28486.

БИБЛІОТЕКА
* Ученаго Комитета Мин. Фин. *

ОЧЕРКИ ПРАВА

РОДОВОГО, НАСЛѢДСТВЕННАГО

25085

И

ОБЫЧНАГО.



ЮРИДИЧЕСКІЯ ИЗСЛѢДОВАНІЯ

А. А. БАШМАКОВА.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ,
«Русско-Французская» типографія, Офицерская ул., 6.
1911.

БИБЛИОТЕКА НКФ СССР

85330

Une oeuvre, à laquelle on a beaucoup pensé et dans laquelle chaque page vous rappelle une méditation, parfois douloureuse,—on y met volontiers le nom de la personne qui a laissé en vous l'impression morale la plus profonde, surtout à l'époque où s'est formé l'instrument si délicat du penseur, sa mentalité intime.

Je dédie par conséquent ce livre qui probablement ne plaira qu'à un petit nombre, je le dédie à une âme solitaire et profonde qui a souvent passé incomprise de la foule, sans qu'on se doutât de la beauté de son caractère et de la valeur de son esprit. Que cette œuvre porte donc la dédicace à la compagne courageuse des jours d'épreuves, à Madame Caroline Baschmakoff, née Wistaz—d'Ivernois.

L'auteur

Оглавленіе.

Предисловіе . . . . . VII—VIII.

I. Родовое право.

Институтъ родовыхъ имуществъ передъ судомъ русской юриспруденціи. . . . . 1—80

II. Наслѣдственное Право.

1. Что такое наслѣдство? . . . . . 81.
2. О владѣніи по наслѣдству или сезинѣ . . . . . 88—114.
3. О безусловной неспособности наслѣдовать . . . . 115—122.
4. Наслѣдованіе лицъ, еще не родившихся и не созданныхъ . . . . . 123—134.
5. Недостойность наслѣдника, опредѣляемая по судебному приговору и по завѣщанію . . . . . 135—146.
6. Право представленія и поколѣнное преемство. . . 147—168.
7. Что такое трансмиссія . . . . . 169—177.
8. Опытъ критической оцѣнки института обязательной доли . . . . . 178—205.
9. Постановка вопроса объ обязательной долѣ въ современныхъ законодательствахъ . . . . . 206—225.
10. Быть или не быть понятію завѣщательнаго отказа въ русскомъ законодательствѣ . . . . . 226—250.

11. Долговая отвѣтственность наслѣдника. . . . . 251—278.
12. «Сбавка» и «возвратъ» въ связи съ учрежденіемъ «выдѣла» . . . . . 279—284.
13. Замѣтки по библіографіи наслѣдственнаго права . 285—290.

III. Обычное право.

1. О задачахъ новаго отдѣленія обычнаго права С.-Петербургскаго Юридическаго Общества . . . 291—297.
2. Отношеніе суда къ обычаю по новому проекту гражданскаго судопроизводства. . . . . 298—318.
3. По пути къ народному правосознанію . . . . . 319—335.
4. Докладные тезисы о значеніи обычая для судьи и законодателя . . . . . 336—338.
5. Юго-Славянское обычное право въ судьбахъ греко-россійскихъ номоканоновъ. . . . . 339—346.
6. Принципъ тождества чередующихся формъ при вымираніи и возникновеніи юридическихъ обычаевъ 347.
7. О предѣлахъ примѣненія обычая въ наслѣдственномъ правѣ. . . . . 347—357.
8. Обычай, какъ строительный матеріалъ нашего гражданскаго права . . . . . 358—369.
9. Отрицаніе наслѣдованія въ семейномъ имуществѣ. 370—379.
10. Новинка въ литературѣ русскаго обычнаго права 380—393.
11. Новый сборникъ болгарскихъ юридическихъ обычаевъ 394—400.
12. Болгарская семейная задруга, по изслѣдованіямъ С. С. Бобчева. . . . . 401—410.
13. Законодательная техника и народное право . . . 411—419.
14. Общія начала крестьянскаго права наслѣдованія . 420—438
15. Библіографическія замѣтки, имѣющія отношеніе къ обычному праву . . . . . 439—445

Предисловіе.

Настоящая книга содержитъ въ себѣ тѣ юридическіе очерки, которые вышли въ разное время изъ подъ моего пера, по вопросамъ, привлекавшимъ мое вниманіе послѣ 1894 года, т. е. за время моего участія въ бывшей Высочайше учрежденной коммиссіи Н. И. Стоянновскаго и А. А. Книрима по составленію Проекта Гражданскаго Уложенія, затѣмъ въ Коммиссіи, созванной статсъ-секретаремъ В. К. Плеве (въ 1903 г.) для пересмотра законодательства о крестьянахъ и наконецъ въ бытность мою во II Департаментѣ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ по исполненію юрисконсультскихъ обязанностей (1899—1904 гг.).

Эти очерки вращаются, главнымъ образомъ, въ предѣлахъ гражданскаго права, понятаго въ нѣсколько расширенномъ видѣ. Публицистическіе и политическіе этюды не вошли сюда, бывъ отчасти выдѣлены въ книгу «За Смутные Годы» (1906 г.), а отчасти оставшись, до поры до времени, вовсе не собранными.

Предлагая настоящую книгу кругу читателей, интересующихся разработкой малоизвѣстныхъ отраслей права, я не льщу себя призрачной надеждой, чтобы этотъ трудъ могъ понравиться большому кругу лицъ. Тому есть два препятствія: мой *методъ* («вглубь, а не вширь») и *мое направленіе* («сочетаніе народныхъ юридическихъ воззрѣній съ общенаучными данными юриспруденціи всѣхъ временъ»). По странному стеченію обстоятельствъ, я въ своихъ изслѣдованіяхъ горячо полюбилъ похороненныя и забракованныя темы; меня всего сильнѣе влекла прелесть тѣхъ тропинокъ, надъ которыми стояла надпись: «здѣсь нѣтъ прохода»; меня притягивала чарующей силой вся сфера мыслей давно впавшаго у насъ въ опалу — славянскаго сравнительнаго законодательства. Въ воззрѣніяхъ на вопросъ о родовыхъ

имуществахъ я стою почти особнякомъ въ русской юридической литературѣ. Въ области наслѣдственнаго права, я не могу мириться съ преобладающимъ модернизмомъ, гласящимъ: «все за деньги», и стремлюсь къ отстаиванію духовнаго, не матеріальнаго интереса въ гражданскомъ правѣ. А въ строительствѣ нашихъ гражданскихъ кодексовъ я осуждаю (и въ томъ я также грѣшу противъ моды), я не мирюсь съ возобладавшимъ среди нашихъ юристовъ полнымъ небреженіемъ къ обычному праву и юридической психологіи народной массы.

Мнѣ моя книга дорога, потому что я въ нее вложилъ лучшій плодъ моей долголѣтней и самостоятельной мысли въ излюбленныхъ для меня отрасляхъ гражданскаго права.

Не дорожа тѣмъ, чтобы со мною была толпа, повинующаяся всегда послѣдней модѣ, я тѣмъ болѣе дорожу одобреніемъ численно ограниченнаго круга русскихъ мыслителей, любящихъ—во всѣхъ смыслахъ этого слова: «Духовную *Самоту*».

На ихъ судъ я отдаю себя и мое дѣтище.

А. А. Башмаковъ.

С.-Петербургъ,
въ Маѣ 1911 г.

I. РОДОВОЕ ПРАВО.

Институтъ родовыхъ имуществъ передъ судомъ русской юриспруденціи.

(Журн. Мин. Юст., сент. и окт. 1897 г.).

Русскіе законы о родовыхъ имуществахъ, по единогласному отзыву всѣхъ лицъ, о нихъ писавшихъ, представляются неудовлетворительными, какъ въ отношеніи ихъ формулировки, такъ и въ отношеніи ихъ содержанія. Не подлежитъ сомнѣнію, что пересмотръ этихъ узаконеній представляется нынѣ неотложно необходимымъ и что въ нынѣ дѣйствующихъ законахъ о родовыхъ имуществахъ содержится одно изъ самыхъ слабыхъ мѣстъ нашего Свода гражданскихъ законовъ.

Несмотря на очевидность этихъ недостатковъ, нельзя сказать, чтобы задача реформы родовыхъ имуществъ была проста. Указать явные недостатки того или другаго положенія, сравнительно говоря, не трудно. Замѣна узаконеній, даже весьма недостаточныхъ, представляется, однако, такимъ дѣломъ, передъ которымъ не такъ легко рѣшиться въ особенности въ виду спорныхъ теченій, состязующихся въ глазахъ законодателя.

Всѣ согласны, что законы о родовыхъ имуществахъ, въ настоящемъ ихъ видѣ, сохраняемы быть не могутъ. Спрашивается, чѣмъ ихъ замѣнить? На этотъ вопросъ уже не существуетъ никакого единства взглядовъ. Нѣкоторые требуютъ совершеннаго упраздненія института родовыхъ имуществъ; другіе предлагаютъ сохранить этотъ институтъ, придавъ ему иную формулировку.

Новѣйшими представителями этихъ двухъ противоположныхъ взглядовъ являются два писателя: К. П. Змирловъ и А. Ф. Брандтъ.

Со времени появленія ихъ работъ, т. е. за послѣдніе восемь лѣтъ, вопросъ о родовыхъ имуществахъ остался въ томъ же положеніи. Многіе считаютъ его окончательно выясненнымъ, требуя его упраздненія, вмѣстѣ съ К. П. Змирловымъ, или склоняясь на сторону желательности частичныхъ улучшеній института, подобно А. Ф. Брандту. Быть можетъ, придется законодателю сказать свое рѣшающее слово, довольствуясь тѣмъ, что̀ выяснено до сихъ поръ юридическою критикою. Между тѣмъ нельзя не замѣтить, что вопросъ о родовыхъ имуществахъ остается до сихъ поръ вопросомъ весьма темнымъ; говоря словами К. П. Побѣдоносцева, этотъ вопросъ «еще не вполнѣ понятъ». Многіе полагаютъ, что тутъ и понимать нечего, придавая самому вопросу значеніе чего-то искусственнаго, не связаннаго съ правовыми понятіями, существующими въ русскомъ народѣ, и считая нѣкоторыя даже основныя положенія института сплошнымъ недоразумѣніемъ, плодомъ канцелярскаго бумагомаранія и юридическаго недомыслія. Съ этимъ довольно распространеннымъ нынѣ взглядомъ, авторъ настоящаго труда, не считаетъ возможнымъ согласиться по многимъ соображеніямъ, которыя будутъ приведены ниже. По его мнѣнію, мы не имѣемъ достаточныхъ свѣдѣній для того, чтобы окончательно выяснить, что думаетъ русскій народъ объ институтѣ родовыхъ имуществъ. Нерѣдко, отдѣлываются отъ этого сомнѣнія, однимъ почеркомъ пера: указываютъ на то, что институтъ родовыхъ имуществъ *не можетъ* существовать въ обычномъ правѣ, потому что онъ предполагаетъ существованіе института частной собственности, которой не было до 1861 года въ народной массѣ, такъ какъ вся земля, на которой сидѣлъ крестьянинъ, была помѣщичья: да и нынѣ ея нѣтъ тамъ, гдѣ установилась община. На этомъ основаніи строится предположеніе, что даже тѣ скудныя данныя, которыя приводитъ С. В. Пахманъ, въ подтвержденіе существованія слѣдовъ родоваго института въ народныхъ представленіяхъ («Обычн. гражд. право въ Россіи», т. I, стр. 26 и 27) суть не что иное, какъ результатъ вліянія писаннаго права на крестьянскіе обычаи.

Значеніе обычнаго права, въ данномъ вопросѣ, гораздо больше, нежели оно кажется на первый взглядъ. Общее признаніе права собственности на землю за помѣщикомъ до 1861 года еще не есть доказательство невозможности наслѣдственныхъ переходовъ по началамъ родоваго права между крестьянами въ отношеніи такихъ обычноправовыхъ формъ обладанія участками, которыя могли близко подходить къ типу собственности. Даже фактъ распространенія общиннаго пользованія не устраняетъ окончательно неразгаданнаго воп-

роса о томъ, насколько родовое начало могло служить основаніемъ распредѣленія участковъ отъ одного передѣла до другаго, въ предѣлахъ самого общиннаго быта. Наконецъ забываютъ, что въ Россіи существуютъ громадныя пространства сѣверныхъ губерній, сѣверо-востока Европейской Россіи и Сибири, гдѣ крѣпостное состояніе не оставило сколько-нибудь замѣтныхъ слѣдовъ, такъ какъ оно здѣсь фактически и не распространялось; вслѣдствіе чего въ этихъ областяхъ обычаи должны представлять особенности несомнѣнно цѣнныя, но намъ пока неизвѣстныя.

Къ сожалѣнію интересъ къ обычному праву, когда-то довольно оживленный въ нашемъ обществѣ трудами первыхъ его изслѣдователей, нынѣ какъ-будто палъ, словно наше общество въ чемъ-то разочаровалось, и обычное право не сдержало какого-то обѣщанія. Если изслѣдователи и занимаются этою областью, то обыкновенно систематизируютъ и объясняютъ наличный матеріалъ, оставшійся почти безъ приращенія со времени опубликованія извѣстныхъ «Трудовъ коммисіи по преобразованію волостныхъ судовъ», вышедшихъ въ 1873 и 1874 годахъ. Было бы крайне желательно продолжить, по иниціативѣ правительства начатое тогда дѣло собиранія народныхъ обычаевъ. Въ настоящее время, спустя почти четверть вѣка, надо полагать, что свѣдѣнія юридическаго характера распространены несравненно больше того времени; а потому *новая экспедиція* для собиранія народныхъ обычаевъ, поставленная затѣмъ въ связь *съ постоянною организаціею для повсемѣстнаго наблюденія обычаевъ*, съ опубликованіемъ добытыхъ результатовъ изъ года въ годъ, нашла бы цѣлое полчище толковыхъ и подготовленныхъ наблюдателей на мѣстахъ. Если бы правительство поставило это дѣло какъ слѣдуетъ, нѣтъ сомнѣнія, что черезъ какіе нибудь 5—6 лѣтъ накопилась бы масса матеріала, много разъ превышающая тѣ свѣдѣнія, которыми мы нынѣ располагаемъ и количество коихъ мало увеличилось за послѣдніе 25 лѣтъ.

Кромѣ неизвѣстности обычая, есть еще другой пробѣлъ, въ нашихъ познаніяхъ, мѣшающій окончательному освѣщенію такого темнаго института, какъ родовыя имущества. *Частныя сдѣлки русской старины еще мало изслѣдованы;* между тѣмъ въ договорахъ, продажахъ, выкупахъ и всевозможныхъ юридическихъ актахъ эпохи, идущей отъ татарскаго погрома до времени Судебниковъ, должны найтись цѣнныя свѣдѣнія, которыми необходимо нужно пополнить черезчуръ отрывочныя данныя, коими мы вынуждены довольствоваться въ настоящее время.

Настоящій трудъ, имѣя присоединиться къ извѣстнымъ изслѣдованіямъ К. П. Змирлова и А. Ф. Брандта, основанъ на тѣхъ же матеріалахъ, по нашему мнѣнію, весьма недостаточныхъ. Поэтому появленіе новой монографіи, не имѣющей принести на свѣтъ существенно новыхъ данныхъ, могло бы казаться излишнимъ, если бы цѣль этой статьи состояла въ повтореніи доводовъ тѣхъ же авторовъ или въ присоединеніи къ доводамъ одной стороны противъ другой.

Но цѣль этого изслѣдованія — нѣсколько иного рода. При всей недостаточности тѣхъ общепризнанныхъ фактическихъ данныхъ, которыя имѣются на лицо, возможно уже нынѣ, посредствомъ сравненія остатковъ нашихъ памятниковъ съ обычнымъ правомъ южныхъ славянъ, предугадать то, что̀ несомнѣнно должны повѣдать намъ русскіе памятники, когда они заговорятъ. Возможно, посредствомъ нѣкотораго расширенія нашего поля зрѣнія, предложить нѣсколько болѣе широкое объясненіе родовыхъ имуществъ, нежели то, которое пользуется у нашихъ изслѣдователей правомъ гражданства. Понявъ съ новой точки зрѣнія этотъ институтъ, мы будемъ имѣть возможность разъяснить существованіе въ немъ двойственности элементовъ, изъ коихъ одни болѣе пригодны для законодательства, нежели другіе. Въ связи съ этими основными взглядами мы подвергнемъ пересмотру всю совокупность взглядовъ и доводовъ, высказанныхъ въ русской юридической литературѣ за и противъ института родовыхъ имуществъ, и этимъ путемъ получимъ возможность высказать конечный выводъ по вопросу о томъ, какъ долженъ отнестись русскій законодатель къ нашему институту родовыхъ имуществъ.

Для отчетливости дальнѣйшаго изложенія, будетъ не безполезно указать вкратцѣ, въ чемъ состоятъ отличительныя особенности института родовыхъ имуществъ, имѣя въ виду дѣйствующее въ Россіи право (1 ч. X тома), затѣмъ гражданскій сводъ Прибалтійскихъ губерній, а также древне-германскіе и древне-французскіе законы, насколько эти сравнительныя данныя могутъ освѣтить общій характеръ института.

Прежде всего выяснимъ вопросъ, *какое имущество считается родовымъ?* Русское право отвѣчаетъ на этотъ вопросъ слѣдующимъ отвѣтомъ: считается родовымъ—

а) «Имущество, дошедшее по праву законнаго наслѣдованія» по 1 п. ст. 399 1 ч. X т. (*первый* признакъ);

б) «Имущество, дошедшее по духовному завѣщанію къ родствен-

нику, который имѣлъ бы по закону право наслѣдованія» — по 2 п. 399 ст. (*второй* признакъ); (разумѣется только: «ближайшій« наслѣдникъ; ср. ст. 1100, 1 ч. X т. и касс. рѣш. 1867 г. № 144 и 1879 г. № 58);

в) «Имущество, дошедшее по выдѣлу» (касс. рѣшеніе 1888 г. № 74), согласно мнѣнію К. П. Побѣдоносцева, вполнѣ согласному съ значеніемъ обычно-правоваго выдѣла, какъ предваренія наслѣдства (противоположное мнѣніе, высказанное въ Судеб. Вѣст. 1867 г. № 111, также у Брандта въ Жур. гражд. и угол. пр. 1888 г., VI, 9 и выраженное въ кассаціонныхъ рѣшеніяхъ 1877 г. № 168 и 1879 г. № 58,—мы отвергаемъ). Это *третій* признакъ;

г) «Имущество, дошедшее по рядной записи къ дочери или внучкѣ», согласно вѣрному мнѣнію Побѣдоносцева (contra касс. рѣш. 1877 г. № 168 и 1879 г. № 58). Это—*четвертый* признакъ;

д) «Имущество, дошедшее по купчей крѣпости отъ родственника, къ коему дошло по наслѣдству изъ того же рода», согласно 3 п. 399 ст. [1]); это есть *пятый* признакъ.

Сравнительное изслѣдованіе убѣждаетъ въ томъ, что *первые четыре признака* вездѣ положены были въ основаніе института родовыхъ имуществъ, тогда какъ этого нельзя сказать о пятомъ признакѣ. Самымъ постояннымъ изъ всѣхъ признаковъ является *первый*. Онъ есть единственный признакъ, дѣйствующій и признаваемый въ губ. Черниговской и Полтавской (ст. 400 1 ч. X т. и касс. рѣш. 1880 г. № 183). Онъ входитъ въ опредѣленіе лифляндскихъ «наслѣдственныхъ» имѣній (Erbgüter) (ср. ст. 960, 965 Прибалт. гражд. свода), также эстляндскихъ «наслѣдственныхъ недвижимостей и капиталовъ» (ст. 968 и 971 Прибалт. гражд. св.). Тотъ же первый признакъ встрѣчается и въ курляндскихъ «дворянскихъ родовыхъ имѣніяхъ» (adelige Stammgüter, 2002 ст. Прибалт. гражд. св.), но съ опредѣленіемъ нѣсколько болѣе узкимъ, т. е. какъ имѣніе, «унаслѣдованное отъ восходящихъ родителей» (ср. *Erdmann* — System des Privatrechts der Ostseeprovinzen, II, § 121, стр. 47, прим. 5-ое). Не считается родовымъ полученное по наслѣдству — ab intestato — имѣніе, дошедшее до чужеродца (напр., супруга) — (ср. Ermann, II, § 119). Французскіе древніе обычаи, кодифицированные въ XVI вѣкѣ, счи-

---

[1]) Мы можемъ не причислять сюда «возведенныя зданія на родовой землѣ» (п. 4 ст. 399), такъ какъ это признакъ вовсе не самостоятельный, а простой выводъ изъ 386 ст. 1 ч. X т. примѣнительно къ тому толкованію, которое находимъ въ касс. рѣш. 1884 г. № 75, согласно коему: «Принадлежности родоваго имѣнія—получаютъ родовое свойство».

тали за родовое имущество (propres) всякую недвижимость, полученную отъ родственника въ порядкѣ законнаго наслѣдованія (*René-Cuënot* — Des droits de légitime et de réserve, стр. 157). Впрочемъ, это понятіе восходитъ гораздо дальше въ глубину вѣковъ. Въ законахъ рипуарскихъ франковъ уже упоминается «terra avita; въ формулѣ Маркульфа, VII ст. — «alodis paterna»; въ сборникѣ «formulae Arvernenses», V вѣка: «de alode parentum». Тотъ же признакъ въ сборникахъ нѣмецкихъ и земскихъ правъ съ XIII вѣка — (ср. у *А. К. Рихтера* — «О необходимомъ наслѣдованіи», стр. 61 и 73). Тотъ же признакъ въ древнемъ правѣ города Любека.

Второй признакъ не признается Лифляндскимъ земскимъ правомъ (ср. Erdmann, II, § 119, прим. 5) и отвергался въ древнемъ правѣ гор. Любека. Но онъ существуетъ въ Эстляндскомъ городскомъ правѣ (ст. 971, п. 2 Приб. гражд. св.); также въ древнефранцузскихъ обычаяхъ «считалось родовымъ то недвижимое имущество, которое *завѣщано нисходящему*» (но не прочимъ родственникамъ; ср. René Cuënot, стр. 157 и 162).

Третій признакъ существовалъ въ древнемъ Любекѣ и средневѣковой Франціи; *четвертый* признакъ повторяется въ древнемъ Любекѣ.

Пятый признакъ нигдѣ не попадается, кромѣ нашего X тома; его считаютъ вообще мало соотвѣтствующимъ юридическимъ и экономическимъ основаніямъ института (*Брандтъ*, Журн. гражд. и угол. пр. 1888 г. VII, 20; *Змирловъ*, рефератъ, стр. 25), кромѣ того — подающимъ поводъ къ немалымъ противорѣчіямъ въ судебной практикѣ (ср. отзывъ *Францессона*, въ «Замѣчаніяхъ о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ»). Эти нападки приходится всецѣло признать справедливыми.

Существуетъ затѣмъ цѣлая группа признаковъ родоваго имущества, которая почти совершенно чужда русскому праву, но играетъ довольно значительную роль въ древне-германскомъ и древне-французскомъ родовомъ институтѣ. Эта группа сводится къ общему знаменателю посредствомъ формулы «pretium succedit in locum rei». Къ этой *(шестой)* группѣ относятся слѣдующія отдѣльныя положенія:

а) *Промѣнъ* наслѣдственнаго (т. е. родоваго) имѣнія на какое-либо другое, придаетъ сему имѣнію *свойство родоваго имущества въ размѣрѣ цѣнности перваго имѣнія*—(Лифляндское земское право, ст. 963 Приб. гражд. св.). На томъ же основаніи, въ Великомъ Княжествѣ Финляндскомъ, на основаніи гл. II Шведскаго Уложенія

1734 года, однимъ изъ признаковъ родоваго имѣнія, признается: пріобрѣтеніе имѣнія *взамѣнъ* прежняго родоваго имѣнія. Въ древне-французскомъ правѣ такое замѣняющее родовое имущество носило особое названіе: «propre de subrogation»;

б) По древне-любекскому праву *рента отъ родовой земли*, принятая наслѣдникомъ *вмѣсто* самой земли, считалась родовымъ имуществомъ; то же самое было и въ древне-французскомъ правѣ (René-Cuënot, стр. 158);

в) Полученная за проданное родовое имѣніе *цѣна* представляется имуществомъ родовымъ; затѣмъ это же качество присвоивается уже *имѣнію купленному на эти же деньги*. Это расширеніе понятія родоваго имѣнія произошло, напр., въ Эстляндіи, подъ вліяніемъ шведскихъ законовъ XVII вѣка (Erdmann, II, § 120); въ прочихъ частяхъ Прибалтійскаго края оно вовсе не имѣло мѣста. По смыслу 973 ст. Приб. гражд. св., въ одной Эстляндіи, родовыми имуществами должны считаться какъ сумма, полученная отъ продажи родоваго имѣнія, такъ и «пріобрѣтенная» на эту сумму «другая недвижимость»;

г) Присвоеніе родоваго свойства такому имѣнію, которое было продано чужеродцу и при этомъ утратило родовое свойство, но затѣмъ *выкуплено* обратно членомъ рода (ср. ст. 397 п. 4 и 1348, 1 ч. X т.; также ст. 962 Приб. гражд. св.), ничѣмъ не можетъ быть оправдано, какъ тѣмъ же общимъ началомъ, предполагающимъ непрерывное существованіе родоваго свойства на оставшейся въ обладаніи рода *цѣнности* проданнаго имѣнія. Если бы прибѣгли къ такому объясненію, что родовое свойство возстановляется на томъ лишь основаніи, что имѣніе вернулось въ обладаніе рода, то осталось бы непонятнымъ, почему имѣніе почитается благопріобрѣтеннымъ, когда оно» возвратилось въ свой родъ — покупкою», тогда какъ оно считается родовымъ, когда оно возвратилось въ этотъ же родъ «выкупомъ» (ст. 1348, 1 ч. X т.). Между тѣмъ, съ точки зрѣнія усмотрѣнія въ этомъ явленіи одного лишь частнаго примѣненія принципа *шестой* группы опредѣлительныхъ признаковъ («pretium succedit..... и т. д.), это явленіе дѣлается весьма понятнымъ. Оно было, въ равной мѣрѣ, извѣстно и древне-французскому праву (ср. René-Cuënot, стр. 116). Впрочемъ, это единственное, конечно, весьма слабое, проявленіе этого начала въ русскомъ правѣ.

На указанныхъ, до сихъ поръ, *шести опредѣлительныхъ признакахъ*, мы можемъ основать все построеніе института родовыхъ имуществъ. Эти шесть признаковъ отличаются тѣмъ, что они могутъ

быть сопоставлены (координированы), а не подчинены одинъ другому. Въ самомъ дѣлѣ, если 2-й, 3-й и 4-й признаки, до нѣкоторой степени, сливаются съ первымъ, по общей идеѣ «наслѣдованія и предваренія онаго», то все же ихъ отдѣляютъ другъ отъ друга тѣ же грани, которыя существуютъ между отдѣльными институтами: наслѣдованія по закону, завѣщанія, выдѣла или приданаго; 6-й, наконецъ, признакъ разсматриваетъ совершенно иную постановку вопроса, различая вещь отъ ея *цѣнности*.

Совершенно подчиненную роль играютъ другіе опредѣлительные признаки, разсмотрѣніе коихъ будетъ впереди, а именно: присвоеніе родовому имуществу болѣе или менѣе исключительнаго свойства *недвижимости;* ограниченіе родоваго качества въ предѣлахъ права *собственности* безъ присвоенія онаго неполнымъ вещнымъ правамъ; соединеніе родоваго начала съ понятіемъ имущества *«не нажитаго* своими собственными трудами»; наконецъ, степень *сословности* этого института.

Передъ тѣмъ, какъ перейти къ этимъ не-основнымъ качествамъ института родовыхъ имуществъ, мы должны покончить съ одною группою признаковъ, которыхъ нельзя иначе охарактеризовать, какъ *ложными* признаками. Они, по своей природѣ, чужды институту родовыхъ имуществъ и обязаны своимъ возникновеніемъ исключительно тому обстоятельству, что *родовое начало*, иногда, не легко разграничить отъ *семейнаго*. Этимъ только и объясняется, по нашему мнѣнію, присвоеніе значенія родоваго имущества слѣдующимъ категоріямъ:

а) *вѣчу*, по Эстляндскому земскому праву (ст. 968 Приб. гражд. св.) и Эстл. городскому праву (ст. 971, п. 3);

б) *имуществу, доставшемуся одному супругу отъ другаго* (по закону или по завѣщанію), тоже по Эстл. гор. праву (ст. 971);

в) *имуществу, купленному супругами въ продолженіе брака со дня смерти одного изъ нихъ*, по Лифляндскому городскому праву, устанавливающему общность имущества въ бракѣ—(ст. 967 Приб. гражд. св.).

Всѣ эти категоріи, вполнѣ понятныя съ точки зрѣнія семейнаго имущества, не могутъ имѣть другаго соотношенія съ родовымъ имуществомъ, кромѣ *преждевременнаго дарованія такого свойства тому имуществу, которое для дѣтей данныхъ супруговъ, будетъ, рано или поздно, родовымъ*. Это напоминаетъ раздѣленіе, существовавшее въ древне-французскомъ правѣ, когда различали «возникающее родовое свойство» отъ «ископно-присущаго». Первыя имущества назы-

вались: «propres naissants»; вторыя: «propres avitins» (ср. René-Cuënot, стр. 158).

Но вернемся къ основнымъ признакамъ и въ особенности къ послѣдней *(шестой)* группѣ. Слѣдуетъ обратить особенное вниманіе на то, что *перенесеніе родоваго свойства на движимое имущество стоитъ въ неразрывной связи съ возникновеніемъ въ данномъ правѣ упомянутаго принципа: «pretium succedit in locum rei»*. Тамъ, гдѣ этотъ принципъ неизвѣстенъ, сохраняется исключительный, наиболѣе древній, типъ родоваго имущества, признающій однѣ недвижимости, какъ объектъ родоваго права. Съ появленіемъ этого принципа, напротивъ, расширяется понятіе родоваго имущества, которое распространяется и на движимость. Это обстоятельство недостаточно принято въ соображеніе тѣми авторами, которые усматриваютъ непослѣдовательность нашего права въ томъ, что оно не допускаетъ существованія движимаго родоваго имущества—(ср. статью К. П. Змирлова, Журн. гражд. и угол. пр. 1889 г., III, 66). Такое построеніе не должно быть обвиняемо въ непослѣдовательности; его надо скорѣе считать первобытнымъ; можно задать себѣ вопросъ, слѣдуетъ ли внести въ этотъ кругъ понятій вышеуказанное начало «pretium succedit.... и т. д. Если слѣдуетъ, то это начало, неминуемо, потянетъ за собою и движимое родовое имущество, и многое другое, что̀ составляетъ уже несомнѣннымъ образомъ разложеніе института. Если не слѣдуетъ, то родовой институтъ можетъ, попрежнему, остаться чуждымъ движимости. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, сложившійся типъ можетъ остаться вѣренъ своимъ началамъ; усматриваніе же необходимости въ переходѣ отъ одного типа къ другому во имя логической послѣдовательности есть плодъ недоразумѣнія.

