаконного обогащения это представляется излишним, например при затрате на ремонт чужого дома. Если даже оно вытекает из соглашения, то все-таки в основании его лежит существенное заблуждение, например при платеже недолжного. Если обе стороны согласились, то как бы выгодна ни была сделка для одного из контрагентов, она не подойдет под случай незаконного обогащения и не послужит поводом к возвращению полученного. 2) Для правонарушения необходим умысел или неосторожность в причинении другому вреда, между тем как в случае незаконного обогащения нет ни того, ни другого, и принимающий ценность действует добросовестно. Обогащение является стечением обстоятельств, обогативших одно лицо помимо его воли в ущерб другому, как, например, в случае ведения чужих дел без поручения. При получении недолжного предполагается также неведение со стороны получающего об отсутствии основания для платежа. Если же он знал, то совершил обман, и его ответственность обсуждается по началам обязательств, возникающих из правонарушения. Второе существенное различие правонарушения и незаконного обогащения состоит в том, что правонарушение создает

обязанность вознаградить за причиняемый вред, а незаконное обогащение – обязанность возвратить полученную ценность. Отсюда уже следует различие в объеме ответственности. Виновный в правонарушении обязан вознаградить весь причиненный его виной ущерб, тогда как незаконно обогатившийся может отвечать только в объеме обогащения, хотя бы величина эта не соответствовала размеру причиненного этим обстоятельством ущерба.

Объем требования должен сообразоваться не с тем, сколько вреда испытал истец, но с тем, насколько обогатился ответчик. Когда в обладании последнего находился капитал, то при возвращении его должны быть уплачены и узаконенные проценты, если капитал находился в обращении, но не больше, потому что доход, полученный ответчиком свыше обычной нормы, обуславливается не обогащением, а еще личными свойствами его, предприимчивостью, которою истец не мог и не должен пользоваться. Если, с другой стороны, ответчик понес известного рода расходы на сохранение, улучшение вещи, то сумма эта должна быть вычтена из той, которая выражает объем его обогащения.

II. Обоснование обязательства. Незаконное обогащение за чужой счет создает обязательственное отношение между лицом обогатившимся и лицом потерпевшим от того материальный вред. На чем основывается юридически такое обязательство?

Новейшие законодательства устанавливают законом обязанность возвратить полученное без законного основания (герм. гражд. улож., § 812, швейц. обяз. закон, § 62). Следовательно, обогатившийся обязан возвратить потерпевшему потому, что так повелевает закон. А если законодательство той или другой страны, например Франции, не устанавливает такой обязанности? Совершенно невозможно согласиться с мнением Пляниоля, который полагает, что обоснование обязанности возвратить полученное без законного основания при молчании положительного закона следует видеть в естественном праве. Также нельзя признать правильным взгляд Эннексеруса, что основание требования возвратить лежит в том, что обогащение не может быть оправдано, т.е. что оно не отвечает справедливости. Ни естественное право, ни справедливость источниками права считаться не могут.

Русское законодательство не предусматривает случаи незаконного обогащения за чужой счет как источника обязательства, но нашей практике неоднократно приходилось встречаться с требованиями возвратить недолжно полученное или сохраненное. В поисках обоснования обязательства на данных положительного законодательства, Сенат остановился на ст. 574, которая гласит: как по общему закону никто не может быть без суда лишен прав, ему принадлежащих, то всякий ущерб в имуществе и причиненные кому-либо вред или убытки, с одной стороны, налагают обязанность доставлять, а с другой – производят право требовать вознаграждения. Сначала Сенат решительно высказался, что из ст. 574 вытекает начало, что никто не может без законного основания обогащаться на счет другого (78, 85), а потом стал ссылаться не только на смысл самого закона, сколько на обоснованность ст. 574 "на общих началах справедливости" (83, 32), пока не остановился уже просто на "общем положении права" (91, 81). Действительно, почва под ногами Сената в данном вопросе представляется довольно шаткой. Статья 574 открывает собою в т. X ч. 1 отдел о праве вознаграждения за понесенные вред и убытки, причиненные чужими действиями, имеющими характер правонарушения, а мы уже видели, какое глубокое различие между правонарушением и незаконным обогащением. Более осторожно поступает Анненков, который ищет основания не в самой ст. 574, а в одном из источников, на которых она построена, а именно на установленной законом 1851 г. обязанности помещика заплатить выводные деньги другому помещику в том случае, когда беглый мужик первого женился на беглой девке второго, право на которую переходило к помещику, кому принадлежал муж. Но если действительно это положение могло способствовать более широкой редакции ст. 574, то все же мы принуждены считаться с тем, что она есть, а не с тем, что она могла бы быть. Еще менее можно искать обоснования в ст. 609 т. X ч. 1, согласно которой всякий, владевший незаконно чужим имуществом, обязан немедленно возвратить имущество настоящему хозяину оно. В этой статье устанавливается виндикационный иск, который предполагает, что лицо, к которому он обращен, не приобрело права собственности на вещь, тогда как иск по незаконному обогащению допускает, что лицо, к которому он обращен, стало уже собственником. Также неправильно строить обоснование рассматриваемого обязательства на почве принципов, что "в гражданском обороте

безмездный переход ценностей не предполагается" (07, 81), потому что здесь обязанность возврата основывается на обогащении за чужой счет без достаточного экономического, а не юридического основания.

Может быть, правильнее всего было бы видеть обоснование обязанности возвратить полученное без законного основания в общем смысле законов, которые устанавливают определенные формы перехода ценностей от одного лица к другому. Переход ценностей вне этих форм противоречит правовому порядку, и потому присвоивший ценность незаконным способом обязан возвратить ее тому, кому она согласно объективному праву принадлежала. Сам Сенат был близок к такому обоснованию (83, 32).

[Проект кн. V имеет в виду главным образом обогащение, полученное по ошибке потерпевшего добросовестным ответчиком (ст. 1172 и 1162). Ответственность за недобросовестное пользование определяется по правилам о вознаграждении за вред, причиненный недозволенными деяниями (ст. 1170, п. 2). Ошибка относительно основания к уплате может касаться не только правовых оснований долга, но и нравственных обязанностей или даже требований приличия (ст. 1167)].

III. Случаи незаконного обогащения. Случаи подобного рода возможны довольно часто и притом со значительным различием в оттенках.

1. Лицо, уплатившее по несущественному долгу в предположении его существования, вправе требовать от лица, получившего выгоду, переданное обратно. Такое требование предполагает: а) что платеж действительно произошел в пользу того лица, к которому предъявляется иск; б) что платеж произошел по несуществующему долгу, потому ли, что никакой сделки не было заключено или что сделка оказалась недействительной с самого начала или позднее, но до платежа; в) что платеж произошел в предположении, что долг существует, следовательно, под влиянием ошибки. [По проекту получивший что-либо во исполнение несуществующего или недействительного обязательства должен возвратить полученное или стоимость его, если не докажет, что требующий знал или должен был произвести удовлетворение или что обязательство после неисполнения сделалось действительным (ст. 1167)].

2. Лицо, передавшее другому ценность или исполнившее в его пользу услугу в ожидании эквивалента, вправе требовать от лица, воспользовавшегося исполнением, полученное обратно, если предположение не оправдывается. Такое требование предполагает: а) что исполнение в смысле передачи, платежа или личной услуги действительно состоялось; б) что исполнение состоялось в ожидании эквивалентного исполнения, юридически обоснованного; в) что ожидаемое эквивалентное исполнение не последовало, однако, не по вине воспользовавшегося уже состоявшимся исполнением.

3. Лицо, произведшее из своих средств расходы в интересе имущества другого, вправе требовать от лица, извлекающего выгоду от затрат, израсходованного обратно. Такое требование предполагает: а) что расходы действительно были произведены; б) что от произведенных расходов произошло приращение ценности в имуществе другого; в) что лицо, произведшее расходы, не было обязано к тому ни договором, ни законом. Подобные случаи незаконного обогащения чаще всего занимали внимание нашей практики. Сенат, например, признал, что посторонний человек, давший через посредство управляющего чужим именем деньги на нужды последнего без воли хозяина имени, вправе требовать с хозяина возмещения данной суммы (87, 13); что банк, в котором был заложен лес несостоятельного должника, вправе, застраховав эту ценность за счет конкурсного управления, обязанного как добрый хозяин само это сделать, требовать причисления уплаченной премии к издержкам конкурсной массы (09, 62); что владелец предприятия, уплативший рабочему вознаграждение за увечье, полученное на работах, исполняемых подрядчиком, вправе взыскать с последнего выданное вознаграждение, хотя бы об этом не было заключено с подрядчиком особого условия (10, 18).

[1] Как было уже указано выше (т. I, стр. 57), в настоящем издании "Учебника" отдел обязательственного права последовательно дополнен предположениями проекта кн. V гражданского уложения, внесенного министром юстиции 14 октября 1913 г. в Государственную Думу. Проект кн. V посвящен обязательственному праву, состоит из 1216 статей и распадается на

три раздела: обязательства вообще (ст. 1–197), обязательства по договорам (ст. 198–1147) и обязательства не из договоров (ст. 1148–1216). В основании проекта лежит текст кн. V, выработанный в 1899 г. Редакционной Комиссией с объяснительной запиской в пяти томах; в 1903 г. Редакционная Комиссия составила вторую редакцию, а в 1905 г., когда были готовы проекты первых четырех книг, всем частям объединенного проекта была дана непрерывная нумерация. В 1910 г. Особое Собрание при министерстве юстиции, обсудив весь проект, решило ограничиться введением в действие лишь кн. V (обязательственное право) и из кн. I включить в общую часть обязательственного права постановления о форме договора, пороках воли при заключении договора, об условиях и толковании договоров. Выработанная Особым Собранием редакция кн. V и предложена министром юстиции Государственной Думе при особой "Записке" (стр. 416), которая после упомянутой "Объяснительной записки" Редакционной Комиссии является необходимым пособием для изучения содержания и текста проекта кн. V. Как видно из "Записки" министра юстиции, проект кн. V предполагается в противоположность первоначальным планам Редакционной Комиссии распространить на всю империю, сохраняя лишь в некоторых случаях субсидиарное действие местных законов. В согласии с предположениями Редакционной Комиссии в проект включены и торговые сделки, поскольку их нормировка не встречается в подготовляемых министерством торговли и промышленности проектах отдельных законов. Таким образом, совершенно нельзя считать законченным и последовательно проведенным в проекте объединение гражданского права и торгового в его целом составе.

ОТДЕЛ IV. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

§ 59. Общее понятие о семье и семейных правах

Литература: Сокольский, К учению об организации семьи и родства в первобытных обществах (Жур. Мин. Нар. Пр., 1881, N 4 и 7); Леонтович, К вопросу о происхождении семьи вообще и об ее организации по древнерусскому праву (Жур. Мин. Юст., 1900, N 6, 7 и 8); Квачевский, Семейственные отношения и будущее гражданское уложение (Юр. вестн., 1887, N 2); Ковалевский, О современной русской семье (Всемирн. вестн., 1903, N 2); Боровиковский, Конституция семьи по проекту гражданского уложения (Жур. Мин. Юст., 1902, N 9); Загоровский, Курс семейного права, 1902.

1. Понятие о семье. Семья есть постоянное сожительство мужа, жены и детей, т.е. представляет собой союз лиц, связанных браком, и лиц, от них происходящих. Круг лиц, входящих в этот союз, неодинаков на различных ступенях развития человечества. Под влиянием индивидуализма круги, более отдаленные от центра, каковым является союз супругов-родоначальников, постепенно отпадают и понятие о семье суживается. Современная семья состоит только из отца, матери и детей, причем последние по достижении возмужалости в большинстве случаев тотчас же обособляются в отдельные союзы, мало связанные с первоначальным. Боковые родственники, не успевшие создать самостоятельной семьи, оставаясь в союзе, составляют случайный придаток. Вопрос о том, что следует понимать под именем семьи, не раз вставал перед законом. Понятие о семье лежит в основании льгот по семейному положению, предоставляемых при отбывании воинской повинности (т. IV, уст. воин. пов., ст. 48–59); при назначении пенсий для семейств умерших чиновников (т. III, уст. пенс., ст. 109); при определении круга лиц, имеющих право на материальное обеспечение вследствие лишения жизни члена семьи (ст. 657–661). Во всех этих случаях закон исходит из представления о семье в современном ограниченном смысле. Применительно к семье, построенной на началах, признанных законом, строится представление о семье, живущей вне законных рамок, как сожительство мужчины, женщины и происшедших от них детей.

В основе семьи лежит физиологический момент, стремление к удовлетворению половой потребности. Этим определяется элементарный состав семьи, предлагающей соединение мужчины и женщины. Дети являются физиологическим последствием сожительства. Если состав семьи

обусловливается физиологическими причинами, то отношение членов семьи определяется этическим фактором. Положение женщины как объекта удовлетворения физиологической потребности, не выделяющегося из круга других объектов удовлетворения материальных потребностей, сменяется в истории положением ее как самостоятельного члена семьи, связанного с мужем и детьми любовью и привязанностью. Такого же самостоятельного положения под влиянием смягченных нравственных взглядов достигают и дети, которые первоначально стоят наравне с рабами и вещами в домашнем хозяйстве.

Физический и нравственный склад семьи создается помимо права. Введение юридического элемента в личные отношения членов семьи представляется не всегда удачным и чаще всего не достигает своей цели. При чрезвычайном разнообразии этических воззрений в различных слоях общества нормы права, определяющие отношение мужа к жене и родителей к детям, представляются в глазах высших, интеллигентных сфер общества слишком отсталыми, в глазах низших слоев – слишком радикальными, изменяющими вековые воззрения. Если юридические нормы совпадают с этическими, они представляются излишними, если они находятся в противоречии, то борьба между ними неравна ввиду замкнутости и психологической неуловимости семейных отношений.

Юридический элемент необходим и целесообразен в области имущественных отношений членов семьи. В большинстве случаев семья с точки зрения положения ее в народном хозяйстве составляет обособленное, частное хозяйство. Семья имеет общую квартиру, общую обстановку, обща или через своего представителя, мужа, приобретает средства, необходимые для ее существования. Но общность, необходимая в границах домашней жизни, за пределами ее продолжается или прекращается, смотря по взгляду законодательства. Право или создает между членами семьи полную раздельность имущества, как, например, у нас, или устанавливает большую или меньшую степень общности. Определение внутренних и внешних имущественных отношений семьи составляет вполне возможную задачу для права.

Семья представляет собой основную ячейку государственного организма и пользуется некоторой автономией. Государство охраняет по возможности неприкосновенность внутренней жизни семьи, опасаясь излишним вмешательством повредить мирным ее отношениям. Родители имеют в отношении своих детей карательную власть; некоторые преступления, возбуждающие в других случаях преследование по инициативе самой власти, допускают вмешательство последней только по жалобе потерпевшего члена семьи.

II. Юридическая природа семейных прав. Семейный союз создает два вида семейных прав, различных по своему содержанию и по своей природе: а) права личной власти и б) права на содержание. К семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишенные санкции, – право имеет дело только с действиями, но не с чувствами. Сюда не следует причислять и тех прав, которые хотя и вытекают из семейного союза, но возникают по поводу смерти членов, с распадом семьи, как право наследования, право на указную часть.

Права личной власти принадлежат мужу над женой, родителям над детьми, опекунам над опекаемыми. Права на содержание принадлежат жене против мужа, детям против родителей, и обратно. Те и другие права имеют то общее, что они носят чисто личный характер, всегда связаны с определенным активным субъектом. Притом они принадлежат лицу как члену семьи, и пока эта связь с семьей не устранится, например, разводом, усыновлением, смертью, это право не может прекратиться, другими словами, активный субъект не может отречься от своего права. Отсюда же как следствие вытекает и неотчуждаемость семейных прав.

На этом общность природы того или другого вида семейных прав прекращается. Праву личной власти соответствует обязанность всех вообще не ставить себя в такое отношение к жене, детям, опекаемым, которое противоречило бы этой власти. Права этого рода не исчерпываются выполнением со стороны подвластного лица какого-либо определенного действия. Иск, основанный на этом праве, следует всюду за лицами подвластными. Отсюда обнаруживается, что права личной власти отмечены абсолютным характером. Напротив, права на содержание принадлежат к разряду относительных прав. Это право на определенное действие, к которому

обязывается известное лицо как пассивный субъект. Все прочие не несут никакой обязанности и не могут явиться нарушителями права на содержание.

Объектом права личной власти является само подвластное лицо, а не какое-либо действие с его стороны. Однако в настоящее время с признанием личности за каждым человеком эти права впадают в безвыходное противоречие с нормами, охраняющими свободу каждого лица под страхом наказания. Право требовать жену или взрослых детей к совместному жительству сталкивается с запрещением подвергать свободное лицо насильственному задержанию. Отсюда обнаруживается теоретическая несостоятельность этих прав и практическая их неосуществимость. Но все же они признаются современными законодательствами, в том числе и нашим.

[Сенат признает, что семейные отношения покоятся на началах власти, подчинения и покровительства и что закон и государственная власть не касаются семейных отношений, как бы они ни были неблагоприятны для отдельных членов, пока злоупотребление властью и забвение обязанностей не доходит до отрицания основ семейных отношений (08, 95)].

§ 60. Заключение брака

Литература: Кавелин, Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза, 1884, стр. 11–46; Победоносцев, Курс гражданского права, т. II, стр. 10–103; Суворов, Курс церковного права, т. II, 1891, стр. 255–346; Загоровский, Курс семейного права, 1902; Азаревич, Брачные элементы и их значение, 1879; Он же, Русский брак (Жур. гр. и уг. пр., 1880, N 5 и 6); Бердников, Форма заключения брака у европейских народов в ее историческом развитии, 1887; Суворов, О гражданском браке, 1896; Гомолицкий, Брак раскольников по закону 19 апреля 1874 года (Вестн. пр., 1903, N 9); Невский, Родство как препятствие к браку, 1884; Гомолицкий, Брак раскольников по закону 19 апреля 1874 года. Введен ли им гражданский брак? (Вестн. пр., 1901, N 4–5); Павлов, Курс церковного права, 1902, стр. 317–394; Суворов, Учебник церковного права, 3-е изд., 1908, стр. 318–355; Горчаков, Церковное право, 1909, стр. 238–286; Громогласов, Определение брака в Кормчей, 1908.

I. Понятие о браке. С точки зрения юридической брак есть союз мужчины и женщины с целью сожителства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме. Данное нами определение имеет в виду брак вообще, не только между православными, но и между лицами других христианских вероисповеданий, не только между христианами, но и между нехристианами. Для юриста важна совокупность условий, при наличии которых сожителство лиц разного пола приобретает законный характер, т.е. влечет за собою все последствия законного брака. Эти условия содержатся в данном определении.

а. В основании брака лежит соглашение между сочетающимися – брак не может быть законно совершен без взаимного и непринужденного согласия сочетающихся лиц (ст. 12, 62). Как и всякий договор, брак предполагает свободу воли и сознания. Поэтому брак, совершенный по принуждению или обману, будет недействителен за отсутствием существенного элемента (ст. 666; ср. т. XVI ч. 2, зак. суд. гражд., ст. 446). Отсутствие сознания делает недействительным брак с безумным или сумасшедшим лицом (ст. 5, 37, п. 1). Согласие составляет наиболее существенное условие с точки зрения не только юридической, но и канонической (*consensus facit nuptias*), хотя в общественном представлении значение этого элемента часто отступает перед значением венчания.

[В русской литературе высказывается мнение, противоположное излагаемому. Загоровский видит договорные элементы только в возникновении брака, но не в его содержании и потому относит его к институтам особого рода. Вормс и Громогласов (зак. гражд., I, стр. 86) признают брак не договором, а союзом на том основании, что им создаются не отношения, а особое состояние общения жизни супругов. Однако договор как раз является средством создания союзов и в историческом развитии не раз служил да и теперь служит для утверждения особых состояний общения (кабальные отношения, ныне же усыновление). Бесспорным нужно признать, что брак не договор чисто частного права, а со значительной примесью публично-сакрального права. В его заключении повсеместно активно участвует государство, закрепляющее происходящее при браке

изменение гражданского состояния супругов (у нас даже сословное), и также церковь с ее каноническими учениями о браке как таинстве].

b. Участники брачного договора должны быть лица разного пола, – соглашение происходит между мужчиной и женщиной. Выбор участников обуславливается физиологической стороной брака, требующей для удовлетворения половой потребности соединения мужчины и женщины. Брак между одними мужчинами или одними женщинами невозможен. Число лиц, соединяющихся в брачном сожителстве, может быть различно: соединение нескольких мужчин с одной женщиной называется полиандрией, соединение нескольких женщин с одним мужчиной – полигамией, соединение одного мужчины с одной женщиной – моногамией. Наше законодательство в виде общего правила устанавливает для всех моногамию (ст. 20, 62), в виде исключения допускает многоженство для магометан (ст. 92–97, улож. о наказ., ст. 1558). Следовательно, мормоны не могут ожидать признания у нас действительности их браков. Закон наш предусматривает, однако, и полиандрию (ст. 82).

c. Цель брака – постоянное сожителство, не только в смысле физическом, но и нравственном, – "сочетание, сбытие во всей жизни, божественные же и человеческие правды общение". С этой стороны обнаруживается различие между браком и обязательством, которые оба могут быть основаны на договоре. Когда договор направлен на исполнение одного или нескольких определенных действий, то последствием его будет обязательственное отношение, например в товариществе. Брачное же соглашение не имеет в виду определенных действий, но, как общение на всю жизнь, оно имеет по идее нравственное, а не экономическое содержание. В истории мы встречаемся с идеей, что цель брака есть произведение детей, а потому при бездетности брачное сожителство должно считаться бесцельным, а потому самый брак подлежит расторжению. Но с современной точки зрения, если оставить в стороне еврейский взгляд на брак, неправильно целью брака ставить произведение и воспитание детей: первое есть возможное физиологическое последствие брака, второе есть необходимое его юридическое последствие. Брак несколько не теряет в своей идее, если вступающие в него проникнуты стремлением к физическому и нравственному общению без всякой мысли о будущих детях. Мы можем мысленно представить себе такой общественный строй, при котором государство возьмет на себя воспитание детей, и брак все же сохранится.

d. Соглашение между мужчиной и женщиной требует облечения его в установленную форму, которая может иметь религиозный или гражданский характер. Только при соблюдении установленной государством формы сожителство влечет за собою все последствия, вытекающие из семейного союза. Православная и католическая церковь рассматривают брак как таинство, образ союза Христа с церковью. Однако в дальнейшем понимании брачного таинства обе церкви расходятся. В то время как католическая церковь видит таинство в сожитии супругов, православная церковь таинством признает церковное венчание, поэтому с точки зрения католической церкви таинство совершается самими супругами, а по учению православной церкви – священнослужителем. Лютеранская и реформаторская церковь не считают брак за таинство. С юридической точки зрения для брака существенно соблюдение установленной законом формы, все равно будет ли то церковное венчание, является ли форма в соответствии с воззрением той или другой церкви на брак как на таинство. На Западе брак приобретает юридическое значение и без благословения церкви. И у нас признается действительность брака, не освященного церковью, а именно в отношении нехристиан, язычников. На Западе возможно несоответствие юридической и канонической точек зрения на условия действительности брака. В России для христианских вероисповеданий подобное несоответствие невозможно, потому что государство согласует свои постановления с вероисповедными правилами.

II. История брака в России. Русский летописец, знакомя с порядком заключения брака у древних славян, противопоставляет, может быть, с некоторым пристрастием обычаи более цивилизованных полян грубым обычаям других племен. Последние жили как звери, и браков между ними не было, а только игрища между селами: сходятся на игрища, плясання и тут похищают себе жен по предварительному, впрочем, соглашению. Очевидно, этот обычай умычки составляет отзвук прежнего действительного похищения женщин, и летописец ошибается, отрицая существование брака там, где налицо все его признаки, – соглашение, форма. Но у полян

форма брака, по-видимому, более отрешена от воспоминаний о первобытном соединении полов, – по предварительному соглашению родители сами приводят невесту с вечера, в поутру получают плату за нее, вено. Другими словами, летописец подтверждает социологический закон смены брака похищением браком покупкою как более мягкой формой. До введения христианства и некоторое время после принятия его славяне допускали многоженство, как это мы знаем на примере Владимира Святого. "И радимичи, и вятичи, и север один обычай имяху, имяху же по две и по три жены, си же творяху обычай кривичи, прочии погании, не введуще закона Божия, но творяще сами себе закон". Брак не прекращается смертью мужа, за которым должна была следовать на тот свет его жена, что не противоречило полной свободе развода со стороны мужа.

Введение христианства должно было несомненно сильно изменить брачное право, – оно стремилось укрепить брак и дать ему значение таинства. для этого церкви приходилось бороться с крепкими традициями, так, Церковный устав Ярослава грозит карою, "аже кто умчит девку" (ст. 1), или "аще девка не всхоchet замуж, а отец и мати силою дадут" (ст. 21). Под давлением византийского права церковь православная установила пределы свободы расторжения брачных уз, устранила многоженство, ввела церковную форму совершения брака. Но действие христианства сказывалось медленно, потому что церковь имела дело с такою стороною быта народного, которая отличается особенною консервативноcтью. Еще долго слышатся указания на полное игнорирование церковного венчания; вплоть до XVII столетия встречаются следы свободного расторжения брака по обоюдному соглашению. Римское влияние обнаружилось и в том значении, какое церковь придала обручению. Получив религиозное освящение, последнее стало нерасторжимым и равным по силе венчанию. Между тем по общественному взгляду обручение, "заряд", имело значение договора, определяющего в форме неустойки имущественные последствия несостоявшегося брака.

На развитие брачного права оказал значительное влияние Петр I, выдвинувший в браке на первый план элемент согласия. Так как опасение невыгодных последствий стесняло свободу, Петр решил лишить обручение его религиозного и имущественного значения, а потому подобные сделки (рядные записи) запрещено было писать у крепостных дел. Затем признано было (1702 г.), что обручение должно совершаться не раньше как за шесть недель до венчания и обрученные могли еще разойтись. Так как по правилу VI Вселенского собора церковное обручение должно быть столь же ненаруσιμο, как и брак, то с целью согласования гражданского закона с церковными правилами при Екатерине II (1775 г.) повелено было слить обручение и венчание в один акт. Исходя из того же взгляда, Петр постановил, что родители и господа должны дать присягу в том, что не принуждали своих детей и рабов ко вступлению в брак. Петровская реформа была направлена к тому, чтобы не родители женили своих сыновей и выдавали замуж своих дочерей, но чтобы сыновья сами женились, а дочери сами выходили замуж. Судам поручено было преследовать насильственное похищение женщин для вступления с ними в брак. В то же царствование по поводу пленных шведов разрешен был вопрос о допустимости смешанных браков православных с иноверцами.

В Московскую эпоху сложилась форма совершения брака довольно сложная, что и должно было отразиться на соблюдении церковного венчания. Местный священник не мог совершить брака без предъявления ему разрешения епархиального архиерея, которое носило название "венечной памяти" и соединялось с уплатой венечной пошлины. В конце XVII века синод признал излишним такое усложнение и разрешил приходскому священнику совершать самостоятельно браки под личной ответственностью за соблюдение гражданских и канонических постановлений. В XVIII веке государственная власть настаивает особенно энергично на совершении брака в церковной форме.

Царствование императора Николая I оказало также значительное влияние на гражданское законодательство по брачному вопросу, потому что в это время сложилось большинство определений об условиях вступления в брак.

III. Условия вступления в брак. Брачная дееспособность или способность вступать в брак определяется различными условиями положительного или отрицательного характера, т.е. необходимостью наличности или отсутствия известных обстоятельств. Условия эти отличаются значительным разнообразием, потому что они вызваны различными соображениями:

каноническими правилами, государственными соображениями, историческими причинами. Все условия могут быть разделены на группы по разным основаниям: по каноническому или гражданскому источнику, по инициативе опровержения брака (смотря по тому, уничтожается ли он по заявлению одного из супругов или же по собственному почину светской или духовной власти), по последствиям отсутствия требуемых условий. Два последние основания представляются вполне юридическими, но по важности предпочтение должно быть отдано третьему.

А. Некоторые условия имеют то значение, что наличие их или отсутствие, смотря по свойству их, влечет за собою признание недействительности брака. Лица, которых брак признан со стороны духовного суда недействительным, немедленно по сношению епархиального начальства с местным гражданским разлучаются от дальнейшего сожительства. Разлученные на этом основании лица имеют право вступать с другими лицами в новые браки (ст. 38 и 39).

1. Из цели брака и договорного его элементов обнаруживается необходимость брачного возраста, в пределах которого уже приобретает и еще не утрачивается половая способность и сознание совершаемого акта.

а. Относительно начального момента, с которого допускается вступление в брак, возможно разногласие. Имея в виду поощрить браки, чтобы искоренить внебрачные сношения, вредные для здоровья и нравственности молодежи, считаясь с хозяйственными требованиями рабочей силы в деревне, следует высказаться за низкую норму. Если же иметь в виду важные нравственные последствия брака для всей жизни обоих супругов, если признавать вредное физиологическое последствие раннего брака для незрелых супругов, следует настаивать на высокой норме. Жизнь при настоящих условиях высказывается во втором смысле, и брачный возраст постепенно повышается как фактически, так и юридически. Возраст, с которого допустим брак в России, в прежнее время был очень невысок. Олеарий утверждает, что он встречал (XVII век) мальчиков 12 лет уже женатых, девочек 11 лет уже замужних. Это объясняется тем, что греческая церковь подобно западной держалась римской нормы брачного возраста, а именно 14 лет для мужчин и 12 лет для женщин. Эта норма господствовала во всей Европе до XIX столетия, когда всюду законодательства стали признавать несоответствие между идеей брака и детским возрастом брачащихся. Во Франции только кодекс Наполеона 1804 г. установил брачный возраст в 18 лет для мужчин и 16 для женщин (§ 144) и сейчас идет вопрос о повышении этой нормы. В Германии по гражданскому кодексу 1896 г. мужчины могут вступать в брак с 21 года, женщины с 16 лет (§ 1589). В Швейцарии по новому кодексу 1907 г. брачный возраст определяется для мужчин в 20, для женщин в 18 лет (§ 96). Некоторые страны и до сих пор остаются при римской норме. В Англии брак допускается для мужчин в 14, для женщин в 12 лет. В Австрии закон дает общий возраст для лиц обоего пола – 14 лет (§ 48). В Россию римская норма проникла вместе с принятием христианства. Но самая норма несколько колебалась между 14 и 15 для мужчин, 12 и 13 для женщин – в соответствии с колебаниями византийских источников. В 1774 г. Святейший Синод определил брачное совершеннолетие согласно Эклоге Льва Исаврянина в 15 и 13 лет. В начале XIX века в России были весьма нередки случаи браков взрослых мужчин с девочками, продолжавшими и после замужества играть в куклы, и взрослых женщин с мальчиками. Признавая такое явление ненормальным, законодатель именным указом, данным Святейшему Синоду 19 июля 1830 г., установил начальный брачный возраст в 18 лет для мужчин и 16 лет для женщин, который и вошел в действующее законодательство (ст. 3). Этот возраст имеет значение для всех христианских исповеданий, для магометан и иудеев (ст. 63 и 91). Для православных возможно некоторое отступление: 1) архиереям предоставляется в необходимых случаях разрешать браки по личному своему усмотрению, когда жениху или невесте недостает не более полугода до брачного совершеннолетия (ст. 3, прим.); 2) второе исключение установлено для природных жителей Закавказья ввиду раннего наступления зрелости: для них норма понижена на три года, 15 и 13 лет (ст. 63).

б. Предельный брачный возраст установлен в нашем законодательстве для православных в 80 лет мужчин и женщин (ст. 4). Для других вероисповеданий предельная норма не установлена.

с. С точки зрения физической и нравственной природы брака весьма разумно установить известное соотношение в возрасте жениха и невесты. В синодском указе 1775 г. был высказан

отрицательный взгляд на такие неравные браки: "...некоторые, в противность законам Божиим, в летах, между собою весьма не сходственных, вступают в брак, через что бывают несогласия и просьбы о разводе". Однако наше законодательство не восприняло этой точки зрения и в Своде Законов нет воспрещения вступать в брак лицам, возраст которых резко расходится. Следует поэтому признать неправильным взгляд Павлова, будто "в случае крайнего неравенства в летах мужа и жены, например, когда первому 80, а последней 151/2 лет или, наоборот, первому 18, последней 80 лет, по духу церковных законов брак должен быть признан недействительным". Юридическая сила канонических постановлений обуславливается или перенесением их содержания в светские законы, или ссылкой на их содержание: ни того, ни другого в данном случае нет.

Брак, совершенный вопреки установленной норме, признается недействительным сам по себе, но разлучение имеет место только по просьбе несовершеннолетнего супруга (уст. дух. конс., ст. 209). Впрочем, закон отступает от строгой логики и в случае желанья этих лиц продолжать супружество по достижении необходимого возраста требует не нового брака, а только подтверждения его в церкви по установленному для того чиноположению (ст. 39). Еще более, если обвенчавшиеся продолжают жить совместно и достигают брачного совершеннолетия или если брак их имел последствием беременность (рождение ребенка) жены, то брак их должен быть признан действительным без всякого подтверждения (уст. дух. конс., ст. 209).

Серьезное недоразумение вызывает наш закон, который признает недействительными брачные союжения лиц, не достигших возраста, "церковью определенного", для вступления в брак. Мы видели, что церковное совершеннолетие – это 15 и 13 лет. Это церковное совершеннолетие закон (ст. 39) противопоставляет гражданскому совершеннолетию, не тому, которое установлено для имущественной дееспособности, т.е. не 21 году, как ошибочно полагает Горчаков, а тому, которое установлено светским законом для вступления в брак, т.е. 18 и 16. С точки зрения закона следовало бы признавать действительными браки лиц, достигших церковного совершеннолетия, хотя и не достигших гражданского. Так именно полагает Павлов: "...только первое служит безусловным препятствием к браку, так что брак, заключенный по достижении женихом 15, а невестой 13 лет, не подлежит расторжению как ничтожный и недействительный". Напротив, другой наш канонист, Суворов, полагает, что правильнее рассуждать так, что указ 1830 г. был издан не только как гражданский, но и как церковный закон, которым ранний возраст, 15 и 13 лет, совершенно отменен как потрясающий добрые нравы. В подтверждение первого взгляда приводят буквальный смысл ст. 37, п. 5 т. X ч. 1, в силу которой действительными не признаются брачные союжения лиц, не достигших возраста, церковью определенного, для вступления в брак (ср. также ст. 218 уст. дух. конс.). Однако в противоречии с этим буквальным смыслом указанной статьи стоит ст. 13567 уст. гр. суд., по которой признается недействительным брак, заключенный старообрядцами прежде достижения установленного к браку совершеннолетия, причем делается ссылка, как на общее правило, на ст. 3, т.е. на гражданское, а не на церковное совершеннолетие. Трудно согласить допущение законного брака с девицею 13 лет, когда тот же законодатель карает крайне сурово растление девицы, не достигшей 14 лет, хотя бы совершенное по согласию ее (улож. о наказ., ст. 1524). Затем в положении о союзе брачном, изданном для Царства Польского в 1836 г., где помещены также правила о браках между лицами греко-российской веры, сказано, что брак совершается и расторгается во всем сообразно правилам, изображенным в своде гражданских законов империи; правила "сие ниже сего исчисляются". В числе существенных условий для вступления в брак указан законом определенный возраст мужского пола 18, а женского – 16 лет от рождения (собр. гражд. зак. Царства Польского, ст. 98 и 99, п. 1). Вступившие в брак ранее определенного для сего возраста разлучаются от сожителства, хотя бы одна только сторона была несовершеннолетняя: по законном же исследовании такой брак подвергается формальному расторжению (там же, ст. 120). В этом законе нельзя не видеть законодательного понимания законов, действующих в империи.

2. Ввиду установленной моногамии состояние в браке является препятствием ко вступлению в новый брак. Вступить в брак может только холостой, вдовый или разведенный. Это постановление имеет не только каноническое, но и государственное значение, а потому относится ко всем, за исключением магометан (ст. 20, 62, 37, п. 2). Только расторжение предшествующего

брака дает возможность вступить в новый. Лицам православного исповедания запрещается вступить последовательно в четвертый брак (ст. 21), хотя уже и на вступающего в третий брак налагается епитимия (указ Синода 5 апреля 1871 г.). В счет трех браков следует включить и браки, прекращенные разводом, но только не браки, признанные недействительными. На лиц других исповеданий это ограничение, имеющее каноническое значение, не распространяется: католики и лютеране могут вступать в брак неограниченное число раз. Двоеженство или двоемужество не только делает недействительным второй брак, но колеблет и первый: он сохраняет свою силу только при согласии на то со стороны оставленного супруга (ст. 40).

3. Отрицательным условием является духовный сан и монашество. Монашествующим и посвященным в иерейский или дьяконский сан, доколе они в этом сани пребывают, брак вовсе запрещается (т. X ч. 1, ст. 2 и 37, п. 6). Это запрещение относится также к католикам, как соответствующее взгляду католической церкви, которая, сверх того, считает препятствием к браку обет целомудрия. Указанное постановление не распространяется на протестантское духовенство.

4. Как соглашение, брак не зависит от вероисповедания, но, как таинство, он невозможен между христианами и нехристианами. Поэтому различие вероисповеданий является препятствием к совершению браков. Для лиц православного и католического вероисповедания невозможны браки с нехристианами (ст. 37, п. 7, ст. 85). Лицам евангелического исповедания дозволяется брак с магометанами и евреями, но не с язычниками (ст. 87). Браки католиков с лютеранами, допускаемые гражданским законодателем, нуждаются, однако, в диспенсации папы или его представителя в России – митрополита. Браки православных лиц со старообрядцами и сектантами по закону 17 апреля 1905 г. уравниваются с браками между православными и инославными лицами. Нет никаких препятствий к бракам евреев с мусульманами.

5. В некоторых случаях наступает осуждение на безбрачие, которое является препятствием ко вступлению в брак (ст. 37, п. 4). Такое последствие могут повлечь за собою: а) расторжение брака по прелюбодеянию одного из супругов, б) вступление во второй брак при существовании первого, с) безвестное отсутствие в продолжение пяти лет; в последнем случае осуждение производится только по возвращении безвестно отсутствовавшего, и то если он не представит достаточных оправданий. Законом 24 мая 1904 г. отменено осуждение на безбрачие лиц, виновных в нарушении супружеской верности, но при повторности прелюбодеяния развод уже не открывает виновному возможности вступить в новый брак. Изданное вслед за законом разъяснительное определение Святейшего Синода лишает новый закон почти всякого практического значения. Священник не вправе венчать разведенных по прелюбодеянию и виновных в нем в течение двух лет безусловно, а после этого срока, в течение еще пяти лет, только при удостоверенном со стороны священника раскаянии виновного (14 июля 1904 г. за N 11). Для лютеран осуждение на безбрачие имеет значение лишь временного препятствия до разрешения консистории.

6. Препятствием к браку является родство и свойство в близких степенях (ст. 37, п. 2). Кровное родство есть отношение, которое устанавливается между лицами, происходящими одно от другого или от одного общего родственника. Свойство есть отношение, которое создается между одним супругом и родственниками другого или между родственниками обоих супругов. Где основание запрещения браков между родственниками? а) По мнению одних, между близкими родственниками существует половое отвращение, вложенное в человека природою в виде инстинкта. Закон, следовательно, лишь признает физиологический факт. Однако существование такого инстинкта, как присущего человеку от природы, не подтверждается историческими и этнографическими данными. Ксеркс был женат на своей сестре Атоссе, Кимон вступил в брак со своей единокровной сестрой Эльминикой, Артаксеркс состоял в браке со своими дочерьми. Брак между братьями и сестрами допускали египтяне, персы, арабы, вначале германцы. б) Браки между близкими родственниками, по другому мнению, запрещаются издавна, потому что наблюдения научили народ, что такие спаривания приводят к болезням, глухоноте, эпилепсии, идиотизму. Как историческое объяснение запрещений, опасение вырождения едва ли может быть принято. Если бы опыт внушал такое запрещение, то немисливо было бы допущение брака между близкими родственниками, встречающееся, как мы видели, у целых народов. Притом опыт мог дать указания в отношении близких родственников, а между тем запрещение касалось браков между родственниками в таких далеких степенях, которые совершенно выходят за пределы

возможного опыта. Если бы запрещение браков между родственниками основывалось на историческом опыте, то с течением времени круг запрещенного родства от узкого переходил бы к широкому, а мы видим обратное направление – от широкого к узкому, и современные народы, вооруженные гораздо большим опытом, постепенно сокращают степени родства, препятствующего браку. с) Некоторые связывают широкое запрещение браков между родственниками с той культурною миссиею, которую взяла на себя христианская церковь, поставившая себе задачею сближать браками чуждые роды и тем способствовать их примирению и политической интеграции. d) Едва ли не самым правильным надо признать то объяснение запрещения, которое сводится к стремлению изгнать половые влечения в кругу лиц, вынужденных жить вместе и вести общее хозяйство, и тем устранить существенный повод к раздорам внутри семьи. В пользу такого объяснения говорят главным образом два обстоятельства. Во-первых, круг запрещаемых браков шире при натуральном хозяйстве, соединяющем под одною кровлею массу родственных лиц, и, наоборот, уже при меновом хозяйстве, когда проявляется тенденция к индивидуализации семьи. Во-вторых, только приведенным соображением можно объяснить полное сходство запрещений браков между родственниками и между свойственниками, хотя в основании свойства как препятствия к браку не может быть, конечно, никакого физиологического момента. Павлов полагает, что запрещение по свойству строится аналогично с запрещением по родству. Но дело не в аналогии построения, а в тождестве оснований. В LIV правиле Трульского собора мотив запрещения браков в родстве и свойстве указан один и тот же: "...дабы естество само себя не смешивало". Соответственно тому выдержана и параллель в степенях родства и свойства, препятствующих браку.

В то время когда брачные дела находились всецело в ведении католической церкви, круг лиц, лишенных возможности вступать взаимно в брак, был очень велик. Доходило до 12-й, даже до 14-й степени родства, что ставило в большое затруднение царствующие дома, ограниченные в выборе невест, принадлежащих к династиям. С переходом брачного права в руки светского законодателя картина резко изменилась. В настоящее время во Франции не допускаются браки (франц. код., § 161) только между родственниками в прямой линии, между братьями и сестрами, между дядей и племянницей, теткой и племянником, между деверем и невесткой, между шурином и свояченицей; причем препятствия в родстве в третьей степени и свойстве могут быть устранены с согласия президента республики. В Германии запрещается только брак с родственниками по прямой линии, а также с родными, единокровными и единоутробными братьями и сестрами (герм. код., § 1310). В Англии препятствием к браку служит родство в прямой степени без ограничения, в боковой до третьей включительно (дядя и племянница) и свойство второй степени. Следовательно, нигде не запрещается брак между двоюродными братьями и сестрами (4-я степень) и редко где брак между дядей и племянницей (3-я степень).

Обращаясь к русскому законодательству, мы встречаемся с положением, что во всех вообще христианских исповеданиях запрещается совершать браки в степенях родства, возбраненных правилами той церкви, к которой принадлежат сочетающиеся лица (т. X ч. 1, ст. 64). Православным запрещается вступать в брак в степенях родства и свойства, церковными законами не дозволенных. После некоторых сомнений, возбужденных в XVIII столетии, указ Святейшего Синода 19 января 1810 г. окончательно разрешил вопрос, запретив браки лиц, состоящих между собою в первых четырех степенях кровного родства и двухродного свойства. Очевидно, кровное родство как факт физиологический не зависит от легальности его происхождения и потому незаконное родство должно бы иметь равную силу с законным. Наши гражданские законы до последнего времени не признавали юридической связи между родителями и их детьми, рожденными вне брака. Однако следует признать, что не только с канонической точки зрения, так это полагает Павлов, но и с юридической запрещение браков в законном родстве, до четвертой степени включительно, должно быть распространено и на незаконное родство, так как этого требует общий смысл законов. Бесспорным, однако, этого вопроса нельзя признать.

По аналогии с кровным родством построено духовное родство, т.е. отношение между лицами, создающееся через восприятие от купели крещения. Первоначально проявлялось стремление к довольно широкому заграждению браков между участниками восприятия, например, между восприемником и восприемницею (кум и кума), но в последнее время обнаружилось

обратное течение. В практике Святейшего Синода (указ 31 октября 1875 г.) духовное родство служит препятствием к браку только а) между восприемником и матерью воспринятого и б) между восприемницей и отцом воспринятого.

Наконец, та же аналогия создала и гражданское родство, устанавливаемое фактом усыновления. Гражданские законы наши обходят полным молчанием вопрос о том, допустим ли брак между усыновителем и усыновленной? В отношении лютеран законодательство наше постановляет, что браки между усыновленными и усыновителями воспрещаются, пока усыновление законным образом не уничтожено (т. XI ч. 1, изд. 1896 г., ст. 326). В отношении католиков законодательство, действующее в Царстве Польском, постановляет, что родство и свойство гражданское составляют препятствие к браку между усыновившим и усыновленным и его нисходящими, между усыновленными и от брака рожденными детьми одного и того же лица, между усыновленным и женою или мужем лица усыновившего (пол. о союзе брачном 1836 г., ст. 35). В отношении православных закон безмолвен и практика склоняется к выводу, что препятствия в гражданском родстве нет, хотя такое заключение мало согласуется с идеей запрещения брака между лицами, связанными одним кровом. Следует, однако, иметь в виду, что согласно закону 3 июня 1902 г. возможно усыновление собственных внебрачных детей, и тогда вопрос переносится на почву препятствий, создаваемых незаконным родством.

В. В противоположность указанным обстоятельствам, влекущим за собою недействительность брака, существует другой ряд причин, по которым священники лишь обязываются воздерживаются от венчания под страхом наказания. Наказание может угрожать и повенчавшимся, хотя брак, совершенный вопреки запрещению, остается в своей силе.

1. К такого рода условиям относится согласие родителей на брак их детей. Вытекая из недостаточного сознания последними важности брака, с достижением совершеннолетия подобная зависимость становится излишнею. Однако по нашему закону безусловно запрещается вступать в брак без дозволения родителей или заменяющих их опекунов и попечителей (ст. 6), так что необходимость испрашивания родительского разрешения не ограничивается никаким возрастом. Только для лютеран этот вопрос получил полное обстоятельное разрешение (т. XI ч. 1, изд. 1896 г., ст. 319–321). Брак, совершенный без согласия родителей, сохраняет свою силу, но по жалобе родителей провинившиеся дети могут подвергнуться тюремному заключению на время от 4 до 8 месяцев и, сверх того, могут лишиться права наследовать по закону в имении того из родителей, которого они оскорбили своим неповиновением (улож. о наказ., ст. 1566). Представление священнику письменного дозволения родителей не требуется, достаточно, если священник не знает о запрещении со стороны родителей. По некоторым же законодательствам отсутствие родительского согласия влечет за собою даже недействительность брака. Особенно строго относится французское право к обязанности детей заручиться разрешением родителей. Может быть, это результат долгой и упорной борьбы в этой стране между католическою церковью и королевскою властью, из которых первая не признавала существенным для силы брака согласие родителей (Тридентский собор 1565 г.), а вторая настаивала на значении родительского согласия (*Ordonnance de Blois* 1549 г.). По германскому уложению родительское согласие уже не имеет такого значения (§ 1304 и 1323).

2. Такое же значение имеет разрешение начальства на вступление в брак. По общему правилу лица всех состояний могут вступать между собою в брак, не испрашивая на то ни особого от правительства дозволения, ни увольнения от сословий и обществ, к которым они принадлежат (ст. 1). Но лицам, состоящим на службе, как военной, так и гражданской, запрещается вступать в брак без дозволения их начальства, удостоверенного письменным свидетельством (ст. 9). Исторически, со времени Петра, в нашем законодательстве вводится ряд постановлений, ограничивающих свободу вступления в брак лиц военного ведомства. При издании Свода Законов правило это было распространено, хотя и не основательно, на лиц гражданского ведомства. Едва ли, однако, можно утверждать, что требование это потеряло всякое значение. Оно имеет полное применение, скреплено уголовною санкцией (улож. о наказ., ст. 1565). По мысли закона согласие начальства обуславливается только служебными препятствиями, но трудно согласиться, чтобы начальство не могло отказать в своем разрешении на брак, препятствие к которому явно обнаруживается из документов, хотя бы в интересах службы брак и не служил препятствием.

Особые правила о разрешении начальства были установлены в 1876 г. для лиц военного ведомства и вновь пересмотрены в 1901 г. Исходя из того взгляда, что брак офицера, который не имеет достаточного содержания, может привести к материальному положению, не соответствующему его офицерскому достоинству, закон совершенно запрещал офицерам жениться ранее 23 лет; в возрасте от 23 до 28 лет допускал брак только при условии, если офицер представит обеспечение в виде недвижимости или вклада; и только после 28 лет, когда предполагается, что офицер достиг на службе положения, материально его обеспечивающего, он мог жениться без условий. Но законом 22 марта 1909 г. представление обеспечения как условие допущения брака для офицеров военно-сухопутного ведомства отменено и сохранено лишь для офицеров военно-морского ведомства, не достигших 25 лет. Все же и по новому закону офицеру, не достигшему 23 лет, вступление в брак безусловно воспрещается (т. IV, уст. воин. пов. по прод. 1909 г., ст. 28, п. 2). Нижним чином, состоящим на действительной обязательной службе, запрещается вступать в брак (уст. воин. пов., ст. 28, п. 1, по прод. 1910 г.).

3. Родство и свойство, имеющие в ближайших степенях разрушительное значение для браков, совершенных вопреки установленным правилам, на дальнейших степенях, от 5-й до 7-й включительно, составляют препятствие, устранимое с разрешения епархиального архиерея. Во всяком случае даже без последнего условия брак остается в своей силе.

IV. Совершение брака. Брак лиц христианских вероисповеданий у нас, в России, должен происходить в форме церковного венчания, под опасением в противном случае недействительности. Это правило относится даже к лютеранам (т. XI ч. 1, изд. 1896 г., ст. 300), хотя лютеранская церковь и не признает за браком характера таинства. Православные, желающие вступить в брак, должны уведомить о том священника своего прихода (ст. 25), хотя сплошь и рядом, несмотря даже на специальный указ Синода (27 мая 1853 г.), венчание происходит не в своей приходской церкви. Ему должны быть предоставлены все данные, способные убедить, что препятствий к браку не имеется. Если в священнике не возникает сомнения в том, что вступающие в брак достигли брачного возраста, то нет основания требовать представления метрических свидетельств жениха и невесты (указ Синода 27 ноября 1898 г.). Предъявление паспорта или полицейского свидетельства вызывается необходимостью удостовериться, с одной стороны, в личности жениха и невесты, если они лично неизвестны священнику, с другой стороны, в отсутствии брачных уз, связывающих уже того или другого, так как в паспорте делаются отметки о брачном состоянии (указ Синода 14 апреля 1906 г.). Вопреки установленной законом (т. IV, уст. воин. пов., ст. 118 и 185) обязанности требовать от лиц мужского пола, не достигших 21 года, свидетельства о приписке к призывному участку, а от лиц, перешедших этот возраст, свидетельства о явке к исполнению воинской повинности, Синод разрешил не требовать от желающих вступить в брак представления таких свидетельств (указ 14 августа 1906 г.). Зато от лиц, состоящих на гражданской или военной службе, священник обязан потребовать письменного разрешения со стороны начальства на вступление в брак. Удостоверившись в отсутствии препятствий, священник делает троекратное оглашение в ближайшие воскресные и другие праздничные дни для того, чтобы всякий знающий о существовании препятствий мог своевременно заявить о том. Дальнейшею предупредительною мерою является так называемый обыск, т.е. дознание, производимое причтом. В настоящее время оно сводится к удостоверению со стороны свидетелей отсутствия препятствий к браку, которое заносится за подписью вступающих в брак и свидетелей в обыскную книгу.

Все эти подготовительные действия завершаются венчанием в церкви, при котором должны присутствовать брачащиеся лично и не менее двух свидетелей. Венчание православных лиц вне церкви допускается в тех только местах, где по обстоятельствам венчание в церкви невозможно, например, в Сибири, где на огромном пространстве нельзя встретить храма, притом к таковым венчаниям не дозволяется приступать без благословения епархиальных архиереев (ст. 31). Совершение брака возможно только в определенные дни, а также в дневные часы, хотя обычай отстранил каноническое условие, перенеся венчание на вечернее время.

Каждый брак записывается в приходскую метрическую книгу, из которой выдается выпись. В случае возникших о метрических актах сомнений, а равным образом, если брак в них не записан, событие может быть доказываемо: обыскною книгою, исповедными росписями,

гражданскими документами, если из них видно, что именуемые супругами признавались таковыми в присутственных местах и бесспорно пользовались правами, зависящими от законного супружества, наконец, следствием (т. X ч. 1, ст. 35). Последнее должно заключать в себе показания: причта, который венчал брак, бывших при браке свидетелей и вообще знающих о достоверности события брака (т. X ч. 1, ст. 36). В числе доказательств, перечисляемых законом в дополнение метрической записи, опущено одно, имеющее важное значение, – это отметка в паспорте о совершении венчания.

Браки лиц всех вообще христианских исповеданий должны быть совершаемы духовенством той церкви, к которой принадлежат вступающие в супружество. В Западном крае и в Царстве Польском смешанные браки между лицами неправославных христианских вероисповеданий совершаются священником той веры, к которой принадлежит невеста (ст. 75, пол. о союзе брачном, ст. 192). За неимением в месте жительства инославных, желающих вступить в брак, священника соответствующей веры венчание может быть произведено православным священником с тем последствием, что расторжение таких браков производится уже по правилам православной церкви (т. X ч. 1, ст. 65). Брак православного лица с лицом другого христианского исповедания должен быть совершен непременно в православной церкви и может быть затем повторен по обряду церкви другого супруга (ст. 67). Обряд бракосочетания у лютеран должен быть предпочтительно совершаем в церкви, но может, однако, быть совершен и в частном доме (т. XI ч. 1, изд. 1896 г., ст. 303).

Относительно нехристиан у нас постановлено, что каждому племени и народу, не исключая и язычников, дозволяется вступать в брак по правилам их закона или по принятым обычаям, без участия в том гражданского начальства или христианского духовенства (ст. 90).

V. Гражданский брак. В настоящее время почти во всех европейских государствах, к какому бы вероисповеданию ни принадлежало их население, даже в православной Румынии, церковную форму такого брака сменил гражданский брак. Гражданский брак – это также формальный брак, только лишенный церковного освящения и совершаемый перед гражданской, а не духовною властью, – только глубокое невежество могло использовать этот термин для обозначения внебрачного сожительства. Убедившись из представленных документов в наличии необходимых для брака условий и в отсутствии препятствий, гражданский чиновник (во Франции мэр) делает оглашение о предстоящем браке посредством вывешиваемого на некоторое время объявления. Если никем не было сообщено о существовании препятствий, чиновник в назначенный день в присутствии брачующихся и свидетелей читает статьи законов, определяющие права и обязанности супругов, спрашивает жениха и невесту о желании вступить в брак друг с другом и затем объявляет их мужем и женою. В Германии гражданский чиновник (Standesbeamte) ставит лишь вопрос о согласии на брак и по получении удовлетворительных ответов объявляет их законными супругами; статьи закона не читаются. Совершенный таким образом брак заносится в особую книгу. Отсюда видно, что гражданский брак отличается от церковного только отсутствием венчания.

Гражданский брак явился следствием реформации, создавшей небывалое до того различие вероисповеданий, взаимную религиозную нетерпимость и, с другой стороны, отвергшей за браком значение таинства. Впервые гражданский брак был создан в Голландии в XVI веке, где он явился как необходимый выход из затруднительного положения, а оттуда перешел в Англию. Во Франции гражданский брак был принят во время первой революции и утвержден кодексом Наполеона. Из Франции брак распространился всюду за кодексом. Германия, хотя страна по преимуществу протестантская, установила гражданскую форму брака только во время разгара культурной борьбы с церковным авторитетом, в 1875 г. В Румынии гражданский брак был принят в 1894 г. по примеру Франции. Гражданский брак имеет на западе тройное значение: 1) Он называется факультативным, когда усмотрению самих брачующихся предоставляется выбрать церковную или гражданскую форму, как, например, в Англии. 2) Он называется обязательным, когда закон предписывает обязанность гражданского брака, не признавая никакого юридического значения за одним церковным венчанием, как в Германии и Франции; это не мешает желающим освятить свой брак и сверх того после церковным благословением, только последнее имеет лишь религиозное, но не юридическое значение. 3) Третий тип представляет гражданский брак в

Австрии, где обращение к нему обусловливается безвыходностью положения, которая создается или тем, что священники уклоняются от благословения смешанных браков, или же тем, что лицо, не принадлежащее к церкви венчающей, считает насилием над своею совестью принятие благословения от чуждого ему священнослужителя.

В России некоторое подобие гражданского брака установлено по закону 12 апреля 1874 г. для раскольников (старообрядцев) ввиду государственной необходимости. Дело в том, что государственной властью до 17 апреля 1905 г. не признавались исповедание и духовенство старообрядцев, так что их венчанные браки не имели в глазах правительства религиозного характера. А между тем невозможно было оставить без определения и последствий все возникавшие из их семейного союза отношения. Выходом из этого затруднительного положения послужил бы гражданский брак. Но ввести гражданский брак в его чистом виде, хотя бы и для раскольников, правительству представлялось опасным ввиду возможного распространения и утверждения самой идеи гражданского брака в сознании русского общества. Поэтому брак раскольников получил довольно неопределенную окраску (т. IX, ст. 941–948). По сделанному письменно или словесно заявлению о желании оформить брак полицейское управление или волостное правление составляет объявление и выставляет его в течение семи дней при дверях управления. Все, имеющие сведения о препятствиях, обязаны дать знать управлению. По истечении семи дней управление выдает лицу, заявившему желание записать свой брак, свидетельство о произведенном объявлении. С этим свидетельством оба супруга должны явиться лично с четырьмя свидетелями в полицейское управление, которое ведет метрические книги, и здесь совершается запись брака. Браки старообрядцев приобретают в гражданском отношении (через занесение их в установленные метрические книги) силу и последствия законного брака. Воспрещаются и не подлежат записи такие браки старообрядцев, которые запрещены гражданскими законами (ст. 78). Таким образом, браки старообрядцев не совершаются в присутствии гражданской власти, а только регистрируются уже совершенные по их обрядам, в чем и обнаруживается существенное отличие от настоящего гражданского брака. Полицейский чиновник не спрашивает о согласии вступающих (или вступивших?) в брак, не провозглашает их законными супругами. Следовательно, в браках старообрядцев религиозный момент отделяется от юридического, но при этом а) юридический момент состоит не в совершении брака, а в регистрации совершенного уже брака, б) религиозный момент не имеет юридического значения, потому что с отрицанием раскольникового духовенства связано и отрицание таинства в браке, совершенном представителем непризнанного духовенства. Вначале Сенат высказался в том смысле, что "запись брака раскольников в полицейскую метрическую книгу должна считаться равносильной самому заключению брака" (94, 36), но потом пришел к обратному выводу, что "эта запись ни в каком случае не может быть рассматриваема в качестве такого акта, который устанавливает самое совершение брака" (02, 69). Если же запись в полицейские книги лишь удостоверяет уже совершенный брак, то оставалось сделать вывод, что брак старообрядцев может быть доказываем и иными способами (об. собр., 99, 28), чем совершенно устраняется исторический смысл закона 1874 г.

Указом 17 апреля 1905 г. настоятелям и наставникам старообрядческих общин вменено ведение метрических книг, причем бракосочетающиеся записываются в книги немедленно по совершении соответствующей требы (ср. указ 17 октября 1906 г.). Однако признание старообрядчества и его духовенства пока ни в чем не изменило закона 1874 г., как это можно видеть даже по продолжениям Свода Законов сводным 1906 и 1912 гг. и очередным 1908, 1909, 1910, 1911 и 1913 гг. Между тем не законодательным путем, а в порядке Верховного управления Высочайше утвержденным 12 февраля 1907 г. положением Совета министров определено, что старообрядцы, записанные за время, предшествующее изданию настоящего закона (?), в сословные посемейные списки или иного рода заменяющие сии списки документы мужем и женою, а по полицейским метрическим книгам не числящиеся в брачном союзе, как не отвечающие законным требованиям регистрации, признаются состоящими в законном браке. Юридическая запутанность вопроса достигает высшей точки.

§ 61. Расторжение брака

Литература: Кулишер, Развод и положение женщины, 1896; Способин, О разводе в России, 1881; Загоровский, О разводе по русскому праву, 1884; Полежаев, Душевная болезнь одного из супругов как повод к расторжению брака (Жур. юр. общ., 1896, N 8); Розенбах, Расторжение брака вследствие помешательства (Жур. Мин. Юст., 1899, N 3); Чиж, Расторжение брака вследствие помешательства супруга (Вестн. пр., 1899, N 8); Воротынский, Душевная болезнь одного из супругов как повод к расторжению брака (Врач, 1898, N 45); Суворов, О безбрачии как последствии расторжения брака по причине прелюбодеяния (Юр. вестн., 1899, N 8); Соловьев, О вечном безбрачии виновного супруга (Юр. вестн., 1881, N 2); Глубоковский, Развод по прелюбодеянию и его последствия по учению Христа Спасителя (Христианское Чтение, 1895, январь–апрель); Гусаков, Отмена безбрачия для разведенных (Право, 1904, N 31); Нечаев, К вопросу о разводе (Право, 1903, N 6); Б. Попов, Зачет прелюбодеяния в иске о разводе (Право, 1909, N 17).

I. Основания расторжения. Совместное сожителство, соединенное с браком, устанавливается не на срок, а на всю жизнь супругов. Смерть одного из них естественным образом прекращает этот союз.

Однако как нравственный союз, имеющий своею целью полное общение, физическое и духовное, он лишается своего содержания с невозможностью достижения этой задачи становится тяжелым бременем для связанных навсегда супругов. Нравственный союз, потерявший свою нравственную основу, должен быть расторгнут, иначе он может принять форму безнравственного общения. Разлучение супругов (*separatio*) не достигает цели, потому что оно сохраняет внешнюю связь там, где нет никакого внутреннего содержания, потому что оно узаконяет брак без сожителства, составляющего его основную цель, и потому, что оно толкает разлученных, но не разведенных супругов на незаконные союзы. Только прекращение неудачного брака открывает возможность другого, более счастливого. Это достигается разводом, под которым понимается прекращение законно существовавшего брака по указанным в законе причинам. Отсюда обнаруживается отличие развода от естественного прекращения брака смертью одного из супругов и от признания брака недействительным, т.е. законно не существовавшим.

Трудность законодателя в деле развода заключается в определении тех условий, при которых становится невозможным общение и сожителство: оно может или настолько затруднить расторжение браков, что многие из них не будут соответствовать своей идее, или же, наоборот, настолько облегчить возможность развода, что каждая ссора станет поводом к разрыву, и брак превратится во временное сближение двух лиц разного пола. Задача законодателя еще более затрудняется там, где не существует гражданских браков и необходимо считаться с каноническими правилами, не склонными приспособляться к условиям времени.

II. Развод по западным законодательствам. Первоначально развод всюду носит характер односторонний, как право мужа отпустить от себя жену (*repudium*) без распространения на нее такого же права уйти от мужа. В таком виде встречается развод у древних евреев, римлян, германцев. В дальнейшем с завоеванием женщиною более самостоятельного положения развод становится правом каждого из супругов. Так, в Риме по заявлению римского императора Александра Севера "издревле установлено, что браки должны быть свободны, а потому не может иметь силы условие, направленное к воспреещению разводиться".

Против этой свободы разводов выступила христианская церковь. В самой церкви сначала обнаруживаются колебания по этому вопросу, но потом достигается решительное единение в пользу нерасторжимости брачного союза. Пропаганда этой идеи в старом римском обществе имела мало успеха, но зато молодой германский мир легче поддается настояниям церкви. Полного торжества достигает взгляд католической церкви в XVI веке в постановлениях Тридентского собора, который окончательно устранил идею развода и допустил взамен лишь разлучение от стола и ложа (*separatio a mense et thoro*).

Но идея развода нашла себе поддержку в реформации, отвергнувшей в браке таинство; протестанты признали в нем чисто юридический институт, определение которого подлежит ведению светской власти.

Французская революция в законах 1792 г. стала на точку зрения, прямо противоположную той, которую отстаивала католическая церковь. Была допущена полная свобода развода по взаимному соглашению и вследствие несходства характеров; разлучение же было устранено как учреждение, толкающее на путь безнравственности. Кодекс 1804 г. стремился к примирению: допуская развод, он стеснил его свободу ограничением поводов к нему. В кодексе обнаруживается явное покровительство мужчинам: в то время как один факт нарушения верности со стороны жены дает мужу право требовать развода, жена может настаивать на разводе только в том случае, если муж вводит любовницу в свой дом. Под влиянием реакции, в эпоху торжества легитимизма и католицизма, был издан в 1816 г. закон, устранивший возможность развода и восстановивший снова разлучение. Такое положение вещей продолжалось в течение почти 70 лет. Только по закону 19 июля 1884 г. французское законодательство возвращается к свободе развода, поставленной, впрочем, в довольно тесные рамки. Законы 1886 и 1893 гг. дополнили содержание предшествующего закона. Действующее законодательство Франции допускает развод по следующим основаниям: прелюбодеяние; жестокое обращение, начиная с нанесения ударов и до покушения на жизнь (*excès et sévices*); тяжкие оскорбления (*injures graves*); осуждение одного из супругов за совершенное им преступление к позорящему уголовному наказанию.

При составлении германского гражданского уложения 1896 г. законодателю приходилось считаться, с одной стороны, с протестантскою точкою зрения, успевшею выразиться в прусском ландрехте и в саксонском уложении, а с другой стороны, с оппозицией католического центра в рейхстаге. Постановления уложения являются компромиссом этих двух течений. Развод строится по уложению на принципе вины, т.е. для развода необходимо, чтобы один из супругов оказался виновным против идеи брачного сожителства. С этой точки зрения недопустим развод по обоюдному соглашению, как не основанный на вине. Впрочем, стройность этой идеи, которую отстаивали составители уложения, потерпела в рейхстаге поражение вследствие внесения в число оснований к разводу и душевной болезни одного из супругов. Самые поводы к разводу разделены на две группы – на абсолютные и относительные. В первом случае, например при прелюбодеянии, установление факта супружеской неверности является достаточным для развода; во втором случае, например при грубом обращении, необходима еще оценка суда, насколько несовместим установленный факт с идеей брачного общения. К поводам первого рода закон относит, помимо прелюбодеяния, посягательство на жизнь и злонамеренное оставление, которое понимается не как безвестное отсутствие, а как сознательное уклонение от совместной супружеской жизни в течение года (§ 1565–1567). Второе основание формулировано как грубое нарушение созданных браком обязанностей или бесчестное или развратное поведение, столь глубоко расшатавшее супружеские отношения, что продолжение брака стало невозможным (§ 1568). Наконец, супруг может предъявить иск о разводе, если другой супруг впал в душевную болезнь, которая продолжалась во время брака не менее трех лет и настолько развилась, что духовное общение между супругами прекратилось и притом исчезла всякая надежда на восстановление этого общения (§ 1569).

В Швейцарии по новому кодексу развод допускается в случае прелюбодеяния, покушения на жизнь, грубого обращения, тяжких оскорблений, намеренного оставления, душевной болезни. По указании рода определенных фактов, дающих основание просить о разводе, швейцарский кодекс в виде общего принципа предоставляет каждому супругу право требовать развода, если брачный союз так глубоко подорван, что совместная жизнь стала невыносимой (§ 142).

В Англии развод весьма затруднен. Согласно закону 28 августа 1857 г. собственно только прелюбодеяние составляет законный повод к расторжению брака. Как бы в возмещение этого закон 1895 г. значительно увеличивает поводы к разлучению супругов. При этом закон составлен односторонне в пользу мужа: он вправе требовать развода при установлении факта нарушения супружеской верности, жена же получает это право только тогда, если нарушение верности со стороны мужа усложняется еще двоеженством, кровосмешением, противоестественным пороком, жестокостью (*gross cruelty*) и злонамеренным оставлением в течение двух лет.

Развода не знают под влиянием католицизма законодательства Австрии, Италии, Испании, Португалии. Замечательно, что в Бельгии, где сохранился развод по обоюдному согласию, расторжение брака по этому основанию оказывается чрезвычайно редким.

III. История развода в России. В прежнее время в России развод допускался в более широких размерах, нежели в настоящий момент. Причиной тому является влияние на русскую семью со стороны восточной церкви, которая усвоила себе более свободный взгляд на расторгимость брака, нежели западная. С другой стороны, в России церковь воздействовала на жизнь под руководством светской власти, которая сама была настолько увлечена государственным строением, что обращала мало внимания на частный быт.

В московский период встречается много обстоятельств, которые способны были вести к расторжению брака. Прежде всего, конечно, сюда следовало отнести прелюбодеяние, которое давало мужу, но не жене право требовать развода, а священнику развод в этом случае вменялся в обязанность. Основаниями к разводу служили также неспособность сожития со стороны мужа, бесплодие жены, пострижение в монашество, чаще всего насильственное, мужем жены. Развод допускался вследствие болезни супруга, "аже жене лихий недуг болит", а особенно в случае проказы. Под влиянием византийским православная церковь признавала поводами к расторжению брака, если жена мылась в одной бане с мужчинами, если без согласия мужа посещала цирк, театр, амфитеатр, хотя эти поводы не имели корней в русской жизни, которой были чужды эти формы увеселений. Самостоятельно русский быт выдвигал, как достаточное основание для развода, обоюдное согласие супругов: "...как мы по своей воле сошлись, – говорится в разводных актах, – так по своей доброй воле и разошлись... договорились мы полюбовно, чтобы нам брак наш расторгнуть".

В петербургский период вырабатывается более строгий взгляд на возможность расторжения брака. Соответственно тому сокращаются поводы к разводу, бывшие до сих пор в ходу. Но государственная точка зрения выдвигает взамен одних поводов ряд других. Сюда относятся: расторжение первого брака в случае двоебрачия, расторжение брака в случае безвестного отсутствия, в случае ссылки, вследствие несообщения одним супругом другому о заговоре против государя. Нельзя не заметить, что со времени Петра I обнаруживается тенденция уравнивать женщин с мужчинами в праве требовать развода.

С XIX века появляется стремление по возможности ограничить число поводов к разводу, прекратить всякие неформальные способы расторжения браков (разводные письма, отпускные). Указ 1850 г. окончательно установил несколько поводов к расторжению брака. Бракоразводные дела ведаются у нас исключительно духовными судами.

IV. Развод православных по действующему праву. Для лиц православного исповедания в настоящее время допущены следующие поводы к расторжению брака.

1. Главным поводом является прелюбодеяние одного из супругов. Допуская развод по прелюбодеянию, православная церковь основывается на тексте Евангелия (Матр., XIX, 9): "Но Я говорю вам: кто разведется с женою своею не за прелюбодеяние и женится на другой, тот прелюбодействует". Под именем прелюбодеяния следует понимать только половое сношение одного из супругов с посторонним лицом, все равно состоящим в браке или свободным, все равно в виде постоянного сожительства или единичного факта. Право требовать развода принадлежит одинаково как мужу, так и жене.

Просьба о расторжении брака по прелюбодеянию не может быть удовлетворена: а) если тот же факт послужил основанием для потерпевшего супруга возбудить против виновного супруга уголовное преследование за нарушение супружеской верности (улож. о наказ., ст. 1585 и уст. угол. суд., ст. 1016); б) если ищущий развода супруг сам будет уличен в нарушении супружеской верности, хотя этот вывод, принятый в практике наших духовных судов, не имеет под собою ни юридического, ни нравственного основания.

В установлении факта прелюбодеяния духовные суды стеснены предписанною им формальною теориею доказательств. Собственное признание ответчика в нарушении святости брака не принимается в уважение (ст. 47 и уст. дух. конс., ст. 250). Главными доказательствами преступления должны быть признаны: а) показания по крайней мере двух очевидных свидетелей и б) прижитие детей вне законного супружества, доказанное метрическими актами и доводами о

незаконной связи с посторонним лицом. Затем прочие доказательства, как-то: письма, обнаруживающие преступную связь ответчика; показания свидетелей, не бывших очевидцами преступления, но знающих о том по достоверным сведениям или по слухам; показания обыскных людей о развратной жизни ответчика и другие, — тогда только имеет свою силу, когда соединяются с одним из главных доказательств, или же γ) в своей совокупности обнаруживают преступление (уст. дух. конс., ст. 249). Один солдат подал в консисторию прошение о разводе с приложением документов, указывая, что его жена поступила в дом терпимости и что ни просьбы, ни угрозы мужа не могли ее оттуда вырвать. Но из консистории получился совершенно классический ответ: проживание жены в публичном доме с целями разврата, а равно и желтый билет, выданный жене полицией, не могут служить доказательствами супружеской измены. На этом основании консистория предложила солдату представить двух свидетелей-очевидцев, объяснив, что в противном случае жалоба его останется без последствий, так как только свидетели, которые сами "все видели", считаются (с консисторской точки зрения) достаточным доказательством прелюбодеяния.

Сюда же относится случай нарушения святости брака вступлением в другой брак, которое дает оставленному супругу право просить о разводе (ст. 41).

2. Брак может быть расторгнут вследствие неспособности к брачному сожитию в его физическом моменте (*impotentia*). Неспособность следует понимать в смысле неспособности к совокуплению, а не в смысле неспособности иметь детей. Неспособность должна быть природною (ст. 49), во всяком случае возникшей до брака, а не наступивший уже в браке. Неспособность может быть или органическою, или искусственною (скопцы), физическою или психическою, но неспособностью с точки зрения нашего закона нельзя признать опасность совокупления для одного из супругов вследствие болезни другого, например при сифилисе. Развод на этом основании может быть возбужден не ранее как через три года по совершении брака (ст. 48). Неспособность должна быть подтверждена освидетельствованием во врачебном отделении губернского правления, заключение которого нуждается еще в отзыве медицинского совета министерства внутренних дел. Последствием развода на этом основании является запрещение больному супругу вступать в новый брак (уст. дух. конс., ст. 253), однако препятствие это не может считаться безусловным, потому что оно является не наказанием, а лишь предупредительною мерою, и удостоверенное в установленном порядке выздоровление способно открыть возможность вступления в брак.

3. Лишение прав состояния одного из супругов по приговору уголовного суда создает основание просить о расторжении брака для вступления в новый (ст. 50). Не судебный приговор сам по себе прекращает брак, а совершенный в установленном порядке развод, который возбуждается просьбою, основанною на приговоре. Если оставшийся супруг не просил о разводе, а виновный вернулся по отбытии наказания или вследствие помилования, то теряется основание к разводу (ст. 53). Точно так же утрачивается возможность развода, если другой супруг добровольно последовал за осужденным.

По уложению о наказаниях 1885 г. только лишение всех прав состояния давало основание просить о расторжении брака, притом не самому осужденному, а лишь его супругу. По закону 14 декабря 1892 г. право просить о расторжении брака было расширено случаями лишения всех особенных прав и ссылкой на поселение, а также распространено и на самого осужденного супруга. Законом 12 июня 1900 г. ссылка на поселение в Сибирь и в Закавказье, а равно ссылка на житье в Сибирь и другие, кроме сибирских, отдаленные губернии, отменена, однако сохранена ссылка на поселение в местности, к тому предназначенные.

В настоящее время брак может быть расторгнут в случае, когда один из супругов приговорен к наказанию, сопряженному с лишением всех прав состояния, или же сослан на житье в Сибирь с лишением всех особенных прав и преимуществ (ст. 45 по Прод. 1906 г.), несмотря на то, что согласно указу Сената от 16 января 1901 г. дополнительным приговором суда ссылка на житье будет заменена иным наказанием. так как закон имеет в виду лишение прав по приговору уголовного суда, то основанием к разводу не служат: а) лишение некоторых прав, соединяемое с исключением из дворянского сословия, и б) ссылка в порядке административном. Закон предусматривает тот случай, когда один из супругов приговорен к наказанию. Значит ли это, что в

случае осуждения обоих оба лишаются права просить о разводе? Такой вывод можно было делать, пока законодатель предоставлял только невиновному супругу право просить о расторжении брака. Когда же это право предоставлено и осужденному, нет основания устранять возможность развода при осуждении обоих.

Невинный супруг, не последовавший за осужденным на поселение в местность, к тому предназначенную, может просить епархиальное начальство о расторжении брака по истечении двух лет со дня вступления в законную силу приговора, осуждающего виновного супруга (т. XIV, уст. о ссыльн., ст. 5001, по Прод. 1906 г.). При осуждении в каторжные работы невиновный супруг может подать просьбу немедленно по вступлении приговора в законную силу.

Осужденный супруг, если другой супруг не последовал за ним в местность, предназначенную для поселения, может просить через полицейское управление, в ведении которого состоит, о расторжении брака в установленные сроки: ссыльнокаторжные, смотря по разряду, через 1–3 года после поступления в разряд исправляющихся, а ссыльнопоселенцы – через два года по вступлении в законную силу судебного о них приговора.

4. Поводом к разводу служит безвестное отсутствие одного из супругов, продолжающееся не менее пяти лет (ст. 54). Просьба о разводе на этом основании предполагает удостоверение в безвестном отсутствии, произведенное в порядке, установленном по закону 14 января 1895 г. Просьба о расторжении брака по случаю безвестного отсутствия, подаваемая духовной консисторией, должна содержать в себе обстоятельные указания по тем многочисленным вопросам, которые поставлены самим законом. Проситель может представить всякие имеющиеся в его распоряжении письменные доказательства, удостоверяющие безвестное, не менее пяти лет, отсутствие супруга, а также указать лиц, могущих подтвердить обстоятельства, приводимые им в подкрепление своего иска.

Консистория, соображаясь с показаниями, сделанными в прошении, рассылает через полицию повестки к родителям и родственникам супругов, а равно ко всем тем лицам, которые могут иметь ближайшие сведения об отсутствующем, для представления отзывов о том, что им известно. Вместе с тем консистория наводит справки административным порядком, а также печатает в "Церковных ведомостях" о возбужденном иске.

По истечении года со времени напечатания объявления консистория приступает к рассмотрению дела и если не возникает сомнения в безвестном отсутствии, то полагает решение о расторжении брака. Согласно указу 10 декабря 1903 г. отменена необходимость утверждения Синодом решений консистории о расторжении брака по безвестному отсутствию лиц, принадлежащих к привилегированным сословиям, так что теперь все дела этого рода подлежат окончательному решению местной духовной власти. Суждение о вине безвестно отсутствующего супруга, если брак будет расторгнут, отлагается до явки его или обнаружения места его пребывания. [Срок безвестного отсутствия не менее пяти лет сокращен до двух в отношении расторжения браков лиц, принимавших участие в русско-японской войне и пропавших без вести в районе военных действий (ст. 561 по прод. 1908 г.)].

5. Поводом к расторжению брака может служить пострижение в монашество, состоявшееся по взаимному согласию обоих супругов. Условием для такого одновременного пострижения является отсутствие детей малолетних и требующих родительского призрения (т. IX, зак. о сост., ст. 413, п. 1). Второе условие, нередко выставляемое, а именно наименьший возраст, для мужчины 30, для женщины 40 лет (т. IX, зак. о сост., ст. 410), отвергается некоторыми канонистами (Суворов), как не относящееся к постригающимся супругам. Если считать, как это делает Павлов, что совместное пострижение обоих супругов представляется не разводом, а пожизненным разлучением супругов, то, конечно, не может быть речи о возможности для супруга, сложившего с себя монашество, вступить в новый брак. Но если признать, что пострижение супругов в монашество влечет за собою расторжение брака, то нет основания запрещать оставившему монашество вступить в новый брак, по крайней мере среди ограничений, падающих на выходящего, таковое не указывается (т. IX, зак. о сост., ст. 415).

Таковы основания к разводу для лиц православных. Те же основания могут послужить поводом к расторжению браков между старообрядцами с тою только разницею, что расторжение производится не духовною, а гражданскою властью, судом (ст. 78).

Сравнение показывает, как различны основания, принимаемые законодателем к расторжению браков, а с другой стороны, как мало значит количество поводов, потому что один четвертый повод французского и германского права превосходит все, что дает русское право.

V. Развод инославных и нехристиан. Браки между католиками в России не подлежат расторжению, потому что они находятся под действием исключительно канонических правил, а по учению католической церкви брак нерасторжим с момента физического общения (*matrimonium consumptum*). Следовательно, он может быть признан только недействительным. Поэтому при неспособности одного из супругов, принадлежащих к православию, брак расторгается, тогда как католический брак в этом случае признается недействительным (закон 1836 г. для Царства Польского, ст. 22). Поэтому лишение всех прав состояния, безвестное отсутствие и прелюбодеяние не могут послужить основанием к расторжению католического брака. Отрицая возможность развода даже в случае прелюбодеяния, католическая церковь основывается на тексте Евангелия: "Он сказал им: кто разведется с женою своею и женится на другой, то прелюбодействует от нее" (Еванг. от Марка, гл. X, ст. 11); "Всякий разводящийся с женою своею и женящийся на другой прелюбодействует, и всякий женящийся на разведенной с мужем прелюбодействует" (Еванг. от Луки, гл. XVI, ст. 18).

Признавая брак, совершенный другою церковью, католическая церковь не допускает расторжения такого брака. Даже более, в случае смешанных браков католиков с православными или лютеранами расторжение брака православною или евангелическою духовною властью не освобождает католического супруга от признания его с точки зрения католической церкви состоящим в браке.

Сравнительная таблица поводов к разводу

Россия	Франция	Германия	Англия
1. Прелюбодеяние	1. Прелюбодеяние	1. Прелюбодеяние	1. Прелюбодеяние
2. Судебное осуждение с лишением прав	2. Судебное осуждение на каторжные работы	2. Судебное осуждение за противоестественные пороки	
3. Неспособность к сожитию	3. Жестокое обращение	3. Покушение на жизнь	
4. Безвестное отсутствие	4. Тяжкие оскорбления супружеского долга	4. Тяжкие оскорбления супружеского долга	
5. Пострижение в монашество		5. Злонамеренное оставление	
		6. Душевная болезнь	

Наибольшая легкость развода существует в России для лиц евангелического исповедания. Кроме причин, признаваемых православною церковью, для лютеран имеются следующие причины к разводу: неизлечимая прилипчивая и крайне отвратительная болезнь, сумасшествие, развратная жизнь и противоестественные пороки, жесткое и угрожающее опасностью обхождение, намерение лишить супруга чести, свободы, жизни, злонамеренное оставление (т. XI ч. 1, изд. 1896 г., уст. иностр. исп., ст. 369). Таким образом, сумасшествие одного из супругов, которое для православных может послужить основанием для признания брака недействительным (ст. 37, п. 1), для лютеран является основанием к расторжению действительного брака. Последствием развода по прелюбодеянию является запрещение виновному супругу в течение трех лет вступать в новый брак до разрешения консистории, которое может быть дано по указанным в законе причинам (т. XI ч. 1, изд. 1896 г., ст. 331).

Для нехристиан основанием к расторжению брака, сверх поводов, допускаемых их верою, служит присоединение одного из супругов к христианству. Лицо нехристианского исповедания по восприятию крещения может пребывать в единобрачном сожительстве с некрещеным супругом; брак их остается в силе и без утверждения его церковным венчанием (ст. 79). Таким образом, при обоюдном согласии такой брак продолжает сохранять значение. Но при отсутствии этого согласия брак может быть расторгнут, причем инициатива расторжения распределяется законом не однообразно. В браке иудейском она принадлежит супругу, оставшемуся в прежней вере, в

магометанском – обращенному в христианство. Если муж или жена иудейского закона по обращении другого супруга в православие жить в прежнем брачном союзе не пожелают, то брак расторгается христианскою духовною властью и обратившемуся лицу разрешается вступить в брак с христианином (ст. 81). Следует полагать, что принятие иудеем лютеранства не составляет основания к расторжению брака, потому что такое сожителство не противоречит догматам лютеранской церкви. Новокрещеный магометанин, если имел несколько жен, должен выбрать одну из них, и брак их продолжается; но если он не изъявил согласия жить с некрещеною, то ему дозволяется вступить в новый брак с христианкою (ст. 82, 83).

§ 62. Личные и имущественные отношения супругов

Литература: Жид, Гражданское положение женщины с древнейших времен, 1902; Оршанский, Личные и имущественные отношения супругов (Суд. журнал, 1874); Савельев, Юридические отношения между супругами, 1881; Рейнке, Движение законодательств об имущественных правах замужней женщины (Жур. гр. и уг. пр., 1884, N 3); Азаревич, Семейные имущественные отношения по русскому праву (Жур. гр. и уг. пр., 1883, N 4); Шменин, Личные и имущественные отношения супругов (Жур. гр. и уг. пр., 1893, N 6); Победоносцев, Курс гражданского права, т. II, стр. 104–133; Качан, О совместной жизни супругов (Жур. Спб. Юр. Общ., 1894, N 7); О.Пергамент, К вопросу об имущественных отношениях супругов по древнейшему русскому праву (Жур. Мин. Нар. Пр., 1894, N 11); Бардзкий, Иск мужа о водворении к нему жены согласно ст. 103 т. X ч. I (Жур. Мин. Юст., 1898, N 2); Боровиковский, Суд и Семья (Отчет судьи, вып. 2, 1892, стр. 207–348); Загоровский, Курс семейственного права, 1902; Синайский, Личное и имущественное положение замужней женщины в гражданском праве, 1910; Флейшиц, Новелла семейственного права (Право, 1914, N 14).

I. Отношения между супругами на Западе. Германские племена внесли в жизнь новых народов взгляды на семью, которые так прочно утвердились, что ни продолжительный период времени, ни влияние рецепции римского права, ни новые идеи XVIII века не в состоянии были их вытеснить. По древнегерманскому праву жена находилась под опекою мужа (*mundium*), который был единственным представителем семьи на внешней стороне. В отношении женщин действовала вечная половая опека отца, братьев, мужа. Из личной подчиненности вытекала уже и имущественная несамостоятельность. Жена была хозяйкою дома, но ей ничего не принадлежало, даже то, что она принесла с собою в новую семью. С течением времени имущественная подчиненность перешла в имущественное общение как более мягкое выражение того же юридического явления.

В основу этой общности имущества между супругами поставлена была идея о соответствии имущественного общения с личным и нравственным общением, вытекающим из брака. В действительности такая имущественная несамостоятельность замужней женщины, устанавливаемая большинством современных западноевропейских законодательств, основывается не на идее брака, а на праве личной власти мужа над женою, с которым мало согласовалось бы имущественная независимость. Если бы общность основывалась на брачном общении, то права обоих супругов были бы равны, а между тем всюду мужу предоставляется управление общим имуществом. Право мужа на пользование и распоряжение общим имуществом не вытекает из существовавшего некогда взгляда на вечную незрелость женщины, неспособность ее к делам, потому что женщина до замужества и после прекращения брака пользуется такою же дееспособностью, как и мужчина.

Итак, устанавливаемое западными законодательствами общение имущества вытекает исторически из личной подчиненности жены мужу. Вследствие этого замужняя женщина на Западе по законодательствам романского типа не вправе совершать юридических сделок без разрешения мужа, не вправе предъявлять иск и вступать в ответ по иску, предъявленному без его согласия. По кодексу Наполеона 1804 г., который с особенною резкостью выразил буржуазный взгляд на женщину, жена подчиняется мужу в деле выбора местожительства, в воспитании детей, вся ее переписка находится под контролем мужа. Нарушение супружеской верности со стороны

жены обсуждается строже, чем неверность мужа, под тем предлогом, что проступок жены может иметь своим последствием появление в семье незаконных детей, тогда как неверность мужа теряет свое значение за дверьми дома. Французский кодекс признает жену виновной в прелюбодеянии, если бы даже ее поступок был единичный, тогда как со стороны мужа нарушение супружеской верности предполагает а) постоянную связь и б) в своей квартире за прелюбодеяние мужу грозит денежный штраф, тогда как жена может подвергнуться тюремному заключению на время до двух лет; наконец, закон находит оправдание мужу, убившему свою жену, которую он застал в момент нарушения супружеской верности (угол. код., § 324). Та же идея личной подчиненности жены мужу и ее имущественной несамостоятельности лежит в основании германских законодательств конца XVIII века, как прусский ландрехт, и начала XIX, как австрийское уложение. По прусскому праву не только жена находится в личном подчинении "главе дома", но и "все, что она приобретает во время брака, она приобретает для мужа". По австрийскому праву, "муж есть глава семьи", ему преимущественно принадлежит право вести хозяйство, а жена обязана помогать ему по возможности в ведении хозяйства и в приобретении средств. Даже саксонское уложение 1863 г. лишало жену права заключать сделки с третьими лицами без разрешения мужа.

В течение XIX века произошли крупные социальные изменения в положении женщины. Главную роль здесь сыграл экономический фактор. Торгово-промышленный тип жизни толкнул женщину на путь самостоятельного труда, а вместе с тем и заработка, а в результате создал ей фактическую самостоятельность. Женщина на фабрике, женщина во главе торгового предприятия, женщина как представительница либеральных профессий поставили вопрос о политической самостоятельности женщины, об участии ее в делах местного самоуправления и общегосударственных. Имущественное и политическое положение, завоеванное женщиной в течение прошлого столетия, не могло не отразиться на ее положении в семье и должно было вызвать изменения в гражданских законодательствах. Вопреки мнению Потье, что господство мужа вытекает из естественного права, вопреки мнению Спенсера, что "закон и в будущем будет продолжать давать перевес мужу, как обладающему большим юридическим смыслом", новейшие законодательства хотя и несмело, но неуклонно идут к освобождению жены из-под власти мужа и к уравниванию супругов в имущественных отношениях. Германское уложение 1896 г. не говорит ни слова о главенстве мужа. Правда, муж решает все вопросы, касающиеся совместной супружеской жизни, в частности, он избирает местожительства, но жена не обязана подчиняться решению мужа, если оно представляется злоупотреблением с его стороны своим правом (§ 1354). Муж обязан содержать свою жену, но если муж не в состоянии прокормить себя самого, то жена обязана доставлять мужу содержание (§ 1360). Муж может ограничить или отменить право жены на заключение сделок с третьими лицами, но если это является злоупотреблением со стороны мужа своим правом, то опекунский суд по просьбе жены может отменить эту меру (§ 1357). Таким образом, власть мужа поставлена под контроль с точки зрения нравственных мотивов, определяющих его личное отношение к жене. Еще сильнее выражено это начало в швейцарском кодексе 1907 г., которое последовательно проводит принцип государственного вмешательства в семейную жизнь для защиты жены, которое власть мужа подчиняет власти суда. Правда, здесь снова объявляется характеристика мужа как главы семейного союза. Но если один из супругов пренебрегает своими семейными обязанностями или подвергает другого супруга опасности, позору или ущербу, то страдающая сторона может обратиться к помощи судьи. Судья стремится внушить виновному супругу его долг, а при безуспешности принимает законные меры к обеспечению интересов семьи. Супруг может воспользоваться раздельным жильем, если его здоровью, его репутации или его имущественному благополучию серьезно угрожают условия совместной жизни (§ 169 и 170). Конечно, на этом законодательное движение не остановится, но во всяком случае его тенденция уже ясно обнаружилась. Укрепление гражданско-правовой самостоятельности женщины будет идти последовательно за расширением ее имущественной и политической самостоятельности.

Во Франции имущественные отношения между супругами определяются брачным договором, который ввиду важности его должен быть непременно совершен в нотариальной форме. Имущественные отношения между супругами могут быть определены договором по одной из следующих четырех систем, нормированных законом: 1) система общности имущества, при

которой образуется единая имущественная масса из всего приобретенного каждым супругом, причем эта масса во время брака находится в управлении мужа, а по прекращении брака делится пополам; 2) дотальная система, при которой приданое жены поступает в управление мужа, тогда как прочее имущество жены обособляется под управлением жены; 3) система раздельности имуществ; 4) система, исключая общность, не отличается особо определенными чертами и редко встречается в жизни. Если супруги не заключили брачного договора, то отношения определяются системой общности имуществ, которая признается законодателем наиболее отвечающей идее брака и соответствующей историческим началам (франц. гражд. код., § 1393). Однако имущественные отношения между супругами во Франции должны подвергнуться значительному воздействию в сторону расширения прав жены вследствие изданного 13 июля 1907 г. закона о праве замужней женщины на трудовой ее заработок.

Несмотря на то что Германия свыклась с системой общности имуществ как с национальной, германское гражданское уложение признало основной формой имущественных отношений между супругами систему управления. Супругам предоставляется договором определить свои имущественные отношения как им угодно, лишь бы не нарушались интересы третьих лиц (§ 1432). Договор должен быть заявлен в реестр участкового суда по месту жительства мужа. Однако законодатель, в виде образца, предлагает несколько систем, т.е.: а) систему полной общности, в силу которой имущество мужа и жены сливаются в одну массу; б) систему благоприобретенной общности, в силу которой сливается в одну массу только приобретенное каждым супругом во время брака, но не до брака; в) систему движимой общности, в силу которой сливаются только движимые имущества супругов, и д) систему раздельности, в силу которой имущества супругов признаются раздельными. Если ни одна из этих систем не установлена соглашением, то имущественные отношения супругов определяются законною системой (§ 1363–1431). Имущество жены, приобретенное ею до брака или во время брака, поступает в управление и пользование мужа. Это право мужа не распространяется на имущество жены, приобретенное ею собственным трудом и самостоятельной промышленною деятельностью. Также независимо от управления мужа и все дошедшее к жене под этим условием по дарению или по завещанию.

В Англии еще недавно брак имел своим последствием слияние в юридическом отношении лица жены с лицом мужа (*coverture*), так что муж не мог совершить договора с женою, потому что нельзя вступать в договоры с самим собою, а договоры, заключенные до брака, прекращались в силу слияния. Преступления, совершенные женою в присутствии мужа, вменялись в вину ему. Так как и по английскому праву преобладание в семье дано мужу, то дело сводилось к полному подчинению всего имущества обоих супругов одному мужу. Он имел полное и безотчетное право на всю движимость, приобретаемую женою, хотя бы личным трудом; ему принадлежало право пользования, хотя и без права отчуждения, недвижимостями, дошедшими к жене в виде приданого, дара, наследства. Законы 1870 и 1874 гг. сделали первую попытку поставить жену в более независимое положение. За нею было признано право на ее личные заработки, на жалованье, рабочую плату, литературный гонорар, на доход от промысла или торговли, которые она ведет независимо от мужа. Приобретаемая ею движимость по дарению или наследству не свыше 200 ф. ст., а также доходы с принадлежащих ей недвижимостей составили ее исключительное право. Наконец, закон 1882 г. установил полную раздельность в имущественных отношениях супругов, признав за незамужнею женщиною материальную и процессуальную дееспособность. В том же духе составлен закон 1893 г., определяющий отношения замужней женщины к третьим лицам по заключенным сделкам.

II. История личных и имущественных отношений супругов в России. Современное русское законодательство, придерживаясь того же взгляда на личную подчиненность жены мужу, в имущественном отношении устанавливает полную самостоятельность ее. Такое уклонение русского законодательства от западных составляет загадку истории русского права, к решению которой было предложено несколько ответов. По мнению некоторых (Неволин, Победоносцев), установленный в нашем законодательстве принцип раздельности имуществ между супругами вытекает непосредственно из всей истории, в которой это начало выразилось будто бы с замечательною последовательностью. По мнению других (Сергеевич, Владимирский-Буданов), в историческом развитии обнаруживается преимущественно три типа отношений: а) в древнейшее время

вместе с лицом жены и самое имущество ее подчиняется власти мужа; b) во второй период до XVIII века господствует начало общности семейных имуществ лишь с некоторыми исключениями в пользу раздельности, c) и только в XVIII веке устанавливается законом ныне действующее право полной раздельности имуществ супругов.

В древнейший период русской истории семья, как и всюду, пользовалась автономией. Личные имущественные отношения между членами семьи не подлежали законодательным определениям. Этим обстоятельством объясняется бедность указаний на семейные права в исторических и юридических памятниках. Определение характера отношений супругов может быть сделано только на основании общих памятников литературы и некоторых современных обрядов, являющихся отголоском далекой старины.

В эпоху господства патриархальных начал едва ли подлежит сомнению полное подчинение жены власти мужа. При невмешательстве государства во внутреннюю жизнь семьи трудно даже отличить эту власть от власти над рабами. В пользу личной подчиненности указывает обряд разувания, который показался, например, Рогнеде слишком унижительным в отношении к Владимиру, сыну рабыни. На это уже указывает существующий в некоторых местностях обряд, по которому отец новобрачной ударяет ее плетью и передает последнюю мужу. Владимир Мономах в поучении своем детям говорит: "жену свою любите, но не давайте ей над собой власти". При личном подчинении жены не могло быть и речи об имущественной ее самостоятельности. Упоминание о том, что Ольге принадлежал город Вышгород, не противоречит этому взгляду, потому что в этом примере частноправовой элемент отстает перед публичным и притом княгиня в то время была без мужа. Таким образом, вся вероятность говорит в пользу того предположения, что в этот период имущество принадлежало мужу, а жена находилась в полной личной и имущественной подчиненности.

В московскую эпоху государственная власть слишком была занята интересами политической самостоятельности России, чтобы обращать внимание на семейные отношения. Но условия общественной жизни были мало благоприятны для развития независимости замужней женщины. Под татарским влиянием последняя лишилась той свободы, которою пользовалась прежде, и подверглась заключению в терем. Господству мужа не ставилось никаких границ, и фактически жена была во власти мужа. В описаниях иностранцев встречается много указаний на жестокое обращение мужей с женами. Достаточно вспомнить картину семейных отношений и идеал, обрисованные Домостроем. Предупреждая, чтобы "за всякую вину по уху или по лицу ни бити, ни кулаком под сердце, ни пинком, ни посохом ни колотити", Домострой советует: "...а плетью бити и разумно, и больно, и страшно, и здорово". Иоанн IV повелел признавать недействительными назначения мужей в завещании жен душеприказчиками, потому что они "в воле мужей". Относительно имущественной сферы Владимирский-Буданов высказывает предположение о существовании в период с XIV до XVII века системы общности имуществ между супругами. Однако подтверждения этому взгляду в памятниках не находится, а, напротив, встречаются самые противоречивые указания и на раздельность, и на управление мужа приданым жены. Постановление уложения (XVII, 2), по которому "купленная вотчина жене его, вольно ей в той вотчине, как похочет, нет до нее никому дела", свидетельствует не об общности имущественной, а о праве наследования после мужа в имуществах, приобретенных не под условием службы. Основывать общность имуществ между супругами на купчих грамотах, где говорится "се аз... продал есми... и его жене и его детям впрок без выкупу вотчину" невозможно, потому что из таких грамот следовало бы вывести и общность имуществ между родителями и детьми. Таким образом, юридическая сторона имущественных отношений между супругами в московский период не поддается определению.

Петр I много способствовал освобождению русской женщины. Весь XVIII век, несмотря на отдельные примеры противоположного свойства, представляет собой последовательный ход развития личности женщины. Несмотря на такую перемену в бытовых условиях, замужняя женщина осталась и до сих пор юридически остается подчиненной неограниченной власти мужа. Напротив, в имущественном положении XVIII век представляет несколько колебаний, которые в XIX столетии разрешаются признанием полной самостоятельности женщины. В 1753 г. Сенат по делу Головиной нашел, что жена может продать и заложить свое имение без согласия мужа. В

1763 г. Сенат признал недействительность договоров между супругами ввиду личной зависимости жены от мужа, "яко подвластные у мужей".

В Своде Законов отношение между супругами с личной стороны определяется тем, что муж признается "главою семейства", а жена – "хозяйкою дома" (ст. 107). Отношение мужа к жене характеризуется началом покровительства: он должен любить ее, как собственное тело, жить с нею в согласии, уважать, защищать, извинять ее недостатки и облегчать ее немощи (ст. 106). Отношение жены к мужу характеризуется началом повиновения: жена обязана повиноваться своему мужу, пребывать к нему в любви, почтении и в неограниченном послушании, оказывать ему всякое угождение и привязанность (ст. 107). Неограниченному послушанию жены соответствует "неограниченная власть" мужа (ст. 179). И рядом с такой постановкой личных отношений между супругами Свод Законов устанавливает принцип полной раздельности в имущественных отношениях и проводит его весьма последовательно. Естественно, что такое противоречие между началом личной власти мужа и началом имущественной раздельности историческими данными вызывает недоумение.

В объяснение точки зрения, принятой Сводом Законов, приводят различные основания. Некоторое значение придается влиянию русских императриц, которые приняли к сердцу положение женщины (Мейер), хотя это предположение никакими данными не подтверждается, ни законами, ни сенатскими указами. Было высказано мнение (Оршанский), что начало раздельности основано не на исторических данных, не на указах, даже не на склонности к этой системе составителей Свода, а только на отсутствии всяких постановлений, ограничивающих независимость замужней женщины. Однако такое объяснение кажется маловероятным ввиду бытовой важности вопроса. Очевидно, Свод Законов не стал в противоречие с жизнью, а, напротив, соответствовал обычаям. На отсутствии указов можно было бы основать с одинаковым успехом и запрещение женщине распоряжаться своим имуществом. Проекты гражданского уложения 1809 и 1814 гг., составленные задолго до Свода, кладут в основу своих постановлений систему имущественной раздельности.

III. Личные отношения. Идея общения предполагает равенство общественного положения супругов. Там, где сохранились сословные начала, вопрос этот имеет немаловажное значение. Какими правами состояния должны пользоваться оба супруга при принадлежности их к разным сословиям? По русскому законодательству уравнивание супругов имеет место только в том случае, когда жена принадлежит к низшему сословию, чем муж. Муж сообщает жене своей, если она по роду своему принадлежит к сословию низшему, все права и преимущества, сопряженные с его состоянием, чином и званием (т. IX, ст. 5; т. X ч. 1, ст. 100; т. IX, ст. 44, 53, 367, 493, 539, 542, 710). Безразлично, принадлежали ли мужу права состояния до брака или приобретены им в браке. Наоборот, жена, принадлежащая к высшему сословию, не сообщает мужу своих сословных прав, но и сама не теряет их. Дворянка, вышедшая замуж за мещанина, не теряет дворянства. В купеческое свидетельство, выдаваемое на имя мужа, может быть внесена жена; в выданное же на имя жены свидетельство муж внесен быть не может (т. IX, ст. 537). Исходя из принятого нашим законом принципа, в силу которого женщина, пользующаяся лично большими правами состояния, при выходе замуж за человека, имеющего низшие права, сохраняет в своем лице все преимущества, следует прийти к заключению, что еврейка, пользующаяся лично, по образованию, правом повсеместного жительства, не утрачивает этого права, если вступает в брак с евреем, обязанным жить в черте оседлости, тогда как еврейка, пользовавшаяся этим правом только как дочь, при выходе замуж за еврея, обязанного проживать в черте оседлости, следует положению своего мужа (указ 1 деп. Сен. 1908 г., N 1509).

Жена не только пользуется правами мужа, но и приобретает их в своем лице. Поэтому она не утрачивает их в случае смерти мужа, лишения его всех прав состояния (ст. 101), развода. В последнем случае возбуждается сомнение, сохраняет ли жена права состояния мужа или утрачивает их. Развод есть прекращение брака действительного, т.е. такого, который имел все юридические последствия. Если женщина приобрела права состояния мужа вступлением в брак, то она не теряет их впоследствии, когда наступает факт, прекращающий брак, т.е. смерть или развод (указ 1 деп. Сен. 1903 г., N 9773 по поводу жен евреев). Что касается фамилии, то взгляды законодательств по этому вопросу противоречивы. Германское уложение сохраняет за

разведенной женщиной фамилию мужа, если она сама не пожелает возвратиться к прежней (§1577). Французский закон 6 февраля 1893 г. разрешил этот вопрос в противоположном смысле, восстанавливая фамилию, которою пользовалась жена до замужества. Швейцарский кодекс 1907 г. точно так же восстанавливает за разведенною женою ее прежнюю фамилию. В том же духе решает этот вопрос и английское право по закону 1857 г. У нас вопрос этот представляется тем более сомнительным, что закон наш ничего не говорит о приобретении женою права на фамилию мужа, если не считать, конечно, косвенного намека (т. IX, ст. 79), предполагающего существование общего закона, которого в действительности нигде нет.

В одном из позднейших решений (13, 57) Сенат высказывает ту точку зрения, что право жены на фамилию мужа определено и ясно установлено в ст. 101: по силе этой статьи жена, которой согласно ст. 100 муж сообщает все права и преимущества, сопряженные с его состоянием, чином или званием, если она по роду принадлежит к роду низшему, "именуется", т.е. не только вправе "именоваться", но и обязана именоваться по званию мужа; исполнить же требование закона жена может лишь в том случае, когда она именуется и фамилиею мужа. Сенат, обсуждая вопрос о том, вправе ли жена, разведенная вследствие нарушения ею супружеской верности, именоваться фамилиею мужа, вопреки его воле и желанию, категорически говорит, что жена не теряет этого права даже в случае расторжения брака, вне всякой зависимости от причины развода.

Главная личная обязанность, вытекающая из брака, — это совместное жительство. Сожительство основывается на идее брачного общения и на праве личной власти мужа. Этим объясняется неравномерность распределения обязанностей. Супруги обязаны жить вместе, говорит закон, а посему при переселении, при поступлении на службу или при иной перемене постоянного жительства мужа жена должна следовать за ним (т. X ч. 1, ст. 103). Таким образом, место жительства семьи определяется местом жительства мужа, если только он имеет постоянную оседлость. Сам закон, однако, устанавливает исключения из общего правила, не говоря уже о том, что обязанность сожительства прекращается перед дверьми тюрьмы и у ворот казармы. а) Когда один из супругов приговорен к наказанию, сопряженному с лишением прав состояния, то другой супруг может за ним не следовать (т. X ч. 1, ст. 50). б) В случае состоявшегося приговора крестьянского общества об удалении из его среды вредного члена его жене удаляемого предоставляется, если она того пожелает, не следовать за ним в место нового водворения (т. XIV, уст. пред. прест. по Прод. 1906 г., ст. 205, прил. ст. 71).

Если обязанность жены жить вместе с мужем основывается на его праве личной власти (т. X ч. 1, ст. 107 и 108), то муж может настаивать на своем праве в случае уклонения жены от сожительства. Если обязанность жены не только нравственная, но и юридическая, то требование мужа должно подлежать удовлетворению со стороны суда и исполнению (*manu militari*). Но здесь-то и обнаруживается неосуществимость прав личной власти мужа, потому что задержание последним жены составляет уголовное преступление, наказуемое строже даже, чем лишение свободы постороннего лица (улож. о наказ., ст. 1544). На практике признание судом прав мужа приводит к следующим результатам. "Ответчица, она же и объект иска, являлась с судебным приставом в дом мужа; пристав делал на исполнительном листе надпись, что решение приведено в исполнение и уходил, а вслед за ним уходила и ответчица. Муж снова обращался к судебному приставу, но тот отвечал, что ему больше нечего делать: исполнение решения уже исчерпано и вторичному исполнению решение не подлежит" (Боровиковский). С другой стороны, если бы суд удовлетворил прошение жены о водворении ее к мужу и судебный пристав открыл ей силою двери квартиры, то нет никаких юридических средств воспрепятствовать мужу, чтобы он не делал жизнь жены в квартире невозможной или просто не выдворил ее насильно.

[Категорическое требование закона об обязанности супругов жить вместе в практической жизни часто превращалось в пустую формальность, фактически не меняя положение дел, и справедливые требования жизни рождали особую административную практику отступлений от требований права. Новый закон 12 марта 1914 г. внес некоторое смягчение ст. 103 т. X ч. 1, дополнив ее ст. 1031, по которой требование супруга о восстановлении совместной жизни может быть отклонено другим, если совместная жизнь представляется для него невыносимой; для признания же совместной жизни невыносимой, закон предусматривает случаи: жестокого обращения одного супруга с другим, с детьми его, нанесение тяжких оскорблений и вообще

явного нарушения основанных на браке обязанностей, явного злоупотребления принадлежащими ему в силу брака правами, бесчестного или порочного поведения одного из супругов, наличия тяжкой душевной или прилипчивой, отвратительной болезни, представляющей опасность для жизни либо здоровья другого супруга или их потомства. Для жены совместная жизнь может быть невыносимой, если она одержима такой болезнью, при которой продолжение супружеского сожительства представляется опасным для ее жизни или здоровья (ст. 1031 по изд. 1914 г.)].

Обязанность сожительства основана на праве личной власти, от которого муж не может отречься и которого не может отчуждать. Поэтому воспрещаются все акты, клонящиеся к самовольному разлучению супругов (ст. 46 и 103). Такие акты были бы недействительны, если бы даже закон и не указывал на то. В практике этому постановлению дают чрезмерно широкое значение и готовы уничтожить всякий акт, в котором есть указание на раздельное жительство. Сенат истолковал запрещение закона в смысле недопустимости актов, направленных на самовольное расторжение супружеской связи между мужем и женою (79, 309). Такое толкование не может быть признано верным, потому что невозможность самовольного расторжения брака и без того следует из всех постановлений о порядке его установления и прекращения, а во-вторых, потому что ст. 103 говорит о правах и обязанностях, вытекающих из брака и предполагающих его существование, а не расторжение. Истинное значение указанной статьи заключается в признании недействительности отречения со стороны мужа, в какой бы то ни было форме, от своего права личной власти.

На основании того же постановления в практике давно установился взгляд на невозможность выдачи паспорта жене без разрешения мужа. При нашей паспортной системе этот порядок представляется чрезвычайно стеснительным, особенно в низшем классе, лишая женщину возможности самостоятельного заработка. Правило это представляется тяжелым, когда пребывание мужа неизвестно; оно становится возмутительным, когда делается предметом вымогательства. Между тем этот порядок не имел под собою законного основания при прежней паспортной системе. Нигде в нашем законодательстве не было указано, что администрация может выдавать жене вид на жительство только с согласия мужа. Указывали на запрещение актов, клонящихся к разлучению супругов, и подводили паспорт под вид таких актов. Но если бы это было так, то паспорт не мог бы быть выдан жене и при согласии мужа, не мог бы быть выдан мужу без согласия жены. Прав же личной власти выданный паспорт не нарушает, так как служит только удостоверением личности, и муж всегда сохраняет право, несмотря на выданный с его согласия отдельный вид, потребовать жену к совместному сожительству. Между тем этот взгляд, распространенный прежде в административной сфере, хотя и не опиравшийся на закон, нашел себе выражение в положении 3 мая 1894 г. о видах на жительство, где уже решительно постановляется, что замужние женщины, независимо от их возраста, получают отдельные виды не иначе как с согласия мужа (ст. 12). Это законодательное разрешение спорного вопроса едва ли можно признать удачным. По закону 18 июля 1897 г. жене лица, находящегося в безвестном отсутствии или страдающего умопомешательством, может быть выдан паспорт по распоряжению губернатора или градоначальника. Указом Сената предложено крестьянским учреждениям выдавать крестьянкам паспорта помимо согласия мужей, если последние окажутся виновными в жестоком обращении (1 Общ. Собр. 30 ноября 1899 г.), а циркуляром министра внутренних дел от 21 декабря 1902 г. разъяснено, что женам-крестьянкам, которые живут отдельно от мужей пять лет и добывают своим трудом средства к существованию, можно выдавать виды на жительство без разрешения мужей. Если можно крестьянкам, почему нельзя прочим? Если закон необязателен, то зачем стесняться пределами его нарушения?

[Ныне все эти ограничения отменены законом 12 марта 1914 г., коим в изменение устава о паспортах (ст. 11 и 12) постановлено: замужние женщины, независимо от возраста их, имеют право получать отдельные виды на жительство, не испрашивая на то согласия своих мужей, причем замужним женщинам, проживающим отдельно от своих мужей, отдельные виды на жительство могут быть выдаваемы не только установлениями, указанными в ст. 41–45 устава о паспортах, но и от полиции в месте временного их пребывания, без предъявления общего вида (зак. 12 марта 1914 г., отд. IV, ст. 1 и 2).

Из права личной власти мужа выводится запрещение не только некоторых сделок без разрешения мужа, например вступления в договор личного найма (ст. 2202), но и права поступления в учебные заведения без согласия мужа. Запрещения эти сохраняют силу лишь в отношении замужних женщин при совместном жительстве с мужьями; проживающие же отдельно от своих мужей при найме на частную, общественную или правительственную службу, а также и при поступлении в учебные заведения не обязаны на то испрашивать согласия своих мужей (зак. 12 марта 1914 г., отд. I, ст. 1). Существовавшие ограничения векселеспособности замужних женщин (ст. 2 уст. о век.) также отменены новым законом, согласно которому "замужние женщины могут выдавать на себя векселя, а равно принимать по оным ответственность и без согласия своих мужей, хотя бы они не производили торговли от собственного своего имени" (зак. 12 марта 1914 г., отд. III)].

Брак возлагает на супругов обязанность верности. Наш закон в противоположность некоторым западным законодательствам относится с одинаковою строгостью как к мужу, так и к жене. По русскому праву нарушение супружеской верности, носящее название прелюбодеяния, влечет за собою по жалобе другого супруга одно из двух последствий. Преследование, возбужденное в уголовном порядке перед светским судом, может привести виновного супруга к заключению в монастыре или тюрьме на время от 4 до 8 месяцев (улож. о наказ., ст. 1585). Преследование, возбужденное в гражданском порядке перед духовным судом, может повлечь расторжение брака.

Нравственное общение, устанавливаемое браком, стесняет возможность свидетельства на суд одним супругом за или против другого. Показания за супруга не внушают достаточного доверия, показания против супруга не согласны с их взаимными обязанностями. В гражданском процессе супруги тяжущихся, безусловно, не допускаются к свидетельству и устраняются самим судом от показаний (уст. гр. суд., ст. 371, п. 4). В уголовном процессе муж или жена подсудимого лица могут устранить себя от свидетельства, а если не пожелают воспользоваться этим правом, то допрашиваются без присяги (уст. угол. суд., ст. 705).

IV. Имущественные отношения. Русское законодательство устанавливает полную раздельность имуществ между супругами. Браком не составляется общение имущества супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную собственность (ст. 109). Приданое жены, равно как имущество, приобретенное ею или на ее имя во время замужества через куплю, дар, наследство или иным законным способом, признается ею отдельною собственностью (ст. 110). Из принципа раздельности имущества вытекает возможность для каждого супруга распоряжаться своим имуществом прямо от своего имени, независимо друг от друга, и не испрашивая на то взаимно дозволения (ст. 114). Отсюда же следует, что, как самостоятельные субъекты, супруги могут вступать между собою во всевозможные сделки дарственного и возмездного свойства (ст. 116). Один супруг не отвечает своим имуществом за долги другого.

При совместной жизни создается общая обстановка, приобретаемая на средства одного или обоих супругов. Относительно этой обстановки возникает между супругами некоторая материальная общность, но только фактически. Это имущество не может быть привлечено к ответственности полностью по долгам каждого из супругов. Трудность заключается в определении доли, на которую имеет право каждый из супругов, а следовательно, и его кредиторы. Наш закон устанавливает предположение, что вещи, составляющие домашнюю обстановку, принадлежат тому супругу, с которого производится взыскание, пока и насколько не будет доказано противное.

При взыскании с одного из супругов подвергается описи и продаже вся движимость, находящаяся в общей их квартире, за исключением платья и белья другого супруга и вещей, о принадлежности которых этому супругу представлены доказательства (уст. гр. суд., ст. 976). Такое правило необходимо в интересе кредиторов, от которых иначе всегда ускользали бы вещи, имеющие иногда значительную ценность. Это правило не является нарушением принципа раздельности и не составляет последствия брака, потому что такое же правило могло бы иметь применение ко взысканию с одного или нескольких лиц, живущих вместе.

При несостоятельности одного из супругов имущество другого не входит в конкурсную массу. Однако относительно вещей, находящихся в общей квартире, закон установил в интересе

кредиторов правило, по которому обязанность доказывания его принадлежности лежит не на конкурсном управлении, а на другом супруге (уст. суд. торг., ст. 465). Затем даже обособленное имущество супруга может быть обращено в конкурсную массу, если оно перешло к нему дарственным путем от несостоятельного должника в течение последних 10 лет перед конкурсом. Далее, если вещи приобретены одним супругом у другого возмездно, закон возлагает на первого обязанность доказать, что приобретение было сделано не на деньги, дошедшие от несостоятельного (уст. суд. торг., ст. 461). Здесь также нет нарушения принципа раздельности имуществ, потому что такое же опровержение сделок и поворот имущества допускается относительно детей и родственников.

Если в пользу третьих лиц действует предположение ст. 976 уст. гр. суд. и если в пользу обоих супругов, защищающихся против третьих лиц, действует предположение ст. 534, то во взаимных отношениях супругов друг к другу эти предположения силы иметь не могут. В споре супругов между собою самое владение одним из них не может еще создавать презумпцию права собственности, потому что при общей обстановке нет отдельного владения (99, 14). Но как только один из супругов обособляет какие-либо части из общей обстановки, например, сдает от своего имени на хранение домашнее серебро, так немедленно восстанавливается сила ст. 534, и уже другому супругу или его наследникам придется доказывать свое право собственности.

На муже лежит обязанность содержания жены (ст. 106). Идея такой обязанности внушена законодателю всем складом общественных отношений, при которых средства для существования семьи добываются обыкновенно мужчиною. Ему открыт доступ ко всевозможным занятиям, его воспитание prepares деятеля в области торговли, промышленности, службы государственной и частной, науки, искусства. Стоя на точке зрения такого представления, наш закон, сложившийся в начале XIX века, отличается от новейших законодательств, которые, принимая во внимание происшедшую перемену в социальном положении женщины, возлагают и на жену обязанность содержания мужа (герм. гражд. улож., § 1360, швейц. гражд. код., § 159).

Право жены на содержание имеет имущественный характер, так как это есть право требовать от мужа части его доходов. В то же время это право имеет личный характер, потому что право содержания присвоено определенному лицу, без возможности отчуждения его, потому что требование содержания обращается к лицу мужа, а не к преемникам его. Со смертью того и другого лица прекращаются и право, и обязанность. Право так тесно связано со своим субъектом, что последний не может даже отречься от него, и все договоры, имеющие своею целью снятие и ограничение обязанности содержания, должны быть признаны недействительными. Однако право жены не должно быть рассматриваемо, как право на самое имущество мужа: оно направлено только на периодические доходы, но не на самый источник их. Поэтому, если у мужа нет капитала или недвижимости, он все же несет свою обязанность, насколько не лишен рабочей силы, дающий ему самому пропитание. Так как обязанность содержания основывается на предположении отсутствия источника средств у жены, то наличность у нее имущества, обеспечивающего ей такое же существование, какое мог бы доставить ей муж, устраняет возможность требовать с ее стороны содержания.

Величина содержания, на которое имеет право жена, определяется потребностями жены и средствами мужа, или, как выражается закон, муж обязан доставлять жене пропитание и содержание "по состоянию и возможности своей" (ст. 106). Состояние, о котором говорит закон, следует понимать в смысле общественного положения и вытекающих из него потребностей. В эпоху составления Свода Законов в сословной и помещичьей России общественное положение только и определялось состоянием лица. Так понимает это устарелое выражение и наша судебная практика (82, 152). Возможно, что потребности будут значительно выше средств их удовлетворения, например в разорившейся аристократической семье. Возможно, что средства превосходят высоту потребностей, например, у разбогатевшего купца, не успевшего соответственно развиться. Размер содержания должен непременно сообразоваться с обеими величинами. Поэтому доля средств мужа, которая должна пойти на содержание жены, не может быть заранее определена. У мужа могут быть миллионные капиталы, но из них только малая сумма должна быть выдаваема, если она отвечает уровню потребностей жены. Если объем потребностей представляется довольно устойчивым, зато величина другого мерила, средств,

подвержена постоянным колебаниям. Соответственно тому муж приобретает основание требовать уменьшения суммы, выдаваемой жене на содержание, когда докажет сокращение своих доходов, и жена не лишена права требовать увеличения этой суммы, когда докажет повышение доходов мужа. Ни договоры, ни судебные решения не могут служить к тому препятствием (90, 18).

Обязанность мужа выдавать жене содержание не стоит, безусловно, в зависимости от совместной жизни (06, 8). Даже при раздельном жительстве, при намеренном оставлении друг друга, муж продолжает нести обязанность, если сожителство нарушено по его вине, и он уклоняется от принятия жены в дом (76, 41; 93, 106). Таким образом, при раздельной жизни муж обязывается и присуждается к выдаче вознаграждения условно, пока уклоняется от совместного жительства. Однако намерение его должно быть серьезным, а не притворным для избежания только платежа; возвращение жены должно быть нравственно возможным, чего нет, например, в случае, когда муж поселил у себя любовницу. Суду надлежит в каждом отдельном случае оценить, насколько серьезно предложение мужа принять жену и возможно ли для последней воспользоваться таким предложением (90, 18). Если совместное сожителство стало невозможным по вине жены, то последняя не имеет права требовать от мужа содержания, в противном случае за нею было бы признано право требовать от другого исполнения своих обязанностей в то время, как она нарушает свои отношения к этому лицу. [По ст. 1061 (зак. 12 марта 1914 г.) обязанность мужа выдавать жене содержание дополнена следующим образом: уклонение супругов от совместного жительства в тех случаях, когда совместная жизнь представляется невыносимой для жены по вине или вследствие болезни мужа либо для мужа вследствие болезни жены (ст. 1031), не освобождает мужа от обязанности доставлять жене пропитание и содержание, если она в том нуждается. Но муж освобождается от этой обязанности, если совместная жизнь их оказалась для него невыносимой по вине жены. Иски о содержании мужем отдельно от него живущей жены в пределах подсудности по цене иска подлежат ведению мировых судей и общих судебных установлений (ст. 13522 уст. гр. суд.)].

Если вследствие отказа со стороны мужа выдавать содержание жена принуждена была сделать долги, то муж обязан возместить ей эту сумму, очистить от обязательств. Предполагается, что сделанные долги вызваны необходимостью, а не роскошью. Сами кредиторы непосредственно к мужу не имеют никакого требования, потому что он нарушает их интересы, но не права. Если жена не доказала своей задолженности по причине отказа в содержании, то содержание может быть присуждено только со времени предъявления требования.

Возлагая на мужа обязанность содержать свою семью, закон не возлагает на жену обязанности участвовать в расходах на семейную жизнь, когда жена имеет самостоятельные средства. Такое привлечение ее не только не противоречило бы идее раздельности имущества, но вполне отвечало бы ей, как это и постановляет германское уложение на случай принятой супругами системы раздельности (§ 1427).

§ 63. Личные и имущественные отношения между родителями и детьми

Литература: Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, стр. 133–195; Кавелин, Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза, стр. 82–109; Оршанский, О приданом (Жур. гр. и уг. пр., 1872, N 6); А. И. Вопрос о незаконнорожденных, 1875; Янжул, О незаконнорожденных (Моск. Унив. Изв., 1870, N 4 и 5); Кистяковский, О незаконнорожденных (Жур. гр. и уг. пр., 1880, N 1 и 2); Загоровский, Курс семейного права; Ананьев, Право предбрачных детей на узаконение их по закону 12 марта 1901 года (Жур. Мин. Юст., 1900, N 10); Люблинский, Родительская власть и публичная опека над детьми (Вестн. пр. и нот., 1911, N 39–40); Никонов, Спор о ребенке, 1911; Шматков, Узаконение и усыновление детей, 2-е изд., 1896.

I. Родительская власть. В первое время своего существования человек, как и всякое другое существо, является совершенно беспомощным и без содействия других лиц был бы обречен на гибель. Необходимая помощь может быть организована в обществе двояким образом: или она подается непосредственно обществом, среди которого человек рождается, или она возлагается на его родителей. Современное государство держится второго начала: возлагает на родителей

обязанность вскормления и воспитания и передает им необходимую для этой цели власть. Таким образом, основанием родительской власти является автономия семьи. Человек вступает в общественную жизнь, становится гражданином не прямо, а через семью как подготовительную ступень. Родительская власть вручается родителям в предположении их способности воспитать будущих граждан и как средство для достижения этой цели.

Если в настоящее время в основе родительской власти лежит общественная идея, то в историческом развитии ей предшествовала частная идея. Родительская власть представлялась формой права собственности. Дети подчиняются господству отца, как и рабы, и вместе с ними образуют совокупность подвластных лиц (чад). Власть домовладыки сливается с властью отца и мужа, потому что первоначально и жена вступает только в качестве подвластного лица. Отец имеет право на жизнь и смерть своих детей, на их свободу. Это право встречается у всех народов, и нет оснований отрицать его существование в древнем русском быту. Постепенно, однако, с развитием государственности, родительская власть ограничивается. В московскую эпоху встречаем в Домострое идеал отношения родителей к детям: "...сына ли имаши, не дошед внити в юности, но сокруши ему ребра: аще бо жезлом биеша его не умрет, но здоров будет". Симеон Полоцкий убеждает: "...не щадите, родители, жезлов ваших; налагайте язвы на детей, угощайте их не душевредным лобзанием, а правоисправительным биением". Но вместе с тем Судебник 1550 г. пытается ограничить право продажи детей; в XVII веке впервые устанавливается, хотя и ничтожное, по представлению того времени, наказание за убийство детей (тюрьма на год). Уложение совершенно преграждает возможность продажи детей в холопство. Петр I, как лучший выразитель государственной идеи, пошел решительно против неограниченной родительской власти, "хотя чада воли родительской подлежат, но не как скоты бессловесные". При нем ограничен был даже срок, на который родители могли отдавать внаем своих детей (пять лет), запрещено было отдавать детей, помимо их воли, в монастырь, от родителей отбиралась подписка в том, что дети по собственному согласию вступают в брак. Взамен прежнего безграничного права наказания в царствование Екатерины II (1775 г.) учреждаются смирительные дома для заключения туда детей, заслуживающих наказания за неповиновение родителям.

Действующее законодательство об отношении родителей к детям также полно чисто нравственных положений, как и по вопросу об отношениях между супругами. Из всех постановлений нашего закона можно извлечь только немного положений юридического содержания.

Родительская власть по русскому законодательству принадлежит только родителям, т.е. отцу и матери, но не вообще восходящим родственникам, как это допускается западными законодательствами. Семья имеет в законодательстве тесное значение. Хотя закон наш, говоря о родительской власти, постоянно упоминает обоих родителей и вручает власть обоим, так что каждый может осуществлять ее, однако следует признать, что при жизни обоих родителей всякое столкновение в осуществлении власти разрешается волею отца. Это вытекает из личных отношений между супругами, из которых муж имеет право личной власти над женою. Возлагаемая на нее обязанность повиновения воле мужа, главы дома, ослабляет самостоятельность ее власти в семье. Поэтому в случае разногласия, например относительно системы воспитания, голос отца имеет решающее значение (90, 18). К матери власть полностью переходит только при обстоятельствах, устраняющих отца, как смерть, лишение прав состояния. В отношении детей внебрачных родительская власть принадлежит матери, отец же, если он доставляет средства содержания, имеет право надзора за воспитанием (ст. 1321 и 13210).

Власть родительская простирается на детей обою пола и всякого возраста (ст. 164). Закон наш не ограничивает действие власти какими-нибудь пределами возраста, хотя, казалось бы, с достижением совершеннолетия теряется необходимость власти. Такое положение становится в противоречие с жизнью и может привести к резким выводам, например, к возможности требовать от совершеннолетнего сына, чтобы он жил при родителях. Однако закон не дает выхода из затруднения.

Для родителей составляет право и вместе обязанность воспитание детей. Так как семья является предварительною школою, то необходимо предоставить детям общественное положение, к которому они привыкли в родительском доме. Дети следуют состоянию своих родителей. С

изменением сословных прав родителей изменяется и состояние детей, например, получение дворянства передается детям, в каком бы возрасте они ни находились. Лишение же прав состояния не отражается на детях, рожденных и даже зачатых до этого момента. Относительно воспитания закон дает несколько постановлений, которые лишены юридического характера. Родители обязаны давать несовершеннолетним детям доброе и честное воспитание, соответствующее их общественному положению (ст. 172). Родители должны обращать все внимание на нравственное образование своих детей и стараться домашним воспитанием приготовить нравы их содействовать видам правительства. Впрочем (!), родителям предоставляется на волю воспитывать детей своих дома или отдавать их в общественные заведения (ст. 173). По достижении детьми надлежащего возраста родители пекутся об определении детей в службу или промысел соответственно их состоянию и об отдаче дочерей в замужество (ст. 174). Родители не могут отдавать детей внаем без их согласия, но вправе отдавать их на выучку мастеру. Так как нет органа, контролирующего воспитание, даваемое родителями, и так как закон не устанавливает последствий несоблюдения родителями своих обязанностей вроде, например, отнятия и передачи детей другим лицам, то приведенные инструкции лишены всякого юридического значения. К такому взгляду приходит Сенат, когда он отрицает соответствующее обязанности родителей право детей требовать от родителей того или иного воспитания или образования, как, например, в том случае, когда сын настаивал на предоставлении ему денежных средств для окончания С.-Петербургского технологического института (10, 6). По мнению Сената, подобного рода обязанности должны быть отнесены к категории не столько юридических, сколько нравственных.