Сравнительное разсмотрѣніе разныхъ законовъ о родовомъ институтѣ приводитъ, какъ сказано, къ убѣжденію, что всѣ они сводятся къ двумъ типамъ:

а) древнѣйшему типу, не знающему *ни замѣны вещи ея цѣнностью,* въ смыслѣ предмета родоваго права, ни распространенія родоваго свойства на иныя права (хотя бы и вещныя), кромѣ права *собственности;* ни, наконецъ, распространенія родоваго свойства на иныя имущества, кромѣ *недвижимыхъ;*

б) позднѣйшему типу, въ которомъ *родовое свойство перенесено съ вещи на ея цѣнность;* тутъ не существуетъ догматическихъ препятствій къ возможному распространенію родоваго свойства на другіе институты, кромѣ собственности; наконецъ, объектомъ родоваго

права можетъ быть всякое имущество, въ томъ числѣ движимость и наконецъ, капиталы.

Къ *первому* типу принадлежатъ: русскіе законы, содержащіеся въ 1 ч. X тома; далѣе—Лифляндское земское право (ст. 960 Приб. гражд. св.); Лифляндское городское право (ст. 965); Курляндское земское право (ст. 2002); древнѣйшее Любекское право и большая часть древне-французскихъ обычаевъ (René-Cuënot, стр. 157, 159 и 179). Въ древней Франціи, исключеніе движимостей изъ института родовыхъ имуществъ, формулировалось такъ: «Meubles ne tiennent côté ni ligne» (ср. у Рихтера, стр. 65).

Ко *второму* типу относятся: Эстляндское земское право (ст. 968 Приб. гражд. св.) и Эстляндское городское право (ст. 971); шведское право конца XVII вѣка, откуда перешли заимствованія въ Эстляндію (ср. Erdmann, II, § 120); позднѣйшее Любекское право и меньшинство обычаевъ древней Франціи (ср. René-Cuënot, 179).

Остановимся нѣсколько на той разницѣ, которая должна существовать между первымъ и вторымъ типомъ по вопросу о томъ, *какое право можетъ получать родовое свойство: одно лишь право собственности, или также другія вещныя права, не обнимающія всѣхъ свойствъ вещи?*

На этотъ счетъ, мы имѣемъ, главнымъ образомъ, отрицательныя указанія, касающіяся узаконеній перваго типа; изъ этихъ указаній мы въ правѣ выводить заключенія, дополняющія то, что не вполнѣ ясно опредѣлилось, но можетъ быть согласовано (a contrario) съ законами втораго типа.

По русскому праву родовое свойство можетъ быть соединяемо лишь съ правомъ собственности, такъ что нельзя допустить въ числѣ родовыхъ имуществъ:

а) права участія частнаго и угодья въ чужомъ имѣніи;

б) личные сервитуты, напр., пожизненное владѣніе;

в) залоговое право [ср. статью Брандта, Жур. гражд. и угол. пр. 88 г. VI, 26; также Побѣдоносцева, Курсъ (изд. 73 г.), стр. 77].

Того же взгляда придерживается и кассаціонная практика: «понятіе о родовомъ и благопріобрѣтенномъ имуществѣ примѣняется *только тамъ, гдѣ есть право собственности*» (касс. рѣш. $^{74}/_{126}$).

Въ Лифляндіи не могутъ считаться предметомъ родоваго института—другія права на недвижимость кромѣ собственности, а именно: *а*) залоговое право, *б*) сервитуты и т. п. (Erdmann, II, 39). Прямыхъ указаній, на возможность существованія подобныхъ правъ, кромѣ собственности, въ родовомъ, именно, обладаніи, по узаконеніямъ

втораго типа, мы не имѣемъ. Тѣмъ не менѣе, утвердительный отвѣтъ, представляется логическою необходимостью, разъ мы убѣдимся, что единственнымъ мотивомъ исключительнаго сосредоточенія на правѣ собственности родовыхъ имуществъ перваго типа, является понятіе родоваго имущества, связанное съ вещью и не переносимое на ея цѣнность. Что̀ значитъ полная и непосредственная связь права съ вещью, не переносящаяся на ея цѣнность? Это есть не что иное, какъ обладаніе вещью въ ея цѣломъ объемѣ на правахъ хозяина. А этому матеріальному и осязательному представленію соотвѣтствуютъ только: право собственности и право пользованія на правахъ собственности (ст. 942 Приб. гражд. св.). Что касается сервитутовъ залоговаго права и т. п. ограниченныхъ вещныхъ правъ, то они, не давая ихъ обладателю непосредственнаго отношенія къ вещи, сосредоточиваютъ его интересъ на цѣнности оной. Вотъ причина, по которой эти права не могутъ сдѣлаться объектами родовыхъ имуществъ перваго типа. Стало быть ясно, что эти имущества могутъ быть во второмъ типѣ предметовъ родоваго обладанія, т. е. въ послѣднихъ узаконеніяхъ нѣтъ никакихъ къ тому принципіальныхъ препятствій [1]) (ср. Erdmann, I, 137 и II, 39).

По названнымъ нами *шести основнымъ признакамъ, опредѣляется объемъ института родовыхъ имуществъ*, въ томъ смыслѣ, что достаточно котораго-либо изъ нихъ, чтобы придать имуществу родовое свойство. Наоборотъ, имущество, не содержащее въ себѣ ни единаго изъ этихъ шести признаковъ, должно считаться неродовымъ. У насъ принято говорить, что такое имущество есть *благопріобрѣтенное*. Эта противоположность освящена статьею 396-ою 1 ч. X тома. Между тѣмъ, если принять въ соображеніе, что слово «благопріобрѣтенное»

---

[1]) Замѣтимъ, что А. Ф. Брандтъ, разсуждая, въ общемъ, совершенно правильно о недопустимости родоваго свойства въ ограниченныхъ вещныхъ правахъ, поставилъ на-ряду съ ними и «*чиншевое* право». Съ этимъ согласиться, по нашему мнѣнію, нельзя. Чиншевое право есть не что иное, какъ активная сторона собственности, распадающейся на элементы средневѣковыхъ: «dominium directum» и «dominium utile», при чемъ чиншевику, или пользователю на правахъ собственности, принадлежитъ «dominium utile». Не слѣдуетъ забывать, что средневѣковое *ленное владѣніе*, соотвѣтствовавшее тому же типу, *могло считаться родовымъ имуществомъ* (ср. Erdmann, II, 39, прим. 3). На этомъ же основаніи надо полагать, что даже на почвѣ того типа родоваго института, который существуетъ въ русскомъ правѣ, нѣтъ никакихъ основательныхъ поводовъ къ исключенію столь близкаго къ собственности права чиншеваго владѣнія изъ круга родовыхъ имуществъ.

равносильно выраженію: «правильными трудами пріобрѣтенное [1]), т. е. содержитъ въ себѣ понятіе *трудоваго* происхожденія даннаго имущества для его собственника, то отсюда выходитъ, что противоположеніе понятій родоваго и благопріобрѣтеннаго представляется неправильнымъ съ логической стороны, т. е. возможно противополагать только такія качества, которыя безусловно исключаютъ одно другое, а не такія, которыя могутъ совмѣстно уживаться или же допускаютъ еще третье свойство. Этою неправильностью основнаго дѣленія и объясняется, почему Всемилостивѣйше пожалованныя имѣнія (п. 1 ст. 397) нынѣ включены въ число имуществъ благопріобрѣтенныхъ, тогда какъ до указа о единонаслѣдіи 1714 г. «имуществомъ, предназначеннымъ служить интересамъ рода (вотчиной родовой), считались какъ вотчины унаслѣдованныя, такъ и пожалованныя государемъ» (ср. у Рихтера, стр. 171). На самомъ дѣлѣ, имущества, пожалованныя Государемъ, не содержатъ въ себѣ ни наслѣдственнаго, ни трудоваго признака, а представляютъ совершенно самостоятельное основаніе пріобрѣтенія. Съ другой стороны, было неоднократно замѣчено, что существующіе предметы обладанія совмѣщаютъ въ себѣ какъ признакъ наслѣдственности, такъ и признакъ трудоваго происхожденія и притомъ—смѣшанные въ разнообразной порціи того или другаго элемента. Такъ, въ унаслѣдованной отъ отца недвижимости могутъ быть части, цѣнность коихъ увеличилась отъ трудовъ сына. Съ другой стороны, недвижимость, можетъ быть, пріобрѣтена на такія средства, которыя частью заработаны трудомъ, частью же являются долею по наслѣдству. Эти соображенія доказываютъ, что терминъ «благопріобрѣтенности» имѣетъ слишкомъ узкое значеніе для той рамы, которую ему присвоиваютъ, подводя подъ него все, что̀ могло бы быть названо «неродовымъ». Но это не болѣе, какъ критика названій. По существу содержится несомнѣнная истина въ томъ, что *трудовое происхожденіе имущества преобладаетъ въ томъ имуществѣ, которое не дошло по наслѣдству.* Это истина не точная, но приблизительная и, во всякомъ случаѣ, поразительная для народнаго ума. Бо̀льшая часть пословицъ содержатъ въ себѣ такія же мѣтко наблюденныя приблизительныя истины, изъ нихъ же составляется народная мудрость. Не будемъ же слишкомъ

---

[1]) Въ § 3 артикула XVII раздѣла III Литовскаго статута (въ Сенатскомъ переводѣ 1811 г.) противополагаются имѣнія «отческія»—имѣніямъ «*справедливо нажитымъ*». Послѣднее выраженіе, въ переводѣ Высочайше утвержденной, 14 іюля 1828 г., коммисіи для исправленія ошибокъ въ русскомъ текстѣ 1811 года,—передано уже обыденнымъ словомъ: «благопріобрѣтенное».

придирчивы, нашимъ логическимъ анализомъ, къ такимъ общераспространеннымъ наблюденіямъ, которыя все же имѣютъ свою цѣнность. Древнѣйшимъ указаніемъ такой противоположности унаслѣдованныхъ имуществъ другой группѣ, очевидно пріобрѣтенныхъ личнымъ трудомъ, является мѣсто изъ Тацита (ср. *Fustel de Coulanges*—Recherches sur quelques problèmes d'histoire, стр. 239). Затѣмъ, попадается въ древнихъ Бургундскихъ законахъ различіе между: «terra sortis titulo acquisita» и «bona de labore suo acquisita» (ср. у Рихтера, стр. 61). Далѣе, противоположеніе имущества, личнымъ трудомъ нажитаго, имуществу, происходящему изъ семейной общности сородичей, попадается въ источникахъ древне-французскаго права (ср. René-Cuënot, стр. 178). То же дѣленіе проводится затѣмъ въ многочисленныхъ источникахъ средне-вѣковаго германскаго права, изъ коихъ укажемъ только на Саксонское Зерцало 1230 года и на памятникъ города Любека (XIII и XIV стол.), явившіеся, какъ извѣстно, однимъ изъ главныхъ источниковъ права нашихъ Прибалтійскихъ губерній.

Подобное же дѣленіе имущества встрѣчается, по указаніямъ одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей юго-славянскаго быта—*Крауса*, у Болгаръ, Черногорцевъ и Адріатическихъ Сербовъ, у которыхъ различается два вида имуществъ: а) «баштина, очевина, дѣдовина, старина, очинство», котораго *отчуждать нельзя*, и б) «стечевина, стока, житекъ», т. е. то, что̀ *пріобрѣтено личнымъ трудомъ* и дозволяется продать (*Krauss*—Sitte und Brauch der Südslaven, стр. 105 и 106). О значеніи этого различія будетъ еще рѣчь впереди.

Во всякомъ случаѣ изъ *распространенности народныхъ представленій, соединяющихъ трудовое происхожденіе съ тѣми имуществами, которыя не достались по наслѣдству и вообще не содержатъ ни одного изъ основныхъ родовыхъ признаковъ* [1]*, указанныхъ выше*, слѣдуетъ заключить, что эти представленія заслуживаютъ вниманія, какъ содержащія въ себѣ значительный элементъ наглядности. Такое мнѣніе не мѣшаетъ быть осторожнымъ, зная логическіе недостатки упомянутаго дѣленія, въ которомъ кроется *признакъ, непригодный для самостоятельнаго основанія опредѣленія, но все-же полезный, въ качествѣ придаточнаго признака.*

Передъ тѣмъ какъ покончить съ признаками опредѣлительными, мы должны сказать нѣсколько словъ о степени сословности, прису-

---

[1]) Кромѣ 5-го признака, несостоятельность коего именно здѣсь и обнаруживается.

щей институту родовыхъ имуществъ. Насколько можно судить изъ указовъ правительства, идущихъ съ конца XV до первой четверти XVIII вѣка, право владѣть вотчинами подвергается постепеннымъ ограниченіямъ, пока, наконецъ, не признается исключительнымъ достояніемъ дворянства [1]). Обратное движеніе законодательства, распространившее вотчинное право съ дворянства на всѣ сословія, идетъ затѣмъ отъ 1801 до 1861 года [2]). Нѣкоторые изслѣдователи, не допуская сомнѣнія въ томъ, что институтъ родовыхъ имуществъ развился не раньше права владѣнія вотчинами въ московскомъ государствѣ, усматриваютъ въ упомянутомъ рядѣ указовъ несомнѣнное доказательство дворянскаго характера института родовыхъ имуществъ, объясняя настоящее его общесословное значеніе ненадлежащими обобщеніями, основанными на кодификаціонныхъ недоразумѣніяхъ (ср. статью К. П. Змирлова, Журн. гражд. и угол. пр. 89 г. III, 54). Въ пользу этого мнѣнія, до извѣстной степени, говоритъ еще другой рядъ указовъ, постепенно распространившихъ институтъ родовыхъ имуществъ на такіе виды недвижимой собственности, которые прежде не отождествлялись съ вотчинами, въ особенности на дворы и городскія недвижимости [3]). Этому обстоятельству придаютъ, нерѣдко, значеніе въ связи съ предыдущимъ развитіемъ вотчиннаго права и видятъ въ немъ доказательство того, что родовыя ограниченія не существовали въ тѣхъ видахъ недвижимостей, которыя не соотвѣтствовали понятію дворянской вотчины.

Эти указанія кажутся намъ, однако, неубѣдительными для признанія за институтомъ родовыхъ имуществъ, съ самаго его возник-

---

[1]) а) Указомъ 1473 г. установлено, что изъ всѣхъ городскихъ обывателей дозволяется однимъ только «мочнымъ гостямъ» владѣть вотчинами; то же повторяется при Михаилѣ Федоровичѣ; б) Въ 1676 г. воспрещается «гостямъ» владѣть вотчинами безъ особаго на то разрѣшенія (Неволинъ, IV, 134); в) духовенство считается въ разрядѣ служилыхъ людей до указовъ 1721 г. и 1730 г.; г) наконецъ, исключительная привилегія дворянства на право владѣнія вотчинами установляется указами 18 января 1721 г. и 25 окт. 1730 г. (ср. Неволина, соч., IV, 280—323).

[2]) Право пріобрѣтенія ненаселенныхъ земель распространено на всѣ сословія, за исключеніемъ крѣпостнаго класса, указомъ 12 дек. 1801 г. (№ 20075) Дополненія содержатся въ законахъ: 1 марта 1804 г. (№ 21192); 14 мая 1804 г. (№ 21290); 11 іюня 1814 г. (№ 25604). Разрѣшеніе крѣпостнымъ крестьянамъ пріобрѣтенія недвижимой собственности, съ разрѣшенія ихъ помѣщиковъ, послѣдовало по закону 3 марта 1848 года (№ 22042); наконецъ, полное паденіе ограниченій—19 февраля 1861 г.

[3]) Ст. 88 закона 21 апрѣля 1785 г. (№ 16188); законы: 5 декабря 1786 г (№ 16470); 24 апрѣля 1802 г. (№ 20224); и 28 марта 1823 г. (№ 29387).

новенія, какого-либо сословнаго характера. Мы считаемъ одновременное появленіе родоваго и вотчиннаго института въ неразрывной связи того и другаго—совершенно недоказаннымъ обстоятельствомъ; мы придаемъ, поэтому, весьма ограниченное значеніе позднѣйшимъ указамъ (съ 1785 по 1823 г.), распространившимъ родовой институтъ одновременно съ вотчиннымъ типомъ собственности на разные виды имущества; ибо разъ родовыя ограниченія могли существовать для всѣхъ сословій раньше возникновенія права на вотчины въ московскомъ государствѣ, въ такомъ предположеніи позднѣйшее распространеніе вотчиннаго права представляется уже второстепеннымъ фактомъ, мало освѣщающимъ исконное значеніе родовыхъ имуществъ. Сообразно съ нашимъ общимъ взглядомъ на природу и исторію возникновенія этого института, мы считаемъ родовыя имущества *установленіемъ, чуждымъ всякой сословности,* по самой природѣ оной, но, однако, подвергшимся вліянію двухъ противоположныхъ теченій законодательства:

а) съ XV столѣтія до первой четверти XVIII вѣка этотъ институтъ подчиняется сословно-дворянской законодательной политикѣ; затѣмъ

б) съ конца XVIII столѣтія до 1861 года законодатель *возвращаетъ этому институту его исконный всесословный характеръ.*

Мы окончили обозрѣніе тѣхъ признаковъ, изъ которыхъ можетъ быть построено общее опредѣленіе родоваго института, наиболѣе близкое къ дѣйствительности. Мы имѣемъ теперь всѣ необходимыя данныя для отвѣта на поставленный выше вопросъ: «какое имущество считается родовымъ?»

Независимо отъ частностей каждаго законодательства, институтъ родовыхъ имуществъ поддается такому общему опредѣленію, выведенному изъ сравнительныхъ данныхъ. Мы въ правѣ разсматривать древнѣйшій типъ какъ основной, усматривая во всѣхъ послѣдствіяхъ принципа: «pretium succedit in locum rei»—признаки разложенія первоначальнаго института. Съ этой точки зрѣнія наше опредѣленіе будетъ слѣдующее:

> *Родовымъ имуществомъ считается недвижимая собственность, дошедшая отъ восходящихъ родственниковъ въ порядкѣ наслѣдованія или по сдѣлкамъ, считающимся предвареніемъ наслѣдованія.*

Нетрудовое происхожденіе этого имущества было издавна у всѣхъ народовъ, знакомыхъ съ этимъ понятіемъ, такимъ обстоятельствомъ, которому народное правосознаніе всегда придавало особенное значеніе.

Установивъ, такимъ образомъ, коренное понятіе родоваго имущества, къ которому всѣ извѣстныя и дошедшія до насъ формы относятся не болѣе, какъ въ видѣ развѣтвленій, мы должны уже перейти къ ознакомленію *съ тѣми юридическими особенностями,* которыя представляются послѣдствіями родоваго свойства. Если выше изложенные признаки группировались какъ *опредѣлительные признаки,* то настоящія юридическія особенности могли бы быть названы *признаками пояснительными.* Въ первыхъ содержался формальный элементъ, въ нижеслѣдующихъ—элементъ матеріальный. До сихъ поръ мы ознакомились съ *объемомъ* понятія родоваго имущества; пора изучить его *содержаніе.*

Всѣ юридическія особенности института родовыхъ имуществъ объединяются одною общею *цѣлью: стремленіемъ закона къ сохраненію родоваго имущества въ обладаніи одного и того же рода.* Для достиженія этой цѣли существуютъ *четыре* вида ограниченій:

а) ограниченіе даренія родовыхъ имуществъ,

б) ограниченіе завѣщанія,

в) ограниченіе возмезднаго отчужденія и

г) ограниченіе наслѣдованія боковыхъ родственниковъ.

Дареніе родовыхъ имуществъ запрещено въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ (ст. 967, 1 ч. X т.) за исключеніемъ, впрочемъ, губерній Черниговской и Полтавской, въ коихъ этотъ запретъ не существуетъ (ст. 970) [1]). Запрещается только дареніе, совершаемое «мимо ближайшихъ наслѣдниковъ», разумѣя подъ этими словами: «всѣхъ родственниковъ одной степени, имѣющихъ право наслѣдованія въ извѣстномъ случаѣ» (касс. рѣш. $^{79}/_{178}$). Поэтому, упомянутое ограниченіе, отпадаетъ со смертью всѣхъ родовыхъ наслѣдниковъ наслѣдователя (ср. лекціи профессора Цитовича, въ литографированномъ одесскомъ изданіи). Такое свойство довольно существенно, если принять въ соображеніе, что запрещеніе завѣщать родовое имущество продолжаетъ существовать даже тогда, когда нѣтъ болѣе родовыхъ

---

[1]) Это правило, для губ. Черниговской и Полтавской взято изъ Литовскаго Статута разд. VII, арт. 1; также разд. II, арт. 41.

наслѣдниковъ, и въ такомъ случаѣ наступаетъ ничѣмъ не предотвратимая выморочность родоваго имѣнія, если собственникъ не продалъ и не подарилъ его при жизни. Сравнительная слабость огражденія родовыхъ имуществъ въ случаѣ даренія объясняется, какъ въ русской, такъ и въ иностранной литературѣ, тѣмъ, что опасность съ этой стороны не велика. Рѣдко бываетъ, чтобы собственникъ при жизни рѣшился, въ ущербъ себѣ, подарить родовое имѣніе; его удерживаетъ, вообще, собственное чувство корысти, тогда какъ эта гарантія уже недѣйствительна при распоряженіяхъ на смертномъ одрѣ. Спрашивается, въ чемъ состоитъ санкція запрещенія дарить родовое имѣніе? Каковы могутъ быть послѣдствія нарушенія 967 ст. 1 ч. X т.? Въ XVII столѣтіи различали въ этомъ отношеніи два случая: если даритель имѣлъ дѣтей или внуковъ, дареніе было *недѣйствительно;* если были одни боковые родственники, то имъ разрѣшалось *выкупить подаренную вотчину* (Указъ 19 іюня 1679 г., П. С. З. № 765; ср. у Рихтера стр. 169; у Брандта Жур. гражд. и угол. пр. 1888 г. VII, стр. 2). Нынѣ возможность выкупа при дареніи уже не существуетъ; точныхъ указаній санкцій ст. 967 въ законѣ нѣтъ. Тѣмъ не менѣе, основываясь на общемъ смыслѣ законовъ, категорически (посредствомъ слова «запрещается» ст. 967 и словъ «не подлежатъ...» ст. 1068), воспрещающихъ тѣ или другія сдѣлки, слѣдуетъ прійти къ тому выводу, что *дарственный актъ о родовой недвижимости долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ, коль скоро послѣдуетъ о томъ исковое требованіе «ближайшаго наслѣдника»*. Съ этимъ вполнѣ согласна и кассаціонная практика, признавшая, что «даже *купчая крѣпость, прикрывающая актъ даренія,* даетъ законнымъ наслѣдникамъ право просить о признаніи купчей *недѣйствительной*» (90/41). Поэтому, едва-ли возможно согласиться съ мнѣніемъ А. Ф. Брандта, полагающаго, что «санкція эта сводится почти къ одной лишь данной, нотаріальнымъ учрежденіямъ, инструкціи, въ силу которой послѣднимъ не дозволено совершать несогласныя съ этою статьею юридическія сдѣлки» (Жур. гражд. и угол. права 1888 г. VII, 20). Можетъ, конечно, случиться, что право «ближайшихъ наслѣдниковъ» будетъ погашено давностью раньше смерти дарителя, ибо въ субъективныхъ препятствіяхъ, мѣшающихъ имъ предъявлять искъ, не можетъ быть признано достаточное основаніе къ пріостановленію давности до открытія наслѣдства; давность начинаетъ истекать со дня утвержденія даренія; тѣмъ временемъ наслѣдники лишены права на искъ, въ виду характера нашей 1 ст. Уст. гражд. суд. Если бы эта основная статья русскаго

85330

процесса была дополнена разрѣшеніемъ предъявлять иски о правахъ еще ненарушенныхъ и о «признаніи существованія или несуществованія юридическаго отношенія» (ст. 64 Положенія о преобраз. судебной части въ Приб. губ. 9 іюля 1889 г.), то наслѣдники, могли бы, безъ всякаго измѣненія редакціи 967 ст. 1 ч. X т., предъявлять иски о недѣйствительности дареній до открытія наслѣдства, придающаго имъ, въ настоящее время, субъективную легитимацію къ такому иску. При настоящемъ же положеніи дѣла, наслѣдникъ, интересы котораго задѣты незаконнымъ дареніемъ, оказывается въ положеніи ожидающаго своего счастія въ лотереѣ. Коль скоро наслѣдодатель переживаетъ срокъ давности, дарственный актъ будетъ уже совершенно защищенъ отъ возможныхъ споровъ, а наслѣдники должны остаться не при чемъ.

Противъ этого построенія нельзя возражать попыткой построить какой-либо порядокъ уничтоженія дарственныхъ сдѣлокъ, пріуроченный къ моменту наслѣдованія, по примѣру французской «сбавки» (920 ст. франц. улож.). Тутъ имѣется весьма существенная разница. Даритель, нарушившій законъ объ обязательной долѣ, можетъ самъ быть въ невѣдѣніи того, превосходитъ ли сумма его дарственныхъ распоряженій ту долю его имущества, которая подлежитъ свободному его распоряженію. Это окончательно выясняется только съ приведеніемъ въ извѣстность оставшагося наслѣдства, т. е. *въ моментъ открытія наслѣдства*. Поэтому, не въ силу *субъективной* легитимаціи того или другаго истца, но по *объективнымъ* условіямъ его возникновенія, право редукціи или сбавки начинаетъ существовать только со смерти дарителя. Нарушеніе же 967 ст. 1 ч. X т. обусловливается только однимъ фактомъ даренія при родовомъ свойствѣ предмета сдѣлки. Объективныя основанія иска сразу налицо. Ими же и обусловливается начало давностнаго срока. Субъективная легитимація истцовъ — есть дѣло совершенно постороннее, не могущее вліять на исчисленіе давности. Въ Лифляндіи и Эстляндіи (какъ по земскимъ, такъ и по городскимъ правамъ) *не дозволяется дарить* «наслѣдственныя имѣнія *въ ущербъ* законнымъ наслѣдникамъ *и безъ ихъ согласія* (ст. 961, 966, 969 и 972 Приб. свода). Но дареніе имѣетъ силу, *въ случаѣ заявленія согласія* тѣми лицами, которыя окажутся «ближайшими наслѣдниками» *во время даренія и въ теченіе срочнаго года послѣ совершенія акта* [1]) (ст. 4469 Приб. гражд. свода).

---

[1]) Подробное постановленіе существовало въ Саксонскомъ зерцалѣ 1230 года (ср. у Рихтера. стр. 73).

Впрочемъ, возможность, на этомъ основаніи, требовать уничтоженія дарственнаго акта существуетъ только въ Лифляндіи (ст. 962) и по Эстляндскому городскому праву (ст. 972 Приб. свода); въ Эстляндскомъ же земскомъ правѣ серьезныхъ гарантій для наслѣдниковъ противъ дареній не существуетъ (ст. 970; ср. Erdmann, II, 43). Древне-французское право не содержало общаго запрещенія даренія родовыхъ имуществъ, и лишь въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ попадаются обычаи, придерживавшіеся этого запрещенія; и то большею частью считалось подъ запретомъ не все родовое имущество, а только доля его, напр., въ Берри и Вермандуа—одна половина; въ Шалонѣ, при наличности дѣтей одна треть; въ другихъ мѣстахъ ограниченія были и помимо дѣтей. Впрочемъ, попадаются и такіе мѣстные обычаи, которые запрещаютъ вовсе дарить родовое имущество (ср. René-Cuënot, стр. 160, 180 и 183).

Наиболѣе строгимъ ограниченіемъ является *запрещеніе завѣщать* родовое имущество. Оно существуетъ въ равной мѣрѣ во всѣхъ губерніяхъ, въ которыхъ дѣйствуетъ 1 ч. X т., не исключая губ. Черниговской и Полтавской, при чемъ запрещеніе это безусловно, когда завѣщатель имѣетъ дѣтей, а также когда онъ не имѣетъ ни одного родоваго наслѣдника. Въ первомъ случаѣ имѣніе достается дѣтямъ; во второмъ случаѣ оно считается выморочнымъ. Указанное запрещеніе смягчается въ своей строгости, когда, за неимѣніемъ дѣтей или иныхъ нисходящихъ, остается кто-либо изъ боковыхъ родственниковъ наслѣдодателя (ст. 1068, 1 ч. X т.); онъ можетъ въ такомъ случаѣ совершить завѣщаніе (впрочемъ, съ соблюденіемъ особой формы завѣщанія, о чемъ здѣсь распространяться нечего); въ этомъ завѣщаніи можетъ быть выбранъ какой-нибудь изъ родственниковъ того рода, куда относится имѣніе, при этомъ не обязательно назначать «ближайшаго наслѣдника». Обязательно, въ такомъ случаѣ, только *воспрещеніе дробить родовое имѣніе*. Поэтому, недѣйствительно будетъ то завѣщаніе, «по которому родовое имѣніе назначено не одному, а нѣсколькимъ родственникамъ» (касс. рѣш. $^{79}/_{16}$, $^{84}/_{108}$, $^{91}/_{82}$). При этомъ нѣкоторое сомнѣніе могутъ возбудить слова: «или же часть онаго» въ ст. 1068; это, однако, не ослабляетъ указанной обязательности воспрещенія дробленія родоваго имѣмія *между наслѣдниками по завѣщанію* и указываетъ лишь на то, что завѣщатель въ правѣ «предоставить часть имѣнія наслѣднику по закону, а другую часть избранному завѣщателемъ родственнику» (касс. рѣш. $^{79}/_{16}$). Затѣмъ, безусловно должно быть соблюдено въ завѣщаніяхъ указаннаго рода общее правило о томъ, что «избранный завѣщателемъ наслѣдникъ

долженъ быть *того рода*; изъ котораго досталось завѣщанное имѣніе, т. е. такой наслѣдникъ долженъ принадлежать не только къ роду отца наслѣдодателя въ тѣсномъ смыслѣ, но, именно, къ числу членовъ того рода, изъ котораго вышло завѣщаемое родовое имѣніе» ($^{91}/_{61}$).