Специально религиозное воспитание основывается на том, каково вероисповедание детей. Казалось бы, вероисповедание детей должно вытекать из того воспитания, какое согласились дать им их родители. Но в России, несмотря на указ 17 апреля 1905 г. о веротерпимости, воспитание часто должно приспособляться к тому вероисповеданию, которое обязательно для детей. Дети, рожденные в православном браке, должны быть крещены по обряду православной церкви. Это относится как к тому случаю, когда отец и мать православные, так и к тому, когда один из родителей принадлежит к православной церкви. При самом совершении смешанного брака, в котором жених или невеста православные, венчающим священником берется подписка от инославного, что рожденные в сем браке дети будут крещены в правилах православного исповедания (т. X ч. 1, ст. 67). Дети, происшедшие от смешанных браков, в которых нет ни одного супруга православного, например между католиком и лютеранином, могут быть крещены, а следовательно, и воспитаны по правилам любого христианского вероисповедания соответственно соглашению родителей. Впрочем, в Западном крае сыновья должны быть крещены в отцовскую, а дочери в материнскую веру, если о том не будет постановлено иначе в брачном договоре (ст. 75). Закон признает, что силою предбрачного договора муж может заранее и безусловно отречься от своего права определять свою волею религиозное воспитание детей, – вопрос, как известно, очень спорный между французскими юристами. Дети, происшедшие от брака, в котором одно лицо принадлежит к евангелическо-лютеранской церкви, а другое – к магометанскому или иудейскому исповеданию, должны быть крещены и воспитаны в евангелическо-лютеранской или же при согласии обоих супругов в православной вере (изд. 1896 г., ст. 328, п. 3). Указ 17 апреля 1905 г. разрешает христианам всех исповеданий принимаемых ими на воспитание некрещеных подкидышей и детей неизвестных родителей крестить по обрядам своей веры, а также определяет судьбу детей при переходе родителей от одного вероисповедания в другое.

На родителей падает обязанность содержания детей, которое выражается в том, что родители должны озаботиться и нести на себе издержки, выражаемые пропитанием, одеванием (ст. 172), помещением, врачебною помощью, обучением детей. Лежит ли эта обязанность всецело на отце, добывателе средств? Закон возлагает эту обязанность на родителей, т.е. на отца и мать, в предположении, что у матери имеются свои средства. Следовательно, каждый из родителей должен уделять из своих средств на содержание детей. Из солидарности их обязанности вытекает, что недостаток средств у одного восполняется другим, так что при отсутствии своих средств у матери, содержание всецело ложится на отца, при недостатке средств отца мать должна взять на себя выполнение законной обязанности. Обязанность содержания детей лежит на обоих родителях не только при совместной, но и при раздельной жизни. Если дети остаются при одном из супругов,

то другой не освобождается от обязанности участвовать в расходах по содержанию, потому что это обязанность его пред детьми, а не пред другим супругом. Сенат признал, что жена, проживающая отдельно от мужа по своей вине, не вправе требовать от него содержания для находящейся у нее против воли мужа малолетней их дочери (08, 48). Но в данном случае все дело было в том, что жена противозаконно удерживала у себя ребенка. Родители, распределяя между собою детей, могут согласиться и о распределении расходов по содержанию их. Обязанность содержания, лежащая на родителях, не должна рассматриваться как субсидиарная, т.е. родители не вправе переложить расходы по содержанию на собственное имущество детей, потому что оно для них неприкосновенно. Имущество детей может быть использовано на дело содержания только при отсутствии или недостатке средств у родителей, на общих началах опеки.

Возлагая на родителей обязанность одержания детей, закон не ограничивает ее достижением детьми совершеннолетия. Простирается ли эта обязанность и за пределы совершеннолетия? По взгляду нашей практики алиментарная обязанность родителей зависит не от совершеннолетия детей, а от наступления таких условий, при которых дети в состоянии сами себя содержать службою, промыслами, замужеством, доходами с собственного имущества. Вследствие этого обязанность родителей содержать своих детей может, с одной стороны, окончиться до достижения детьми совершеннолетия, а с другой – простирается и далее этого срока, если дети нуждаются еще в попечении родителей (93, 106).

Кто может настаивать на исполнении обязанности содержания? Не останется ли эта обязанность без санкции? Сами дети в состоянии несовершеннолетия настаивать в судебном порядке на обязанности родителей не могут. Но нельзя сказать, чтобы обязанность оставалась без санкции. Так, наша практика признала, что совершеннолетняя дочь, не имеющая личных средств к жизни, может требовать от родителей содержания (07, 94). Можно себе представить случай, когда брошенный родителями ребенок будет принят посторонними, которые по нахождении отца или матери потребуют от них возвращения всех расходов по временному содержанию.

Из сущности родительской власти следует необходимость для детей жить при родителях. Совместное сожительство является условием воспитания, если последнее не поручено родителями другим лицам. Место жительства детей определяется местом жительства родителей. Так как право личной власти принадлежит к абсолютным, то родители могут требовать возвращения к себе детей от всякого лица, удерживающего их при себе (97, 81). Однако на обязанности полиции не лежит оказывать содействие родителям к осуществлению власти родительской вообще и, в частности, к водворению детей в дома родителей (указ 1 деп. Сената 1903 г., ноября 5). Обязанность совместного сожительства устраняется при ссылке родителей. Дети свыше 14 лет могут следовать за ними по собственному своему желанию (уст. о ссыльных, ст. 258). Дети моложе 14 лет следуют за родителями при отправлении обоих, а когда один из супругов остается, то и дети остаются при нем (уст. о ссыльных, ст. 259 и 260). Грудные младенцы остаются при матерях (ст. 261). Дети, находящиеся в казенных заведениях и на казенном содержании, не могут быть требуемы родителями к следованию за ними в место их ссылки (уст. о ссыльных, ст. 261 и 262).

Вопрос особенно затрудняется при раздельной жизни супругов – при ком из них должны находиться дети, если не установилось между ними соглашения. Если власть над детьми принадлежит родителям, и один из них находится во власти другого, то по строгому выводу необходимо признать, что дети всегда подчиняются воле отца. Следовательно, при раздельной жизни последний всегда вправе вытребовать к себе детей, потому что он вправе вытребовать и самое мать. Но родительская власть вручается как средство воспитания, и потому суду необходимо принять в соображение образ жизни того и другого родителя и отдать детей тому, при ком воспитание может дать наиболее нравственные основы, что вполне согласуется с целью родительской власти. Сенат признал, что преимущественное право на воспитание детей (и на совместное их жительство с родителями) принадлежит отцу как главе семейства, доколе суд не решит, что ввиду особых обстоятельств (например, пьянства отца, содержания им в своем доме любовницы) польза детей требует воспитания их матерью (90, 18). Если факт раздельной жизни супругов не имеет значения с юридической точки зрения, то развод, прекращающий брак, ставит юридический вопрос о судьбе детей, не разрешаемый действующими законами. Этот вопрос,

трудный с точки зрения политики права, создает на практике непреодолимые трудности, когда законодатель обходит его полным молчанием, как это имеет место у нас. Духовным судам, решающим вопрос о разводе, не предоставлено право распределять детей между родителями, а светские суды не имеют для того никакой почвы, потому что все соответствующие постановления т. X ч. 1 рассчитаны на существование брака. Только закон 3 июня 1902 г. постановляет, что в случае недействительного брака вопрос о том, у кого быть детям, от него происшедшим, определяется прежде всего согласием родителей, а за отсутствием такового – надлежащим опекуном установлением (ст. 1312). В этом случае родительская власть присваивается тому из родителей, у кого ребенок оставлен, другому же предоставляется лишь право свиданий, условия которых в случае разногласия родителей определяются местным мировым либо городским судьей или земским начальником (ст. 1314). В случае смерти родителя, у которого оставлены были дети, находившиеся при нем дети поступают под родительскую власть другого родителя, разве бы опекуном установление ради блага детей сочло необходимым назначить особого над ними опекуна (т. X ч. 1, ст. 1316). [Статья 1641 (закон 12 марта 1914 г.) говорит, что эти правила тех же статей (ст. 1312–1316) применяются и к детям супругов, уклонившихся от совместного жительства, со следующими только изъятиями: 1) в случае раздельного жительства супругов по вине одного из них, невиновному супругу принадлежит право требовать оставления у него всех детей; 2) в случае отсутствия соглашения родителей суд определяет, у кого должны оставаться несовершеннолетние дети; 3) суд... может по обстоятельствам дела и ради блага детей воспретить супругу свидание с детьми, оставленными у другого супруга. В случае предъявления иска об определении взаимных прав и обязанностей родителей в отношении детей, при уклонении родителей от совместного жительства суд до решения дела по существу может по просьбе кого-либо из тяжущихся поставить, у кого из родителей оставляются дети на время производства дела (ст. 13459 уст. гр. суд.). Иски, имеющие своим предметом осуществление одним из супругов права свидания с детьми, находящимися у другого супруга, в случаях и при условиях, указанных в ст. 1314 и 1641, подлежат ведению мировых судей (ст. 13452, п. 1)].

Дети обязываются к почтительности в отношении к своим родителям (ст. 177). С этим чисто нравственным предписанием соединяются юридические последствия. Дети обязаны сносить родительские увещания без ропота, поэтому в личных обидах и оскорблениях от детей на родителей не принимается никакого иска ни гражданским, ни уголовным порядком, если только они не переходят границ, за которыми следует уголовное наказание на общих основаниях (ст. 168). Дети должны отзываться о родителях с почтением, даже и по кончине их, поэтому не допускаются свидетельства детей против родителей в гражданских делах безусловно (уст. гр. суд., ст. 371, п. 3), тогда как в уголовном процессе они могут, если пожелают, устранить себя от показаний (уст. угол. суд., ст. 705). Дети обязаны сносить исправление родителей, если только оно не переходит в истязание и изувечение.

Родители для исправления детей строптивых и неповинующихся имеют право употреблять домашние исправительные меры (ст. 165). В случае же безуспешности этих средств дети по требованию родителей без особого судебного рассмотрения подвергаются за упорное неповиновение родительской власти, развратную жизнь и другие явные пороки заключению в тюрьме на время от двух до четырех месяцев, причем за родителями признается право во всякое время уменьшить срок заключения или совершенно простить виновных (улож. о наказ., ст. 1592). Суд не вправе отказать просьбе родителей, так как ему не предоставлено входить в рассмотрение существа дела. Совершенно напрасно Сенат считает невозможным применять это постановление ввиду: а) отмены некоторых статей, определяющих порядок содержания детей в смиренных домах, и б) ввиду противоречия его Судебным уставам, которые требуют, чтобы каждое дело подвергалось судебному рассмотрению в установленном порядке (об. с., 88, 4). Из того, что закон 25 ноября 1885 г. отменил смиренные дома, не вытекает вовсе, что он тем самым отменил и право родителей заключать детей, если не в смиренные дома, то в другие соответствующие карательные учреждения, что и обнаруживается из неприкосновенности текста ст. 1592 уложения о наказаниях. Постановление о внесудебном заключении заимствовано из романских законодательств, ближе всего из французского кодекса (§ 375–383), который дает право отцу заключить своего ребенка, не достигшего 15 лет, на время не свыше месяца, и председатель суда

обязан дать требуемый отцом приказ о заключении. Если дело касается детей в возрасте свыше 15 лет, но не достигших совершеннолетия, то отец может только просить председателя суда о принятии этой меры, и председатель по совещании с прокурором удовлетворяет просьбу отца или отказывает в ней. В законе содержатся также указания на ограничения этого права для отца и особенно для матери. Французскому праву следуют итальянское (§ 222) и испанское (§ 156) уложения. Если французские суды находят возможным исполнять требование отца без судебного рассмотрения и притом не опасаются впасть в противоречие с основными началами уголовного процесса, то нет основания и у нас видеть несоответствие там, где его в действительности нет. Рассматривая вопрос не с точки зрения догматической, а политико-правовой, мы должны признать более основательной точку зрения германского уложения, которое отказывает родителям в судебном содействии при осуществлении ими их власти. Само собою разумеется, что родителям не воспрещается приносить на общем основании жалобы в судебные установления на поступки детей, подходящие под предусмотренные уголовными законами и наказуемые действия (ст. 165, п. 2).

II. Установление родительской власти. Родительская власть устанавливается одним из следующих трех фактов: законным рождением, узаконением или усыновлением.

A. Необходимость законного рождения связывается с установленною формою полового сожития, так как родительская власть составляет одно из последствий брака (ст. 120). Зачатие и рождение ребенка могут совпадать с браком, но могут и выходить за временные его пределы, — зачатие может произойти до брака, рождение может наступить после брака. [Особенность русского права состоит в распространении презумпции законности на всех детей, рожденных в продолжение супружества, независимо от времени зачатия. Исторически оно объясняется бесправным положением внебрачных детей в эпоху составления Свода. Догматически предпочтение момента рождения моменту зачатия более соответствует интересам ребенка и выражается в том, что для доказательства законности достаточно доказать, что ребенок родился от известных лиц, состоявших в законном браке в момент его рождения (90, 45)].

1. Если зачатие и рождение произошли в браке, то предполагается, что отцом ребенка является муж его матери. Это предположение основывается на наблюдении, которое указывает, что в громадном большинстве случаев действительно так и бывает. Закон предполагает как общее правило соблюдение женою супружеской верности. Допустить противоположное значило бы признать преступное прелюбодеяние общим правилом. Но так как указанное правило составляет только предположение, то оно допускает опровержение.

Опровергать происхождение ребенка от мужа матери, т.е. законность ребенка, рожденного в браке, могут только муж и после его смерти, при наличности некоторых условий, его наследники (уст. гр. суд., ст. 1348 и 1352). Следовательно, право опровержения не принадлежит матери (т. XVI ч. 2, зак. суд. гр., ст. 464), а также всем прочим родственникам и с той и с другой стороны, а тем более посторонним лицам, каков бы ни был их интерес в том, нравственный или материальный. Так, например, Сенатом отвергнуто право опекуна над имуществом душевнобольного предъявлять иск о признании внебрачным ребенка, рожденного его женою и записанного в метрике происшедшим от законного супруга (06, 29). Однако и со стороны отца опровержение не допускается, если младенец записан в метрической книге законнорожденным и при этой записи расписался муж матери младенца или кто-либо другой по его просьбе (уст. гр. суд., ст. 1349). Право вчинять или продолжать иск о незаконном рождении переходит к наследникам мужа по закону при следующих условиях: а) если муж умер до рождения младенца или до истечения предоставленного ему законом срока для начатия спора против законности рождения, б) если муж прежде смерти не объявлял, что признает младенца законным (уст. гр. суд., ст. 1352).

Основанием опровержения законности рождения может служить невозможность сожития мужа с женою в то время, к которому приблизительно относится зачатие ребенка. Такую невозможность наш закон видит в разлуке супругов (уст. гр. суд., ст. 1348). Доказательство невозможности зачатия по отдаленности их друг от друга представляет, конечно, значительные затруднения, особенно при современных путях сообщения. Необходимо удостоверить, что ни один из супругов в течение известного времени не был в том месте, где находился другой. Когда один из супругов жил долгое время за границею, то отметка на паспорте о времени выезда и

возвращения может доказывать разлуку, если будет сверх того доказано, что другой супруг из России не выезжал. Доказательством разлуки служит тюремное заключение, продолжительное морское плавание. Следует ли, однако, ограничивать возможность опровержения законности указанным в законе основанием? Например, в то время, к которому относится зачатие, мужу произведена была хирургическая операция, сделавшая его временно неспособным к сожитию. Ограничение оснований противоречило бы смыслу закона, который противится допущению в семью посторонних детей.

Для опровержения законности рождения как со стороны самого мужа, так и его наследников закон устанавливает особую краткую давность, чтобы не оставлять долгое время в неизвестности состояние младенца [вообще и в интересах этого последнего в особенности]. Со стороны мужа срок для возбуждения дела годовой [и двухлетний, если он пребывает за границей (ст. 1350 уст. гр. суд.)] со времени рождения ребенка (92, 33) или если жена нашла средства скрыть от него рождение младенца – со дня, в который муж узнал [о рождении младенца, признаваемого им за внебрачного в таком только случае, если его жена нашла средство скрыть от него рождение младенца или если она во время рождения младенца жила отдельно от мужа (уст. гр. суд., ст. 1351 в редакции закона 12 марта 1914 г.)]. При раздельном жительстве супругов оставление мужа в неизвестности о рождении ребенка представляется "средством" сокрытия и на жене лежит обязанность доказать, что муж поставлен был в известность о рождении (03, 18)]. Для наследников мужа этот срок – три месяца, считая со дня его смерти или же со дня рождения ребенка, если он родился после смерти мужа (Уст. гр. суд., ст. 1353).

2. Строго говоря, можно признать ребенка законным только тогда, когда зачатие имело место во время брачного сожития. Поэтому если роды произошли слишком скоро после венчания, то, очевидно, зачатие произведено было вне брака и самое рождение ребенка не может считаться законным. Однако наш закон признает всех детей, рожденных в законном браке, законными, хотя бы они родились по естественному порядку слишком рано от совершения брака, т.е. прежде 180 дней после венчания (ст. 119, 125), если только отец не отрицал законности их рождения. Судьба детей, зачатых вне брака, хотя и рожденных в браке, находится в руках мужа их матери, – он может признать их своими или закрыть им вход в свою семью. Если отец не возражает, то ребенок, родившийся через неделю после венчания, должен быть записан законным. Если же отец не желает признать его своим, ему достаточно сослаться на тот факт, что ребенок родился ранее законного срока, т.е. 180 дней от венчания, не приводя никаких иных доказательств в пользу того, что ребенок не мог быть от него зачат. Впрочем, письма его и удостоверение, что он обращался с новорожденным, как со своим сыном или дочерью, заботился о его содержании и воспитании, допускал пользование его фамилией, – все это опровергает его спор о незаконности происхождения (ст. 125).

Спрашивается, почему закон признает законным ребенка, зачатого вне брака? Основанием к тому служит желание поощрить браки лиц, близкие отношения которых привели к беременности, надеждою устроить судьбу будущего ребенка. Следовательно, признание законности детей, зачатых до брака, представляет форму узаконения через последующий брак, которое приводит к признанию законности ребенка не только зачатого, но и рожденного до брака.

3. Возможен противоположный случай, именно тот, когда зачатие состоялось во время брака, а рождение произошло после прекращения брака. Дети признаются законными, хотя бы они родились по прекращении или расторжении брака, если только между днем рождения и днем смерти отца или расторжения брака прошло не более 306 дней (ст. 119). Закон, рассчитывая на самую продолжительную беременность, относит зачатие к тому времени, когда брак еще не прекратился, и предполагает отцом ребенка мужа матери. Это предположение может быть опровергаемо на указанных раньше началах.

Возникает вопрос о значении истечения приведенного предельного срока. Признается ли ребенок, рожденный после 306 дней, внебрачным в силу самого закона или необходимо, если он был записан законнорожденным, опровержение его законности со стороны заинтересованных лиц? Следовало бы остановиться на первом решении. Закон допускает наибольший срок беременности; если рождение произошло после 306 дней, значит и зачатие в силу законного предположения имело место вне брака. Поэтому такой ребенок должен считаться внебрачным

вследствие одного факта позднего рождения, не ожидая каких-либо опровержений. Однако категорический смысл ст. 131 приводит к иному решению. "Законность лица, рожденного по истечении 306 дней после прекращения брака смертью мужа или после расторжения сего брака, установленным на то порядком, могут оспаривать все те, коих права, личные или по имуществу, были бы нарушены через признание его незаконнорожденным, но не позднее как через 6 месяцев после рождения младенца". С этой точки зрения приходится признать законными детей, рожденных спустя два года после смерти мужа или после окончания развода. Можно усомниться, насколько такое решение вопроса способно "обратить и поддержать нравственно-общественное положение членов семейного союза", как это полагал Государственный Совет. Объяснение странного текста ст. 131 следует искать в редакции § 315 Code Napoléon, из которого наше положение заимствовано и который возбуждает те же сомнения среди французских юристов.

Рождение ребенка после прекращения брака еще более усложняет дело, когда мать ребенка в этот момент состояла уже в новом браке например, через два месяца по смерти мужа А жена его выходит замуж за В. По ст. 119, п. 2 ребенок может быть приписан первому мужу, а по ст. 119, п. 1 – второму. Во избежание таких недоразумений французский законодатель запрещает женщине вступать в новый брак ранее 10 месяцев со времени прекращения первого (франц. код., § 228 и 296). У нас то же правило установлено для лютеран, а именно: женщина, состоявшая в браке, не может вступить в новый брак до истечения 306 дней со времени прекращения первого (т. XI ч. 1, ст. 333 и 334; ср. пол. о союзе брачном, ст. 168, 125).

В. Другим способом установления родительской власти является узаконение. Под именем узаконения понимается признание в установленном порядке за собственными внебрачными детьми юридического положения законных (79, 241).

Жалкое положение внебрачных вызывает потребность в способах выхода из него. Прежде всего в противоположность кратким срокам, установленным для опровержения законности рождения, наш закон постановляет, что право доказывать законность рождения не прекращается никакою давностью (Уст. гр. суд., ст. 1347). Главным средством улучшения положения внебрачных является узаконение их. По действующему законодательству существуют следующие способы узаконения: в силу закона, через последующий брак и по Высочайшему указу.

1. Дети от брака, признанного недействительным, сохраняют права детей законных (ст. 1311), без всякой особой о том просьбы, как это требовалось до закона 3 июня 1902 г. Это относится не только к детям рожденным, но и к зачатым в таком браке до того момента, как состоялось решение суда о признании брака недействительным. Новый закон в отличие от западных законодательств, например германского уложения (§ 1699), не ставит законность детей, происшедших от недействительного брака, в зависимость от добросовестности одного или обоих родителей, вступивших в сожителство. В случае признания брака родителей незаконным и недействительным права узаконенных этим браком детей определяются на том же основании, как и права детей, рожденных в браке (ст. 1441, п. 4), т.е. дети считаются законными с самого момента рождения.

2. Узаконение через последующий брак состоит в том, что родители внебрачного ребенка вступлением в брак между собою после рождения последнего создают ему юридическое положение законных детей. Этот способ узаконения, известный еще римскому праву (*legitimitas per subsequens matrimonium*), принят в настоящее время почти во всех странах, кроме Англии. В пользу такого узаконения приводят то соображение, что мысль о возможности исправить положение ребенка, интересы которого способны преодолеть все иные соображения родителей, заставят родителей перейти от нелегального сожителства к браку. Англичане, впрочем, держатся иного мнения: они думают, что надежда на возможность поправить дело в будущем толкает на легкомысленные связи в настоящем.

В России узаконение через последующий брак введено законом 12 марта 1891 г. В духе французского права, которое служило ему образцом, закон преграждал возможность узаконения детей, происшедших от прелюбодеяния. В духе самобытности закон 1891 г. ограничивал свое действие христианским населением – из страха перед евреями, проявляющими "наклонность обращать каждое новое право в средство для обхода существующих законов". Закон 3 июня 1902 г., составленный уже в духе германского права, не устраняет прелюбодейных детей от действия

узаконения через последующий брак. Самобытность сохранена и в новом законе, не распространяющемся на нехристианское население (ст. 1441).

Узаконение предполагает следующие условия: а) Принадлежность отца и матери к христианскому вероисповеданию. [Спорно пока в практике право на узаконение лиц, могущих вступить в смешанный брак по ст. 87]. Поэтому браком родителей-евреев не могут быть узаконены добрачные их дети, хотя бы и крещенные по обряду христианской веры (03, 147). б) Вступление родителей внебрачного ребенка в брак после его рождения. в) Судебное определение об узаконении, потому что у нас узаконение достигается не самым браком, а определением суда, для которого брак является только основанием. Это видно уже из того, что суду подаются "просьбы об узаконении детей" (уст. гр. суд., ст. 14601).

Инициатива возбуждения дела об узаконении после брака принадлежит родителям, обоим совместно, и только в случае смерти одного из них можно допустить просьбу от другого единолично. Признано, что по смерти родителей возбуждение ходатайства об узаконении переходит к самим детям или их опекунам (04, 48; 00, 12; 12, 66). Узаконению не препятствует то обстоятельство, что внебрачные дети уже умерли или были до того родителями усыновлены.

Просьбы об узаконении подаются окружному суду по месту жительства родителей ребенка или его самого. Подача таких просьб через поверенных (неизвестно почему) не допускается. При просьбе должны быть представлены: письменное заявление отца и матери о том, что ребенок происходит от них, а также метрические свидетельства о рождении ребенка и о браке родителей. В просьбе, подаваемой по истечении одного года со дня совершения брака, должны быть объяснены причины, оправдывающие такое промедление, оценка которых зависит от усмотрения суда. Дела об узаконении рассматриваются при закрытых дверях и разрешаются по выслушании заключения прокурора. Суду приходится удостовериться в возможности происхождения ребенка от признающих себя его родителями, в тождестве признающей себя матерью с тою, которая означена в метрическом свидетельстве о его рождении, и в отсутствии законных препятствий к узаконению. По вступлении определения об узаконении в законную силу суд выдает взамен прежнего новое метрическое свидетельство (Уст. гр. суд., ст. 14601–14607).

Последствием узаконения является причисление внебрачных детей к законным, предоставление им всех личных и имущественных прав, какими пользуются последние. Узаконение через последующий брак влечет общие для всех последствия: узаконенные дети почитаются законными со дня вступления их родителей в брак и пользуются с этого времени всеми правами законных детей, от этого брака рожденных (ст. 1441, п. 3). Следовательно, обратная сила узаконения выражается в том, что дети признаются законными не с момента судебного определения, а ранее с момента венчания, однако, обратная сила не идет так далеко, чтобы отнести законность к моменту рождения. Отсюда следует, что узаконенные дети не имеют права на наследство, которое открылось в боковой линии ранее узаконяющего брака. Например, некто имеет внебрачного сына, но женится потом не на его матери, а на другой особе. От этого брака родились два сына, из которых один умирает. После смерти жены отец их женится на женщине, с которою он прижил ранее внебрачного ребенка, и узаконяет ребенка: так как узаконение относится к моменту брака, то узаконенный не может наследовать после своего единокровного брата.

3. Для узаконения по Высочайшему указу общих правил не существует. Внебрачные, сопричтенные к законным детям по особым Высочайшим указам, пользуются ненарушимо всеми правами и преимуществами, силою тех указов им представленными (ст. 144). Следовательно, указ может отнести их законность и к моменту самого рождения, каковы бы ни были обстоятельства узаконения. Эта форма узаконения, известная также римскому праву (*legitimitas per rescriptum principis*), поставлена сейчас на Западе в узкие рамки. Франция вовсе не допускает ее, в Англии это дело только парламента, в Германии сопричтение незаконных детей к законным, имеющее, однако, силу только в отношении отца, производится в порядке управления.

С. Третьим способом установления родительской власти является усыновление. По своей идее усыновление должно служить искусственным восполнением естественного недостатка в детях и тем достроить семью, начатую браком. Эта идея усыновления как искусственного построения семьи обнаруживается с очевидностью из закона, запрещающего усыновлять лицу,

которое уже имеет детей, законных или узаконенных, лицу, которое по своему духовному сану не должно их иметь; из закона, устанавливающего известное соответствие в возрасте усыновителя и усыновляемого, которое бы напоминало естественное соотношение между отцом и ребенком. Однако закон не выдерживает основной идеи, как это видно из того, что он разрешает усыновлять и одиноким женщинам, не имеющим мужа, или мужчинам, не имеющим жены, допускает усыновление собственных внебрачных детей. Последнее нарушение идеи усыновления можно объяснить только недостаточностью постановлений об узаконении, а также предрассудками, заставляющими прибегать к усыновлению там, где нужно бы воспользоваться узаконением. К усыновлению собственных внебрачных детей прибегают в тех случаях, когда не желают вступить в брак с матерью ребенка, или не могут уже, например, за смертью ее, или опасаются огласить факт незаконности происхождения ребенка.

Отличие усыновления от узаконения заключается в том, 1) что узаконяются только собственные дети, тогда как усыновить можно и чужих детей, 2) что узаконение производится родителями помимо согласия узаконяемых, тогда как в основе усыновления лежит соглашение или с самим усыновляемым, или с его родителями.

Усыновителями могут быть супруги или же мужчина и женщина в отдельности, не исключая и девицы. Усыновление невозможно для лиц, которые по сану своему обречены на безбрачие (ст. 145), т.е. для монахов и католических священников, потому что православные священники и лютеранские могут иметь семьи. Для усыновления одним из супругов требуется согласие другого супруга (ст. 150), хотя бы супруги жили врозь. Вдовец или вдова приравниваются к положению холостых или незамужних. Усыновителем может быть и отчим или мачеха. Усыновление возможно только при отсутствии собственных детей, незаконных или узаконенных (ст. 1451). Позднейшее рождение законного ребенка или узаконение не имеют никакого влияния на предшествующее усыновление. Однако беременность должна считаться препятствием к усыновлению. Усыновление лиц христианского вероисповедания нехристианами и этих последних лицами христианского вероисповедания воспрещается (ст. 148). Страх перед евреями вызвал указ Сената, внесенный в гражданские законы, по которому евреям, пользующимся правом повсеместного жительства, запрещается усыновлять евреев, таковым правом не пользующихся (ст. 145, прим.). Несмотря на указ 17 апреля 1905 г., в законе остается воспрещение старообрядцам и сектантам усыновлять православных (ст. 148, прим.). Несмотря на ст. 163, Сенатом разъяснено, что иностранцы могут усыновлять не только подкидышей и непомнящих родства, но и других лиц (указ 98, 32, правило 54). Несостоятельные и расточители, по цели ограничения их дееспособности, не могут быть лишены права усыновления. От усыновителя требуется известный возраст, который обеспечивал бы понимание им важности совершаемого акта. Усыновитель должен иметь не менее 30 лет (во Франции и Германии 50 лет) и затем, чтобы усыновление было подобно естественной семье, должен быть старше усыновляемого по крайней мере 18 годами (ст. 146). Однако для усыновления собственных детей не требуется ни 30-летний возраст, ни разница в 18 лет (ст. 1501, п. 1).

Усыновляемы могут быть как чужие, так и свои дети. Усыновление чужих детей не допускается, если у лица усыновляющего имеются собственные законные или узаконенные дети (ст. 1451). Для усыновления собственных внебрачных детей это обстоятельство препятствием не служит (ст. 1501, п. 2). Усыновляемы могут быть и родственники, например, племянники, брат. Для усыновления требуется согласие другого супруга (ст. 150) и родителей усыновляемого или его опекунов и попечителей, а также его самого, если он достиг 14-летнего возраста (ст. 149). Таким образом, в основании усыновления лежит всегда договор. При усыновлении отцом внебрачного ребенка требуется согласие матери в том лишь случае, если она значится в метрической о его рождении записи или если происхождение от нее ребенка удостоверено судом (ст. 1501, п. 3). [Мать усыновленного таким образом ребенка теряет в отношении его свои родительские права, даже при согласии и ходатайстве о том усыновителя (12, 64)]. Усыновлению вторичному и единовременному не подлежит лицо, уже усыновленное кем-либо (ст. 147), но нет препятствия к переусыновлению. Закон не выставляет никаких преград для одновременного или последовательного усыновления нескольких лиц.

В прежнее время порядок усыновления различался по сословиям. Закон 12 марта 1891 г. ввел общий судебный порядок с сохранением, однако, особого порядка для крестьян и мещан. По общему порядку просьба об усыновлении подается в окружной суд по месту постоянного жительства усыновителя или усыновленного. Суд удостоверяется в наличии всех требуемых законом условий и по выслушании заключения прокурора постановляет определение об удовлетворении ходатайства или об отказе в ходатайстве. Лица, права которых нарушаются неправильным усыновлением, например, родители усыновленного могут заявить свои возражения во время производства дела или начать впоследствии, в двухгодичный срок со дня вступления определения в законную силу, спор общим порядком. Спор этот во всяком случае может быть заявлен только при жизни усыновителя (уст. гр. суд., ст. 14608–146012). По особому порядку, сохраненному для крестьян и мещан, усыновление совершается припискою усыновленного, хотя бы он принадлежал к дворянскому сословию, к семейству усыновителя, которая делается для крестьян волостным правлением, для мещан казенною палатою (ст. 155, указ 1 деп. Сената, 1902 г., N 4334).

Последствием усыновления является прекращение родительской власти у прежних ее субъектов и приобретение ее усыновителем. Усыновленный вступает по отношению к усыновителю во все права и обязанности законных детей (ст. 1561). Однако усыновленный по общему правилу сохраняет права состояния, принадлежавшие ему до усыновления. Усыновленные дворянами и потомственными почетными гражданами, имеющие меньшие права состояния, приобретают усыновлением только личное почетное гражданство (ст. 153). Усыновитель может передать усыновленному свою фамилию, но для передачи фамилии потомственными дворянами необходимо еще Высочайшее соизволение (ст. 152). Лица женского пола, не вступившие в брак, на передачу усыновленному носимой ими фамилии при жизни своих родителей обязаны испросить согласие этих последних. В жизни обнаруживается упорное стремление передать усыновленному и отчество усыновителя. Но Сенат высказался против этой тенденции, признав, что в законе нет указаний, чтобы такая передача отчества дозволялась, и что отчество определяется именем родного отца (98, 32 и 66; 09, 82). В имущественном отношении усыновленный не прерывает связи со своим прежним родством и не вступает в родственные союзы усыновителя. Поэтому усыновленный сохраняет права наследования по закону после своих родителей и их родственников, а с другой стороны, не участвует в наследовании после родственников усыновителя, если не имеет на то прав в силу кровного родства (ст. 1563 и 1567). В отношении самого усыновителя усыновленный приобретает право наследования в его благоприобретенном имуществе, но не в родовом (ст. 1561) и не имеет права на пенсию за службу усыновителя (ст. 1562). [Разнополые усыновленные до издания закона 3 июня 1912 г. о расширении наследственных прав лиц женского пола получали неравные доли, ныне же они получают равные доли из всякого благоприобретенного имущества усыновителя, за исключением внегородского земельного имущества (14, 18)]. В свою очередь усыновитель имеет право после бездетной смерти усыновленного на его благоприобретенное имущество, тогда как имущество, уступленное усыновленному его родителями, возвращается к последним (ст. 1565).

III. Имущественные отношения между родителями и детьми. На Западе родительская власть распространяется не только на личность, но и на имущество детей. Родителям, например, во Франции (§ 384), в Германии (§ 1649), но не в Англии, присваивается право пользования имуществом несовершеннолетних детей.

1. В России между имуществами родителей и детей установлена такая же раздельность, как и между имуществами супругов. Родительская власть в отношении имущества детей у нас не существует. Если к малолетним детям дойдет имущество по завещанию, законному наследованию или дарению, то родителям принадлежит управление этим имуществом, но не в силу родительской власти, а вследствие утверждения их опекунами (ст. 180, 226, 229). Они не пользуются этим имуществом в свою пользу, но заведуют им по правилам, установленным для опеки, и под надзором опекунских учреждений (71, 1243; 80, 60). Родители, не утвержденные опекунами, не вправе распоряжаться имуществом детей и представлять их интересы на суде (70, 1344). Однако при недостаточности средств родителей пользование средствами детей для удовлетворения насущных их потребностей Сенат признал допустимым, так что родители вправе требовать

возврата из имущества умерших детей денег, затраченных на их обучение, лечение и погребение (11, 80). Из того же начала раздельности следует, что родители не отвечают за долги своих детей, если только родители не выразили своего согласия на их обязательства и тем не приняли на себя поручительства (ст. 184 и 185). Дарения от детей родителям возможны только в том случае, если попечительство принадлежит не родителям и попечители изъявляют на то свое согласие. Дарение от родителей детям производится на общих основаниях, однако, при торговой несостоятельности отца или матери безмездные отчуждения в пользу детей, совершенные в последние 10 лет перед конкурсом, подлежат опровержению (уст. суд. торг., ст. 461).

2. Из начала имущественной раздельности между родителями и детьми следует, что при жизни первых последние не имеют никакого права требовать предоставления им части принадлежащего родителям имущества (ст. 995). Но сами родители вправе, конечно, одарить своих детей. Квалифицированным дарением является выдел, под которым следует понимать дар в пользу лица, имеющего право законного наследования после дарителя, совершаемый с целью передать наследственную часть до смерти наследодателя. Выдел составляет, таким образом, дар и в то же время предваренное наследство. Выдел совершается родителями в пользу детей и другими восходящими родственниками в пользу нисходящих, например дедом в пользу внуков (ст. 994). Так как закон говорит только о выделе, производимом родителями и восходящими родственниками, то нельзя признать выделом дарение наследственных частей при жизни со стороны боковых родственников, например, со стороны бездетного дяди, выдающего одному из племянников ту долю имущества, на которую он имел бы право при открытии наследства (12, 46). Дети, которым при жизни родителей выделена законная или какая-либо другая часть из родительского имущества, называются отделенными (ст. 997; ср. ст. 182 и 190). Объем выделяемой части зависит от свойства имущества. Из благоприобретенного имущества родители и восходящие родственники могут назначить отделяемому потомку такую часть, какую заблагорассудят, но из имущества родового каждому могут выделять часть, законом определенную (ст. 996). Едва ли возможно согласиться с Сенатом, что в законе нашем нет препятствий к тому, чтобы при выделе детей взамен выдела из части родового имения в натуре выдавать им денежные суммы (06, 15), потому что такая замена соответствует идее законной доли, неизвестной нашему законодательству, но не сущности родового имения, ограниченность распоряжения которым связывается с индивидуальностью объекта. Акт, в котором выразился выдел, называется отдельной записью и в отношении недвижимостей совершается крепостным порядком (ст. 1000), в отношении же движимости может быть совершен и домашним порядком (10, 78).

Последствия выдела определяются двойственностью его природы. Как дарение, выделенное имущество подлежит возвращению по тем же основаниям, как и дар: вследствие неблагодарности, при несостоятельности (ст. 1000, прим.). В случае бездетной смерти отделенного лица выделенное имущество возвращается яко дар к давшему его, а не идет к законным наследникам. Как предваренное наследство, выдел отражается на участии отделенного лица в наследовании после выделившего.

а. Получившие при жизни владельца посредством выдела из родового имущества сполна ту часть, которая бы следовала им по его смерти, почитаются отделенными и в позднейшем разделе родового имущества не участвуют, что не лишает их права участвовать в разделе благоприобретенного имущества. Когда же наследственная доля не была выделена сполна, тогда дополняется она при разделе родового имущества между наследниками (ст. 997). Такая неполнота выдела происходит или по воле лица выделяющего, или же вследствие изменения обстоятельств при открытии наследства, так как только по этому моменту определяется наследственная доля. Например, у отца было три сына и одному из них выделена была третья часть родового имения, к открытию наследства один из двух других братьев умер и наследственная доля из третьей части превратилась в половину, тогда выделенный имеет право еще на 1/6 родового имения. Если при открытии наследства выдел из родового имения окажется превышающим наследственную долю, то при разделе наследства излишек должен быть возвращен в наследственную массу, потому что, как говорит закон, из имущества родового каждому обязаны выделять часть, законом определенную (ст. 996).

б. Закон наш не предусматривает вполне последствий выдела из благоприобретенного имущества. Дети, отделенные в благоприобретенном имуществе, не устраняются чрез то от наследования в родовом наравне с прочими наследниками, если только при выделе они не отказались от участия в наследстве (ст. 998). Остаются открытыми вопросы: имеют ли право дети, отделенные в благоприобретенном имуществе, но не отказавшиеся при выделе от прав наследования, участвовать в разделе остального имущества, благоприобретенного и родового, при открытии наследства, если они получили меньше законной наследственной доли, и имеют ли прочие наследники право привлечь отделенных к возвращению части полученного выдела, если он превышает их законную наследственную долю? По первому вопросу Сенат ввиду отсутствия каких-либо постановлений по этому предмету признает, что такие отделенные дети на общем основании участвуют в наследстве, но не иначе как с зачетом всего полученного при выделе (88, 91). На второй вопрос следует ответить отрицательно так как отнятие части выдела противоречило бы воле наследователя, который вправе распределять благоприобретенное имущество по своему усмотрению в каких угодно долях.

3. Видом выдела является приданое, под которым закон понимает выдел дочерей и родственниц по случаю замужества (ст. 1001). В противоположность германскому уложению, которое возлагает на родителей обязанность снабжать приданым дочерей, выходящих замуж (§ 1620), в противоположность древнему русскому праву, которое обязывало даже братьев наделить сестру приданым, "како си могут", современное наше законодательство такой обязанности на родителей не возлагает. Приданое имеет поэтому дарственный характер. Так как приданое составляет форму выдела, то в техническом смысле это название может быть применимо к тому только дарению, которое служит предварением наследования. Не будет приданым свадебное дарение со стороны таких лиц, хотя бы и родственников, после которых выходящая замуж не имеет законного права наследования. Однако это выражение применяется в жизни и к таким случаям, обнаруживая тем, что приданое имеет скорее бытовое, чем строго юридическое значение.

Следует, впрочем, заметить, что у нас приданое не имеет того значения, какое оно имело в римском праве и имеет ныне в западных законодательствах, устанавливая своеобразные отношения по имуществу между супругами. По русскому праву приданое с точки зрения закона ничем почти не отличается от выдела. Сенат даже утверждает, что правовая природа "приданого" и "выдела" тождественны (10, 16). Отличие приданого от выдела может выразиться в том только, что оно иногда передается в собственность не дочери или родственнице, а мужу (ст. 1153). Тем не менее дочь считается отделенною, если при этом отреклась за себя и за наследников от дальнейшего участия в наследовании (ст. 1002), следовательно, наступают все указанные последствия выдела.

Акт передачи приданого называется рядною записью и должен быть совершен крепостным порядком, если приданое состоит в недвижимости или же частью из движимости и частью из недвижимости; если же приданое состоит из одной движимости, то рядная запись может быть совершена и домашним порядком (ст. 1006). Рядные записи могут быть совершаемы или до брака, или после брака, но не позднее как через шесть месяцев после венчания (ст. 1007). После этого срока возможен простой выдел, но не приданое, следовательно, должна быть совершена отдельная, а не рядная запись. По разъяснению Сената, из смысла законов нельзя сделать вывода, будто рядная запись составляет существенную принадлежность приданого, а потому нет основания устранять иные письменные доказательства в подтверждение выдачи приданого (06, 66).

Замужние дочери, получившие приданое из родового или благоприобретенного имущества, считаются отделенными тогда только, когда в подписанных ими рядных записях они отреклись за себя и за наследников от дальнейшего участия в наследстве (ст. 1002). Если нет письменного доказательства (не исключительно рядной записи), что дочь при жизни родителей, получив приданое, отреклась от участия в наследстве, то она не лишается права на него при разделе оставшегося после родителей имущества, из которого ей в таком случае следует выдавать причитающуюся (прежде указную) часть с зачетом приданого как денег, так и всякого другого имущества (ст. 1003 по изд. 1914 г.). Если бы даже она формально отреклась от наследства, она

все же может принять участие в разделе родительского имущества, когда сонаследниками ее будут только замужние сестры, но не братья или незамужние сестры (ст. 1004; 90, 40). Отрекшаяся от участия в наследстве дочь не лишается ни малейшей части выделенного ей приданого, хотя бы наследники не получили по соразмерности с назначенным ей приданым надлежащих частей из наследства (ст. 1004).

После бездетной смерти дочери или родственницы полученное ею приданое не поступает к ее наследникам, а возвращается "яко дар" к родителям.

4. Если родители обязываются содержать своих детей, то, и обратно, на детях лежит алиментарная обязанность в отношении их родителей. Как и всякие алименты, право родителей на поддержку детей обуславливается отсутствием у них собственных средств, – если родители, как говорит закон, находятся в бедности, дряхлости или немощах (ст. 194). С другой стороны, как всякие алименты, обязанность детей содержать своих родителей имеет личный характер: за смертью их она не переходит на их наследников, а право родителей не может быть ни отчуждаемо, ни передаваемо (06, 24) и за смертью их прекращается. Величина содержания должна сообразоваться с потребностями родителей и средствами детей. Сумма, назначенная судом или определенная взаимным соглашением, может изменяться при изменении условий по просьбе родителей – в сторону повышения, по просьбе детей – в сторону понижения. Уклонение от этой обязанности влечет за собою даже уголовные последствия в виде ареста (уст. о наказ., ст. 143). Обязанность содержания лежит на законных детях, на узаконенных, на усыновленных, но не на пасынках или на падчерицах (contra 83, 76).

IV. Прекращение и ограничение родительской власти. Так как по русскому законодательству существует только родительская власть в отношении лиц, но не в отношении имущества, то можно говорить только о прекращении личной власти. С достижением совершеннолетия дети освобождаются от опеки, хотя бы опекунами были родители, и приобретают право самостоятельного распоряжения своим имуществом.

Родительская власть по закону прекращается только в двух случаях: а) смертью и б) лишением всех прав состояния, если только дети не последовали за родителями в ссылку (ст. 178). [Недопустимо по русскому праву ни одностороннее, ни договорное отречение от родительской власти (97, 81)]. Достижение детьми совершеннолетия не имеет значения. Родительская власть ограничивается: а) поступлением детей в общественное училище, начальство которого заступает тогда по их воспитанию место родителей, б) определением детей на службу, в) вступлением дочерей в замужество, потому что одно лицо двум "неограниченным" властям, каковы родительская и супружеская, совершенно удовлетворить не в состоянии, и дочь, оставившая дом свой и прилепившаяся к мужу, не может быть подвержена повиновению родителям в такой же мере, как другие, находящиеся при них дети (ст. 179). Ограничение родительской власти обуславливается объемом власти тех лиц, которым дети подчиняются. С устранением действия второй власти ограничение отпадает и восстанавливается в полной силе первая власть, например, со смертью мужа дочь снова поступает в подчинение родителям и для вторичного выхода замуж необходимо новое согласие с их стороны.

Так как юридическое господство над детьми вручается родителям не ради их услаждения ввиду общественной функции, то, по-видимому, отношение родителей к детям, обнаруживающее недостаточное понимание первыми своих обязанностей, должно бы повести к отнятию у недостойных власти. Эта мысль, связанная с идеею государственного вмешательства, лишь недавно стала получать осуществление в законодательствах. Первою пошла Франция, издавшая в 1889 г. закон о защите детей, подвергающихся дурному обращению и нравственно заброшенных (ср. еще закон 5 апреля 1898 г.). Родительская власть отнимается или силою закона, или силою судебного решения. Такие последствия наступают, когда родители осуждены за крупное преступление или неоднократно подвергались наказанию за мелкие, когда постоянное пьянство, явно развратное поведение или дурное обращение родителей угрожает здоровью, безопасности или нравственности детей. Дети передаются или другому супругу, или родственнику, или даже постороннему лицу, или же обществу покровительства детей (Assistance publique). Также и Англия в ряде законов, с 1891 по 1908 г., допускает отнятие у родителей, временное или совершенное, власти над детьми, если они не оказываются пригодными (fit person) для воспитания и

образования своих детей. Такой результат может наступить, если суд усмотрит, что родители покинули детей, жестоко обращаются с ними, подвергают их разврату, если они сами пьяницы и развратники. По тому же пути пошли германское уложение 1896 г. (§ 1666) и швейцарский кодекс 1907 г. (§ 285), которые вменяют суду в обязанность принять меры к защите детей, когда родители оказываются недостойными врученной им власти, и отдавать детей в подходящую семью или в воспитательное заведение.

К сожалению, наше законодательство и в этом отношении обнаружило отсталость от вопросов, выдвинутых современной жизнью. Правда, и наш закон угрожает отцу и матери тюрьмой за побуждение детей к прошению милостыни (Уст. о наказ., ст. 51), за умышленное развращение нравственности детей и даже исправительными арестантскими отделениями за сводничество (улож. о наказ., ст. 1588 и 988), но все же власти родительской не лишает. [Проект предвидит лишение родительской власти за злоупотребление ею (ст. 426, п. 2)].

V. Внебрачные дети. Идея противоположения детей законных детям незаконным мало соответствует полигамической форме брака. Только с укреплением в обществе моногамии выдвигается различие двух категорий детей. У новых народов, пришедших в соприкосновение с Римом, внебрачное происхождение не имело ничего предосудительного. В XI веке Вильгельм Завоеватель нисколько не стеснялся заявлять: *ego Willhelmus, cognomine Bastardus*.

Католическая церковь, поддерживая брачное сожитие, освященное церковным благословением, должна была подчеркивать свое несочувствие внебрачному сожительству и его последствиям. Сама церковь признавала незаконнорожденных запятанными и не допускала их к священническому сану; незаконнорожденным преграждена была возможность приобрести степень доктора богословия. Под влиянием церкви стали изменять свой взгляд на внебрачное происхождение и западные народы. Положение внебрачных стало тяжелым. Саксонское зеркало (XIII в.) признает их бесправными, они не пользуются семейной опекой (*mundium*), они не имеют наследственных прав ни после отца, ни после матери; в случае бездетной смерти их имущество поступало к сеньору.

Некоторое облегчение внесла в положение незаконнорожденных рецепция римского права, вообще довольно мягко относившегося к детям внебрачного происхождения. Резкое изменение взгляда на них попыталось внести революционное законодательство. Актом 12 брюмера 1793 г. незаконнорожденные были совершенно уравнены с законными детьми. Впрочем, этот закон недолго сохранял силу. В кодексе Наполеона мы встречаемся с совершенно противоположной точкой зрения.

Перед современными законодательствами выступила двоякая задача: установить связь между незаконнорожденным и его родителями и определить права незаконнорожденного.

По первому вопросу резко отличаются законодательства романские и германские. Французский кодекс признает связь незаконнорожденного с его матерью, что же касается отца, то с его стороны возможно добровольное признание ребенка своим, но розыск отца судебным порядком со стороны самого ребенка или его матери не допускался (*la recherche de la paternité est interdite*). Эта точка зрения раскрывает стремление законодателя охранять интересы мужчин. Впрочем, в 1912 г. это положение, стяжавшее себе громкую известность, должно было пасть ввиду принятия закона об отмене § 340. Полную противоположность французскому кодексу составляло прусское земское право, широко открывавшее возможность заставить мужчину признать на суде свое отцовство. Несколько осторожнее, но в том же духе составлено общегерманское уложение. Отцом незаконного ребенка признается тот, кто в период зачатия имел плотскую связь с матерью. Он может, однако, воспользоваться *exceptio congressus cum pluribus*, т.е. оспаривать свое отцовство доказыванием, что мать ребенка состояла в связи и с другими (§ 1717).

По второму вопросу о правах незаконнорожденных кодекс Наполеона высказывался также неблагоприятно для последних. К наследованию призывались только признанные дети и то только после родителей, но не родственников их; вступали они в наследство лишь через посредство суда; доля наследования незаконного ребенка выражалась в известной части той доли, какая принадлежала бы ему, если бы он был законным. Постановления эти подверглись изменению по закону 25 марта 1896 г. в смысле благоприятном для незаконных детей, увеличена наследственная доля их, а также допущено полное устранение ими конкурентов в сонаследовании, если это не

восходящие или нисходящие, не брат и не сестра наследодателя. По германскому уложению на отце лежит обязанность доставлять ребенку, пока ему не исполнится 16 лет, содержание, соответствующее положению матери. Обязанность содержания не погашается смертью отца, она переходит на его наследников. По отношению к матери и к родственникам матери незаконные дети занимают юридическое положение законных детей. Но отец и его незаконный ребенок по закону не состоят в родстве (§ 1589, п. 2). Этим определяются наследственные права незаконного ребенка. Самое тяжелое положение незаконнорожденного в Англии. Он рассматривается как *filius nullius*, у которого нет родственных связей не только с отцом, но и с матерью и который поэтому не имеет никаких наследственных прав после своих родителей. До 16 лет незаконнорожденный ребенок должен быть содержим матерью, а за недостатком у последней средств отец может быть присужден к уплате 5 шиллингов в неделю, независимо от его состоятельности.

Идея различия между законными и незаконными детьми появляется в русском государстве довольно поздно. В первоначальную эпоху встречается только некоторое отличие в общественном положении детей рабынь. Только в XVII столетии выступает ясно мысль о преимуществе детей от законной жены перед детьми наложницы. Вместе с тем общепризнана была возможность "привенчивания" незаконных детей последующим браком их родителей, пока порядок не встретил отпора в постановлениях уложения. В XIX веке образуется еще более строгий взгляд на незаконных детей. Допускавшееся нередко раньше сопричтение незаконных детей к законным было признано в 1801 г. чрезвычайною милостью, а в 1829 г. повелело было оставлять без движения все прошения об узаконении, подаваемые на Высочайшее имя. Но жизнь и чувство жалости к судьбе невинных детей были сильнее этого постановления, – просьбы продолжали подаваться и достигали нередко желаемой цели. В издании гражданских законов 1887 г. постановление это было выпущено (прим. к ст. 144). Закон 12 марта 1891 г. отменил существовавшее со времени уложения запрещение узаконять детей через последующий брак. Все более мягкий взгляд на несчастных детей не дал остановиться на этом законе, и новый закон 3 июня 1902 г. еще более пошел по этому пути. Но едва ли и на этом остановится движение нашего законодательства: слишком назрел больной вопрос о "без вины виноватых". Нужно, впрочем, заметить, что, пока общество не перестанет относиться неодобрительно к внебрачным отношениям и их естественным результатам, едва ли законодательство в состоянии будет изгладить совершенно юридическое различие между законными и внебрачными детьми.

Идея незаконнорожденности основывается на зачатии и рождении ребенка вне условий законного сожителства, т.е. вне брака. По действующему законодательству незаконными детьми признаются: 1) рожденные незамужнею; 2) происшедшие от прелюбодеяния; 3) рожденные по смерти мужа или по расторжении брака разводом, или же после признания брака недействительным, когда со дня смерти мужа матери или расторжения брака, или же признания его недействительным до дня рождения ребенка протекло более 306 дней (ст. 132). Положение незаконных детей по русскому законодательству представлялось до последнего времени совершенно бесправным. Закон не признавал вовсе связи их с родителями. Незаконные дети, хотя бы они и были воспитаны теми, которые именуются их родителями, не имели права на фамилию отца и законное после него или после матери своей в имуществе наследство (ст. 136). Они не приобретали прав состояния не только отца, но даже матери, – незаконнорожденные, к какому бы званию ни принадлежали их матери, приписывались к податным обществам до совершеннолетия (т. V, изд. 1903 г., уст. прям. нал., ст. 586, прим., прил. ст. 30). Наш закон отказывал им в каких-либо правах наследования, чего не делало даже самое суровое в отношении к ним законодательство Франции. Полное отрицание их со стороны нашего закона не допускало признания за родителями их родительской власти над ними.

Новый закон 3 июня 1902 г. решил изменить это несправедливое положение безвинных детей. Прежде всего законодатель заменяет устарелое название "незаконнорожденные" более мягким "внебрачные". Конечно, дело не в названии, а в действительном отношении к детям со стороны законодателя и общественного мнения. Однако нельзя отрицать того психологического факта, что, если с известным названием соединяется какое-либо позорное представление, позор названия сохраняется и тогда, когда в общественном мнении произошел переворот в представлении о позорности самого деяния.

Новый закон устанавливает юридическую связь между внебрачным ребенком и его матерью, отчасти даже и с отцом. Ребенку присваивается определенная фамилия – одинаковая с отчеством, которое согласуется с именем восприемника, однако с взаимного согласия матери и ее отца ребенок может носить фамилию матери (ст. 1323) и это, по всей вероятности, будет наиболее частый случай. Соответственно матери присваивается родительская власть, очевидно, во всей полноте (ст. 1321). Внебрачные дети наследуют после матери на основаниях, установленных для законных детей, но только в благоприобретенном, а не в родовом имуществе ее. Притом, если у матери имеются только дочери, рожденные в браке, то наследство делится поровну между законными и незаконными детьми. После родственников матери внебрачные дети права наследования не имеют (ст. 13112). По возбужденному на практике вопросу, может ли сестра, происшедшая от законного брака, наследовать в имуществе, оставшемся после сестры, рожденной той же матерью, но вне брака и не оставившей после себя наследника, Сенат высказался, что вообще рожденные в законном браке наследовать после братьев и сестер, рожденных вне брака, не имеют права (09, 9). Мать внебрачного ребенка наследует после него по правилам о порядке наследования в линии восходящей.

Слабее связь внебрачного ребенка с отцом его. Законодатель не решился ввести институт признания. Однако, по-видимому, он может дать ему отчество (ст. 1322). Отец внебрачного ребенка обязывается сообразно своим имущественным средствам и общественному положению матери ребенка нести издержки на его содержание, если он в том нуждается, до его совершеннолетия, хотя эта обязанность может прекратиться и ранее, если внебрачная дочь выходит замуж или если ребенок, будучи подготовлен к предназначенной ему деятельности, в состоянии сам себя содержать (ст. 1324 и 1325). Обязанность отца чисто личная и на наследников не переходит (04, 70). Отец, доставляющий средства на содержание ребенка, получает право надзора за его содержанием и воспитанием (ст. 13210). Размер содержания внебрачного ребенка, однажды определенный, может быть увеличиваем или уменьшаем в зависимости от изменившихся обстоятельств (ст. 1328). Когда между отцом и матерью ребенка возникают разногласия по вопросам о содержании и воспитании его, то эти вопросы разрешаются подлежащим опекуном установлением (ст. 13210). Однако на законное наследование в имуществе отца внебрачные дети права не имеют (ст. 13212).

§ 64. Родственный союз

I. Понятие о родстве. Родственным союзом называется круг лиц, связанных взаимностью или общностью происхождения (ст. 196). Родственниками являются лица, происходящие или друг от друга, или от общего родоначальника. Отсюда обнаруживается, что родство может быть: а) прямое, когда соединяет ряд лиц, происходящих друг от друга – дед, отец, сын, внук, и б) боковое, когда соединяет лиц, не происходящих друг от друга, но происходящих от общего родоначальника.

Связь, соединяющая родственников, представляется физиологическою, насколько им свойственно единство крови и наследственных черт; она будет нравственною, насколько им присуще сознание общности и взаимной привязанности; она является юридическою, насколько закон связывает с родством юридические последствия. Сила родственных связей, имевшая громадное значение в первобытном обществе, когда род составлял политическую единицу, постепенно ослаблялась по мере усиления индивидуализма и обособления семьи в тесном значении слова. Большинство юридических последствий родства составляют историческое воспоминание прежнего порядка и в настоящее время мало согласуются со всем общественным бытом.

Каждый человек по отцу принадлежит к одному роду, по матери – к другому. Количество родственных кругов, в которые входит каждый, увеличивается по мере восхождения к родоначальникам. Но с расширением родственного круга ослабляется кровное единство и нравственная связь, а потому и закон признает юридическое значение только за близким родством, хотя у нас в наследовании участвуют и самые отдаленные родственники (ст. 1111).

Близость родства определяется степенями и линиями. Связь одного лица с другим посредством рождения составляет степень (ст. 1115). Количество рождений является лучшим мерилем близости родства, потому что чем большим числом рождений отделено известное лицо от источника крови, тем слабее физиологическая связь. Связь степеней, непрерывно продолжающихся, составляет линию (ст. 1115). Линии, как мы видели, бывают прямые и боковые. Прямая линия называется восходящею, если она рассматривается от потомства к родоначальникам: внук, сын, отец, дед. Она называется нисходящею, если внимание обращено по направлению от родоначальников к потомству: дед, отец, сын, внук. Для определения степени родства в прямой линии исчисляется количество необходимых рождений; так, например, между дедом и внуком существует вторая степень родства, так как необходимо было рождение сына (отца) и внука. В боковой линии по римской системе определение степени родства производится установлением числа необходимых рождений от данного лица вверх по восходящей линии до общего родоначальника, а потом числа необходимых рождений от этого родоначальника вниз по нисходящей линии до другого родственника. Так, например, двоюродные братья состоят в четвертой степени родства, потому что от родного из них до общего родоначальника, деда, насчитывается два рождения и от деда до второго брата – два рождения. Напротив, по каноническому счислению, принятому у нас римско-католическою церковью, братья состоят в первой степени родства, дядя и племянник – во второй. В настоящее время эта система счисления родства почти всюду отступила перед римскою.

Степень, от которой происходят две или более линий, называется в отношении к ним коленом (ст. 1116).

Выражением "родной" обозначается родственник в первой боковой линии, например, родной брат, родной племянник. Родственник во второй боковой линии называется двоюродным, в третьей – троюродным и т.д. Слову "родной" придается еще и другое значение в смысле полнородства (ст. 1140). Два брата или две сестры называются родными, когда имеют одного отца и мать. В противоположность тому, братья и сестры, имеющие общего отца, но разных матерей, называются единокровными; имеющие общую мать, но разных отцов – единокровными.

II. Права по родству. Юридическое значение родства заключается в том, что оно дает особые права, возлагает особые обязанности и, наконец, служит в некоторых случаях юридическим препятствием.

Так как родственный союз предполагается ближайшим каждому по нравственным связям, то родство дает права, посторонним не принадлежащие.

а. Главное право состоит в праве законного наследования родственнику, после которого открывается наследство. Каждый член рода может при известных условиях стать наследником каждого лица, принадлежащего к тому же роду. Праву его препятствует только право другого члена того же рода, являющегося более близким родственником к тому лицу, после которого наследство открылось.

б. По некоторым законодательствам престарелые и бедные родственники имеют право на содержание со стороны других. Наше законодательство признает право на содержание только за детьми и родителями.

с. Кровным родственникам, которые являются ближайшими наследниками, принадлежит право выкупа проданного чужеродцу родового имения (ст. 1355). Однако дети и внуки при жизни продавца не имеют права выкупа. После же его смерти те и другие допускаются к выкупу до истечения законного срока (трех лет), если имение не выкуплено между тем ближайшими после них родственниками (т. X ч. 1, ст. 1356). Когда ближайшие родственники, имеющие право выкупа, не хотят им воспользоваться, то это право они могут передать дальним родственникам через письменное дозволение на выкуп (ст. 1357). Из родственников, равно близких к продавцу, каждый имеет право на выкуп всего имения без позволенных писем от прочих, но последние могут выкупить от него следующие им части (ст. 1359). Выкупу подлежит, по мнению Сената, только имение в целом виде, выкуп же отдельной доли из целого проданного имения недопустим, потому что, говорит Сенат, здесь нет возможности вполне вознаградить приобретателя за все им внесенное или подлежащее взносу (94, 58). Для облегчения выкупа родовых земельных имений

потомственными дворянами по закону 25 мая 1899 г. крепостные пошлины при таком выкупе не взимаются (т. V, уст. пошл., изд. 1903 г., ст. 247, п. 1).

III. Обязанности по родству. Родство возлагает обязанности на родственников, чуждые посторонним лицам.

а. На Западе родственники обязываются к принятию безвозмездной опеки (франц. код., § 432, герм. улож., § 1779, п. 2 и § 1785). По русскому законодательству опека, во-первых, соединена с вознаграждением, а во-вторых, опека вообще не составляет правовой обязанности.

б. На родственниках лежит обязанность содержания членов того же родственного союза. В прямой линии эта обязанность признается всеми законодательствами. В боковой линии только некоторые законодательства возлагают эту обязанность на родственников второй степени. Так, по испанскому праву (§ 143) алиментарная обязанность лежит на братьях в отношении родовых братьев, по итальянскому праву (§ 141), как и по швейцарскому (§ 328), братья и сестры обязаны содержать друг друга. Французский кодекс распространяет эту обязанность даже на близких свойственников, а именно зять должен доставлять содержание тестю и теще (§ 206 и 207). Русское право обязанность содержания возлагает только на родственников в первой степени – на родителей по отношению к детям и на детей по отношению к родителям, не распространяя на боковых родственников и близких свойственников. По толкованию судебной практики, обязанность доставлять содержание и пропитание как долг личный, вытекающий из нравственного чувства, не может быть распространяема на внуков в отношении деда или бабки (87, 105).

IV. Родство как препятствие. Родство составляет препятствие для некоторых юридических действий.

а. Близкое родство не допускает возможности браков, запрещается вступать в брак в степенях родства церковными законами возбраненных (ст. 23).