Указанное здѣсь разрѣшеніе завѣщать родовое имѣніе въ нераздѣльности по правиламъ 1068 статьи, представляется изъятіемъ изъ общей природы родовыхъ имуществъ. Это изъятіе создалось «практикою Сената и Высочайшими указами по отдѣльнымъ дѣламъ» (Рихтеръ, стр. 183); этимъ путемъ создалось, въ теченіе XVIII вѣка, ограниченіе безусловнаго запрещенія завѣщать родовое имущество, каковое запрещеніе основывалось, насколько извѣстно, на толкованіи Уложенія 1649 г. (ср. у Рихтера, стр. 164) и на болѣе опредѣленныхъ выраженіяхъ въ указахъ 1 мая 1650 г. (П. С. З. № 34) и 19 іюля 1679 г. (П. С. З. № 764). Въ литературѣ существуетъ нѣкоторое разногласіе по вопросу о томъ, какъ смотрѣть на разрѣшеніе завѣщанія о родовомъ имѣніи въ предѣлахъ 1068 статьи. Такъ, напр., г. Гордонъ, въ рефератѣ, доложенномъ С.-Петербургскому юридическому обществу (Жур. гражд. и угол. пр., 1881 г., кн. 3 и 4, проток. засѣд. гражд. отд. юр. общ. стр. 1—64 и 65—70), полагаетъ, что ограниченіе, въ данномъ случаѣ, назначаемыхъ наслѣдниковъ однимъ лицомъ представляется случайно уцѣлѣвшимъ обломкомъ закона Петра Великаго о единонаслѣдіи. Напротивъ, А. Ф. Брандтъ (въ Жур. гражд. и угол. пр. 1888 г., VII, стр. 13) склоняется къ раціональному истолкованію указанной статьи въ виду того, что ея составителями, по его предположенію, было понято соціально-экономическое значеніе правила, ограничивающаго, до нѣкоторой степени, раздробляемость родовыхъ имѣній. При всей соблазнительности такого предположенія, усматривающаго у нашихъ предшественниковъ наиболѣе глубокое толковое пониманіе государственныхъ задачъ, насъ скорѣе склоняетъ къ мнѣнію г. Гордона рядъ указовъ, однако, изъ старой сенатской практики за 1786, 1791, 1798, 1811 и 1818 годы, имѣвшихъ въ виду указъ, изданный въ 1714 г. о единонаслѣдіи, который считался, повидимому, на практикѣ, не вполнѣ лишеннымъ руководящаго значенія для истолкованія завѣщаній. Изъ этихъ-то сепаратныхъ указовъ, повидимому, сложились элементы, вошедшіе потомъ въ 1068 ст. 1 ч. X т. (ср. статью П. В. Полежаева «О завѣщаніяхъ», въ Архивѣ историческихъ и практическихъ свѣдѣній, относящихся до Россіи, изд. Н. Калачовымъ, кн. I, стр. 55; 1858 г. и 1859 г.). Вторымъ изъятіемъ изъ безусловнаго запреще-

нія завѣщанія о родовыхъ имуществахъ является предоставленное, согласно ст. 1070, 1 ч. X т., владѣльцу родоваго имущества, право завѣщать родовое имѣніе въ пожизненное владѣніе супруга (законъ 27 февр. 1862 г., П. С. З. № 38005). Этотъ законъ, вызванный весьма уважительными соображеніями тѣхъ обязанностей, которыя естественно должны возникать изъ супружескаго союза, не составляетъ даже изъятія изъ началъ родоваго института, такъ какъ имъ не опредѣляется переходъ права собственности въ родовомъ имуществѣ.

Особенностью русскаго законодательства о родовыхъ имуществахъ является запрещеніе завѣщать родовое имущество даже въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ есть послѣдній представитель рода. Это правило установилось у насъ посредствомъ указовъ: 23 янв. 1712 г. (№ 2471); ст. 22 ук. 1785 г. (№ 16187); ст. 88 ук. 1785 № 16188); ук. 1801 г. (№ 2060). Оно, кажется, не столько свидѣтельствуетъ о фискальныхъ заботахъ правительства, сколько знаменуетъ кульминаціонную точку развитія того направленія законодательства, которое началось въ XVI вѣкѣ, завершилось уже въ XVIII в. и выразилось въ искусственномъ расширеніи публично-государственнаго элемента въ институтѣ родовыхъ имуществъ. Но объ этомъ будетъ рѣчь впереди.

Въ Лифляндіи и Эстляндіи (по городскимъ и земскимъ правамъ) не дозволяется завѣщать «наслѣдственное имѣніе» безъ согласія ближайшихъ наслѣдниковъ (ст. 961, 966, 969, 972 и 1995 Приб. гражд. св.). При этомъ разумѣются «ближайшіе» въ моментъ смерти завѣщателя (Erdmann, II, 40, прим. 5; ср. также ст. 964 и 2477 Приб. св.). Сказанное ограниченіе теряетъ силу, когда *завѣщатель есть послѣдній въ родѣ,* или когда его «ближайшіе» наслѣдники изъявятъ согласіе (ст. 1997 Приб. гражд. св.). Въ Курляндіи запрещеніе завѣщать дворянскія родовыя имѣнія существуетъ не болѣе, какъ для огражденія правъ наслѣдниковъ первыхъ двухъ разрядовъ, т. е. нисходящихъ, восходящихъ, братьевъ, сестеръ и ихъ дѣтей (ст. 2002 Приб. гражд. св.; ср. Erdmann, II, § 121, стр. 47).

Древнее французское право содержало разнообразныя правила. Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ существовали обычаи, совершенно воспрещавшіе завѣщаніе родоваго имущества (Нормандія, Мецъ); въ другихъ мѣстностяхъ существовало это запрещеніе при наличности у завѣщателя дѣтей (Сенсиль, Клермонъ); въ прочихъ, наконецъ, мѣстностяхъ дозволялось завѣщать нѣкоторую часть родоваго имущества: въ Барѣ $^1/_6$, въ Парижѣ $^1/_5$, въ Бретани $^1/_3$ (ср. *Boïssonade*—

Histoire de la réserve, стр. 257 и слѣд.: также René-Cuënot, стр. 180). Допущеніе опредѣленной доли родоваго имущества со свойствами части, подлежащей свободному распоряженію, объясняется вліяніемъ римскаго права, т. е. смѣшеніемъ двухъ разныхъ институтовъ: «резервы» обычнаго права и «обязательной доли» (pars legitima) римскаго законодательства (ср. у Рихтера, стр. 65). Французскіе обычаи не допускали, вообще говоря, чтобы родовые наслѣдники могли изъявлять согласіе на составленіе завѣщанія о родовомъ имуществѣ. Впрочемъ, были и на этотъ счетъ рѣдкія исключенія, напр., въ обычаяхъ Артуа (ср. René-Cuënot, стр. 176 и 183).

Въ древнемъ Любекскомъ правѣ XIII и XIV стол. существовало запрещеніе завѣщать родовое имущество. Въ позднѣйшее время оно стало переходить съ предмета на его цѣнность, и постепенно стало вырабатываться ограниченіе иного рода, а именно,—обязанность оставлять своимъ наслѣдникамъ состояніе, равноцѣнное тому, которое дошло до самого завѣщателя по наслѣдству. Это ограниченіе приближается къ характеру обязательной доли и обнаруживаетъ уже разложеніе института родовыхъ имуществъ (ср. у Рихтера, стр. 75).

На-ряду съ вышеописанными ограниченіями безмезднаго отчужденія существуютъ въ родовыхъ имуществахъ болѣе или менѣе полныя *ограниченія возмезднаго отчужденія*. Въ настоящее время установленіе родовыхъ имуществъ обособилось въ такой рѣзко опредѣленной формѣ, которая не допускаетъ его смѣшенія съ такимъ родственнымъ институтомъ, какъ майоратъ или заповѣдное имущество, однимъ изъ отличительныхъ признаковъ котораго служитъ, именно, полное запрещеніе какого-бы то ни было отчужденія. Хотя разнообразныя ограниченія въ правѣ распоряженія, существующія въ родовомъ институтѣ, повидимому, развились первоначально изъ полнаго запрета, тѣмъ не менѣе это относится къ эпохѣ сложенія его элементовъ. Опредѣлившійся же типъ института родовыхъ имуществъ тѣмъ-то и отличается, какъ характернымъ даже признакомъ, что *въ немъ допускаются возмездныя отчужденія, но при этомъ существуютъ опредѣленныя ограниченія, обусловливающія тѣ или иныя послѣдствія подобныхъ сдѣлокъ.*

Въ русскомъ правѣ (1 ч. X т.) не существуетъ въ настоящее время никакихъ предварительныхъ ограниченій, сопутствующихъ совершенію сдѣлки о продажѣ родоваго имущества. Но затѣмъ, проданныя чужеродцамъ родовыя имущества подлежатъ *выкупу* (ст. 1346 1 ч. X т.). Впрочемъ, выкупъ вовсе не существуетъ въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 1354). Продажа съ публичныхъ

торговъ не допускаетъ выкупа (1 ч. X т. ст. 1347, п. 3; также 1169 Уст. гражд. суд.).

Право выкупа принадлежитъ «ближайшимъ наслѣдникамъ» (1355 ст.), за исключеніемъ: *а)* родственниковъ, приложившихъ руку къ купчей (1362 ст., п. 2) и *б)* нисходящихъ продавца при жизни его (ст. 1356). Для выкупа положенъ 3-годичный срокъ (ст. 1363), «теченіе коего не пріостанавливается за малолѣтствомъ родственника, имѣющаго право на выкупъ» (касс. рѣш. 1882 г., № 48).

«Право выкупа принадлежитъ всѣмъ сословіямъ. Дома и строенія въ городахъ могутъ подлежать выкупу» (касс. рѣш. 1881 г., № 136). «Правила о выкупѣ не ограничиваютъ чужеродца въ его правѣ распоряжаться, согласно 420 ст. 1 ч. X т., подлежащимъ выкупу, имѣніемъ (касс. рѣш. 1891 г., № 40). Такова, въ общихъ чертахъ, общая конструкція выкупа, по дѣйствующему у насъ праву.

Его историческимъ основаніемъ считаютъ обыкновенно: ст. 85 Царскаго Судебника 1550 года; ст. 27, 30 и 31 главы XVII Уложенія Алексѣя Михайловича; Новоуказныя Статьи 19 іюня 1679 г. за №№ 764 и 765, П. С. З. и нѣсколько позднѣйшихъ узаконеній.

Слѣдуетъ еще замѣтить, что право выкупа принадлежало, повидимому, нисходящимъ до Царскаго Судебника, и имъ оно отмѣнено (ср. Рихтера, стр. 131). Затѣмъ, право выкупа, отчасти и постепенно, возвращается нисходящимъ продавца посредствомъ указовъ: 1 августа 1737 г., № 7339 и 11 мая 1744 г., № 8936.

Въ Лифляндіи и Эстляндіи, въ случаѣ продажи «наслѣднаго имѣнія» безъ согласія ближайшихъ наслѣдниковъ, имъ предоставляется право выкупа (ст. 961, 962, 966, 970, 973 и 974 Приб. гражд. св.). Но, въ Эстляндіи, выкупъ допускается только въ такихъ наслѣдственныхъ недвижимостяхъ, *которыя были уже родовыми для дѣда продавца* (ст. 1659 Приб. гражд. св.) [1]).

Въ древней Франціи допускался тоже выкупъ родовыхъ имуществъ, проданныхъ чужеродцамъ. Онъ носилъ названіе—«retrait lignager» (ср. René-Cuënot, стр. 160 и 180).

Въ древнемъ Любекскомъ правѣ существовало воспрещеніе продавать или закладывать наслѣдственную собственность безъ разрѣшенія ближайшихъ наслѣдниковъ. Въ случаѣ *крайней нужды* (echte Noth) могла состояться продажа и безъ этого разрѣшенія; но въ такомъ случаѣ, обойденнымъ родственникамъ, предоставлялось: во-

---

[1]) О глубокой правильности такого признака, будетъ подробно объяснено ниже. Строго говоря, *только дошедшія отъ дѣда недвижимости*, обладаютъ вполнѣ *родовымъ* характеромъ.

первыхъ — право предпочтительной покупки (Näherrecht); во-вторыхъ—право выкупа (Retractsrecht).

У южныхъ славянъ, какъ сказано выше, «*дьдовина*» не можетъ быть продана. Однако, въ случаѣ крайней нужды и дозволенія всѣхъ членовъ семейной общины (даже дѣтей), наслѣдственная недвижимость можетъ быть продана. При этомъ *право предпочтительной покупки* принадлежитъ всѣмъ членамъ *рода* за предѣлами семьи (такъ называемымъ—*братственникамъ*). Но и затѣмъ, *право покупать* такую недвижимость не можетъ сдѣлаться общимъ для всѣхъ желающихъ, но переходитъ къ другимъ родамъ (или «братствамъ») того же *племени* (или нахіи). *Всѣ члены семьи (даже дѣти) имѣютъ право выкупа, когда недвижимость была продана безъ ихъ согласія* [1]).

---

[1]) Необходимо указать, вкратцѣ, что̀ такое «братство» и «племе» (она же «нахія»). Нѣсколько семействъ, соединенныхъ общимъ происхожденіемъ и родовымъ именемъ, составляютъ одно «братство». Нѣсколько «братствъ» составляютъ одну «нахію», при чемъ послѣднее понятіе переходитъ въ значеніе территоріальное. Для наглядности сообщимъ, что сохранился списокъ полнаго дѣленія Черногоріи (въ 1754 г.) на 12 нахій; въ каждой изъ нихъ по 3, 4, 7 или 12 братствъ, всего же 63 братства. Въ одномъ братствѣ бываетъ иногда до 800 «ружей». Эта родовая единица имѣетъ свои собранія, своего старшину, именуемаго «княземъ» и выбираемаго *потомственно* въ потомствѣ одного и того же лица. За убійство мстятъ, убивая кого-нибудь изъ членовъ «братства», къ которому принадлежитъ убійца. То же «братство» ведетъ частную междоусобицу за кровь; оно только и въ правѣ прекратить этотъ долгъ мести, договорившись за выкупъ крови и войдя въ соглашеніе не съ отдѣльными лицами, но съ враждебнымъ ему «братствомъ». Сохранились слѣды родоваго культа въ «братствахъ». Каждое «братство» имѣетъ отдѣльную церковь, кладбище, священно-служителей, непремѣнно изъ ея крови. Братство имѣетъ общаго святаго, имя котораго празднуется въ день *именинъ всего братства*, что̀ называется «крвено име». Мы видѣли, что право предпочтительной покупки сосредоточивается, прежде всего, въ братствѣ. «Нахія» или «племе» имѣетъ точно отмежеванныя границы. Чужіе «племенники», не въ правѣ пользоваться его пастбищами и водопоями; это вызываетъ нерѣдко кровавыя схватки. Нахія имѣетъ свои общіе лѣса. Во главѣ нахіи стоитъ «главарь племенскій», или «войвода». Члены одной нахіи могутъ вступать между собою въ бракъ, тогда какъ члены одного братства—не могутъ. Многостепенность родовыхъ круговъ отзывается на сложныхъ наименованіяхъ, присущихъ каждому кривошанину, черногорцу или герцеговинцу. Такъ, напр., *братство Ковачевичей* (въ Граховѣ) состоитъ изъ многихъ семействъ или «огнищъ», какъ-то: Янковичей, Милютиновичей, Петровичей и т. д. Нерѣдко отличаются отдѣльными именами семейства, имѣющія общаго дѣда. У Крауса приведено наименованіе черногорца, съ соблюденіемъ всѣхъ круговъ многостепеннаго родоваго быта до братственнаго имени включительно. Вотъ оно:

Родовыя имущества характеризуются еще особеннымъ образомъ, *опредѣленными ограниченіями въ правѣ наслѣдованія боковыхъ родственниковъ.*

Въ законахъ Имперіи это ограниченіе характеризуется такими словами: «имѣнія родовыя переходятъ: отцовское всегда въ родъ отца, материнское въ родъ матери» (ст. 1138, 1 ч. X т.). Это соблюдается также и въ губ. Черниговской и Полтавской.

Нѣкоторое время существовалъ въ литературѣ споръ, какъ понимать выраженіе: «отцовское — въ родъ отца, материнское — въ родъ матери»? Въ Журналѣ Министерства Юстиціи за 1861 г. (X, 105) появилась статья С. Раевскаго, проводившаго то мнѣніе, что отцовское имѣніе должно достаться въ родъ отца, а материнское—въ родъ матери, не различая между лицами, составляющими родъ отца или родъ матери, кто съ какой стороны приходится имъ родственникомъ, съ ихъ-ли отцовской или съ ихъ материнской стороны. Между тѣмъ этотъ взглядъ долженъ считаться окончательно устраненнымъ. Противъ него совершенно основательно высказались К. П. Побѣдоносцевъ (Курсъ, т. I, изд. 1892 г., стр. 62 и т. II, изд. 1875 г., стр. 293) и А. Ф. Брандтъ (Жур. гражд. и угол. права, 1888 г., VII, 14).—Взгляды, выраженные у этихъ авторовъ, совершенно согласны съ кассаціонной практикой и сводятся къ слѣдующему. «Выраженіе въ 1138 ст. о переходѣ имѣнія въ родъ отца или матери не означаетъ, что имѣніе, полученное отъ отца, должно непремѣнно переходить къ родственникамъ отца, независимо отъ того, у кого изъ прежнихъ родственниковъ оно сдѣлалось родовымъ. При такомъ толкованіи имѣніе, доставшееся отцу наслѣдодателя отъ его бабки, у которой оно уже было родовымъ, перешло-бы къ родственникамъ дѣда, какъ принадлежащаго къ роду отца, а не къ родственникамъ бабки, т. е. не въ тотъ родъ, изъ котораго оно дошло, а въ тотъ, который никогда онымъ не владѣлъ» (касс. рѣш. 1891 г. № 61).—«Между тѣмъ, законъ имѣетъ въ виду, при наслѣдованіи въ родовомъ имѣніи, сохранить его въ родѣ, изъ котораго оно получено,

---

«Іова Петра Марковича Янковича Ковачевича», т. е. по нашему: Іова, онъ же сынъ Петра Марковича, по фамиліи Янковичъ, а изъ братства Ковачевичей. Эта нѣсколько необычная картина сохранившагося *родоваго быта* въ двойныхъ, а иногда и тройныхъ кругахъ, поставленная въ связь съ институтомъ *выкупа наслѣдственной дѣдовины*, можетъ многое освѣтить также въ отношеніи исторіи русскаго права. Объ этомъ будемъ еще дальше распространяться (ср. Krauss—Sitte und Brauch der Südslaven, Wien, 1885. Стр. 39, 40, 45, 52, 53, 104, 105, 106 и 122).

вслѣдствіе чего, право боковыхъ родственниковъ на наслѣдство въ родовомъ имѣніи обусловливается не однимъ кровнымъ родствомъ съ отцомъ или матерью наслѣдодателя, но и принадлежностью ихъ къ тому роду, изъ котораго досталось имѣніе, т. е. *общимъ происхожденіемъ наслѣдодателя и отыскивающаго наслѣдство* отъ того родоначальника, отъ котораго досталось имѣніе» (рѣш. 1881 г. № 30, 1891 г. № 61).

Историческія основанія статьи 1138, 1 ч. X т., насколько они коренятся въ писанномъ правѣ, содержатся въ слѣдующихъ указахъ: 28 января 1681 г. (№ 860 П. С. З.); 21 января 1763 г. (№ 11,740); 1 апрѣля 1763 г. (№ 11,783); 21 іюня 1764 г. (№ 12,194) и 29 января 1802 г. (№ 20,.128).

Въ Прибалтійскихъ губерніяхъ установленъ также особый порядокъ наслѣдованія въ «наслѣдственныхъ вотчинахъ». Этотъ порядокъ обнаруживается, начиная со втораго разряда, въ которомъ состоятъ восходящіе, а также братья и сестры полнородные съ ихъ дѣтьми. По лифляндскому земскому праву, «оставшаяся послѣ умершаго наслѣдственная вотчина, обращается въ линію или отца, или матери, смотря по тому, съ чьей стороны она поступила» (ст. 1915 Приб. гражд. св.). Подобное же правило установлено и въ эстляндскомъ земскомъ правѣ (ст. 1923 и 1925 Приб. гражд. св.). Но затѣмъ, попадается въ Прибалтійскомъ краѣ одна особенность, которой мы до сихъ поръ не встрѣчали; именно то, что «наслѣдственная вотчина», для которой допускается этотъ особый порядокъ наслѣдованія (такъ называемое: «jus recadentiae», «Fallrecht») не совпадаетъ съ тѣмъ общимъ опредѣленіемъ наслѣдственнаго или родоваго имущества, которое намъ уже извѣстно изъ статей 960 и 968 Приб. гражд. св. Это раздвоеніе смысла состоитъ въ слѣдующемъ:

а) по лифляндскому земскому праву *всякая* недвижимость можетъ считаться наслѣдственною, т. е. родовою. Между тѣмъ, не всякая родовая недвижимость подчиняется ограниченному переходу, смотря по происхожденію, или въ родъ матери («jus recadentiae»), а лишь только «*земское имѣніе*» (Landgut) 597 ст. Приб. гражд. св.; такъ что особый порядокъ наслѣдованія не распространяется на городскія недвижимости и крестьянскіе участки (въ ст. 1914 — выраженіе «ererbte Landgüter» переведено, «наслѣдственныя вотчины», въ смыслѣ «наслѣдственныя земскія имѣнія»).

б) По тому же праву, считается вообще «наслѣдственною», т. е. родовою, недвижимость, доставшаяся по праву законнаго наслѣдованія отъ *любаго* родственника «въ линіяхъ восходящей, нисходящей

или боковой» (ст. 960). Между тѣмъ, особый порядокъ наслѣдованія, примѣняется только къ такимъ наслѣдственнымъ имѣніямъ, которыя дошли къ наслѣдодателю отъ его восходящаго родственника. Такъ что имѣніе, купленное моимъ братомъ и доставшееся мнѣ отъ него по наслѣдству, хотя и будетъ уже «наслѣдственное» по 960 ст., но, однако, еще не можетъ переходить къ моимъ родичамъ по особому порядку, въ виду 1917 ст. Приб. гражд. св. (ср. Erdmann, III, § 221, прим. 7-е).

в) Есть, далѣе, особенности, исключительно относящіяся къ эстляндскому земскому праву. По этому праву, какъ извѣстно, могутъ быть признаны наслѣдственнымъ имуществомъ даже движимость и капиталы (968 ст.); между тѣмъ, *однѣ только недвижимости* подлежатъ особому порядку наслѣдованія, именуемому «jus recadentiae». Это подтверждаетъ нашъ взглядъ, состоящій въ томъ, что позднѣйшее распространеніе родоваго свойства на движимое имущество въ Эстляндіи есть не что иное, какъ начало разложенія института родовыхъ имуществъ; поэтому, какъ всякое разложеніе, оно проникаетъ не во всѣ части института и дѣйствуетъ неравномѣрно и постепенно. Особый порядокъ возвращенія родоваго имущества въ свою линію (jus recadentiae) пріуроченъ къ однимъ недвижимымъ имуществамъ потому, что онъ установился въ первый періодъ, когда разложеніе института еще не начиналось. Перемѣнять же основаніе этого особаго порядка не было достаточныхъ поводовъ; ибо разъ началось разложеніе, то оно должно уже повлечь за собою не приспособленіе особаго порядка наслѣдованія, а скорѣе его исчезновеніе.

г) Характерна еще одна особенность Эстляндскаго земскаго права. Право поворота въ соотвѣтствующую линію (jus recadentiae) совершенно ослаблено въ четвертомъ разрядѣ (т. е. въ отношеніи родственниковъ, происходящихъ отъ дѣда и дальнѣйшихъ предковъ; 1880 ст. Приб. св.). Это ослабленіе особаго порядка состоитъ въ томъ, что къ наслѣдству призываются всѣ наслѣдники, даже тѣ, которые не имѣли бы права, по своей линіи, на родовое имущество; но родовымъ наслѣдникамъ той линіи, «изъ котораго имѣніе поступило», сохраняютъ это имѣніе въ натурѣ, а другимъ наслѣдникамъ выплачиваютъ ихъ части деньгами (ст. 1926; ср. Erdmann, III, стр. 133).

Французское древнее право выражало особый порядокъ наслѣдованія въ родовыхъ имуществахъ посредствомъ извѣстнаго изреченія: «paterna—paternis, materna—maternis». Эта формула содержалась

первоначально въ ст. 326 обычаевъ города Парижа, и затѣмъ уже перешла во всѣ другіе партикулярные сборники правъ (ср. René-Cuënot, стр. 159).

Впрочемъ, французское обычное право представляло значительное разнообразіе въ пониманіи этой формулы на практикѣ. Въ этомъ отношеніи всѣ французскіе обычаи раздѣлялись на три вида:

а) Первая группа допускала передачу родоваго имущества ближайшимъ родственникамъ со стороны отца или матери, не задаваясь вовсе вопросомъ, откуда происходило имѣніе до полученія его отцомъ или матерью (это были такъ называемыя: coutumes de simple côté»).

б) Вторая группа обычаевъ требовала, чтобы лицо, претендовавшее на имѣніе, было не только родственникомъ отца или родственникомъ матери наслѣдодателя, но еще и *родственникомъ* перваго пріобрѣтателя (это были такъ называемыя: «coutumes de côté et de ligne»).

в) Наконецъ, третья группа обычаевъ не только передавала родовое имущество въ ту линію, откуда дошло имѣніе, но допускала наслѣдованіе въ ономъ для однихъ лишь *потомковъ* перваго пріобрѣтателя. Такъ называемыя: «coutumes souchères» (ср. René-Cuënot, стр. 159). Послѣднее, наиболѣе строгое и послѣдовательное правило есть то самое, которое нынѣ принято нашею кассаціонною практикою (касс. рѣш. 1881 г. № 30 и 1891 г. № 61).

На этомъ мы можемъ окончить *сравнительное изученіе догмы родоваго института.* Изложенныя данныя представляются достаточными для того, чтобы перейти къ болѣе глубокому внутреннему анализу, цѣль коего будетъ—выяснить *значеніе* тѣхъ понятій, изъ которыхъ составлено установленіе родовыхъ имуществъ, *юридическую природу,* созданнаго имъ вида собственности, *потребности,* удовлетворенію коихъ служатъ эти законы, наконецъ, *соотношеніе* этихъ потребностей съ современнымъ бытомъ. Поэтому, намъ предстоитъ ближе всего разсмотрѣть: какое значеніе имѣетъ слово родъ? Гдѣ граница между родомъ и семьей? Кто долженъ считаться субъектомъ права родовыхъ имуществъ, родъ или временный владѣлецъ? Какъ объяснить историческое происхожденіе родовыхъ имуществъ? Наконецъ, принимая въ соображеніе настоятельныя заботы нашего времени, направленныя къ пересмотру и улучшенію нашего гражданскаго законодательства, намъ предстоитъ подробно разсмотрѣть всю совокупность критическихъ соображеній, на основаніи которыхъ требуютъ отмѣны или передѣлки законовъ о родовыхъ имуществахъ. Въ заключеніе мы, конечно, не уклонимся отъ изложенія нашего

собственнаго взгляда на практическую сторону этого животрепещущаго вопроса нашего времени.

Переходя къ выясненію *значенія основныхъ понятій*, содержащихся въ институтѣ родовыхъ имуществъ, мы должны прежде всего опредѣлить *значеніе рода*, т. е. того союза людей, имущественное обезпеченіе коего лежитъ въ основаніи этого института.

Слово «родъ» считается общепонятнымъ и вообще нетребующимъ особаго разъясненія. На этомъ основаніи можно нерѣдко видѣть объемистыя изслѣдованія, посвященныя правоотношеніямъ, такъ или иначе относящимся къ понятію рода, въ которыхъ ни единой строки не посвящено точному опредѣленію этого понятія. Предполагается вообще, что каждый ясно понимаетъ, что̀ такое родъ и гдѣ его предѣлы.

На самомъ дѣлѣ эта ясность только предполагается, но не существуетъ въ дѣйствительности. Если задать себѣ трудъ осилить подрядъ нѣсколько изслѣдованій о родовыхъ имуществахъ, то въ умѣ весьма отчетливо выясняется тотъ фактъ, что изслѣдователи придаютъ разнообразный смыслъ слову «родъ». Иногда эти различные оттѣнки такъ рѣзко расходятся между собою, что даже неопытный читатель понимаетъ, что имѣетъ дѣло съ двумя различными понятіями. Въ другой разъ оттѣнокъ едва замѣтенъ, различныя понятія почти тождественны и опасность впасть въ смутныя и противорѣчивыя понятія еще больше. Поэтому, необходимо выяснить эти разногласія съ тою цѣлью, чтобы достигнуть полной увѣренности въ томъ, что слову «родъ», будетъ всегда соотвѣтствовать одинъ и тотъ же смыслъ, вполнѣ опредѣленный.

а) Первое понятіе есть то, которое выражается въ такихъ словахъ, какъ: «родъ Гедимина», «родъ Рюрика», въ которыхъ разумѣется *исключительно потомство Гедимина или Рюрика.* Съ точки зрѣнія, выражающейся въ этихъ примѣрахъ, Синеусъ и Труворъ не являются членами «рода Рюрика», но Игорь, Святославъ, Владиміръ, Ярославъ и безчисленныя развѣтвленія дальнѣйшаго ихъ потомства— составляютъ то, что̀ мы называемъ «родомъ Рюрика». «Родъ» въ указанномъ смыслѣ есть нѣчто развившееся изъ бывшей «семьи» того или другаго родоначальника; отсюда ясно, что есть въ размноженіи потомства каждаго лица такой моментъ, когда уже нѣтъ семьи, а является родъ; нѣтъ болѣе отца семейства, но является родоначальникъ. Разсмотрѣніе того вопроса, насколько установленіе этого предѣла произвольно или, напротивъ, содержится въ природѣ вещей—

будетъ впереди. Пока вполнѣ достаточно установить, что такой предѣлъ ранѣе или позже устанавляется и что со времени его установленія родъ является понятіемъ, рѣзко отличающимся отъ семьи, а имущество, принадлежащее или зависящее отъ такого рода, можетъ быть названо родовымъ, но во всякомъ случаѣ не семейнымъ.

По первому понятію, соотвѣтствующему слову «родъ», мой родъ составляютъ исключительно мои потомки. Разумѣются здѣсь потомки обоего пола съ тою лишь оговоркой, что женщины, родящіяся въ моемъ роду, выходятъ въ другой родъ съ выходомъ замужъ. Такимъ образомъ, это первое понятіе слова «родъ» содержитъ въ себѣ двѣ примѣты: 1) рѣчь идетъ объ однихъ потомкахъ того лица, чьимъ именемъ родъ называется; 2) связь между ними агнатическая.

б) Второе понятіе соотвѣтствуетъ смыслу словъ: «родъ отца» въ 1138 ст. 1 ч. X тома. Въ этомъ смыслѣ полнородный братъ мой есть членъ моего рода. Здѣсь родъ даннаго лица установляетъ связь и притомъ связь агнатическую съ лицами, отъ него не происходящими, но имѣющими съ нимъ одного общаго родителя или прародителя. Имущество, пріуроченное къ такому кругу лицъ, представляется совершенно инымъ типомъ родовыхъ имуществъ, нежели въ предъидущемъ понятіи о родѣ. При этомъ, въ послѣднемъ типѣ содержится нѣкоторый элементъ публичнаго права, а въ первомъ типѣ частный или гражданскій элементъ. При этомъ, въ томъ и другомъ представленіи о родѣ и родовыхъ имуществахъ, отражаются различныя эпохи. Далѣе будетъ изложенъ тотъ взглядъ, что родовыя имущества представляютъ въ себѣ нѣчто въ родѣ наслоеній разныхъ временъ: одинъ элементъ древнѣйшій и въ то же время болѣе естественный вытекающій изъ самой природы человѣческой; другой же элементъ позднѣйшій и искусственный, гдѣ видна рука государственной власти московскаго періода. Здѣсь, пока, будетъ достаточно указать на то, что первый элементъ сосредоточивается въ представленіи о родѣ, какъ потомствѣ опредѣленнаго пріобрѣтателя; второй же элементъ основанъ на особенности втораго понятія о родѣ, не происходящемъ отъ перваго пріобрѣтателя.

в) Третье понятіе есть та родственная связь, которая соединяетъ меня съ тѣмъ родомъ, изъ котораго моя мать вышла и была исключена съ выходомъ замужъ, по понятіямъ агнатическимъ. Когнатическій принципъ и агнатическій—взаимно исключаютъ другъ друга. Если женщина вышла замужъ и черезъ то порвала прежнюю связь съ родомъ, то она уже не членъ рода. Но въ такомъ случаѣ, она пріобщена къ новому роду, въ силу брака.

Эта строго агнатическая точка зрѣнія существовала, какъ извѣстно, въ древнѣйшій періодъ римскаго права и отражалась, между прочимъ, въ отлученіи женщины отъ родовыхъ алтарей и пріобщеніи къ культу, принимающаго ее рода. Если, наоборотъ, придерживаться когнатической системы, то замужняя женщина никогда не перестанетъ быть членомъ того рода, въ которомъ родилась; она такая же носительница крови своихъ предковъ, какъ и мущина; она также передаетъ эту кровь своимъ дѣтямъ, пріобщая ихъ фактомъ рожденія къ роду ея предковъ, оставаясь при этомъ сама совершенно чуждымъ элементомъ для рода ея мужа. При этомъ представленіи каждый человѣкъ принадлежитъ къ двумъ родамъ: къ роду отца своего и къ роду матери своей, получая изъ того и другого источника свою кровь и свое благосостояніе и возвращая туда же это благосостояніе, если онъ умретъ бездѣтно.

Послѣднее представленіе все болѣе укореняется въ современныхъ идеяхъ, вытѣсняя неуживающійся съ нимъ агнатическій принципъ. Съ когнатическимъ построеніемъ родства, въ настоящее время, остаются въ разладѣ слѣдующіе факты: 1) необходимость дать человѣку одну фамилію, а не безконечное число родовыхъ наименованій—заставляетъ сохранять агнатическую связь общаго имени по отцу, а не по матери; 2) устраненіе отъ наслѣдованія въ благопріобрѣтенномъ имѣніи боковыхъ родственниковъ со стороны матери (ст. 1138 1 ч. X т.) приводитъ къ такому противорѣчію, что сынъ моей сестры можетъ быть моимъ наслѣдникомъ, но я отъ него никогда не могу получить наслѣдства.

Вообще, настоящая точка зрѣнія русскаго права есть признаніе когнатическаго построенія рода, какъ это ясно установлено въ статьяхъ 196 и 205 1 ч. X т., равно какъ и въ словахъ «родъ матери» ст. 1138; но эта точка зрѣнія ограничена доживающими, вышеуказанными пережитками древнѣйшей агнатической системы. При этомъ слово: «родоначальникъ» (ст. 196), очевидно, разумѣется ограничительно и исключаетъ понятіе «родоначальницы». Женщина считается связующимъ звеномъ, черезъ которое передается кровь родоначальника такого рода, фамиліи котораго потомки женщины не носятъ. Но роль женщины не идетъ дальше. Она, по преобладающему въ законѣ порядку, не можетъ считаться «начальницею» новаго исходящаго изъ нея рода.

г) Несмотря на установленіе такой преобладающей точки зрѣнія въ законѣ, есть отдѣльныя постановленія, состоящія въ противорѣчіи и съ этимъ началомъ и въ которыхъ проглядываетъ *четвертое*

понятіе о родѣ, именно о такомъ родѣ, въ которомъ именно женщина является родоначальницей. Къ этому выводу необходимо прійти, если только вдуматься въ смыслъ правилъ о переходѣ наслѣдства къ единоутробнымъ братьямъ (1140 ст. 1 ч. X т.). Это наслѣдованіе мыслимо въ двухъ видахъ: 1) въ случаѣ непосредственнаго перехода родоваго имѣнія къ единоутробному брату по 1138 ст. и 2) въ случаѣ непосредственнаго перехода благопріобрѣтеннаго имущества къ единоутробному брату по 1140 ст. При всемъ разнообразіи того и другаго случая, въ обоихъ случаяхъ есть начало общее, именно то, что я и братъ мой единоутробный являемся представителями одного ближайшаго рода, исходящаго изъ нашей матери. Другаго объясненія подыскать нельзя. Если, напримѣръ, считать, что мать играетъ здѣсь роль простаго передаточнаго звена, черезъ которое распространяется кровь моего материнскаго дѣда, то этимъ разсужденіемъ достаточно объясняется общее преемство между мною и агнатическимъ потомствомъ того же дѣда, т. е. единеніе рода моей матери съ другимъ родомъ, въ которомъ родился я. Но общеніе моего рода съ третьимъ родомъ, къ которому принадлежитъ мой единоутробный братъ, не можетъ быть объяснено простымъ предположеніемъ передаточной роли моей матери, не прибѣгая ко второму необходимому факту, именно къ роли моей матери, какъ родоначальницы. «Родъ матери» (ст. 1138), по смыслу преобладающей въ законѣ когнатической системы, есть исключительный кругъ лицъ, носящихъ ея дѣвичью фамилію, такъ какъ было указано выше, что женщина остается въ своемъ родѣ послѣ брака, оставаясь чуждой роду своего мужа. Оставаясь чуждой роду моего отца, мать моя должна была остаться также чуждою и роду моего вотчима. Стало быть, единоутробный братъ мой никоимъ образомъ не могъ быть членомъ рода матери въ иномъ смыслѣ, нежели было изъяснено выше (въ третьемъ понятіи), т. е. въ непосредственной связи съ материнскимъ дѣдомъ. Между тѣмъ ст. 1138 установляетъ непосредственную связь перехода отъ меня къ брату единоутробному, минуя дѣда. А такая связь мыслима уже не иначе, какъ посредствомъ понятія объ отдѣльномъ родовомъ союзѣ, всецѣло исходящемъ отъ общей родоначальницы, которая есть наша мать.

Имѣя передъ собою, такимъ образомъ, четыре различныхъ представленія о родѣ, состоящія между собою въ болѣе или менѣе явномъ противорѣчіи, мы должны выяснить, которое изъ нихъ представляется

наиболѣе пригоднымъ для нуждъ нашего современнаго законодательства, не теряя при этомъ изъ виду, которое изъ этихъ представленій играетъ руководящую роль въ существующихъ узаконеніяхъ о родовыхъ имуществахъ.

Въ настоящее время преобладаетъ въ современныхъ понятіяхъ построеніе рода когнатическаго и, притомъ, въ наиболѣе стройной его полнотѣ (четвертое понятіе), т. е. съ допущеніемъ даже идеи женской родоначальницы. Передача родоваго имущества, со спеціальными ограниченіями родоваго преемства, въ кругъ лицъ, не происходящихъ отъ перваго пріобрѣтателя имущества (второе понятіе), должна быть абсолютно отвергнута, какъ слѣдъ правилъ, очевидно установленныхъ подъ вліяніемъ нынѣ миновавшихъ требованій государственной пользы московской эпохи. Установляя различныя правила преемствъ опредѣленныхъ имѣній *по роду ихъ происхожденія*, законодатель не можетъ логически выводить изъ такого обстоятельства особый порядокъ ихъ передачи въ кругу такихъ лицъ, которыя по своему рожденію не имѣютъ никакого прикосновенія къ этому имѣнію; если же такое расширеніе круга родовыхъ наслѣдниковъ и допускалось, то не въ силу самой внутренней логики института родоваго преемства, а по соображеніямъ политики. Возвращаясь къ тѣмъ основаніямъ родоваго преемства, которыя можно назвать естественными, законодатель тѣмъ самымъ долженъ возвратиться къ тому элементу вопроса, который очевидно долженъ считаться первоначальнымъ и наиболѣе независимымъ отъ преходящихъ условій той или другой эпохи.

Такимъ образомъ приходится отвергнуть второе понятіе о родѣ лица въ смыслѣ круга лицъ, отъ него не происходящихъ,—въ равной мѣрѣ, какъ и третье понятіе о родѣ, съ которымъ связь устанавливается посредствомъ матери, не считающейся родоначальницей (третье понятіе). Сохраненіе же имущества въ предѣлахъ рода его перваго пріобрѣтателя должно разумѣть исключительно въ смыслѣ обращенія этого имущества между его потомками. Такимъ образомъ, изъ четырехъ изслѣдованныхъ понятій о родѣ одни только понятія первое и четвертое, соединенныя вмѣстѣ, могутъ считаться вполнѣ пригодными не только для цѣлей современнаго законодательства, но и для установленія твердой терминологіи, необходимой для юридической критики.

Установленіе понятія о родѣ, посредствомъ элементовъ, отнюдь не новыхъ, но лишь не пользующихся исключительнымъ преобладаніемъ въ настоящемъ законодательствѣ, ставитъ на очередь такой вопросъ, который остается неизмѣннымъ при томъ или другомъ объемѣ понятія о родѣ. Это вопросъ о томъ, *кого считать лицомъ, обладающимъ родовымъ имуществомъ?* Принадлежитъ ли такое имущество роду, представителемъ коего является родовой вотчинникъ? или оно принадлежитъ этому вотчиннику—съ возложеніемъ на него нѣкоторыхъ ограниченій въ пользу рода? Для отвѣта на этотъ вопросъ слѣдуетъ сравнить пространство личныхъ правъ владѣльца съ пространствомъ возложенныхъ на него ограниченій, дающихъ мѣру правъ рода. При этомъ, нельзя не прійти къ тому выводу, что въ рукахъ родоваго владѣльца сосредоточиваются всѣ главные признаки права собственности. Онъ владѣетъ имуществомъ и его распоряженія, въ этомъ отношеніи, не ограничены даже какимъ-либо предписаніемъ отрицательнаго свойства. Его пользованіе идетъ такъ далеко, что даже за цѣлость предмета или его принадлежностей онъ ни передъ кѣмъ не отвѣчаетъ, находя единственную преграду въ томъ, что̀ долженъ ему подсказать личный интересъ. Его право распоряженія хотя и ограничено воспрещеніемъ опредѣленныхъ сдѣлокъ, тѣмъ не менѣе, существуетъ весьма широко; при соблюденіи извѣстныхъ условій, допускается безповоротное отчужденіе имущества въ постороннія руки. Между тѣмъ, родъ лишенъ возможности, въ какой бы то ни было формѣ (въ лицѣ ли опредѣленнаго круга своихъ членовъ, или черезъ представителей), издавать, какія бы то ни было, положительныя распоряженія, касающіяся любаго изъ трехъ основныхъ элементовъ права собственности. Родъ не владѣетъ, онъ не пользуется, онъ не отчуждаетъ и не можетъ даже задержать отчужденіе родоваго имущества.

Но, быть можетъ, владѣніе, пользованіе и распоряженіе вотчинника можетъ быть разсмотрѣно какъ владѣніе, пользованіе и распоряженіе рода въ его лицѣ?

Такое предположеніе не выдержало бы ни малѣйшей критики. Рѣшающимъ соображеніемъ является цѣль дѣйствій вотчинника. Характеръ его владѣнія и пользованія можетъ совершенно законно состояться въ направленіи узко понятаго личнаго его интереса и въ ущербъ несомнѣннымъ интересамъ рода. Отчужденіе имущества всегда идетъ въ разрѣзъ съ интересами рода, такъ какъ цѣна проданнаго родоваго имѣнія не получаетъ, по нашему закону, свойствъ родоваго имущества и не защищена, какими бы то ни было, ограниченіями

отъ безслѣднаго израсходованія. При этихъ условіяхъ субъектомъ правъ въ родовыхъ имуществахъ не можетъ никоимъ образомъ считаться родъ, а таковымъ слѣдуетъ считать частнаго владѣльца. Онъ есть собственникъ родоваго имущества, но собственникъ, болѣе или менѣе ограниченный въ несущественныхъ проявленіяхъ права собственности. Это несомнѣнно такъ, несмотря на то, что право распоряженія, котораго касаются эти ограниченія, относится къ существеннымъ признакамъ права собственности; но такъ какъ это право не отнимается цѣликомъ, а лишь ограничивается, то собственность, въ данномъ случаѣ, не можетъ считаться ограниченной иначе, какъ въ ея несущественныхъ проявленіяхъ. Въ противномъ случаѣ, она перестала бы быть собственностью. Этимъ рѣшительнымъ признакомъ сохраненія существенныхъ аттрибутовъ собственности, институтъ родовыхъ имуществъ, главнымъ образомъ, и отличается отъ другой группы нѣсколько аналогичныхъ узаконеній, къ которой относятся: 1) заповѣдныя имѣнія и маіораты 1 ч. X т. (ст. 485, 488 и 509); 2) фамильный фидеикоммиссъ въ Прибалтійскихъ губерніяхъ (ст. 2341 III ч. Свод. м. узак.) и родовой фидеикоммиссъ въ дворянскихъ имѣніяхъ тѣхъ же губерній (ст. 2525 III ч. Свод. м. узак.). Эти институты вовсе лишены права распоряженія, а потому не должны считаться разновидностями права собственности.

Институтъ родовыхъ имуществъ отличается настолько прочно установившимися признаками, что даетъ возможность его построенія въ болѣе общихъ очертаніяхъ, выходя за предѣлы дѣйствующаго нынѣ въ Россіи закона. При всемъ разнообразіи его признаковъ, выясняющемся изъ сравнительнаго изученія этого института въ разные вѣка и у разныхъ народовъ, этотъ институтъ даетъ прочную основу для вышеизложенныхъ соображеній. Правда, въ наиболѣе первобытныхъ формахъ, почти сливающихся съ представленіемъ имущественной обязанности семьи, изъ которой очевидно развился и институтъ родовыхъ имуществъ, этотъ институтъ представляетъ почти полное запрещеніе отчужденія наслѣдственной недвижимости, а вмѣшательство членовъ рода выступаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ почти активно, такъ что можно было бы указать на эти случаи въ опроверженіе всего вышесказаннаго. Но и въ этихъ случаяхъ сохраняются, въ сущности, общіе признаки этого института. Такъ, напр., абсолютное запрещеніе продажи смягчается въ древне-Любекскомъ правѣ исключеніемъ «крайней нужды» (echte Noth); то же понятіе, какъ мы видѣли выше, въ обычномъ правѣ южныхъ славянъ; а вмѣшательство родичей не выражается въ продажѣ имущества чле-

нами рода, но состоитъ лишь въ выраженіи согласія на отчужденіе, чѣмъ собственно и лишаются они права выкупа (ср. Любекское право: «hereditaria bona nemo potest impignorare, vendere vel dare praeter heredum conniventiam vel promissum»).

Такимъ образомъ, оправдывается наиболѣе общее опредѣленіе права родовыхъ имуществъ, какъ «*видъ личной собственности, ограниченной въ нѣкоторыхъ проявленіяхъ права распоряженія въ видахъ огражденія интересовъ рода*».

Подъ вліяніемъ многочисленныхъ соображеній, приводящихъ къ ослабленію прежняго значенія рода, въ системѣ наслѣдственнаго права приходится нерѣдко наталкиваться на *смѣшеніе понятій семьи и рода.* Это смѣшеніе представляется иногда въ видѣ намѣренной замѣны послѣдняго понятія первымъ тѣми авторами, которые считаютъ родовые интересы совершенно вымершими въ современныхъ условіяхъ жизни и которымъ представляется желательнымъ совершенно упразднить послѣдніе остатки родоваго права ради исключительнаго огражденія семейныхъ интересовъ. Съ другой стороны, такое смѣшеніе бываетъ и безъ предвзятой цѣли, въ силу того, что представляется нѣкоторое затрудненіе найти рѣзкій раздѣлительный признакъ между семьей и родомъ; тѣмъ болѣе, что тутъ представляются какъ бы двѣ степени развитія того же явленія; родъ происходитъ изъ размноженія семьи. Между тѣмъ, нельзя не признать, что установленіе какого-либо разграниченія совершенно необходимо, и что многіе неясности и споры происходятъ отъ того, что нѣтъ на этотъ счетъ прочно установившихся взглядовъ.

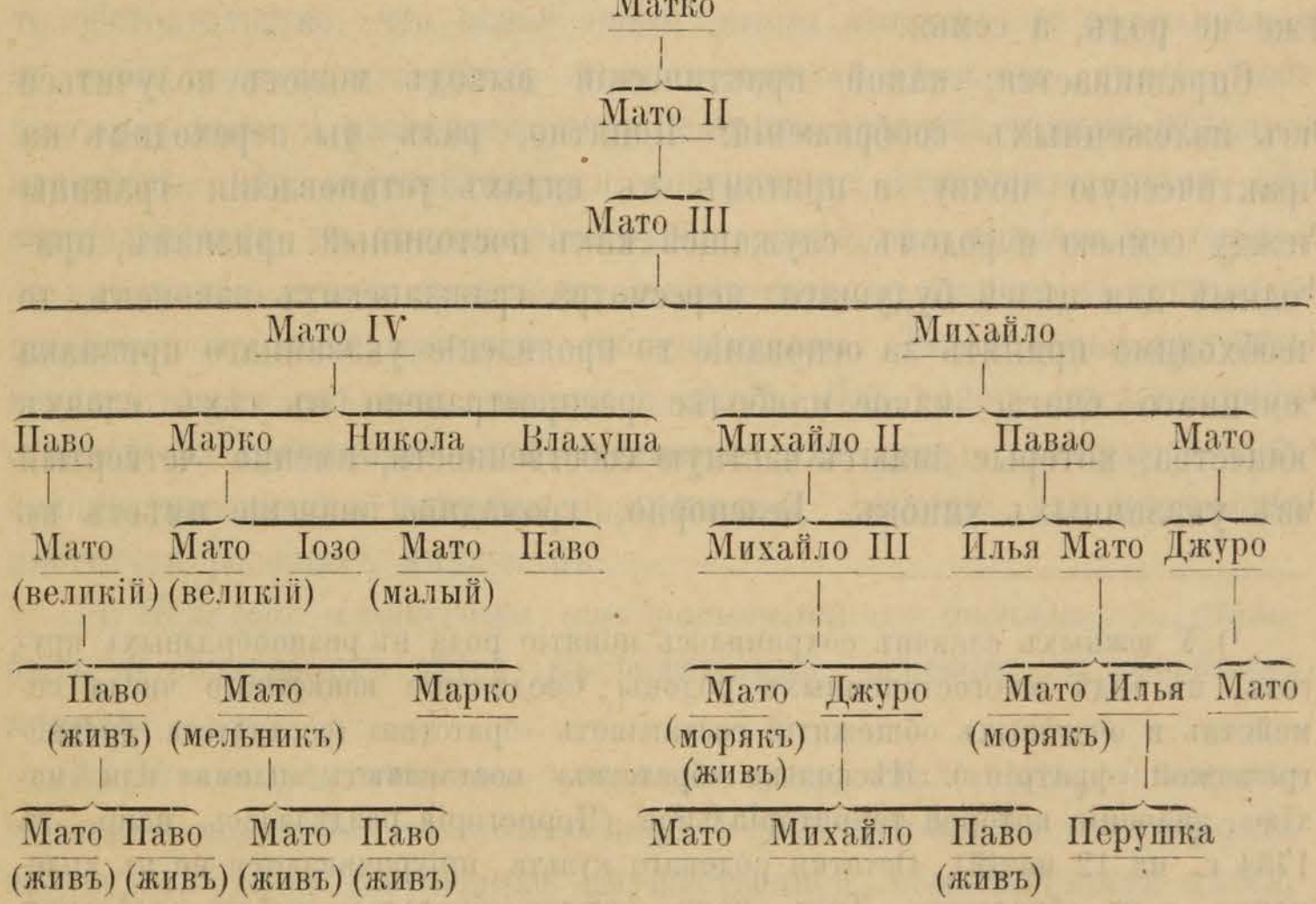
Семья имѣетъ такой отличительный признакъ, который до того постояненъ, что встрѣчается даже за предѣлами человѣческихъ общежитій. *Это общій очагъ и власть, сдерживающая членовъ семьи у этого очага.* Даже въ пчелиномъ ульѣ можно указать на этотъ признакъ и считать начало образованія новой семьи съ того момента, когда извѣстная часть обитателей улья, въ видѣ роя, покидаетъ улей и пускается за поисками новыхъ очаговъ. Этотъ общій признакъ въ сравнительномъ правовѣдѣніи тѣмъ хорошъ, что онъ даетъ общее начало для опредѣленія семьи въ ея крайнихъ разновидностяхъ.

1) Моногамическая семья европейскихъ народовъ, въ языческія времена, группируется у единаго очага посредствомъ родительской власти (древне-славянская, древне-германская и, наконецъ, древне-римская семья), въ которой дѣдъ могъ сохранить отеческую власть въ качествѣ «pater familias» надъ дѣтьми и внуками;

2) полигамическая семья библейскихъ патріарховъ, а въ настоящее время нехристіанскихъ восточныхъ народовъ, въ которой единство очага и власти объединяетъ всѣхъ дѣтей, съ различными матерями, въ одну нераздѣльную семью, вовсе не смѣшиваемую съ понятіемъ рода;

3) «большая семья» нашего обычнаго права и юго-славянскаго быта, въ которой единый очагъ, а, стало-быть, единство власти, исходящей отъ отца или его преемника, соединяютъ въ одну семью (а не родъ) всѣхъ, даже женатыхъ, сочленовъ такой семьи. Поразительнымъ примѣромъ такой «большой семьи» является *семейное общежитіе Магудъ* изъ быта южныхъ славянъ.

Родословная семейнаго общежитія „Магудъ„ въ Далмаціи.



(Ср. Krauss, Sitte und Brauch der Südslaven, стр. 122).—Въ этомъ общежитіи, составляя *одну семью*, жили, по послѣднимъ свѣдѣніямъ (1885 г.) родственники, состоящіе въ 10-ой степени родства. Въ общемъ это общежитіе сохранилось въ 8-мъ поколѣніи безъ распаденія.

4) Наконецъ, обыкновенная современная семья культурныхъ слоевъ общества на Западѣ и у насъ, т. е. та семья, бытъ которой

опредѣляется существованіемъ частной собственности, принадлежащей отцу или матери, или наконецъ обоимъ въ тѣхъ законодательствахъ, которыя устанавливаютъ общность имущества супруговъ (напр., по Лифл. гор. праву и французскому кодексу). Эта семья, какъ извѣстно, группируетъ у домашняго очага не болѣе 2 поколѣній людей: отца, матери и дѣтей до совершеннолѣтія. Такимъ образомъ, можно считать указанный признакъ (единство очага и власти) достаточно прочнымъ и обладающимъ постоянствомъ настолько, что *имъ можетъ быть опредѣлено существованіе семьи въ отличіе отъ рода.* Общаго очага для рода уже быть не можетъ. Сохраняются, правда, примѣты, указывающія на бывшую общность очага, напр. общій культъ, слѣды коего понынѣ существуютъ въ родовыхъ союзахъ у южныхъ славянъ [1]). Тѣмъ не менѣе можно сказать, что общаго очага у цѣлаго рода быть не можетъ, хотя-бы сохранилась общая власть родоначальника или его преемника; ибо, разъ есть общій очагъ, это уже не родъ, а семья.

Спрашивается, какой практическій выводъ можетъ получиться изъ изложенныхъ соображеній? Понятно, разъ мы переходимъ на практическую почву и притомъ въ видахъ установленія границы между семьею и родомъ, служащей какъ постоянный признакъ, пригодный для цѣлей будущаго пересмотра гражданскихъ законовъ, то необходимо принять за основаніе то проявленіе указаннаго признака семейнаго очага, какое наиболѣе распространено въ тѣхъ слояхъ общества, которые знаютъ частную собственность, именно четвертый изъ указанныхъ типовъ. Безспорно, громадное значеніе имѣетъ въ

---

[1]) У южныхъ славянъ сохранилось понятіе рода въ разнообразныхъ кругахъ, въ видѣ многостепенныхъ родовъ. Соединеніе извѣстнаго числа семействъ и очаговыхъ общежитій составляетъ «братство» (соотвѣтств. древнегреческой «фратріи»). Нѣсколько «братствъ» составляютъ «племя» или «нахію», значеніе которой территоріальное (Черногорія раздѣлялась, напр., въ 1754 г. на 12 нахій). Остатки родоваго культа пріурочиваются не къ «племени», а къ «братству». Такъ, напр., каждое «братство» имѣетъ отдѣльную церковь, кладбище, своего «святителя», въ день коего празднуются религіозныя именины «братства», именуемыя «крьсно име»; наконецъ, священники должны быть, обязательно, по своему рожденію, изъ того «братства», гдѣ они священнодѣйствуютъ. Долгъ кровавой мести также пріуроченъ къ «братству»; при этомъ въ видѣ возмездія убиваются члены того «братства», членомъ котораго состоитъ убійца. Право мириться за кровь принадлежитъ «братству», и выкупъ за кровь платитъ «братство». Начальникъ «братства» выбирается и именуется «главаремъ», «кнеземъ», «сердаромъ» (ср. Krauss, стр. 36, 38, 40 и 51).

нашемъ быту такъ называемая «большая семья» обычнаго права; но здѣсь не приходится на ней останавливаться, такъ какъ имѣется, главнымъ образомъ, въ виду установить разграничительный признакъ между семьей и родомъ на почвѣ института родовыхъ имуществъ, т. е. такого института, который есть видъ частной собственности. Съ этой точки зрѣнія будетъ справедливо разсматривать семью, какъ союзъ, сравнительно быстро стремящійся къ распаденію или, по крайней мѣрѣ, къ разъединенію для основанія самостоятельныхъ очаговъ.

Въ культурной семьѣ такой кризисъ наступаетъ, среднимъ числомъ, чрезъ каждыя 25 лѣтъ: молодые уходятъ, а на старомъ пепелищѣ остаются только доживающіе свой вѣкъ родители и не вышедшія еще замужъ дочери. Неминуемое стремленіе къ обособленію отъ родительскаго очага съ наступленіемъ совершеннолѣтія есть самая характерная особенность культурной семьи. Ею обусловливается то обстоятельство, что *семья этого типа никогда не совмѣщаетъ въ себѣ трехъ поколѣній, сохранившихъ единство очага подъ властью дѣда.* А разъ этого нѣтъ, или это является такимъ рѣдкимъ явленіемъ, что обусловливается совершенно исключительными обстоятельствами, то *естественно будетъ считать третье поколѣніе за предѣлами семьи въ такомъ общественномъ строѣ, въ которомъ существуетъ уже частная собственность.* Такая семья состоитъ исключительно изъ отца, матери и дѣтей. Изъ такого представленія о семьѣ, за границами коей начинается уже родъ, вытекаютъ слѣдующія положенія, имѣющія практическое значеніе для построенія института родовыхъ имуществъ.

1) *Переходъ имущества отъ родителей къ дѣтямъ,* а, стало-быть, и обратно отъ дѣтей къ родителямъ, *основанъ на семейномъ началѣ.*

2) *Всѣ имущественныя отношенія,* а, стало-быть, *и имущественные переходы по наслѣдству между братьями и сестрами,* предполагая уже достигшихъ имущественной обособленности дѣтей, каковая всегда сопровождается, рано или поздно, ихъ выходомъ изъ родительской семьи, *основываются уже не на семейномъ, а на родовомъ началѣ;*

3) *Внукъ не есть, въ нормальномъ порядкѣ вещей, членъ семьи дѣда, а дѣдъ не входитъ въ семью внука; между первымъ и третьимъ поколѣніемъ существуетъ не семейная, а только родовая связь.* На основаніи противоположенія семьи и рода существуетъ въ наслѣдственномъ правѣ противоположеніе двухъ институтовъ:

а) учрежденія обязательной доли, служащаго *семейному началу,* и

б) учрежденія родовыхъ имуществъ, *служащаго интересамъ рода.*

Обязательная доля, служа только для укрѣпленія семьи, но не рода, должна быть исключительно установлена въ пользу дѣтей, родителей и супруговъ. Опредѣленіе же родовыхъ имуществъ, сообразно указанной противоположности семьи и рода, слѣдовало бы, строго говоря, ограничить, допуская родовое свойство только въ тѣхъ имуществахъ, которыя успѣли перейти *три поколѣнія владѣльцевъ (отъ дѣда къ внуку),* такъ какъ эти поколѣнія связаны не семейною, а родовою идеею. Болѣе подробныя соображенія будутъ изложены ниже.

Въ настоящее время общественное мнѣніе настроено противъ института родовыхъ имуществъ. Большая часть юристовъ подаетъ голосъ скорѣе за отмѣну, нежели за сохраненіе этого установленія. Въ этомъ смыслѣ высказались Сперанскій, Мейеръ, Любавскій, Спасовичъ, Змирловъ и многіе другіе. Изъ отзывовъ членовъ судебнаго вѣдомства, опубликованныхъ въ «Замѣчаніяхъ о недостаткахъ дѣйствія гражд. законовъ», весьма немногіе голоса высказались въ пользу этого установленія. Рѣшительный голосъ въ защиту его подалъ только А. Ф. Брандтъ. Что касается К. П. Побѣдоносцева, то онъ, хотя и не сочувствуетъ, повидимому, отмѣнѣ этого учрежденія, считая вопросъ не вполнѣ выяснившимся, тѣмъ не менѣе отчетливой защиты этихъ законовъ у него нѣтъ, чѣмъ и объясняется, что на его «Курсъ» ссылаются какъ сторонники, такъ и противники родовыхъ имуществъ.

Для того, чтобы оріентироваться въ этомъ спорномъ вопросѣ, необходимо прежде всего выяснить тѣ основанія, которыя побуждаютъ противниковъ института родовыхъ имуществъ требовать его отмѣны, вслѣдствіе принципіальнаго неодобренія всего института, не касаясь тѣхъ аргументовъ, которые относятся къ детальной его критикѣ и о которыхъ рѣчь должна быть впереди, при разсмотрѣніи его частностей.