б. Родство оказывает влияние на возможность свидетельства на суде, подрывая достоверность показаний. В гражданских делах по отводам противной стороны устраняются от свидетельства родственники в прямой линии без ограничения степеней, а в боковой первых трех степеней того тяжущегося, который на них ссылается, разве бы свидетельство их относилось к доказательствам прав состояний (Уст. гр. суд., ст. 373, п. 1). В уголовных делах не допускаются к свидетельству под присягою родственники потерпевшего по прямой линии, родные его братья и сестры и другие родственники в третьей и четвертой степенях. Родственники подсудимого по прямой линии, братья и сестры, могут сами устранять себя от свидетельства, а родственники в боковой линии до третьей степени не допускаются к свидетельству без присяги (уст. угол. суд., ст. 705 и 707, п. 2 и 3).

в. Родственники лиц, в пользу которых составлено завещание, до четвертой степени не могут быть свидетелями при составлении домашних завещаний, если завещание делается не в пользу прямых наследников (ст. 1054, п. 2).

г. Свидетелями при совершении нотариальных актов под опасением лишения акта силы нотариального не могут быть родственники лиц, в пользу которых в самом акте делается какое-либо распоряжение (пол. о нот. части, ст. 75 и 87, п. 3).

§ 65. Опека и попечительство

Литература: Любавский, Юридические монографии, т. II, стр. 247–360; Попов, Об опеке в связи с общественным бытом древней России (Юрид. зап., т. II); Концевич, К вопросу об опеках (Жур. гр. и уг. пр., 1883, N 8); Невзоров, Опека над несовершеннолетними, 1891; Загоровский, Опека над несовершеннолетними (Русская Мысль, 1902, N 4); Вольман, Опека и попечительство, 1913; Анненков, Система русского гражданского права, т. V, 1905, стр. 251–385; Покровский, Проблема расточительства (Сбор. памяти проф. Г.Ф. Шершеневича, 1914).

I. Понятие об опеке и попечительстве. Забота и уход, которые необходимы каждому не имеющему достаточной зрелости для приобретения материальных средств и сознания общественных отношений, обеспечиваются семьею. Возможны случаи, когда семьи нет, ребенок остается без родителей. Чем уже семейный круг, тем чаще возможность такого беспомощного

положения. Государству приходится искусственно создавать попечение, подобное тому, какое дает семья. Оно назначает к сиротам лиц, которые должны заменить им родителей. Опекa по своей цели подражания естественной семье представляет с обратной стороны то же, что и усыновление: в последнем случае восполняется недостаток в детях, в первом – недостаток в родителях; очевидно, что опека может иметь место там, где остаются дети, не имеющие ни отца, ни матери. Смерть одного из родителей только сосредоточивает все попечение и всю власть в лице оставшегося родителя. Опекунская власть несовместима с родительской, хотя некоторые законодательства, например, французское, в том числе и наше, говорят об опеке тогда, когда дети лишаются только одного из родителей.

Для законодателя открывается весьма трудная задача – создать искусственную семью, ближе всего подходящую к естественной семье, обеспечить возможно большую нравственную связь, которая скрепляет семейный союз. Наконец, пригодным материалом для исполнения этой задачи считаются ближайшие родственники, в которых предполагают больше любви к сироте, чем к посторонним лицам. Но элементы эти при современном индивидуализме не всегда обеспечивают необходимую любовь и заботливость. В родственниках может обнаружиться вместо родственной привязанности эгоистическое сознание наследственных прав на имущество опекаемого. С этой стороны посторонние лица обещают большее беспристрастие, чем родственники. Таким образом, при организации искусственной семьи законодателю приходится считаться с двумя противоположными направлениями родственных чувств. Трудно определить, как лучше достигается цель опеки, – семейными ли советами, состоящими из родственников отца и матери, обязательным ли вручением попечения ближайшим родственникам или предоставлением забот совершенно посторонним лицам. Если попечение о личности опекаемого достигается лучше родственниками, знающими и привыкшими к образу жизни расстроенной семьи, то попечение об имуществе его с большим успехом может быть поручено посторонним, потому что нравственные начала играют здесь меньшую роль, чем опытность и знание дела.

Во Франции опека построена на семейном принципе следующим образом. Оставшемуся в живых родителю принадлежит законная опека; однако, мать, вступившая в новый брак, устраняется от опеки. За отсутствием опекунов, законных и завещательных, опекун назначается семейным советом (*conseil de famille*), который составляется под председательством мирового судьи из шести членов, выбираемых поровну из родственников отца и матери. Семейный совет представляет высшую инстанцию, на рассмотрение которой передаются наиболее важные вопросы опеки, например, продажа или залог недвижимостей. Опекун назначается из родственников. Вместе с тем назначается еще лицо – опекун-наблюдатель, непременно из другой семьи, который имеет свою задачу наблюдать за действиями опекуна, заботиться об интересах малолетнего, когда они сталкиваются с интересами опекуна, например, в случае раздела наследства. Принятие на себя опекунской задачи составляет семейную обязанность, от которой никто не может отказываться, за исключением указанных в законе случаев. Опекa, следовательно, поставлена во Франции таким образом, что забота о малолетних лежит всецело на родственниках и притом установлен взаимный контроль со стороны двух семей, которые закон не предполагает слишком тесно связанными, чтобы можно было опасаться соглашения, вредного для интересов малолетнего.

От семейного принципа значительно уклоняется германское гражданское уложение. Правда, и здесь встречается семейный совет (*Familienrath*), но он учреждается только по желанию отца, матери или самого опекуна. Притом весь тот надзор за деятельностью опекуна, который во Франции лежит на семейном совете, переносится по германскому уложению на опекунский суд. Опекунские обязанности падают прежде всего на отца, мать, деда, бабушку, а за отсутствием их суд назначает опекунов по своему усмотрению. Закон рекомендует, но не обязывает назначать родственников и свойственников. В законе указывается необходимость назначения и опекуна-наблюдателя, если с опекою сопряжено управление имуществом, разве что управление несложно.

Близко к германскому типу подходит организация опеки в Англии. Никакого семейного совета английское право не знает. Опекун (*trustee*) назначается или в завещании отца, но не матери, или же канцелярским судом, который составляет опекунское установление, наблюдающее

за деятельностью опекунов. Опекуном может быть назначен как родственник, так и постороннее лицо.

Попечение над личностью оставшихся без родителей выражается по русскому законодательству в перенесении на опекуна, если не всех, то большинства прав и обязанностей, лежащих по закону на родителях. С имущественной стороны цель попечения достигается двояким путем: посредством опеки и попечительства. Опека заключается в полной замене опекаемого опекуном при совершении юридических действий. Опекун является представителем опекаемого, сам совершает от имени последнего сделки. Опекаемый признается вовсе неспособным к юридической деятельности. В таком положении находятся у нас не достигшие 17-летнего возраста. Попечительство состоит в содействии несовершеннолетнему при осуществлении им лично юридической деятельности. Попечитель не заменяет опекаемого, а только восполняет своим опытом его недостаточную зрелость. Попечитель советует и останавливает вредные действия опекаемого. Последний действует сам, но не иначе как с согласия попечителя.

Опека имеет свою целью восполнение недостатка в естественной семье. организуемая наподобие семьи, она примыкает к семейному праву. Поэтому опека над несовершеннолетними называется у нас опекою в порядке семейственном. Такая опека устанавливается для попечения не только над лицами несовершеннолетними, лишенными зрелости до известного времени, но и над безумными, сумасшедшими, глухонемыми и немыми (ст. 212), которые навсегда остаются в положении детей, нуждающихся в постоянном надзоре и попечении. В противоположность этой форме опеки законодатель устанавливает попечение над такими лицами, которые не нуждаются вовсе в родительском попечении, может быть сами являются в роли родителей. Вмешательство государства объясняется здесь наличием таких обстоятельств, при которых возникает опасность за состояние имущества, остающегося без разумного распорядителя. Таковы случаи безвестного отсутствия (Уст. гр. суд., ст. 1453), расточительности (т. XIV уст. пред. прест., ст. 150), смерти стороны в гражданском процессе (Уст. гр. суд., ст. 752), сокрытия обвиняемого в уголовном процессе (уст. угол. суд., ст. 851). Задача опеки чисто охранительная – предупредить возможность растраты и расхищения имущества. Поэтому такая опека может быть названа опекою в порядке охранительном. В противоположность опеке первого рода опека в порядке охранительном носит исключительно имущественный характер.

II. История опеки в России. Постановления об опеке встречаются уже в Русской Правде. Они являются выражением отчасти прежнего родового порядка, отчасти заимствованием из византийского права. После смерти отца попечение о детях переходило к матери, которая выполняла свою задачу не в силу опекунской, а в силу родительской власти. При полной автономии семьи в древнем обществе опека составляет только восполнение естественной семьи, и опекунская власть строится по образцу родительской. Только по мере развития гражданственности опека принимает все более публичный характер, и уже родительская власть сокращается в своем объеме применительно к опекунской. Если мать умирала или выбывала сама из семьи вследствие нового замужества, то опека над малолетними детьми, которые не в состоянии сами о себе заботиться, вручалась ближним родственникам. Имущество опекаемых передавалось им при свидетелях. Опекун мог пользоваться имуществом в свою пользу, отдавать капитал опекаемых в рост, торговлю, "зане он прокормил и печаловался ими". По достижении зрелого возраста опекун обязан был возвратить все имущество в целости и уплатить все растраченное (Карамз. спис., 111). Опекуном мог быть и вотчим, также с обязанностью возвратить имущество в неприкосновенности. Задача опеки дает основание предположить, что надзор за опекунами и рассмотрение споров, возникавших из опеки, принадлежали духовной власти.

Позднейшие памятники обходят вопрос об опеке полным молчанием, только в Уложении встречается несколько отдельных замечаний, мало разъясняющих вопрос о положении опеки, которая, по-видимому, не очень интересовала государственную власть. Только Петр I придал опеке публичное значение. Постановления об опеке нашли себе место в указе 1714 г. о единонаследии и в инструкции магистратам 1724 г. В законодательстве Петра устанавливаются два способа учреждения опеки: по завещанию и по назначению магистрата. Определяется возраст совершеннолетия для наследников недвижимостей в 20 лет, для наследников движимостей в 18 и 17 лет. Возможность для них совершения сделок была преграждена постановлением: никаким

письмам и записям малолетних не верить. При Петре установлена была в 1722 г. опека над безумными и сумасшедшими, – дураками, как говорится в указе.

Последующие законодатели ломали или восстанавливали петровские реформы. только при Екатерине II, с изданием учреждения о губерниях 1775 г., опека получила довольно полную организацию. Соответственно духу времени опека построена была на сословных началах и то закон касался только дворян и городских обывателей. Впервые встречаем в законе определение качеств, необходимых для опекуна, и указание недостатков, препятствующих исполнению этой обязанности.

Постановления об опеке, созданные учреждением о губерниях, составляют в основных чертах действующее законодательство. Позднейшие законы представляют собою или развитие частных, или установление особенностей. Так, в 1785 г. определен был возраст совершеннолетия, в 1845 г. решено было приостановить течение давности до достижения совершеннолетия. С другой стороны, идет целый ряд особых правил об опеке, из которых многие и до сих пор остаются несогласованными с общими постановлениями. В 1818 г. установлена была опека для личных дворян, в 1817 и 1841 – для священно- и церковнослужителей, в 1820 – для лиц осиротевших за границу, в 1842 – для немых и глухонемых. Крестьянская реформа оставила опеку в крестьянском быту под действием обычая и не подчинила ее действию общих правил. Только закон 18 мая 1911 г. об учреждении опек над сельскими обывателями вследствие расточительности отчасти восполнил этот пробел. Вследствие такого постепенного образования опеки организация ее не проникнута каким-либо общим началом, а представляет собою довольно случайный набор различных постановлений. Нельзя признать правильной основную идею нашей опеки – учреждение ее совместно с родительским попечением. Если при жизни обоих родителей они оба пользовались правом попечения, как родители, почему за смертью одного из них другой должен перейти на роль опекуна?

В нашей административной практике установилась опека, учреждаемая в порядке верховного управления по Высочайшему повелению, по представлению Совета министров. Одним из примеров такой практики может служить опека, учрежденная над имуществом вдовы камергера Сильванской (Собр. узак. и расп. прав., 1910, N 73, ст. 745), причем учреждение опеки последовало согласно ее о том ходатайству и с правом для нее самой избрать себе одного из трех опекунов, что устраняет сопоставление этого вида опеки с другими, известными закону.

III. Призвание к опекунским обязанностям. К исполнению опекунских обязанностей призываются как лица мужского, так и женского пола, по крайней мере закон не исключает женщин. нет никакого основания утверждать, будто для принятия замужнею женщиною опекунской обязанности необходимо согласие мужа, – по аналогии с личным наймом (Анненков), – ничего общего между договором личного найма и назначением опекуншей, хотя бы и с правом на вознаграждение, нельзя найти. Для опеки над малолетними и глухонемыми родство (не считая родителей) не дает никаких преимуществ перед посторонними (ст. 254 и 381), хотя фактически опекунами назначаются чаще всего родственники опекаемого. По инструкции Магистрату 1724 г. надлежало за отсутствием указаний в родительском завещании назначать опекунами сродников или свойственников малолетнего, и только если их нет, то и из посторонних людей добрых. Но уже в учреждении о губерниях 1775 г. сказано, что городские сиротские суды могут назначать опекунами как родственников и свойственников, так и посторонних лиц. В действующем праве только к опеке над сумасшедшими призываются ближайшие родственники, имеющие право наследования (ст. 376). Относительно опеки за расточительность и судебной опеки закон никаких указаний не дает, а потому посторонние лица могут быть призываемы наравне с родственниками. Выбор в опекуны должен быть обращаем на людей, которые нравственными качествами дают надежду к призрению малолетнего в здоровье, добронравном воспитании и достаточном по его состоянию содержании и от которых можно ожидать отеческого к малолетнему попечения. Поэтому запрещается определять опекунами: а) расточителей, б) подвергшихся по суду ограничению прав состояния, в) имеющих явные и гласные пороки, г) известных суровыми своими поступками, е) имеющих ссору с родителями малолетнего, ф) несостоятельных (ст. 256). Наша практика совершенно правильно смотрит на это перечисление только как на примерное и допускает возможность устранения таких лиц, которые хотя и не перечислены законом, но не

подходят под общие требования (73, 1239; 95, 50). Лица поднадзорные не могут быть опекунами и попечителями иначе как с особого на то разрешения министра внутренних дел (т. XIV, уст. пред. прест., ст. 1, прим. 2, прил. II, ст. 23). Хотя заведование опекою построено на сословных началах, но в законе не содержится указаний, чтобы опекун принадлежал непременно к тому же сословию, как опекаемый. Отсутствие необходимых качеств составляет только препятствие к назначению со стороны опекунских учреждений, но не поражает недействительностью действий, совершенных таким опекуном, который был назначен вопреки законным инструкциям.

В нашем законе не указывается, составляет ли опекунская должность обязанность, от которой никто не вправе уклоняться. Опека составляет общественную повинность (*munus publicum*) в Германии (§ 1785), в Швейцарии (§ 382), но не в Англии; во Франции опекунская повинность не указана прямо в законе, но она выводится из допущенных законом исключений. Как решается этот вопрос в России? Заметим, что у нас он не так остро стоит, как на Западе, где опека безмездна, у нас же, наоборот, опекунских обязанностей ищут из-за вознаграждения. Общего положения в нашем законодательстве не высказано, даны лишь исключения. Так, управляющие аптеками увольняются от выбора в опекуны, буде сами на принятие сего звания не изъявят согласия (т. XIII, уст. врач., изд. 1905 г., ст. 393). Подобное же исключение установлено для военнослужащих (Св. воен. пост., 1869, кн. VII, ст. 929). Из этих исключений можно было бы вывести а *contrario* общее правило, что лицо, призываемое к исполнению опекунских обязанностей, не вправе уклоняться от принятия их. Но с другой стороны, уклонение от обязанности не сопровождается невыгодными последствиями. Поэтому практикою нашею высказан взгляд, что опекунство не признается обязательною общественною повинностью (об. соб., 90, 20).

Существует три способа призвания к исполнению опекунских обязанностей: по завещанию, по закону и по назначению.

1. Родители имеют право назначить в духовном завещании к остающимся после них малолетним детям и имуществу опекунов по собственному своему избранию (ст. 227). Очевидно, право назначения опекуна принадлежит каждому из родителей, а не совместно, так как два лица совокупно в одном и том же завещании не могут изъявлять свою волю (ст. 1032). Рядом с родителями по праву назначения опекунов в духовном завещании стоят и усыновители (00, 10). Назначение опекуна в завещании возможно и со стороны постороннего лица, когда оно завещает малолетнему имуществу.

2. По закону опека над несовершеннолетними и немymi возлагается и принадлежит родителям, а именно отцу, если оба они живы (ст. 226), матери, если отца нет в живых (ст. 229). Отец внебрачного ребенка, доставляющий средства на его содержание, в случаях учреждения над ребенком опеки может быть назначен по желанию опекуном предпочтительно перед другими лицами (ст. 13211). Ближайшим родственникам законная опека принадлежит только в отношении сумасшедших (ст. 376). Законная опека значит, что никто другой не может быть утвержден в звании опекуна над данным лицом. Если бы законные опекуны были обойдены при назначении опекунским установлением, они вправе обжаловать действия последнего как незаконные. Возможны, конечно, случаи столкновения между законною и завещательною опекою: допустим, что, например, отец, умирая, завещает детям имуществу с назначением постороннего опекуна, помимо матери, или к имуществу, завещанному малолетнему от постороннего, исключены будут из опеки родители. Следует признать, что личная опека, т.е. попечение о личности опекаемого, не может быть отнята у родителей, даже одним из родителей у другого, потому что личное попечение вытекает из родительской власти, которую опека только заменяет (90, 29; 94, 117). Так как родительская власть не распространяется на имущество детей, то к имуществу малолетних могут быть назначены по завещанию и посторонние опекуны, помимо родителей. Родители не могут быть назначены опекунами к имуществу детей, помимо завещания, и в тех случаях, когда они не отвечают тем личным качествам, которые требуются по закону от исполнителей этой обязанности (ст. 230). Опекунское установление не может лишить родителей присвоенной им по закону опеки помимо указанных случаев, не может также назначить им в помощь других опекунов, если это не определено завещанием (*contra* 73, 1239).

3. Когда в завещании опекун не назначен, а оставшиеся в живых отец или мать этой обязанности на себя не примут или не могут принять, то опекун избирается правительством (ст. 231). Очевидно, в последнем случае речь идет об имущественной опеке, потому что по общему смыслу наших законов нельзя себе представить, чтобы отец или мать были вправе отказаться от личного попечения над собственным ребенком.

IV. Учреждение опеки. Порядок назначения опеки следующий. Попечение о несовершеннолетних, сумасшедших, расточителях, глухонемых и немых из дворянского сословия возлагается на дворянскую опеку, учреждаемую обыкновенно в каждом уезде, а в некоторых местах – только в губернии. Попечение о лицах, принадлежащих к личным дворянам и городским обывателям, возлагается на дворянский суд, учреждаемый в каждом городе. Назначение опекунов и попечителей к сиротам и имуществу крестьян, приписанных к данному сельскому обществу, принадлежит сельскому сходу; крестьян, приобретших недвижимость или жительствовавших вне пределов своего сельского общества, но в пределах волости, – волостному сходу; наконец, крестьян, приписанных к волостям, но жительствовавших или имевших недвижимость в городских поселениях, – сиротскому суду (общ. пол., изд. 1902 г., ст. 62 и 94, примечание; об. соб., 10, 42). Над детьми духовных особ, принадлежащих к потомственному дворянству, опекуны назначаются на одинаковом основании с прочими дворянами; учреждение же опеки над детьми прочих священнослужителей и церковных причетников принадлежит духовному начальству.

1. К делам по опеке над несовершеннолетними дворянская опека и сиротский суд приступают по уведомлению дворянского предводителя или городского головы, близких родственников или свойственников малолетнего, высшего или равного присутственного места, по сообщению двух (?) посторонних лиц и приходского священника (ст. 250). Надо полагать, что опекунское установление приступит к определению опекуна, каким бы способом и через кого бы ни были получены сведения об оставшихся сиротах. По уведомлении опекунское установление обязано собрать сведения об имуществе, доставшемся малолетнему, определить к лицу его и к имени опекуна, в завещании родителей назначенного, или если этого не сделано, то избрать самим опекуна (ст. 251).

Если у малолетнего оказывается имущество в разных местностях, то к учреждению опеки должно считать уполномоченным опекунское установление любого из этих мест, по времени первое приступившее к делу. Если малолетний остался не в том месте, где находится его имущество, то правильнее, кажется, учреждать опеку по местам нахождения имущества. Положительного числа опекунов закон не определяет. Может быть назначен один опекун к лицу и имуществу, хотя бы находящемуся в разных уездах (ст. 253); может быть назначен один опекун к лицу, другой к имуществу (82, 9; 86, 51); может быть назначено несколько опекунов к каждому имени. Но нельзя назначить несколько опекунов к лицу, потому что опекунская власть как абсолютная нераздельна. Назначение нескольких опекунов к одному имуществу представляется нецелесообразным, потому что затрудняет управление и колеблет доверие третьих лиц к действиям опекунов. Назначение нескольких опекунов представляет и юридические трудности. Опекуны, когда их несколько, представляют, по мнению практики, в совокупности личность опекаемого (77, 17). Конструкция такого отношения является не совсем ясною: здесь нет солидарности, потому что она не установлена законом, а следовательно, и не предполагается; здесь нет юридического лица, потому что нет основания для его возникновения.

Опекуны, к какой бы категории они ни принадлежали, приступают к исполнению своих обязанностей не иначе как по утверждении их со стороны опекунских установлений и по выдаче им опекунского указа. Это положение относится не только к опекунам назначаемым, но и указанным в завещании и вступающим в отправление опекунских обязанностей в силу закона, не исключая и родителей.

2. Каждому семейству, в котором находится безумный или сумасшедший, предоставляется предъявить о том местному начальству. На этом основании такие лица подвергаются освидетельствованию во врачебном отделении губернского правления (ст. 367 и 368). Если доставление в губернский город лица, подвергшегося безумию или сумасшествию, признано будет невозможным без опасности для его жизни, то освидетельствование производится на месте жительства или пребывания (ст. 372). Освидетельствование заключается в рассмотрении ответов

на предлагаемые вопросы, до обыкновенных обстоятельств и домашней жизни относящихся (ст. 373). По освидетельствовании если присутствие признает сумасшествие действительным, то, не налагая само опеки, все им найденное представляет на рассмотрение Сенату и до получения от него окончательного решения принимает только законные меры к призрению страждущего и сохранению его имущества (ст. 374). Мера призрения выражается в том, что душевнобольной поручается в смотрение ближайшим родственникам, а если таковых не окажется или они откажутся от попечения, то душевнобольной отдается в дом для умалишенных (ст. 375). Если Сенат согласился с заключением врачебного отделения, то над лицом и имуществом сумасшедшего учреждается опека, которая поручается наследникам (ст. 376). По получении распоряжения об учреждении опеки опекуновское установление публикует в Сенатских Объявлениях, по какому поводу и над кем учреждается опека (ст. 374). Этот вид опеки оставляет открытым целый ряд вопросов. Как учреждается опека над сумасшедшими, если родные не просят об ее учреждении? Как быть, если у сумасшедшего нет вовсе родственников? Как определить родственников, имеющих право наследования, когда не наступил еще момент открытия наследства?

3. В том же порядке производится освидетельствование глухонемых и немых по достижении ими 21 года. Если найдено будет, что они не обучены грамоте и лишены всякого средства приобретать понятия и выражать волю и потому обнаруживается опасность представления им управления имуществом, то врачебное отделение губернского правления представляет о том Сенату, который предписывает учредить опеку или попечительство (ст. 381).

4. Когда губернатору сообщено будет со стороны родственников о безмерной и разорительной роскоши дворянина, то он, произведя негласное исследование и убедившись в несомненности сведений, предлагает через губернского предводителя на рассмотрение собрания предводителей и депутатов дворянства. Постановление этого собрания представляется в Сенат, который, признав из доставленных ему сведений наличность расточительности, предписывает учредить опеку. В предупреждение мотовства в промежуток времени до получения сенатского разрешения губернатор может после постановления собрания предводителей сделать распоряжения о наложении запрещения на имение. Жалобы на неправильные определения собрания, например, на признание расточителем лица, проживавшего только доходы и не заложившего своих имений, могут быть подаваемы в первый департамент Сената (уст. пред. прест., ст. 150, прил. I). Если расточитель принадлежит к почетным гражданам, купцам или мещанам, то вопрос о необходимости учреждения опеки разрешается в губернском правлении. Определения этого присутствия окончательны и немедленно приводятся в исполнение, но допускается подавать жалобы в Сенат (уст. пред. прест., ст. 150, прил. II). До последнего времени в нашем законодательстве не было вовсе указаний о порядке учреждения над сельскими обывателями опеки по расточительности. Этот пробел восполнен законом 18 мая 1911 г. Закон предусматривает признание расточителями как сельских обывателей, постоянно проживающих вне городских поселений, так и сельских обывателей, постоянно проживающих в пределах городских поселений. Дела о расточительности первых рассматриваются волостными судами по месту постоянного жительства лица, дела о расточительности вторых – окружными судами. Дела возбуждаются по просьбе родственников или близких лиц, а также по инициативе должностных лиц. Решения волостного суда, как и определения окружного суда, подлежат обжалованию в апелляционном и кассационном порядке, но это не мешает суду в случаях, не терпящих отлагательства, немедленно наложить арест и запрещение на имущество лица. Опека может быть снята по устранении причин, вызвавших ее учреждение, но не ранее как через год со времени объявления лица расточителем.

5. В случае смерти тяжущегося во время процесса или должника во время исполнения решения противной стороне предоставляется просить, "где следует", о немедленном назначении к имуществу опекуна, независимо от ходатайства по этому предмету наследников умершего (Уст. гр. суд., ст. 752 и 960). Следовательно, не суд, а сама заинтересованная сторона уведомляет опекуновское установление о необходимости назначения опеки в порядке охранительном.

V. Права и обязанности опекунов. Обязанности опекуна сводятся главным образом к двум: а) к попечению об особе опекаемого, если только последний нуждается в этом как малолетний, сумасшедший, глухонемой, и б) к управлению имуществом состоящего под опекою.

1. Попечение о личности имеет наибольшее значение в отношении малолетних. В исполнении этой обязанности опекуны пользуются правами личной власти, как и родители (сопоставление ст. 172–175 со ст. 263); так, от опекунов, как и от родителей, зависит согласие на брак опекаемых (ст. 6), опекуну, как и родителю, предоставляется отыскивать законное удовлетворение за личную обиду, малолетнему нанесенную (ст. 265). Едва ли их можно лишить права употреблять домашние исправительные меры, необходимые в интересе воспитания, однако без права заключения в тюрьму за неповиновение [того же мнения – Невзоров, против – Загоровский]. Закон не распространяет на опекунов силу правила, по которому от детей не принимаются жалобы на родителей в личных обидах и оскорблениях, хотя это может оказаться в противоречии с правами опекунов по воспитанию. Опекун обязан приготовить малолетнего к жизни, сообразной его состоянию, следовательно, доставлять ему воспитание, соответствующее образу жизни и общественному положению той семьи, к которой принадлежали родители. Что касается содержания подопечного, то оно должно производиться не за счет опекуна, а из средств малолетнего или сумасшедшего. Опекуны, взявшие на себя обязанность попечения над сумасшедшим, отвечают за недостаточный надзор, имевший своим последствием причинение сумасшедшим вреда (ст. 654). Опекуны, назначенные завещанием или опекунским установлением только к имуществу, при жизни отца или матери никаких прав личной власти иметь не могут.

2. Управление имуществом опекаемых распространяется не только на имущество, принадлежавшее им в момент учреждения опеки, но и дошедшее к ним впоследствии. Правила, установленные для опекунского управления над имуществом малолетних, распространяются и на опеку над глухонемыми и немыми (ст. 381), над безумными и сумасшедшими (ст. 377). Они должны быть распространены и на все другие случаи имущественной опеки, хотя бы в законе это не было указано. При вступлении в свои обязанности опекун должен прежде всего принять имущество. Все движимое и недвижимое имущество малолетнего опекун принимает в смотрение свое и ведомство по описи, составляемой им вместе с членом дворянской опеки или сиротского суда по принадлежности при двух посторонних свидетелях (ст. 266). В самом управлении имуществом, которое за исключением указанных в законе случаев, должно быть направлено не столько на увеличение его ценности, сколько на сохранение доставшейся, различаются действия возможные для опекуна по собственному усмотрению, возможные с разрешения опекунских установлений и, наконец, возможные с разрешения Сената.

а. Круг действий, который может предпринять сам опекун, является в нашем законодательстве весьма обширным. В виде общего правила следует даже признать вместе с Сенатом (87, 84), что всякие сделки опекуна по управлению имением опекаемых, для которых закон не требует особого разрешения опекунских установлений, могут быть заключаемы и без такого разрешения, собственною властью. Драгоценности и ценные документы опекун должен хранить в безопасном месте, но не обязан передавать в опекунские установления. Деньги же он может отдавать или в частные руки за проценты под залог или заклад, или под векселя, или употреблять на торги, промыслы (ст. 268), т.е. вложить в торговые и промышленные предприятия, внося пай, или учреждая таковые самостоятельно. Опекун может продавать тленные вещи и драгоценности, если последние составляли товар того лица, от которого дошли к малолетнему (ст. 277, п. 1 и 2). Срок на отдачу опекуном в арендное содержание имения малолетних ограничивается достижением ими 17-летнего возраста (ст. 16921, п. 2), а недвижимости, над которою учреждена опека по другому основанию, – временем не свыше 12 лет (закон 15 марта 1911 г.). Недвижимое имение малолетнего опекун содержит или приводит в такое состояние, чтобы надлежащие с него доходы получались сполна и государственные сборы были выплачиваемы своевременно (ст. 269). Расходы на содержание и воспитание должны сообразоваться с доходами имущества и во всяком случае не превышать их (ст. 273). Если имение малолетнего отягчено долгами, то опекун должен стремиться по возможности к очищению его от долгов (ст. 275). Опекун выступает в качестве истца и ответчика за малолетнего и сумасшедшего, глухонемого во всех гражданских делах (ст. 282, Уст. гр. суд., ст. 19).

б. Некоторые действия могут быть предприняты опекунами только с согласия опекунских установлений – дворянской опеки или сиротского суда. В случае задолженности состоящего под опекою имения опекуны с разрешения опекунских установлений, если представляют уважительные доказательства о невозможности уплатить из доходов имения проценты по лежащему на имении долгу, могут выдавать новые заемные обязательства на сумму не свыше этих процентов (ст. 275, прим.). Капиталы лиц, состоящих под опекою, находящиеся в Государственном Банке, выдаются не иначе как по требованию дворянской опеки или сиротского суда, притом только с разрешения губернатора (т. XI ч. 2, уст. кред., разд. IV, ст. 68). Продажа всякого имущества малолетних, за исключением недвижимостей, совершается под наблюдением опекунских установлений (ст. 277, п. 4).

с. Разрешение Сената (по судебному департаменту) требуется для продажи и залога недвижимостей. Во всех случаях необходимости продажи или залога имения опекаемых опекун представляет надлежащему опекунскому установлению, которое доносит о том губернатору, а последний вносит дело со своим заключением в Сенат (ст. 277, п. 3 и ст. 280). [Разрешение Сената не освобождает опекуна от обязанности испросить разрешение опекунского учреждения на совершение сделки о продаже на предположенных опекуном условиях (04, 80)]. Разрешение Сената на продажу недвижимости требуется лишь тогда, когда предполагается вольная продажа, но такого разрешения не требуется на публичную продажу во исполнение судебных решений или вследствие просрочки платежей по залогу в кредитных установлениях (75, 701; 78, 184), хотя бы взыскание обращено было не на опекаемых, а на совершеннолетних, состоящих в нераздельном владении с первыми (contra 81, 15). Не требуется разрешения и на вольную продажу такого имения, относительно которого сделано завещательное распоряжение, чтобы имение это было продано и вырученная сумма распределена между сонаследниками (74, 214). По разъяснению сената, опекун над имением малолетнего не вправе без согласия опеки и разрешения Сената заключать договоры о продаже на сруб леса, если по количеству предоставленного леса сделка выходит за пределы хозяйственного извлечения доходов (03, 142). Но так как продажу леса на сруб сама практика рассматривает как сделку о движимости, то взгляд Сената не может быть оправдан текстом наших законов.

Опекуны состоят в непосредственной подчиненности тех опекунских постановлений, которые их назначили (ст. 259). Перед дворянскою опекою или сиротским судом опекуны обязываются отчетностью. Отчет, который представляется опекунами, двоякого рода: годовой и общий по окончании опеки (ст. 286). По прошествии каждого года, непременно в январе месяце, опекуны должны представить отчет о доходах, расходах, содержании и воспитании. Опекунские установления, рассматривая эти отчеты, могут дать указания опекунам, если найдут, что воспитание и управление не вполне отвечают своей цели. Отчетность составляет необходимое условие опекунской деятельности, а потому опекуны не могут быть освобождены от нее даже завещанием. Общий отчет во Франции и в Германии дается самому опекаемому по достижении им совершеннолетия. По смыслу наших законов этот отчет представляется только опекунскому установлению, хотя, по мнению Сената, вышедший из-под опеки вправе сам проверить отчеты бывшего своего опекуна и предъявить к нему иск, не выжидая результатов ревизии со стороны опекунского установления (71, 312).

За свои действия опекуны несут имущественную ответственность. Опекуны и попечители в случае нерадения или умысла в упущении прав (интересов) лица, попечению их вверенного, отвечают собственным своим имуществом в размере происшедшей через то или могущей произойти для малолетнего потери (ст. 290). Опекунское установление, усмотрев из представленного отчета убыточность действий опекуна или предположив ее из факта уклонения в представлении отчета, имеет право сменить опекуна и поручить новому опекуну предъявить к прежнему иск об убытках, если таковые действительно окажутся (90, 11). Если опекуны принадлежащее малолетнему имущество отдадут лицу, сделавшемуся впоследствии несостоятельным, то они отвечают малолетнему в убытках (ст. 291). Положение это представляется в такой безусловной форме чрезмерно строгим: следует полагать, что ответственность может иметь место только в том случае, когда со стороны опекуна обнаружена была неосторожность в выборе контрагента, лица ненадежного, дела которого, как было всем

известно, расстроились. Малолетние в конкурсе пользуются тою привилегиею, что долги их относятся к первому разряду (Уст. суд. торг., ст. 488, п. 5).

За труды свои опекуны получают вознаграждение в виде 5% ежегодно из доходов малолетнего (ст. 284). В этом отношении исполнение опекунских обязанностей у нас носит несколько иной характер, чем на Западе, где оно обыкновенно безвозмездно. Вознаграждение опекунам назначается, очевидно, не из валового дохода, как полагал Победоносцев, а из чистого (об. соб., 88, 10). Если опекунов несколько, то не каждый из них получает 5%, а эта доля идет им всем вместе для раздела.

VI. Прекращение опеки. Опека прекращается с устранением тех обстоятельств, которые вызвали потребность в ней. 1) Опека прекращается со смертью опекаемого. Если имущество последнего переходит по наследству также к лицу недееспособному, то учреждается новая опека, а не продолжается прежняя. 2) Опека над малолетним с достижением им 17-летнего возраста превращается в попечительство, которое с достижением несовершеннолетним 21 года также прекращается. Опека и попечительство в этих случаях не нуждаются в особых определениях или указах опекунских установлений, а обуславливаются исключительно сроком. 3) Опека над сумасшедшими и расточителями прекращается, когда эти лица в установленном порядке будут признаны выздоровевшими или совершенно исправившимися (ст. 378, уст. пред. прест., ст. 150, прил. I, ст. 6). 4) Опека над глухонемыми и немыми, установленная по достижении ими 21 года, прекращается только со смертью их. 5) Опека над имуществом безвестно отсутствующих прекращается с возвращением их или со вступлением наследников во владение (Уст. гр. суд., ст. 1455). От вступления наследников в свои права зависит также снятие опеки, наложенной во время процесса или исполнения решения.

ОТДЕЛ V. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

§ 66. Общее понятие о наследовании

Литература: Демченко, Существо наследства и призвание к наследованию по русскому праву, 1877; Никольский, Об основных моментах исследования, 1871; Он же, О началах наследования по древнему русскому праву, 1859; И. Беляев, О наследстве без завещания, 1858; Кавелин, Взгляд на историческое развитие русского порядка законного наследования (Совр., 1860, N 2); Цитович, Исходные моменты в истории русского права наследования, 1870; Рождественский, Историческое изложение русского законодательства о наследстве, 1839; Руднев, О духовных завещаниях по русскому гражданскому праву в историческом его развитии, 1895; Беляев, Анализ некоторых пунктов древнерусского завещания (Чт. в Имп. Общ. Ист. и Древн. России, 1897, кн. 11); Он же, Первичные формы завещательного распоряжения и значения душеприказчиков в древнем русском праве (Жур. Мин. Юст., 1901, N 6 и 7); Курдиновский, Договоры о праве наследования, 1913.

I. Сущность наследования. Совокупность юридических отношений, в которые поставило себя лицо, со смертью его не прекращается, но переходит на новое лицо. Конечно, те отношения, которые обуславливались личными качествами, с исчезновением личности должны прекратиться сами собою. Это – отношения семейные, личные, даже некоторые имущественные, если права и обязанности, из них вытекающие, находились в тесной зависимости от личности, были неразрывно связаны с известным лицом, например, права и обязанности содержания, личные сервитуты, личные договоры. За исключением этих сравнительно немногочисленных отношений, все прочие сохраняют свою юридическую силу. Новое лицо заменяет прежнее и занимает в его юридических отношениях активное или пассивное положение, смотря по тому, какое место занимал умерший. Оно является субъектом прав собственности, сервитутов, залога, прав требования; на него падают обязанности по всем долгам умершего.

Существует, однако, взгляд, особенно распространенный в германской литературе, что наследство есть совокупность только прав, оставшихся после умершего, а ответственность по

обязательствам основывается на особом законе (Кипп, Дербург). Очевидно, такое понимание наследства находится в связи с указанным выше представлением об имуществе. Но такой взгляд нельзя признать верным ни с теоретической, ни с законодательной стороны. Возможно, что после умершего остались только долги, – и все же это будет наследство. На наследника вместе с правами должны перейти и связанные с ними обязанности, независимо от ответственности, – при двусторонних договорах, как купля-продажа. Взгляд на наследство как совокупность только прав противоречит германскому законодательству, которое постановляет, что со смертью лица его имущество (наследство) как целое переходит к наследникам (§ 1922), и еще более русскому законодательству, в котором прямо определяется, что наследство по закону есть совокупность имуществ, прав и обязательств, оставшихся после умершего (ст. 1104).

Все отношения прежнего субъекта переходят на новое лицо не в отдельности, а как нечто цельное, единое. Наследование представляет собою общее преемство. Оно является одновременным переходом всего комплекса, а не только суммы юридических отношений. Даже переход с одного лица на другое совокупности отношений, в которых состояло первое, хотя и объединенных единством цели, но все же не исчерпывающих всей массы отношений, в которых оно находилось, например, при отчуждении предприятия, не будет наследованием. Поэтому если место умершего занимает не одно, а несколько лиц, то каждое из них вступает в каждое отношение только в известной доле его имущественной ценности. Тем не менее, хотя новый субъект пользуется правами, принадлежавшими умершему, и несет лежавшие на нем обязанности, нельзя говорить, будто "наследники представляют лицо наследодателя, составляют продолжение его личности" (80, 83), потому что именно все то, что наиболее характеризовало с юридической стороны личность умершего, прекратилось с его смертью.

Переход совокупности имущественных отношений лица за смертью его к другим лицам называется наследованием. Иначе под этим именем понимается замена одного субъекта имущества за смертью его другим. Имущество, оставленное умершим и переходящее к новому субъекту, носит название наследства. Следовательно, под этим именем понимается совокупность юридических отношений известного лица в момент его смерти. Умерший субъект имущества, переходящего к другим лицам, называется наследодателем. Лицо, вступающее непосредственно в совокупность или в часть отношений другого вследствие его смерти, является наследником. Под именем наследственного права в субъективном смысле, или иначе права наследования, понимается право известного лица на приобретение наследства или на вступление в совокупность юридических отношений умершего лица. Наследственным правом в объективном смысле называются юридические нормы, определяющие переход имущества, оставшегося после умершего, к другим лицам и образующие в своем объединении наследственный институт.

В приведенных определениях имелась в виду смерть, как юридический факт наиболее частый, с которым соединяется открытие наследства. Но наряду с ним стоят, как увидим, и другие факты, которые, однако, ввиду своей сравнительной редкости в определениях не вводятся. Смерть есть то юридическое событие, с которым чаще всего связывается наследование, и потому к нему применяется терминология наследственного права. Но, кроме смерти, имеются и другие факты, имеющие своим последствием наследование.

II. Основания наследования. Основаниями, в силу которых происходит переход имущества от одного лица к другому, могут быть: 1) завещание, 2) договор, 3) закон. В первых двух случаях в основании наследования лежит воля наследодателя, в последнем – постановление закона, который имеет в виду восполнить предполагаемую волю умершего. Наследственный договор состоит в том, что двое или более лиц назначают друг друга наследниками после себя. Такой договор особенно часто заключается между супругами, но возможен и между посторонними лицами, например, в случае, когда одно лицо обязывается содержать другое до его смерти под условием составления вторым завещания в пользу первого или когда молодой человек принимает на себя ведение хозяйства старика под условием, что все или часть этого хозяйства будет ему завещана. В противоположность завещанию, в котором выраженная воля наследодателя может быть всегда изменена, наследственный договор, связывая в одном акте волю не менее двух лиц, устраняет возможность ее изменения (герм. улож., § 1941 и 2290). Последнее обстоятельство французский кодекс, а за ним и русское законодательство считают противоречащим свободе воли

наследодателя, а потому два лица совокупно в одном и том же акте не могут выражать своей последней воли (франц. гражд. код., § 968, ст. 1032), другими словами, закон не допускает наследственных договоров (78, 1372; 07, 8). Следовательно, по нашему законодательству существуют только два основания наследования – завещание и закон. [Курдиновский утверждает, что ст. 1032 говорит только о совокупных завещаниях нескольких лиц в одном акте, а отнюдь не о наследственных договорах. Ошибочная практика Сената сложилась под влиянием веры в тожество оснований наследования по русскому праву с римскими. Между тем наследование по законам гражданским представляет собой порядок приобретения и укрепления прав на имущество, при котором и наследственные договоры найдут себе место. Если с этими аргументами можно не соглашаться, то бесспорно, что в области крестьянского права наследственные договоры явление обычного права и, кроме того, известное в истории нашего права и в недавней еще практике судов].

С точки зрения исторической наследование по закону (по обычаю) предшествует наследованию по завещанию. При общности родового или семейного имущества свобода распоряжения последним со стороны кого бы то ни было из членов союза представляется невозможной. Имущество всегда остается в роде или семье. Первые признаки наследования выражаются в переходе управления имуществом, соединяемого с преемством власти, к лицу, которое определяется не выбором прежнего главы, а обычным порядком. Завещательные распоряжения появляются только тогда, когда ослабляются крепкие связи родового союза или патриархальной семьи. Германцы во время Тацита не знали завещаний. Если некоторый зачаток завещательной идеи и был им известен, то полным развитием своим завещательное право обязано влиянию церкви, которая поощряла оставление на помин души в пользу церкви и бедных. Раз была допущена мысль о возможности распорядиться имуществом в обход ближайших родственников, то трудно было уже поставить границы усмотрению собственника в назначении себе преемников.

С точки зрения догматической в настоящее время наследование по закону является восполнением наследования по завещанию, вступая в силу тогда и настолько, когда и насколько не успела выразиться воля наследодателя о судьбе оставленного им имущества. Догматическое соотношение между обоими видами не изменится от признания наследования по завещанию только допускаемой законом заменой законного наследования, вариацией на законную тему (Демченко).

III. История наследственного права в России. История застаёт славян в период переходный от родового быта к государственному. Отсюда неустойчивость наследственных начал, неопределенность характера наследования, колебание и борьба между исконным славянским порядком и византийскими положениями. Источники римского права несомненно оказывали свое влияние ввиду того, что дела о наследовании по тесной связи их с семьей подлежали ведению духовенства. Для древнейшего периода мы имеем указания Русской Правды. Более ранние указания договоров с греками, отражая в себе иноземные взгляды, не могут служить выразителем чисто русского порядка наследования.

Наследство в Русской Правде носит название "статка" или "задницы", т.е. того, что оставляет позади себя отправляющийся в другой мир. Памятник, перечисляя вещи, переходящие к наследникам, упоминает только движимости, дом, двор, товар, рабов, скот. О землях не говорится ни слова, потому что, не составляя в то же время еще объекта права частной собственности, они не могли переходить по наследованию. Наследование по завещанию не различается от наследования по закону или по обычаю. В завещании допускалось назначение наследниками только тех лиц, которые и без того вступили бы в обладание имуществом. Завещание, "ряд", имеет своей целью не изменение обычного порядка, а лишь распределение имущества между законными наследниками и наказ об управлении. Согласно тому завещания выражаются в словесной форме – "ежели без языка умрет".

Если кто умрет без ряду, то ему наследуют члены семьи, и только они. Русская Правда говорит лишь о наследовании после родителей. После отца наследуют дети от жены, но не от рабынь. Из детей сыновья исключают дочерей, которые вступают в наследство только за отсутствием первых, хотя при наследовании после смерда дочери, даже при отсутствии братьев,

отстранялись в пользу князя. В объяснение этого явления приводят характер первобытной семьи, ее непрерывность, а с другой стороны, непостоянство, непрочность связи женщин с семьей, в которой они родились. Дочери до замужества остаются в доме, а братья обязаны снабдить их приданым, "како си могут". Наследство разделяется между детьми поровну без преимуществ старшинства. Напротив, младший пользовался тою привилегиею, что в его долю всегда входил дом со двором. Эта привилегия объясняется, вероятно, тем, что старшие братья ко времени открытия наследства успевали уже обзавестись собственным хозяйством. Явление это не исключительно русское. "этот обычай наследования представляется разумным для поселенцев в новой стране, где есть еще достаточно земли, которую стоит только занять, и где сыновья, вырастая и женись, выселяются и основывают свои собственные усадьбы. Но самый младший остается дома и несет заботы о старых отце и матери. Он есть хранитель очага, как говорят монголы, и по смерти стариков является естественным наследником семейного дома" (Тайлор).

Из наследственной массы часть выделялась на церковь "по душе", а часть выдавалась жене, если в семье происходил раздел. Муж не имел права наследования после жены. В случае, если у умершего не оставалось ни сыновей, ни дочерей, имущество шло к князю, а после смерти лиц низшего класса, смердов, князь имел право на имущество даже при существовании дочерей, если не было сыновей. После матери наследуют те дети, у которых она проживала. Это объясняется тем, что оставляемая ей часть из имущества мужа была слишком незначительна, чтобы обеспечить ее существование, а потому сын или дочь, взявшие на себя содержание матери, в виде вознаграждения получали оставшееся после нее имущество.

Таким образом, наследование ограничивается тесным кругом семьи, – боковые родственники не имеют никаких прав на наследство. Этот принцип постепенно изменяется в противоположную сторону, и в расширении круга родственников, призываемых к наследованию, состоит сущность исторического развития русского наследственного права. Этот процесс происходит параллельно с ростом индивидуализма и постепенным ослаблением связи между членами родственного союза.

Псковская Судная Грамота различает наследство, оставленное по завещанию, "приказное", и наследство, переходящее без завещания, "отморщина". Прежнее отношение между обоими основаниями нарушается, каждое получает самостоятельное значение. Существует некоторая разница в правах и ответственности тех и других наследников. Завещание, называемое "рукописанием" или "порядной", составляется в письменной форме. Круг лиц, призываемых к наследованию по закону, расширяется включением в него боковых родственников, а именно братьев, сестер и "ближнее племя", под которыми следует понимать, по мнению Владимирского-Буданова, племянников. Наследственные права признаются не только за женою после мужа, но и обратно, притом не на часть только, а на пользование всем имуществом. Грамота призывает к наследованию и восходящих родственников, отца и мать.

В московский период недвижимости приобретают главное значение. Соответственно тому внимание законодателя в вопросе о наследовании сосредоточивается именно на этом предмете. С новым влиянием византийских преданий в XV столетии проникают римские начала наследования, которые переплетаются с поместными отношениями. Различные виды вотчин обуславливали и различный порядок наследования в них, так, например, по закону 1627 г. определено относительно жен: "...а до вотчин им дела нет, опричь купленных вотчин". Поместья давались под условием службы, а потому переход их стоял в зависимости от способности к военной службе. Однако судьба оставшихся без средств существования жены и дочерей умершего помещика не могла не интересоваться законодателя. Сначала обязанность содержания семьи возлагалась на того, к кому переходило поместье. Неудобство такого порядка привело к мысли о необходимости выделить жене и дочерям часть поместья "на прожиток", т.е. обеспечить их пенсией. В XVI столетии размер этой части определялся в каждом отдельном случае, но в XVII столетии устанавливается общая норма. Эта доля равнялась 10, 15 или 20 четвертям со ста, смотря по тому, умер ли муж просто на службе или в походе, или в бою. Впоследствии (указ 17 марта 1731 г.) принята была в виде общего правила средняя цифра 15/100, которая составила приблизительно 1/7 часть (Улож. Алексея Михайловича, гл. XVI, ст. 30–32). Эта доля распространилась и на вотчины по мере слияния их с поместьями. Относительно движимости в XVII веке установлена была на основании византийских

источников 1/4 доля в пользу жены. Дочерям предоставлена была в движимости и недвижимости часть вдвое меньше "против матерей в полы", т.е. 1/8 и 1/14.

Круг лиц, призываемых к наследованию по закону, в начале этого периода продолжал оставаться в прежнем объеме. Судебники не изменяют прежних постановлений. Но в 1650 г. издается указ, в силу которого "а буде ближе того рода никто не будет, отдавать и дальним того рода родственникам". Такое постепенное расширение круга лиц, призываемых к наследованию, находится в видимом противоречии с развитием индивидуализма. Сужение семьи должно бы было все более отстранять дальних родственников от участия в наследстве. Если же замечается, как у нас, так и на Западе, обратное, то это объясняется действием новых причин. дело в том, что вопрос о наследовании и определение круга наследующих лиц разрешались не с точки зрения частноправовой, а со стороны политической. Государство было заинтересовано в том, чтобы наследство в виде поместья, связанное со службою, находило себе по возможности скорее преемника. Расширение круга наследников на почве родственного союза обеспечивало этот интерес государства. С течением времени утратилась политическая основа наследственного преемства и сохранились только частные права там, где некогда были общественные обязанности.

В самом начале императорского периода мы видим попытку совершенно перестроить весь наследственный порядок. Прельщенный примером Запада, особенно Англии, Петр I указом о единонаследии 1714 г. установил переход всего имущества к одному сыну. Раздел наследства представлялся в глазах императора чрезвычайно вредным: раздробление имений уменьшает их экономическую ценность отягощает крестьян, а вследствие того страдает правильное поступление податей, а знатные фамилии беднеют и теряют свое значение, а наследники уклоняются от государственной службы. Слив вотчины и поместья в одно понятие недвижимых имуществ, Петр I установил необходимое единонаследие. Если наследодатель не назначал сам наследника из своих сыновей, то имущество переходило к старшему из них. Таким образом, завещательное право, успевшее значительно развиться, возвратилось к исходному пункту, – свобода завещателя состояла только в выборе члена семьи: завещания в пользу посторонних лиц не допускались. Однако закон о единонаследии встретил сильное противодействие в обществе, потому что затронул и стремления изменить самые близкие ему интересы. "Понеже отцы, естественно сожалея своих детей, всеми образы тщились, несмотря ни на какие свои убытки и разорения, делить детей своих всех по равным частям и крепили им то продажами и закладами чрез разные руки, а которые того при себе учинить не могли, то другие разные способы к тому искали и подвергали детей своих под великие клятвы, чтобы оставшее после их имение, по смерти их, равно между собою делили, и тем, как между детьми, так и между родственниками, не точию ненависти и ссоры произошли, но некоторые, отважа себя, и до смерти побивали". Таковы официальные мотивы, по которым Анна Иоанновна в 1731 г. отменила закон о единонаследии. Насколько они соответствовали действительности, трудно сказать; Победоносцев высказывает предположение, что отмена петровской системы наследования могла быть вызвана политическим побуждением – предупредить усиление знатных родов, которое могло произойти от единонаследия.

Накопившиеся в течение продолжительного периода правила о наследовании были подвергнуты в Своде Законов систематизации. С того времени постановления по этому предмету весьма мало изменились. Завещательное право, оставшееся в совершенно неопределенном состоянии вследствие недостатка законов, подверглось нормированию со стороны закона 1831 г., конечно, в духе французского права.

§ 67. Открытие наследства и меры охранения его

Литература: Гордон, Открытие наследства, принятие и отречение от него (Суд. вестн., 1870, N 54, 55, 59, 60, 65 и 68); Закревский, Об охранении наследства на Западе (Жур. гр. и уг. пр., 1873, N 6; 1874, N 2); Он же, Об охранении наследников и о практике С.-Петербургских мировых судей в делах охранительных (Жур. гр. и уг. пр., 1872, N 5); Герард, Об охранении наследств (Жур. гр. и уг. пр., 1875, N 5); Коварский, К вопросу о необходимости вызова наследников в случаях, указанных в п. 1 и 2 ст. 1239 т. XI ч. 1 (Право, 1911, N 45).

I. Открытие наследства. Под открытием наследства понимается наступление одного из таких юридических фактов, с которыми соединяется по закону прекращение для известного лица всех юридических отношений, связывавших его с другими лицами до этого момента. Факты, открывающие наследство, по нашему законодательству следующие: 1) смерть, 2) лишение всех прав состояния, 3) пострижение в монашество, 4) безвестное отсутствие. Хотя закон (ст. 1222) говорит, будто наследство открывается только естественною смертью и лишением всех прав состояния, но тотчас же (ст. 1223) указывает на открытие наследства после постригшегося в монашество, если он при жизни не распорядился своим имуществом (97, 24). Отсюда обнаруживается, что определение закона об открытии наследства не отличается точностью, а потому мы можем еще более его расширить, присоединив случай безвестного отсутствия, когда наступают все последствия открывшегося наследства. Хотя закон и не упоминает об этом случае открытия наследства, но признает возможность утраты безвестно отсутствующим права на возвращение ему имущества (закон 15 марта 1911 г., ср. 92, 97). Открытие наследства возбуждает два важных вопроса – о моменте, в который, и о месте, в котором открывается наследство.

Момент открытия наследства имеет весьма важное значение. а) Этим моментом определяются те лица, которые выступают наследниками. До этого времени была только надежда, которая могла и не осуществиться вследствие изменившихся обстоятельств. В этот именно момент приобретает наследственное право, которое уже затем может переходить к наследникам наследников, как всякое другое имущественное право. б) Наследственная правоспособность, т.е. способность со стороны наследника принять наследство, обуславливается моментом открытия наследства, т.е. возникновения наследственного права. Лицо, назначенное в завещании наследником, могло быть правоспособно во время составления завещания и лишиться правоспособности к открытию наследства, например постригшись в монахи. в) момент открытия наследства является исходным пунктом для течения давности, если оно остается продолжительное время непринятым, впрочем, насколько законодатель не устанавливает для того особого момента.

При таком практическом значении момента открытия наследства представляется весьма важным определение его наступления. После умершего наследство открывается в день его смерти, удостоверенной метрическими книгами. После лишенного всех прав состояния наследство открывается в день обращения окончательного приговора к исполнению (улож. о наказ., ст. 28) или в момент вступления судебного приговора в силу (уст. угол. суд., ст. 957). Для монашествующих таким моментом является день пострижения в монашество (ст. 1223). Наиболее трудным представляется определение момента открытия наследства после безвестно отсутствующего ввиду неясных постановлений нашего закона. Как мы уже видели, по истечении пяти лет со времени первой публикации оставшееся без хозяина имущество передается его наследникам. Однако в этом нельзя еще видеть открытия наследства, так как объявившийся собственник может требовать возвращения имущества. Право на поворот утрачивается совершенно с истечением 10 лет со времени публикации (ст. 1244, Уст. гр. суд., ст. 1459) и в этот-то момент следует признать наследство открывшимся. Имущество, бывшее во владении и управлении наследников, насколько их права обнаружались в момент постановления суда о передаче им имущества, сохраняется за ними или переходит к другим, смотря по тому, изменились ли к этому времени обстоятельства, обуславливающие признание наследников.

Не лишено практического значения и место открытия наследства. Круг лиц, призываемых к наследованию, весьма обширен. Право на наследство имеют члены родственного союза, весьма далекие по крови и нравственной связи с наследодателем. Весьма часто наследники имеют место жительства, отличное от того, которое имел наследодатель, нередко они являются подданными другого государства. Поэтому представляется весьма важным установление того места, где возникает наследственное право, потому что условия его приобретения определяются различно по законам различных местностей и государств. Это место имеет важное значение и со стороны подсудности. Иски о наследстве, споры наследников как между собою, так и против подлинности и действительности завещаний и иски о разделе предъявляются суду, в ведомстве которого открылось наследство. Тому же суду предъявляются иски к лицу умершего собственника (Уст. гр. суд., ст. 215).

Наше законодательство не содержит никаких прямых указаний по рассматриваемому вопросу и даже не дает материала для толкования. Поэтому остается определить место открытия наследства теоретическим путем. Таким местом следует признать место последнего постоянного жительства наследодателя. Здесь находится его имущественный центр, здесь сосредоточивалась его юридическая деятельность, здесь была его подсудность и, следовательно, в этом именно месте выбывает он из мира юридических отношений как правовой субъект. Следовательно, место открытия наследства имеет определенное и устойчивое понятие. В большинстве случаев юридические факты, открывающие наследство, наступают в этом месте. Но если бы они случайно произошли в другом месте, то такие обстоятельства не могут иметь влияния на изменение места открытия наследства. Например, смерть застает лицо неожиданно в дороге, в городе, в котором оно остановилось проездом; лицо совершило преступление и было осуждено на месте, отдаленном от места его постоянного нахождения. Встречающееся на Западе определение места открытия наследства местом нахождения недвижимости не находит опоры в нашем законе и представляется теоретически излишним, производя искусственное раздвоение.

II. Меры охраны. С момента открытия наследства до принятия его наследником имущество, составляющее наследственную массу, находится в неопределенном положении, так как не имеет хозяина. Прежний субъект отношений выбыл, а новый еще не вступил. Наследственная масса становится сама субъектом входящих в нее прав и обязанностей и представляет собою юридическое лицо. К этой массе предъявляются все иски, которые могли бы быть предъявлены к наследодателю, если бы не смерть его. Само собою разумеется, что наследственная масса может выступить на суде не иначе как в лице представителя. Поэтому для предъявления иска к наследственной массе истец должен предварительно просить о назначении опеки, если таковая еще не учреждена.

Но и помимо настоящего случая наследственная масса требует непременно принятия охранительных мер, которыми был бы удостоверен состав имущества и предупреждено возможное расхищение и укрывание отдельных его частей. Такие охранительные меры имеют в виду предупредить возможность укрывания части оставшегося имущества со стороны находящихся налицо наследников в ущерб отсутствующим (ст. 1224), а также со стороны наследников вообще в ущерб кредиторам наследодателя, возможность расхищения имущества со стороны совершенно посторонних лиц, наконец, возможность сокрытия наследниками ценностей во избежание платежа налога с наследства. Из цели охранительных мер обнаруживается, что они должны заключаться только в сохранении неприкосновенности имущества, но не в управлении им.

Принятие мер охраны наследственной массы в случае смерти возлагается у нас в городах на мировых или городских судей (Уст. гр. суд., ст. 1403), а в уездах – на земских начальников и уездных членов окружного суда (т. XVI прав. о произв. суд. дел, ст. 161). На тех же органах власти должны лежать охранительные меры в случае открытия наследства постригшегося в монашество. Порядок перехода к наследникам имущества, которое осталось после безвестно отсутствующего, исключает необходимость принятия мер охраны. Охранительные меры на случай открытия наследства после лица, лишенного всех прав состояния, должны быть принимаемы на общих основаниях. Меры охраны представляются излишними, если тотчас после смерти объявляется несостоятельность, так как конкурс имеет, между прочим, своею задачей и охранение имущества.

Всегда ли должны быть принимаемы охранительные меры? Несомненно, что вмешательство власти в имущественные отношения семьи, может быть, тогда, когда гроб еще стоит в зале, представляется несколько щекотливым. Напоминание о материальных интересах может казаться нередко грубым оскорблением нравственного чувства скорби убитой горем семьи. Однако, с другой стороны, своевременно принятые меры охраны способны предупредить множество злоупотреблений, сохранить в пользу близких покойному лиц имущество, которое могло быть значительно уменьшено лицами, случайно присутствовавшими при кончине. Наконец, нет никакого основания приносить в жертву нравственным интересам и удобствам близких родственников материальные интересы кредиторов, которые вправе требовать неприкосновенности имущества, которому они оказывали доверие при жизни его хозяина.

Поэтому следовало бы принимать охранительные меры во всех без исключения случаях открытия наследства.

Наше законодательство смотрит несколько иначе на этот вопрос, допуская иногда непринятие мер охранения. Охранение наследства имеет место: а) когда при открытии наследства наследников не будет и б) когда имущество после умершего должно по закону поступить в опекуновское управление, например, если остались малолетние (ст. 1226). Значит, вне этих условий охранительные меры могут быть и не принимаемы, т.е. когда с первого взгляда не обнаруживается, что в числе наследников будут малолетние, и когда некоторые из наследников будут налицо. Таким образом, законодатель наш в охранительных мерах видит обеспечение только интересов наследников, но не кредиторов умершего. Если, однако, наследство состоит из движимости, то меры охранения должны быть приняты во всех случаях, когда некоторые из наследников будут в отсутствии или когда будет сомнение в том, все ли они налицо находятся (ст. 1226 прим.). Подобное сомнение будет почти всегда у представителя власти, как бы близко он ни был знаком с семейным положением умершего, если умерший не оставил завещания. Такое различие между движимым и недвижимым имуществом объясняется легкостью укрывания и обращения первого и неподвижностью второго. Кроме того, по закону, когда один из супругов предоставляет другому супругу в пожизненное владение свое родовое имение, то требуется составление описи, обнимающей как недвижимость, так и находящуюся в ней движимость, насколько она составляет принадлежность первой (ст. 5331). Итак, меры охранения в виде описи являются по закону 1) обязательными, а) когда имущество, оставшееся после умершего, заключается в движимости, если нет уверенности, что все наследники налицо; б) когда имущество, оставшееся после умершего, заключается в недвижимости, если налицо нет никого из наследников; с) когда имущество, оставшееся после умершего, должно по закону поступить в опекуновское управление; д) когда имущество, оставшееся после умершего, должно поступить в чье-либо пользование, и наоборот, охранительные меры должны быть признаны 2) излишними, а) когда имущество, оставшееся после умершего, заключается в движимости и есть уверенность, что все наследники налицо; б) когда имущество, оставшееся после умершего, заключается в недвижимости и налицо находятся хотя некоторые из наследников. Если имущество состоит частью из недвижимости, частью из движимости, которая имеет самостоятельное значение и не составляет только принадлежности первой, то меры охранения должны быть приняты в отношении только движимости.

Мировые или городские судьи и заменяющие их в уезде власти приступают к принятию охранительных мер по просьбе частных лиц или по заявлению полиции, или же по требованию прокурорского надзора либо начальства умершего (Уст. гр. суд., ст. 1402). Не подлежит, однако, сомнению, что принятие мер охранения возможно для указанных органов власти и по собственной инициативе. Охранительное судопроизводство не исковое, и состязательное начало не имеет в нем такой силы, как во втором процессе.

Охранению подлежит только то имущество, которое находилось у наследодателя при нем и в его постоянном месте жительства – квартире или имении. Следовательно, меры охранения, с одной стороны, распространяются и на чужие вещи, если они случайно находятся в составе имущества умершего, а с другой – не касаются вещей, принадлежащих к наследственной массе, но находящихся случайно в чужих руках, а также прав на открывшееся для наследодателя наследство (81, 188). Третьи лица, вещи которых подверглись действию охранительных мер, принуждены иском порядком требовать выдачи их, если только они, присутствуя при составлении описи или позднее, не убедили судебного пристава в несомненной принадлежности им вещей, по той или другой причине попавших в состав имущества умершего. Таким же путем опека и наследники могут включить в состав наследственной массы вещи, находящиеся у посторонних лиц. Мировой судья или земский начальник вправе сделать распоряжение о выдаче из наличных денежных сумм на покрытие расходов по погребению умершего, произведенных женою, детьми или вообще близкими лицами, конечно, при условии, что сумма оправдана как со стороны размера, так и со стороны действительности. Если наличных денег в оставшемся хозяйстве не оказалось, мировой судья или земский начальник может даже распорядиться истребованием необходимой суммы из банка, где хранятся деньги умершего на текущем счету, и назначить из них необходимую по его

усмотрению сумму на погребение (94, 49). В случае смерти одного из супругов охранению может быть подвергнуто только его имущество, а не вся движимость, находящаяся в общей квартире супругов (80, 122), хотя предложение, заключающееся в ст. 976 уст. гр. суд., дает простор усмотрению лица, принимающего охранительные меры относительно разграничения имущества того и другого супруга.

Меры охранения открывшегося наследства заключаются: а) в описи и опечатании всех вещей и б) в сбережении их (ст. 1224 и 1225). Мировой судья, узнав об открытии наследства, поручает судебному приставу производство на основании ст. 1225 и 1226 описи оставшегося имущества (Уст. гр. суд., ст. 1403, изд. 1914 г.). Опись производится в присутствии свидетелей. Родственники умершего и опекуны его наследников, если таковые были назначены, имеют также право присутствовать при описи. Если лицо умерло в пути, то при описи находящихся при нем вещей должны присутствовать хозяин дома или тот, кто занимает его место, лица, бывшие в пути с умершим, и не менее двух свидетелей. В случае смерти на пароходе капитан последнего немедленно составляет акт о смерти и опись имущества умершего; акт и опись подписываются капитаном и служащими на пароходе и несколькими пассажирами, находившимися при описи, а затем документы эти передаются местной полиции (ст. 1231 и прим.).

Вслед за описью судебный пристав опечатывает все описанные движимые вещи или же передает их на хранение родственникам или даже посторонним лицам, которые имеют право требовать за то вознаграждения в размере, определяемом каждый раз судом (83, 75; 84, 56). Хранитель наследственного имущества не имеет права ни пользоваться им сам, ни отдавать его другим лицам, а обязан лишь сохранить его в целости. Поэтому он, как это признано Сенатом, не вправе и предъявлять иски от имени наследственной массы (09, 87).

К мерам охранения наследства, по мнению нашего закона, присоединяется также вызов наследников, как мера, способствующая скорейшему переходу имущества к наследникам и обеспечивающая интересы наследников, хотя вызов наследников не есть мера охранения наследства, а мера ускорения вступления наследников в свои права. Вызов наследников не связан с описью и опечатыванием имущества. Хотя все охранительные меры должны быть принимаемы одновременно, но отсюда еще не следует, что, поручая судебному приставу описать имущество умершего, мировой судья обязан без всякого замедления сделать распоряжения и о вызове наследников (75, 78), потому что прежде всего надо убедиться в необходимости вызова. При наличии некоторых условий, как мы видели, мировой судья может признать излишним составление описи и опечатания, например, когда наследство состоит из недвижимости и некоторые наследники налицо, а вместе с тем представляется необходимость вызвать прочих наследников; и наоборот, вызов наследников может оказаться излишним там, где были предприняты опись и опечатание имущества. Необходимость вызова наследников обуславливается, очевидно, отсутствием их. Если не подлежит никакому сомнению, что у умершего нет иных наследников, кроме находящихся налицо, то вызов представляется излишним. Такая несомненность имеет место при оставлении завещания, которым наследство вручается лицам, находившимся при кончине или явившимся при принятии охранительных мер. Таков же случай смерти без завещания лица, имевшего одного сына, к которому должно перейти все имущество и который находится налицо. Вне этих случаев, если только существует малейшее сомнение в наличии всех наследников, вызов последних должен быть произведен (ст. 1239). Вызов наследников чрез публикацию необходим в том случае, когда умерший оставил после себя капитал, внесенный в Государственный Банк (ст. 1239, п. 2), и обойтись без вызова нельзя даже, если бы не было сомнений в наличии всех наследников (92, 46), но это требование не должно быть распространяемо на случаи, когда капитал внесен в частные кредитные установления и даже в государственные, если это не Государственный Банк, например в сберегательные кассы (11, 24). Вызов наследников делается по распоряжению мирового судьи (Уст. гр. суд., ст. 1401) посредством публикации в сенатских объявлениях и местных ведомостях. Если известно место пребывания отсутствующих наследников, то сверх объявления в ведомостях они уведомляются об открытии наследства через местную полицию (ст. 1240). Вызов имеет то значение, что по истечении шести месяцев от публикации находившиеся налицо наследники и явившиеся своевременно по вызову, по утверждении их в правах наследования, вступают во владение

оставшимся наследством, тогда как неявившиеся вовремя принуждены домогаться признания своих наследственных прав, в случае оспаривания со стороны остальных, – искомым порядком (ст. 1241). Если никто из наследников к этому времени не явился, то над наследственным имуществом учреждается опека (ст. 1164). [Для наследств ниже 100 руб. публикация вызова заменяется выставлением у дверей присутственных мест (ст. 1239, п. 4)].

Для предупреждения остановки торгового предприятия, могущей наступить вследствие принятия охранительных мер, закон дает правила, устраняющие возможность ущерба от прекращения дел. В случае смерти хозяина предприятия душеприказчик, старший конторщик или доверенный обязаны в течение трех дней объявить суду (коммерческому или окружному) о состоянии купеческих книг. Если они будут признаны в исправности, то суд, не доводя до описи и опечатания, предоставляет безостановочное продолжение хода предприятия под ответственностью одного из указанных лиц. Когда же найдено будет, что оставшиеся книги в беспорядке, то все имущество подвергается описи и опечатанию (ст. 1238 прил., ст. 13–20). Так же поступает и в том случае, когда умрет один из товарищей торгового дома, только что обязанность объявления суду возлагается на товарищей оставшихся в живых. Правила эти изменяются, когда умерший купец вел торговлю не одним собственным капиталом, но "с займом и кредитом от других" (какое же предприятие ведется без кредита?). В этом случае наследники обязаны в течение трех дней призвать чина полиции и при них составить опись всем книгам, документам, наличным деньгам и векселям (ст. 1238, прил., п. 7). Затем в течение месяца наследники должны дать знать суду, принимают ли они наследство. Суд делает вызов наследников, а предприятие оставляет в руках наследников; если же последние отрекутся, то распоряжается об описи и опечатании имущества. Из торговых предприятий фабрики и мануфактурные заведения подлежат еще некоторым особенностям. Если все наследники налицо и все они право- и дееспособны, то предприятие отдается в распоряжение наследников без принятия охранительных мер, а если среди наследников имеются ограниченные в своей право- и дееспособности, то предприятие остается в действии под управлением того лица, которое заведовало им при жизни наследодателя (ст. 1238, п. 3).

§ 68. Наследование по завещанию

Литература: Анненков, Система русского гражданского права, т. VI, стр. 8–260; Победоносцев, Курс гражданского права, т. III, ст. 445–664; Кавелин, Очерк юридических отношений, стр. 10–55; Муллов, Завещание несовершеннолетних (Жур. Мин. Юст., 1862, N 19); Куницын, Духовные завещания несовершеннолетних (Жур. Мин. Юст., 1864, N 3); Карнович, Об умственных способностях завещателя по русским законам (Жур. Мин. Юст., 1868, N 6); Легонин, О духовных завещаниях, подвергаемых сомнению по причине психического расстройства завещателя (Юр. вестн., 1880, N 11); П. С., О завещаниях лиц, лишенных всех прав состояния, и самоубийц (Жур. гр. и уг. пр., 1876, N 6); Азаревич, Свобода и ограничение духовных завещаний (Жур. гр. и уг. пр., 1889, N 3); Кистяковский, О самоубийстве и его последствиях по законам гражданским и по уложению о наказаниях (Киев. Унив. Изв., 1879, N 11); Березницкий, О духовных завещаниях самоубийц; Моисеенко, О субституции в завещании, 1874; Любавский, О внешней форме завещаний (Юридич. моногр., II); Руднев, О духовных завещаниях по русскому гражданскому праву в историческом развитии, 1879; Загоровский, К вопросу о законной наследственной доле (Жур. Мин. Юст., 1896, N 5 и 6); Исаченко, Значение форм домашнего духовного завещания (Жур. Мин. Юст., 1897, N 6); Быковский, Здравый ум и твердая память как условия действительности духовных завещаний (Жур. Мин. Юст., 1901, N 6); Беляев, Исторические основы и юридическая природа современного русского завещания (Жур. Мин. Юст., 1903, N 5 и 6); Товстолес, Свобода завещательной воли по русскому праву в различные периоды его развития (Жур. Мин. Юст., 1902, N 8); Исаченко, Завещательные распоряжения условные (Право, 1911, N 1).

I. Понятие о завещании. По определению русского законодательства, завещанием называется законное объявление воли владельца о его имуществе на случай его смерти (ст. 1010). В этом определении содержатся следующие признаки.

а. Завещание есть объявление воли владельца. Под именем "владельца" следует понимать не собственника только, а вообще субъекта прав, объединенных его личностью в одно имущество. "Объявление воли" есть не что иное, как волеизъявление. Эта воля должна быть выражена лично самим завещателем, и потому в завещательном акте представительство недопустимо (ст. 10361, распространительно и на домашние завещания). В завещании выражается воля одного только лица, а потому оно представляет собою одностороннюю сделку. Сущность ее заключается в предложении, обращенном к определенному лицу, вступить субъектом во все юридические отношения, в которых состоял при жизни предлагающий. В своем конечном результате завещание как предложение дополняется принятием со стороны лица, к которому оно обращено, т.е. которое назначено в нем наследником. Само по себе завещание не производит никакого изменения в юридических отношениях. Поэтому следует признать неверным утверждение, будто посредством завещания совершается переход к наследнику принадлежащих завещателю прав (78, 138). Такой переход совершается только вследствие принятия предложения, содержащегося в завещании. Завещательное распоряжение, отвергнутое намеченным наследником, теряет юридическое значение. Принятие относится фиктивно к моменту предложения, т.е. к смерти наследодателя, имущество передается принявшему наследнику в том его составе, какой оно имело в момент смерти. Как всякое предложение, не достигшее еще того лица, к которому оно обращено, завещание может быть во всякое время уничтожено или изменено завещателем. Следует остерегаться наименования завещаний "последнею волею", потому что после составленного завещания наследодатель может сколько угодно раз выражать свою волю как в разных договорах, так и в новых завещаниях. Воля, выраженная в завещании, не только не последняя, но и не окончательная, потому что завещание всегда может быть отменено или изменено, и даже надо признать недействительным договорное соглашение или внесение в завещание оговорки, которою завещатель лишил бы себя сам права отменить свое распоряжение. С указанной точки зрения завещание отличается от дарственной записи. 1) Дарственная представляет договор, тогда как завещание есть односторонний акт. 2) В силу дарственной даритель передает имущество немедленно, тогда как по завещанию переход должен произойти только после смерти завещателя. Поэтому дарить можно только наличное имущество, тогда как по завещанию к наследнику переходят также вещи, поступившие в состав имущества по написанию завещания. 3) Дарственная переносит право собственности с одного лица на другое и допускает возвращение подаренного только в указанных законом случаях, тогда как завещание может быть изменяемо и отменяемо до смерти завещателя. Несмотря на указанное различие между завещанием и дарением, наш закон, следуя французской системе, отводит завещаниям место не в наследственном праве, а в дарственных или безмездных приобретениях прав на имущество (кн. III, разд. I). [Такая систематика в праве новых народов является плодом обычно правовых воззрений на необходимость договора для разрешения разнообразных затруднений, связанных с переходом имущества после смерти его обладателя. Однако техническое неудобство применения договорных начал для этой цели явствует из немедленной связанности воли завещателя и представления наследнику больших прав, чем это требуется целью института. Поэтому, несмотря на указанное законом систематическое место завещания, оно и у нас по содержанию рассматривается в согласии с традиционным римским понятием как односторонний акт воли. Именно своей отменимостью до конца жизни завещателя и посмертностью действия завещание противоположно бесповоротности дарственных распоряжений. Следы борьбы двух воззрений, разрешаемой в пользу отделения завещательных распоряжений от дарственных, хранит в т. X ст. 991 указанного раздела, согласно которой "духовные завещания, коими имение при жизни владельца укрепляется за другими лицами бесповоротно, должны быть признаваемы дарственными записями, и наоборот, дарственные записи, посредством коих имущество должно поступить в другое владение не при жизни, но по смерти дарителя, принадлежат по существу своему к актам завещательным". Ограждением свободы завещателя прямо мотивируется содержащееся в ст. 1032 воспрещение совокупных завещаний двух лиц в одном акте. Есть и еще одна важная материальная противоположность между завещанием и дарением. Дарственные способы приобретения (дарение, выдел, приданое) являются способами приобретения отдельных частей имущества, тогда как

завещание есть призвание к принятию имущества как целого, с его активом и пассивом (универсальное преемство)].

б. Завещание представляет собою, по мнению закона, предсмертное распоряжение об имуществе. Однако если действительно сущность завещательных распоряжений относится к имуществу, то все же возможны в завещании распоряжения, направленные и на другие предметы. Так, в завещании может иметь место назначение опекунов к малолетним наследникам (ст. 227), определение системы их воспитания, указание порядка и места погребения и т.п. Все эти распоряжения, присоединенные к имущественным распоряжениям, так же обязательны к исполнению, как и последние. Отсюда не следует, чтобы можно было признать завещанием такой акт, в котором распоряжения вовсе не касаются имущества, потому что закон смотрит на завещания как на способ приобретения прав на имущества (ст. 699, прим., п. 1). В завещании должно быть распоряжение об имуществе, но нет необходимости, чтобы оно исчерпывало всю совокупность имущественных отношений. Та часть имущества, которая не завещана, идет к законным наследникам. Современное право не требует как существенного условия завещаний назначения наследника ко всему имуществу, – положение римского права, которое не допускало соединения наследования по завещанию с наследованием по закону, состоит в противоречии со всеми законодательствами.

с. Предложение о принятии имущества делается на случай смерти, т.е. наследнику предлагается вступить во все отношения, в которых состоял завещатель, только после смерти последнего. Поэтому духовные завещания, которыми имущество при жизни владельца укрепляется за другими лицами бесповоротно, должны быть признаваемы по закону дарственными записями, и наоборот, дарственные записи, посредством которых имущество должно поступать к другому лицу не при жизни, а по смерти дарителя, принадлежат по существу своему к актам завещательным (ст. 991). Однако признанию завещания дарственной записью, и наоборот, может оказать препятствие недостаток требуемой формы. Так, дарение недвижимости предполагает крепостной порядок, тогда как завещание может быть совершено домашним образом.

Но завещание может быть сделано не только на случай смерти, и напрасно Сенат так решительно утверждает, что завещание получает силу только, когда наследство открывается естественною смертью (78, 92). Вступающему в монашество предоставляется распорядиться своим благоприобретенным имением в чью-либо пользу по своему усмотрению, следовательно, он может раздарить свое имущество, но может также составить завещание, которое получит силу в момент пострижения и тем предупредит распределение имущества между законными наследниками (98, 26). Лицо безвестно отсутствующее может оставить завещательное распоряжение на случай смерти, легко возможной для отправляющегося в полярную экспедицию, и такое завещание вступит в силу по истечении 10 лет со времени его вызова, т.е. когда откроется после него наследство. Наконец, и лицо, находящееся под следствием и судом, может составить завещание, которое обнаружит свое действие со времени вступления приговора в силу. Таким образом, завещания могут быть составлены не только на случай смерти, но и на случай пострижения в монашество, лишения всех прав состояния, безвестного отсутствия. Если закон вводит в определение завещания признак смерти, так это потому, что он имел в виду наиболее частый случай наследования, а вся совокупность последствий, сопровождающих другие случаи открытия наследства, дает полную возможность допустить и для них силу завещаний. Противники этого взгляда опираются на буквальный смысл ст. 1010; на основании такого же буквального толкования пришлось бы отвергнуть возможность и законного наследования после монашествующих, безвестно отсутствующих, так как ст. 1104 имеет в виду только смерть.

Законность завещания представляется излишним признаком, так как действительность вообще всякой сделки зависит от соответствия ее с нормами объективного права. В частности, законность завещательного распоряжения зависит от того: 1) чтобы оно было составлено лицом, имеющим право завещать, 2) чтобы распоряжение было сделано в пользу лица, имеющего право принять, 3) чтобы содержание завещания не противоречило праву распоряжения завещателя, 4) чтобы завещательное распоряжение было облечено в законную форму.

II. Способность к составлению завещания. Действительность завещания как выражения воли о назначении имущества находится в зависимости со стороны завещателя от наличия двух условий: 1) сознательности воли и 2) дееспособности завещателя в момент составления завещания, хотя некоторые требуют дееспособности в момент открытия наследства.

1. Сознательная воля составляет существенное условие всякой вообще сделки, а следовательно, и завещания. Закон постановляет, что все завещания должны быть составляемы в здравом уме и твердой памяти (ст. 1016). Обстоятельства, устраняющие сознание и свободу воли, поражают результат последней. Наличие этого психического условия должна существовать в момент составления завещания, когда воля находит себе внешнее выражение.

а. Вследствие отсутствия этого условия оказываются недействительными завещания душевнобольных, т.е. безумных, сумасшедших и умалишенных, когда они составлены ими во время помешательства (ст. 1017, п. 1). Завещание душевнобольного будет недействительно, хотя бы он и не был признан таковым в установленном порядке. Ненормальность умственных способностей завещателя может быть удостоверяема всевозможными доказательствами, свидетельскими показаниями и даже содержанием самого завещательного акта. Но, с другой стороны, недействительность завещания зависит от душевного расстройства во время составления завещания. Если был светлый промежуток, в продолжение которого больной находился в здравом уме, то завещание его как акт сознательной воли приобретает полную силу. Помешательство, предшествовавшее или последующее составлению завещания, не имеет влияния. Завещание лица, признанного в установленном порядке душевнобольным, должно рассматриваться как недействительное, – доказывание свидетелями вопреки официального признания, что завещатель был здоров, недопустимо.

б. Отсутствие сознания может быть и у самоубийц. По вопросу о силе завещания лиц, окончивших жизнь самоубийством, существует у нас принципиальное противоречие между гражданскими и уголовными законами. Первые выводят недействительность таких завещаний из ненормального состояния психических способностей завещателя (ст. 1016 и 1017, п. 2). Напротив, уголовные законы признают недействительность завещаний самоубийц последствием совершенного ими преступления (улож. о наказ., ст. 1472). Наказание же за недозволенное действие всегда предполагает сознание и не применяется при наличии обстоятельств, устраняющих его. При всей несогласуемости принципов, положенных в основу одного и того же постановления, должны быть приняты во внимание как гражданский, так и уголовный законы. В силу гражданского закона недействительно будет завещание самоубийцы, составленное им перед самою смертью, если доказана будет наличие душевного расстройства, которое привело его к лишению себя жизни. В силу уголовного закона недействительно будет завещание самоубийцы, составленное им в здравом уме и твердой памяти, если он лишил себя жизни с намерением и не в безумии. Следовательно, завещания самоубийц могут быть признаны действительными только в тех случаях, когда они были составлены в здравом уме и твердой памяти, а завещатель лишил себя жизни в припадке безумия или временного беспамятства. Таким образом, завещание самоубийцы становится недействительным не безусловно, но только при наличии известных условий (92, 4).

2. Действительность завещания предполагает дееспособность завещателя (ст. 1018). Как наличие свободной воли, так и дееспособность необходимы не в момент открытия наследства, а только в момент составления акта. Такой смысл имеет постановление нашего закона, что все духовные завещания тогда только могут быть действительными, когда они "составляются" лицами, имеющими по законам право отчуждать свое имущество (ст. 1018). Таким образом, завещание, написанное лицом, которое было дееспособным в момент его составления, будет действительно, хотя бы завещатель и умер в состоянии недееспособности.

а. Отсутствие дееспособности поражает силу завещаний, составленных несовершеннолетними (ст. 1019, п. 1). Согласие попечителя на составленное несовершеннолетним завещание не может иметь никакого значения. По господствующему взгляду, отсутствием дееспособности в момент совершения акта завещание, составленное лицом ранее 21 года, останется лишенным юридической силы, хотя бы завещатель умер по достижении совершеннолетия. Следует заметить, что некоторые западные законодательства способность

составлять завещания соединяют с достижением возраста меньшего, чем тот, который требуется для достижения совершеннолетия. Так, французский кодекс (§ 904) и германское уложение (§ 2229, п. 2) позволяют составлять завещания несовершеннолетним по достижении 16 лет, а швейцарский кодекс – по достижении 18 лет (§ 467). Основанием для сокращения общего срока совершеннолетия выставляется то соображение, что завещательное распоряжение не грозит интересам самого несовершеннолетнего, как грозят другие его сделки, получающие силу при его жизни. В Англии, напротив, несовершеннолетние завещаний составлять не могут.

б. За отсутствием дееспособности признаются недействительными завещания лиц, лишенных по суду всех прав состояния, когда приговор им объявлен (ст. 1019, п. 2). Напротив, лица, состоящие под арестом, пока приговор о лишении их прав состояния им не объявлен, не лишаются права составлять завещания на основании общих правил (ст. 1020). Сенат толкует это положение в том смысле, что духовное завещание, составленное при этих условиях, воспринимает силу и действие лишь в том случае, когда смерть постигнет завещателя до обращения приговора к исполнению (78, 92). Следовательно, завещание лица, лишенного судебным приговором всех прав состояния, должно быть признано безусловно недействительным с момента вступления приговора в законную силу. Таким образом, по мнению Сената, лишением всех прав состояния открывается наследование только по закону, но не по завещанию.

Такое толкование представляется противоречащим ясному смыслу наших законов. Прежде всего возбуждается вопрос: каким мотивом мог бы руководствоваться законодатель, поражая недействительностью завещания, составленные до лишения прав? Лишая лицо всех прав состояния, закон наказывает его отнятием всех бывших у него имущественных благ. Наказание направлено на виновное лицо, а судьба этих благ для законодателя безразлична – поступят ли они к тем или иным лицам, к наследникам по завещанию или по закону. Возможность со стороны лица, знающего уже о предстоящем ему лишении прав, распорядиться своим имуществом несколько не противоречит идее наказания, направленного на отнятие у него пользования благами. Едва ли стоит останавливаться на таком оправдании сенатского взгляда: "...иначе преступник, ожидающий лишения всех прав состояния, мог бы, посредством завещательных распоряжений в пользу подставного лица, сберечь для себя имущество и тем в значительной степени ослабить силу постигающего его наказания". С этой точки зрения следовало бы лишить наследства ближайших наследников преступника, потому что именно они скорее всего помогут преступнику ослабить силу падающего на него наказания.

Сильнее тот аргумент, что завещатель не обладает дееспособностью в момент открытия наследства (76, 536). Лишенный всех прав состояния утрачивает дееспособность в момент вступления приговора в законную силу. В этот же момент открывается после него наследство. По этой причине он с этого момента не может уже составить завещания. Но нет никакого юридического основания отвергать силу завещания, составленного до лишения прав состояния. По общему смыслу нашего закона очевидно, что дееспособность требуется только в момент составления завещания. Нигде не сказано, чтобы она необходима была в момент открытия наследства. Закон прямо позволяет лицам, которым угрожает лишение прав состояния, составлять завещания (ст. 1020) и ни словом не упоминает о смерти, постигающей их до вступления приговора в законную силу. Возможность составления определена точно во времени до объявления им приговора, хотя до вступления приговора в законную силу они не лишены прав состояния. И сама практика наша впадает в противоречие, когда признает, что поступающий в монашество не лишен права составить о своем имуществе духовное завещание, и завещание это воспринимает силу с момента пострижения (98, 26). Момент пострижения в монашество с точки зрения дееспособности ничем не отличается от момента, когда приговор уголовного суда вступает в законную силу. А потому и оценка их должна быть одинакова.

с. По тем же основаниям недействительны завещания монашествующих, как добровольно подвергшихся смерти в мире светских отношений (т. IX ст. 424, см. 97, 24, где приведены постановления Вселенского Константинопольского собора). Однако такой результат наступает только с момента пострижения. До этого времени вступающий в монашество имеет право распорядиться своим имуществом по собственному усмотрению, раздарить его или завещать (ст. 1223). Завещания таких лиц вполне действительны. Из общего правила о недействительности

завещания монашествующих допускается исключение в пользу монашествующих властей. Завещания митрополитов, архиереев, архимандритов и прочих монашествующих властей считаются действительными, когда они относятся к их частной движимости, а не к вещам, к ризницам их принадлежащим и только в церквах употребляемым, хотя бы в числе их находились вещи, ими на собственный счет устроенные (ст. 1025). Впрочем, не все монашеские власти могут делать завещания: всякое имущество, остающееся по смерти настоятеля и настоятельницы общежительного монастыря, хотя бы оно и не значилось по монастырским документам, признается собственностью монастыря (ст. 1187), [за исключением капиталов, оставшихся после названных лиц и хранящихся в кредитных установлениях (94, 96)]. Недействительность завещания монашествующих не значит, что имущество, после них оставшееся, переходит к законным наследникам: наследство после них уже открывалось и у них нет более законных наследников. Оставшееся после них имущество становится достоянием монастыря.

Существует категория лиц, ограниченная в своей дееспособности, завещания которых тем не менее следует признать действительными, – это расточители. Опекунство по расточительности налагается на лицо в предупреждение растраты всего состояния вследствие чрезмерной роскоши. Этот мотив опеки устраняет необходимость ее участия при составлении завещания. Лицо распределяет свое имущество на случай смерти; этот акт не угрожает расстройством его имуществу. Этот акт выходит за пределы тех сделок, которые совершаются в его личных интересах, которые направлены на чрезмерную роскошь в собственное удовольствие. Поэтому такой акт должен стоять вне опеки. Если расточитель в завещании лишает наследства своих законных преемников, то это право каждого лица. Наш закон не ограничивает расточителей в праве составлять завещания. Поэтому судебная практика признала, что лица, состоящие под опекою за расточительность, не лишены права составить завещание на случай своей смерти; для действительности такого завещания нет надобности в согласии учрежденной над завещателем опеки (76, 389; 99, 56). Так же решается этот вопрос по французскому праву, тогда как по германскому уложению, наоборот, расточителям воспрещается составлять завещания (§ 2229).

III. Способность к приобретению наследства по завещанию. Способность сделаться субъектом права наследования по завещанию не зависит от дееспособности наследника: душевнобольные, дети, глухонемые, расточители несколько не ограничены в праве приобретать по завещанию, если не актом своей воли, то волею состоящих при них опекунов. Способность к приобретению наследства по завещанию обуславливается правоспособностью лица, назначенного наследником. Так как в настоящее время все признаются правоспособными, то речь может идти только об ограничениях в правоспособности, а соответственно об ограничениях в праве быть наследником по завещанию.

Эта способность необходима не в момент составления завещания, потому что до смерти завещателя никакие права не приобретаются наследником, а только в момент открытия наследства, когда назначенный наследником приобретает наследственное право, хотя, может быть, следовало бы отнести этот момент еще далее – ко времени приобретения наследства.

Русское законодательство содержит несколько ограничений в способности к принятию наследства по завещанию. а) Запрещалось завещать недвижимые дворянские имения лицам, не имеющим права владеть ими (ст. 1028, исключенная зак. 20 декабря 1912 г.). Постановление это в настоящее время потеряло силу за отсутствием таких лиц и таких имений. Большое общественное значение имеет недопустимость завещания (по аналогии с дарением т. IX, особ. прил., ст. 19) надельных земель лицам, не приписанным к сельскому обществу. б) Завещательные распоряжения, которыми оставляются в пользу лиц польского происхождения недвижимости в местностях, где они владеть ими не могут, не имеют силы (ст. 698, прим. 2, прил. ст. 1, прим. 1). Иностранцы могут приобрести по завещанию права на недвижимость, расположенные в местностях, в которых иностранцам воспрещается приобретение их, хотя они и обязаны полученное продать в течение трех лет (т. IX, ст. 830, прим. 2, прил. ст. 3), однако в Волынской губернии завещания в пользу иностранцев недействительны (ст. 698, прим. 3, прил. ст. 1, прим.). Что касается евреев, то по закону недвижимое имение, доставшееся еврею по наследству (следовательно, и по завещанию) вне тех мест, где им владение таковым дозволяется, должно быть им продано в течение шести месяцев (т. IX, ст. 785). в) Недействительны завещательные

распоряжения в пользу монашествующих, если ко времени открытия наследства состоялось пострижение их (ст. 1025 прим., ст. 1067, п. 3). Однако монашествующие власти могут завещать в пользу постриженных в монашество лиц православного вероисповедания иконы, панагии, наперсные кресты и книги духовного, нравственного и ученого содержания. d) Все те лица, которые по лишении прав состояния считаются неспособными к законному наследованию, неспособны и к принятию имущества по завещанию (ст. 1067, п. 4). Хотя по смерти жен ссыльных (не в административном порядке) право наследования принадлежит мужьям их (уст. ссыльных, изд. 1909 г., ст. 225), но из этого не следует, чтобы ссыльные могли наследовать не по закону, а по завещанию. e) Всем служащим в карантинных учреждениях запрещается получить какую-либо часть из имущества умершего в карантине завещателя, если они не имеют на оставшееся после него имущество законного права наследования или если завещание не составлено ранее, до помещения в карантин. Это правило не распространяется на членов карантинных советов, за исключением начальника карантинного округа (ст. 1067, п. 5). Закон предусматривает возможность давления со стороны карантинных чиновников на свободу лиц, находящихся в карантине. По тем же соображениям некоторые законодательства запрещают составлять завещания в пользу врачей, пользовавших больного завещателя перед смертью, священников, напутствующих умершего, капитана морского корабля, на котором составлялось завещание, опекуна завещателя (франц. код., § 907 и 909, итал. код., § 769). Монастыри и церкви способны к принятию по завещанию, но действительность завещательного распоряжения, которым в пользу их оставляются недвижимые имущества, обуславливается Высочайшим соизволением, испрашиваемым через Синод (ст. 1067, п. 2). [Наблюдение за точным исполнением завещательных благотворительных распоряжений в пользу архиерейских домов и монастырей недвижимых имуществ и все дела, отсюда возникающие, разрешаются местным епархиальным начальством (ст. 435 пр. т. IX по прод. 1906 г.; ср. 12, 97)]. Затем никаких препятствий не установлено в законе к тому, чтобы наследниками по завещанию были назначены лица, ограниченные в дееспособности как малолетние, сумасшедшие, расточители.

Так как от лица, в пользу которого завещается имущество, требуется способность в момент открытия наследства, то тем более необходимо существование в это время этого лица. Наследник может не существовать еще во время составления завещания, но он должен уже родиться или по крайней мере быть зачатым в момент открытия наследства (ст. 1026, 1106, п. 2 по аналогии). Завещательные распоряжения в пользу лиц, еще только могущих родиться от указанных лиц в неопределенном времени, должны быть признаны недействительными, как не означающие точно лицо наследника. Между тем наша практика признала действительным завещание, которым имущество предоставлено в пожизненное пользование известному лицу, а наследниками назначены дети этого же лица, если они родятся ко времени прекращения пользования (88, 63; 00, 84; 04, 52). В подтверждение своего взгляда Сенат выставляет то соображение, что такое завещание не будет противоречить ст. 1026, потому что завещаемое имение со смертью завещателя не остается бесхозяйным, – оно состоит во владении и пользовании пожизненного владельца, а право собственности на оное принадлежит с самой кончины завещателя точно указанным лицам, имеющим родиться у определенного лица. Но имущество завещаемое вопреки утверждению Сената остается именно юридически бесхозяйным. От пожизненного пользования дело не изменяется, а говорить о праве собственности несуществующих лиц, да еще указывать момент возникновения этого права – совершенно недопустимо, особенно если принять во внимание, что для права собственности закон требует не только наличности субъекта, но также и объекта. Особенно странным покажется взгляд Сената, если принять во внимание, что, по мнению Сената, "наши законы гражданские не присваивают наследству характера и значения юридического лица и не допускают такого состояния имущества, в котором оно могло бы считаться никому не принадлежащим" (06, 85). Спрашивается, если в указанном случае у пожизненного пользователя дети вовсе не родятся, какова будет судьба завещанного имущества? За отсутствием назначенных наследников имущество должно бы перейти к законным наследникам завещателя. Но не утратят ли они свои наследственные права за истечением 10-летней давности? До смерти пожизненного пользователя с точки зрения Сената они не могут заявлять своих наследственных прав, а после смерти может оказаться уже поздно. Тогда завещаемое имущество

вопреки воле завещателя перейдет в разряд выморочных. Какие затруднения может создать на практике противоположная точка зрения, видно из реш. 01, 52. Из действующих законодательств можно указать на итальянское, которое допускает завещать имущество в пользу детей, имеющих родиться от лица, существующего в момент открытия наследства, причем до наступления этого события наследственная масса передается в опекуновское управление (итал. гражд. улож., § 764, 857). Как французское (§ 1048), так и германское (§ 2101) право прибегают в таких случаях к предположению, что завещатель имел в виду назначить указанное, но еще не существующее лицо как преемника (Nacherbe) того, кто ранее вступит в право наследования.

Необходимость точного обозначения наследника в завещании не допускает того, чтобы выбор наследника был предоставлен усмотрению лица, которого завещатель укажет в завещании. Наша практика признала недействительность завещательных распоряжений, которыми предоставлено было выбранному завещателем лицу распорядиться наследством по своему усмотрению (86, 42). [Необходимость точного обозначения в завещании наследника не распространяется на завещательные распоряжения, касающиеся пожертвований в пользу монастырей и благотворительных учреждений без точного их наименования (об. соб., 13, 28)].

Точно так же встает вопрос: возможны ли завещания в пользу юридических лиц, еще не существующих? Например, завещатель уделяет часть своего имущества для организации детского санатория или отчисляет некоторый капитал на учреждение музея. На Западе допустимость подобных завещаний спорна: во Франции они считаются не имеющими силы (§ 725), а в Германии, наоборот, такие завещательные распоряжения признаны прямо законом (§ 84) но при этом закон пользуется конструкцией, по которой до возникновения юридического лица субъектом права признается предварительный наследник (Vorerbe, § 2101), и только швейцарский гражданский кодекс прямо разрешает завещательные распоряжения в пользу не существующих еще учреждений (foundation, § 81, 493). Жизненная потребность допущения подобных завещаний не подлежит сомнению, а главное, с ними самым тесным образом связан общественный интерес. К сожалению, с догматической точки зрения следует признать, что у нас завещательные распоряжения в пользу юридических лиц, не существующих еще в момент открытия наследства, не могут быть признаны действительными. Препятствием является закон, требующий, чтобы лица, в пользу которых производится завещательное распоряжение, были точно обозначены (ст. 1026). Такой точности совершенно не отвечает указание лица, еще вовсе не возникшего. До каких пор останется в неопределенном состоянии имущество, завещанное юридическому лицу, которое по тем или иным причинам не возникает долгое время? По германскому праву такое завещание падает, если учреждение юридического лица не состоялось в течение 30 лет (§ 2109), но как быть, если такого законного решения вопроса нет? В оправдание допустимости рассматриваемых распоряжений ссылаются на ст. 1093 и 1094, где сказано, что по тем из пожертвований, которые сделаны в завещаниях без точного указания предмета употребления, когда притом не указано и учреждение или лицо, в распоряжение коего оставляется завещанное, министерство внутренних дел дает пожертвованию определенное назначение. Однако здесь речь идет только о неопределительности назначения, а не о назначении на определенное юридическое лицо, которого пока нет. Закон дает выход из того затруднения, какое создается, например, завещанием миллиона рублей в пользу высших учебных заведений, но в нем нет выхода из завещания, которым, например, оставляется миллион рублей в пользу Виленского университета. так, например, некто оставил по завещанию денежный фонд на учреждение Варшавского женского университета. Применительно к § 906 кодекса, который требует, чтобы в момент смерти завещателя существовало лицо, в пользу которого произведено завещательное распоряжение, завещание подверглось оспариванию. Сенат отверг основательность спора на том основании, что если такой отказ сделан в пользу будущих учебных заведений вообще, то легатарием считается государство, если в пользу таких же заведений данного учебного округа, – то этот округ (09, 48). Но такое разъяснение не согласно с законом как действующим в Царстве Польском, так и действующим в империи, а весьма часто может оказаться в резком противоречии с волею завещателя. Здесь нужна специальная норма, созданная в законодательном порядке. А пока у нас, как и во Франции, единственный способ достичь цели создания юридического лица на завещаемые средства, – это избрать наследником надежное лицо, на которого и возложить обязанность способствовать

возникновению учреждения и передать ему тогда капитал или вещи. Наша практика полагает, что и сейчас нет препятствий к признанию завещательных распоряжений в пользу несуществующих юридических лиц (88, 63).

IV. Содержание завещания. Законность содержания воли, выражаемой в завещательном распоряжении, составляет внутреннее условие действительности завещания, подобно тому как соблюдение установленной формы является внешним условием его действительности. Завещается или все имущество как совокупность прав и обязанностей, или же та или другая его часть, или же только одно или несколько определенных прав, вещных, исключительных, прав требования. Предметом завещания может быть и наследственное право самого завещателя, приобретенное уже им, а не ожидаемое только.

Если в завещании назначается несколько наследников, то должна быть указана доля наследственного имущества, на которую имеет право каждый из них. Неуказание наследственной доли не поражает завещания недействительностью, но возбуждает вопрос, как должно быть разделено наследство между указанными в завещании наследниками. Здесь возможно двойное решение. По мнению одних, а также Сената (79, 37), в случае назначения в завещании нескольких лиц как наследников к имуществу, без указания, в какой доле кому завещается, следует предполагать имущество завещанным в равных долях. Но возможно и другое решение. Закон, устанавливая известный порядок наследования на случай смерти без завещания, стремится приспособиться к предполагаемой воле наследодателя. Верно или нет улавливает он ее, но такова идея, лежащая в основе законного наследования. Поэтому можно разрешить рассматриваемый случай в том смысле, что завещатель, умолчавший о долях, имел в виду предоставить наследникам законные доли, если противоположное намерение не обнаруживается из общего смысла завещания. Например, завещатель назначает наследниками сына и дочь, не определяя подробнее, сколько кому оставляет: следует полагать, что при действии ст. 1131 он дочери завещал бы 1/8 капитала, а сыну все остальное, а при действии закона 3 июня 1912 г., уравнившего женские доли с мужскими, что завещано каждому из обоих детей по 1/2 капитала (ст. 1128).

Завещатель может завещать свое имущество кому ему угодно, родственнику или постороннему. Однако свобода завещательных распоряжений встречает некоторые ограничения как в западных, так и в нашем законодательстве. Передача всего имущества посторонним лицам при существовании ближайших родственников представляется таким нарушением семейных связей, что законодатели при всем уважении к свободе собственника распоряжаться своим имуществом находят необходимым положить известные границы произволу. На Западе в пользу ближайших родственников, детей и родителей, устанавливается известная доля наследства, доходящая иногда до 3/4 имущества, которыми наследодатель не может распорядиться и которые поступают непременно к законным наследникам, если только они не отрекаются от законной доли. Представление о законной доле, которою завещатель не может распорядиться, сложилось у западных народов частью под влиянием римского права, в котором установилась в позднейшую эпоху его развития *legitima pars bonorum*, частью же под влиянием древнегерманских начал. В противовес возможности распорядиться имуществом посредством завещания, которая проникла в жизнь под влиянием церкви, германское право ухватило за ограничение свободы завещателя в отношении объема распоряжения. Установление законной доли явилось лучшим способом согласовать противоположные тенденции. Впрочем, законная доля в новых законодательствах получила несколько иной характер, чем в римском праве. Обойденные завещателем ближайшие родственники не могут опровергать завещания, как это было у римлян, но становятся только кредиторами лиц, назначенных по завещанию наследниками, причем претензия их равняется ценности доли, которую они должны бы были получить. Величина законной доли различна в западных законодательствах. По французскому праву законная доля (*la reserve*) устанавливается в пользу нисходящих и восходящих родственников. Завещатель может по своему усмотрению распорядиться (*la portion disponible*) половиною имущества, если у него только один ребенок, третью частью, – если у него двое детей, и четвертою лишь частью, – если у него трое или более детей (§ 913–916). По германскому гражданскому уложению, если нисходящий устранен завещанием от наследования, то он может требовать от назначенных наследников свою законную долю (*Pflichttheil*), которая состоит в половине ценности его доли наследования по закону. Такое

же право принадлежит родителям и супругу наследодателя (§ 2303). Отличие германского права от французского выражается в том, что во Франции обязательная доля определяется в отношении всего имущества завещателя (часть имущества), тогда как в Германии – в отношении законной доли наследника (часть наследственной доли). Напротив, Англия представляет собою страну, в которой завещательная свобода доведена до высшей степени. Каждый вправе завещать свои движимости и недвижимости кому угодно и в каком угодно размере. Никакой законной доли английское право не знает. [Проект гражданского уложения вводит и у нас институт обязательной доли по германскому образцу].

Русскому законодательству, к сожалению, чуждо постановление о законной доле. Вместо того оно дает иное ограничение свободы завещаний – по роду имущества.

1. В то время как благоприобретенные имущества могут быть завещаемы неограниченно (ст. 1067), родовые имения не подлежат вовсе завещанию (ст. 1068). Это не значит, конечно, что нельзя в завещании назначить наследника к родовому имению. Смысл закона в том, что недопустимы завещания родовых имений вопреки указанного законом наследственного преемства в этой части имущества (слово "вопреки" по аналогии ст. 1069). Из этого общего правила допускаются три изъятия. [а) Лицо, имеющее нисходящих по прямой линии, призываемых по закону к наследованию в родовом имении, может посредством завещания распределить по своему усмотрению между ними свое родовое имение или часть его либо предоставить его некоторым либо одному из них; при этом завещатель во всех указанных завещательных распоряжениях не ограничен постановлениями об указной части супругов и вправе обязывать лиц, которым завещается родовое имение или часть его, единовременными или повременными на время их жизни денежными выдачами в пользу других, указанных выше нисходящих завещателя или в пользу восходящих лица, обязываемого выдачами (ст. 10681 в ред. зак. 3 июня 1912 г.)]. б) Лицо, не имеющее указанных в ст. 10681 нисходящих, может предоставить свою родовую недвижимость или же часть ее, помимо ближайших наследников и несмотря ни на какую степень родства, одному лицу из дальнейших своих родственников или родственниц, если они принадлежат к тому же роду, из которого досталось имущество завещателю (ст. 10682). Статья эта позволяет в указанном в ней случае завещать родовое имение одному лицу из того же рода, из которого оно шло, но не двум или более лицам (84, 108). В пользу такого толкования приведенного закона говорит и прямой словесный смысл, и исторические основания его. Возможно, что к завещателю, не имеющему нисходящих, дошли родовые имения из разных родов, тогда закон разрешает ему избрать и назначить по одному наследнику из каждого рода к каждому родовому имению (ст. 1068). [Эта мера борьбы с раздроблением родовых имуществ оказалась поставленной под сомнение с изданием закона 3 июня 1912 г. о расширении прав наследования лиц женского пола, а потому составители закона ввели указанную выше ст. 10681, по которой завещатель и среди нисходящих по прямой линии может выбрать одно лицо из тех, кто непосредственно призывается законом к наследованию в родовом имуществе]. Возможно, что к завещанию, не имеющему нисходящих, дошли разные родовые имения из одного и того же рода, тогда, по мнению Сената, все они, и только в совокупности, могут быть завещаны одному наследнику из того же рода (09, 101). в) Родовое имение может быть предметом завещательного распоряжения также в том случае, когда собственник предоставляет его в пожизненное владение своему супругу, заставляя тем законного наследника подождать с осуществлением присвоенных ему прав на это родовое имение (ст. 1070). Запрещение завещать родовые имения помимо законных наследников может быть отчасти обойдено в силу закона 25 мая 1899 г. о временно-заповедных имениях. Потомственный дворянин, имеющий несколько законных детей или дальнейших нисходящих, может учредить из своего родового имущества временно-заповедное имение в пользу одного из сих детей или потомков при условии обеспечения остальных наследников из другого, благоприобретенного имущества учредителя в размере их законной доли (ст. 49310 и 49311).

2. Имения заповедные и имения, пожалованные на праве майоратов в Западных губерниях, не подлежат завещаниям вопреки правилу, поставленному для перехода этих имений по наследству. Владелец заповедного имения для обеспечения участи жены своей и тех из детей, которые не наследуют ему в этом имении, может постановить в своем завещании, чтобы часть, впрочем, не более 1/5 чистого с имения дохода, была выдаваема ежегодно вдове его по день

смерти, а для детей посредством займа под обеспечение доходов с того же имения был составлен особый неприкосновенный капитал, не свыше, однако, количества трехлетнего чистого с имения дохода. Этот капитал должен быть разделен между детьми, не наследующими в заповедном имении, как между братьями, так и между сестрами по равной на каждого и на каждую из них части (ст. 1069). Закон не предоставляет завещателю по своему усмотрению распределять между детьми доли этого капитала.

3. Большой интерес возбуждает в настоящее время возможность завещания крестьянами своей наделной земли. Колебания в литературе и в судебной практике, характерные для прежнего времени (93, 77), не ослабеют с изданием новых законов по крестьянскому землевладению. Конечно, речь могла идти только о подворном владении или личной собственности, а не о праве участия в общинном владении. Допустимость завещательного распоряжения обуславливается признанием, что наделная земля принадлежит домохозяину, а не крестьянскому двору (т. IX пол. сел. сост. по Прод. 1910 г., ст. 179). Наделная земля, хотя бы и выкупленная в личную собственность, не может быть отчуждаема посредством дарения или продажи иначе как лицам, приписанным к сельскому обществу. Нигде закон не запретил крестьянам составлять завещаний на случай смерти. Сопоставляя эти два положения, мы должны признать, что домохозяин вправе сделать завещательное распоряжение о своей наделной земле, но только в пользу лиц, приписанных к сельскому обществу. [Ср., однако, дополнение в т. I, стр. 381].

Цель завещания состоит в передаче наследнику прав завещателя и в возложении на него обязанностей, лежавших на последнем. Следовательно, по завещанию имеется в виду предоставить наследнику права собственности на вещи, бывшие в составе имущества наследодателя, и права требования по обязательствам, в которых состоял наследодатель. Но завещатель имеет полную возможность, передавать одному лицу право собственности, в то же время установить в пользу другого лица право пользования тою же вещью. Это и выражается, хотя и не совсем точно, в постановлении нашего закона, что завещать благоприобретенное имущество можно или в полную собственность, или же во временное владение и пользование (ст. 1011). Неточность приведенной статьи заключается в том, а) что предоставление в пользование возможно не только относительно благоприобретенного имущества, но и родовой недвижимости, а именно, когда оно устанавливается в пользу супруга; б) что буквальный смысл статьи способен подать повод предположить возможность завещания или в пользование, или в собственность, тогда как в действительности ничто не препятствует одновременному назначению движимостей или недвижимостей одному лицу в пользование, а другому в собственность. Если в завещании указано только лицо, которому предоставляется пользование, то право собственности приобретает законным наследником. Продолжительность предоставляемого завещанием пользования может быть поставлена в зависимость или от жизни пользователя (пожизненное пользование), или от наступления какого-либо события, например до выхода замуж (79, 27), или от наступления определенного срока, например до совершеннолетия.

Вместе с имуществом к наследнику должно по завещанию перейти и право собственности на вещи, принадлежащие наследодателю. Право собственности предполагает и возможность распоряжения. Поэтому завещатель не вправе лишить наследника распоряжения вещами, переходящими к нему вместе с имуществом. Таковы нередко встречающиеся завещательные назначения вещей в "неотчуждаемую собственность". Между тем Сенат полагает, что нет никаких оснований не признавать силы за завещательным распоряжением, которым завещатель, предоставив недвижимость в собственность, запретил наследнику продавать и закладывать ее (02, 112). Продажа и залог составляют акты распоряжения (ст. 541), распоряжение составляет необходимое свойство права собственности (ст. 420), которое может отделиться от него только по закону (ст. 542). Отсюда ясно, что такие завещания не могут иметь силы.

Из того же положения вытекает, что завещатель не вправе определять дальнейшего назначения вещей, переходящих по наследству, на случай смерти наследника. Подобные завещания также встречаются нередко, – в завещании указывается преемственно несколько лиц, к которым должно перейти завещаемое имущество. Между тем если первый наследник приобрел право собственности на вещи, вошедшие в состав наследства, то ему уже, и никому другому, принадлежит распоряжение судьбою их. Завещается дом в пожизненное пользование дочери, а

если "пойдут от нее дети", то в собственность их, а все вообще имущество оставляется сыну (03, 140). Здесь дом завещается в собственность под отменительным условием – передачи его в собственность детям пользовладелицы. Понятию права собственности на вещь противоречит возможность завещания ее со стороны несобственника. Поэтому в нашем законодательстве существует постановление, запрещающее завещателю определять дальнейший переход движимости или недвижимости на случай смерти первого наследника (ст. 1011 прим.). Подобное распоряжение будет недействительно, не поражая силы самого завещания [хотя бы и не был предъявлен иск в течение двухгодичного срока (13, 62)].

[Примечание к ст. 1011 несколько односторонне мотивирует это воспрещение тем, что имение после смерти наследника обращается в разряд наследственных и, подобно родовым, не подлежит "более действию завещания". Очевидно, что пока наследник не воспользовался предоставленным ему в завещании имением, последнее не стало наследственным. На этом основании практика признала допустимой простую субституцию, т.е. подназначение наследника на случай непринятия или смерти прямого наследника (75, 1073)].

Такие завещания, содержащие указание на лицо, которое должно заменить назначенного наследника в случае его смерти до открытия наследства, вполне действительны. Завещание до этого момента представляется субъективным выражением воли, которое не производит еще изменения в юридических отношениях. Наследник в силу такого распоряжения не приобрел еще права собственности и не приобретет его вовсе, если умрет до открытия наследства. Следовательно, завещательное предложение обращается, минуя первое указанное лицо, непосредственно к заменяющему его, которое и является наследником и приобретает право собственности прямо от завещателя. Примером может служить завещание, которым имущество оставляется жене завещателя, а в случае если она умрет ранее последнего, то сыну ее.

В противоположность русскому праву некоторые западные законодательства допускают возможность для завещателя назначить преемника наследнику, т.е. определить порядок дальнейшего перехода имущества от первого наследника к другим лицам. Такое назначение носит название субституции; хотя под это выражение подводят и указанное выше назначение второго наследника на случай, если бы первый не сделался наследником, но это назначение, как мы сейчас видели, не представляет никакой юридической особенности и возможно у нас. Субституция в тесном значении слова применяется обыкновенно родителями по отношению к своим несовершеннолетним детям на случай, если они умрут, не достигнув совершеннолетия. Особенно важное значение имеют фидеикомиссарные субституции. Под фидеикомиссом понимается завещательное распоряжение, которым наследнику дается поручение передать на случай своей смерти завещанную движимость или недвижимость другому лицу, также указанному в завещании. Фидеикомиссы играют громадную роль в высшем общественном кругу Англии, и по этому же своему значению они запрещены во Франции со времени первой революции.

Возможны ли завещания условные и срочные? Наследование представляет собою изменение субъекта всей массы юридических отношений, в которых состояло известное лицо до открытия наследства. Таким субъектом до принятия наследства со стороны наследника является сама наследственная масса. Поэтому нет никаких препятствий для завещательных распоряжений, составляемых под условием или с назначением срока. Например, брат оставляет сестре свое имущество, если она выйдет замуж, отец завещает сыну свое имущество, если он окончил высшее учебное заведение, или отец оставляет по завещанию имущество сыну с достижением им 30-летнего возраста. Возможность условных завещаний, допускаемых западными законодательствами, признается нашею практикою (02, 112) и находит основание в отсутствии запрещения со стороны нашего законодательства в аналогии с дарением, которое у нас сближается по примеру французского права с завещательными распоряжениями. Когда дело идет о завещании права собственности, то распоряжение допускает только отлагательное, но не отменительное условие, потому что право собственности, раз приобретенное, не подлежит повороту. Поэтому следует признать не имеющим силы такое завещательное распоряжение, которым муж завещает жене имение с тем, что если она вступит в новый брак, то теряет завещанное, потому что такое условие противно смыслу закона, выраженного в ст. 1011 (*contra* реш. 79, 27). Напротив, вполне законно можно завещать имущество во временное пользование данного лица с тем, что по

истечении определенного в завещании срока, с наступлением известного условия, временное пользование превратится в собственность этого же лица (75, 1073). Условие и срок неприменимы у нас в отношении родовых недвижимостей, потому что право на них принадлежит наследникам в силу самого закона. Относительно завещаний под отлагательным условием может возникнуть сомнение, какова же судьба наследственного имущества, если условие не наступает в течение 10, 20 и более лет? Закон не дает на этот вопрос никакого ответа. Зато практика разрешила в положительном смысле вопрос о праве наследника лица, в пользу которого завещан условно капитал и которое умерло ранее наступления условия, требовать с наступлением условия выдачи завещанной суммы; в завещании известного железнодорожного деятеля Полякова было сделано распоряжение о выдаче одному из его сотрудников 50 000 руб., если такая-то железная дорога будет продана правительству, а сотрудник умер за четыре года до выкупа дороги в казну (08, 77). По условному завещанию наследственное право приобретает наследником в момент открытия наследства и с этого времени способно переходить к его наследникам в случае его смерти, тогда как субъектом права собственности и других вещных прав, требований и иных прав, составляющих содержание наследственного права, наследник становится только по наступлении условия.

В завещании могут оказаться незаконные, невозможные или безнравственные условия. Одни законодательства, следуя римскому праву, признают такие условия в завещании в противоположность договорам как бы неписаными (франц. код., § 900). В объяснение этого различия в отношении к такого рода условиям следует привести то соображение, что помещение таких условий в договоре может быть постановлено в вину обоим контрагентам, которые имели возможность обсудить и исключить их, тогда как в завещание подобные условия попали по воле одного завещателя без участия лица, назначенного наследником, которому приходится принимать предложение в том виде, как оно сделано, без возможности изменений; при недействительности договорной сделки дело поправимо новою сделкою, тогда как при недействительности завещания воля завещателя не найдет себе осуществления. Напротив, другие законодательства, как германское, не находят оснований для такого различия и обсуждают силу подобных условий, внесенных в завещание, так же, как и условий, внесенных в договорные сделки.

Завещание как законное объявление воли предполагает, что содержание его находится в соответствии с требованиями закона. Между тем каждое почти завещание содержит в себе не одно, а несколько распоряжений. Возможно, что из всех находящихся в завещании распоряжений только некоторые окажутся в противоречии с законами, тогда как другие находятся в соответствии. Спрашивается, какова судьба незаконных распоряжений, как отразится недействительность их на законных? Наш закон постановляет, что если в завещании допущены распоряжения, законам противные, то эти распоряжения недействительны, но при этом все другие распоряжения, законам не противные, остаются в своей силе (ст. 1029). Но это правило применимо только тогда, когда распоряжения завещателя не состоят между собою во взаимной связи, так что возможно отделить одно от другого и исполнить каждое в отдельности. Если же воля завещателя выразилась в таком распоряжении, которое в одной своей части законно, а в другой, неразрывно связанной с первою, незаконно, тогда завещательное распоряжение разрушается в целом своем составе, а не в одной только ее части (91, 82; 09, 101). Так, например, завещатель оставляет: 1) свое недвижимое имение внуку, 2) дочерям своим движимость и 3) сверх того, взамен следующих им частей из имения, обязывает внука уплатить своим теткам по 5000 руб. Дочери завещателя опровергли первое из этих распоряжений, доказав, что предоставленное внуку имение родовое, – вместе с опровержением первого пункта отпадает и третий, потому что он обусловлен первым (78, 235).

V. Форма завещания. Внешним условием действительности завещаний является соблюдение установленной формы. Формальные требования со стороны закона по отношению к завещанию превышают требования, обращаемые к другим сделкам. Объяснение и оправдание этому явлению заключаются в отсутствии носителя воли в то время, когда она приобретает юридическое значение. Необходимо удостоверение подлинности воли завещателя и тождественности ее содержания. Это может быть достигнуто только предписанием обязательного соблюдения установленной формы под страхом недействительности самого завещания. В самом

деле, мы видим, что всегда и всюду обычай и закон относятся весьма строго к соблюдению формы завещания.

Первоначальная словесная форма всюду скоро сменяется письменною под влиянием римского права. Однако, несмотря на то, что завещательное право у западных народов развилось под влиянием церкви, которая в этом случае сама обращалась к указаниям римского права, римская форма завещания не получила распространения. Большое количество свидетелей, требуемых римским правом, всегда представлялось стеснительным. Сама церковь пришла на помощь жизни и авторитет римского права устранила авторитетом Евангелия. Применяясь к словам: "...если же не послушает, возьми с собою еще одного или двух, дабы устами двух или трех свидетелей подтвердилось всякое слово" (Ев. от Матфея, гл. XVIII, ст. 16), церковь считала излишним требование пяти или семи свидетелей. В XII столетии папа Александр III санкционировал окончательно новую практику. С того времени в западных законодательствах борются между собой эти начала, церковное и римское.

Действующее французское право, не допуская словесных завещаний, устанавливает (§ 969) три общие формы завещаний: 1) собственноручное завещание (*testament olographe*) должно быть написано и подписано все рукою самого завещателя; 2) публичное завещание составляется в присутствии двух нотариусов и двух свидетелей или одного нотариуса и четырех свидетелей; 3) тайное завещание совершается таким образом: завещатель в присутствии нотариуса и шести свидетелей запечатывает свое завещание, содержание которого им остается неизвестным; нотариус и свидетели подписываются на конверте. В Германии формальные условия завещаний представлялись в прежнее время весьма разнообразными. Здесь очень распространена была судебная форма, состоявшая в том, что завещатель объявлял перед судом свою волю, которая заносилась в протокол, или же представлял суду написанное уже завещание и вручал его суду как содержащее его, завещателя, волю. Домашняя форма завещаний была мало принята в Германии. Поэтому проект германского уложения допускал, за некоторыми исключениями, только публичную форму завещаний. Но в рейхстаге проект подвергся изменению и допущена была домашняя форма. В настоящее время германское право устанавливает следующие формы завещаний (§ 2231): 1) домашнее собственноручное завещание, 2) публичное завещание, составляемое или перед судом, или у нотариуса, причем завещатель или устно изъявляет свою волю, или подает письменный акт, заявляя, что акт содержит его завещательное распоряжение. В Англии по закону 1837 г. завещание (*will*) должно быть написано собственноручно завещателем или другим лицом по его поручению; затем завещание должно быть удостоверено подписью двоих свидетелей и скреплено подписью самого завещателя. Никакой иной общей формы, в частности нотариальной или судебной, английское право не знает. Одно только австрийское право тому, кто не может или не хочет составить письменного завещания, предоставляет выразить свою завещательную волю устно (§ 584). Швейцарский кодекс допускает также устное завещание, но только в состоянии крайней необходимости – ввиду смертельной опасности, эпидемии, войны (§ 506).

В нашем законодательстве установлены также различные формы завещаний. Прежде всего различаются: а) общие и б) особенные формы, причем последние, являясь исключением из первых, допускаются только в указанных законом случаях и при наличности определенных условий. Затем различаются: а) нотариальная и б) домашняя форма, смотря по тому, составляются ли завещания при участии органов общественной власти или без них. Но во всяком случае форма завещаний должна быть непременно письменной; словесные завещания и так называемые изустные памяти никакой силы не имеют (ст. 1023). Следовательно, недействительны будут даже ссылки на словесные распоряжения. Следует полагать, что завещание как строго формальный акт не может быть доказываемо свидетелями даже и в том случае, когда завещание утрачено вследствие внезапного бедствия, например пожара, но существование и содержание его могло бы быть доказано, кроме показания свидетелей, и другими доказательствами, как это допускается по отношению к другим актам (Уст. гр. суд., ст. 409, п. 2). [Проект гражданского уложения вводит ологографические завещания (ст. 1398) и для общих требует подписи только двух свидетелей (ст. 1387)].

А. Общая форма завещаний, рассчитанная на обыкновенные случаи, когда нет исключительных обстоятельств, представляется в двух видах – нотариальные и домашние завещания.

1. Нотариальные завещания совершаются не иначе как в личном присутствии самого завещателя, в конторе нотариуса или на дому у завещателя в случае болезни или других уважительных причин (ст. 1036, пол. нот. части, ст. 114). Нотариальное завещание совершается не иначе как в личном присутствии самого завещателя (ст. 10361). При совершении нотариального завещания должны находиться три свидетеля, которые могут удостоверить и самоличность завещателя (ст. 1037). Свидетелями, кроме лиц, не допускаемых в свидетели нотариальных актов вообще (пол. нотар., ст. 87), не могут быть также и те, которые не допускаются в свидетели домашних завещаний (ст. 1038). Проект завещания изготавливается или завещателем или нотариусом и прочитывается последним. По изъявлении со стороны завещателя согласия на изложение акта проект вносится в актовую книгу и снова прочитывается в присутствии свидетелей. После этого акт подписывается в книге завещателем и свидетелями (пол. нот. части, ст. 88, 96, 104, 112). Подлинным нотариальным завещанием признается завещание, внесенное в актовую книгу. По подписании его в этой книге завещателю немедленно выдается выпись. Выпись вручается при свидетелях, которые удостоверяют за своею подписью в реестре нотариуса, вслед за распискою завещателя. Выпись, выданная завещателю, равносильна подлинному завещанию. Но в случае спора о несходстве между этими двумя документами преимущество отдается подлинному, если в нем не окажется в спорных статьях подчисток или поправок, надлежащим образом не оговоренных (ст. 1039 и 1041). Вторичная и последующие выписи нотариального завещания при жизни завещателя могут быть выдаваемы только ему самому или его поверенному, снабженному законною доверенностью (ст. 1042).

Преимущество нотариальной формы перед домашнею состоит в том, что против подлинности нотариальных завещаний, [так и тех домашних, которые лично внесены завещателем на хранение к нотариусу или в одно из учреждений, указанных в ст. 1052, 1058, 1061 и 10682], может быть предъявлен только спор о подлоге; заявление лишь сомнения в подлинности этих актов не допускается. Завещание, не признанное в силе нотариального, не теряет силы домашнего, если в составлении его не нарушены правила, установленные для домашних завещаний (ст. 10351 и 10352), [например, при отсутствии подписи переписчика, при совершении вне пределов нотариального округа (05, 76; 11, 50). Нотариальное завещание, таким образом, носит следы соблюдения освященных еще римским правом принципов единства времени и места по отношению к совершению акта в личном присутствии завещателя, при участии трех свидетелей].

2. Домашние завещания, составляемые без участия органов власти, возбуждают меньшее доверие к себе, и потому законодательства обставляют их строгими формальными требованиями. Лучшим удостоверением подлинности воли служит завещание, написанное и подписанное рукою самого завещателя. Такие завещания действительно признаются в полной силе некоторыми западными законодательствами. Такие завещания допускаются по нашим местным законодательствам: так, в Царстве Польском под именем собственноручного (§ 969), в Остзейских губерниях (§ 2073, впрочем, § 2061), в Финляндии (Улож., гл. XVI, § 1). Но русское право собственноручных завещаний не допускает. Для людей интеллигентных такое устранение этой формы является, конечно, стеснительным. Зато русская форма домашнего завещания, близкая в английской, составляет облегчение для тех, кто не желает или не может прибегнуть к помощи нотариуса или суда, а хотел бы в последнюю минуту, в кругу близких, составить завещание. [По отношению к домашним завещаниям русскому законодателю пришлось проделать продолжительную работу, пока все стороны совершения акта были определенно выяснены. Со времен Петра изменяется формат бумаг: вместо древнего столбца вводится лист, с Положения 1831 г. определяется внешний вид листа – целый лист, и наконец, по действующему закону – лист из двух полных половинок (ст. 1045), очевидно, чтобы предупредить посягательства на полноту завещательных распоряжений. Мусульмане могут писать завещания и на столбцах и полулистах (прим. ст. 1045). Язык завещания, приступ (призывание Св. Троицы) и порядок изложения – вопросы, над которыми так долго и настойчиво работала традиция обычного права, – для закона являются безразличными. Он устанавливает только порядок подписей на акте и самые подписи].