1) Прежде всего слѣдуетъ остерегаться одного вліянія, которое играетъ не послѣднюю роль въ этомъ вопросѣ. Мы имѣемъ въ виду неудержимое стремленіе къ подражанію западнымъ образцамъ въ литературѣ и законодательствѣ. Не слѣдуетъ забывать, что задача

составленія гражданскаго уложенія выпадаетъ на долю такого поколѣнія русскихъ юристовъ, которое имѣетъ за собою не болѣе 40 лѣтъ предшествующей дѣятельности національной юриспруденціи, такъ какъ въ 40-хъ—или 50-хъ годахъ сословіе русскихъ юристовъ съ научнымъ образованіемъ, внѣ чисто-научнаго поприща и въ законодательныхъ или судебныхъ учрежденіяхъ, по своей малочисленности, было почти незамѣтно. Если сравнить это положеніе вещей съ тѣмъ, которое существуетъ въ Германіи, во Франціи и въ другихъ большихъ государствахъ Европы, гдѣ совершаются подобныя работы, то нельзя не признать крайне неблагопріятныхъ условій для нашего отечества, такъ какъ въ тѣхъ странахъ юридическая мысль и практика имѣютъ за собою около 300 лѣтъ вполнѣ организованной дѣятельности. Громадный умственный трудъ предшественниковъ современныхъ западныхъ юристовъ создалъ такое накопленіе классическихъ трудовъ и образцовъ, которое дѣйствуетъ на насъ обаятельно и тѣмъ болѣе вынуждаетъ къ подражательности нашу далеко не окрѣпшую отечественную юриспруденцію, чѣмъ полнѣе эрудиція нашихъ юристовъ. Мы не только данники Запада по запасу готовыхъ трудовъ, но мы, кромѣ того, ученики тѣхъ традицій, на которыхъ сложилось наше университетское преподаваніе. Такой путь хотя и неизбѣженъ, но представляетъ значительную опасность, когда въ нашихъ рукахъ, до извѣстной степени, находится судьба учрежденій, оцѣнка коихъ не можетъ происходить исключительно посредствомъ сопоставленія ихъ съ традиціями иностранной науки, какъ бы сильно ни дѣйствовало ея обаяніе на насъ. Нельзя не замѣтить, что въ Германіи была эпоха, когда внезапное распространеніе свѣдѣній о кладахъ классической юриспруденціи дѣйствовало столь подавляюще на туземныхъ мыслителей, что среди нихъ весьма продолжительное время никакіе самостоятельные всходы не были мыслимы, кромѣ коментаторства по стопамъ болонскихъ глоссаторовъ: то была эпоха Возрожденія. Тѣмъ не менѣе, германской наукѣ не было суждено на томъ остановиться; творческая самостоятельность германской науки была впереди.

Обращаясь къ характеру нашей юриспруденціи, нельзя не признать, что она еще не вступила въ періодъ самостоятельнаго творчества, въ особенности въ отношеніи тѣхъ ея отраслей, которыя непосредственно вліяютъ на практическое законодательство. Очевидно, что еще не такъ скоро наступитъ пора самостоятельнаго развитія русской національной юриспруденціи.

Нерѣдко можно слышать, по вопросу объ отмѣнѣ родовыхъ имуществъ, такой доводъ: указывается на единодушное направленіе за-

падной юриспруденціи, пришедшей въ разныхъ странахъ къ одному результату: во Франціи и цѣломъ рядѣ странъ, пользующихся ея правомъ,—родовыя имущества отмѣнены со временъ революціи или ближайшихъ за нею десятилѣтій; въ Германіи—цѣлый рядъ партикулярныхъ законодательствъ привелъ къ тому же результату въ теченіи настоящаго вѣка. Стало-быть, говорятъ противники родовыхъ имуществъ, паденіе этого института неминуемо вызывается общимъ прогрессомъ общественнаго строя; эти обветшалые обломки старины исчезаютъ передъ улучшеніями жизни, какъ мракъ передъ восходящимъ солнцемъ. Обобщенія такого рода весьма опасны. Разсуждая такимъ образомъ, слѣдовало бы (многіе послѣдовательно такъ и поступаютъ) домогаться отмѣны нашей общины, ускорять разложеніе нашихъ обычно-правовыхъ институтовъ, семейной общности крестьянскаго быта, артельныхъ ассоціацій и вообще многихъ коренныхъ особенностей нашего быта, не укладывающихся въ готовыя рамки академической науки. Между тѣмъ, увлекающіеся такою подражательностью не задумываются надъ слѣдующею постановкою вопроса, способнаго выяснить многое: если учрежденіе, просуществовавшее цѣлые вѣка во Франціи и Германіи и несомнѣнно игравшее не послѣднюю роль въ укрѣпленіи тамошнихъ общественныхъ устоевъ, такъ быстро пришло къ исчезновенію, то не дѣйствовали ли здѣсь, какія-либо постороннія разлагающія силы, которыя, быть можетъ, не существуютъ въ другихъ странахъ и въ другихъ эпохахъ и которыя, между прочимъ, для насъ необязательны? А между тѣмъ, такія силы были, и въ данномъ случаѣ несомнѣнно дѣйствовали. Это рецепція римскаго права въ Германіи, начиная съ XVI вѣка, и революціонный духъ Конвента, отмѣнившаго родовыя имущества декретомъ 17 нивоза года II-аго (1793 г.) во Франціи.

2) Однимъ изъ существенныхъ аргументовъ сторонниковъ отмѣны родовыхъ имуществъ является *отрицаніе за ними исторической древности*. Институтъ этотъ, говорятъ намъ, явился въ весьма недавнее время (XVI и XVII в.в.), въ силу организаціи служилаго сословія въ Московскомъ государствѣ. Возникнувъ изъ потребностей временныхъ и нынѣ миновавшихъ, не пустивъ глубокихъ корней и будучи вовсе чуждъ народному правосознанію, этотъ институтъ долженъ былъ исчезнуть еще въ XVIII стол., но, по ошибкѣ кодификаторовъ, получилъ вредное и неправильное обобщеніе на весь объемъ права собственности всѣхъ классовъ населенія. Эту ошибку прошлаго слѣдуетъ теперь сгладить посредствомъ отмѣны самаго установленія. Таковъ вкратцѣ аргументъ историческій .Между тѣмъ, это воззрѣніе,

почему-то получившее въ послѣднее время довольно значительное распространеніе, слѣдуетъ считать, по меньшей мѣрѣ, спорнымъ. Причина безпрекословнаго принятія общественнымъ мнѣніемъ такого объясненія весьма проста. Были *двѣ теоріи*. Одна стояла за глубокую древность института и нынѣ считается устарѣлою. Другая отвергла эту древность, подорвавъ основанія стараго ученія. Новѣйшая теорія, какъ водится, уже тѣмъ сильна, что она новѣе. Бываетъ однако, что мысль болѣе вѣрная содержится и въ устарѣвшемъ ученіи, но, по условіямъ времени, была плохо выяснена. Такъ и въ данномъ случаѣ. Для того, чтобы выяснить, насколько вышесказанный взглядъ страдаетъ отсутствіемъ глубины, слѣдуетъ освѣтить вкратцѣ, какимъ образомъ одно ученіе вытѣснило другое; а выяснится оно изъ сравненія того же вопроса въ литературѣ Франціи, Германіи и Россіи.

Прежде всего, мы видимъ во Франціи послѣдовательно возникновеніе того и другого объясненія природы родовыхъ имуществъ сперва изъ древнѣйшаго быта, потомъ изъ позднѣйшаго.

Сначала возникло въ литературѣ исторіи французскаго права предположеніе о томъ, что идея родовыхъ имуществъ должна была естественно развиться изъ первоначальнаго строя имущественной общности семьи. Со смертью отца семейства такая общность распадалась, но память о ней сохранялась среди членовъ этой семьи, и если кто-либо изъ нихъ умиралъ бездѣтно, то поддерживалось въ другихъ членахъ сознаніе того, что его имущество не могло быть разсматриваемо, какъ нѣчто однородное, такъ какъ часть этого имущества была нажита его личными трудами; другая же часть получена изъ бывшей семейной общности. Предполагалось, что если отецъ не могъ распоряжаться, по своему усмотрѣнію, семейнымъ имуществомъ, но обязанъ былъ его сберечь для сыновей, то это самое имущество, перейдя къ одному изъ нихъ, должно было сохранить подобное качество, на теряя семейнаго свойства для другихъ сыновей и не сливаясь съ нажитымъ имуществомъ, а на новаго владѣльца возлагалась та же обязанность, которая лежала на его отцѣ—сберечь это имущество для другихъ членовъ семейнаго общежитія (ср. Рихтеръ, стр. 62 — 64: также Boissonade, Histoire de la Réserve, стр. 252).

Но затѣмъ, въ противность этому воззрѣнію, возникло и другое объясненіе, ищущее смысла родовыхъ имуществъ въ строѣ помѣстнаго права феодальной эпохи, такъ какъ лены (fiefs, bénéfices) утверждались верховнымъ собственникомъ или сеньоромъ пожизненно, за лицомъ, пользовавшимся ими на правахъ собственника, при чемъ,

по желанію сеньора, это утвержденіе переходило на потомство прежняго владѣльца, такъ какъ сеньоръ былъ заинтересованъ въ томъ, чтобы себѣ обезпечить такимъ путемъ непрерывное ратное содѣйствіе своихъ вассаловъ. Въ такомъ видѣ установляется родовой институтъ по судебнику Людовика Святаго (XIII вѣкъ). Полнаго же своего развитія, при содѣйствіи ученыхъ юристовъ, этотъ институтъ достигаетъ не раньше XVI вѣка (René-Guënot, стр. 173). Въ Германіи замѣчается тотъ же переходъ отъ одного объясненія къ другому, то же чередованіе двухъ теорій о родовыхъ имуществахъ.

Вотъ въ какихъ выраженіямъ характеризуетъ эти два ученія Неволинъ въ своей «Исторіи россійскихъ гражданскихъ законовъ» (ч. III, стр. 67). «Были предложены разныя объясненія происхожденія права родственнаго выкупа. Первое и самое ближайшее объясненіе представляется то, что выкупъ есть остатокъ того общаго поземельнаго владѣнія въ которомъ, нѣкогда, будто-бы, состояли родственники, и въ особенности остатокъ того состоянія, когда, по прекращеніи родоваго владѣнія, семейства, отдѣляясь отъ родовъ, получали въ надѣленіе особые участки, составлявшіе все еще, нѣкоторымъ образомъ, собственность цѣлаго семейства. При этомъ объясненіи принимается, что сначала, въ случаѣ отчужденія земель, полученныхъ отъ рода или семейства, не изъявившему своего согласія на отчужденіе имущества предоставлялось право выкупа. Мы въ своемъ мѣстѣ (т. IV ч. 2, стр. 7—10) старались опровергнуть доказательства, приводимыя въ пользу мнѣнія о существовавшемъ будтобы у насъ общемъ владѣніи родственниковъ. Мы старались показать, что если въ древнія времена родственники владѣли иногда у насъ имуществами совокупно, то это ни въ какомъ случаѣ не была единственная форма обладанія землями, напротивъ подлѣ нея очень легко могла существовать и дѣйствительно существовала другая форма отдѣльнаго обладанія. Между тѣмъ и не видно, какимъ бы образомъ право выкупа могло возникнуть изъ общаго родоваго владѣнія поземельною собственностью. При существованіи такого владѣнія, по самому свойству вещи, участникъ въ немъ не можетъ отчуждать своей доли безъ согласія прочихъ соучастникокъ; отчужденіе, имъ сдѣланное безъ согласія съ ними, должно имѣть своимъ послѣдствіемъ не право выкупа для прочихъ соучастниковъ, но недѣйствительность самаго отчужденія. Если же соучастникомъ дано согласіе на это отчужденіе, то послѣ сего для нихъ не можетъ еще существовать право выкупа. Но и принимая, что родственники, отчуждавшіе полученные ими по раздѣлу изъ родовыхъ или семейныхъ земель участки, сна-

чала обязаны были испрашивать на это дозволенія у своихъ родственниковъ, надлежало бы доказать, что когда-нибудь у насъ дѣйствительно существовала эта обязанность. Между тѣмъ, ея существованіе не можетъ быть доказано».

«Право родственнаго выкупа есть установленіе общее, между прочимъ, всѣмъ германскимъ законодательствамъ. Если нѣкогда и тамъ оно было производимо изъ общаго нераздѣльнаго владѣнія, въ какомъ находились, можетъ быть, нѣкогда члены семейства и родовъ, то, по крайней мѣрѣ, знаменитые изслѣдователи древнихъ германскихъ законовъ, Эйхгорнъ, Миттермайеръ, оставили этотъ способъ объясненія. Нѣтъ надобности и намъ прибѣгать къ нему. Между тѣмъ, *исторія образованія права выкупа въ германскомъ законодательствѣ могла бы привести кого-нибудь изъ испытателей древняго отечественнаго законодательства на мысль принять въ немъ тѣ же ступени и періоды развитія права родственнаго выкупа, какіе представляетъ намъ германское законодательство*». Вслѣдъ затѣмъ, Неволинъ дѣлаетъ краткій очеркъ развитія права выкупа въ Германіи въ связи съ позднѣйшими узаконеніями (XIII, XVI и XVII столѣтій) и приходитъ къ слѣдующему заключенію: «*Позднее появленіе, въ такомъ видѣ, права выкупа въ германскомъ законодательствѣ можетъ послужить поводомъ къ мысли, не есть ли право родственнаго выкупа и у насъ установленіе, сравнительно говоря, довольно новое* и обязанное если не происхожденіемъ, то, по крайней мѣрѣ, утвержденіемъ своимъ—новому порядку вещей» (тамъ же, стр. 71).

Выписанное здѣсь мѣсто замѣчательно тѣмъ, что изъ него ясно видно, какъ *Неволинъ въ 40-хъ годахъ проложилъ путь второму взгляду о позднѣйшемъ происхожденіи родовыхъ имуществъ, исходя изъ предвзятой и заимствованной* у «знаменитыхъ изслѣдователей древнихъ германскихъ законовъ» *мысли о томъ, что право выкупа есть установленіе, сравнительно говоря, довольно новое*». Направленіе, предложенное Неволинымъ, привлекло вскорѣ и другихъ «испытателей древняго отечественнаго законодательства», которые послѣдовали совѣту Неволина и стали находить «тѣ же періоды развитія права, какіе представляетъ и германское законодательство». Проводившаяся когда-то Эверсомъ и Рейцомъ теорія родоваго быта сохранила уже немногихъ послѣдователей (Никольскаго, Владимірскаго-Буданова). Такимъ образомъ сложилась новѣйшая теорія, раздѣляемая также профессоромъ Сергѣевичемъ (ср. его лекціи, стр. 945). По этому весьма распространенному и донынѣ преобладающему ученію,

институтъ родовыхъ имуществъ, въ своихъ существенныхъ чертахъ сложился у насъ въ эпоху московскаго государства ради обезпеченія службы вотчинниковъ и въ слѣдующей постепенности: *а*) до XVI вѣка незамѣтно никакихъ ограниченій въ распоряженіи вотчинами; *б*) въ Царскомъ Судебникѣ 1550 г. (ст. 85) впервые формируется право выкупа; *в*) въ XVII вѣкѣ (Уложеніе 1649 г. и Указъ 1679 г.) появляется воспрещеніе дарить и завѣщать вотчины (ср. статью К. П. Змирлова въ Жур. гражд. и угол. права 1889 г., кн. III, стр. 65).

Изложенный взглядъ на родовыя имущества, очевидно сложившійся подъ вліяніемъ предвзятыхъ идей, является мало убѣдительнымъ потому, что построенъ исключительно на сопоставленіи законовъ и законодательныхъ памятниковъ; между тѣмъ, какъ для оцѣнки древняго права, формулированныя статьи закона играютъ далеко не исключительную роль: наряду съ объявленными законодателемъ запрещеніями и приказаніями слѣдуетъ считать за право то, чего никто не формулируетъ, но нарушенія чего еще болѣе остерегаются, нежели закона. Это сила обычая. Съ этой точки зрѣнія нельзя придать особенное довѣріе такой теоріи, которая вся зиждется на сопоставленіи указовъ, оставляя почти въ сторонѣ древніе акты и обычное право. Наконецъ, самые историческіе факты, которые находятся въ нашемъ распоряженіи, освѣщены несомнѣнно односторонне, а нѣкоторые изъ нихъ, вольно или невольно, обойдены молчаніемъ, ибо они противорѣчатъ этой теоріи.

Эти возраженія должны быть подробнѣе обоснованы.

Прежде всего, весьма сомнительно то значеніе, которое изслѣдователи придаютъ тому обстоятельству, что до XVI вѣка не встрѣчается никакихъ ограниченій въ распоряженіи вотчинами. Въ наше время, когда культурные слои общества почти всецѣло выводятъ тѣ права, коими они пользуются, изъ предписаній и воспрещеній писаннаго закона, такое молчаніе о вотчинахъ равносильно было бы дозволенію распоряжаться ими безъ всякаго препятствія. Но громадною ошибкою является перенесеніе на минувшія времена тѣхъ понятій, которыя служатъ мѣриломъ настоящаго. Нерѣдко, въ болѣе отдаленную эпоху, оказывается, что нѣтъ никакихъ видимыхъ и формулированныхъ ограниченій, а между тѣмъ, личность гораздо болѣе стѣснена въ своихъ распоряженіяхъ, нежели въ позднѣйшую эпоху, когда записано больше воспрещеній, но кругъ дѣятельности лица оказывается шире. Не вдаваясь въ детальную критику вопроса, нѣсколько посторонняго въ данномъ случаѣ, слѣдуетъ, однако замѣтить, что нѣкоторые почтенные изслѣдователи исторіи русскаго права, не находя

ясно формулированныхъ предѣловъ свободы завѣщанія въ эпоху Русской Правды, пришли къ совершенно неправдоподобному выводу, будто-бы личность завѣщателя ничѣмъ не была ограничена между тѣмъ какъ ясно, что субъективно неограниченная свобода не могла существовать въ такую эпоху, которую больше всего характеризуетъ полная сила и авторитетъ обычая; поэтому, «раздѣлъ на смертномъ одрѣ» (87 ст. Троицк. сп. Русской Правды) или слова «безъ языка ли умереть» (96 ст.), наконецъ, «рукописаніе» Псковской судебной грамоты (ст. 88)—все это такіе факты, на которыхъ никоимъ образомъ нельзя строить предположенія о существованіи свободы завѣщанія въ древней Руси.

На такомъ же основаніи нельзя изъ молчанія законовъ до XVI вѣка выводить заключеніе о томъ, что въ вотчинахъ дѣйствительно существовала полная, ничѣмъ не ограниченная, свобода распоряженій. Нѣкоторый свѣтъ на этотъ темный вопросъ способны бросить сохранившіяся частности изъ права выкупа и притомъ такія, которыя вовсе непонятны, если вѣрить тому, что выкупъ появился только съ 1550 года (ст. 85 Царск. Судебника) и что вотчины до XVI вѣка были совершенно чистою собственностью. Нѣкоторыя выраженія ст. 85 Царск. Судебника («и дѣтямъ... до той вотчины дѣла нѣтъ», и т. д.), а равно дошедшіе до насъ отъ временъ до-судебника акты, служатъ удостовѣреніемъ, что нисходящіе до XVI вѣка пользовались правомъ выкупа; они потеряли это право въ 1550 году (Рихтеръ, стр. 131); затѣмъ, наступаетъ обратное направленіе законодательства, возстановляющаго до нѣкоторой степени право выкупа нисходящихъ въ указахъ: 1 августа 1737 г. (№ 7339) и 11 мая 1744 г. (№ 8936). На этомъ, съ виду малозначущемъ, фактѣ можно основать такое предположеніе. Если значеніе выкупа шло, ослабляясь между XV и серединою XVI столѣтія, а затѣмъ снова подымается такъ, что возстанавляются нѣкоторыя черты, прежде существовавшія, однако не въ полномъ видѣ (ср. неполное возстановленіе права выкупа нисходящихъ по ст. 1356 1 ч. X т.), то это наводитъ на мысль, что извѣстный намъ фактъ есть только послѣднее звено болѣе продолжительной цѣпи и что *рядъ столѣтій до XVI вѣка долженъ былъ представить постепенное ослабленіе права выкупа и института родовыхъ имуществъ; но что затѣмъ московское правительство снова подымаетъ значеніе нѣкоторыхъ частей института, не всѣхъ но тѣхъ, въ которыхъ оно нуждалось.* Если такое предположеніе вѣрно, то изъ него выяснится обязательно слѣдующее: а) что въ эпоху, предшествующую Судебнику, должны быть рано или

поздно обнаружены гораздо болѣе полныя черты ислѣдуемаго института и *тѣмъ болѣе разнообразныя, чѣмъ дальше мы отойдемъ назадъ отъ XVI столѣтія*, т. е. отъ эпохи Судебниковъ; б) что по характеру мѣропріятій московскаго правительства, руководствовавшагося опредѣленными государственными задачами, должно оказаться *совершенно одностороннее оживленіе института родовыхъ имуществъ*, отчасти возстановляемаго, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, и *уклоняемаго отъ его природы*, разъ государственная цѣль могла быть отчасти въ разладѣ съ природою родоваго быта.

Очевидно, что разъ найдутся факты, подтверждающіе тотъ и другой выводъ, то ими будетъ въ значительной степени подтверждаться выставленная гипотеза о природѣ родовыхъ имуществъ.

Между тѣмъ, такіе факты есть.

Прежде всего, къ первому выводу слѣдуетъ указать на то, что попадаются акты такого рода, какъ жалованная грамота 1448 года, данная отъ князя Михаила Андреевича на выкупъ крестьянскимъ обществомъ пашней, отданныхъ въ залогъ монастырю Бѣлозерскому отдѣльными крестьянами, повидимому, членами крестьянскаго общества (Акты, относящ. до юрид. быта древней Россіи, изд. Калачовымъ, т. I, № 35). Несмотря на то, что рѣчь идетъ не о продажѣ, но о выкупѣ заложенной земли, тѣмъ не менѣе—примѣръ, близко подходящій. Здѣсь выкупъ дается крестьянскому обществу относительно земельныхъ участковъ, бывшихъ въ частномъ распоряженіи его членовъ. Отсюда видно, что идея выкупа была въ XV столѣтіи примѣняема за предѣлами служилаго сословія.

Далѣе, какъ совершенно справедливо разсуждаетъ Неволинъ, если идея выкупа имѣетъ связь съ первоначальною идеею общности семьи, а обезпечиваемое ею право родовыхъ имуществъ должно быть формою, развившейся изъ родовой собственности, то неминуемо должна была существовать болѣе первобытная форма такого обезпеченія, въ видѣ запрещенія отчуждать родовое имущество безъ согласія родичей. «Между тѣмъ, существованіе такой обязанности не можетъ быть доказано», заключалъ нѣсколько преждевременно проф. Неволинъ. Быть можетъ, существованіе подобной формы, служащей промежуточнымъ звеномъ между выкупомъ и родовою собственностью, еще «не доказано»; но уже теперь слѣдуетъ сомнѣваться въ томъ, будто оно «не можетъ» быть доказано. Пока не выяснилось значеніе неизслѣдованныхъ актовъ и положеній нашего обычнаго права по данному вопросу, можно ограничиться одною вѣроятностью того предположенія, что Неволинъ ошибался и

что такая ступень въ развитіи русскихъ родовыхъ имуществъ должна была существовать, разъ мы видѣли выше, что такая ступень есть въ обычномъ правѣ южныхъ славянъ, столь близко родственныхъ русскому народу. Какъ извѣстно, право южныхъ славянъ устраиваетъ такое соотношеніе родовыхъ элементовъ: 1) «дѣдовина» принципіально не отчуждаема; 2) въ исключительныхъ обстоятельствахъ ее могутъ продавать съ согласія всѣхъ соучастниковъ семейной общины; 3) въ случаѣ нарушенія этого права общинниковъ семьи, имъ дается право выкупа; права предпочтительной покупки они не имѣютъ; 4) если, наконецъ, покупка состоится, то члены рода и члены соплеменныхъ родовъ имѣютъ право предпочтительной покупки, но они не имѣютъ ни права задерживать продажу, ни права выкупа ея, подобно членамъ семейной общины. Если припомнить, что̀ означаетъ союзъ «братственниковъ», и ту связь, которая существуетъ между этимъ кругомъ лицъ и кровавою местью, родовымъ культомъ и т. п. чертами родоваго быта, то не останется ни малѣйшаго сомнѣнія въ той именно связи, какая существуетъ между выкупомъ, какъ послѣдствіемъ предшествующаго запрета отчуждать наслѣдственную передвижимость и сохранившимися слѣдами родоваго быта. А разъ мы находимъ въ памятникахъ права древней Руси ясныя указанія на «головщину» и родовую месть и вообще на слѣды родоваго быта еще далеко не вполнѣ освѣщенные а, съ другой стороны, позднѣйшее звено такого рода, какъ выкупъ, то весьма правдоподобнымъ является необходимое дополненіе русскаго древняго права тою ступенью развитія родовыхъ имуществъ, которая сохранилась у южныхъ славянъ, именно—запретомъ отчужденія съ предоставленіемъ извѣстному кругу лицъ права предпочтительной покупки, въ случаѣ допущенія исключенія изъ запрета; наконецъ, разрѣшеніемъ такихъ исключеній не иначе, какъ съ согласія тѣхъ лицъ, которымъ позднѣйшее право даетъ выкупъ.

Для провѣрки втораго вывода изъ выставленной нами гипотезы есть тоже поучительныя указанія. Этотъ выводъ состоялъ въ томъ, что разъ позднѣйшее московское законодательство не создало института родовыхъ имуществъ, а лишь возстановило его значеніе, то это возстановленіе должно было проявиться съ характеромъ односторонности. Дѣйствительно, нетрудно выяснить, въ чемъ реставрація древняго института ради интересовъ служебной организаціи грѣшила противъ естественныхъ признаковъ родовыхъ установленій. Вспомнимъ о тѣхъ четырехъ понятіяхъ слова «родъ», какія были выяснены выше.

Естественнымъ понятіемъ является первое изъ нихъ; оно наиболѣе вяжется съ представленіемъ о развитіи родоваго имущества изъ разложившейся общности семьи. Между тѣмъ оказывается, что въ русскихъ законахъ московскаго происхожденія родовыя имущества пріурочены ко второму понятію о родѣ, которое явно неправильно съ точки зрѣнія развитія родовой связи изъ семейной общности старины, но за-то гораздо полезнѣе для государства, такъ какъ расширяетъ кругъ лицъ, обязанныхъ нести государственную службу.

Подводя итогъ всему вышесказанному, приходится противопоставить общераспространенному нынѣ взгляду о недавнемъ будто происхожденіи института родовыхъ имуществъ нижеслѣдующій взглядъ на тотъ же предметъ.

а) Родовыя имущества являются, по нашему мнѣнію, установленіемъ, происходящимъ *изъ глубокой древности*. Слѣдуетъ предполагать непрерывное существованіе его со времени общеславянскаго единства, а, быть можетъ, и со времени славяногерманскаго единства восточной вѣтви индоевропейскихъ народовъ (по даннымъ филологіи).

б) Родовыя имущества являются *ступенью развитія* собственности, непосредственно наступающею *послѣ имущественной общности семьи*, какъ только размноженіе родовыхъ отраслей приводитъ эту общность къ разложенію.

в) *Интенсивность установленія родовыхъ имуществъ* допускаетъ *неравномѣрную силу*, выражающуюся то въ различномъ кругѣ лицъ, принимающихъ участіе въ выгодахъ этого установленія, то въ различной строгости лежащихъ на собственникѣ ограниченій.

г) Въ эпоху Судебниковъ успѣлъ обнаружиться упадокъ самобытнаго установленія родовыхъ имуществъ: съ одной стороны, наступаетъ сокращеніе круга лицъ, пользующихся выкупомъ; съ другой стороны—уже не видно ясныхъ слѣдовъ того запрещенія отчуждать, которое необходимо предположить въ предшествующей эпохѣ. Кульминаціоннымъ пунктомъ этого разслабленія института слѣдуетъ считать начало XVII вѣка, когда нѣтъ болѣе ограниченій къ тому, чтобы дарить родовое имущество (ср. практику до Указа 1679 г.; Рихтеръ, 168).

д) Затѣмъ наступаетъ, изъ политическихъ соображеній, реставрація института мѣрами Царскаго правительства. Московскій законодатель обнаружилъ практическій складъ ума, ему не пришлось создавать это установленіе; онъ его нашелъ готовымъ въ народномъ сознаніи и обычномъ правѣ, и онъ сумѣлъ имъ воспользоваться, какъ строительнымъ матеріаломъ для того общественнаго

зданія, которое выводилось и расло въ ту пору. Это однако реставрація, не вполнѣ согласная съ духомъ родоваго быта, такъ какъ правительство пользовалось этимъ установленіемъ лишь въ предѣлахъ своей собственной потребности, подвергая его при этомъ *замѣтнымъ искаженіямъ*.

е) Институтъ родовыхъ имуществъ, въ томъ видѣ, какъ онъ дошелъ до насъ, представляетъ въ себѣ *различныя правовыя наслоенія*, которыя являются *продуктомъ различныхъ эпохъ*, и которыя необходимо различить для того, чтобы *выяснить тѣ элементы*, которые могутъ быть пригодны, наконецъ, *то, что̀ дѣйствительно носитъ отпечатокъ глубокой древности, откинувъ временные наносы, утратившіе практическое значеніе и литенные національнаго характера*.

3) Необходимо ближайшимъ образомъ опредѣлить ту пользу, которую можетъ принести выясненіе историческаго значенія института родовыхъ имуществъ. Дѣло въ томъ, что было бы неправильно обойти молчаніемъ эту сторону вопроса, если вспомнить, сколько было потрачено труда противниками учрежденія родовыхъ имуществъ для того, чтобы доказать необходимость его отмѣны на томъ именно основаніи, будто это учрежденіе не имѣетъ глубокихъ историческихъ корней и является лишь результатомъ позднѣйшихъ ошибочныхъ обобщеній и недоразумѣній.