Лучшею гарантией подлинности воли завещателя и удостоверением нормальности его способности представляется с точки зрения закона привлечение свидетелей. Количество свидетелей, необходимое для домашнего завещания, неодинаково: их должно быть по общему правилу три, но по исключению их может быть только два, а именно: а) когда завещание написано собственноручно завещателем и б) когда в числе свидетелей находится духовник завещателя, но не другой какой-либо священник (ст. 1048 и 1051). Свидетелями при завещании не могут быть: α) лица, в пользу которых составляется завещание; β) родственники этих лиц до четвертой степени включительно и свойственники до третьей степени, если завещание делается не в пользу прямых наследников, вполне или хотя частью; γ) душеприказчики и опекуны, назначенные по духовному завещанию; δ) те, которые по закону не имеют права сами завещать, кроме монашествующих; ε) все те, кто по общим законам не допускаются к свидетельству по гражданским делам (ст. 1054). Относительно первой группы возбуждается вопрос, могут ли быть свидетелями при завещании наследники по закону, если завещание составлено в их пользу. Кажется, следует ответить утвердительно, потому что недействительность завещания послужила бы им только на пользу. Если в завещании наследником или легатарием назначается юридическое лицо, то члены его не могут быть свидетелями, если они материально заинтересованы в содержании завещания, например, когда завещание составлено в пользу церковного причта (а не церкви), в пользу артели, и напротив, могут быть свидетелями, если они только морально заинтересованы, например, ректор при завещании в пользу университета, члены управы при завещании в пользу земства или города. Относительно второй группы сомнение возбуждает участие в качестве свидетеля супруга назначенного наследника (ст. 371, п. 4 уст. гр. суд. здесь неприменима), усыновителя или усыновленного, которые подлежали бы устранению, как заинтересованные лично. При всей целесообразности такого устранения нельзя создавать категории недопустимых свидетелей без указания закона. При участии в качестве свидетелей опекуна или душеприказчика следует признать последствием их участия не действительность завещания, а неустранение этих лиц от возложенных на них по завещанию обязанностей. Относительно последней группы следует заметить, что поводы к устранению от свидетельства определяются не старыми процессуальными законами (т. XVI ч. 2, ст. 191), например, явные прелюбодеи, публично за преступления наказанные, испортившие межевые знаки и т.п., а уставом гражданского судопроизводства, который к числу таких опороченных свидетелей относит отлученных от церкви по приговору духовного суда (т. XVI ч. 1, ст. 371). Вопреки мнению практики (72, 85) свидетелем при составлении завещания может быть и неграмотное лицо, за которого подпись делается особым лицом (ст. 1048). От свидетельства не устраняются лица женского пола (исключение для Черниговской и Полтавской губ. – ст. 1055).

Подпись свидетелей удостоверяет только: а) подлинность воли, т.е. что лицо, предъявившее им завещание, есть точно то самое лицо, которым завещание сделано и подписано; б) сознательность воли, т.е. что при предъявлении им завещания они все лично завещателя видели и нашли его в здравом уме и твердой памяти (ст. 1050). Отсюда обнаруживается, что содержание завещания может остаться неизвестным для свидетелей: завещатель не обязан давать им прочитывать написанное, а свидетели не обязаны удостоверяться в содержании его воли. Отсюда же следует, что нет необходимости, чтобы завещание было составлено в присутствии свидетелей или чтобы подпись их всех была одновременная. Но завещание должно быть предъявлено им лично завещателем, иначе они не в состоянии утверждать подлинности. Поэтому-то безусловно неправильно рассылать завещание свидетелям для подписи на дом, как это нередко практикуется в жизни (06, 102). Цель завещательного свидетельства приводит к признанию неправильности подписи свидетелей, сделанной в середине текста, хотя Сенат и допускает таковую (94, 38), потому что свидетели не могут удостоверять сознательности приписанного завещателем после сделанной ими подписи.

Завещание должно быть подписано завещателем, причем достаточна его фамилия, а имя и отчество несущественны (ст. 1047, несмотря на ст. 1046). Если завещание написано не самим завещателем, а другим лицом, то сверх подписи завещателя должна быть подпись того, кто писал завещание (переписчик), а если завещатель неграмотный, то и подпись того лица, которое за него подписалось (рукоприкладчик). Переписчиком будет как тот, кто переписал с черновика

завещание, составленное самим завещателем, так и тот, кто написал завещание под диктовку завещателя, даже тот, кто составил завещание по мысли, данной ему завещателем. Соединение в одном лице переписчика, рукоприкладчика и свидетеля воспрещается и потому переписчик завещания не может быть ни рукоприкладчиком за завещателя, ни свидетелем при завещании, ни рукоприкладчиком за свидетеля; равным образом рукоприкладчик за завещателя не может быть свидетелем при завещании или рукоприкладчиком за свидетеля (ст. 1048). Следы участия переписчика в составлении завещания выражаются не только в его почерке, но и в требуемой нашим законом подписи переписчика на самом завещании (ст. 1048). Важность этого требования обнаруживается из того, что завещания без подписи переписчиков не принимаются к утверждению, если только переписчик не явится сам в суд и не подтвердит свое участие (ст. 1049), – условие крайне тяжелое, потому что переписчик к тому времени может и умереть, а часто его трудно найти. Насколько судебная практика относится строго к этому условию, можно видеть из того, что Сенат не признал действительности завещания, написанного рукой писаря станичного правления, который подписался на завещании не в качестве переписчика, а в качестве должностного лица, удостоверившего внесение завещательного акта в книгу сделок и договоров (08, 17).

Кроме указанных закон устанавливает и другие меры, направленные к предупреждению обмана и подлога завещательной воли. Завещание не должно быть написано на отрывках листа или клочках бумаги: домашнее завещание может быть написано на простой бумаге, всякого формата и размера, не исключая и почтовой, лишь бы бумага эта, состоя из двух полных половинок, составляла целый лист (ст. 1045). только мусульманам, жителям Закавказья, почему-то [? – практика восточного рукописания] делается льгота: они могут писать завещания и на одной половине целого листа или полулиста. Если завещание написано было на целом листе, а впоследствии будет оторвана часть неисписанной страницы, то, по мнению Сената, это обстоятельство не подрывает силы завещания (80, 269). В другом случае Сенат не признал действительным завещание, написанное на оторванном от целого листа полулисте бумаги, который не был сложен так, чтобы, состоя из двух половинок, мог представлять из себя самостоятельный целый лист (10, 15). Духовные завещания, написанные на нескольких листах не рукой завещателя, должны быть скреплены по листам завещателем или рукоприкладчиком (ст. 10462), откуда следует, что завещания, писанные собственноручно завещателем, не требуют скрепы. Скрепкою называется надпись, которая делается на каждом из нескольких листов, составляющих в совокупности завещание, и которая состоит в имени, отчестве, фамилии скрепляющего, с условием, чтобы на каждом листе (а не на странице) было не менее целого слова. Нет препятствий к тому, чтобы домашнее завещание было написано на пишущей машине, а не пером, карандашом, а не чернилами. Выбор языка предоставлен вполне усмотрению завещателя. Описки, подчистки и поправки должны быть оговорены в подписи завещателя; без того описки, подчистки, поправки и приписки, учиненные посторонним лицом, признаются ничтожными, тогда как сделанные рукою завещателя признаются вполне действительными (ст. 10461).

Домашнее завещание, по его составлении, может храниться у самого завещателя или вверяется сбережению другого лица, но может быть отдано на хранение органу публичной власти, чаще всего нотариусу (ст. 1043), а также в опекунский совет учреждений императрицы Марии или в отделение канцелярии Совета Человеколюбивого Общества или в попечительный комитет этого общества (ст. 1058). Нотариус выдает расписку в получении завещания на хранение или составляет вместо того нотариальный акт о принятии документа (пол. нотар. части, ст. 148–153).

В. В противоположность этим общим формам наше законодательство допускает взамен их особенные завещания ввиду исключительной обстановки, среди которой приходится составлять завещание.

1. Военно-походные завещания допускаются, когда войска находятся в походе за границу, для военных чиновников и других лиц, служащих при армии, но не для поставщиков или корреспондентов. Завещания эти совершаются или являются в военно-походных канцеляриях. Такие завещания могут быть составляемы только за границу, следовательно, если военная база русской армии открывается в пределах русской территории, завещания могут быть составляемы только в общем порядке. такие завещания получают силу нотариальных (ст. 1071) и сохраняют ее,

сколько бы времени ни прошло от конца похода, тогда как иные законодательства, упрощающие завещательную форму для военного времени, устанавливают краткий срок от конца войны, в течение которого упрощенное завещание сохраняет силу и по истечении которого оно должно быть заменено обыкновенным. Если закон наш предполагает в походе упрощенную нотариальную форму, это не значит, конечно, чтобы устранялась возможность воспользоваться обыкновенной домашней формой.

2. Военно-морские завещания составляются на корабле. Сделанные на военном корабле или на другом казенном судне во время похода, т.е. в военное время, и отданные на сохранение корабельному начальству получают силу нотариальных, если составлены с ведома (?) этого начальства (ст. 1072; ср. Code Nap., § 988, ныне отмененный). Завещания, составленные на купеческом корабле, не приобретают нотариальной силы, а следовательно, никакими особенностями не отличаются.

3. Военно-госпитальные завещания допускаются в госпиталях военных, сухопутных и морских. По желанию больных офицеров или нижних чинов завещания их подписываются госпитальным священником, дежурным врачом или ординатором и дежурным офицером. В других госпиталях, где нет дежурных офицеров, вместо них завещание должно быть подписано смотрителем госпиталя (ст. 1081). Так как завещание, составляемое в больнице, считается действительным только при участии означенных лиц и так как такому завещанию не присваивается нотариальная сила (ст. 10351), то особенность такого порядка состоит не в облегчении, а в затруднении завещателя, так как его завещание было бы и без того действительно при таком количестве свидетелей, но зато он лишен права выбора. Конечно, облегчение можно усматривать в том, что такое завещание не нуждается в подписи завещателя, в данном случае больного, но тот же результат получился бы при обыкновенном домашнем завещании, если бы завещатель воспользовался содействием рукоприкладчика. Поэтому надо признать, что для больных не устранен общий порядок составления завещаний домашних и нотариальных, насколько нотариусу обеспечен доступ к больному. Так как закон прибавляет, что подобным же порядком составляются духовные завещания и в других госпиталях публичных, то можно было бы подумать, что особая завещательная форма должна быть применяема и ко всем общественным больницам; по идее происхождения особенной формы следует полагать, что она ограничивается военными госпиталями. Составление завещаний в этой форме по смыслу закона предполагает, что завещатель лицо военное, и потому лицо, попавшее в госпиталь случайно, например во время холеры, не входит в разряд лиц, предусмотренных законом. Госпитальные завещания, как особая форма, имели бы оправдание, если бы составление их было приурочено к военному времени, закон такого ограничения не делает.

4. Заграничные завещания, домашние, могут быть совершаемы русским подданным за границею по обряду той страны, где они будут написаны, с надлежащею явкою в русском консульстве (ст. 1077). Из последних слов закона очевидно, что завещания должны быть непременно совершаемы в письменной форме, хотя бы по законам той страны и допускались словесные завещания (75, 749). Только для придания завещанию нотариальной силы необходима явка его в русской миссии или консульстве (ст. 1078). Закон возбуждает ряд сомнений. а) Может ли русский подданный составить за границею домашнее завещание применительно к форме, установленной местными законами для непубличных завещаний, следовательно, без явки в консульство или миссию? Этот вопрос разрешается ст. 464 и 707 уст. гр. суд., которыми акт, составленный за границею по существующим там законам, хотя бы и несходно с обрядом совершения таких актов в России, признается в полной силе законным. Такова точка зрения и Сената (06, 108). б) Может ли русский подданный составить за границею домашнее завещание применительно к форме, установленной русскими законами, следовательно, опять-таки без явки и несходно с требованиями местных законов, например во Франции, не собственноручно? Следует полагать, что в силу принципа *locus regit actum* русский подданный приобретает право составить завещание и по местным законам, но без потери права составить акт по естественным законам, если обсуждение этого акта падает на русский суд. Явка же в консульство необходима только в том случае, если завещатель желает придать своему завещанию нотариальную силу. в) Может ли русский подданный составить за границею завещание, имеющее силу нотариального, применяясь

к форме, установленной местными законами для публичных завещаний, следовательно, минуя явку в консульство? Порядком, установленным в ст. 1077 русскому подданному, может быть, не владеющему иностранным языком, открывается возможность за границу придать своему завещанию нотариальную силу путем явки в русское консульство, однако, это не значит, чтобы русский подданный не мог воспользоваться той формою, какая установлена местными законами для публичных завещаний, и чтобы русские суды не признали публичного характера за завещанием, составленным во Франции при участии нотариусов, в Германии при участии суда. Последний вывод является наиболее спорным.

5. Крестьянские завещания сельских обывателей совершаются в волостном правлении, если завещаемое имущество ценою не свыше 100 руб., хотя Сенат не считает возможным признавать недействительными завещания и на большую сумму (86, 61). Завещательная воля должна быть объявлена словесно самим завещателем в волостном правлении, в присутствии членов его и не менее двух свидетелей. После такого объявления завещание записывается в книгу сделок и договоров. Под эту запись сперва подписываются завещатель и свидетели, в случае же неграмотности их другие, по их просьбе, лица, а потом и бывшие при явке завещания члены волостного правления, из которых неграмотные прикладывают свои должностные печати. Затем выдается завещателю точная со всего, что вписано в книгу, выпись за подписью всех наличных членов волостного правления и за печатью его. Выписи эти имеют в случае спора силу судебного доказательства воли завещателя, если не удостоверена из подложность (т. IX, общ. пол., ст. 110, прим. 2). Отсюда видно, что закон присваивает таким завещаниям силу нотариальных, но не больше, как думает Сенат, который готов допустить их к исполнению без представления суду к утверждению (84, 64). Но затем возникают дальнейшие вопросы. Может ли крестьянин составить завещание не по особенной, а по общей форме? Следует полагать, что особенная форма завещания, установленная для сельских обывателей, есть лишь возможная для облегчения их, а не обязательная с исключением в ущерб им общих форм. Эта возможность должна быть признана не только за крестьянами, живущими вне своего селения, но и за крестьянами, в нем пребывающими. В самом деле, закон (ст. 13 особ. прил. к т. IX) говорит, что "в порядке наследования" местные обычаи отстраняют общие гражданские законы, но не в форме завещательных распоряжений. Притом Сенат отвергает тот взгляд, чтобы крестьяне, имеющие оседлость не в пределах своего надела, не могли даже в порядке наследования пользоваться правами, предоставленными всем остальным жителям империи (05, 53). Поэтому надо признать, что крестьянин может составить как домашнее, так и нотариальное завещание по общим правилам, если не хочет пользоваться особенною формою. Другой вопрос, не может ли крестьянин, ссылаясь на местные обычаи, допускающие словесное завещание, воспользоваться этою формою вопреки закону, запрещающему изустные памяти (ст. 1023). Этот вопрос следует разрешить отрицательно, потому что закон отсылает к местным обычаям только по вопросу о порядке наследования, а не по вопросу о форме завещания.

6. Вдовьи завещания, т.е. вдов, живущих в петербургском и московском вдовьих домах, признаются действительными, если они засвидетельствованы священником дома, смотрителем и врачом. Тому же порядку подчиняются завещания девиц, призреваемых в петербургском доме призрения бедных девиц благородного звания. Впрочем, последним не возбраняется писать завещания на основании общих узаконений (ст. 1082). Завещаниям тех и других лиц закон не присваивает нотариальной силы.

VI. Отмена и изменение завещания. Завещание может быть изменено или отменено завещателем во всякое время до момента наступления события, с которым связывается открытие наследства. Никакие обещания и даже обязательства завещателя не меняют сделанного завещания не могут иметь юридического значения (89, 66). Все завещания, как в целом их составе, так и в частях, могут быть переменяемы по усмотрению завещателя (ст. 1030). Изменение воли завещателя может повлечь за собою изменение завещания в смысле отмены части его или дополнения, или совершенную отмену его, уничтожение первой воли.

Воля, отменяющая составленное завещание, может найти себе непосредственное выражение или обнаружиться в таких действиях, из которых можно заключить о содержании воли. 1) Непосредственная отмена может заключаться: а) в особом акте, специально предназначенном

служить удостоверением отменяющей воли. Такой акт, способный уничтожить всякое завещание и потому называемый по закону нашему "уничтожением", должен быть совершен нотариальным порядком. В виде льготы допускается в случае нахождения завещателя в походе или в откомандировке возможность отмены завещания письменным донесением о том начальству (ст. 1030). б) Такая же отмена может быть произведена новым завещанием, в котором завещатель заявляет об отмене прежнего. 2) Посредственная, молчаливая отмена завещания может произойти: а) посредством уничтожения домашнего завещания или порчи его путем перечеркивания или разрыва, хотя бы содержание его стало известно тем лицам, в пользу которых оно было составлено; б) составлением нового завещания, в котором, – хотя и не упоминается об отмене, – содержание не соответствует прежним распоряжениям; с) наконец, такое же последствие влечет за собою отчуждение той самой вещи, предоставление которой составляло содержание завещательного распоряжения, например продажа завещательного дома (ст. 53313).

Отсюда обнаруживается возможность существования нескольких завещаний, в которых последовательно выразилась воля одного и того же лица. Притом эта воля может выразиться в одинаковой форме или в разной. 1) Если одно лицо составило несколько завещаний, все в нотариальной форме или все в домашней, то взаимное отношение их определяется временем: завещание последующее отменяет силу завещания предшествующего. 2) Если одно лицо составило несколько завещаний, из которых одно совершено в нотариальной форме, а другое в домашней, то закон отдает преимущество, независимо от времени их составления, публичному, как внушающему более доверия. Завещание нотариальное не может быть отменено домашним, а только таким же нотариальным, тогда как домашнее может быть изменяемо или отменяемо как нотариальным, так и домашним (ст. 1030).

В случае отмены самим завещателем позднейшего из нескольких завещаний юридическую силу приобретает предшествующее. В том случае когда нотариальное завещание уничтожено завещателем при жизни его, то оставшееся домашнее его завещание восстанавливается в своей силе (ст. 1030).

Однако между несколькими следующими друг за другом завещаниями возможно такое соотношение, что они только дополняют одно другое, а не заменяют в полном своем составе. Последующее завещание может содержать распоряжения, согласные с содержанием предшествующего, оно может относиться к вещам, не предусмотренным первыми завещаниями, может быть, не бывшими еще тогда в обладании завещателя. В таких случаях все завещания сохраняют юридическую силу, причем предшествующие лишь настолько, насколько распоряжения их не отменены распоряжениями позднейших завещаний. Если же ни из самого завещания, ни из обстоятельств нельзя определить, которое из завещаний составлено раньше, которое позднее, а между тем в них содержатся завещательные распоряжения, друг другу противоречащие, остается одно – признать их все недействительными.

Изменение завещания может произойти помимо самого завещателя. Именно когда назначение, сделанное завещателем, становится неисполнимым по изменившимся фактическим условиям, а между тем завещателя уже нет в живых, то изменение завещания может последовать с Высочайшего разрешения, испрашиваемого через I департамент Государственного Совета. Примером таких случаев может служить изменение завещания Ивана Чайковского (Собр. узак. и расп. прав., 1910, N 124, ст. 1350).

VII. Недействительность завещаний. Завещания, не отвечающие внешним и внутренним условиям их действительности, могут быть опровергнуты со стороны лиц, в том заинтересованных. Завещания могут быть недействительны или с самого начала, или теряют свою силу впоследствии, по наступлении известных обстоятельств. Завещания недействительны с момента их составления по причине: а) отсутствия у завещателя сознательной воли в момент составления завещания; б) отсутствия у завещателя необходимой способности к совершению завещания; с) незаконности завещательных распоряжений, например, завещание родового имения помимо законного наследника; d) несоблюдения установленной формы. Завещание, вполне действительное во время его совершения, может лишиться юридической силы вследствие наступления некоторых обстоятельств, оказывающих влияние в момент открытия наследства, а именно: а) если к этому времени лицо, назначенное наследником, окажется неспособным к

принятию наследства, тем более если оно умрет до открытия наследства; б) если после этого момента родится законный наследник родовой недвижимости.

VIII. Хранение завещаний. Составленное домашним или нотариальным порядком завещание может быть хранимо завещателем у себя или передано на хранение нотариусу (ст. 1058). Обязанности отдачи на хранение у нас не существует. По усмотрению завещателя завещание может быть спрятано дома, или положено в несгораемый ящик банка, или отдано на сбережение знакомому и другу. такое хранение сопряжено, конечно, с некоторым риском потери, гибели, порчи документа, с неприятною необходимостью скрывать завещание, если составитель не желает, чтобы содержание его стало известно домашним.

Передача завещания на хранение нотариусу освобождает от таких забот. Завещания всякого рода могут быть вверены на хранение нотариусу (ст. 1043). Нотариус прежде всего должен убедиться в самоличности предъявителя завещания. Затем по желанию лица, отдающего на хранение, он может поступить двояким образом. 1) Принимая документ на хранение при свидетелях, нотариус выдает предъявителю расписку за своею подписью и за подписью бывших при принятии свидетелей, а затем записывает о том в своем реестре (т. XVI ч. 1, пол. нотар., ст. 149). 2) Вместо выдачи расписки нотариус совершает акт о принятии документа на хранение обыкновенным нотариальным порядком с прописанием в акте и содержания завещания. 3) Если предъявитель не желает, чтобы нотариус знал о содержании завещания, то он представляет его в запечатанном пакете, и тогда в акте уже не прописывается содержание документа, а делается только оговорка о внешнем виде пакета и печатей (пол. нотар., ст. 150).

Закон предусматривает помимо нотариуса еще особые учреждения, которым завещания могут быть отданы на хранение. Это – Опекунский Совет учреждений Императрицы Марии, канцелярия Совета Императорского Человеколюбивого Общества, Попечительный Комитет этого Общества. Порядок отдачи завещания на хранение этим учреждениям довольно сложный (ст. 1059). Однако обращение к этим учреждениям вопреки общему началу необязательности отдачи завещаний на хранение оказывается в некоторых случаях необходимым под страхом недействительности завещания. Это те случаи: 1) когда домашним завещанием родовое имение оставляется в пожизненное пользование пережившему супругу, 2) когда домашним завещанием родовое имение оставляется при отсутствии у наследодателя нисходящих по прямой линии дальнейшему наследнику, помимо ближайших (ст. 1070 и 1068). При совершении нотариального завещания указанного содержания необходимость отдачи его на хранение перечисленным учреждениям отпадает.

Русские подданные, находящиеся за границей, могут отдавать на хранение свое завещание русскому консулу (уст. консул., ст. 12, п. 4). Во время перехода по морю домашние завещания, составляемые на купеческом судне, могут быть отдаваемы на хранение капитану корабля (ст. 1073).

§ 69. Наследование по закону

Литература: М. Пергамент, Пределы наследования в гражданском праве (Вестн. пр., 1906, N 3); Гитциг, Пределы наследственного права, 1910; Анненков, Система русского гражданского права, т. VI, стр. 261–362; Победоносцев, Курс гражданского права, т. II, стр. 236–423; Кавелин, Очерк, стр. 55–95; Демченко, Существо наследства, 1878; Змирлов, О недостатках наших гражданских законов (Жур. гр. и уг. пр., 1884, N 5 и 6); А. Башмаков, Право представления и поколенное преемство (Жур. Спб. юр. общ., 1896, N 4); Гессен, О порядке наследования в нисходящей линии (Жур. Мин. Юст., 1897, N 4); Верещагин, О наследовании неполнородных в боковых линиях по действующему русскому праву; Яблочков, О порядке наследования в линии восходящей по русскому праву (Вестн. пр., 1911, N 3); Воронов, Наследование восходящих боковых родственников, супруга и внебрачных детей по проекту (Вестн. пр., 1903, N 3); Каценельсон, О наследовании единокровных братьев при полнородных братьях (Право, 1903, N 8); Ильяшенко, О праве наследования супругов с точки зрения будущего гражданского уложения (Вестн. пр., 1902, N 4–6); Оршанский, Наследственные права русской женщины (Исследования,

1877, стр. 346–414); Курдиновский, Выморочные имущества (Жур. Мин. Юст., 1902, N 5–8); Гойхбарг, О расширении прав наследования по закону лиц женского пола, 1912.

I. Случаи законного наследования. Призвание к наследованию может определиться не только волею наследодателя, но и постановлением закона. Закон определяет сам, к кому должно перейти имущество, оставшееся после смерти его хозяина или по наступлении иного юридического факта, с которым связывается открытие наследства. Этот переход имущества совершается помимо и без участия, может быть, вопреки воле завещателя.

Наследование по закону имеет место в следующих случаях: 1) когда после умершего осталось родовое имение; 2) когда не учинено на случай смерти завещательного распоряжения о благоприобретенном имении; 3) когда завещательные распоряжения судом признаны недействительными (ст. 1110). Но приведенная статья не исчерпывает всех случаев. Наследование по закону открывается также: 4) когда от наследства отрекнутся лица, призванные к наследованию по завещанию; 5) когда указанные в завещании лица окажутся неспособными к принятию наследства. Наравне с умершими следует поставить лишенных всех прав состояния, постригшихся в монашество, безвестно отсутствовавших в течение 10 лет от вызывавшей их публикации. Смерти приравняются, как факты, открывающие наследование по закону: лишение всех прав состояния, пострижение в монашество, безвестное отсутствие. При совершении завещания наследодатель может в своих распоряжениях не исчерпать всего своего имущества и в таком случае незавещанная часть поступает ко всем законным наследникам. Так как опровержение некоторых завещательных распоряжений еще не влечет за собою недействительности и других, то, следовательно, в имуществе, завещанном незаконными распоряжениями, открывается наследование по закону. Например, имущество завещано двум лицам, между тем ко времени открытия наследства одно из них становится неспособным к принятию, например, вследствие приговора, лишившего его всех прав состояния, – половина имущества поступает к наследнику по завещанию, а другая – к наследникам по закону, не исключая и того, который мог уже получить по завещательному распоряжению. Таким образом, наследование по закону возможно не только при отсутствии наследования по завещанию, но и совместно с ним. В этом отношении современное право резко расходится с римским правом, которое не допускало совместности обоих порядков наследования.

II. Круг лиц, призываемых к наследованию по закону. Рассматривая постановления действующих законодательств о наследовании с точки зрения положенного в них основания, а не с точки зрения исторического происхождения, следует признать, что в призывании известных лиц к принятию открывшегося наследства, в назначении умершему определенных преемников закон руководствуется предполагаемою волею наследодателя. Закон становится в положение последнего и назначает наследниками тех лиц, которых, по всей вероятности, назначил бы и сам наследодатель в силу врожденного чувства склонности и сложившейся всю жизнь привязанности. Конечно, в отдельных случаях действительность может не оправдать предположений законодателя; и наследство достанется лицу, к которому наследодатель не питал склонности, а, напротив, чувствовал вражду. Но всякий закон основан на большом числе наблюдений, и противоречие со справедливостью всегда возможно в отдельных случаях. Несравненно прискорбнее, когда законодатель принципиально ошибается в намерении наследодателя и, обходя наиболее близких ему лиц, назначает преемниками лиц, с которыми у него не было ничего общего. В этом виновны почти все современные законодательства, – этот недостаток особенно присущ русскому праву.

Наследование по закону может быть основано или на семейном, или на родственном начале. В первом случае ближайшими наследниками являются те лица, которые вместе с наследодателем составляли семью: дети, супруг, родители. Семейное начало лежало в основе древнеримского наследования, – оно же применяется и в нашем современном крестьянском быту. По этому началу усыновление, даже простые приемыши, мужья дочерей, живущие в доме тестя, представляются для наследодателя более близкими, чем родные дети, отделившиеся от родительского дома и образовавшие самостоятельную семью. Напротив, начала кровного родства благоприятствуют только лицам, имеющим общую кровь с наследодателем. При этом упускают из виду, что

физиологическая связь далеко не всегда совпадает с нравственной, особенно при современном индивидуализме. Призвание к наследованию родственников, как бы ни был далек их общий родоначальник, представляется в настоящее время настолько несогласным с семейным индивидуализмом, что большинство современных законодательств ограничивают наследственное право родственников только известными пределами родства, не далее известной степени.

Первоначальное основание наследования заключается в совместном жительстве и сотрудничестве. В большинстве случаев эти условия совпадают с семейным началом, но, однако, возможны и обратные случаи. Тогда-то и обнаруживается, которое из этих начал имеет решающее значение. В древнем римском праве эмансипированные дети не имели наследственных прав в имуществе их отца. То же самое наблюдается у франков, у которых *forisfamiliati* исключались из наследования. Начало сожителства стояло у них настолько выше начала кровной связи, что в некоторых местностях соседи (*vicini*) имели преимущество при наследовании перед членами семьи. Понадобился особый эдикт меровингского короля Хильперика I, чтобы дать безусловное первенство по крайней мере сыновьям, дочерям, братьям и сестрам перед соседями. Чем более слабели общинные начала, тем сильнее выступали кровные связи. Однако первоначально право наследования принадлежало самому ограниченному кругу родственников. Только в средние века расширяется круг призываемых к наследованию родственников. Сначала наследственными правами пользовались родственники до 7-й, самое большое до 10-й степени. С XII века всякие ограничения степени мало-помалу отпадают. Это расширение круга родственников, призываемых к наследованию, имеет свое политическое объяснение: интерес сюзерена в существовании всегда преемника по выполнению обязанностей вассала.

Вместе с тем в средние века, благодаря военному складу общества, развивается майоратное начало. Ни римляне, ни древние германцы не знали права старшинства при наследовании. Феодальные условия благоприятствовали его возникновению. Король предпочитал иметь дело с одним преемником вассала, нежели с несколькими. Ему нужен был преемник, способный заменить в служебном отношении умершего вассала. Таким в большинстве случаев является старший сын. Малолетние были совсем неподходящими для выполнения военных обязанностей, а исключение негодных к военному делу из наследства повлекло за собою устранение вообще младших. Впрочем, в среднем сословии сохранялось начало равного участия всех сыновей в наследовании.

По действующему французскому праву существуют четыре класса призываемых к наследованию родственников: 1) нисходящие, 2) отец, мать, братья и сестры умершего с их потомством, причем каждый из родителей, находящийся в живых в момент открытия наследства, имеет право на 1/4 наследства, 3) восходящие и 4) остальные боковые родственники до 12-й степени включительно. Нисходящие исключают всех остальных, братья и сестры – других боковых родственников, но не отца и мать, с которыми они делят наследство. Классы устанавливают известную последовательность, так что при наличии представителей первого класса, второй класс не соучаствует в наследовании, при наличии представителей второго – нет места представителям третьего класса. Наследство делится между детьми поровну, без различия между сыновьями и дочерьми. При существовании законных детей незаконные дети, признанные в установленном порядке их отцом или матерью, по закону 1896 г., наследуют после признавшего их родителя 1/2 того, что они получили бы, если бы были законными детьми; при отсутствии законных детей доля незаконных повышается, так что рядом с восходящими или братьями и сестрами они получают 3/4, а при отсутствии этих наследников – все наследство, с устранением всех прочих родственников. Супруг умершего наследовал до последнего времени только за недостатком каких бы то ни было наследников, так что родственник какой-нибудь 11-й или 12-й степени устранял супруга. Эта несправедливость несколько исправлена законом 1891 г., в силу которого оставшийся в живых супруг приобретает право пожизненного пользования наследственным имуществом, причем доля его возрастает от 1/4 до 1/2, смотря по тому, остались ли после умершего дети или нет.

Германское гражданское уложение устанавливает особый порядок призвания родственников к наследованию, по так называемой *Parentelensystem*. Закон отказывается от римского правила определять родство по степеням и определяет его по линиям. Наследниками первого класса

являются нисходящие родственники. Наследниками второго класса признаются родители умершего и их нисходящие, причем если живы оба родителя, они получают наследство целиком, а если жив только один родитель, то доля второго делится между его нисходящими; например, после умершего остались мать, брат и племянник (сын другого умершего брата) – половину наследства получит мать, а брат и племянник по 1/4. Третий класс наследников состоит из деда, бабушки и их нисходящих. Таким же образом составляются четвертый и пятый классы. При этой системе наследник может оказаться в нескольких классах, и тогда он может получить несколько долей. Дети наследуют поровну. Незаконные дети после своей матери и ее родственников наследуют как законные. Оставшийся в живых супруг получает 1/4 часть наследства при существовании наследников первого класса и 1/2 при наследниках второго класса; наследников дальнейших классов супруг устраняет совершенно (§ 1931). Германская система наследования воспринята в основных чертах новейшим швейцарским кодексом (§ 457–461). Эта же система положена в основу нашего проекта гражданского уложения. В пользу этой системы, которую составители называют национальной, хотя и явно заимствуют ее из Германии, выставляется то преимущество по сравнению с ныне действующей в России системой, что она: 1) уравнивает наследственные права родственников по матери с родственниками по отцу и 2) ставит родителей в число наследников по закону.

Порядок наследования в Англии различается, смотря по тому, идет ли речь о недвижимости или движимости. Наследование в недвижимостях (real estates) проникнуто феодальным характером. Общие начала этого наследственного порядка заключаются в том, что 1) между нисходящими мужчины устраняют женщин, 2) между нисходящими мужского пола старший устраняет младших. Если у наследодателя несколько сыновей и несколько дочерей, то наследство достается полностью старшему, а за его смертью до открытия наследства – его потомству, при отсутствии же такового – следующему по старшинству сыну. Когда сыновей нет, а имеются только дочери, то в противоположность мужчинам, между которыми все наследство получает только старший, они делят недвижимость поровну. При отсутствии нисходящих закон передает наследство отцу (но не матери). В боковой линии наследуют только братья, но не сестры, причем старший брат устраняет младших. Эти же начала выдерживаются и в дальнейших боковых линиях. Рядом с общим порядком наследования в Англии в некоторых местностях упорно держатся иные системы. Так, в Уэльсе сохранилось наследование всех сыновей, но не дочерей поровну (gavelkind), в некоторых городках (borough english) наследство полностью достается младшему. Иначе распределяется наследство движимое. Оно делится между детьми, все равно сыновьями и дочерьми, поровну, с правом представления для потомства сына или дочери, умерших до открытия наследства. Незаконные дети никаких наследственных прав не имеют. Супруги могут наследовать только в движимости, причем по смерти жены муж получает все наследство, тогда как жена после мужа лишь половину.

Русское законодательство построено на начале кровного родства, притом без всякого ограничения степенями. Супруги, эти наиболее близкие друг другу лица, имеют право лишь на незначительную часть наследства, даже при отсутствии детей. Усыновленные дети имеют права наследования только в благоприобретенном имуществе усыновителя, а в наследовании после родственников последнего, например, детей, позднее происшедших, они не участвуют (т. X ч. 1, ст. 1561 и 1563). Дети внебрачные получили по закону 23 июня 1902 г. некоторые права наследования, и то только после матери. Наконец, родители наследуют после своих детей совершенно случайным образом. Если вообще наследственное право отдаленных родственников, с которыми в огромном большинстве случаев наследодателя не связывает чувство привязанности, представляется с современной точки зрения довольно трудно объяснимым, то оно является безусловно несправедливым, когда влечет за собою устранение из-за этих неизвестных наследодателю лиц других, наиболее ему близких – супруга, родителей, внебрачных детей, усыновленных. Такое именно явление представляет действующее русское законодательство.

Родственники призываются к наследованию по русскому законодательству без ограничения степенью родства. Право законного наследования простирается на всех членов рода, составляющих одно кровное родство, до совершенного его прекращения не только в мужском, но и в женском поколении (ст. 1111). Свойство не дает права наследования по закону (ст. 1120). При

раздельности имущества между супругами благоприобретенное имущество одного из них не может составить предмета наследования для родственников другого супруга. Каждое лицо по происхождению своему принадлежит не к одному роду, а к нескольким: к роду отца, матери, деда, бабушки и т.д. К наследованию в родовом имуществе все эти лица призываются не совместно, а по родам, смотря по тому, из какого рода дошло имущество к наследодателю. Родовые недвижимости переходят: отцовское всегда в род отца, материнское – в род матери (*paterna paternis, materna maternis*). Однако для признания наследственных прав мало того, что заявляющие свои права на родовое имение, доставшееся наследодателю от отца, принадлежат к роду отца, а необходимо еще установить, принадлежат ли они к тому именно роду, из которого имение дошло к отцу, потому что он мог получить его или от своего отца, или от своей матери. Чем древнее происхождение родовой недвижимости, тем дальше отстоит тот восходящий родственник, от которого она дошла, тем больше число родственных союзов исключается из права наследования в родовой недвижимости. Такой выход, хотя прямо в законе не указан, вытекает из общего духа относящихся к тому постановлений (ср. ст. 1068). Имущество, самим наследодателем приобретенное, за неимением у него детей, идет в боковую линию, но только в род отца (ст. 1138 и 1163). Умерший имеет двух двоюродных братьев – одного по матери, другого по отцу: наследство целиком перейдет ко второму. Высказав это положение, которым все наследство полностью отдается родственникам отца, хотя оно вовсе не дошло из отцовского рода, – закон усиливает непостижимость положения формулой "также", – поступает также в род отца. Трудно понять, какое сопоставление носилось в мысли составителя текста.

Имеющие наследственное право родственники призываются к наследованию последовательно, в порядке постепенности кровного родства, а не совместно. Ближайшие родственники устраняют дальнейших совершенно, а не различаются только наследственной долей. Общий порядок наследования определяется по линиям. Ближайшее право наследования имеет нисходящая линия, т.е. дети и их потомство (ст. 1121). За отсутствием ее имущество обращается в боковые линии, причем ближайшая исключает дальнейшие, так, например, родной брат или родная сестра отстраняют двоюродных или троюродных братьев и сестер. Равные по близости линии призываются к наследованию совместно, так, например, все сыновья, все братья имеют право на одинаковые доли. В каждой линии ближайшая степень исключает дальнейшую (ст. 1122); так, например, сын при отце не наследует деду. Исключением из этого правила является право представления.

Правом представления называется право занять при наследовании место, которое принадлежало бы восходящему в прямой линии родственнику, если бы он мог наследовать в момент открытия наследства (ст. 1123). Право представления ставит лиц представляющих на место, в степень и в права лиц представляемых. Право представления дает возможность наследнику более отдаленной степени получить наследственную долю, которую получили бы его умершие отец или мать, если бы были живы в момент открытия наследства. Так, например, после смерти лица остается его брат Иван и племянник от другого брата Петр. Хотя бы у брата Ивана также были дети, но они не наследуют, потому что ближайшая степень, их отец, исключает дальнейшую. Напротив, дети умершего же сына Петра не устраняются своим дядей Иваном, а призываются к наследованию рядом с ним, причем их наследственная доля равняется той, какую получил бы их отец, если бы был жив. По праву представления наследство делится не по числу лиц, но по числу колен, т.е. все нисходящие от представляемого наследники получают вместе ту самую часть, которую получил бы он сам, если бы находился в живых при открытии наследства (ст. 1125). Следовательно, если после наследодателя не остается детей, а только пять племянников, двое от старшего и трое от младшего брата, то они получают не по 1/5 каждый, а первые два получают по 1/4, а трое последних по 1/6 наследственного имущества. Строго говоря, нельзя говорить о праве представления там, где нет соучастия в наследовании со стороны более отдаленных и более близких родственников. Например, внук в случае смерти его отца наследует после деда не по праву представления, а как ближайший родственник по общему правилу. Следовательно, если у наследодателя осталось два внука от одного сына и три внука от другого сына, то наследство должно бы делиться на пять равных частей, потому что все внуки состоят в равной степени родства к деду. Но наш закон этого момента не подчеркивает (ст. 1123) и видит

право представления всюду, где ближайший наследник при открытии наследства не находится уже в живых. Поэтому в приведенном примере наследство разделится не на пять равных частей, а на две, из которых одна в свою очередь распределяется между двумя внуками, а вторая – между тремя.

Наследование по праву представления предполагает наличие некоторых условий.

а. Прежде всего необходимо, чтобы представляемый умер до открытия наследства. Это основное условие права представления, и потому следует признать совершенно неправильным мнение Сената, будто наследование по праву представления имеет место не только в том случае, когда представляемый умер раньше наследодателя, но и тогда, когда представляемый пережил его (74, 688). Это мнение неправильно потому, что в указанном случае никакого представления нет: мнимый представляемый пережил наследодателя, а следовательно, приобрел наследственное право, которое и переходит в составе других прав к его наследникам. Наравне со смертью необходимо поставить и другие юридические факты, в силу которых представляемый не может выступить наследником в момент открытия наследства: лишение всех прав состояния, пострижение в монашество, безвестное отсутствие, продолжавшееся свыше десяти лет. Но со смертью нельзя сопоставлять такой случай, когда представляемый не хочет выступать наследником, т.е. случай отречения от наследства. Этот вопрос вызвал некоторое колебание в нашей практике. Сначала Сенат высказался в том смысле, что отречение от наследства не препятствует потомкам отрекшегося осуществить свои права представления (92, 58). Но потом Сенат изменил свой взгляд в противоположном направлении и признал, что отречение представляемого составляет препятствие для наследования по праву представления (97, 5; 06, 15).

б. Наследование по праву представления предполагает законное родство между представляемым и представляющими. Представляющие по отношению к представляемому являются всегда родственниками его в нисходящей линии. Так как внебрачные дети наследуют только матери и лишь в благоприобретенном, то правом представления в отношении родственников своей матери, а тем более отца, они не пользуются. Так как право представления основано на родстве кровном, то усыновленные не могут пользоваться правом представления в отношении усыновителя.

Однако название рассматриваемого права способно возбудить ошибочную мысль, будто право лиц представляющих производно, будто они только преемники представляемого. В действительности они наследуют непосредственно тому, после кого открылось наследство, а не своему восходящему родственнику. В юридическом отношении это дает совершенно иной результат. Если бы наследственное право представляющих было производно от наследственного права представляемых, то наследство переходило бы к ним в составе имущества последних, следовательно, могло бы быть обременено лежавшими на них обязательствами. Между тем если это право не производно, а основывается непосредственно на праве наследования, то на представляющих не лежит обязанность платить долги представляемых (79, 392).

Из лиц, имеющих право наследования в силу кровного родства, некоторые исключаются по закону, как неспособные принять наследство. а) Такими признаются прежде всего лица, лишенные всех прав состояния (ст. 1107). Для них прекращаются все прежние юридические отношения, как имущественные, так и личные, и потому, если после вступления приговора в силу открылось для них наследство, они не могут наследовать лицам, с которыми у них сохранялась естественная, но не юридическая связь. Лишенный всех прав состояния может, однако, вновь создать семью, приобретать имущество. Несомненно, он может и наследовать, насколько его наследственное право возникает из новых отношений, например, после супруга, детей (уст. о ссыльных, ст. 225). Лишенный всех прав состояния может быть Высочайше помилован, и он становится с этого времени вновь способным к наследованию по прежним родственным отношениям. Но акт помилования не уничтожает приговора о лишении прав состояния, а восстанавливает правоспособность. Поэтому, если наследство открылось в промежуток между лишением и восстановлением прав и наследство было приобретено другими лицами, акт помилования не может уже дать ему права наследования в этом имуществе. б) Кроме этой категории лиц и монашествующие, как отрекшиеся от мира, по пострижении своем от права наследования устраняются (ст. 1109).

В виде исторического воспоминания в нашем законодательстве сохранились указания обратные, которые представляются в настоящее время излишними: от наследования, говорит закон, не устраняются иностранцы и лица, имеющие физические и умственные недостатки: глухие, немые, безумные (ст. 1106). Сословное или вероисповедное различие не имеет никакого влияния на наследование (ст. 1105). Лица, вышедшие из сословия крестьян, вступившие в иное сословие, не теряют права наследовать в надельных землях, потому что выкупленный крестьянином участок его надельной земли может свободно переходить после него по наследству и к лицам не только крестьянского, но и других сословий (03, 33). [Выход члена крестьянской семьи из ее состава после указа 9 ноября 1906 г. и закона 10 июня 1910 г. не поражает его наследственных прав на надельную землю, составляющую личную собственность домохозяина наследодателя (13, 29)]. Мусульманин, перешедший в христианство, не теряет права наследования после своих родственников, оставшихся в вере Магомета (ст. 1340).

Всякое право предполагает существование субъекта, и конечно, наследственное право не составляет с этой стороны исключения. В момент открытия наследства наследник должен существовать, а следовательно, родиться и еще не умереть. Но особенность наследственного права заключается в том, что при определении того, кто должен быть субъектом этого права, принимается во внимание зачатие будущего наследника (ст. 1106, п. 2). Переход наследства останавливается ввиду возможности появления на свет нового лица. Если оно родится живым, то приобретает наследственное право, хотя бы вскоре после того умерло: в противном случае, когда ребенок родится мертвым, рождение его не имеет никакого юридического значения, как будто оно не произошло и не задержало наследственного перехода.

III. Наследование в нисходящей линии. Наше законодательство представляло до издания закона 3 июня 1912 г. ту особенность, что наследниками в нисходящей линии являлись не вообще дети, а только сыновья, внуки, т.е. лица мужского пола. Женщины же вступали в наследство только при отсутствии мужской линии, – при мужчинах они получали не наследственную долю, а лишь указную часть. Однако эта мысль закона, основанная на исторических данных наследственного института и находившая себе точное выражение в действовавших постановлениях, утратила свое значение вследствие изменения общественных условий, при которых сложилось подобное воззрение. Указная часть дочерей рассматривалась совершенно так же, как и наследственная доля. [Впрочем, практика уже давно не усматривала различия в основании, существе и характере наследственных прав сыновей и дочерей. Права тех и других основаны на кровном родстве с наследодателем в противоположность праву на указную долю вдовы, выдаваемую для доставления лишь средств на прожиток (70, 1599; 13, 41)]. Поэтому они признавались участвующими в разделе наследства вместе с братьями только в различной доле. Это последнее обстоятельство представляется современному обществу грубою несправедливостью, потому что дочери так же близки родителям, как и сыновья, потому что по социальным условиям положение женщин и без того менее обеспечено, чем мужчин. В новейших законодательствах дочери всюду уравниваются в правах наследования с сыновьями, и потому неудивительно, если даже у нас решено отбросить этот несправедливый ныне остаток глубокой старины. Однако полное уравнивание женщин и мужчин в наследственных долях неожиданно столкнулось в России с опасением за судьбу дворянского землевладения и потому новый закон 3 июня 1912 г. появился в несколько сложном виде, который может увеличить и без того многочисленные наследственные споры.

[Этот закон уравнивал наследственные права лиц мужского пола в имуществе движимом и недвижимом, за исключением земельного (внегородского). Из этого имущества, как родового, так и благоприобретенного, сестра при брате получает седьмую часть (ст. 1128, п. 2)].

Ближайшее право наследования после отца или матери принадлежит их детям мужского и женского пола (ст. 1127). Эти наследники делят поровну родительское имущество. Однако из общего правила о равномерном разделе наследства между сыновьями и дочерьми имеется исключение в отношении земельного внегородского имущества, когда при многочисленном составе семьи возникает опасность, что сыновья получат меньше дочерей. Поэтому, если после умершего останется столько дочерей, что по назначении каждой из них седьмой части из

недвижимого, внегородского, сыновние части будут менее дочерних, то наследство разделяется между сыновьями и дочерьми поровну (ст. 1128, п. 3 по изд. 1914 г.).

Равное распределение наследства происходит и тогда, когда у наследодателя не осталось родных сыновей, а наследниками оказываются дочери и усыновленный. В этом случае мужской наследник и до закона 3 июня 1912 г. не получал преимущества перед женскими, и наследство делится поровну (ст. 1561). Это положение относится только к благоприобретенному имуществу, но не к родовому, в котором усыновленный вообще не наследует. Из приведенного закона следует, что если после наследодателя, оставившего благоприобретенное имущество, наследниками выступают родной сын, усыновленный и дочь, то наследство делится тоже по принятому теперь правилу, т.е. равномерно, в пользу мужчин и женщины.

Что касается наследования внебрачных детей после их матери, то по закону 3 июня 1902 г. на наследование в родовом ее имении внебрачные дети прав не имеют. В благоприобретенном имуществе матери внебрачные дети ее наследуют на основаниях, установленных для детей законных; однако, когда у матери нет законных сыновей, а остались только законные дочери, то наследство делится между этими последними и внебрачными детьми поровну (ст. 13212). На имущество отца внебрачные дети не имеют вообще никаких наследственных прав.

Вследствие того, что наследование основано у нас на кровном родстве, дети, принадлежащие одному из супругов (сводные), наследуют только в имуществе своих родителей; на наследство же после вотчима или матери не имеют никакого права (ст. 1129). Но дети, происходящие от одного отца, хотя и разных матерей, наследуют после него равномерно, а дети, происходящие от одной матери, хотя и разных отцов, наследуют после матери на равных правах. Например, вдовец, имеющий детей, вступает вновь в брак, от которого происходят новые дети. После него наследуют те и другие дети без различия, тогда как на наследство, оставшееся после его второй жены, имеют право только дети от второго брака.

Так как ближайшая степень исключает дальнейшую, то дети наследодателя устраняют от наследования внуков. Однако в силу права представления внуки, у которых родители, способные наследовать, умерли или иным образом лишились права наследования, участвуют в разделе имущества вместе со своими дядьями и тетками. При этом они занимают место умершего родителя, а потому, сколько бы их ни было, доля их представляет определенную величину. Она равняется той доле, на которую мог бы рассчитывать их родитель. Так, например, после наследодателя остались один сын, одна дочь и внуки от другого сына. Дочь получит $\frac{1}{3}$ или $\frac{1}{7}$ часть, а остальное делится на две части, из которых одна поступает к сыну, а другая к внукам, всем вместе. Полученная таким образом доля разделяется между всеми внуками по общим правилам. Противоположное мнение, отстаивавшееся Победоносцевым, будто внуки при внуках вовсе не наследуют, потому что лица женского пола не пользуются правом представления при братьях, не находило себе твердой опоры ни в истории, ни в действовавшем законодательстве [а ныне устраняется прямым текстом закона, по которому внуки и правнуки обоего пола делят наследство по праву представления поколенно (ст. 1128, п. 1 по изд. 1914 г.)].

IV. Наследование в боковой линии. Наследство переходит в боковые линии, когда нет наследников в нисходящей линии. Закон (ст. 1134) упоминает только о том случае, когда после умершего не осталось нисходящих. Но, кроме бездетности, возможны и другие случаи, а именно, когда наследник в нисходящей линии оказывается неспособным к принятию наследства, например, постригается в монашество или лишается всех прав состояния.

Многочисленность боковых линий влечет за собой не совместное участие их в наследовании, но последовательность. Ближайшая боковая линия исключает дальнейшую (ст. 1136). Близость линии определяется близостью общего родоначальника, дающего начало линиям, в которых находится наследодатель и родственники его, предполагаемые наследники. Так, первую боковую линию составляют брат или сестра с их потомством, племянниками, их детьми и т.д., потому что эти линии сходятся с линией наследодателя в лице отца последнего, ближайшего ему родоначальника. Дядя, тетка и их потомство, двоюродные братья и сестры, дети их – образуют вторую боковую линию, потому что общим родоначальником их является дед наследодателя. При наличии первой боковой линии, братьев и сестер, вторая и дальнейшие не имеют никаких прав на наследство. При отсутствии родственников первой боковой линии право наследования

переходит ко второй боковой линии – дяде, тетке, двоюродным братьям и сестрам. Недостаток родственников во второй линии переносит наследство в третью линию и т.д. Если будет не одна, а несколько равных между собою линий, то наследство делится между ними так же, как и в линиях нисходящих, т.е. равные степени делят имущество поголовно, а ближайшая степень исключает дальнейшую (ст. 1136). Так, например, несколько братьев, родных или двоюродных, получают все поровну.

Наследование в боковой линии долго имело свою особенность. Если в нисходящей линии лица женского пола получали меньшую долю сравнительно с мужчинами, то в боковой линии женщины совершенно исключались лицами мужского пола. В боковых линиях сестры при братьях родных и их потомках обою пола не имели права на наследство (ст. 1135), или, как это выражается в поговорке, сестра при брате не наследница. Сестры вступали в наследственные права только за отсутствием в той же боковой линии лиц мужского пола равной с ними степени. Таким образом, если после наследодателя оставалось два брата и сестра, то наследство его разделяли пополам только братья, а сестра не получала ничего. Буквальный смысл статьи способен был бы возбудить мысль, что такое исключение братьями сестер имело место только в первой боковой линии. Но в предупреждение такого толкования в 1879 г. мнением Государственного Совета по частному делу разъяснено, что содержащееся в этой статье правило относится до всех боковых линий вообще, а не исключительно до первой, и притом касается не только первых степеней каждой линии, но и всех других степеней, призываемых к наследству. [Новый закон 3 июня 1912 г. решительно покончил с этой традицией и окончательно уравнил наследственные права боковых родственников. Новая редакция ст. 1135 гласит:

"При наследовании братьев и сестер во всех боковых линиях и во всех степенях каждой линии соблюдается постановление ст. 1128 и примечания к ней (в ред. закона 3 июня 1912 г.)". Следовательно, наследование в земельном (внегородском) имуществе для лиц женского пола не может быть более одной седьмой части наследства].

Право представления имеет в боковых линиях такое же применение, как и в нисходящих (ст. 1136). Равные степени делят наследство поголовно, а в степень умерших вступает их потомство и наследует по праву представления поколенно. Наследодатель имеет сестру и племянницу, дочь уже умершего брата: если бы брат был жив, то он получил бы 1/2 наследства, а за смертью его, по праву представления, наследство переходит в половине к наследнице (третья степень), а в другой – к сестре наследодателя (вторая степень). Положим, у наследодателя были брат и сестра, оба умершие ко времени открытия наследства. Брат оставил двух дочерей, а сестра сына. Если бы родители были живы, то половину получил бы брат, а сестра другую: по праву представления наследство в половине перейдет к двум племянницам наследодателя, а в другой – к племяннику.

Так как в боковых линиях сестры имеют права на наследство наряду с братьями, то они не исключаются из наследования и по праву представления. В этом положении заключается особенность права представления при наследовании в боковой линии. Например, после бездетной смерти наследодателя остаются один брат в живых и племянник с племянницей, дети умершего другого брата; наследство разделится на две части, из которых одну получит брат наследодателя, другую – племянник вместе с племянницей.

Из общего положения, что благоприобретенное имущество в боковой линии идет в род отца, наш закон делает неожиданное отступление, ничем, кроме исторической ошибки, не оправдываемое. В то время как после брата в родовой недвижимости, дошедшей от отца, наследуют в равной мере его родные и единокровные братья, и только за отсутствием тех и других вступают в наследование родные и единокровные сестры (08, 13), для наследования в имуществе, приобретенном самим бездетным наследодателем, установлены особые правила. Когда после умершего без детей брата осталось благоприобретенное имущество, то право наследования в нем принадлежит прежде всего его родным братьям, за отсутствием их наследуют родные сестры, за отсутствием тех и других единокровные и единоутробные братья, наконец, за отсутствием и этих наследников наследство переходит к единокровным и единоутробным сестрам (ст. 1140; 87, 106). [Полнородные сестры при наследовании в боковых линиях устраняют единокровных братьев – правило это, выведенное Сенатом в его реш. 87, 106 на основании ст. 1140, не может считаться измененным законом 3 июня 1912 г. (ст. 1140 по изд. 1914 г.), так как внесенные этим законом в

ст. 1140 изменения ограничиваются устранением отсюда прежнего принципа, по которому сестра при брате в случае одинакового отношения их к наследодателю не наследовала. В остальном норма ст. 1140 сохранила свой прежний смысл и формулировку]. Таким образом, единокровные братья, принадлежащие к тому же роду, как и полнородные братья умершего, могли бы ожидать равного с ними участия в наследовании, а между тем закон совершенно устраняет их. Вопреки опять-таки общему принципу полнородные сестры устраняют единокровных братьев. Так как правило это не согласовано с общим законодательством о наследовании и представляет отступление от принятой в нем системы, ему должно быть дано самое ограниченное применение, не выходящее из пределов, намеченных указанною статьею (прим. к ст. 1140; 81, 3).

V. Наследование по восходящей линии. Хотя в нашем законодательстве находится особый отдел о порядке наследования в линии восходящей, но в действительности наследование это носит совершенно случайный характер. Родители устраняются от наследования в имуществе их детей, хотя бы умерших без потомства, в пользу самых отдаленных родственников. Притом сам закон в постановлениях, содержащихся в означенном отделе, старается исключить даже мысль о возможности наследования со стороны родителей (ст. 1141).

Когда имущество не самими детьми приобретено, но уступлено сыну или дочери родителями при жизни этих последних в виде дара (выдел, приданое), и когда притом после умершего сына или дочери не осталось детей, но только наследники в боковых линиях, то имущество такое, не в виде наследства, а яко дар, возвращается к родителям, каждому то, что от кого было получено (ст. 1142). Законодатель, точно намеренно, возбуждает сомнение относительно юридической природы преемства родителей, есть ли это наследование или возвращение дара. В пользу того, что рассматриваемое преемство составляет не что иное, как наследование, говорит то, а) что приведенная статья, как и несколько следующих, подведены под общее заглавие "о порядке наследования в линии восходящей"; б) что закон 3 июня 1902 г. подтвердил эту точку зрения, постановив, что мать внебрачного ребенка наследует по правилам о порядке наследования в восходящей линии; в) что закон 20 марта 1911 г. об авторском праве называет родителей прямо наследниками; д) что в исторических основаниях, на которых построена ст. 1141, делается ссылка на естественное право и на разум наших законов, не допускающие удаления родителей от наследования после своих бездетно умерших детей. Что же говорит в пользу противоположной точки зрения? Законодатель, озаглавив IV отделение "О порядке наследования в линии восходящей", начинает свое изложение фразой: "родители не наследуют после детей в приобретенном ими последними имуществе", а в следующей статье, говоря о возвращении к родителям подаренного им прежде своим детям, заявляет, что такое имущество возвращается "не в виде наследства, а яко дар". Противоречие явное, и не удивительно, что в понимании родительского преемства и литература, и судебная практика проявили колебание.

Между тем решение этого вопроса в том или ином направлении имеет большое практическое значение. Если это один из случаев возвращения дара, а не наследования, тогда родители, как не признаваемые наследниками после своих детей, не могут ответственствовать за долги последних за пределами ценности полученного имущества (76, 274; 99, 12). Если же преемство родителей признать за наследование, тогда родители, как и все вообще наследники, должны отвечать не только полученным, но и своим собственным имуществом (ст. 1259). Если это возвращение дара, а не наследование, тогда супруг умершего не может получить своей указной части, так как дар должен быть возвращен в том виде, какой он имел, когда был дан. Но такой вывод противоречил бы отсутствию указаний в законе на лишение супруга указной части при каких бы то ни было условиях.

Признав преемство родителей за форму наследования, мы должны признать, что наследственные права родителей предполагают: а) отсутствие у наследодателя детей в смысле нисходящих наследников, потому что внебрачные дети как не наследники после отца не препятствуют наследственным правам его родителей; б) наличность полученной от родителей движимости или недвижимости в виде дарения, приданого или выдела. Имущество возвращается к тому именно родителю, от которого было получено, – "каждому то, что от кого было получено". Закон говорит о возвращении имущества к родителям (ст. 1142), но не к другим восходящим родственникам, от которых оно могло бы достаться, и по господствующему взгляду право

наследования в восходящей линии не идет далее родителей, хотя закон в противоречие самому себе предполагает случай, когда "наследство обращается к родителям и восходящим родственникам умершего" (ст. 1121). Мачеха или отчим, конечно, не могут быть подводимы под выражение "родители" (08, 38).

Если родители наследники в дошедшем от них имуществе, то они должны отвечать как наследники за долги детей, т.е. собственным своим имуществом (ст. 1259). Нет никакого основания создавать для данного случая "наследование с ограниченной ответственностью в размере полученного наследства", как это делает Анненков. Из того, что закон предписывает капиталы, оставшиеся после бездетно умерших, обращать прежде всего на удовлетворение требований частных и казенных и уже затем "то, что за удовлетворением останется", отдавать родителям (ст. 1146), нельзя делать вывода об устранении для родителей общей ответственности, установленной для наследников.

Помимо указанного права наследования родителям принадлежит еще право пожизненного пользования имуществом их детей, умерших без потомства и не оставивших завещания. Это право распространяется только на благоприобретенное имущество детей, но не на родовые недвижимости. Правда, закон (ст. 1141) говорит о приобретенном, а не благоприобретенном имуществе, но совершенно ясно, что закон не имеет в виду родовых имуществ (08, 69). Последние, если только не дошли от родителей или дошли от умершего уже родителя, идут в боковые линии по общему порядку – отцовское в род отца, материнское в род матери. Пожизненное пользование, как не составляющее права наследования, нисколько не препятствует принятию того же имущества в качестве наследства со стороны законных наследников. Родители имеют вещное право, и потому наследники, приобретшие право собственности, не могут осуществить своих прав в пользовании, а отчуждение с их стороны права собственности не оказывает никакого влияния на права родителей. Если в состав благоприобретенного имущества входит авторское право, то оно переходит к родителям, оказывающимся единственными наследниками в отношении этого права, не в пожизненное владение, а, как неправильно выражается закон 20 марта 1911 г., в собственность (ст. 6956). Родители в своих правах на благоприобретенное имущество могут встретить конкурента в лице супруга их умершего сына или умершей дочери. Объектом их права пользования может быть оставшееся после умершего имущество, но только за вычетом указанной доли супруга. Пользовладение принадлежит отцу и матери совокупно (ст. 1141). Следовательно, при жизни обоих каждый из них имеет право на равную часть доходов, в случае же смерти одного пользовладение принадлежит оставшемуся живым не в половине, а полностью. Когда после смерти автора остались супруг и родители, но нет других наследников в отношении авторского права, то субъектами этого права становятся совместно супруг и родители, подчиняясь в осуществлении своих прав по аналогии правилам об общей собственности. Супруг и родители наследуют в равных долях (ст. 6956, п. 3).

VI. Наследование супругов. Если в основании наследственного права лежит начало кровного родства, то супруги не могут наследовать друг после друга. Но с другой стороны, муж обязывается при жизни содержать жену, супруги, благодаря соединенным имущественным средствам, приобретают известные привычки. Логично дать жене право на известную часть имущества умершего мужа, который при жизни принужден был заботиться о ее обеспечении. Справедливо предоставить взаимное право наследования супругов, которые являются наиболее близкими друг другу лицами. Поэтому все законодательства делают для супругов отступление от основного начала наследственного права. В последнее время замечается даже стремление к расширению прав супруга на наследство, чему примером могут служить английский закон 1890 г., французский закон 1891 г. и германское уложение 1896 г. Различие между ними обнаруживается главным образом в том, что одни (как французское и швейцарское законодательства) предпочитают обеспечивать вдового супруга пожизненным пользованием в наследственном имуществе, а другие (как германское законодательство) выделяют вдовому супругу часть наследственного имущества на праве собственности.

Русское законодательство, стоящее все еще на исторической почве, не признает, по крайней мере по идее, наследственных прав супругов, но открывает мужу возможность, хотя и не обязывает его обеспечить существование жены из оставшегося после него имущества. Такое

обеспечение достигается двояким образом: 1) посредством указной части и 2) предоставлением пожизненного пользования. Если указная часть не составляет наследственной доли, а является по цели своей только средством обеспечения, то непоследовательным нужно признать распространение этого права и на мужа в отношении имущества жены. Наследственная доля супруга по русскому законодательству определяется без всякого отношения к тому, имеются ли у наследодателя дети или нет. Ближе жены для мужа или ближе мужа для жены могут быть дети, и потому понятно, что из-за них ограничивается доля пережившего супруга. Но закон наш назначает супругу ту же долю при наличии детей и при отсутствии их. Во всяком случае, возможность перехода почти всего имущества супруга к самым отдаленным по крови родственникам, минуя нравственно ближайшее к наследодателю лицо, является актом глубокой несправедливости.

Указная часть супруга представляет некоторое отличие сравнительно с наследственной долей: а) наследственное право, не осуществленное в продолжение 10 лет, утрачивается по давности, тогда как право требовать от наследников выдела указной части не прекращается давностью (ст. 1152). б) Наследственное право, приобретенное лицом с момента открытия наследства, переходит в свою очередь к его наследникам, тогда как наследники овдовевшего супруга не имеют права на указную часть, если сам супруг при жизни не требовал выдела ее (ст. 1152). в) Если указная часть не наследственная доля, а средство обеспечения (13, 41), то логично не возлагать на вдового супруга ответственности за долги умершего. Так именно и решает вопрос Сенат, который отрицает наследственный характер в указной доле, и тогда получается новая особенность – супруг, получивший указную часть, отвечает за долги наследодателя лишь в пределах ценности полученного. Но если принять во внимание, что закон говорит "о праве наследования" супругов, что по закону муж после жены "наследует" по тем же правилам, как и жена после мужа (ст. 1153), мы эту особенность указной доли должны отвергнуть. Это не только право на известную часть ценности наследства, очищенного от долгов, а это право вступления в совокупность юридических отношений супруга, после которого открылось наследство; с ним соединено и соответствующее доле принятие на себя обязанностей наследодателя. Само собою разумеется, что наследовать может муж после жены и жена после мужа только при том условии, если брак их не был предварительно расторгнут. [Наследственные права супругов друг после друга и соответственную обязанность платить долги наследодателя признает реш. 13, 92].