Могутъ, конечно, указать на слабыя стороны всякихъ теоретическихъ соображеній о правѣ древнѣйшихъ эпохъ, такъ или иначе остающемся для насъ во многихъ отношеніяхъ предметомъ неяснымъ и темнымъ. По крайней мѣрѣ предложенная теорія родовыхъ имуществъ не можетъ считаться иенѣе правдоподобной нежели тѣ, которыя предлагались до сихъ поръ. Она имѣетъ передъ ними тѣ несомнѣнныя преимущества, что соединяетъ въ себѣ, въ видѣ синтеза, добытые результаты обоихъ крайнихъ ученій, изъ коихъ одно искало корень учрежденія исключительно въ древнѣйшей эпохѣ родоваго быта, а другое—исключительно въ послѣднихъ вѣкахъ нашей исторіи. Предлагаемая нынѣ теорія объясняетъ такіе факты, которые должны были остаться необъяснимыми на основаніи обоихъ крайнихъ ученій, давая ключъ къ пониманію двойственной натуры этого учрежденія, т. е. его разновременныхъ наслоеній. Обращаясь, на основаніи такого взгляда, къ разрѣшенію вопроса о томъ, насколько мы въ правѣ однимъ почеркомъ пера выкинуть изъ нашей исторіи институтъ родовыхъ имуществъ, мы невольно остановимся передъ этимъ рѣшительнымъ шагомъ и скажемъ словами К. П. Побѣдо-

носцева: «страшно осуждать и разрушать то, что̀ еще не вполнѣ понято» (Курсъ, 1 т.). Не слѣдуетъ терять изъ виду, что если мы въ настоящее время ошибемся въ оцѣнкѣ этого института и, преувеличивая значеніе его исторической обоснованности, сохранимъ его для нашихъ потомковъ, то совершимъ этою излишнею осторожностью и консерватизмомъ несравненно меньшее зло, нежели въ томъ случаѣ, если ошибемся въ недостаточной оцѣнкѣ его качествъ и выбросимъ за бортъ наслѣдіе вѣковъ. Ибо въ послѣднемъ предположеніи наша ошибка будетъ уже непоправима, а будущія поколѣнія уже не воскресятъ того, что̀ нами будетъ убито; тогда какъ излишне сохраненное нами будетъ всегда своевременно сокращено или даже вовсе отмѣнено, когда за необходимость этой отмѣны выскажется не только нашъ опытъ, но и опытъ нашихъ потомковъ, когда они успѣютъ всесторонне выяснить, что родовыя имущества непригодны даже въ исправленномъ видѣ, послѣ того, какъ будутъ устранены частные недостатки этого института. Сила этихъ соображеній еще болѣе утвердится, если вспомнимъ, въ чемъ должны состоять предѣлы дѣятельности новаго кодекса, по самой природѣ этой задачи. Задача эта имѣетъ прежде всего характеръ консервативный. Подведеніе итоговъ существующему правосознанію, подысканіе лучшаго выраженія лежащимъ въ глубинѣ этого сознанія юридическимъ началамъ, восполненіе пробѣловъ законодательства — вотъ существенныя задачи кодификаціи Но искорененіе наличныхъ институтовъ, даже обнаруживающихъ признаки вымиранія, — есть задача отдѣльныхъ реформаціонныхъ движеній законодательства, но не кодификаціи. Даже такой кодексъ, какъ «Code Napoléon», остался вѣренъ этой программѣ, такъ какъ новаторская роль декретовъ Конвента предшествовала его изданію и явилась результатомъ совершенно отдѣльныхъ отъ задачъ кодекса революціонныхъ стремленій. Воспринявъ готовые результаты этихъ декретовъ, французскій кодексъ остался вѣренъ своей консервативной задачѣ, такъ какъ всѣ результаты революціоннаго законодательства были уже законченными процессами творчества въ то время, когда былъ изданъ кодексъ, и воспринятіе этихъ результатовъ правовой исторіи оправдывалось уже на томъ же основаніи, какъ принятіе въ составъ того же кодекса всѣхъ прочихъ памятниковъ прошлаго.

Освобожденіе крестьянъ явилось у насъ предметомъ отдѣльныхъ реформаторскихъ актовъ законодательной власти и, какъ совершившійся фактъ, является уже нынѣ предметомъ, могущимъ войти въ кодификацію; но если бы крестьяне были донынѣ въ крѣпостномъ

состояніи, то освобожденіе крестьянства не могло бы войти въ задачу составителей гражданскаго уложенія, и крѣпостное право должно было бы войти, какъ составная часть, въ новое гражданское уложеніе. Этою консервативною задачею всякой кодификаціи и объясняется неуспѣхъ тѣхъ, быть можетъ, весьма глубокихъ проявленій критики, которыя были направлены передъ самымъ утвержденіемъ новаго германскаго уложенія, противъ самыхъ основъ содержащихся въ немъ институтовъ (ср., напр., очерки Menger'a—«Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen 1889 г.). Характеръ этихъ весьма осмысленныхъ нападокъ былъ слишкомъ глубокъ; онѣ цѣлили гораздо дальше самыхъ задачъ, какія могутъ быть обязательны для кодификаторовъ; онѣ стремились къ реформаціонному воздѣйствію на самое общественное правосознаніе, а потому и попадали мимо цѣли. Съ этой точки зрѣнія оправдывается отношеніе составителей германскаго уложенія къ нѣкоторымъ знаменитымъ и до сихъ поръ открытымъ спорамъ, какъ, напр., спору объ умѣстности свободы завѣщанія или необходимаго наслѣдованія. Разсудивъ, что эти спорные вопросы останутся открытыми въ сознаніи современниковъ и послѣ разрѣшенія оныхъ въ уложеніи, составители кодекса воздержались отъ попытки окончательнаго разрѣшенія контроверсъ и предпочли стать на практическую почву: они перенесли въ уложеніе то, что̀ считали средне-пропорціональнымъ выраженіемъ существующихъ на этотъ предметъ узаконеній, оправдываясь тѣмъ, что въ подобныхъ вопросахъ существующее право уже тѣмъ говоритъ за себя, что оно существуетъ (ср. Рихтера, стр. 78).

Есть такіе вопросы, которые останутся спорными и послѣ насъ, потому что наше поколѣніе еще не вооружено достаточнымъ матеріаломъ для того, чтобы покончить съ этими вопросами. Сколько бы ни возникло предположеній, клонящихся, напримѣръ, къ отмѣнѣ общины, она очевидно насъ переживетъ, и время не настало для ея ликвидаціи. *Къ разряду такихъ вопросовъ, окончательное разрѣшеніе коихъ не должно быть отнесено къ задачамъ нашего времени, слѣдуетъ причислить и вопросъ о родовыхъ имуществахъ.* Поэтому вся задача составителей проекта гражданскаго уложенія должна быть сведена къ одному лишь устраненію положительно вредныхъ сторонъ этого института, къ лучшей его формулировкѣ и къ отрѣшенію его отъ тѣхъ элементовъ, которые, не принадлежа къ его коренной природѣ, являются скорѣе придаточнымъ наростомъ, присоединеннымъ ради удовлетворенія преходящихъ и нынѣ уже не существующихъ потребностей, въ видахъ государственной политики московскаго пе-

ріода нашей исторіи. Это въ особенности касается тѣхъ вышеуказанныхъ вліяній, которыя привели къ уклоненію родоваго института въ сторону отъ его историческаго русла.

4) Однимъ изъ логическихъ аргументовъ, доселѣ не опровергнутыхъ, которымъ, между прочимъ, доказывается неосновательность нашихъ законовъ о родовыхъ имуществахъ, является указаніе на неправильность обобщенія, допущенную будто бы составителями Свода, когда раздѣленіе права собственности на двѣ категоріи, по свойству имуществъ благопріобрѣтенныхъ и родовыхъ, было распространено, во-первыхъ, съ дворянъ на прочія сословія, во-вторыхъ, съ однихъ вотчинъ на всѣ недвижимости.

На самомъ дѣлѣ этотъ аргументъ не выдерживаетъ ближайшаго анализа. Эта критика была бы вполнѣ умѣстна, если бы при этомъ указывалось на то, что право собственности существовало, во-первыхъ, для всѣхъ сословій, во-вторыхъ—для всѣхъ недвижимостей до этого обобщенія. Но дѣло именно въ томъ, что создавшіе эту критику въ то же время доказываютъ, что право собственности не существовало въ Россіи и сложилось по мѣрѣ распространенія на всѣ сословія правъ, выработавшихся сначала для служилаго сословія, и по мѣрѣ распространенія на всѣ виды недвижимостей (сельскихъ и городскихъ) типа полной собственности, первообразомъ которой было вотчинное право. Между тѣмъ такой порядокъ разсужденія содержитъ въ себѣ самое полное опроверженіе, какое только можетъ быть, того упрека въ неправильности обобщенія, который ставится составителямъ Свода.

Въ самомъ дѣлѣ, если право собственности распространилось въ Россіи изъ дворянскихъ правъ и изъ одного вотчиннаго права, то справедливо сохранить въ немъ тѣ именно свойства, которыя входили въ его составъ, независимо отъ того, насколько могли умножиться, съ одной стороны, субъекты, обладающіе этимъ правомъ, съ другой стороны—тѣ объекты, на которые оно распространилось. Мы этимъ не предрѣшаемъ вопроса о томъ, желательно ли или нѣтъ сохранить указанныя примѣты, относящіяся ко внутренней его сторонѣ. Быть можетъ окажется, что дѣленіе на обладаніе имуществами родовыми и благопріобрѣтенными есть по существу дѣленіе ненужное или нежелательное, по тѣмъ или другимъ соображеніямъ. Это другой вопросъ; но здѣсь слѣдуетъ пока отмѣтить отсутствіе строгой логической послѣдовательности въ тѣхъ критикахъ, которые не замѣчаютъ собственнаго противорѣчія, когда упрекаютъ составителей Свода въ неправильности обобщенія.

Съ точки зрѣнія современнаго законодательства споръ о степени исторической древности института родовыхъ имуществъ можетъ быть признанъ, если не празднымъ, то по крайней мѣрѣ въ далекой степени не исчерпывающимъ вопроса о ихъ современной пригодности, такъ какъ надо прежде всего выяснить, насколько этотъ институтъ пригоденъ и цѣлесообразенъ и есть ли въ немъ иной интересъ, кромѣ чисто-архсологическаго, наконецъ—содержится ли въ немъ до сей поры какая-либо жизненная идея.

Профессоръ Д. И. Мейеръ, въ общей части своего курса, приходитъ къ тому заключенію, что хотя этотъ институтъ и древняго происхожденія, тѣмъ не менѣе «онъ не совмѣстенъ съ современнымъ развитіемъ гражданственности: современное ея положеніе предполагаетъ полное господство лица надъ вещью, насколько оно совмѣстно съ сохраненіемъ общаго интереса» (ср. курсъ Мейера, стр. 128 и 129). Затѣмъ *А. Д. Любавскій* (въ III т. своихъ «Юридическихъ монографій и изслѣдованій») выразилъ ту мысль, что законъ о родовыхъ имуществахъ неудовлетворителенъ съ точки зрѣнія: юридической, экономической, нравственной, государственной и исторической. Съ юридической стороны институтъ родовыхъ имуществъ страдаетъ, по мнѣнію Любавскаго, тѣмъ, что онъ противорѣчитъ опредѣленію полной собственности, существеннымъ признакомъ котораго является исключительное и независимое право распоряженія (420 ст. 1 ч. X т.). Съ экономической точки зрѣнія родовыя имущества тѣмъ считаются вредными, что въ нихъ содержится ограниченіе принципа «laisser faire, laisser passer». Съ нравственной стороны усматривается несправедливость въ томъ, что собственникъ родоваго имущества обязанъ оставлять это имущество дальнимъ родственникамъ, а не тѣмъ чужеродцамъ, которые были для него близки, при чемъ обойти такое ограниченіе дозволяется не иначе, какъ посредствомъ фиктивныхъ сдѣлокъ. Съ государственной точки зрѣнія родовыя имущества не могутъ считаться достигающими какого-либо вліянія, въ смыслѣ созданія земельной аристократіи, такъ какъ въ нихъ недостаетъ главнаго признака—заповѣдности и недѣлимости, ведущаго къ этой цѣли. Съ исторической же точки зрѣнія Любавскій отрицаетъ значеніе родовыхъ имуществъ, исходя изъ извѣстнаго уже предположенія ихъ недавняго происхожденія (Юридич. моногр. и изслѣд., т. III, стр. 28—37).

На первомъ съѣздѣ русскихъ юристовъ В. Д. Спасовичъ высказалъ такое мнѣніе, что основная мысль родовыхъ имуществъ—возвратить въ семью и въ родъ то, что̀ изъ рода получено, вполнѣ

вѣрна. Но она недостаточна, такъ какъ не касается движимости, даетъ наслѣдодателю возможность путемъ отчужденія освободиться отъ обязанностей, налагаемыхъ родовымъ свойствомъ имѣнія, или даже просто совершить на имя тѣхъ лицъ, кому желательно оставить наслѣдство, закладныя и другія обязательства и тѣмъ оставить безъ всего родовыхъ наслѣдниковъ. Въ виду этихъ недостатковъ В. Д. Спасовичъ высказался въ пользу замѣны родовыхъ имуществъ постановленіями о западно-европейской обязательной долѣ (ср. Первый съѣздъ русскихъ юристовъ въ Москвѣ въ 1875 г., стр. 151—164).

Однимъ изъ наиболѣе существенныхъ обвиненій, взводимыхъ на институтъ родовыхъ имуществъ, является указаніе на то, что ими установляется *начало обязательнаго дробленія* недвижимой собственности, такъ какъ число владѣльцевъ увеличивается съ каждымъ наслѣдственнымъ переходомъ; воспрещеніе завѣщанія и равенство правъ наслѣдниковъ приводитъ къ неизбѣжному совладѣнію, которое само по себѣ вредно съ экономической стороны въ виду того, что нѣсколько равноправныхъ совладѣльцевъ рѣдко могутъ сойтись въ единогласномъ управленіи. Изъ этого состоянія выходъ бываетъ двоякій: если имѣніе допускаетъ раздѣлъ натурою, то таковой совершается послѣ каждаго наслѣдственнаго перехода, вслѣдствіе чего имѣнія дробятся и мельчаютъ до крайнихъ предѣловъ, чѣмъ и разстраиваются крупныя предпріятія, не выдерживающія такого дробленія; если же имѣніе по своей природѣ нераздѣльно, то его приходится продавать, такъ какъ никто не обязанъ оставаться въ вынужденномъ совладѣніи, а на удовлетвореніе сонаслѣдниковъ рѣдко оказываются у другихъ сонаслѣдниковъ наличныя деньги помимо продажи имѣнія.

Начало обязательнаго дробленія недвижимостей приводитъ, такимъ образомъ, къ гибели и разрушенію наслѣдственныхъ предпріятій и хозяйствъ, основанныхъ на владѣніи имѣніемъ, и отбиваютъ у владѣльцевъ охоту дѣлать крупныя затраты на имѣнія, обреченныя къ скорому переходу изъ рукъ въ руки. Отсюда создается духъ непостоянства и отвращеніе къ наиболѣе плодотворнымъ затратамъ, разсчитаннымъ на отдаленный барышъ, т. е. къ тѣмъ именно дѣйствіямъ, которыя представляются наиболѣе сильнымъ факторомъ къ умноженію народныхъ богатствъ. Эта критика съ особенною полнотою изложена у *Le Play* (La réforme sociale, т. I, гл. 20), который имѣетъ въ виду другое законодательство (французское), хотя и не имѣющее установленія родовыхъ имуществъ, но однако проводящее въ иной формѣ «начало обязательнаго дробленія недвижимости». Касаясь ми-

моходомъ и русскихъ родовыхъ имуществъ, Ле-Плэ (I, стр. 272 и 277), между прочимъ, находитъ, что «въ Россіи одни родовыя имущества подчиняются принудительному раздѣлу», и тамъ «дворянскія семейства, не успѣвшія оградить себя ограниченіемъ своей плодовитости, быстро впадаютъ въ бѣдность, такъ что не мало славныхъ княжескихъ родовъ доведены нынѣ до полной нищеты». Имѣя, очевидно, въ виду именно эту сторону вопроса, *графъ Сперанскій* придерживался того мнѣнія, что «существующіе законы о родовыхъ имуществахъ препятствуютъ сохраненію имѣній въ однихъ и тѣхъ же родахъ» (ср. зап. гр. Сперанскаго въ Архивѣ Калачева, 1859 г., кн. V, стр. 67); такимъ образомъ, оказывается, что эти законы въ настоящее время дѣйствуютъ наперекоръ той цѣли, ради которой они существуютъ (ср. рефератъ К. П. Змирлова, стр. 23).

Противъ родовыхъ имуществъ направляется также цѣлая группа аргументовъ, связующею идеею которыхъ является мысль *о благотворномъ вліяніи свободы завѣщанія*, особенно обстоятельно разработанная въ указанномъ сочиненіи *Ле-Плэ* и попадающаяся, съ болѣе или менѣе широкимъ примѣненіемъ, въ предположеніяхъ нашихъ юристовъ.

Послѣдствіемъ взглядовъ Ле-Плэ можно считать подробный отзывъ, поступившій отъ мироваго судьи Гродненскаго округа *графа Лубенскаго* (№ 507 «Замѣчаній о недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ»). Примѣнительно къ институту родовыхъ имуществъ аргументація этого рода сводится къ слѣдующему. Указывается на то, что въ родовыхъ имуществахъ вредно стѣсняется свобода собственника въ тѣхъ случаяхъ, когда благоразумные мотивы могли бы его побудить къ составленію завѣщанія въ уваженіи качествъ тѣхъ или другихъ наслѣдниковъ, свойства недвижимости и заведеннаго на ней предпріятія, наконецъ близости его личныхъ симпатій къ чужеродцамъ. Такимъ образомъ, собственникъ родоваго имущества ограничивается въ частности:

а) въ правѣ передать сельско-хозяйственное или промышленное предпріятіе въ руки одного изъ дѣтей, которое считаетъ наиболѣе способнымъ къ поддержанію предпріятія;

б) въ правѣ вознаградить особеннымъ образомъ то изъ дѣтей, которое было къ нему наиболѣе почтительно или близко;

в) въ правѣ уравнить бѣднѣйшихъ дѣтей съ болѣе зажиточнымъ и богатымъ, если кто-либо изъ дѣтей успѣлъ пріобрѣсти имущество;

г) въ правѣ передать свое имущество наиболѣе близкимъ и любимымъ людямъ, если они чужеродцы (ср. два примѣра изъ судеб-

ной практики, по дѣлу А. и по дѣлу Б., у *К. П. Змирлова,* Жур. гражд. и угол. права 1889 г., III, стр. 67 и 68; также его же рефератъ, стр. 26 и 27).

Однимъ изъ спорныхъ, но основныхъ понятій, выраженныхъ въ институтѣ родовыхъ имуществъ, является предположеніе естественнаго и справедливаго различія между благопріобрѣтеннымъ имуществомъ, нажитымъ трудами собственника, и родовымъ, унаслѣдованнымъ отъ предковъ. Принципъ наслѣдованія и родовое свойство унаслѣдованныхъ имуществъ состоятъ въ такой же тѣсной связи между собою, какъ свободное распоряженіе плодомъ своего же труда и имущество благопріобрѣтенное съ другой стороны. На этихъ соображеніяхъ защитники родовыхъ имуществъ основываютъ убѣжденіе въ томъ, что, по чувству справедливости, имущество должно возвращаться тому роду, откуда оно получено; справедливо также, чтобы каждому прежде всего принадлежало то, что онъ самъ создалъ личнымъ трудомъ своимъ. Этотъ аргументъ справедливости признавался *правительственною коммисіею Цюрихскаго кантона,* отвергнувшей, тѣмъ не менѣе, родовыя имущества при разсмотрѣніи Цюрихскаго уложенія (ср. Рихтеръ, стр. 88). Съ вышеизложенными доводами согласны также *А. Ф. Брандтъ* и нѣкоторые судебные дѣятели, представившіе отзывы: предсѣдатель Новочеркасскаго суда *Римскій-Корсаковъ* и *мировой судья 3 уч. Кашинскаго округа* (№№ 320 и 323 «Замѣч. о недост. гражд. зак.»).

Въ опроверженіе этого довода о справедливости основнаго дѣленія имуществъ, *К. П. Змирловъ* указалъ на то, что «съ юридической точки зрѣнія совершенно безразлично,—возмездно или безвозмездно пріобрѣло извѣстное лицо право на имущество. Объемъ этого права отъ порядка пріобрѣтенія не зависитъ» (Ж. гражд. и угол. пр. 1889 г., III, 66). Кромѣ того тѣмъ же авторомъ указано на то, что наслѣдники, въ качествѣ членовъ отцовской семьи, нерѣдко при жизни наслѣдодателя содѣйствовали своимъ личнымъ трудомъ наростанію родоваго имущества (ср. рефератъ К. П. Змирлова, стр. 26). Вышеупомянутая коммисія, которой было поручено предварительное разсмотрѣніе Цюрихскаго гражданскаго уложенія, признавъ аргументъ о нравственной справедливости института родовыхъ имуществъ совершенно правильнымъ, сочла, однако, нужнымъ, въ концѣ концовъ, отмѣнить это установленіе въ Цюрихскомъ законодательствѣ, руководствуясь при этомъ слѣдующими соображеніями:

а) сочтено крайне затруднительнымъ доказывать въ каждомъ данномъ случаѣ происхожденіе родоваго имущества;

б) найдено невозможнымъ согласованіе института родовыхъ имуществъ съ обязательной долей;

в) указано на невозможность ручаться за то, что въ родовомъ имѣніи нѣтъ такихъ же цѣнностей, нажитыхъ трудами наслѣдодателя;

г) наконецъ самый истутитутъ подаетъ поводъ къ многосленнымъ процессамъ, нарушающимъ семейный миръ (ср. у Рихтера стр. 89).

Таковы тѣ стороны института родовыхъ имуществъ, которыя вызываютъ сомнѣніе въ ихъ цѣлесообразности и пригодности и подаютъ поводъ противникамъ самаго института къ тому, чтобы требовать совершенной его отмѣны.

Здѣсь не упомянуты тѣ споры и сомнѣнія, которые приводятъ къ требованію однихъ только частичныхъ измѣненій и исправленій института. Объ этихъ предметахъ будетъ рѣчь впереди, также какъ и о недостаткахъ, спеціально присущихъ праву выкупа.

Въ настоящее время необходимо критически изслѣдовать приведенную до сихъ поръ сумму аргументовъ и выяснить, насколько эти аргументы могутъ быть признаны убѣдительными при *составленіи новыхъ законовъ*.

Изъ всѣхъ аргументовъ, приведенныхъ противъ института родовыхъ имуществъ, два довода должны пасть безъ всякаго подробнаго опроверженія по существу, такъ какъ въ нихъ заключается ошибка въ мышленіи, извѣстная въ логикѣ подъ техническимъ названіемъ «petitio principii». Какъ извѣстно, эта ошибка состоитъ въ томъ, что торжество, съ виду совершенно правильнаго, умозаключенія, основано незамѣтнымъ образомъ на томъ, что конечное заключеніе уже содержится въ той первой посылкѣ, отъ которой начинается доказательство. Такимъ образомъ, «petitio principii» ничего не доказываетъ, а лишь топчется на мѣстѣ, какъ-бы доказывая то, что уже раньше считается безпорнымъ.

Доводы, содержащіе «petitio principii», суть слѣдующіе:

1) «Институтъ родовыхъ имуществъ неудовлетворителенъ съ юридической стороны, такъ какъ противорѣчитъ опредѣленію полной собственности, существеннымъ признакомъ которой является исключительное и независимое право распоряженія» (ст. 420 1 ч. X т.).

2) «Съ юридической точки зрѣнія совершенно безразлично, возмездно или безвозмездно пріобрѣло извѣстное лицо право на имущество, такъ какъ объемъ этого права отъ порядка пріобрѣтенія не зависитъ».

Оба эти утвержденія сводятся къ одному знаменателю. Цѣль того

и другаго доказать, что собственность должна быть безъ всякой разновидности въ степени напряженія ея опредѣлительныхъ признаковъ (владѣнія, пользованія и распоряженія), а если бы такія разновидности и были, то онѣ отнюдь не должны быть въ причинной связи съ порядкомъ пріобрѣтенія. Между тѣмъ, для того, чтобы доказать эти болѣе, нежели спорныя предложенія, авторы этого аргумента предполагаютъ предварительно установленнымъ, что:

а) опредѣленіе 420 ст. 1 ч. X т. исчерпываетъ все, что̀ можно сказать для опредѣленія собственности;

б) объемъ же какого-либо права не можетъ зависѣть отъ порядка его пріобрѣтенія.

Такимъ образомъ, наличность въ этихъ доводахъ такъ называемой «petitio principii» вполнѣ ясна, чѣмъ они собственно говоря и обезсиливаются, какъ средство доказательства. Можно было бы на этомъ и кончить, если бы эти недоказанныя утвержденія не затрогивали вопроса, не лишеннаго интереса въ видахъ болѣе полнаго пониманія института родовыхъ имуществъ. Поэтому, не ограничиваясь формальнымъ устраненіемъ этихъ доводовъ, слѣдуетъ имѣть въ виду, что математическое опредѣленіе права собственности по признакамъ нигдѣ и никогда не измѣняемымъ, есть цѣль недостижимая и нынѣ уже оставленная въ наукѣ. Вышеуказанные три основныхъ признака сохраняются какъ признаки постоянные, но не равномѣрно присущіе всѣмъ разновидностямъ права собственности. Эти разновидности проистекаютъ именно отъ различнаго напряженія упомянутыхъ признаковъ. Окончательное устраненіе какого-либо признака знаменуетъ переходъ къ другому институту; но пока признакъ на-лицо, каковы бы ни были его колебанія, мы остаемся въ предѣлахъ института собственности.

Затѣмъ крайне шатко утвержденіе, будто указанныя колебанія степени напряженія того или другаго признака не могутъ состоять въ причинной связи съ порядкомъ пріобрѣтенія самаго права.

Напротивъ, разъ эти колебанія существуютъ, они, главнымъ образомъ, и обусловливаются тремя фактами:

а) субъектомъ данной разновидности право собственности (напр.: крестьянскій участокъ земли, казенный предметъ обладанія и т. д.);

б) объектомъ той же разновидности (напр.: обладаніе водою въ средней Азіи или вообще въ оазисахъ; право владѣльца на дичь, живущую въ его лѣсахъ), наконецъ

в) способомъ пріобрѣтенія (напр.: при родовомъ свойствѣ имущества).

Такимъ образомъ, слѣдуетъ прійти къ тому заключенію, что приведенные два довода несостоятельны какъ по логическому ихъ построенію, такъ и по существу.

За предварительнымъ устраненіемъ двухъ доводовъ, всѣ остальные сводятся къ слѣдующимъ пяти положеніямъ:

1) родовыя имущества противорѣчатъ началамъ индивидуализма («полное господство лица надъ вещью», экономическая свобода — «laisser faire, laisser passer», предположеніе нравственнаго начала въ возможности надѣлять близкихъ друзей въ ущербъ родственникамъ и наконецъ свобода завѣщанія—суть не что иное, какъ разнообразныя проявленія индивидуализма);

2) они не пригодны для государственно-аристократической политики, орудіемъ которой могутъ служить одни маіораты;

3) они служатъ рѣзкимъ выраженіемъ опасному началу обязательнаго дробленія недвижимой собственности;

4) они служатъ для проведенія такого разграниченія имуществъ, которое основано на различеніи трудовыхъ отъ нетрудовыхъ пріобрѣтеній; между тѣмъ эти признаки сливаются незамѣтнымъ образомъ въ однихъ и тѣхъ же имуществахъ;

5) родовыя имущества сопровождаются существованіемъ непреодолимыхъ затрудненій, относящихся къ техникѣ законодательной и судебной. Сюда относятся и неизбѣжныя фиктивныя сдѣлки, ими порождаемыя.

Было время когда простое указаніе на разладъ даннаго института съ преобладающимъ индивидуализмомъ современной эпохи должно было считаться убѣдительнымъ доказательствомъ его несостоятельности и вредности. Но это время миновало. Начиная съ середины девятнадцатаго столѣтія, въ германской юриспруденціи все громче раздавалась проповѣдь, направленная противъ крайностей индивидуализма. Для насъ, юридическія традиціи коихъ всего болѣе обязаны воздѣйствію германской науки, это теченіе не могло пройти безслѣдно. Къ этой причинѣ присоединилось болѣе могучее воздѣйствіе самаго народнаго духа, мало склоннаго къ индивидуализму. Изъ соединенія этихъ вліяній сложился общій складъ нашихъ представленій о сферѣ гражданско-правовыхъ интересовъ, въ которомъ отсутствуетъ стремленіе къ индивидуализму во что бы то ни стало. Съ этимъ складомъ понятій нельзя не считаться законодателю при составленіи новыхъ гражданскихъ законовъ. Многія формы, проник-

нутыя идеею ограниченія личности ради интересовъ міра, рода или государства, вполнѣ уживаются съ представленіями о высшей справедливости, существующими не только въ глубокихъ слояхъ населенія, но во всѣхъ слояхъ нашего общества; между тѣмъ какъ эти формы не могли бы пользоваться одобреніемъ въ странахъ крайняго индивидуализма, каковы Англія или Франція. Непосредственные плоды тѣхъ же самыхъ мѣропріятій являются совершенно противоположными въ этихъ странахъ и у насъ. Нерѣдко наблюдается, что снятіе всякихъ ограниченій съ индивидуальнаго круга дѣйствій, напр. въ Англіи, ведетъ къ преуспѣянію гражданственности, тогда какъ примѣръ самыхъ крупныхъ и благодѣтельныхъ мѣропріятій въ нашей исторіи приводитъ къ убѣжденію, что вполнѣ аналогичные успѣхи гражданственности достигаются у насъ противоположнымъ началомъ, дисциплинирующимъ отдѣльныя личности, по непосредственной иниціативѣ государственной власти.

Такимъ образомъ обнаруживается полная несостоятельность того чисто-теоретическаго стремленія къ проведенію началъ индивидуализма, которое въ особенности встрѣчается у писателей 40-хъ годовъ, того именно времени, когда писалъ Мейеръ и складывались представленія, выразившіяся въ твореніяхъ нѣсколько устарѣвшихъ писателей, какъ Любавскій. Люди *нашего времени* должны воздерживаться отъ того, чтобы думать при помощи нашихъ предшественниковъ; мы обязаны пользоваться не только ихъ трудами, но и позднѣйшимъ нашимъ опытомъ, относясь къ дѣйствительности непосредственно, собственною мыслью и собственнымъ наблюденіемъ. Какую цѣну можетъ имѣть для насъ теоретически навязываемая намъ мысль о необходимости полнаго господства частнаго лица надъ вещью или политико-экономическаго девиза «laisser faire, laisser passer», когда наше поколѣніе наслышалось множества доказательствъ положительно вредныхъ сторонъ этихъ началъ и убѣдилось въ томъ, что эти начала вовсе не обладаютъ тѣми благодатными свойствами, которыя столь долгое время имъ приписывались?