Указная часть определяется по составу того имущества, какое принадлежало умершему супругу в момент открытия наследства. Однако право супруга на указную часть не ограничивает другого супруга в свободном распоряжении посредством завещания своим благоприобретенным имуществом [а также и имений родовых в случаях, упомянутых в ст. 10681 и ст. 1148 по изд. 1914 г.], которое может быть им завещано кому угодно. Когда после умершего осталось завещание, то оставшемуся в живых супругу определяются одному после другого указные доли из той только части имущества, о которых не сделано в завещании распоряжений (ст. 1148).

Величина указной части составляет $\frac{1}{7}$ из недвижимости и $\frac{1}{4}$ из движимости; наследственная доля супруга неизменна в своей величине и не изменяется от наличия или отсутствия других наследников. Приданое и собственное имущество овдовевшего супруга, как принадлежавшее ему до брака, так и приобретенное им по вступлении в него, в указную его часть не зачисляется (ст. 1150). В одном только случае право супруга распространяется на всю недвижимость: когда муж дворянского состояния примет с Высочайшего утверждения фамилию своей жены по причине пресечения мужского поколения ее рода, тогда в случае смерти бездетной жены все ее недвижимое имущество, которое дошло к ней от отца, переходит к мужу (ст. 1160).

Право наследников овдовевшего супруга на указную часть утрачивается только в том случае, если он при жизни своей не требовал выдела той части. Если же с его стороны такая просьба была заявлена, то хотя бы она оставлена была без удовлетворения, наследники вправе домогаться получения и притом без ограничения давностью (78, 225). Право на выдел из имущества умершего супруга указной части другому, в живых оставшемуся супругу в случае объявления его несостоятельным должником переходит к конкурсному управлению, а в случае обнаруженной недостаточности его имущества при обращении взыскания в исполнительном порядке – к его кредиторам (ст. 1155). Между правами наследников и кредиторов обнаруживаются следующие различия: а) наследники могут требовать указной части только после смерти овдовевшего супруга,

тогда как конкурсу и кредиторам это право предоставляется только при жизни должника; по смерти же его никаких требований на выдел указной части предъявлять они уже не могут; б) требование наследников обусловливается заявлением овдовевшего супруга о выделе ему его части, тогда как требование кредиторов независимо от подобного заявления должника, – оно возможно помимо и даже вопреки ему.

Право на указную часть представляется чем-то совершенно исключительным с юридической точки зрения, когда требование о выделе обращается со стороны овдовевшего супруга к свекру или тестю умершего. Это право может быть осуществлено не только по смерти последних, но даже при жизни их. Таким образом, в то время, как сами дети не могут и по достижении совершеннолетия требовать от родителей выдела (ст. 995), супруги их пользуются этим правом. Это право представляется тем более поразительным, что оно присвоено не только вдове сына, но и вдовцу, мужу дочери.

Овдовевшему мужу принадлежит право требовать по смерти тестя, а овдовевшей жене после смерти свекра указную часть из того имущества, которое следовало бы умершему супругу, если бы при открытии наследства после отца его он в живых находился (ст. 1149). Если же за умершим супругом не было собственной недвижимости, а осталось одно только движимое имущество, то вдова его получает при жизни свекра ее указную часть из той доли недвижимого имущества последнего, которая следовала бы умершему ее мужу, и четвертую часть из движимого имущества мужа; но на движимое имущество свекра при жизни его она права не имеет (ст. 1151). Такое же право принадлежит овдовевшему мужу (ст. 1153). Таким образом, когда умерший супруг оставил собственные недвижимости, то вдовый супруг имеет права на $\frac{1}{7}$ их и на $\frac{1}{4}$ из оставшейся движимости, а по смерти свекра или тестя – на указную часть той доли имущества последних, которая принадлежала бы умершему при открытии наследства. Если же умерший не имел недвижимости, то вдовый супруг за получением $\frac{1}{4}$ из оставшейся движимости может требовать от свекра или тестя выдела ему при жизни указной части из наследственной доли умершего в недвижимости, а после смерти этих лиц – из наследственной доли умершего супруга в движимости.

Очевидно, такое право представляется совершенно исключительным и потому подлежит строго ограничительному толкованию: так, право на выдел указной части не распространяется на имущество тещи или свекрови. Наша практика стремится еще более сузить применение указанного правила, ограничивая это право на выдел указной части только родовым имуществом и не допуская распространения на благоприобретенное (84, 23; 97, 68). По мнению практики, допущение такого принудительного выдела из благоприобретенного имущества при жизни его обладателя представлялось бы совершенно непонятным стеснением свободы распоряжения, лишением собственника приобретенных им благ. При всем том нельзя не согласиться с Победоносцевым, что такие соображения убедительны для того, кто рассматривает закон о вдовой части с законодательной точки зрения с целью подвергнуть его критике. С точки же зрения догматической следует признать, что такое толкование представляется произвольным. Закон не делает никакого различия между родовым и благоприобретенным имуществом в данном отношении. Ограничение его применения одним родовым имуществом могло бы привести к непредусмотренному в самом законе случаю неприменения его, а именно, когда у свекра или тестя имеется только благоприобретенное имущество.

Хотя родовая недвижимость должна переходить к законным наследникам, но закон допускает отступление в пользу супругов, разрешая завещать его одним другому в пожизненное пользование. В противоположность родительскому праву пользования, основанному на законе, супружеское пользование основывается на завещании (ст. 5331), которое должно быть непременно составлено нотариальным порядком (ст. 1070). Супруг, которому предоставлено право на пожизненное пользование родовой недвижимостью другого супруга, чрез то самое лишается указной, следующей ему по общим правилам части из этого имущества. Однако вопреки воле завещателя вдовый супруг может, не вступая в предоставленное ему пожизненное пользование, отречься от него и вместо того требовать себе в собственность указную часть из всего имущества на общем основании (ст. 1148, прим.) Если же супруг вступил уже в пользование, он не вправе после этого требовать выдела указной доли.

VII. Выморочное наследство. Отсутствие кровных родственников или усыновленных, имеющих право наследования, превращает оставшееся наследство в выморочное. За неимением наследников имущество поступает к государству. Закон наш называет и этот переход имущества наследованием. Так, по крайней мере озаглавливаются правила о выморочных имуществах и в то же время закон называет имущество выморочным, если после умершего не останется вовсе наследников (ст. 1162). Сенат также признает право на выморочное имущество правом наследования (об. соб., 87, 19). Однако едва ли можно признать за государством наследственное право на имущество его граждан. По мнению Мейера, здесь тем менее может быть речь о наследовании, что самое наследство получает название выморочного вследствие отсутствия наследников. Но дело не в том. Закон может признать наследство выморочным, когда нет более никого из тех лиц, которые призываются к наследованию по принятой системе, например кровных родственников, и вместе с тем представить это имущество каким-либо иным лицам, например супругу. Германское уложение (§ 1964) прямо называет казну наследником. Признанию характера наследования за переходом выморочного наследства к государству препятствуют другие обстоятельства. Мы должны признать существенное отличие такого перехода в противоположность настоящему наследованию в том, что казна вопреки заявлению закона (1263) не отвечает по обязательствам наследодателя, как это делает принявший наследник, потому что в 10-летний срок погашаются уже все долги наследодателя. К казне поступают только оставшиеся бесхозные вещи, но не имущество, и то по удовлетворении из их ценности всех долгов наследодателя. Так именно смотрит на дело французское законодательство (франц. гражд. код., § 769). Притом если признать право наследования казны, то необходимо сделать вывод, что оно возникает в момент истечения 10-летнего срока, в продолжение которого наследники по родству не осуществили своего права. А между тем та же судебная практика склонна считать, что если наследники явятся по прошествии 10 лет со дня их вызова, а наследство все еще остается свободным, т.е. не состоит ни в чьем чужом законно обоснованном обладании, то правило о десятилетней давности неприменимо и наследники вправе во всякое время явиться и взять его (08, 16).

Имущество признается выморочным, когда после умершего не останется вовсе наследников или хотя таковые останутся, но никто из них не явится в течение 10 лет со времени последнего пропечатания в ведомостях вызова о явке для получения наследства, а если публикации не было, то со времени открытия наследства, или же когда из явившихся на этот срок никто не докажет своего права (ст. 1162). Конечно, наследство может оказаться в таком положении не только после смерти наследодателя, но и после лишения его всех прав состояния, пострижения в монашество, наконец, в случае безвестного отсутствия (90, 129).

Конкурентами казны по отношению к выморочным имуществам являются некоторые учреждения. Выморочные недвижимые имущества, остающиеся после потомственных дворян, как записанных, так и не записанных в дворянские родословные книги, обращаются в пользу дворянства той губернии, в пределах которой эти имущества находятся (ст. 1172); движимость же, не составляющая принадлежности недвижимости, отдается тому дворянству, в родословную книгу которого наследодатель или его отец, или его дед записаны (ст. 11722, 11723, 11724). Выморочные движимые имущества, остающиеся по смерти духовных властей, обращаются в духовное ведомство (ст. 1170). Недвижимости в пределах города и отведенных ему земель, исключая принадлежавшие лицам дворянского происхождения (ст. 11726), обращаются в пользу города (ст. 11727). Выморочное наследство сельских обывателей поступает в собственность того сельского общества, к которому наследодатель был приписан (ст. 1172). Выморочные имущества, оставшиеся после членов университета и чиновников учебного ведомства министерства народного просвещения или ведомства императрицы Марии, обращаются в пользу тех учебных заведений, при которых умершие находились (ст. 1168 и 1169; т. XI ч. 1, изд. 1903 г., ст. 542, 646, 776, 903). Такое же право предоставлено законом в пользу Императорской Академии Художеств (ст. 11681). Когда после умерших ссыльных не окажется в месте ссылки прямых наследников, то движимое имущество их не обращается к наследникам, пребывающим во внутренних губерниях, а поступает в экономический капитал ссыльных (уст. о ссыльных, изд. 1909 г., ст. 226).

В одном случае наследство, оставшееся без наследников, не становится выморочным. По закону 20 марта 1911 г., если автор не распорядился при жизни своим авторским правом и после него не осталось наследников, то авторское право прекращается со дня смерти автора (ст. 6951), а не переходит к государству или иным союзам.

§ 70. Принятие наследства и отречение от него

Литература: Гордон, Открытие и принятие наследства и отречение от него (Суд. вестн., 1870, N 54, 55, 59, 60, 63, 65 и 68); Любавский, О принятии наследства и отречении от него (Юрид. моногр., т. III, стр. 462–479); Кавелин, Очерк, стр. 119–130; Башмаков, О владении по наследству или сезине (Жур. Мин. Юст., 1901, N 2).

I. Принятие наследства. В момент открытия наследства лицо, назначенное в завещании или указанное в законе, приобретает право наследования. Это право присваивается ему помимо его воли, независимо от выраженного им намерения, в силу одного только юридического события смерти, лишения всех прав состояния, пострижения в монашество, безвестного отсутствия наследодателя. Но это право наследования или наследственное право не тождественно с самим наследованием. Право наследования есть только право на вступление в те юридические отношения, которые в совокупности составляют наследство, но не самое вступление. Лицо, имеющее право наследования с момента открытия наследства, не может еще считаться субъектом тех отношений, в которых состоял наследодатель. Оно еще не имеет ни права собственности, ни права требования, ни залогового права, ни авторского и никакого иного из тех, которые принадлежали наследодателю.

Чтобы стать субъектом прав и обязанностей, наследнику необходимо принять наследство. Под принятием наследства понимается выражение воли со стороны лица, призванного к наследованию, вступить во все юридические отношения, составляющие в совокупности наследство. Только со времени принятия наследник становится субъектом права собственности на вещи, находящиеся в составе наследства, кредитором и должником по обязательствам, которыми был связан наследодатель. Принятие является одностороннею юридическою сделкою, выражающею согласие на сделанное завещателем предложение или осуществление предоставляемого ему законом права. До принятия наследства не имеется физического субъекта, наследство является само субъектом прав и обязанностей. В лице своих опекунов оно осуществляет принадлежащие наследодателю права, выполняет лежавшие на последнем обязанности, сохраняет в неприкосновенности имущество в пользу ожидаемых наследников. Состоявшееся принятие, когда бы оно ни последовало, вскоре по открытии наследства или спустя значительное время, посредством фикции относится к моменту открытия наследства, потому что юридическая личность наследства создана была в интересах только самих наследников. Никто, кроме них, и не может воспользоваться тою ценностью, которую представляло оставшееся имущество до принятия. Эта обратная сила является необходимым дополнением принятия наследства.

В иностранных законодательствах обнаруживается различное отношение к настоящему вопросу. Одни, следуя римскому праву, признают необходимость особого акта принятия, тогда как другие, основываясь на древнегерманских началах, считают его излишним и признают, что все права приобретаются наследником сами собою в момент открытия наследства. В древнегерманском праве сложилось представление, что смерть не делает перерыва в обладании имуществом (*le mort saisit le vif*). Этим положением воспользовались в эпоху феодализма, чтобы отразить фискальные посягательства сеньоров на открывшиеся наследства. Может быть такое представление соответствовало домашнему натуральному хозяйству и патриархальному складу семьи, но оно совершенно не согласуется с современным меновым хозяйством и семейным индивидуализмом. Большинство действующих законодательств не проводят последовательно ни того, ни другого взгляда и запутываются во внутренних противоречиях. По французскому законодательству (§ 724) наследники вступают силою самого закона в обладание имуществом, правами и исками умершего и также становятся обязанными по долгам наследодателя, а в то же

время закон заявляет (§ 775), что никто не обязан принимать открывшееся в его пользу наследство. Но если наследник силою закона стал уже собственником, кредитором, должником по отношениям, в которых состоял наследодатель, что может значить акт принятия или еще более акт непринятия? Отказ от собственных долгов? При более осторожном отношении к § 724 Code civil мы вовсе не найдем того непосредственного перенесения прав и обязанностей, какое приписывают ему французские юристы. Скорее здесь можно обнаружить ответ на другой вопрос: вступают ли наследники во владение наследством сами собой (*la saisine*) или по определению суда (*envoi en possession*), вопрос, который австрийским уложением разрешается категорически во втором смысле: никто не может вступить во владение наследством самовольно (§ 797). Если во французском кодексе еще можно устранить противоречие, то в германском уложении оно очевидно. Из опасения момента, когда наследственная масса, перестав принадлежать наследодателю и не получив еще наследника как субъекта, должна быть признана за *hereditas jacens*, германское уложение выставляет такое нерешительное определение: наследство переходит к призванному наследнику с сохранением за ним права отречься от него (§ 1942) и в то же время постановляет, что наследник может принять наследство или отречься от него, как только наследство открылось (§ 1946). Еще ярче раскрывается это противоречие в швейцарском кодексе (ср. § 560 и 566), который выражается более категорично. Только английское право проявляет в этом вопросе необходимую последовательность. При наследовании по закону недвижимости наследник признается собственником ее с момента открытия наследства, без особого акта принятия, но и без права отречения (*heir at law*).

Предоставляется ли по русскому законодательству необходимым принятие наследства? Право на открывшееся наследство, говорит закон, принадлежит наследникам с самой кончины наследодателя (ст. 1254). Основываясь на этой статье, некоторые ученые и практика[?] наша (93, 4; 97, 71) предполагают, что наследник вступает во все юридические отношения наследодателя в момент открытия наследства. Заметим предварительно, что в законодательстве нашем не выработалась точная терминология, и выражения "наследство", "наследование" употребляются довольно безразлично. Поэтому нас не должно смущать употребленное в рассматриваемой статье выражение "право на наследство". Оно должно быть понимаемо в настоящем случае в смысле права наследования. Правильность такого толкования и необходимость принятия для приобретения тех прав и обязанностей, которые составляют содержание наследства, доказываются как исторически, так и догматически. С исторической точки зрения смысл ст. 1254 объясняется докладом Сената 15 марта 1770 г., положенным в ее основу. Вопрос заключается не в том, с какого момента наследник становится субъектом всех прав и обязанностей, составляющих наследство, а каким образом вступает наследник в обладание наследством, по челобитию или самовольно. Акт 1770 г., а следовательно, и ст. 1254 отвечают на этот вопрос, выражаясь современным языком, что наследник вступает в обладание наследством и без утверждения в правах наследования. Обращаемся к догматическим соображениям. Если бы действительно наследник вступал во все отношения наследодателя силою только того факта, с которым связывается открытие наследства, то принятие было бы уже совершенно излишним и оставалась бы только возможность отречения. Однако закон наш упоминает неоднократно о принятии. Наследники властны принять наследство (ст. 1255), но этой возможности они бы не имели, если бы наследство уже принадлежало им в силу самого открытия его. Принявшему наследство принадлежат не только наличное имущество и капиталы, но и следующие к получению долги (ст. 1258), – значит, все эти права не принадлежат лицу, еще не принявшему наследства. За малолетних и душевнобольных согласие или несогласие на принятие наследства обязаны изъявлять опекуны (ст. 1257), но какое же может быть согласие на то, что уже совершилось силою самого закона? Если бы принятие было излишним, если бы вступление во все права и обязанности соединялось с фактом смерти, то необходимо было бы явное отречение для освобождения наследников от долгов наследодателя; а между тем отречением признается одно только непринятие (ст. 1265). Если бы наследники были уже субъектами всех прав и обязанностей с момента открытия наследства, то только к ним могли бы быть предъявлены иски, основанные на этих отношениях, а между тем закон допускает предъявлять иски к фиктивному лицу, к умершему собственнику, пока не состоялось принятие (Уст. гр. суд., ст. 215). Да и сама практика себя опровергает, признавая, что в случае открытия конкурса над имуществом

умершего осуществление наследственных прав приостанавливается до окончания конкурсного производства (77, 52); по конструкции Сената наследники в этом случае имеют право наследования, но не вступают в наследство до окончания конкурса, т.е. они еще не собственники, не кредиторы, не должники. По всем этим данным мы должны признать, что по русскому законодательству в момент открытия наследства приобретается только право наследования и лишь со времени принятия наследник вступает во все юридические отношения наследодателя, становится субъектом прав и обязанностей, образующих в совокупности наследство. До принятия наследства субъектом всех этих отношений является оно само как юридическое лицо. Перенесение искаженного, якобы римского воззрения на наследство как на юридическое лицо в русское право не встретило сочувствия в нашей литературе и не оправдывается ни законом, ни практикой (10, 74). [Принятие наследства составляет необходимый элемент каждого наследования. Принятие наследства имеет обратную силу, т.е. оно относится к моменту открытия наследства, а потому права наследников должны быть определяемы соответственно положению наследственного имущества в момент смерти наследодателя (07, 11). Также и Сенат в решениях 91, 105 и 07, 5 стоит на точке зрения необходимости принятия для приобретения прав из наследства. Проект гражданского уложения совершенно определенно выражает такое же положение, развивая его в том же смысле, что действие последовавшего принятия относится к моменту открытия наследства (ст. 1512)].

Как и всякое иное выражение воли, принятие наследства может быть сделано непосредственно или посредством, явно или молчаливо. Намерение осуществить свое наследственное право и вступить в отношения наследодателя непосредственно выражается в обращении к суду с просьбой об утверждении в правах наследования или в газетной публикации, обращенной ко всем кредиторам наследодателя. [Утверждение духовного завещания к исполнению создает предположение, что наследник своевременно заявил о желании принять наследство. Чтобы отклонить от себя ответственность за долги он должен доказать, что утверждение завещания состоялось вопреки его воле (13, 43)]. Такое же намерение может обнаружиться посредством действий, по которым можно заключить о желании совершающего их стать субъектом прав и обязанностей наследодателя. Принятием наследства почитается, когда наследники ни отзыва о неплатеже долгов не učinили, ни доходов с имущества не сохранили, а владели и пользовались имуществом в личную себе прибыль (ст. 1261). Неточность употребляемых законом выражений способна возбудить не совсем правильное представление о сущности молчаливого принятия. Нет необходимости, чтобы наследник действительно извлекал доходы. Принятие наследства может выразиться в совершенно противоположных действиях, в исполнении обязательств наследодателя. Достаточно, чтобы действия, предпринимаемые наследником, соответствовали тем, которые характеризуют вообще отношение хозяина к своему имуществу. Так, например, лицо ремонтирует квартиры доставшегося ему дома, производит хозяйственные улучшения в имении. Нет необходимости, чтобы сделки по распоряжению, совершенные наследником, были действительны, например, в случае продажи чужой вещи, находившейся в составе наследственного имущества и принятой ошибочно за принадлежавшую наследодателю, – важно выразившееся в совершении сделки намерение распорядиться вещами, принадлежащими, по мнению наследника, к имуществу наследодателя. Следует, однако, опасаться признавать принятием такие действия наследника, которые направлены только к охранению оставшегося имущества, к предупреждению возможности расхищения его и потери ценности. Например, наследник остается в доме, кормит лошадей, выдает содержание прислуге и дворнику – такие действия сами по себе еще не говорят о действительном намерении наследника. [Точно так же одно предъявление иска со стороны законного наследника о недействительности завещания не может считаться принятием наследства, так как до признания завещания недействительным для него не открылось наследство (13, 90). Однако для наследников по закону обязательного утверждения суда в правах наследства как общего правила не установлено (11, 24)].

Наследники вправе принять наследство или отречься от него. Другого выбора нет, а потому всякие условные принятия недопустимы и должны рассматриваться, смотря по обстоятельствам, или как принятие, или как отречение (78, 243). Выраженное тем или иным способом принятие бесповоротно, потому что в силу этого акта наследник приобрел право собственности и другие

вещные и исключительные права, стал кредитором и должником по обязательствам наследодателя. Следовательно, наследник не может взять назад своего принятия, выйти из этих отношений, отречься от осуществленного уже наследственного права.

Принятие, как и всякая сделка, предполагает наличие некоторых условий. 1) Принимающий должен быть правоспособен. Отсутствие дееспособности восполняется законными его представителями. За малолетних, безумных и умалишенных согласие на принятие наследства обязаны изъявлять назначенные над ними опекуны (ст. 1257), а несовершеннолетние нуждаются в согласии их попечителей. Ввиду ограничительного указания закона следует предполагать, что расточители вправе сами принимать наследство. По вопросу, вправе ли опекун, назначенный над безвестно отсутствующим, совершить принятие открывшегося в пользу такого лица наследства, Сенат проявил некоторое колебание. Сначала он высказался отрицательно и разъяснил, что опекун не может отыскивать наследство, открывшееся в пользу безвестно отсутствующего (87, 32). Но позднее Сенат пришел к обратному выводу, что опекун над безвестно отсутствующим вправе принять открывшееся в пользу такого лица наследство (05, 58). 2) Изъявление воли, как и во всякой сделке, должно быть непринужденно. Существенное заблуждение может и здесь иметь применение, например, когда принятие выражено относительно совершенно иного имущества, чем то, которое предполагал наследник, ошибка, вызванная однозвучною фамилиею и тождеством имен. 3) Принятие должно быть совершено в течение установленного срока. Наследник, не принявший наследства в течение 10 лет со времени вызова наследников, или, если вызова не было, со времени открытия наследства, теряет самое наследственное право (ст. 1162 и 1244).

Существенным пробелом нашего законодательства следует признать отсутствие какого-либо срока, до истечения которого наследник обязан решиться на принятие. Для кредиторов наследственной массы такое длящееся состояние неопределенности представляется в высшей степени неудобным. Необходимо или установить в законе такой срок, как это делает германское право, которое постановляет, что наследник, не отрекшийся в течение шести недель, признается принявшим (§ 1943 и 1944), или предоставить суду назначать наследнику по просьбе заинтересованных лиц в каждом случае соответствующий обстоятельствам срок (итал. код., § 951).

II. Отречение от наследства. В противоположность принятию отречение составляет случайный элемент в наследовании. Не к чему отрекаться, когда можно достигнуть той же цели уклонением от принятия, особенно, если закон не соединяет с длящимся непринятием никакого предположения в пользу принятия. Однако наследник может сам пожелать устранения неопределенности в интересе других наследников или кредиторов, или же может опасаться, как бы из его действий не вывели косвенного принятия. Отречение служит выяснению дела, обнаруживая волю наследника. Отсюда ясно, что отречение может быть только явное, непосредственно выражающее намерение лица. Поэтому совершенно неверно понятие об отречении, даваемое нашим законом. "Отречением от наследства признается, – говорит закон, – когда наследники не вступят в наследство по несоразмерности оного с долгами и когда отсутствующие наследники по учиненным вызовам не явятся для принятия наследства в установленные сроки" (ст. 1265). Несмотря на заявление закона, в приведенных им случаях нет отречения, а есть одно только непринятие. Между тем эти два понятия не совпадают: отречение есть одновременный акт, выражение воли, сделка, а непринятие есть состояние неизвестности, способное продолжаться до определенного в законе срока. Таким образом, под отречением следует понимать заявление призванного наследника о нежелании принять наследство, т.е. вступить во все юридические отношения наследодателя.

Отречение не может считаться отчуждением наследства, понимая под последним совокупность прав, содержащихся в наследстве, потому что нельзя отчуждать того, что еще не было приобретено. Оно не составляет отчуждения даже в отношении приобретаемого наследником с момента открытия наследства права наследования, так как последнее составляет право, связанное исключительно с его личностью. Наследник может отказаться от своего наследственного права, но тогда он уже не может распоряжаться им. Отсюда очевидно, что отречение имеет отрицательный характер относительно самого наследника, но оно не имеет положительного содержания, т.е. наследник не может отречься в пользу определенного лица (93, 4). Право наследования, от которого отрекся призванный по завещанию наследник, возникает в

лице наследника по закону, а если отречение состоялось со стороны ближайшего наследника по закону, то в лице дальнейшего законного наследника.

Так как с отречением одного наследника соединяется одновременное возникновение наследственного права в лице другого наследника, то отречение имеет всегда бесповоротное значение. Наша судебная практика различает, было ли после отречения принято наследство другим наследником или нет. В первом случае отречение, по ее мнению, бесповоротно, а во втором – ничто не препятствует наследнику изменить свое решение и принять наследство: поданное в суд заявление об отречении всегда может быть отменено или фактическим вступлением в наследство, или отречением от отречения, лишь бы наследство не было уже принято другим наследником (04, 97). Такое различие совершенно неправильно и вызвано, очевидно, смешением отречения с *derelictio*. Позднее Сенат дал мотивировку своему взгляду: объявление об отречении наследства подается в суд "лишь для ведома", и все его значение сводится к тому, что суд принимает "лишь к сведению" на случай возникновения дел об имении или обязательствах наследодателя (10, 108). Это совершенно неверный взгляд. Призванный наследник отрекся от своего права наследования и в силу этого одного обстоятельства право наследования приобретено другим лицом, дальнейшим наследником, потому что возникновению его наследственного права в момент открытия наследства мешало только существование права ближайшего наследника. С устранением этого препятствия возникает право наследования для другого лица, хотя бы оно еще и не приняло наследства. Это представление о допустимости поворота в отречении от наследства навеяно, по-видимому, французским законодательством, которое признает возможность взять отречение назад (§ 790). Но это положение вызывает единодушное осуждение со стороны французских юристов. [Наследник по завещанию, не проявивший своих прав на завещанное имение, находившееся в пожизненном владении другого лица в течение десяти лет, не может считаться отрекшимся от прав на наследство, а потому наследники по закону не имеют права отыскивать это наследство (13, 4)].

Отречение возможно относительно того права, которое уже возникло. Отрекаться от права может только субъект его. Поэтому отречение от будущего, еще не открывшегося наследства невозможно и недействительно (76, 280). Однако наше законодательство устанавливает исключение из этого общего правила для дочерей, которые могут в рядных записях и при выделе отречься от дальнейшего участия в наследовании (ст. 1001 и 1002) [после восходящих, а не боковых (12, 46; 13, 72)]. Если отречение невозможно до открытия наследства, то оно недействительно и после принятия, после вступления во все юридические отношения наследодателя. После принятия возможно только отречение от отдельных прав, входящих в наследство, но не от совокупности отношений. Следовательно, наследник, неосмотрительно принявший отягченное долгами наследство, не может уже, убедившись в невыгодности для него этого акта, освободиться посредством отречения от ответственности перед кредиторами наследодателя.

Отречение от наследственного права, как явное выражение воли наследника, должно быть произведено посредством объявления о том с его стороны в судебном месте (ст. 1266). Оно совершается в форме письменного заявления, подаваемого тому суду, в округе которого открылось наследство. Отречение предполагает дееспособность со стороны лица, его выражающего, но не требует правоспособности.

Последствием отречения являются: 1) возникновение права наследования в лице наследника и 2) освобождение отрекшегося от ответственности за долги, которая готова была лечь на него как на наследника. Кто отрекся от наследства, тот не обязан платить долгов, лежащих на наследстве (ст. 1268). Но вместе с тем он лишается всей ценности, какую представляет наследство.

Ввиду этого последнего обстоятельства возможность отречения несколько стесняется, если она совершается во вред кредиторам наследника. Последний, уверенный, что вся ценность наследства поступит в пользу его многочисленных кредиторов, мог бы отречься за некоторую сумму от наследства, ввиду которого, может быть, ему только и оказывался кредит. По нашему законодательству уступка права, приобретенного по договору, недействительна, если она учинена во вред третьим лицам (ст. 1547). Нельзя не согласиться с нашею практикою, что принцип этот, выраженный в законе слишком узко, должен быть распространен по аналогии и на другие случаи

уступки или отречения от прав, в числе которых видное место занимает отречение от прав наследования (84, 50). Поэтому отречение не только несостоятельного должника, но также и такого, неплатность которого обнаруживается при обращении на его имущество взыскания в обыкновенном исполнительном производстве, может быть опровергнуто кредиторами.

§ 71. Утверждение в праве наследования

Литература: Оршанский, О судебном утверждении в праве наследства (Суд. журн., 1863, N 2); Исаченко, Русское гражданское судопроизводство, 3-е изд., 1910, т. II, стр. 217–233, 310–320.

I. Общее понятие. Для лица, призванного к наследованию, открывается двойной путь ко вступлению в наследство. Наследник может фактически вступить во владение вещами, входящими в наследство, и выполнять все обязательства, осуществлять все права, составляющие в совокупности наследство. Так, нередко сын землевладельца по смерти последнего продолжает вести заведенное хозяйство. Такое фактическое состояние может быть нарушено позднее иском, предъявляемым к лицу, утвердившемуся самостоятельно в наследстве, со стороны лица, которое считает себя истинным наследником. Однако такое фактическое самоутверждение имеет свои неудобства. Для третьих лиц не всегда убедительно наследственное качество преемника по хозяйству. Должники наследодателя могут воздержаться с исполнением своих обязательств в отношении преемника, потому что у них нет уверенности, что они совершают исполнение в отношении надлежащего кредитора. Различные учреждения, хранящие суммы наследодателя, не могут выдать их фактическому преемнику, не убедившись в том, что он юридический преемник. Тогда сам наследник почувствует потребность легитимировать себя, т.е. доказать, что ему действительно принадлежит право наследования. Такая легитимация может исходить только от органов власти, в частности от суда. Удостоверение со стороны суда за известным лицом прав наследования называется утверждением в правах наследства. Это последнее выражение вдвойне неточно. Дело идет только о легитимации наследника, но не о судебном признании за ним прав на наследство, хотя именно эту мысль способно возбудить выражение "утверждение". Задача суда сводится к удостоверению прав наследования, а не прав "на наследство", как это выражено в общепринятом у нас термине. Своим утверждением суд заявляет всем и каждому, что данное лицо – наследник, призванный завещанием или намеченный законом, но суд не ручается, что права этого наследника не будут опровергнуты другим лицом, способным доказать превосходство своих прав. для третьих лиц существенно только первое.

При современном обороте и сложности отношений в редких случаях наследник может не нуждаться в легитимации. Может быть, утверждение в правах наследования следовало бы возвести в общее правило. Значительно устаревшее французское законодательство различает законных наследников (*les héritiers légitimes*), которые вступают в наследство без всякого утверждения, путем овладения (*la saisine*), и особых преемников (*successeurs irréguliers*) вроде супруга, для которых необходимо содействие суда. Законный наследник может немедленно вступить в управление наследственным имуществом без всяких формальностей, а также предъявлять иски от лица наследодателя (франц. гражд. код., § 724). Супруг же принужден просить о судебном вводе во владение (*envoi en possession*). Однако такое фактическое вступление в права наследования оказывается совершенно недостаточным во многих случаях, например, при необходимости получить капитал из кредитного установления. Тогда во Франции прибегают к тому, что называется *acte de notoriété* и что представляет собой внесудебную легитимацию, так как этот акт совершается нотариусом на основании свидетельских удостоверений. Новое германское законодательство открывает всякому наследнику, по закону или по завещанию, возможность получить через суд удостоверение в его наследственном праве (*Erbschein*). Швейцарское законодательство требует обязательного представления суду всякого завещания, даже если бы оно казалось недействительным; если существует сомнение в наличности всех наследников, то наследники обязаны легитимировать себя в течение года, иначе наследство будет взято в пользу кантона или общины (§ 555, 556).

Русское законодательство не отличается ясностью по этому предмету. Наследник по завещанию вступает в обладание наследством не иначе как по утверждении завещания к исполнению (ст. 1060); пока же этого утверждения не последовало, право наследования по завещанию не может быть закономерно ни проявляемо, ни осуществляемо какими бы то ни было фактическими действиями наследника по завещанию (05, 4). Относительно наследников по закону содержится правило, в силу которого явившиеся по вызовам наследники, если они считают необходимым обратиться для определения прав их на наследство к содействию суда, заявляют о том судебным установлениям (Уст. гр. суд., ст. 1408). Следовательно, по смыслу закона утверждение в праве наследования не обязательно для наследников по закону. таков взгляд и судебной практики. По мнению Сената, "обязательное утверждение суда в правах наследства не установлено как общее правило" (11, 24), и самое содействие суда составляет "только удостоверение существования между просителями и наследодателем родственной связи или брачного союза, какие по закону дают право вступить во владение наследством" (97, 71). Однако упущение легитимации может иметь невыгодные последствия для наследников, потому что осуществление права наследования стоит нередко в зависимости от официального признания их. Утверждение в праве наследования необходимо как основание для ввода во владение недвижимостью (Уст. гр. суд., ст. 1424), для получения сделанного наследодателем вклада в банки (т. XI ч. 2, разд. IV, ст. 67, разд. XI, ст. 65, реш. Общ. Собр. I и гр. касс. деп. (99, 10); далее, для вступления в обладание наследством со стороны явившегося по вызову наследника, если имущество уже подверглось мерам охранения (ст. 1299; 77, 310).

Рассмотрим подробнее и в отдельности порядок утверждения в праве наследования для наследников по завещанию и по закону.

II. Утверждение при наследовании по завещанию. По русскому законодательству всякое духовное завещание по смерти завещателя должно быть представлено в окружной суд для утверждения к исполнению (ст. 1060). Следовательно, в представлении к утверждению нуждается как домашнее, так и нотариальное завещание. Домашние завещания представляются непременно в подлиннике, нотариальные – в выписи. Хотя Сенат полагает, что завещания крестьян, записанные в книгу сделок и договоров, не должны быть вовсе представляемы к утверждению в окружной суд (84, 64), но такое освобождение от общего порядка в сущности ниоткуда не следует.

По вопросу о том, кто должен представить завещание, закон наш определяет, что завещания представляются для утверждения к исполнению от тех, в руках кого они находятся (ст. 1062). Нотариусы и установления, принимающие завещания на хранение, по смерти завещателя вручают их по назначению, сделанному завещателем при вручении завещания на хранение. Завещания, относительно которых завещателем не сделано такого назначения, а равно найденные лицами, производящими опись и опечатание имущества, отсылаются в надлежащий окружной суд, который приступает к утверждению завещания, не ожидая подачи о том прошения (ст. 10601 и 10602). Последнее положение представляется несколько противоречащим общему характеру гражданских прав и гражданского процесса. Само собою разумеется, что подобное утверждение *ex officio* не может заменять принятия и теряет всякую силу в случае уклонения наследника или прямого с его стороны отречения.

Для представления к утверждению завещания установлен особый краткий срок, а именно годовой для пребывающих в России и двухгодичный для находящихся за границею, считая со дня кончины завещателя (ст. 1063). По истечении этого срока завещания для утверждения к исполнению не принимаются и теряют свою силу (ст. 1065). Но если наследник по завещанию может представить неопровержимые доказательства, что срок для утверждения к исполнению пропущен или по неизвестности о существовании завещания, или по другой основательной причине, в таком случае ему оставляется право иска до истечения общей давности, считая ее также со дня смерти завещателя (1066). Сюда относится, например, утайка завещания наследником по закону.

Все производство об утверждении завещания к исполнению должно происходить в судебном заседании окружного суда. Отношение суда к внешним и внутренним условиям действительности завещания различно.

Форма завещания обращает на себя внимание суда прежде всего. Завещания нотариальные, если не возбужден вопрос о подлоге, утверждаются без дальнейшего рассмотрения. К домашним завещаниям суд должен относиться внимательнее ввиду того, что завещания, составленные вопреки установленным в законе формам, не принимаются к утверждению (ст. 10664). Суд отказывает в утверждении представленного ему завещания, без вызова кого бы то ни было, если усмотрит: а) что пропущен срок или б) что не соблюдена форма завещания. Домашнее завещание утверждается по учинении в суде допроса свидетелям, без присяги, о том, что оно было предъявлено им самим завещателем, которого каждый из них лично видел и нашел в здравом уме и твердой памяти. Если число свидетелей, подписавших завещание, более, нежели сколько законом требуется, то в случае отсутствия некоторых из них и достаточности наличных следует допрашивать только последних. Когда число наличных свидетелей менее требуемого законом, то допрашиваются и отсутствующие свидетели через суд по месту их жительства. Смерть одного или даже всех свидетелей не служит препятствием к утверждению завещания, если недействительность его не может быть доказана предъявившим спор (ст. 10665 и 1052). Суд не вправе восполнять формальные недостатки какими бы то ни было иными доказательствами. Суд не может принимать в соображение, например, что при составлении завещания было больше свидетелей, чем сколько подписалось, и что все они в состоянии подтвердить подлинность завещания и сознательность завещателя. Но суд может принять доказательство того, что один из двух подписавшихся свидетелей духовный отец завещателя (95, 90), потому что это не доказывание помимо формы, а доказывание соблюдения формы. На представленном завещании делается надпись об утверждении или неутверждении его, а потом определение суда объявляется в сенатских ведомостях (ст. 11676 и 11668). Ввиду установленного законом налога с наследства, в размере от 11/2 до 121/2, смотря по близости родства к завещателю (закон 13 апреля 1905 г.), суд обязан уведомить казенную палату о производстве по утверждению завещания, а наследникам предлагается внести причитающийся с наследства налог в течение одного месяца со дня объявления им постановления, которым определено количество такового. До взноса налога или обеспечения его уплаты установленным порядком наследникам не выдаются духовные завещания с надписью об утверждении их (т. V, изд. 1903 г., Уст. о пошл., ст. 210, 215, 219).

Иное отношение суда к содержанию завещания. Окружной суд при утверждении завещания в охранительном порядке не входит в рассмотрение законности распоряжений завещателя (ст. 10663). Опровергать их действительность, вполне или частью, предоставляется лицам заинтересованным. Однако суд, не ожидая споров, признает недействительными завещания лиц, не имеющих права завещать, и завещательные распоряжения в пользу лиц, неспособных к принятию завещанного, если только неспособность тех и других лиц явствует из самого завещания (ст. 10662). Здесь прежде всего возбуждается вопрос: устранена ли для суда совершенно возможность входить в рассмотрение законности завещания? Несмотря на слова закона, что суд не входит в рассмотрение распоряжения завещателя, кроме указанных случаев, нельзя отрицать за судом, органом государственной власти, права и даже обязанности отказывать в утверждении завещаний, противных общественному порядку и нравственности, например, если бы завещатель передавал свои капиталы на революционную организацию или на безнравственное учреждение. Но вправе ли суд входить в рассмотрение законности содержания тогда, когда распоряжения нарушают лишь интересы частных лиц? Закон обязывает суд признать недействительными: а) завещания лиц, не имеющих права завещать, и б) завещания в пользу лиц, неспособных к принятию завещанного, причем только в том случае, если то и другое явствует из самого завещания, без особого исследования. Например, из чтения завещания обнаруживается, что завещателю 19 лет или что наследство оставляется монаху. Следовательно, во всех других случаях суд утверждает завещание, не входя в рассмотрение законности распоряжений, в нем содержащихся.

Спорным может быть вопрос: как должен отнестись суд к завещанию родовой недвижимости, помимо ближайшего родственника, другому лицу, например, когда она завещается не родному сыну, жене? Конечно, предполагается, что родовое свойство, соотношение наследников, явствует из чтения завещания, так как суд не вправе исследовать свойство завещаемого имущества, а также то, есть ли у завещателя дети или нет. По мнению Анненкова,

суд не вправе *ex officio*, без спора заинтересованных лиц, признать недействительным распоряжение о родовом имуществе, ибо здесь нарушен исключительно частный интерес. Вопрос должен быть перенесен в другую плоскость. Утверждая завещание к исполнению, суд легитимирует наследника, т.е. объявляет данное лицо имеющим право наследования. Вправе ли он легитимировать лицо, заведомо для суда не имеющее право наследования? С другой стороны, закон вменяет суду в обязанность отвергать завещания лиц, не имеющих права завещать, и лиц, неспособных к принятию завещанного. Но родовой характер недвижимости не есть свойство вещи, а связь между лицами. Суд с очевидностью усматривает, что завещатель не имеет права завещать свое родовое имение данному лицу и что назначенный по завещанию наследником по своему отношению к завещателю неспособен принять завещанное ему имение. Закон прямо заявляет, что когда умерший оставил по себе родовое имение, то наследство переходит к наследнику по закону (ст. 1110, п. 1). Каким же образом суд вопреки ст. 10662 т. X ч. 1 утвердит завещание к исполнению? (*contra* реш. 10, 51.)

Рассмотрение содержания завещания может привести к обнаружению в нем пожертвования в пользу богоугодных заведений и вообще на предметы благотворительности. В таком случае окружной суд препровождает выписку из завещания прокурору для сообщения в подлежащие ведомства (ст. 1090 и 1091).

С целью обеспечить возможные последствия утверждения завещания, например, отчуждения имения, когда во время производства дела возбуждается уже спор, закон постановляет, что 1) если спор возникает до утверждения завещания к исполнению, то самое утверждение отлагается до разрешения спора (ст. 106613); 2) если спор возникает по утверждении завещания, но до перехода завещанного имения в чье-либо владение, то имение отдается в опекуновское управление (ст. 106614; 03, 145). По мнению Сената, эти меры гарантии прав наследников должны быть принимаемы судом даже без ходатайства о том заинтересованных лиц (07, 64).

III. Утверждение при наследовании по закону. Как мы уже видели, при открытии наследства без завещания для наследников по закону нет обязанности легитимировать себя. Наследники по закону могут вступить в обладание и пользование оставшимся имуществом сами, без всякого соучастия органов власти. Такой наследник может предъявлять иск об изъятии из чужого владения вещи, принадлежащей к составу наследства (75, 848); может продать наследственную недвижимость, если нотариус не сомневается в его наследственных правах (96, 116); может получить исполнительный лист для исполнения по обязательству, входившему в состав прав наследственных (80, 101), и т.п.

Однако если наследники по закону "считают необходимым", то могут обратиться к содействию суда для определения их прав на наследство, т.е. для легитимации (Уст. гр. суд., ст. 1408). Обращение делается к суду первой инстанции на основании общих начал о подсудности по роду и цене наследственного имущества. Обращаться могут все наследники или только некоторые, хотя бы один из нескольких, причем на него нельзя возлагать обязанности доказывать суду, что он не единственный наследник и каковы наследственные доли всех других сонаследников. Может случиться, что наследники будут один за другим обращаться к суду с просьбой об утверждении их в праве наследования, и нет ничего невозможного, что между различными частными определениями суда окажутся даже противоречия, разрешимые только в исковом процессе.

Наследники, явившиеся до истечения шестимесячного срока, назначенного вызовом их, могут быть допущены к наследству совместно с наследниками, находящимися налицо, в порядке охранительном (ст. 1241). Если же они явятся по истечении этого срока, то допущение их возможно в порядке охранительном при условии согласия на то со стороны остальных, уже утвердившихся наследников (76, 483), а при оспаривании их прав – в порядке исковом. [Однако ввиду ст. 1408 уст. гр. суд. позднейшая практика Сената признала, что суд вправе предварительно определить права явившихся наследников в том же охранительном порядке и не обязан предоставить сторонам разбираться между собой в порядке исковом (97, 71; 12, 22)].

Утверждение в правах наследования наследника по закону представляет собою только легитимацию, т.е. признание со стороны суда, что данное лицо при наличности известных суду обстоятельств может считаться наследником. Но этим актом нисколько не преграждается

возможность появления наследника по завещанию или другого наследника по закону, имеющего больше прав на наследство.

Если наследники явились по вызову в то время, когда наследство было взято в опекуновское управление или когда оно подверглось уже охранительным мерам, как опись и опечатание, то они принимают всю движимость по описи (ст. 1297), чем наследники обеспечивают себя на случай возможности впоследствии спора, в чем состояло и что могло стоить наследство [но неперменной обязанности составлять опись полученному наследству закон на наследников не возлагает (69, 1292)].

При наследовании по закону суд может заставить наследников уплатить налог с наследства только тогда, если наследники просят об утверждении их в правах наследования. Суд постановляет определение о вводе наследников во владение дошедшим к ним недвижимым имуществом и о передаче им означенной движимости не прежде как по взносе всего причитающегося казне налога или по обеспечении его уплаты установленным образом (т. V, изд. 1903 г., уст. о пошл., ст. 219). Если же наследники вступают в наследство, не обращаясь к содействию суда, то налог взимается казенною палатою на основании сведений о составе наследства, доставленных судебными приставами, которые принимали меры охранения, или же на основании сообщений податных инспекторов, когда охранительные меры не имели места (ст. 210, 211).

IV. Оспаривание завещаний. Завещания, не отвечающие внешним и внутренним условиям их действительности, могут быть оспариваемы лицами, в том заинтересованными. Спор против завещания может быть возбужден только со стороны наследников по закону или со стороны наследников по другому завещанию, если наследодатель оставил несколько завещаний, потому что лишь их права нарушаются завещательными распоряжениями (78, 60). Кредиторы законных наследников, как бы ни были заинтересованы в переходе наследства к их должникам, не вправе опровергать завещания.

Опровержение завещания может основываться на формальном его недостатке или на несоответствии завещательных распоряжений правам оспаривающих. Незаконность содержания могла быть присуща завещанию в момент его составления, например, в случае предоставления родового имени, помимо ближайшего наследника, дальнейшему или же может наступить много после его составления, даже после смерти завещателя, даже после утверждения завещания к исполнению, в случае, если родится законный сын завещателя и наследник в родовой недвижимости, завещанной за отсутствием детей племяннику. Помимо формальных и материальных недостатков завещания оно может быть оспариваемо и со стороны сознательности составителя завещания, – едва ли не самый частый повод к оспариванию.

Обстоятельства, с которыми связывается недействительность завещаний, с течением времени стираются в памяти свидетелей. Это в особенности относится к психическому состоянию завещателя. Переход наследства к наследнику по завещанию влечет за собой слияние отношений, в которых состоял наследодатель, с отношениями, в которых субъектом был наследник, и различие их с течением времени становится затруднительным. По этим, вероятно, соображениям закон устанавливает особую краткую давность для исков, имеющих своею целью опровергнуть силу завещаний. Для предъявления всех вообще споров против завещаний назначается двухлетний срок, который исчисляется со дня публикации об утверждении завещания к исполнению (ст. 106612).

Что, собственно, погашается этою сокращенною, специально завещательною давностью? Не может быть сомнения, что эта давность погашает спор о формальных недостатках завещания или об отсутствии у завещателя здравого ума и твердой памяти. Но не подлежит также сомнению, что эта давность не в состоянии погасить иска собственника к наследнику, которому завещатель неправильно оставил чужую вещь как свою. Первоначально Сенат высказался в том смысле, что двухгодичный срок установлен для предъявления споров против действительности духовного завещания как завещательного акта, т.е. против действительности его со стороны внешних форм и условий, требуемых законом (77, 79). Позднее Сенат изменил свой взгляд и признал, что в законе (ст. 106612) не проведено различие между спорами по форме и спорами по содержанию завещания, а потому всякий спор против действительности духовного завещания, утвержденного к исполнению в охранительном порядке, может быть предъявлен только в течение двух лет со дня

публикации об утверждении завещания к исполнению (82, 49). С этой последней точки зрения Сенат пришел к выводу, что двухгодичным сроком погашаются и споры о родовом происхождении завещанного имущества (00, 73). Кроме того, Сенат разъяснил, что двухгодичный срок для предъявления исков о завещаниях может относиться единственно к таким распоряжениям завещателя, которые подлежат непосредственному исполнению после его смерти (03, 73), а потому этот срок не останавливает спора, основанного на условном распоряжении в завещании. Двухгодичною давностью не преграждается возможность возбуждать вопрос о подлоге завещания, как о преступлении (93, 11).

Заметим, что для малолетних срок считается со дня достижения ими совершеннолетия (ст. 106612).

§ 72. Последствия принятия наследства

Литература: Кассо, Об ответственности наследников, 1894; Башмаков, Долговая ответственность наследника (Жур. Мин. Юст., 1902, N 2); Вормс, Проекты закона о наследовании в крестьянских землях (Юрид. вестн., 1913, N 3); Бутовский, Бесповоротность отчуждения наследственного имения (Вестн. гр. пр., 1913, N 8).

Последствием принятия наследства является вступление наследника во все отношения, в которых состоял при жизни наследодатель, за исключением связанных тесно с его личными качествами. Он становится активным субъектом прав наследодателя и пассивным субъектом его обязанностей. Принятое наследство как совокупность имущественных отношений сливается с имуществом самого наследника как совокупностью имущественных отношений, которыми он был связан до принятия наследства. Слитые в одно, два имущества образуют одну массу, на которую могут обратить свое взыскание кредиторы как наследодателя, так и наследника.

Рассмотрим, в частности, некоторые последствия осуществления наследниками их наследственного права и принятия наследства.

I. Иски о наследстве. По вступлении в имущество наследодателя наследник как субъект права может искать принадлежащие к составу наследства вещи, если они находятся в чужих руках, может взыскивать долги с должников наследодателя, не исполнивших еще своих обязательств. В этих случаях иски его основываются на принадлежащих ему правах собственности и требования. В противоположность этому явлению, не представляющему никаких особенностей с юридической точки зрения, выступают иски о наследстве как о совокупности прав и обязанностей, присвоенных лицом, которое в действительности не имеет права наследования. Иск имеет своим содержанием требование возвращения или всего наследства, или определенной его части. Истец доказывает только свое качество наследника, но он не обязан доказывать ни права собственности, ни права требования.

Иск о наследстве может быть предъявлен к лицу, овладевшему имуществом в ошибочном предположении своих прав наследования или в сознании отсутствия у него таких прав, или в неведении преимущественных прав другого лица. Истец выставляет основанием свое наследственное право. Ответчик может защищаться, только доказывая, что он не мнимый, а действительный наследник, только опровергая качество наследника в лице истца, не прибегая к доказательствам, что наследодатель сам не имел права собственности на ту или другую вещь, что наследодатель неправильно приобрел то или иное право требования. Спор может вестись только в этой плоскости наследственного правоотношения. Наш закон предусматривает тот случай, когда наследство поступило к наследникам по закону в то время, как по завещанию право наследования присвоено иному лицу (ст. 1300). Судебная практика совершенно основательно распространяет действие постановлений по этому предмету и на обратный случай, когда наследники по завещанию принуждены уступить наследство наследникам по закону, опровергшим силу завещания (89, 101; 94, 5). Статьи эти следует распространить и на иски одних законных наследников к другим, ближайших к дальнейшим, которые, явившись до истечения шестимесячного срока, вступили в обладание наследством (91, 105).

Если иск о наследстве будет удовлетворен судом, то ответственность обладателя наследства перед наследником различается, смотря по тому, было ли его обладание основано на случайности или представляется намеренным нарушением чужих прав.

Если наследники по закону вступили в обладание имуществом, не зная о существовании завещания, а наследники по завещанию, не зная о его недействительности, или если одни наследники по закону или по завещанию не предполагали существования более близких законных наследников или другого завещания, то они не отвечают ни в доходах, ни в управлении до момента предъявления к ним иска (ст. 1300; 76, 458). Следовательно, такие обладатели наследства, подобно добросовестным владельцам, обязываются возвратить его в состоянии, в каком оно находится во время предъявления иска; доходы, полученные с имущества до этого момента, остаются в пользу ответчиков. Сверх того, они имеют право требовать от наследников возвращения им: а) всей суммы, уплаченной ими по долгам наследодателя, и б) всего капитала, вложенного в доставшееся им имущество. [Очевидно, что всеми этими правами наследники пользуются только в случае соблюдения предписанных законом мер охранения наследства (12, 69)].

Совершенно иное положение обладателя, сознательно захватившего наследство в ущерб действительному наследнику, например, законного наследника, утаившего завещание, составленное не в его пользу. Такой обладатель рассматривается как недобросовестный владелец (ст. 1303), и ответственность его обсуждается по началам, установленным для недобросовестного владения.

Возникает вопрос о судьбе сделок. По строгой логике все сделки, совершенные неправильным обладателем наследства, как не основанные на праве наследования, должны бы быть признаны недействительными. Но подобное правило могло бы отразиться в высшей степени вредно на целом ряде хозяйств, вступивших в сделки с обладателем наследства в предположении действительности его прав. Поэтому наше законодательство допускает в этом случае отступление от безусловного проведения начал права собственности и ограждает интересы третьих лиц. Если вещи, бывшие в составе наследства, будут проданы или заложены до открытия спора, то продажа и залог признаются действительными и остаются в силе. Зато деньги, полученные по купчей или закладной обладателями наследства, взыскиваются с них в пользу действительных наследников (ст. 1301). Сенат последовательно в ряде решений проводит тот взгляд, что "закон предоставляет истинному наследнику искать себе удовлетворения от лица, неправильно воспользовавшегося наследственным имуществом, но ограждает третьих лиц, добросовестно приобретших это имущество от того, кто в данное время является бесспорным представителем наследственного права" (04, 23; 10, 97; 12, 11; ср. 13, 48).

II. Приращение наследственной доли. При совместном призвании нескольких наследников возможны случаи, когда некоторые из них не приобретут вовсе права наследования или по приобретении не осуществляют его, т.е. не вступят в права и обязанности, составляющие наследство. Тогда может наступить приращение наследственной доли. Доля одних сонаследников увеличивается на счет долей, предназначенных для других. Причиной такого приращения является то обстоятельство, что право каждого сонаследника распространяется на всю наследственную массу и ограничивается правами других, а потому с устранением одних расширяется доля участия в наследстве каждого другого сонаследника. Поводами приращения являются: смерть, лишение всех прав состояния, пострижение в монашество безпотомственного наследника (если эти обстоятельства наступают до открытия наследства, потому что после этого момента приобретенное право наследования переходит к наследникам наследника), недействительность какого-либо завещательного распоряжения. Затем к поводам приращения относится отречение от наследства со стороны наследника и непринятие им наследства в течение установленного срока.

Некоторые полагают, и такова, по-видимому, точка зрения Сената (80, 129; 86, 23), что ввиду отсутствия в нашем законодательстве постановлений о приращении отпадение какой-либо наследственной доли может иметь своим последствием только одно – поворот ее к законным наследникам. Но право приращения основывается не на тексте закона, а на толковании воли завещателя. Если из чтения завещания с очевидностью выступает, что завещатель не имел совсем

намерения отдавать свое имущество наследникам по закону, то передача отпавшей наследственной доли по обстоятельствам, быть может, непредвиденным завещателем, была бы уклонением от исполнения его воли или даже распоряжением его имуществом вопреки его воле. Эту точку зрения принужден был признать и Сенат. Рассматривая случай, когда на наследника возлагалась обязанность уплатить денежную сумму брату завещателя, умершему ранее завещателя, Сенат высказал, что невыплаченная за смертью отказоприемателя сумма не составляет имущества, оставшегося вне завещания, на которое имели бы право наследники по закону, а остается за наследником по завещанию (09, 40).

При наследовании по завещанию, когда каждому из сонаследников самостоятельно определена его доля в наследстве, освобождение одной какой-либо доли не влечет за собою приращения. Например, завещанием имущество разделено на две половины: смерть одного из наследников или признание одного из распоряжений недействительным не увеличивают доли другого, а оставляют половину имущества без завещания, которая и поступает к законным наследникам (ст. 1110). Но если завещание составлено таким образом, что из него обнаруживается намерение завещателя оставить все имущество тем лицам, которые назначены наследниками, то освобождение одной какой-либо доли идет на пользу всех остальных и пропорционально величине их долей. Чтобы завещательные наследники отстранили законных наследников в праве на освободившуюся часть, необходима выраженная в этом смысле воля завещателя, — предполагать ее мы не имеем основания. В иных завещаниях известная группа наследников связывается по воле завещателя особым отношением, так что приращение совершается только в их среде, не касаясь других наследников. Например, завещатель назначает свое имение сыну своему Петру, а дочерям, Анне и Глафире, капитал, положенный в банк для их обеспечения, или, например, завещатель оставляет половину своего имущества сыну, а другую половину всем своим племянникам поровну. Смерть одного из племянников будет иметь своим последствием увеличение долей остальных племянников, но не сына.

Приращение не есть особое, самостоятельное наследование, оно производится от основного наследования, к которому прирастает. Поэтому а) принявший основную долю должен признаваться принявшим и дополнительную долю без особого акта принятия, б) принявший основную долю не может отречься от дополнительной, с) принявший основную долю отвечает и по дополнительной доле.

В наследовании по закону наследники не определяются до открытия наследства не только в этот момент. Поэтому смерть, лишение прав, монашество одного из тех лиц, которые имели бы право наследования, если бы не эти обстоятельства, не дают и повода к приращению. Такое значение имеет только отречение и неявка по вызову в течение установленного срока. освободившаяся вследствие таких обстоятельств доля поступает к прочим законным наследникам соответственно доле каждого. Однако это общее правило несколько видоизменяется, встречаясь с постановлениями нашего законодательства о родовых недвижимостях. Последние не идут по приращению к наследникам из другого рода.

III. Раздел наследства. Наследство может по завещанию или по закону перейти не к одному, а к нескольким наследникам. Тогда между ними образуется общая собственность относительно вещей, принадлежащих наследодателю, а относительно обязательств, входящих в состав наследства, между ними устанавливается солидарность. Когда наследники пожелали остаться в общем владении вещами, входившими в состав наследства, недвижимостями, капиталами, то положение каждого из них представляется довольно стеснительным. Ни один из них не вправе продать своей доли, пока прочие сонаследники не откажутся приобрести ее для себя с уплатою по оценке (ст. 1314). Следовательно, продажа, учиненная без согласия сонаследников, в пользу которых закон установил право преимущественной покупки, будет недействительна (*contra* реш. 76, 559). Отсюда обнаруживается стеснительность такого положения для сонаследников и потребность раздела наследства.

Под этим именем понимается раздел как всего наследства, т.е. совокупности прав и обязанностей, так и установившейся между сонаследниками общей собственности в отношении недвижимости или капитала. С точки зрения юридической тот и другой случай представляют мало различия. Раздел наследства основывается не на особенном наследственном праве, а на общих

началах вещного и обязательственного права. К нему применяются те же положения, как и к разделу, имеющему иное основание. Разделу подлежит ценность наследства, за вычетом пассива, если только вопрос о разделе не возникает уже тогда, когда долги наследодателя выплачены и идет речь только об общей собственности. Раздел ценности может быть произведен или а) распределением между сонаследниками вещей и обязательств, входивших в состав наследства в соответствии их ценности с долей каждого, или б) обращением всего имущества в деньги, которые и разделяются пропорционально долям. Разделу подлежит только наследственная масса без привлечения с целью уравнивания собственного имущества сонаследников (ст. 1320). Но при разделе в видах уравнивания принимаются в соображение части наследственного имущества, полученные некоторыми из них ранее в виде выдела или приданого (ст. 1003). Раздел предполагает участие всех сонаследников в общем наследственном имуществе и обнимает совокупность всех наследственных прав и обязательств (83, 32). В разделе принимают участие сонаследники, однако, если какая-нибудь наследственная доля была продана с публичного торга, то приобретшее эту долю постороннее лицо, замещая наследника, подчиняется требованию прочих наследников разделить имущество и потому обязано соучаствовать в наследственном разделе (91, 23).

Раздел производится по соглашению или судебным порядком (ст. 1315). Полубовный раздел основывается на договоре между всеми сонаследниками (05, 7), а потому раз совершенный раздел не подлежит изменению иначе как с общего согласия. Такой раздел совершается самими наследниками или чаще всего при участии нотариуса. Договор о разделе наследства, в состав которого входят недвижимости, выражается в раздельном акте, который носит название раздельной записи и совершается крепостным порядком. Напротив, раздел наследства, состоящего из одной движимости, может быть совершен в письме, в форме нотариальной или домашней, и даже словесно (72, 395). Возможность договорного раздела не исключена и тогда, когда в числе сонаследников находятся малолетние, которые в этом случае представлены опекунами. Но проект раздела требует утверждения окружного суда (ст. 1336).

Соглашение между сонаследниками не всегда легко достигается. Этому мешают несогласие между ними, упорство некоторых из них, наконец, затруднения, возникающие при разделе. Тогда по требованию одного из наследников наступает судебный раздел. Но прежде чем приступить к дележу силою власти, суд предоставляет самим наследникам согласиться и разделиться полюбовно. С этою целью им дается срок два года, считая с того времени, как подано в суд прошение о разделе (ст. 1317 и 1318). Наследники побуждаются к мирному окончанию дела в этот срок угрозою штрафа, который в размере 6% со всего актива наследства падает на виновных в неудаче. Укрощение строптивых!

По истечении указанного срока для полюбовного раздела суд по новой просьбе хотя бы одного из наследников приступает к судебному разделу. Во избежание злоупотреблений наследственное имущество берется в опекуновское управление с наложением запрещения на недвижимость. Условиями судебного раздела являются: а) несомненность прав наследования каждого из сонаследников и б) определенность доли каждого. Судебный раздел происходит под наблюдением одного из членов суда, который может поручить заведование ходом производства по составлению проекта раздела одному из нотариусов (Уст. гр. суд., ст. 1411 и 1412). Член суда назначает заседание для выбора лиц, которым сонаследники поручают по общему согласию приведение в известность состава и положения наследственного имущества, с производством описи и оценки и составления проекта раздела. При несогласии наследников в выборе таких лиц последние назначаются членом суда. На основаниях, указанных этими выборными лицами, и учреждается судебный раздел (Уст. гр. суд., ст. 1413, 1414 и 1417).