Опять же идея свободы завѣщанія не даромъ столь мало находитъ себѣ защитниковъ въ русскомъ обществѣ и въ русской литературѣ, ибо въ ней инстинктивно чувствуется тотъ фальшъ, который неминуемо проявилъ бы себя на практикѣ, если бы законодатель рѣшился дать примѣненіе этому опасному началу въ дѣйствительности. Едва-ли этотъ вопросъ былъ кѣмъ-либо полнѣе разработанъ, нежели консервативнымъ писателемъ *Ле-Плэ*, который удивительнымъ образомъ сочеталъ въ своей краснорѣчивой проповѣди защиту средне-вѣ-

ковыхъ традицій съ восхваленіемъ крайняго индивидуализма завѣщательной свободы, безпощадную критику началъ французской революціи съ такими понятіями объ отношеніяхъ личности къ имуществу, которыя созданы именно революціонною эпохою.

Проповѣдь свободы завѣщанія обратила въ свое время серьезное вниманіе нѣмецкихъ юристовъ на сочиненіе Ле-Плэ, и ими оцѣнена эта проповѣдь по достоинству. Профессоръ *Брунсъ*, въ докладѣ, прочтенномъ въ 1878 году на XIV съѣздѣ германскихъ юристовъ, подвелъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ итогъ аргументамъ сторонниковъ замѣщательной свободы: «Свобода завѣщанія оказывается, въ результатѣ, крайне сомнительнымъ благомъ. Она представляетъ нѣкоторыя выгодныя стороны, сопряженныя однако съ еще большими опасностями. Съ точки зрѣнія законодательства выводы оказываются слѣдующими:

1) Исходя даже изъ идеальныхъ основаній свободы завѣщанія, ея выгоды не настолько велики, чтобы можно было рѣшиться ее ввести тамъ, гдѣ ея нѣтъ и гдѣ народныя воззрѣнія и обычаи ей противорѣчатъ;

2) съ другой стороны, отрицательныя ея стороны вовсе не столь велики, чтобы изъ-за нихъ приходилось ее отвергать тамъ, гдѣ ея основанія считаются желательными» (ср. Verhandlungen des vierzehnten deutschen Juristentages, I Bd., Hft 1, стр. 100).

Итакъ, значеніе свободы завѣщанія представляется величиною вполнѣ относительною, въ зависимости отъ тѣхъ представленій и обычаевъ, которые преобладаютъ въ данное время и въ данномъ обществѣ. Абсолютныхъ преимуществъ здѣсь не существуетъ.

Всего менѣе убѣдительны тѣ доводы, которые выводятся изъ требованій свободы завѣщанія противъ института родовыхъ имуществъ, какъ то:

а) отецъ лишенъ возможности вознаградить особеннымъ образомъ то изъ дѣтей своихъ, которое заслужило того по преимуществу передъ другими дѣтьми; *б)* отецъ лишенъ возможности уравнить бѣднѣйшихъ дѣтей съ тѣми, у которыхъ оказывается какое-либо пріобрѣтенное имущество; *в)* завѣщатель лишенъ возможности передать свое имущество близкимъ его сердцу чужеродцамъ. Всѣ указанные здѣсь случаи представляютъ такія частныя стеченія обстоятельствъ, ради которыхъ было бы вовсе нежелательно колебать наиболѣе соотвѣтствующее чувству справедливости, существующему въ народѣ,—начало равенства между всѣми дѣтьми. Отецъ обязанъ всѣхъ надѣлять и поддерживать равномѣрно. Если же сама жизнь

надѣлить ихъ неравномѣрнымъ счастіемъ, то противодѣйствіе этому неравенству не можетъ относиться къ обязанностямъ ихъ отца или родной семьи. Что касается до тѣхъ извѣстныхъ примѣровъ, по дѣламъ А и Б, которые приведены въ рефератѣ К. П. Змирлова, то едва-ли справедливо на этихъ примѣрахъ строить доводы, направленные противъ института родовыхъ имуществъ. Нѣкто А. оставилъ родовое имѣніе по завѣщанію своей женѣ; между тѣмъ, родовые наслѣдники, основываясь на 1068 ст. 1 ч. X т., добились, послѣ смерти завѣщателя, признанія этого завѣщанія недѣйствительнымъ». Въ данномъ случаѣ вполнѣ умѣстно примѣненіе начала: «vigilantibus jura scripta sunt»; зная о существованіи 1068 ст., завѣщатель имѣлъ полную возможность обезпечить жену свою на основаніи ст. 1070 1 ч. X тома, не говоря о томъ, что онъ обязанъ былъ обезпечить ея личные вклады въ это имущество выдачею ей закладной или иного обязательства. Другой примѣръ: нѣкто Б. завѣщалъ свое родовое имущество своей незаконной сожительницѣ и ея дѣтямъ, родственники же его добились судомъ признанія этого завѣщанія недѣйствительнымъ. Случай этотъ печаленъ съ бытовой точки зрѣнія; но съ юридической нельзя не замѣтить, что имъ не опорочиваются вовсе какіе-либо законы, такъ какъ и здѣсь представляется лишь примѣръ человѣка, несущаго неизбѣжныя послѣдствія того, что онъ не успѣлъ дать законнаго положенія наиболѣе близкимъ для него людямъ и, зная ихъ незаконное положеніе, имѣлъ небрежность сосредоточить все ихъ обезпеченіе на предметѣ недоступномъ ихъ обладанію, когда отъ него же зависѣло затратить тѣ же деньги на благопріобрѣтенное имущество.

Защита родовыхъ имѣній съ точки зрѣнія поддержанія вліянія и преобладанія въ странѣ аристократическихъ родовъ если и встрѣчается иногда со стороны нѣкоторыхъ лицъ, то во всякомъ случаѣ такую защиту слѣдуетъ считать плодомъ недоразумѣнія и недостаточнаго пониманія самаго института. Не подлежитъ сомнѣнію, что для достиженія цѣлей аристократической политики родовыя имущества служить не могутъ. Въ этомъ отношеніи природа родовыхъ имуществъ существенно различается отъ маіоратовъ, заповѣдныхъ имѣній и родовыхъ дворянскихъ фидеикоммиссовъ Прибалтійскихъ губерній. Природа законовъ заповѣднаго типа совершенно иная и цѣли преслѣдуются иныя, а потому непригодность института родовыхъ

имуществъ къ тому, чтобы служить имъ суррогатомъ, отнюдь не можетъ считаться основаніемъ къ признанію этого института непригоднымъ въ другихъ отношеніяхъ.

Принципъ обязательнаго дробленія не есть послѣдствіе института родовыхъ имуществъ. Онъ есть лишь неизбѣжное въ нѣкоторыхъ обстоятельствахъ зло, общее нѣсколькимъ системамъ наслѣдованія, не имѣющимъ между собою много общаго. Такъ, напримѣръ, блестящая аргументація Ле-Плэ противъ обязательнаго дробленія недвижимой собственности всецѣло направлена противъ французскаго кодекса, въ которомъ исчезли, какъ извѣстно, послѣдніе слѣды дѣленія имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя. Въ такомъ случаѣ является вопросъ, въ чемъ состоятъ эти *обстоятельства, общія какъ системѣ родовыхъ имуществъ, такъ и системѣ французскаго кодекса,* присутствіе коихъ порождаетъ неизбѣжно *обязательное дробленіе недвижимости?* Эти обстоятельства слагаются изъ совокупнаго и одновременнаго дѣйствія слѣдующихъ четырехъ началъ:

а) необходимаго наслѣдованія, т. е. обязательнаго сохраненія наслѣдства, въ цѣломъ видѣ или въ части, во всемъ объемѣ или въ опредѣленныхъ предметахъ, для извѣстнаго круга обязательныхъ наслѣдниковъ;

б) сохраненія указанныхъ предметовъ въ натурѣ, а не въ опредѣленной ихъ цѣнности;

в) принципа равенства между конкурирующими сонаслѣдниками,

и *г) необязательности* для кого-либо изъ наслѣдниковъ *пребыванія въ совладѣніи* съ другими (550 ст. 1 ч. X т., 815 фр. ул.).

Ближайшее разсмотрѣніе этихъ правилъ и взаимнаго отношенія между ними приводитъ къ тому несомнѣнному факту, что, при отсутствіи воздѣйствія котораго-либо изъ нихъ, принципъ обязательнаго дробленія недвижимой собственности непремѣнно отсутствуетъ. Поэтому стоитъ лишь устранить изъ нашихъ дѣйствующихъ законовъ о родовыхъ имуществахъ какое-либо изъ этихъ правилъ, и если окажется, что институтъ родовыхъ имуществъ не потеряетъ при этомъ неотъемлемаго для его существованія признака, то отсюда и будетъ слѣдовать, что *родовыя имущества могутъ существовать помимо обязательнаго дробленія недвижимой собственности.*

Перваго правила устранять нельзя, такъ какъ идея необходимаго наслѣдованія есть самое основаніе родовыхъ имуществъ. Остальныя три правила, напротивъ, оказываются такого свойства, что можно

на выборъ устранить то или другое изъ нихъ, вовсе не подрывая основъ института родовыхъ имуществъ. Если же обратиться къ каждому въ отдѣльности, то окажется, что, во-первыхъ, съ точки зрѣнія русскаго законодателя, представляется неудобнымъ исключеніе равенства сонаслѣдниковъ, которое ближе всего согласуется съ нашими нравами и представленіями о справедливомъ отношеніи между родителями и дѣтьми. Извѣстно, что именно нарушеніе принципа равенства въ семьѣ было главнымъ препятствіемъ къ тому, чтобы указъ Петра I о единонаслѣдіи могъ оставить прочные слѣды.

Можно было бы далѣе остановиться на предположеніи объ отмѣнѣ для родовыхъ имуществъ правила, выраженнаго въ ст. 550 ч. 1 X т. (соотвѣтствующаго 815 ст. французскаго кодекса). Этотъ исходъ былъ бы довольно цѣлесообразенъ. Установивъ при наличности нѣкоторыхъ указанныхъ въ законѣ обстоятельствъ обязательное для наслѣдниковъ родоваго имущества продолженіе совладѣнія въ нераздѣльности, законодатель могъ бы устранить неудобства всякаго совладѣнія, опредѣливъ порядокъ назначенія одного изъ совладѣльцевъ полновластнымъ управителемъ общаго имѣнія. Противъ такого вида семейной общности на почвѣ родоваго института, пожалуй, и не нашлось бы серьезныхъ возраженій, если бы возможно было умѣрить какимъ-либо справедливымъ средствомъ неограниченный ростъ числа совладѣльцевъ. Поэтому подобная форма нераздѣльной родовой собственности весьма осуществима въ случаѣ возникновенія учрежденнаго въ видахъ поддержки сородичей какого-либо капитала или иного имущества, такъ какъ при учрежденіи такого рода имущества можетъ быть составленъ и уставъ, предусматривающій въ той или иной формѣ ограниченіе числа участниковъ въ случаѣ ихъ чрезмѣрнаго размноженія. Но наслѣдственное право, по своей природѣ, не допускаетъ другаго ограниченія числа наслѣдниковъ, кромѣ указанія числа степеней или разрядовъ, далѣе коихъ наслѣдованіе прекращается. Этотъ же видъ ограниченія здѣсь непримѣнимъ, разъ не открывается никакого наслѣдства послѣ умирающихъ совладѣльцевъ, а лишь растетъ до безконечности число соучастниковъ родовой собственности. При такомъ положеніи родовая собственность содержитъ въ своей же природѣ всѣ задатки разложенія. Очевидно, что никакой законъ не можетъ задержать такого конечнаго исхода. Такимъ образомъ ясно, что для устраненія изъ института родовыхъ имуществъ зловреднаго начала обязательнаго дробленія недвижимой собственности было бы нецѣлесообразно прибѣгнуть къ такому средству, какъ введеніе обязательной нераздѣльности родоваго имущества.

Остается затѣмъ послѣднее изъ намѣченныхъ выше средствъ, именно: *дозволеніе наслѣдодателю передачи родоваго имѣнія въ натурѣ одному только «главному наслѣднику»*, не уменьшая законныхъ частей каждаго изъ остальныхъ наслѣдниковъ, но предоставляя имъ полученіе одной только цѣнности этихъ частей, а не самаго родоваго имѣнія въ натурѣ. Это средство вполнѣ цѣлесообразно. Оно вполнѣ осуществимо съ сохраненіемъ принципа родовыхъ имуществъ.

Во всякомъ случаѣ можно считать, что этимъ средствомъ наиболѣе цѣлесообразно очищается институтъ родовыхъ имуществъ отъ выше указанныхъ неудобствъ принудительнаго дробленія недвижимой собственности.

Коммисія, разсматривавшая проектъ Цюрихскаго гражданскаго уложенія наканунѣ его утвержденія, привела весьма вѣрную характеристику принципа раздѣленія имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя, признавъ это различіе естественнымъ и справедливымъ. Признавая всецѣло вѣрность этой оцѣнки, мы должны однако подыскать болѣе идущее къ цѣли доказательство, нежели простое утвержденіе, что это дѣленіе справедливо, ибо разъ все сводится къ непосредственному чувству, то можно встрѣтить не менѣе освѣдомленныхъ по этому вопросу людей, которые съ равною убѣжденностію утверждаютъ, что это дѣленіе несправедливо.

И такое болѣе глубокое основаніе на самомъ дѣлѣ существуетъ. Оно состоитъ въ слѣдующемъ.

Есть въ природѣ особый видъ перехода благъ, который по своей натурѣ не основанъ на какомъ-либо началѣ взаимности услугъ и тѣмъ не мемѣе влечетъ еще болѣе сильную затрату дѣятельности, нежели какіе бы то ни было стимулы иного рода; это тотъ естественный законъ, въ силу котораго родители отдаютъ дѣтямъ всѣ силы свои, здоровье, богатство, трудъ, не требуя отъ дѣтей ничего себѣ, но безсознательно обязывая ихъ отплатить тѣмъ же, въ свою очередь, своимъ дѣтямъ. Дѣти весьма нерѣдко бываютъ неблагодарны и отплачиваютъ родителямъ, если не зломъ, то во всякомъ случаѣ не тѣмъ, чѣмъ родители имъ платили; но эти же дѣти уже почти неминуемо подчиняются въ свою очередь главному безсознательному завѣту родителей и передаютъ своимъ дѣтямъ тѣ благодѣянія, которыя когда-то оказывали имъ ихъ же родители.

*

Спрашивается, что же это за сила, которая переходитъ вѣка и остается все юною, вѣчною, непобѣдимою?

Въ предѣлахъ поля зрѣнія одного человѣка, въ предѣлахъ его круга заботъ о его дѣтяхъ—это есть семейное чувство; за предѣлами сознательнаго зрѣнія—это есть чувство родовое.

Правовыя представленія неизбѣжно складываются сообразно всей дѣятельности ряда поколѣній, повинующихся этимъ чувствамъ. Этого измѣнить нельзя; съ этимъ и законодатель обязанъ считаться, чтобы трудъ его не былъ мертвъ, не пропадалъ даромъ и былъ согласенъ съ тѣмъ, что̀ совѣсть людей поставила себя за правило.

Отецъ всю жизнь трудится и плодъ своихъ трудовъ передаетъ дѣтямъ. За его смертью и его дѣти слѣдуютъ его примѣру и сберегаютъ достояніе свое внукамъ перваго лица. Дѣйствуя такимъ образомъ, каждое поколѣніе сначала подчиняется не обязательному праву, но закону природы; но изъ закона природы неизбѣжно выростаетъ и законъ людской. Если кто-либо въ отдѣльности начнетъ уклоняться отъ того, что дѣлаютъ всѣ, то возникаетъ у другихъ сознаніе, что такъ дѣйствовать нельзя: одинъ пойдетъ врозь и пожнетъ пріятную выгоду своего нравственнаго уклоненія; пожалуй, и другой соблазнится; труднѣе будетъ тогда остальнымъ выдержать полезный обычай.

Тогда уклоняющагося *принуждаютъ* исполнять обычай. Съ этого момента родилась *правовая норма*. Примѣнительно къ обязанности накоплять на дѣтей и обезпечивать ихъ даже трудами рукъ своихъ складываются тѣ правовыя представленія, изъ которыхъ потомъ выростаетъ институтъ обязательной доли, имѣющій въ виду интересы семьи, но не интересы рода.

Разъ сознательныя правовыя нормы сложились, передача ихъ отъ одного поколѣнія къ другому составляетъ фактъ традиціи. Простое узнаваніе нормы не даетъ еще традиціи. Мы нерѣдко изучаемъ, въ особенности въ наукѣ, такія нормы, которыя схватываемъ во всѣхъ подробностяхъ чисто-умственнымъ усиліемъ; но сердце и воля отсутствуютъ, и никакой нравственной солидарности мы не ощущаемъ съ тѣми поколѣніями, которыя создали эти нормы. Совершенно иною является передача въ народной массѣ того нравственнаго и правоваго наслѣдія, которое мы называемъ традиціею, въ которой нравственное увлеченіе къ дѣятельности играетъ еще бо̀льшую роль, нежели усиліе къ познаванію передаваемаго. *Традиція есть приказаніе минувшихъ поколѣній,—внушеніе, которому всѣ подчиняются.* Каждое поколѣніе получаетъ изъ одного и того же источника: жизнь,

матеріальное обезпеченіе и традицію, а потому привыкаетъ соединять эти данныя неразрывно. Соображая, что отцы не передали бы матеріальнаго обезпеченія, если бы ими не соблюдена была традиція, каждое поколѣніе побуждается любить ту традицію, благодаря которой оно было обезпечено, а любить традицію значитъ ее исполнять. Отсюда складывается изъ природныхъ стимуловъ чувство обязанности, соединяемой съ полученнымъ вслѣдствіе традиціи имуществомъ. Эта обязанность сводится къ такому простому правилу: то, что̀ было обязательно для отца, продолжаетъ быть обязательно для сына. Таково содержаніе традиціи; оно переходитъ изъ поколѣнія въ поколѣніе вмѣстѣ съ передаваемымъ имуществомъ, соединяясь съ нимъ неразрывно. Если имущество такого рода, что оно мѣняется въ своемъ составѣ (напр., стада, деньги), то никакой другой традиціи не можетъ сложиться, кромѣ завѣта «трудись для блага дѣтей своихъ!» Но если имущество обладаетъ незыблемою физіономіею, которая можетъ отпечатлѣться въ памяти поколѣній (напр., имѣніе), тогда неминуемо установится связь неразрывная между передаваемою традиціею и тѣми мѣстами, стѣнами, сводами, которые являются вѣчными, молчаливыми свидѣтелями того, какъ понималъ и чтилъ эту самую традицію отецъ или дѣдъ. Для внука, созерцающаго физіономію этого имѣнія, дошедшаго отъ дѣда, оно уже не поучаетъ его одному только соблюденію отцовской щедрости къ непосредственно отъ него же родившимся дѣтямъ. Нѣтъ! ибо въ этомъ имѣніи, перешедшемъ два поколѣнія до него, говоритъ уже нѣчто болѣе дальнее, нежели семейное начало. Заботою одного отца къ одному сыну оно вѣдь до него дойти не могло. *Если имѣніе дошло до него, то это вслѣдствіе того, что отецъ уже считалъ себя обязаннымъ подчиниться всему тому, что̀ ограничивало, при жизни дѣда, произволъ этого дѣда.* Традиція перенесла эту сферу дѣятельности дѣда, со всѣми ея ограниченіями, на сына, она же и перенесла эту же сферу дѣятельности на внука. На внукѣ лежитъ обязанность соблюсти предѣлъ, который былъ святъ для дѣда, ибо, въ противномъ случаѣ, внукъ впадаетъ въ такой безнравственный разладъ; отъ имѣнія не отказывается, а не признаетъ тѣхъ самоограниченій, которыя терпѣли отецъ и дѣдъ, благодаря коимъ имѣніе дошло до него! Итакъ ограниченія дѣда для внука обязательны. Какимъ же ограниченіямъ подвергался дѣдъ? Онъ не совершалъ ни одного дѣйствія, которое могло бы лишить этого имѣнія его дѣтей и происходящее отъ нихъ потомство. *Стало-быть и внукъ обязанъ это имѣніе сберегать на тотъ же кругъ лицъ, т. е. для всѣхъ тѣхъ, кто*

происходитъ отъ дѣда. Этимъ и установляется связь понятія родоваго имущества съ естественными стимулами человѣческой природы, т. е. съ тѣми самыми источниками, изъ которыхъ оправдывается самое право наслѣдованія.

Поэтому вѣрна будетъ та мысль, что единственною послѣдовательною критикою института родовыхъ имуществъ является оспариваніе самыхъ корней наслѣдственнаго права, исходящее изъ раціональныхъ основаній, какими являются, напримѣръ, критика Джона Стюарта Милля и критика соціалистовъ, изъ коихъ первый подрываетъ основы наслѣдственнаго права во имя человѣческой самодѣятельности и индивидуализма, а вторые усматриваютъ въ наслѣдственности глубокій и вѣчно дѣйствующій источникъ соціальнаго неравенства. Но разъ эти критическія построенія признаются мало пригодными для цѣлей законодательныхъ, разъ мы остаемся на почвѣ солидарности государственно-организаторской дѣятельности съ традиціями прошлаго, изъ которыхъ право наслѣдованія вытекаетъ, какъ одно изъ наиболѣе любимыхъ человѣческихъ достояній, непослѣдовательно будетъ отвергать ту глубокую связь, которая сложилась естественнымъ образомъ между институтомъ родовыхъ имуществъ и тѣми корнями, на которыхъ покоится система наслѣдственнаго права. Но, быть можетъ, дѣленіе имущества по происхожденію на родовыя и благопріобрѣтенныя, являясь естественнымъ, тѣмъ не менѣе должно быть отвергнуто потому, что въ одномъ и томъ же имѣніи содержатся цѣнности, дошедшія по наслѣдству, и цѣнности, созданныя личнымъ трудомъ владѣльца?

Это сомнѣніе только тогда можетъ считаться вѣскимъ, когда родовое свойство связывается съ цѣнностью, а не съ самою вещью, словомъ при существованіи формулы: «pretium succedit in locum rei». Въ настоящемъ положеніи русскаго права эта формула, какъ мы видѣли выше, не играетъ никакой роли. Въ томъ построеніи идеи родоваго имѣнія, которое здѣсь приведено, вопросъ о цѣнности не играетъ существенной роли, такъ какъ *не съ цѣнностью, а съ недвижимостью, какъ вещью, соединяется воспоминаніе живой традиціи.* Стало-быть это возраженіе тѣмъ самымъ лишается всякаго значенія. Имѣніе, надъ улучшеніемъ коего трудился дѣдъ, дошло до меня какъ родовое независимо отъ того, сколько я въ немъ вложилъ цѣнности. Оно переходитъ къ моимъ потомкамъ въ нераздѣльности, какъ *вещь* родовая, а не какъ та или иная *цѣнность.*

Коснемся еще послѣдняго общаго возраженія противниковъ института родовыхъ имуществъ, утверждающихъ, что съ этимъ институтомъ связываются непреодолимыя техническія затрудненія—законодательныя и судебныя.

Затрудненія перваго рода состоятъ будто-бы въ томъ, что нѣтъ никакой возможности организовать совмѣстно обязательную долю и родовыя имущества. Это опасеніе весьма преувеличено. Соразмѣреніе той и другой системы вполнѣ возможно, хотя представляетъ нѣкоторую сложность. Далѣе указываютъ на *трудность судебнаго розысканія природы имѣнія* и на частое появленіе *фикцій*. Процессы будутъ конечно весьма облегчены, когда послѣдуетъ введеніе вотчинной системы и строгая регистрація родоваго свойства въ вотчинной книгѣ имѣнія. Что касается фикцій, то прежде всего надо замѣтить, что абсолютное уничтоженіе возможности возникновенія фиктивныхъ сдѣлокъ не можетъ быть достигнуто въ законодательномъ порядкѣ. Поэтому будетъ справедливо требовать только того, чтобы предлагаемая реформа института родовыхъ имуществъ допускала возможность возникновенія подобныхъ фикцій не болѣе, нежели всякая другая область гражданскихъ законовъ.

Это можетъ быть достигнуто болѣе строгою организаціею института родовыхъ имуществъ.

Въ заключеніе считаемъ необходимымъ изложить вкратцѣ, въ чемъ должна состоять реформа учрежденія родовыхъ имуществъ, такъ какъ изъ всего вышеизложеннаго вытекаетъ недостаточная убѣдительность той критики, которая до сихъ поръ направлялась къ коренной отмѣнѣ самаго учрежденія.

Организація родовыхъ имуществъ, на основаніи всего добытаго изъ настоящаго изслѣдованія, должна свестись, по нашему мнѣнію, къ слѣдующимъ основаніямъ:

1) *Родовыми имуществами должны быть признаны на будущее время лишь такія недвижимости, которыя достались на правѣ собственности отъ дѣда внуку* (не различая пола), посредствомъ наслѣдованія по закону, или по завѣщанію, а также посредствомъ выдѣла, или рядной записи.

2) *Родовое имѣніе* не можетъ быть завѣщано чужеродцу и должно переходить по наслѣдству безъ завѣщанія *къ тѣмъ лишь наслѣдникамъ, которые суть потомки перваго пріобрѣтателя*—(принципъ 1138 ст.).

3) *Дареніе родоваго имѣнія слѣдуетъ воспретить безусловно.* Санкціею этого запрещенія должно быть предоставленіе ближайшимъ наслѣдникамъ дарителя права немедленной виндикаціи имѣнія въ свою пользу, такъ что совершеніе даренія для нихъ равносильно смерти дарителя.

4) Продажа родоваго имѣнія должна считаться законною и безповоротною въ томъ случаѣ, когда она состоится съ согласія братьевъ, сестеръ и дѣтей продавца. Если кто-либо изъ этихъ лицъ будетъ обойденъ, то слѣдуетъ дать ему право иска о признаніи сдѣлки не вредящей его будущимъ (предполагаемымъ) правамъ на наслѣдство.

Такое же ограниченіе слѣдуетъ распространить и на право закладыванія родоваго имѣнія, когда сумма залога простирается свыше половины стоимости имѣнія.

5) Въ случаѣ обращенія взысканія на родовое имѣніе, всѣмъ потомкамъ перваго пріобрѣтателя надо предоставить право просить судъ о прекращеніи такого взысканія, если есть основаніе предположить безденежность взысканія; иначе не трудно было бы этимъ путемъ устраивать, подъ видомъ фиктивныхъ торговъ, преднамѣренныя продажи.

6) Когда дѣло дойдетъ до дѣйствительной продажи имѣнія, слѣдуетъ предоставить всѣмъ потомкамъ перваго пріобрѣтателя *право предпочтительной покупки* на слѣдующихъ началахъ. Родственникъ выжидаетъ окончанія торга. Какъ только цѣна установится, предпочтительный покупатель заявляетъ о своихъ правахъ на тѣхъ же условіяхъ, какія предложилъ послѣдній пріобрѣтатель, вступаетъ въ его права, съ тою разницею, что онъ обязанъ вносить наличными деньгами только сумму взысканія. Весь остатокъ, причитающійся прежнему владѣльцу, записывается вотчинною рентою на имѣніи, и прежній владѣлецъ не въ правѣ требовать ничего болѣе, кромѣ безсрочнаго дохода, обезпеченнаго ипотечною записью на имѣніи.

7) Наконецъ, установляя болѣе строгое ограниченіе владѣльца родоваго имущества въ тѣхъ случаяхъ, когда есть на-лицо родовые преемники, совершенно справедливо будетъ предоставить этому же владѣльцу возможность *очистить свое имѣніе отъ родоваго свойства* въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ извѣстныхъ родовыхъ преемниковъ и таковые, даже на вызовъ, не являются.

Для этой цѣли можетъ служить надлежащая организація *вызывнаго производства для признанія имѣнія утратившимъ родовое свойство.*

Нетрудно убѣдиться въ томъ, что реформа родоваго института на вышеуказанныхъ основаніяхъ соотвѣтствуетъ изложеннымъ нами теоретическимъ понятіямъ и выражаетъ главныя, исторически сложившіяся начала этого института, сообразуясь въ то же время съ детальною критикою существующихъ законовъ, т. е. съ тою критикою, которая не направлена принципіально противъ существованія родовыхъ имуществъ.

Прежде всего сохраняются главныя начала, выраженныя нынѣ въ пунктахъ 1, 2 и 4 статьи 399 и въ статьяхъ 967, 1068 и 1070—1 ч. X тома.—Единственный опредѣлительный признакъ, имѣющій быть совершенно оставленнымъ, есть тотъ, который изложенъ въ 3 пунктѣ 399 статьи. Противъ него высказываются почти единогласно въ нашей литературѣ и онъ глубокаго значенія не имѣетъ (ср. *К. П. Змирлова* — рефератъ, стр. 25; *А. Ф. Брандта* — Жур. гражд. и угол. пр. 1888 г., VI, 14 и 19).

Затѣмъ, принимая главный признакъ (наслѣдственный характеръ)—родоваго имущества, нынѣ изложенный въ п.п. 1 и 2 ст. 399—1 ч. X т., мы считаемъ нужнымъ съузить и углубить его значеніе. Уже изъ сравнительныхъ данныхъ, изложенныхъ нами выше, явствуетъ, что въ нѣкоторыхъ обычаяхъ и правахъ особенная полнота родоваго свойства *соединяется исключительно съ дѣдовской недвижимостью,* а не съ отцовскою. Тѣмъ болѣе склонны мы видѣть въ сообщеніи такого свойства всякой недвижимости, унаслѣдованной отъ любаго родственника, *слѣдъ затемнѣнія основной мысли родовой традиціи*:

Родовое свойство сообщается имѣнію какъ правовое освященіе уже выяснившагося фактическаго состоянія. Разъ имѣніе уже служило родовой идеѣ, оно признается родовымъ. А служить родовой традиціи оно не можетъ иначе, какъ перейдя, по меньшей мѣрѣ, три поколѣнія—отъ дѣда къ внуку. Это вытекаетъ изъ нашего опредѣленія идеи рода, въ отличіе отъ семьи. Между тѣмъ, такому требованію можетъ удовлетворить одно только *дѣдовское* имѣніе, разумѣя подъ этимъ названіемъ дошедшее отъ дѣда или бабки и притомъ безразлично къ внуку или внучкѣ. Полъ не играетъ здѣсь никакой роли.

Затѣмъ, не усматривая серьезныхъ основаній ко введенію у насъ начала «pretium succedit in locum rei», которое, какъ мы видѣли выше, знаменуетъ разложеніе родоваго института, мы тѣмъ самымъ стоимъ за сохраненіе русской точки зрѣнія на родовыя имущества, какъ *недвижимую собственность*. Разъ мы допускаемъ на-ряду съ

родовыми имуществами организацію обязательной доли, насъ уже не могутъ упрекнуть въ томъ, что мы оставляемъ всю движимую часть наслѣдства внѣ началъ необходимаго наслѣдованія. Между тѣмъ, сохраненіе нынѣ существующаго взгляда на родовыя имущества какъ на видъ *недвижимой собственности*—есть единственный взглядъ, гармонирующій съ вышеприведеннымъ *аргументомъ прочныхъ дѣдовскихъ традицій*, соединяемыхъ съ наслѣдственнымъ имѣніемъ какъ вещью, а не какъ цѣнностью. Можно себѣ представить традиціонно-этическую связь между владѣльцемъ и его родовымъ имѣніемъ. Такой связи быть не можетъ между владѣльцемъ и опредѣленной суммой денегъ, лежащей на имѣніи. Вотъ по какому соображенію предлагается здѣсь сохранить существующую точку зрѣнія нашихъ законовъ, по которой только недвижимая собственность можетъ быть предметомъ обладанія по праву родовыхъ имуществъ.