Если в составе наследства остались нераздельные вещи и нераздробляемые имущества: дворы, заводы, фабрики и лавки, то они назначаются одним из сонаследников с тем, что если ценность таких вещей превосходит величину их доли, то они обязываются удовлетворить других сонаследников деньгами. Когда в составе наследства оказалось одно только нераздробляемое имущество, например, одна фабрика, то преимущественное право на нее принадлежит старшему ("по рождению, летами" – 78, 18) наследнику [после издания закона 3 июня 1912 г. пол не играет уже значения и преимущественное право удержания имения может принадлежать и женщине (13,

41)]; если старший не в состоянии заплатить другим их части или не желает брать нераздробляемое имение, то право переходит к другому младшему наследнику (ст. 1324). Если и самый младший наследник отклоняет от себя нераздельное имение, то раздел судебным порядком становится невозможен (09, 10). Вне этого случая, совершенно своеобразного для русского права, все наследственное имущество делится на равноценные части и затем жребий решает, кому достанется какая из них (ст. 1322). Здесь как бы случайно пробилась мысль, которая в настоящее время принимает господствующее положение в Европе. В противоположность Франции, где наследство всегда делится между наследниками в натуре, что приводит к чрезвычайному дроблению крестьянской поземельной собственности, в Германии, напротив, закон поддерживает охотно стремление крестьян отдать все свое земельное хозяйство одному из детей, который уже и должен удовлетворить остальных сонаследников денежными суммами (Anerbenrecht). Кроме Германии этой же системы придерживаются Австрия, Испания, отчасти Швейцария, новый кодекс которой предоставляет кантонам определять minimum, ниже которого наследственный раздел не должен доводить земельные участки (§ 616). Конечно, ст. 1324 имеет в виду вовсе не мелкую крестьянскую собственность, а заводы, фабрики, лавки. [В 1913 г. Главным управлением землеустройства и земледелия выработан "проект правил о предупреждении дробления мелкой земельной собственности", усвоивший многие черты прусской организации Anerbenrecht. Проектом запрещается дробление земли при наследственных разделах дальше определенного предела, за которым участки считаются уже неделимыми. Для каждой губернии определяется низший и высший предел, соответствующий двум высшим или указанным наделам по положению 1861 г. При переходе участка к нескольким наследникам из числа их за одним признается "право преимущественного наследования участка или частей его". Неделимая часть участка переходит к преимущественному наследнику, который обязан вознаградить денежно остальных наследников за их наследственные доли. При возможности раздела участка на несколько частей в пределах неделимости соответственно увеличивается и число преимущественных наследников с соответствующими обязанностями вознаграждения. Порядок постепенности призвания преимущественных наследников определяется старшинством возраста наследников сначала мужского, а потом женского пола, для крестьян требуется еще проживание вместе с наследодателем].

Полюбовный раздел, как основанный на договоре, неизменен. Но судебный раздел может подлежать еще переделу, если в течение года со времени раздела подана будет просьба в суд со стороны какого-либо из сонаследников, доказавшего, что он был обижен и получил на свою часть удел меньше других (ст. 1332 и 1335). Обжалование судебного раздела не на этом основании, а ввиду несоблюдения установленных форм, может последовать только в общем порядке обжалования судебных определений.

VI. Ответственность наследников. Так как наследник вступает во все юридические отношения, в которых состоял наследодатель, и так как они сливаются, объединенные одним субъектом, с отношениями, в которых состоял до этого времени сам наследник, то наследник отвечает за долги наследодателя, как за свои собственные. Его ответственность перед кредиторами наследодателя не ограничивается ценностью приобретенного наследства, но распространяется на все его собственное имущество. Это положение вытекает логически из современного понятия о наследовании, оно подкрепляется историческими основаниями той эпохи, когда имущество принадлежало семье и смерть главы означала не изменение субъекта прав и обязанностей, а только смену распорядителя.

Но с современной точки зрения такая неограниченная ответственность наследников представляется несправедливой. Трудно понять, за что одно лицо должно отвечать по обязательствам другого, в которых оно не принимало никакого участия. Кредиторы наследодателя верили только его имущественной состоятельности и привлечение к ответственности нового лица составляет для них приятную неожиданность. Если и наследник может освободиться от подобной ответственности отречением или неприятием, то не следует упускать из виду, что нередко наследник может легко ошибаться насчет экономического состава наследства и что некоторые наследники, особенно дети, считают своим нравственным долгом принять наследство, какова бы ни была его ценность. Несравненно правильнее было бы ликвидировать каждое наследство и

только оставшуюся за удовлетворением кредиторов ценность распределять между лицами, имеющими право наследования.

Чем сильнее было римское влияние на то или другое законодательство, тем резче выразилась в нем идея неограниченной ответственности наследства (*ultra vires*). Чем новее законодательство, тем настойчивее проводит оно идею устранения этой неограниченной ответственности. Франция с ее кодексом начала XIX столетия ставит принципом неограниченную ответственность (§ 724, 873), и лишь в виде исключения допускает ответственность в пределах ценности принятого по описи наследства. При составлении гражданского кодекса Германии вопрос о том, должен ли наследник отвечать только принятым наследством или, сверх того, и всем своим имуществом, явился одним из самых боевых. Спор при выработке кодекса отразился на редакции его, которая сейчас возбуждает новые споры в понимании действующего закона. Что в самом деле значит такая неясная фраза: "наследник отвечает за наследственные долги" (§ 1967). Если даже и видеть в ней выражение неограниченной ответственности, то все же необходимо признать правильным замечание, что случаи, когда закон допускает ответственность в пределах принятого наследства, так многочисленны, что в действительности неограниченная ответственность, выраженная, как правило, является только редким исключением (§ 1975). В том же направлении и еще дальше идет швейцарский кодекс начала XX века. Правда, и в нем высказано положение, что наследник, принявший наследство, лично отвечает за его долги (§ 560), но такое последствие может наступить только по личному его желанию. В самом деле, наследнику открыта возможность или заявить о принятии наследства по описи с ответственностью в пределах ее содержания (§ 580), или потребовать официальной ликвидации (§ 593), которая погасит все долги и выдаст наследнику только остаток, если таковой окажется. Англия, далекая от римского влияния, совершенно не знает принципа неограниченной ответственности, – в этой стране наследник всегда отвечает только в пределах ценности, перешедшей к нему с наследством.

В вопросе об ответственности наследника за долги наследодателя Россия стоит на крайнем фланге. По русскому законодательству общее правило состоит в том, что наследник отвечает неограниченно всем своим имуществом и только в нескольких, совершенно незначительных, случаях эта ответственность слагается с него. Свод Законов принял господствовавшую в его время римскую точку зрения, не считаясь с тем, что принцип неограниченной ответственности не имел исторической опоры в русском праве, – приведенные под ст. 1259 т. X ч. 1 источники и на этот раз, как и во многих других случаях, отказываются оправдать содержание.

Неограниченная ответственность распространяется на всех наследников, как назначаемых завещанием, так и призываемых по закону (ст. 1259). Воля завещателя не в состоянии устранить этих последствий принятия наследства. В законе содержатся, однако, указания на отдельные случаи, когда ответственность наследников не идет за пределы ценности принятого наследства. 1) Если наследодатель совершил преступление, которое причинило потерпевшему материальные убытки, то обязанность вознаграждения переходит на наследников с тем, однако, что ответственность ограничивается имуществом, доставшимся им от виновных (Улож. о наказ., ст. 59 и 61); 2) по долговым обязательствам, бессрочным и выданным сроком до востребования, если они представлены ко взысканию по смерти заемщика, наследники его отвечают только всем принятым ими по наследству от должника имуществом (ст. 1259, прим.). Практика желала бы расширить случаи ограниченной ответственности: а) при наследовании восходящих на основании ст. 1146, которая в действительности вовсе не отменяет на этот случай наследования ст. 1259, а лишь устанавливает меру, охраняющую интересы кредиторов; б) при наследовании супругов на основании указной части, которую противопоставляют наследственной доле, хотя исторические признаки этого различия давно стерлись.

Если наследников несколько, то ответственность за долги наследодателя распределяется между ними соответственно наследственной доле каждого (ст. 1259, п. 1, ст. 1543). Каждый из сонаследников отвечает всем своим имуществом, но величина долга, падающая на него, пропорциональна доле его в наследстве.

Ответственность сонаследников только долевая, но не солидарная потому, что последняя нигде в законе не выражена, а следовательно, и не может предполагаться. С другой стороны, так как неограниченная ответственность основывается на идее слияния имуществ наследодателя и

наследника, то ответственность наследника не может рассматриваться как субсидиарная. Другими словами, наследник отвечает перед кредиторами, хотя и пропорционально своей наследственной доле, но не выжидая обнаруженной недостаточности наследства, доставшегося как ему, так и другим наследникам, а тем менее объявления всех наследников несостоятельными должниками, как это, по-видимому, полагает Сенат (81, 187).

В отношении ответственности воля завещателя способна произвести некоторые изменения и распределить ее между наследниками по собственному усмотрению. Завещатель может обязать одних наследников платить больше, других меньше, может возложить на некоторых погашение определенных долгов, иных совсем освободить. Но это распоряжение завещателя, равно как и соглашение между самими наследниками о взаимном распределении обязательств, имеет силу только по отношению к наследникам для определения их расчетов между собою, но не в состоянии ни в чем изменить определенных законом прав третьих лиц, которые могут всегда требовать от наследников удовлетворения, соразмерного наследственной доле. Некоторым исключением оказывается тот случай, когда к одному из наследников переходит недвижимость, обремененная залогом. Платеж долга, обеспеченного залогом, падает исключительно на этого наследника, хотя бы и несоразмерно его наследственной доле, по той причине, что в силу особенности, присущей нашему законодательству, кредитор может обращать свое взыскание только на заложенную вещь, следовательно, он лишен возможности требовать платежа от кого-либо из других сонаследников (80, 70).

Ввиду той тяжести, которую возлагает на наследников принятие наследства в случае превышения пассива над активом, иностранные законодательства, следуя римскому и древнегерманскому праву, дают наследникам особую льготу, известную под именем *beneficium inventarii*. Принимая наследство, наследник может заявить, что он соглашается на это действие только под условием означенной льготы. На такое заявление дается весьма краткий срок, например месяц (герм. гражд. улож., § 1975, швейц. гражд. код., § 580). Кредиторы наследодателя приглашаются в порядке вызывного производства заявить свои требования в течение определенного срока. Затем в течение также небольшого срока наследник должен принять наследство по описи в присутствии представителей общественной власти. При соблюдении этого порядка наследник освобождается от ответственности своим имуществом и отвечает только ценностью наследства, которая установлена была инвентарем. Русскому законодательству эта инвентарная льгота, к сожалению, неизвестна. В правилах об охране торговых предприятий (ст. 1238, прил.) нельзя не заметить следов западного влияния и мысли об инвентарной льготе (ст. 3, 7 и 10), но положения высказаны настолько неясно и противоречиво, что лишены почти всякого практического значения.

Если инвентарная льгота имеет в виду охранить справедливые интересы наследников, то *beneficium seperationis* предназначается к обеспечению не менее почтенных интересов кредиторов. Эти интересы могут значительно пострадать от того последствия, в силу которого имуществом наследодателя сливается с имуществом наследника, быть может, чрезмерно обремененным долгами. Таким путем кредиторы наследодателя, доверявшие его состоятельности, принуждены неожиданно вступить в состязание с кредиторами наследника. Совершенно верные права могут оказаться неосуществимыми, если наследство перейдет к лицу несостоятельному. Поэтому вполне справедливо предоставить кредиторам наследодателя преимущественное право удовлетворения из ценности наследства, ввиду которой они оказывали кредит. Обособление наследства от имущества наследника допускается западными законодательствами (франц. код., § 878–881, герм. улож., § 1981, п. 2, швейц. код. § 594). В нашем законодательстве нет никаких указаний на возможность такого обособления, хотя наша судебная практика, признавая справедливые интересы кредиторов, старается провести это начало и в русскую жизнь (87, 76). Но соображения, выводимые из русского законодательства, не могут быть признаны убедительными, потому что они имеют экономический, а не юридический характер. В положительном законодательстве, не касающемся этого вопроса, едва ли можно сделать вывод о возможности обособления наследства и преимущественном праве кредиторов на его ценность. Единственное косвенное указание встречаем мы в т. XI ч. 2 уст. суд. торг., ст. 498, п. 3, где говорится, что несостоятельностью признается, когда наследники после умершего, не вступая в наследство по несоразмерности его с

долгами, от принятия отрекутся или же кредиторы им не поверят. В последних словах заключается некоторый намек на право кредиторов остановить переход наследства, но, однако, под условием объявления несостоятельности. В обособлении двух имуществ могут быть заинтересованы не только кредиторы наследодателя, но и кредиторы наследника, состоятельности которого может угрожать принятие, может быть, из уважения к памяти отца, наследства, обремененного долгами. Однако кредиторы наследника не вправе просить об обособлении имуществ, потому что в нашем законе нет никаких на то указаний, да и по существу такое право было бы необосновано, если принять во внимание, что они ничем не обеспечивались от самых рискованных операций, в какие мог вступать их должник.

§ 73. Завещательный отказ

Литература: Башмаков, Быть или не быть понятию завещательного отказа в русском законодательстве (Жур. Мин. Юст., 1901, N 7); Бутовский, Наследники и легатарии (В. пр. и нот., 1911, N 23).

I. Понятие об отказе. Рядом с распоряжениями, направленными к предоставлению определенным лицам прав наследования во всем или в части имущества, в завещании могут оказаться отказы или легаты. Под именем завещательного отказа следует понимать такое завещательное распоряжение, которым в пользу известного лица предоставляется или устанавливается определенное право за счет наследственной массы. Лицо, в пользу которого такое право предоставлено или установлено, называется легатарием, что на русский язык передается выражением "отказополучатель".

а. Завещательный отказ есть всегда право, но не обязанность, хотя по связи с правом может быть возложена и обязанность, например, с отказом заложенного дома на отказополучателя возлагается обязанность очистки долга. Завещательный отказ состоит из одного или нескольких определенных прав, и этим отличается от наследования, которое есть право вступления в совокупность юридических отношений, активных и пассивных, оставшихся после наследодателя, хотя бы и не во всю, а только часть ее. Завещательным отказом может быть предоставлено право, выделяемое из наследственной массы: 1) вещное, например, когда отказывается кому-либо верховая лошадь или вклад в сберегательной кассе; 2) обязательственное право, например, когда отказывается кому-либо право требования, принадлежавшее наследодателю и пока еще не осуществленное; 3) исключительное, например, когда ученый отказывает университету свое авторское право на свои труды. Завещательным отказом может быть установлено вновь право, не существовавшее в наследственной массе, но за счет наследственной массы: 1) актом односторонней воли завещателя, например, когда отказывается пожизненное пользование домом, право собственности на который завещается наследнику; 2) актом двусторонней воли наследодателя и наследника, например, когда наследодатель возлагает на наследника обязанность выдать отказополучателю денежную сумму. Последний вид отказа только и может быть признан обязательственным отказом в противоположность всем остальным, в которых отказополучатель приобретает право не через наследника и не в зависимости от его согласия принять наследство, а непосредственно от наследодателя в силу завещания. Все остальные виды отказа, кроме обязательственного, объединяются весьма неточно и в ущерб правильному представлению под именем вещного отказа.

б. Отказ как завещательное распоряжение составляет предложение, исходящее от завещателя. Оно обращено при отказе определенного права, принадлежавшего к составу наследства, и при отказе определенного права, устанавливаемого одностороннею волею завещателя, к лицу отказополучателя, согласие которого только и требуется для того, чтобы он стал субъектом завещанного ему права. Оно обращено при обязательственном отказе, с одной стороны, к отказополучателю, согласие которого необходимо для того, чтобы он стал субъектом права, а с другой стороны, к наследнику, согласие которого необходимо для того, чтобы отказополучатель мог стать субъектом права требовать от наследника исполнения воли завещателя. Согласие наследника выражается в принятии наследства. При обязательственном

отказе между наследником и отказополучателем создается обязательственное отношение, как между должником и кредитором.

с. Характером отказа определяется момент приобретения права. При обязательственном отказе отказополучатель приобретает право требования лишь с момента принятия наследником наследства. Поэтому если бы до этого момента отказополучатель умер, то к его наследникам право перейти не может и прекращается. При всяком другом отказе отказополучатель становится субъектом права, выделенного завещателем из наследственной массы или установленного на наследственной массе в момент принятия отказа с обратным действием к моменту смерти завещателя, но право на отказ приобретает в момент открытия наследства. Поэтому, если бы отказополучатель умер, не успев выразить согласие на сделанное ему предложение, его право переходит к его наследникам. Кроме того, отказополучатель может требовать передачи ему завещанного в том виде, какой оно имело в момент открытия наследства, а следовательно, со всеми доходами и приращениями.

d. Отказ выражается в форме завещательного распоряжения, а потому отказ вне завещания силы не имеет. Не только словесно, но даже в частном письме или в официальном документе выраженное обещание предоставить или установить право не влечет за собою желаемых юридических последствий.

II. Иностранные законодательства. Развитая теория легатов дана была в Риме, где она играла крупную социальную роль. Римское право выработало два вида легата: вещный (*per vindicationem*) и обязательственный (*per damnationem*). Современные законодательства в понимании и в построении легатов проявляют значительное различие.

Французское законодательство легатариями называет вообще всех наследников по завещанию в отличие от наследников по закону. Среди легатариев оно различает три вида: *légataires universels*, которым по завещанию оставляется все наследство, *légataires à titre universel*, которым завещана определенная часть наследства, и *légataires particuliers*, или собственно легатариев, которых закон определяет уже чисто отрицательным путем: всякий иной легат есть частный (франц. гражд. код., § 1010). При таком определении отказа трудно ожидать, чтобы закон различал отказы вещные и обязательственные, и во французской юриспруденции далеко не бесспорным считается, знает ли и допускает ли кодекс вещные легаты. Частный легатарий не отвечает за долги наследства за исключением случая сбавки отказа.

Германское законодательство дает многочисленные и многословные постановления о легатах (*Vermächtniss*), противопоставляя их завещательному назначению наследника. относительно двух видов отказов германское уложение заняло совершенно определенную позицию: оно признало только обязательственный легат: отказом устанавливается в пользу наделенного право требовать от обремененного предоставления отказанного предмета (§ 2174). Вещный легат был сознательно отвергнут законодателем из опасения за интересы кредиторов, которые могли бы пострадать от того, что завещатель некоторые ценные вещи мог бы выделить из наследственной массы и предоставить их кому-нибудь помимо наследника. Легатарии в удовлетворении своих требований к наследнику стоят позади наследственных кредиторов.

Сжато, кратко, но лучше всего построены легаты в швейцарском законодательстве. Наследодатель может назначить кому-либо, не делая его наследником, имущественную ценность (*liberalité, Vermögensvortheil*) посредством легата. Он может или отказать предмет, входящий в наследство, или узурфрукт всего или части наследства, или же обязать своих наследников совершить за счет наследства какое-либо действие в пользу известного лица, или освободить последнее от обязательства. Легаты, которые выходят за пределы ценности наследства, могут быть подвергнуты пропорциональной сбавке (§ 484–486).

III. Русское законодательство. Долгое время упорно поддерживалось мнение, что русскому законодательству совершенно чужда идея отказа, что оно знает только наследников, но не легатариев. В последнее время этот взгляд подвергся пересмотру и в литературе, и в судебной практике.

Можно ли утверждать, что нашему закону неизвестен легат? Статья 1086 признает за завещателем право обязывать своих наследников денежными выдачами, – очевидно, в пользу лиц, ни принадлежащих к числу наследников. Точно так же ст. 1011 прим. говорит, что завещатель

имеет право силою завещания обязать избранного наследника к исполнению некоторых по имуществу распоряжений, каковы, например, денежные выдачи. Закон имеет в виду один род легата, – право на периодические платежи со стороны наследника. Но для развития института отказа достаточно того, что закон упоминает хотя об одном виде отказов и что он сознает различие между наследником и лицом, получающим отказ. Это сознание различия проявилось в финансовом законодательстве: когда духовным завещанием возложена на наследников обязанность произвести другим лицам денежные выдачи, то наследники уплачивают весь причитающийся с наследственного имущества налог и затем имеют право удержать следующие с означенных лиц части внесенного налога из производимых им выдач (т. V, уст. о пошл., изд. 1903 г., ст. 214). Не затемняет идеи отказа и ст. 5339, которая распределяет ответственность за долги собственника родового имения, предоставленного, помимо наследника, в пожизненное пользование супруга, между наследниками и пожизненным владельцем по соразмерности полученной каждым ценности, потому что в этом исключительном случае дело идет об облегчении положения законного наследника, и без того лишенного принадлежащей ему по закону родовой недвижимости.

Но если бы даже допустить, что этих данных мало, нельзя не считаться с тем явлением, что в нашем праве и в нашем быту явственно выступает идея отказа в отличие от идеи наследования. Наше законодательство понимает наследство как совокупность прав и обязательств, оставшихся после умершего (ст. 1104), и, следовательно, представляет себе наследника как универсального преемника. Если это так, то возможно ли вменять русскому праву представление о легатарии как наследнике, когда легатарий в назначении завещателя выступает явно как сингулярный преемник? Можно ли думать, что, оставляя своему старому слуге серебряные часы или завещая университету денежную сумму на образование стипендии, завещатель представлял себе и слугу и университет в роли своих наследников? Глава крупной фирмы, оставляя свое торговое предприятие сыну своему, назначает своим приказчикам, бухгалтерам, конторщикам денежные выдачи, совершенно не подозревая, что юридически он уравнивает их всех в положении своих преемников по имуществу. Сколько бы ни старались втиснуть легатариев в разряд наследников, это не удастся ни в смысле укоренения в правосознании, ни в смысле логического проведения начал наследственного права.

Первоначально Сенат относился совершенно отрицательно к идее легата, как не совместной с русским законодательством. В ответ на попытку поставить рядом с наследником легатарию Сенат высказал, что "лицо, получающее имущество по духовному завещанию, вступает во владение этим имуществом в качестве наследника завещателя" (68, 777), "в ст. 1086, т. X ч. 1 вовсе не заключается такого правила, чтобы лица, в пользу которых завещатель обязал своих наследников денежными выдачами, ни в каком случае не могли считаться наследниками по завещанию" (74, 596). Наконец, сенат вынужден был формулировать свой взгляд в более определенной постановке. "При наследовании по духовному завещанию законы наши не делают особого различия между наследством, предоставляемым завещателем непосредственно указанному в завещании лицу наследника, и таким, которое должно перейти к лицу, указанному в завещании, через посредство избранного завещателем душеприказчика или наследника всего имущества" (79, 340). А затем Сенат признает, что легатарии признаются законом "соучастниками в наследстве" (86, 60). Такое положение, принятое в рассматриваемом вопросе, приводило к большим практическим затруднениям, потому что это обязывало кредиторов наследодателя привлекать к ответственности не только всех наследников, но и всех отказополучателей, хотя бы весьма многочисленных и малозначительных. Выражения "отказ", "легат", "легатарии" назойливо наступали все чаще, и Сенат незаметно для себя стал ими пользоваться как будто они приняты в русском законодательстве. Взгляд практики поддался с 1900 г., когда Сенат по поводу взимаемых с наследства пошлин стал сам противопоставлять легатариев наследникам (00, 104). По поводу завещания, которым все имущество оставлялось вдове с возложением на нее обязанности выдать определенную сумму родственникам и знакомым по усмотрению, Сенат отверг кассационное соображение, что в завещании недостает точного обозначения наследника, и в противоположность прежнему взгляду высказал: "если же завещатель назвал бы лиц, которым наследник его обязан произвести выдачи, то все-таки лица эти являлись бы не наследниками завещателя, ибо он вдове завещал все свое имущество, а лишь лицами, получившими право требовать исполнения

наследником лежащего на нем обязательства" (03, 122). Правда, Сенат в 1908 г. еще отстаивает мнение, что "о легатах, как об особом институте завещательного права, свойственном римскому праву и тем иностранным законодательствам, которые восприняли римское право, в наших гражданских законах не содержится никаких особых постановлений" (08, 77). Но в следующем году Сенат резко порывает с прежним своим взглядом (09, 40). Поставив перед собой вопрос, тождественны ли между собой по нашим законам наследство по завещанию и те денежные суммы (легаты), которые наследник, получивший в наследство известное имущество, обязан по воле завещателя уплатить другому лицу (легатария), Сенат вынужден был дать отрицательный ответ. Признав отличие легатария от наследника, Сенат предложил и конструкцию легата. "Завещатель, возлагая на наследника обязанность произвести третьему лицу выдачу известной суммы денег, как бы (!) заключает договор с наследником в пользу третьего лица". При несогласии наследника "договора нет – нет обязанности у наследника, нет и права у легатария". При согласии наследника последний "делается должником легатария, а последний его кредитором". Отсюда получается вывод, что право легатария "возникает не ранее как по вступлении наследника во владение наследством" и что требование легатария "может быть обращено только к тому наследнику, на которого возложена такая обязанность". [Возникшее право легатария получает обратную силу и относится к моменту открытия наследства (07, 11)]. В этих положениях обнаруживается, что Сенат признал легат как преемство, стоящее рядом с наследованием, но только в виде обязательственного отказа. Ему остается сделать еще один шаг и, не поддаваясь германскому влиянию, признать и вещный отказ.

IV. Непринятый отказ. Если в силу каких-либо обстоятельств отказ не был приобретен отказополучателем, например, по случаю смерти его до открытия наследства, то судьба отказа может быть различна. а) Завещатель, предвидя возможность такого случая, подназначает другого отказополучателя, который и приобретает право. б) При назначении нескольких отказополучателей воля завещателя может связать их настолько тесно, что неосуществление права со стороны одного послужит на пользу остальных. Здесь, следовательно, будет иметь место приращение отказной доли. Например, завещатель назначил нескольким лицам совместно дом; смерть одного из них до открытия наследства увеличит долю каждого из оставшихся в живых отказополучателей. Завещатель, передавая все свое имущество законному сыну, обязывает последнего к уплате 5000 руб. внебрачным детям наследодателя: если один из последних отречется от предоставленного ему права, то его доля поступит в пользу прочих внебрачных детей. в) Наконец, при отсутствии такой связи между отказополучателями непринятие отказа влечет за собою увеличение наследственной доли наследника. Неосуществленный отказ поступает по приращению в пользу наследника, назначенного завещанием, или если такая связь не обнаруживается, то в пользу наследника по закону. Например, завещатель обязывает своего наследника уплатить известному лицу тысячу рублей: при нежелании этого лица воспользоваться отказом, эта сумма остается за данным наследником по завещанию. Иначе решится вопрос, если завещатель, минуя своего сына, оставляет все свое имущество дочери, назначает своей племяннице пригородную дачу: при нежелании племянницы воспользоваться отказом дача остается вне завещания и поступает ко всем наследникам по закону – сыну и дочери. Здесь обнаруживается различие между обязательственным и вещным отказом.

V. Ограничения отказов. В нашем законодательстве находятся некоторые ограничения свободы завещателя в установлении отказов. а) Завещая наследникам благоприобретенное имущество, завещатель может обязать наследников к неограниченным отказам, но если отказ состоит в периодических платежах, то назначение их возможно только до смерти наследника, его можно обязать к денежным выдачам только "на время его жизни". б) При завещании родовой недвижимости наследники вправе отказаться от исполнения сделанных по тому имени распоряжений, если они соединены с "утратою из него большей или меньшей части" (ст. 1086). Назначение отказа будет действительно, пока денежные выдачи не выходят из границ получаемых с того имени доходов (99, 11). За этими пределами отказ теряет юридическую силу и для наследников необязателен. Только такой смысл и можно придать ст. 1086, потому что всякий отказ, как бы ни был он незначителен, непременно соединен с утратою из имени большей или меньшей части.

VI. Ответственность отказополучателей. Так как отказ предоставляет только право, но не возлагает обязанности, то отказополучатель в противоположность наследнику не несет ответственности за долги наследодателя. Следовательно, если на имуществе последнего лежат долги, то они всецело падают на наследников, а не распределяются между наследниками и отказополучателями. Практика наша держалась до сих пор противоположного мнения. Исходя из того взгляда, что легатарии – соучастники в наследстве, Сенат полагал, что "ответственность за долги наследодателя распределяется между сонаследниками пропорционально полученной каждым доле наследства. В этом отношении закон не делает различия между наследниками и легатариями" (89, 294). При этом, однако, упускается из виду, что легатарии не имеют никакой наследственной доли, а только право на вещь или право требования, так что распределение по долям невозможно. По этим соображениям следует отвергнуть взгляд практики и признать, что отказополучатели за долги наследодателя не отвечают до тех пор, пока ценность имущества, перешедшего к наследникам, еще достаточна для покрытия долгов. Если же наследуемого имущества оказывается недостаточно, то к ответственности за долги наследодателя привлекаются и отказополучатели. Но ответственность их существенно отличается от ответственности наследников. Ответственность отказополучателей характеризуется тем, 1) что она субсидиарна, т.е. наступает по обнаруженной несостоятельности наследников выполнить обязательства, лежащие на наследственной массе, 2) что она ограничена пределами ценности полученного отказа и на собственное имущество отказополучателя распространяться не может. Отсюда же видна неосновательность опасений, будто отказы способны подрывать права кредиторов: отказополучатель может пользоваться спокойно своим приобретением только после того, как кредиторы наследства получили полное удовлетворение.

Если отказополучателю назначено имение или дом, обремененные залогом, то погашение долга лежит не на наследнике, а на самом отказополучателе, потому что право требования, обеспеченное залогом, неразрывно с ним связано.

§ 74. Исполнение завещания

Литература: Гольмстен, О душеприказчиках (Юрид. иссл. и статьи, 1894, стр. 105–151); Гордон, О представительстве в гражданском праве, 1879; Любимов, О душеприказчиках по русскому праву (Юрид. газ., 1900, N 22–28).

I. Понятие о душеприказчестве. Приведение в исполнение воли завещателя может быть возложено на самих наследников (т. X ч. I, ст. 1084, п. 2). Но такой порядок может представлять некоторые неудобства: между наследниками возможны ссоры, в поспешном дележе доставшегося имущества легко может быть пренебрежена воля завещателя. Поэтому в завещаниях нередко встречаются назначения особых лиц, так называемых душеприказчиков, которым завещатель поручает исполнение его воли, выраженной им в завещании. Институт душеприказчиков неизвестен был римскому праву, он составляет явление правового быта новых народов, из которых создались современные европейские государства. Французское право, впрочем, едва упоминает о душеприказчиках, напротив, новое германское уложение дает весьма и даже излишне подробные положения о них (§ 2197–2228). В Англии душеприказчик составляет необходимую фигуру при всяком наследовании, если только наследство не состоит из одной лишь недвижимости. Душеприказчики известны древнему русскому праву, хотя с этим именем иногда соединялись различные понятия. В настоящее время в русском законодательстве содержится только общее постановление о том, что завещания исполняются душеприказчиками (ст. 1084, п. 1), и еще несколько частных постановлений. Таким образом, этот институт, имеющий у нас большое бытовое значение, остается без законодательного определения.

Душеприказчество соединимо только с таким представлением о наследовании, по которому момент приобретения права наследования отличается от момента вступления наследника во все юридические отношения, составляющие в совокупности наследство. С точки зрения теории, сливающей эти два момента, относящей к открытию наследства приобретение наследником прав собственности и других прав, остается непонятным, каким образом

постороннее лицо помимо собственника распоряжается его вещами. В действительности права душеприказчиков вполне совместимы с наследственными правами наследников, пока последние не стали субъектами всех прав и обязанностей.

Юридическая природа душеприказчества возбуждает значительные разногласия. Германское законодательство представляет себе душеприказчество как должность (Amt, § 2197, п. 2). Напротив, швейцарское законодательство представляет себе душеприказчество как поручение (mandat, § 517). Однако возбуждается вопрос: если душеприказчество соединено с представительством, основанным на договоре, то представителем какого лица является душеприказчик?

По этому вопросу взгляды расходятся. а) Одни полагают, что душеприказчики являются представителями наследников (Козак, Гирке), однако такое представительство не имеет основания ни в договоре, потому что между душеприказчиками и наследниками не было соглашения, ни в законе, так как закон не назначает душеприказчиков помимо воли завещателя. Притом с представительством наследников стоит в противоречии невозможность для представляемых устранить представителя, а также возможность для душеприказчиков, следуя воле завещателя, совершать действия, противные интересам наследников, например, вести против них процесс. б) Также несостоятельным следует признать взгляд, по которому душеприказчик является представителем завещателя (Пляниоль, 99, 40), – взгляд, общепринятый в Англии. Завещатель как лицо, выбывшее из мира юридических отношений, в представительстве не нуждается. Действие доверенности смертью доверителя прекращается (ст. 2330), тогда как деятельность душеприказчика со смертью завещателя только открывается. в) Остается признать, что душеприказчик является представителем самого наследства как юридического лица, которое продолжает свое существование до выполнения душеприказчиком данного ему поручения (Гельвиг, Кипп). То обстоятельство, что душеприказчик является представителем наследственной массы по воле завещателя, несколько дела не изменяет: опекун над малолетними является несомненно их представителем, хотя он может быть назначен завещателем. [d] Наконец, некоторые полагают, что душеприказчик не является чьим-либо представителем, а осуществляет свои полномочия от собственного имени, на основании лишь воли завещателя (теории Шульца, Штурма). С этой точки зрения он является носителем ограниченного вещного права и господства над завещанным имуществом, а его право действует не только против третьих лиц, но и по отношению к наследникам]. В последнее время Сенат признал, что душеприказчики не могут быть признаваемы представителями ни завещателя, ни наследников по закону (08, 90). Отсюда можно было ожидать правильного вывода, что душеприказчики являются представителями наследственной массы [вывод сделан в реш. 14, 23]. Но Сенат совершенно отрицает за ними представительство, – душеприказчики "только исполнители воли завещателя". Такая конструкция не может быть принята потому, что если душеприказчики не субъекты прав и не представители субъектов, то непонятно, в качестве кого они управляют и распоряжаются чужим имуществом, предъявляют иски?

II. Назначение душеприказчиков. Душеприказчиками могут быть назначены или посторонние лица, или один из наследников. В последнем случае наследник выступает только в качестве душеприказчика, хотя наша практика полагает, что эти два понятия взаимно друг друга исключают (76, 205). Однако этот взгляд основывается не на теоретическом соображении, а на едва ли правильном толковании русского законодательства. Можно назначить одного или нескольких душеприказчиков. На случай отказа или смерти душеприказчика завещатель может подназначить другого душеприказчика. От душеприказчика как представителя требуется в момент принятия им на себя обязанности наличность право- и дееспособности. В нашем законодательстве содержится устранение от обязанностей душеприказчества лиц, служащих в карантинных учреждениях, если они назначены лицами, выдерживающими карантин, и притом в завещании, составленном в это именно время (ст. 1085). Душеприказчиками не могут быть назначаемы лица, подписавшиеся в качестве свидетелей под завещанием (ст. 1054, п. 3). Нарушение этого правила может повлечь за собою опровержение завещания, а с ним вместе и назначения душеприказчиков. Если бы это обстоятельство не подорвало бы силы завещания, например, когда остальных свидетелей достаточно для действительности завещания, то оно не оказывает никакого влияния на

назначение душеприказчиков. Едва ли можно отвергать допустимость назначения юридического лица в качестве душеприказчика. Со стороны нашего законодательства препятствий нет, а теоретически трудно найти возражения. По крайней мере в германской литературе этот вопрос решается утвердительно (Штрогаль, Кипп).

Назначение душеприказчиков составляет одно из завещательных распоряжений. Поэтому оно должно быть облечено в завещательную форму. Это не значит, чтобы предложение принять на себя обязанности душеприказчика должно было быть непременно включено в то самое завещание, в котором помещено распоряжение имуществом наследодателя. Оно может найти себе место в другом акте, но только удовлетворяющем формальным требованиям завещания. Так, например, в главном завещании может быть указано лицо и сделана ссылка на данное ему в другом акте поручение, или наоборот, в главном завещании может быть очерчен круг действий для исполнения воли завещателя, а в особом акте указано лицо, назначаемое душеприказчиком. Но ссылка на неформальный акт или тем более на словесное поручение должна быть признана не влекущею предполагаемых последствий.

Во Франции и в Англии душеприказчики выполняют свою обязанность безвозмездно, и закон не дает им права требовать себе вознаграждения. Только германский кодекс разрешает душеприказчику требовать соразмерного вознаграждения за свой труд, если только завещатель не исключил в завещании возмездности (§ 2221), – постановление особенно странное в законодательстве, которое устраняет возмездность из обыкновенного договора поручения (§ 662). В русской жизни сложился взгляд, что принятие на себя обязанностей душеприказчика составляет акт нравственного долга, выражения дружеских отношений. Исходя из этой бытовой точки зрения, мы должны признать, что душеприказчик не имеет права требовать вознаграждения от наследников или отчислить его себе из наследственной массы, если только завещатель не назначил ему сам вознаграждения по завещательному акту.

III. Отношение к наследству. Являясь представителем наследственной массы, душеприказчик для исполнения воли завещателя должен принять оставшееся имущество в свое заведование, но не во владение, как ошибочно выражается наша практика, потому что душеприказчик распоряжается им не в виде собственности, не от своего имени. Никто не может быть принужден к принятию предложения об исполнении обязанности душеприказчика, но, к сожалению, наш закон не указывает, в течение какого срока может лицо, предложенное по завещанию к исполнению обязанности душеприказчика, размышлять о том, принять ли ему ее или отказаться, и нет никаких средств побуждения к скорейшему решению. Душеприказчик вступает в заведование имуществом после изъявления своего согласия. Однако этот момент ускользает при принятом в нашей практике порядке. У нас утверждение завещания к исполнению включает в себя уже и утверждение душеприказчика, все равно выразил ли он уже свое согласие или же нет. В последнем случае утверждение завещания относительно назначения душеприказчика имеет условное значение, – если согласится то лицо, к которому обращено предложение.

Вслед за утверждением следует принятие имущества в свое заведование. Если до этого были произведены уже охранительные меры, то они снимаются в виду лица, к которому имущество переходит (69, 612). Душеприказчику следует во всяком случае принимать имущество не иначе как по описи, потому что впоследствии могут возникнуть пререкания о составе имущества при представлении отчета наследникам.

Душеприказчик при исполнении возложенного на него поручения должен руководствоваться волею завещателя. Он обязан передать имущество наследникам в том составе и в той доле, как это было указано ему завещателем. [Ходатайствовать же о вводе наследников во владение завещанным им имуществом при отсутствии указаний в духовном завещании душеприказчик не имеет права (14, 23)]. Он должен распределить те денежные выдачи, пожертвования, для точного выполнения которых чаще всего устанавливается душеприказничество. В отношении денежных выданий или пожертвований завещатель может предоставить душеприказчику большую или меньшую свободу усмотрения. В завещании могут быть точно перечислены все подобные назначения или же может быть определена предельная сумма с указанием лишь в общих чертах их назначения, например, на учебные заведения, на церкви. Но эта свобода усмотрения не может идти так далеко, чтобы душеприказчику предоставлено было распоряжение всем имуществом по

усмотрению, самый выбор наследника. В этом случае душеприказчик стал бы сам наследником, собственником. Если наследник не указан прямо в завещании, то наследство поступает к наследникам по закону и душеприказчик совершенно устраняется.

Завещатель вправе возложить на душеприказчиков принятие мер к продаже недвижимости с целью уплаты сделанных завещателем отказов (05, 8, 43). Заметим, что право душеприказчика продать вещи, принадлежащие к составу наследства, предоставленное ему по завещанию, совершенно не согласуется с конструкцией, будто наследники становятся собственниками с момента открытия наследства, так как с этой точки зрения душеприказчики продавали бы чужие вещи без полномочия со стороны собственников.

IV. Отношение к контрагентам завещателя. В завещании душеприказчику поручается обыкновенно уплатить долги наследодателя и взыскать с должников последнего. Такое право должно быть признано за душеприказчиком и помимо воли завещателя, прямо выраженной, потому что оно вытекает из цели данного ему поручения. Недостаток завещательного распоряжения восполняется у нас законом: душеприказчики имеют право производить иски по всем тем предметам, по которым в силу завещания такое право принадлежит им или по которым иск оказывается необходимым для исполнения возложенных на них завещателем распоряжений (Уст. гр. суд., ст. 25). Так, например, возможно, что для производства всех указанных выданных недостает наличных сумм, а между тем существуют должники завещателя. Со своей стороны, кредиторы могут обращаться непосредственно к душеприказчикам, потому что закон предоставляет им обращаться с иском к лицу умершего собственника, т.е. к самому наследству, представителем которого является душеприказчик.

V. Отношение к наследникам и отказчикам. В этом отношении представляется более всего чувствительным существующий в нашем законодательстве пробел по вопросу о душеприказчиках. Заведование душеприказчика должно быть, очевидно, только временным и должно уступить правам наследников на имущество. Однако при недостатке законодательных определений душеприказчик ничем не побуждается к скорейшему выполнению воли завещателя, если ему не указан срок в самом завещании. нет также никаких обеспечений в точном исполнении со стороны душеприказчика возложенных на него поручений. Закон не устанавливает средств и порядка контроля наследников над душеприказчиком.

Практика наша разъяснила, что наследники вправе потребовать у душеприказчика отчета в его действиях, и завещатель не в состоянии освободить его от этой обязанности (78, 263). Однако вопрос остается открытым, когда наследники могут потребовать отчета, в случае ли обнаруженного злоупотребления или в предупреждение его, какими средствами располагают они для побуждения душеприказчика к исполнению принятых на себя обязанностей. Тот же вопрос возникает относительно лиц, которым по завещанию предоставлены отказы. Учреждения, в пользу которых содержатся в завещании пожертвования, имеют надзор за исполнением завещания (ст. 1091), но остается невыясненным, в чем он состоит. Легатарии, знающие о состоянии завещания, могут обратиться с иском к душеприказчикам тотчас по вступлении последних в отправление своих обязанностей. Иски, на завещании основанные, предъявляются по общим правилам о подсудности к тому лицу, душеприказчику или наследнику, на обязанность которого возложено исполнение завещательных распоряжений (Уст. гр. суд., ст. 24). С этой стороны положение легатариев лучше положения наследников.

Во всяком случае душеприказчики несут имущественную ответственность за неточное исполнение ими поручения, если уклонение от завещательной воли причинило ущерб интересам наследников, которые вправе привлекать их к ответу. [Наследники по завещанию могут в исковом порядке просить суд об удалении душеприказчика (11, 32), но для успешного проведения этого иска им необходимы такие доказательства, которые могут быть получены от самого душеприказчика, свободного, однако, от регулярной отчетности перед какими-либо лицами или учреждениями]. В нашем законодательстве нет и намека на ту охрану интересов наследников, какую дает германское право, по которому суд, ведающий наследственное дело, может по просьбе заинтересованного лица устранить душеприказчика, если находятся уважительные к тому основания (§ 2227). Возможно, что душеприказчики, злоупотребляя оказанным им доверием, продадут или заложат вещи, входившие в состав наследства. По мнению практики, такие сделки

недействительны, и наследник вправе обратиться с иском непосредственно к покупщику (71, 1264). Такой взгляд следует признать неправильным. Во время заведования имуществом со стороны душеприказчиков наследники не имеют еще права собственности на вещи, принадлежавшие наследодателю, а потому отчуждение их со стороны представителя наследственной массы является юридически правильным. Притом третьи лица не могут и не обязаны знать, входит ли в поручение душеприказчика продажа или залог данной вещи, так как подобное право весьма часто встречается в целях распределения денег. На завещателе лежит вина в выборе лица, оказавшегося не на высоте оказанного ему доверия, а интересы третьих лиц не должны от того страдать.

Печатается по: Г.Ф. Шершеневич. Учебник русского гражданского права. 11-е изд., 1-е посмертное, просмотр. и доп. по поручению юридического факультета Императорского Московского университета пр.-доц. В.А. Краснокутским. Том второй. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1915.

Г.Ф. Шершеневич. Учебник русского гражданского права. Т. I, 1914 г. и т. II, 1915 г.; издание 11-е, первое посмертное, просмотренное и дополненное по поручению юридического факультета Императорского московского университета пр.-доц. В.А. Краснокутским[1]

Весной текущего года наконец-то вышло в законченном виде первое посмертное издание "Учебника гражданского права" профессора Г.Ф. Шершеневича. Говорю "наконец-то" потому, что это издание давно уже с нетерпением ожидалось. Хотя за последнее время русская литература и обогатилась несколькими новыми учебниками гражданского права, но это не помешало учебнику Г.Ф. Шершеневича сохранить за собой свое почетное место, а между тем вследствие выхода за последние годы целого ряда новелл издание учебника 1912 г. стало все более и более отставать от состояния нашего законодательства, да к тому же и все разошлось, так что приобретать его приходилось антикварным путем за весьма дорогую цену (10–15 руб.) Поэтому можно только приветствовать московский университет за то, что он начал осуществлять завещанные ему покойным цивилистом авторские права.

С внешней стороны издание производит вполне благоприятное впечатление. Это то же прекрасное издание братьев Башмаковых, постоянных издателей трудов Г.Ф. Шершеневича при его жизни. К первому тому приложен портрет автора несравненно лучше исполненный, чем портрет, приложенный к посмертному изданию "Учебника торгового права". Небольшая по объему, но содержательная и тепло написанная В.А. Краснокутским статья о жизни и научной деятельности Г.Ф. Шершеневича также производит хорошее впечатление. Помещенный тут же список трудов Г.Ф. Шершеневича, конечно, далеко не так полон и тщательно составлен, как аналогичный список, напечатанный в "Сборнике памяти Г.Ф. Шершеневича" и составленный уже скончавшимся ныне А.В. Завадским совместно с Л.А. Богородицкой и Е.Н. Даниловой (в первом списке всего 36 номеров, а во втором – 168), но за это вряд ли можно упрекнуть В.А. Краснокутского, – такой список, как в "Сборнике", мог составить только ученик и друг покойного, знавший лично всю его деятельность и живший к тому же в Казани, где только и можно было разыскать следы многих статей Габриэля Феликсовича. Единственно, что можно возразить против внешней стороны издания, – это его дороговизна (вместо прежних 5 руб. 50 коп. – 6 руб. 25 коп.). Это последнее обстоятельство мотивируется тем, что благодаря сделанным В.А. Краснокутским дополнениям размер учебника сильно возрос и его пришлось разбить на два тома, но, как мы ниже постараемся доказать, в таком увеличении вовсе не было никакой нужды, да и, кроме того, щедрый дар Г.Ф. Шершеневича московскому университету, по моему убеждению, мог бы служить основанием для отказополучателя несколько поступиться материальными выгодами ради более широкого распространения книги отказчика в обществе, – ведь московский университет сам есть учреждение, созданное для распространения образования в широких массах.

Но то отрадное чувство, которое испытывал пишущий эти строки (да, я думаю, и многие другие юристы), получив наконец в руки прекрасное с внешней стороны посмертное издание учебника, служившего ему много лет настольной книгой, издание, приспособленное к современному положению законодательства, к сожалению, быстро исчезло при внимательном чтении учебника в новой редакции и сменилось сперва чувством недоумения, а потом и глубокой

горечи. Как ни тяжело об этом говорить, но надо признать, что исправление учебника сделано более чем неудовлетворительно, так как кроме многих существенных недостатков и пробелов в деле непосредственного приведения учебника в соответствие с современным положением законодательства, практики и науки редактором издания допущены дополнения и исправления такого рода, которым в сущности совершенно не должно быть места в посмертном издании труда ученого, завещавшего свои работы московскому университету.

Остановимся сперва на недостатках первой категории. Здесь прежде всего нужно указать на то, что прив.-доц. В.А. Краснокутским не включены в учебник некоторые новейшие законодательные акты, имеющие непосредственное отношение к излагаемому в учебнике материалу. Так, В.А. Краснокутский право владельцев заповедных, временно заповедных и тому подобных имений отчуждать крестьянам участки из состава этих имений продолжает основывать на Высочайше утвержденном 21 октября 1906 г. положении совета министров, тогда как это положение теперь заменено законом 30 июня 1913 г. Затем ни в главе об экспроприации, ни в главе о правах на промышленные изобретения не сделано никаких указаний на закон 28 июня 1912 г. о принудительном отчуждении привилегий на изобретения и усовершенствования, между тем как закон этот представляет немаловажный интерес и устанавливает существенные отличия от порядка экспроприации, указанного в т. X ч. 1. Но еще более крупной ошибкой со стороны В.А. Краснокутского является то, что он оставил без исправления текст учебника относительно ответственности предприятий фабрично-заводской, горной и горнозаводской промышленности за несчастные случаи с рабочими[2], обойдя полным молчанием закон 23 июня 1912 г. о страховании рабочих от несчастных случаев. Благодаря этому, изложение данного вопроса в учебнике является прямо неправильным. Что В.А. Краснокутскому закон этот был известен, можно судить уже по тому, что одной страницей выше он упоминает об однородном законе 28 июня 1912 г. об ответственности железнодорожных предприятий, так что здесь мы имеем дело просто с недосмотром, но при редактировании учебника проф. Шершеневича такая небрежность не может быть признана извинительной, особенно когда дело идет о законодательных актах первостепенной важности.

В ряде других случаев новейшие законы В.А. Краснокутским хотя и включены в учебник, но или в неправильной формулировке, или столь механически, что читатель не в состоянии сразу уловить, в чем же сущность реформы и какое отношение имеет она к прежнему положению вещей. В качестве примеров можно указать следующие места учебника. 1) В главе об источниках гражданского права В.А. Краснокутский исправляет слова проф. Шершеневича об области применения обычного права по формальному признаку[3], исправляет согласно ст. 101 уст. гр. суд., введенной законом о местном суде, но не включает свои исправления в скобки, так что от читателя остается скрытым, во-первых, что это текст В.А. Краснокутского, а не Г.Ф. Шершеневича, а во-вторых, что новый закон о местном суде значительно расширил область применения обычая. 2) На стр. 161 т. I В.А. Краснокутский говорит: "закон 3 июня 1912 г. установил еще одно деление недвижимых имуществ, лишенное серьезного основания, – на городские и земельные, соответствующие прежним землям, в уезде находящимся", из чего явствует, что будто бы термин "земельное внегородское имущество" означает имение, находящееся в уезде, между тем как господствующее в нашей литературе мнение понимает под этим термином только имения сельскохозяйственные[4]. Характерно, что и в наследственном праве В.А. Краснокутский не пытается дать каких-либо более точных указаний относительно понятия "земельного внегородского имущества". Из добавления же, данного на стр. 161, изучающий гражданское право (а курс Шершеневича имеет в виду студентов) совершенно не поймет, что это за новое деление установил закон 1912 г. и зачем понадобилось это деление, когда и раньше была известна категория "земель в уезде находящихся". 3) Нельзя всецело не примкнуть к мнению проф. барона Фрейтаг-Лоринговена, что включенная в учебник глава о праве застройки представляет собою лишь многословную перефразировку закона, причем весьма важные вопросы остаются в ней совершенно не затронутыми[5]. К этому можно лишь добавить, что и самый закон В.А. Краснокутский перефразирует так, что исчезает его смысл и значение: так, на стр. 164 автор говорит, что "закон трактует право застройщика как недвижимое имущество, открывая для здания, возведенного по праву застройки, особый крепостной лист и приравнивая тем самым строения на

чужой земле к имуществу недвижимому". Если бы закон действительно так говорил, то можно было бы только удивляться, из-за чего спорят наши юристы, является ли такое здание движимостью или недвижимостью, но оказывается, что нужно удивляться не им, а В.А. Краснокутскому, так как закон открывает особый крепостной лист не для здания, возведенного по праву застройки, а для самого права застройки[6], о недвижимом характере коего никто и не спорит. Правда, из недвижимого характера права застройки можно заключать о недвижимом характере здания как неразрывно связанного с правом застройки[7], но это будет уже логический вывод, с которым можно соглашаться и не соглашаться, но никак не прямое указание закона. 4) В неудовлетворительном с педагогической точки зрения положении оказался в учебнике весь вопрос о значении ввода во владение[8]. В.А. Краснокутский оставил здесь в неприкосновенности все доводы Г.Ф. Шершеневича в пользу взгляда, что право собственности должно считаться приобретенным лишь с момента ввода, и только в самом конце добавил: "закон 1912 г. изменяет принятый порядок ввода во владение в том отношении, что 1) считает его правом, а не обязанностью приобретателя, 2) предписывает просьбу о вводе направлять к мировому судье, а не в окружной суд, 3) разрешает просить о составлении описи передаваемого имущества и 4) отменяет все прочие требования, приведенные выше (ст. 14331–14334 уст. гр. суд.)". Благодаря такой лаконичности оказалось вовсе не подчеркнутым, что теперь все доводы Шершеневича утратили догматическое значение, так как новый закон не только изменил порядок ввода, а, признав его факультативным, тем самым определенно решил прежний спор в том смысле, что право собственности приобретается и без ввода во владение. Затем В.А. Краснокутский совершенно напрасно оставил в неприкосновенности текст проф. Шершеневича, излагающий самый порядок ввода, здесь Г.Ф. передает исключительно текст статей, не делая никаких замечаний от себя, а раз статьи эти теперь существенно изменены, то сохранение старого текста только путает студентов. Наконец, уже совсем неверно замечание В.А. Краснокутского, что "ст. 1432 уст. гр. суд. с введением в действие закона о преобразовании местного суда должна почитаться отмененной", – статья эта не должна почитаться отмененной, а действительно отменена, что далеко не одно и то же. 5) Еще в худшем положении оказалась знаменитая ст. 683. Здесь В.А. Краснокутский поступает так же, как и в предыдущем случае – т.е. оставляет старый текст учебника, а в конце добавляет: "закон 28 июня 1912 г. возлагает на железные дороги ответственность за несчастные случаи со всякими железнодорожными служащими при целом ряде работ, хотя бы и не относящихся к технической эксплуатации, и т.д. (всего 11 строк)"[9]. Таким образом, остается неуказанной ни самая сущность нового закона, ни его отношение к ст. 683 – отменена ли она новым законом или нет, а если нет, то к каким случаям должен применяться новый закон и к каким случаям ст. 683. Вполне естественно, что при такой упрощенной системе дополнений все изложение стало неверным. 6) А вот как изложена В.А. Краснокутским сущность закона 12 марта 1914 г. о раздельном жительстве супругов: "Новый закон внес некоторое смягчение ст. 103, дополнив ее ст. 1031", – дальше излагается ст. 1031, и этим все исчерпано[10]. 7) Исправляя текст проф. Шершеневича в учении о находке согласно с изменениями, внесенными законом 23 марта 1912 г., В.А. Краснокутский добавляет: "К сожалению, закон наш, устанавливая срок, в течение которого следует ожидать собственника, не говорит определенно, что право собственности может быть приобретено немедленно после истечения шести месяцев со дня объявления или публикации"[11]. К сожалению, мы плохо понимаем, какая определенность нужна г. Краснокутскому, когда закон (ст. 539) прямо говорит, что "если хозяин найденной вещи не явится в течение шести месяцев со дня выставления полицией объявления или пропечатания публикации, то вещь отдается нашедшему". 8) На стр. 442 т. II мы читаем: "Однако из общего правила о равномерном разделе наследства между сыновьями и дочерьми имеется исключение в отношении земельного внегородского имущества, когда при многочисленном составе семьи возникает опасность, что сыновья получают меньше дочерей". далее приводится правило о разделе земельного внегородского имущества в данном случае поровну. Мы-то понимаем, что хотел сказать г. Краснокутский, но если прочтет этот абзац лицо, только приступающее к изучению гражданского права, то оно, пожалуй, сделает из формулировки г. Краснокутского самые неожиданные выводы. И это тем более досадно, что в данном месте В.А. Краснокутский скобок не поставил, т.е. приписал вышеуказанную фразу покойному Г.Ф. Шершеневичу, что уже совершенно

недопустимо. 9) Для характеристики небрежного отношения В.А. Краснокутского к возложенной на него задаче мы не можем не привести еще отрывок из стр. 445 т. II. В старом издании текст гласит так[12]: "Так как в боковых линиях сестры при братьях не имеют права на наследство, то они исключаются из наследования и по праву представления. В этом положении заключается особенность права представления при наследовании в боковой линии". В.А. Краснокутский первую фразу исправил соответственно новому закону о наследовании, а вторую оставил без перемен. В результате получилось: "Так как в боковых линиях сестры имеют права на наследство наряду с братьями, то они не исключаются из наследования и по праву представления. В этом изложении заключается особенность права представления при наследовании в боковой линии".

Вышеприведенные места, мне кажется, ясно показывают, как исполнил В.А. Краснокутский ту работу, которую он должен был сделать. Но еще больший упрек он заслуживает за то, что сделал с учебником то, чего никоим образом делать не следовало. Задача г. Краснокутского заключалась в том, чтобы привести учебник в соответствие с изменившимся за это время состоянием законодательства, практики и литературы, т.е. дополнить новыми законами, судебными решениями и вновь появившейся литературой, но исправлять текст Шершеневича, дополнять его тем материалом, который существовал до кончины покойного профессора и которого он сам при жизни почему-либо не хотел включать, а тем более изменять произвольно мнения Шершеневича, В.А. Краснокутский не имел нравственного права, и указывать на это в печати мне лично очень тяжело, а между тем все это сделано автором и в самых широких размерах.

Если взять громадное большинство вставок, сделанных В.А. Краснокутским, то они окажутся вовсе не исправлениями, сделавшимися необходимыми вследствие появления каких-либо новшеств в законодательстве, практике или литературе, а просто дополнениями, которые казались почему-то нужными В.А. Краснокутскому, но не казались нужными Г.Ф. Шершеневичу. То в числе сторонников формальной теории различия между правом гражданским и правом публичным к Дювернуа и Муромцеву присоединен Гамбаров, то включено указание на Жени, Салейля или Тура, то прибавлено к мнению Пляниоля мнение Капитона, то учение о толковании дополнено определением различия научного толкования от судебного, принадлежащим самому В.А. Краснокутскому, то присоединена ссылка на старое сенатское решение[13] и т.д. Подробно указывать все эти ненужные вставки нет никакой возможности, но чтобы читатель мог проверить, что мой упрек не голословен, укажу на страницы: т. I стр. 4, 13, 17, 34, 38, 50, 65, 71, 75, 100, 175, 212, 226, 242, 243, 255, 256, 269, 271, 278, 302, 334, 361, 362, 371, 372, 378, 383, 384, 403, 404, 407, 410, 433; т. II стр. 21, 50–51, 60, 139, 141, 142–143, 145, 147, 149, 151, 153, 154, 162–163, 342, 365, 368, 374, 410, 417, 418, 421, 461, 475, 497. В большинстве случаев вставки эти просто не нужны. Например, Шершеневич говорит: "так как леса имеют влияние на состояние вод и на климат, то пользование лесами не предоставлено полному усмотрению собственника" – В.А. Краснокутский нашел здесь существенный пробел, который необходимо заполнить, и он после слова "климат" вставляет: "...а также на другие очень разнообразные явления"[14]. Но есть и вставки худшего качества – это те, в которых В.А. Краснокутский взял на себя непростительную смелость в учебнике проф. Шершеневича вставлять критические замечания по поводу мнений самого же Шершеневича. Что в учебнике проф. Шершеневича есть достаточное количество мест, против которых можно с успехом возражать, это, конечно, бесспорно, но вставлять критические по адресу автора замечания в его же учебник более чем неуместно. К такого рода вставкам относится дополнение В.А. Краснокутского на стр. 256 т. I, где после доводов Шершеневича в пользу взгляда, что по русскому праву защищается лишь владение в виде собственности, г. Краснокутский вставляет лапидарную фразу: "Условный характер этих аргументов лишает их положительного значения". Точно так же на стр. 141 т. II после слов Шершеневича, утверждающих, что при страховании имущества возмещаемый ущерб может заключаться лишь в уменьшении ценности имущества, г. Краснокутский замечает: "Однако такое общее отрицание возмещения всяких возможных выгод не оправдывается ни теоретически, ни практически. Страхование на случай неполучения ожидаемой прибыли вполне допустимо. Затем в практике огневого страхования обиходными стали дополнительные соглашения о возмещении ущерба от неполучения квартирной платы во время ремонта пострадавшего от пожара дома, простая

фабрики и т.п.". Здесь неуместность вставки еще рельефнее подчеркивается неверностью последнего положения, так как такие дополнительные соглашения в огневом страховании, как нам положительно известно, совершенно не практикуются и уже, во всяком случае, не являются обиходными.

Нельзя считать правильным и включение г. Краснокутским в учебник многочисленных ссылок на проект гражданского уложения, значительно увеличивших объем учебника и сделавших книгу дорожке. Конечно, можно быть разных мнений относительно желательности или нежелательности включения проекта в учебники вообще, но в данном случае этого делать не следовало по той причине, что Г.Ф. Шершеневич при жизни был против таких включений и упрекал за то учебник проф. Гуляева, считая их не имеющими ни теоретического, ни практического значения [15]. Получается какая-то горькая ирония – главнейшее научное произведение покойного после смерти снабжено таким материалом, за включение которого покойный при жизни упрекал других.

Но развязность г. Краснокутского достигает своего апогея там, где он берет на себя роль цензора и смелой рукой вычеркивает из учебника то, что ему не нравится, и переделывает текст по своему усмотрению. Так, на стр. 22 выпущен весь критический отзыв Шершеневича о "Курсе гражданского права" проф. Гамбарова. Пропущены следующие слова: "Поэтому курсу Гамбарова трудно сделаться школой для юристов, так как они не научаются, как надо обращаться с материалом положительного права, и не получают освещения правовых институтов с точки зрения их социальных целей. Некоторая расплывчатость изложения и монотонность едва ли будут способствовать популярности гражданского права, как это хотелось бы автору. Главный теоретический недостаток курса – его эклектичность; в нем видны научные наслоения разного времени, плохо уживающиеся друг с другом. Штаммлер никак не может найти себе места рядом с Иерингом". На стр. 48 т. I г. Краснокутский вычеркнул фразу: "Такие колебания лишней раз свидетельствуют, как близко соприкасается обычное право с бесправием", сказанную Шершеневичем относительно колебаний сенатской практики в вопросе о применении обычаев в наследовании после крестьян [16].

Но в рецензии проф. Шершеневича на учебник проф. Гуляева В.А. Краснокутский пошел еще дальше – он просто переделал несколько отрицательный отзыв Шершеневича в положительный и напечатал его без скобок, т.е. от имени покойного Шершеневича. Это обстоятельство уже было отмечено в литературе проф. бароном А.Л. Фрейтаг-Лоринговым [17], почему приводить для сравнения тексты обоих изданий мы считаем излишним. Двух мнений о подобного рода переделках быть не может. Если бы Габриэль Феликсович был жив, то подобная переделка была бы нарушением ст. 69520 т. X ч. 1 и виновник подлежал бы уголовному наказанию по ч. 1 ст. 620 уголовного уложения. Но Габриэль Феликсович в могиле, и на его учебнике, к сожалению, полностью оправдались мои слова (см. статью "Охрана личных прав авторов в новом законе об авторском праве 20 марта 1911 г.") о печальных результатах, могущих произойти вследствие соединения судьбы личных прав автора с авторским правом, так как соединение это отдает защиту прав автора всецело в руки наследников, а если последние сами нарушают эти права, то память автора защищается только критикой и общественным мнением. Цель этой заметки и заключалась в посильном исполнении этого долга перед памятью усопшего учителя.

Профессор барон А. Симолин

Печатается по: Право. Еженедельная юридическая газета. 1915. N 20. Воскресенье. 17 мая.

[1] Данная весьма критическая рецензия написана учеником Г.Ф. Шершеневича, профессором А.А. Симолиным. Она проникнута идеей неприкосновенности произведения, являющегося объектом авторского права, идеей, к сожалению, размытой в действующем законодательстве РФ. Защищая ее, А.А. Симолин показал, какие изменения и дополнения в тексте учебника, осуществленные приват-доцентом В.А. Краснокутским, оправданны и уместны, а какие являются искажением взглядов Г.Ф. Шершеневича, неправильной трактовкой его научных позиций, тем самым нарушением неприкосновенности произведения. Рецензия А.А. Симолина – это образец того, как научная критика может служить защите личных неимущественных прав авторов, ушедших из жизни, и является для современного читателя примером исполнения

учеником нравственного долга по защите научных взглядов учителя от искажений и вольных трактовок.

Предлагая вниманию современного читателя данную рецензию А.А. Симолина, редакционная коллегия серии "Классика российской цивилистики" преследует цель создания более полной палитры научных позиций и взглядов на переиздаваемый "Учебник русского гражданского права" Г.Ф. Шершеневича. – Примеч. В.С. Ема.

[2] Учебник, т. II, стр. 243–244.

[3] Т. I, стр. 48–49.

[4] Гойхбарг. Закон о расширении прав наследования и т.д., 1912; Синайский. Русское гражданское право, вып. I, 1914, стр. 126.

[5] Вестник гражданского права, 1915, N 2, стр. 133.

[6] Ст. 54226, т. X ч. 1.

[7] Такое мнение, например, высказывает проф. Ельяшевич (Законы гражданские, вып. II, стр. 22).

[8] т. I, стр. 311–314.

[9] Т. II, стр. 242–244.

[10] Т. II, стр. 308.

[11] Т. I, стр. 336–337.

[12] Стр. 854.

[13] При этом, однако, опечатки в ссылках на статьи и решения, допущенные в старом издании, так и не исправлены (см., например, на стр. 93 реш. 09 N 6 вместо N 5; на стр. 96 реш. 92 N 79 вместо N 97; ст. 1456 вместо 1455; на стр. 113 реш. 09 N 117 вместо N 116; на стр. 195 реш. 76 N 298 вместо N 398).

[14] Т. I, стр. 303.

[15] Учебник, 10-е изд., стр. 21.

[16] Учебник, 10-е изд., стр. 46.

[17] Вестн. гражд. права, 1915, N 2, стр. 133.