Затѣмъ, предлагаемая нами организація *гарантіи родоваго интереса посредствомъ системы исковъ*, ограждающихъ наслѣдниковъ отъ даренія, продажи, обремененія имѣнія залогомъ и наконецъ отъ фиктивныхъ взысканій,—все это имѣетъ значеніе въ виду предполагаемой нами *отмѣны выкупа*.

Значительная часть аргументаціи, направляемой нашими юристами противъ родоваго института,—сводится къ недостаткамъ, прямо или косвенно присущимъ законамъ о родовомъ выкупѣ. Вотъ почему изслѣдователи, наиболѣе склонные къ сохраненію института родовыхъ имуществъ (напр. *А. Ф. Брандтъ*),—соглашаются съ писателями противоположнаго лагеря, находя выкупъ вреднымъ и требуя его отмѣны. Противъ выкупа высказались въ нашей литературѣ: Побѣдоносцевъ, Любавскій, Мейеръ, Брандтъ, Змирловъ и многіе другіе. Изъ сборника «О недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ» видно, что по вопросу о томъ: быть или не быть родовымъ имуществамъ, высказались *за сохраненіе* родовыхъ имуществъ четыре судебныхъ дѣятеля изъ общаго числа 21 отзыва, касающагося этого вопроса; тогда какъ въ *пользу выкупа* имѣется только *одинъ отзывъ* (№ 727).

Присоединяясь къ общему мнѣнію о вредѣ существующихъ законовъ о выкупѣ, мы считаемъ нужнымъ вкратцѣ напомнить въ чемъ этотъ вредъ выражается.

Родовой выкупъ будучи самъ по себѣ весьма слабымъ средствомъ огражденія родовыхъ интересовъ и, кромѣ того, не распространяясь на тѣ случаи, когда имѣніе закладывается или обременяется долгами, приводящими къ его продажѣ съ торговъ (ст. 1169 Уст. гражд. суд.),

въ то же время однако представляется *закономъ вреднымъ для прочности земельнаго кредита и экономической стороны недвижимой собственности.*

Ближайшіе его недостатки сводятся къ слѣдующему.

Со введеніемъ у насъ Вотчинскаго Устава имѣетъ окончательно установиться такое правило, которое нынѣ есть «pium desderiumi» нашего гражданскаго оборота. Возмездный пріобрѣтатель имѣнія по вотчинной книгѣ будетъ пользоваться *безповоротностью* пріобрѣтенныхъ имъ правъ, коль-скоро его пріобрѣтеніе будетъ добросовѣстно. Цѣль этого правила состоитъ въ томъ, что право собственности на недвижимость должно быть незыблемо, дабы капиталы, ищущіе своего своего помѣщенія, находили вполнѣ безопасный доступъ къ землѣ соединеніе съ которою и придаетъ капиталу его наибольшую степень производительности. Между тѣмъ, самое существованіе института выкупа противорѣчитъ этой основной цѣли. *Вреднье всего* въ институтѣ выкупа вовсе не идея ограниченія права продавца какими-либо посторонними интересами или правами, а лишь *неопредѣленность того вопроса, кто въ правѣ предъявить эти права* и, притомъ, неопредѣленность, длящаяся уже *послѣ утвержденія сдѣлки.* Ближайшими послѣдствіями этой неопредѣленности являются:

а) пониженіе цѣнъ на родовую землю;

б) затрудненіе достать деньги подъ залогъ такой земли, которая можетъ сдѣлаться предметомъ выкупа;

в) задержка возможности улучшать имѣніе посредствомъ капитальныхъ затратъ;

г) въ случаѣ непредусмотрительнаго совершенія подобныхъ затратъ (напр., выстройки завода или фабрики на участкѣ, которому грозитъ выкупъ), можетъ случиться, что родственникъ въ правѣ требовать за безцѣнокъ участокъ, вмѣстѣ съ постройками; если же выстроенный заводъ только частью своихъ построекъ покрываетъ спорный участокъ, то можетъ случиться, что выкупающій требуетъ возвращенія голой земли; часть сооруженій сносится, и выкупающій получаетъ выгоду несравненно меньшую, нежели та цѣнность, которая при этомъ разрушается.

Въ подобныхъ случаяхъ происходитъ истребленіе экономическихъ цѣнностей, что уже несомнѣнно вредно, такъ какъ этимъ путемъ уменьшается національное богатство.

Наилучшимъ способомъ передѣлки нашихъ законовъ въ смыслѣ наибольшей гарантіи родовыхъ правъ безъ малѣйшаго колебанія правильно и добросовѣстно заключенныхъ сдѣлокъ, является *отмѣна*

родоваго выкупа и опредѣленіе взамѣнъ его строгой системы исковъ, обезпечивающихъ, какъ мы говорили выше, родовыхъ преемниковъ отъ намѣренныхъ нарушеній ихъ правъ при заключеніи недозволенныхъ сдѣлокъ. Подобная система, не стѣсняя вовсе третьихъ лицъ, добросовѣстно пріобрѣвшихъ недвижимость, вмѣстѣ съ тѣмъ обставила бы самое существованіе родоваго института такими прочными и строгими гарантіями, которыхъ нѣтъ въ настоящихъ законахъ. Тогда именно и будетъ достигнута намѣченная цѣль учрежденія родовыхъ имуществъ, чтобы имѣнія, дошедшія отъ предковъ, оставались въ потомствѣ первыхъ пріобрѣтателей, перенося въ отдаленныя поколѣнія матеріальный слѣдъ ихъ духовной дѣятельности, упрочивая семейныя и родовыя традиціи, увеличивая нравственную солидарность прежнихъ и будущихъ поколѣній.

Сохранивъ въ такомъ видѣ наслѣдіе старины, мы внесемъ свою лепту въ народную сокровищницу. И эта лепта внесется каждый разъ, когда закономъ или вольнымъ словомъ будетъ посѣяно въ народѣ убѣжденіе, что *гражданское право не печется объ однихъ цѣнностяхъ и деньгахъ и что оно мертво, когда нѣтъ въ немъ традиціи духа живаго.*

Резюмируемъ основныя положенія, въ которымъ приводитъ насъ изученіе института родовыхъ имуществъ:

1) Мы *не имѣемъ достаточныхъ свѣдѣній* для произнесенія окончательнаго приговора о значеніи института родовыхъ имуществъ. Освѣщеніе его посредствомъ одного законодательнаго матеріала весьма неудовлетворительно. Необходимо было-бы добыть новыхъ данныхъ, посредствомъ болѣе глубокаго ознакомленія съ *обычнымъ правомъ* и посредствомъ детальной разработки *древнихъ актовъ*.

2) Родовымъ имуществомъ считается недвижимая собственность, дошедшая отъ восходящихъ родственниковъ въ порядкѣ наслѣдованія или по сдѣлкамъ, считающимся предвареніемъ наслѣдованія. Всѣ факты, несогласные съ этимъ опредѣленіемъ, суть уклоненія отъ природы родоваго института.

3) Нетрудовое происхожденіе этого имущества было всегда, въ народныхъ воззрѣніяхъ, однимъ изъ значительныхъ признаковъ родоваго свойства.

4) Ограниченія какъ возмезднаго, такъ и безвозмезднаго отчужденія (даренія и завѣщанія)—въ родовомъ имуществѣ являются системою средствъ, служащихъ для сохраненія родоваго имущества въ родѣ перваго пріобрѣтателя. Той же цѣли служитъ особый поря-

докъ наслѣдованія (1138 ст. 1 ч. X т.) родоваго имущества въ роду перваго пріобрѣтателя.

5) Существуютъ *двѣ теоріи* для объясненія происхожденія и историческаго значенія родовыхъ имуществъ: теорія родоваго быта и теорія служилаго происхожденія института. Первая цѣликомъ выводитъ родовыя имущества изъ родоваго состоянія первобытнаго времени; вторая исключительно усматриваетъ въ этомъ институтѣ слѣды земельной политики московскаго государства, направленной къ закрѣпленію вотчинныхъ правъ служилыхъ людей.

6) Въ настоящемъ очеркѣ предлагается *третья (смѣшанная) теорія.* Родовыя имущества происходятъ очевидно изъ глубокой древности; они явились какъ форма разложенія семейной общности обычнаго права и переходною ступенью къ развивающейся собственности. Институтъ этотъ былъ однако въ періодѣ разложенія въ эпоху Судебниковъ. Тогда-то имъ и воспользовалось московское правительство, которое, для своей политики, занялось *реставраціей института родовыхъ имуществъ.* Эта реставрація была односторонняя и въ нѣкоторыхъ чертахъ—противорѣчила исторической природѣ института. Ошибка позднѣйшихъ изслѣдователей въ томъ, что *они реставрацію стараго приняли за рожденіе новаго.*

7) Родовыя имущества *должны быть сохранены въ будущемъ законодательствѣ;* но выкупъ долженъ быть отмѣненъ, такъ какъ большая часть серьезныхъ недостатковъ института родовыхъ имуществъ содержится именно въ выкупѣ; съ другой стороны цѣль, преслѣдуемая законами о выкупѣ, мало достигается и имущества не удерживаются отъ переходовъ въ чужіе роды.

8) Въ пользу сохраненія института родовыхъ имуществъ говорятъ слѣдующія соображенія:

а) «Страшно осуждать и разрушать то, что̀ еще не вполнѣ понято» (Побѣдоносцевъ, I. 64). Что̀ мы, теперь не понявъ, *излишне* сохранимъ, то мы всегда успѣемъ потомъ отмѣнить. А что̀, при этихъ условіяхъ, отмѣнимъ, того ужъ не воротимъ;

б) историческая древность института говоритъ въ пользу его сохраненія, покуда его вредность не будетъ доказана. А между тѣмъ, все, что̀ приводится противъ него, сводится къ слѣдующимъ тремъ рубрикамъ: *аа)* доказывается вредъ выкупа; *бб*) осуждается институтъ родовыхъ имуществъ съ точки зрѣнія крайне сомнительнаго качества теоріи экономическаго: «laisser faire, laisser passer»; — *вв)* упрекаютъ этотъ институтъ въ томъ, будто имъ создается злосчастное начало: «обязательнаго дробленія собственности»—между

тѣмъ, какъ это начало не связано вовсе съ институтомъ родовыхъ имуществъ.

9) Сохранивъ институтъ родовыхъ имуществъ, надо очистить его отъ тѣхъ наслоеній, которыя явились результатомъ реставраціи этого института въ XVII столѣтіи въ интересахъ московской политики и для служилаго сословія; слѣдуетъ розыскать болѣе долговѣчную, натуральную природу института и, изъ многихъ смысловъ, какіе имѣетъ нынѣ слово родъ,—выдвинуть одинъ: *родомъ перваго пріобрѣтателя считаются всѣ его потомки.*

10) Понятіе рода надо отличить отъ понятія семьи. *Семья есть союзъ родителей и дѣтей, которыхъ связываетъ единство очага и власти.* Дѣдъ и бабка чужды этому союзу. Поэтому *три поколѣнія* составляютъ уже *минимальное выраженіе рода.*

11) Имущество должно быть въ томъ случаѣ признано родовымъ, когда оно фактически перешло между лицами, которыя вмѣстѣ не составляютъ семьи, а соединены только связью рода. Поэтому *родовымъ законъ долженъ считать только такое имущество, которое досталось отъ дѣда или бабки.* Дошедшее отъ отца или матери должно считаться семейнымъ, но не родовымъ.

12) Статья 1138, 1 ч. X т., въ своемъ существѣ подлежитъ сохраненію.

13) Воспрещеніе даренія родоваго имущества (ст. 967, 1 ч. X т.) должно быть сохранено. Санкція должна быть такого рода: въ случаѣ совершенія противозаконнаго даренія, ближайшему наслѣднику слѣдуетъ давать право предъявленія иска къ одаренному съ присужденіемъ ему подаренной недвижимости, не ожидая открытія наслѣдства послѣ дарителя.

14) Вмѣсто отмѣненнаго выкупа предлагается ввести продажу родоваго имущества не иначе, какъ съ согласія дѣтей, братьевъ и сестеръ родоваго владѣльца; такого же согласія требовать также въ случаѣ закладыванія родоваго имѣнія на сумму свыше половины его стоимости.

15) При обращеніи взысканія на родовое имѣніе слѣдуетъ разрѣшить всѣмъ родовымъ наслѣдникамъ доказывать безденежность долговъ владѣльца, по коимъ производится взысканіе.

16) Въ случаѣ торговъ слѣдуетъ признать за родовымъ наслѣдникомъ право предпочтительной покупки родоваго имѣнія, съ устраненіемъ любого изъ пріобрѣтателей имѣнія съ тѣмъ, что родовой наслѣдникъ долженъ внести сумму денегъ на покрытіе взысканій, а въ остальной части долженъ выдать ипотеку, или закладную до той

суммы, въ которой имѣніе присуждено съ торговъ, и быть лишь обязаннымъ къ уплатѣ процентовъ въ видѣ ренты на имя прежняго родоваго владѣльца.

17) Родовому владѣльцу, не имѣющему ни дѣтей, ни братьевъ, ни сестеръ,—слѣдуетъ предоставить право требовать вызывнаго производства; и если никто изъ болѣе отдаленныхъ родственниковъ о своемъ существованіи въ срокъ не заявитъ, то имѣніе, о которомъ публикуется, должно считаться *утратившимъ родовое свойство.*

Литература вопроса:

Ewers.—«Das älteste Recht der Russen», Dorpat, 1826.

Reutz.—«Versuch über die geschichtliche Ausbildung der russischen Staats und Rechtsverfassung», Mitau, 1829.

Турчиновича.—«О поземельной собственности и наслѣдствѣ въ древней Руси», С.П.Б., 1853.

А. Лакіера.—«О вотчинахъ и помѣстьяхъ», С.П.Б., 1848 г.

Варадинова.—«Изслѣдованіе объ имущественныхъ или вещественныхъ правахъ по русскимъ законамъ», С.П.Б., 1855 г.

Гладкова.—«О вліяніи общественнаго состоянія частныхъ лицъ на право ихъ собственности поземельной», Москва, 1855 г.

К. А. Неволина.—«Исторія Россійскихъ Гражданскихъ Законовъ», три части; томы III, IV и V его полнаго собр. сочин., С.П.Б., 1858 г.

Д. И. Мейера.—«Русское Гражданское Право», 1-е изд., Казань 1858—59 г.; 5-ое изд., Москва, 1873 г.; 6-ое изд. подъ ред. Гольмстена С.П.Б., 1894 г.

В. Никольскаго.—«О началахъ наслѣдованія въ древнѣйшемъ русскомъ правѣ», Москва, 1859 г.

Его-же.—«Объ основныхъ моментахъ наслѣдованія», Москва, 1871 г.

И. Энгельмана.—«О пріобрѣтеніи права собственности на землю по русскому праву», С.П.Б., 1859 г.

И. Бѣляева.—«О наслѣдствѣ безъ завѣщанія по древнимъ русскимъ законамъ до уложенія царя Алексѣя Михайловича», Москва, 1858 г.

Его-же.—«О поземельномъ владѣніи въ Московскомъ Государствѣ» Московитянинъ, 1848 г., №№ 2 и 5; тоже во Временникѣ Общ. Ист. и Древн. Рос., 1851 г., № 11.

В. П. Лешковъ.—«Имущественныя и личныя отношенія по указамъ Петра I», Русск. Вѣстн., 61 г., № 2.

Его-же.—«О частномъ поземельномъ правѣ по своду законовъ», Юрид. Вѣстн. 1871 г., №№ 1 и 2.

К. Д. Кавелина.—«Взглядъ на историческое развитіе русскаго порядка законнаго наслѣдованія», С.П.Б., 1860 г.

Полежаева.—«О правѣ собственности по русскимъ законамъ» Ж. М. Ю., 1861 г., № 3.

Его-же.—«О завѣщаніяхъ», въ Архивѣ ист. и практ. свѣд., отн. до Росс., изд. Н. Калачовымъ, 1858 г., кн. I.

Графа М. М. Сперанскаго.—«О собственности»,—Архивъ Калачова, 1858 г., кн. I, также кн. II; 1859 г.

Его-же.—«О родовыхъ имуществахъ»,—Архивъ Калачова, 1859 г., кн. V.

Раевскаго.—«Статья о родовыхъ имущ.», Ж. М. Ю., 61 г., X ч., 105,

Дарагана.—«О выкупѣ родовыхъ имуществъ», Современная Лѣтопись, 1862 г., № 41.

А. Д. Любавскаго. — «Юридическія монографіи и изслѣдованія», С.П.Б., 1875 г.

К. П. Побѣдоносцева.—«Курсъ Гражданскаго Права», три части; въ особенности I часть, § 12 съ приложеніемъ; также т. II, §§ 40, 51 и 52.

Его-же.—«Имѣніе родовое и благопріобрѣтенное», Ж. М. Ю., 1861 г., кн. 4.

Владимірскій-Будановъ.—«Христоматія по Исторіи Русскаго Права», вып. 1, 2 и 3, Кіевъ, 1876—1880 г.г.

Его-же.—«Обзоръ Исторіи Русскаго Права по лекціямъ», 2 вып., Кіевъ, 1886 г.

В. Сергѣевича. — «Лекціи и изслѣдованія по Исторіи Русскаго Права», С.П.Б., 1883 г.

С. В. Пахмана.—«Обычное Гражданское Право въ Россіи», 2 тома С.П.Б., 1877 г.

А. Ф. Брандта.—«О родовыхъ имуществахъ», въ Журн. гражд. и угол. пр., 1888 г., кн. VI и VII.

К. П. Змирлова. — «Значеніе института родовыхъ имуществъ для будущаго Гражданскаго Уложенія», въ Журн. гражд. и угол. пр. 1889 г., кн. III.

Его-же.—«Законы о родовыхъ имуществахъ и институтъ обязательной доли». Докладъ, читанный въ засѣд. Гражд. Отд. С.-Пет. Юрид. Общ. 19 февраля 1890 г., изданный отдѣльной брошюрой.

А. К. Рихтера.—«О необходимомъ наслѣдованіи», С.П.Б., 1893 г.

Изданіе Редакціонной Коммисіи по составленію проекта Гражданскаго Улож., «*Замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ Гражданскихъ Законовъ*», С.П.Б., 1891 г., въ особенности отзывы, помѣщ. подъ номерами: 293, 294, 305—318, 320—323, 573, 576, 720—725 и 727.

Dr. C. Erdmann.—«System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-Est-und Curland» (4 тома; въ особенности II и III т.). Riga, 1891. 1892.

Otto Stobbe. — «Handbuch des deutschen Privatrechts» (5 томовъ), Berlin, 1885.

Dr. August von Miaskowski.—«Das Erbrecht und die Grundeigenthumsvertheilung im Deutschen Reiche» (2 ч.), Leipzig, 1884.

E. Huber.—«System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts» (4 тома), Basel, 1886—1893.

M. F. Le Play.—«La réforme Sociale en France» (3 тома, 7-ое изд.), Tours, 1887.

René Cuénot.—«Des droits de légitime et de réserve dans le droit romain, l'ancien droit français écrit et coutumier, le droit intermédiaire et le code civil», Paris, 1877.

Dr. Friedrich Krauss.—«Sitte und Brauch der Südslaven» (изд. по поруч. вѣнскаго антропологическаго общества), Wien, 1885 г.

II. НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

1. Что такое наслѣдство?

(Юрид. Газ. 1903 г. № 1).

Нашъ дѣйствующій гражданскій законъ (ст. 1104 зак. гражд. 1 ч. X т.) не даетъ общаго опредѣленія наслѣдства, а говоритъ намъ только одно: что такое «наслѣдство по закону». При этомъ очевидно, что въ той же статьѣ содержатся элементы, опредѣляющіе понятіе всякаго наслѣдства, переходящаго какъ по закону, такъ и по завѣщанію. Для полученія этого общаго опредѣленія стоитъ только прочесть статью 1104, пропуская лишнія слова, и получится такое положеніе: «наслѣдство есть совокупность имуществъ, правъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго».

Такое опредѣленіе весьма недурно.

Вопреки основательно сложившемуся мнѣнію о значительныхъ несовершенствахъ нашего X тома, представляющаго какъ-бы сооруженіе, давно приговоренное къ сломкѣ, справедливость заставляетъ въ данномъ случаѣ признать, что опредѣленіе наслѣдства здѣсь настолько правильно, что требуетъ лишь незначительныхъ поправокъ. Не желая обременять читателя балластомъ иностранныхъ цитатъ, мы укажемъ лишь для его руководства тѣ статьи разныхъ современныхъ уложеній, при чтеніи которыхъ читатель самъ провѣритъ ходъ дальнѣйшихъ разсужденій; эти статьи слѣдующія: Прибалтійскій сводъ гражданскихъ узаконеній, ст. 1691; Саксонское уложеніе ст. 2000; Австрійское, ст. 531 и 532; Германское, ст. 1922; Италіанское, ст. 923; Португальское, ст. 1737; Швейцарскій проектъ 1895 г., ст. 401; Сербское улож. ст. 394; Калифорнское, ст. 1383; Нидерландское ст. 921; Испанское ст. 659. Слѣдуетъ замѣтить, что такое выдающееся уложеніе, какъ французское, вовсе отказалось отъ

принципіальнаго опредѣленія понятія наслѣдства. Обратите еще вниманіе на то, что основное понятіе это разъяснено также въ слѣдующихъ рѣшеніяхъ гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената: $^{75}/_{507}$, $^{78}/_{15}$, $^{78}/_{174}$, $^{79}/_{90}$, $^{79}/_{312}$, $^{81}/_{159}$ и $^{88}/_{8}$.

Затѣмъ, перейдемъ къ предмету нашего изслѣдованія.

Опредѣленіе, содержащееся въ ст. 1104-ой 1 ч. X т. настолько близко въ истинѣ, что мы можемъ принять его какъ исходную точку нашего анализа.

Она даетъ намъ слѣдующее: а) Наслѣдство есть нѣкая «*совокупдость*» — (universitas juris), это очень важный признакъ. Не сразу онъ можетъ быть понятенъ для не юриста; да и юристы наши обращаются съ нимъ какъ-то нехотя, какъ-будто сознавая въ немъ плодъ, выросшій на классической почвѣ, занесенный къ намъ, Богъ вѣсть какимъ вѣтромъ и предназначенный къ тому, чтобы зачахнуть на нашемъ жестокомъ Сѣверѣ. Немало ломали мы копій въ защиту этого начала (ср. наши статьи: «Быть или не быть завѣщательнымъ отказамъ въ русскомъ законодательствѣ», Ж. М. Ю., Сент. 1901 г.. «Долговая отвѣтственность наслѣдника»—Ж. М. Ю. Фев. 1902 г.)— Какъ водится, наши юристы косо поглядываютъ на всякую аналитическую попытку, идущую въ разрѣзъ съ принятыми положеніями. Въ господствующемъ ученіи считается, что русское право не знаетъ, да и не должно знать разницы между наслѣдникомъ и легатаріемъ, т. е. между «наслѣдствомъ въ совокупности» и отказомъ въ отдѣльномъ предметѣ. Вы уже съ этой позиціи не собьете послѣдователей этого неправильнаго, хотя и преобладающаго ученія; не поможетъ Вамъ и то, что въ основномъ опредѣленіи закона сказано, что «наслѣдство есть совокупность». Такова ужъ сила привычки.

б) Въ упомянутую совокупность входятъ «имущества«, но *не одни только имущества.* Въ наслѣдствѣ признается наличность такъ называемаго «сверхъ-имущественнаго» элемента; иначе, въ законѣ было-бы сказано: «наслѣдство есть совокупность *имуществъ*, оставшихся...» и т. д. Статья 1104 этимъ не ограничивается; кромѣ имуществъ, она допускаетъ возможность «*правъ и обязательствъ*», входящихъ въ составъ «совокупности», отождествляемой съ наслѣдствомъ. Для большей точности, продѣлаемъ здѣсь, какъ въ алгебрѣ, такъ вазываемое «раскрытіе скобокъ». Обладаніе и переходъ «имуществъ» мыслимы, въ юридически точномъ значеніи слова, не иначе, какъ въ видѣ обладанія и перехода «правъ и обязательствъ по имуществамъ». Вслѣдствіе сего, опредѣленіе ст. 1104 означаетъ слѣдующее:

«Наслѣдство есть совокупность, равная двумъ элементамъ: 1) правамъ и обязательствамъ *по имуществамъ* умершаго; 2) правамъ и обязательствамъ *не по имуществамъ*»

Стало-быть, сомнѣнія нѣтъ, русскій законъ предусматриваетъ *сверхъ-имущественный элементъ наслѣдства.*

Опредѣлить понятія «имущественнаго» и «сверхъ-имущественнаго» правоваго элемента внѣ времени и пространства — дѣло не легкое. Приходится прибѣгать къ другому понятію, служащему точкой сравненія, именно къ *общечеловѣческой потребности*, сказавъ: такое благо, которое удовлетворяетъ моей потребности, удовлетворяя вмѣстѣ съ тѣмъ и потребности другихъ людей, есть имущество. При такомъ предположеніи, предметъ моего обладанія имѣетъ *мѣновую* цѣнность.

Наоборотъ, всякое благо (будь оно даже и матеріальное, а не духовное), которое можетъ удовлетворять только моимъ потребностямъ, и потому *лишено* мѣновой цѣнности, должно считаться сверхъ-имущественнымъ. Возьмемъ примѣръ. Часы стоютъ 50 рублей, разъ за нихъ каждый даетъ эти деньги. Къ часамъ я прибавляю стоимость камня, положимъ рубина, вдѣланнаго въ металическую крышку. Стало-быть и самые часы и прибавленный камень представляются цѣннымъ имуществомъ. Но вотъ, вмѣсто вдѣлыванія камня, я уплатилъ рѣзчику ту же дополнительную сумму, для гравированія вензеля и фамиліи. Съ этого момента, хотя расходъ и произведенъ въ размѣрѣ свыше 50 рублей противъ первоначальной стоимости часовъ, однако часы стоютъ уже не 50 а 25 рублей. Любой часовщикъ скажетъ, что часы съ вензелемъ едва-ли кто пожелаетъ купить; а потому имущество, пріобрѣтенное съ большей затратой, стоитъ меньше. Эта дабавочная вещь, ничѣмъ не увеличившая, но даже убавившая имущественную цѣнность, есть сверхъ-имущественный элементъ обладанія.

Не будемъ оставаться долго въ области разсужденій внѣ времени и пространства. Оно вредно и ведетъ къ метафизикѣ. Разсуждая въ примѣненіи къ современной жизни, когда всѣ человѣческія потребности, удовлетворяемыя имуществомъ, цѣнятся за деньги, мы можемъ сказать проще: нынѣ гдѣ имущество, тамъ и деньги; гдѣ деньги, тамъ и имущество. Стало-быть, поставленный выше вопросъ, въ чемъ состоитъ сверхъ-имущественный интересъ въ наслѣдствѣ, сводится къ слѣдующему: *есть-ли въ наслѣдствѣ что-либо, кромѣ денежнаго интереса?*

*

По-нашему, да. Весьма важно, чтобы законъ, въ основномъ своемъ опредѣленіи, отрѣшался отъ гнета самаго поглощающаго и развращающаго жизненнаго фактора, претендующаго на всеобъемлющее значеніе. Нужды нѣтъ, что въ современномъ складѣ жизни намъ иронически бросятъ вызовъ: укажите сверхъ-имущественныя блага, входящія въ составъ наслѣдства! Гдѣ они, тѣ блага, на которыя сынъ получитъ право съ послѣднимъ вздохомъ отца и которыя онъ не былъ-бы властенъ тутъ же, у смертнаго одра, продать назойливому кредитору?—Да, быть можетъ, складъ жизни таковъ, что невелико *практическое* значеніе такого опредѣленія наслѣдства, въ коемъ отведено мѣсто и сверхъ имущественному элементу. Но весьма важно одно: *правовыя начертанія не должны идти впереди разлагающихъ явленій дѣйствительности.* Этотъ сверхъ-имущественный элементъ былъ когда-то налицо; когда-либо измѣнится складъ жизни, онъ снова выростетъ. Не годится намъ его изгонять изъ правовыхъ опредѣленій.

в) Далѣе, въ статьѣ 1104-й 1 ч. X тома говорится о томъ, что наслѣдство есть совокупность благъ, «*оставшихся* послѣ умершаго».

Это уже не вполнѣ ясно, такъ какъ наука права не все то включаетъ въ составъ наслѣдства, что «осталось» послѣ умершаго, а лишь часть того, что осталось. Тутъ именно возникаетъ крайне важное различіе между тѣми изъ правъ и обязанностей умершаго, которыя *входятъ въ составъ наслѣдства* и тѣми изъ нихъ, которыя, по своей природѣ, *не могутъ переходить къ наслѣдникамъ.*

Различіе правъ переходящихъ и непереходящихъ по наслѣдству свойственно нынѣ дѣйствующему праву, несмотря на то, что ст. 1104 объ этомъ различіи умалчиваетъ. Такъ, напримѣръ, кассаціонныя рѣшенія $^{78}/_{15}$ по дѣлу Лухмановыхъ и $^{88}/_{8}$ по дѣлу Людмилы Шепелевой упоминаютъ объ отдѣльныхъ правахъ, не переходящихъ какъ составная часть наслѣдства управомоченныхъ въ нихъ лицъ («старшинство по рожденію» и «право на пенсію»).

Какъ общее правило, считается признаннымъ, что со смертью наслѣдодателя прекращаются права, основывающіяся на его семейныхъ и общественныхъ отношеніяхъ. Сюда же относятся также нѣкоторыя имущественныя права, какъ вещныя, такъ и обязательственныя, послѣднія, какъ съ активной, такъ и съ пассивной стороны, коль скоро эти имущественныя права подходятъ подъ ту категорію, о которой римское право утверждало, что это: «res, quae extra nostrum patrimonium habentur». Правами такого рода счи-

таются всѣ личные сервитуты, а стало быть также всѣ имущественныя выгоды и преимущества, пріобрѣтенныя «jure singulari», спеціально для удобствъ опредѣленного лица; далѣе — тѣ требованія и долги, въ которыхъ уплата или иного рода исполненіе можетъ имѣть мѣсто лишь въ пользу первоначальнаго вѣрителя и отъ имени первоначальнаго должника (напримѣръ, обѣщаніе предоставить опредѣленному лицу пользовладѣніе вещью или договоръ личныхъ услугъ). Это, конечно, не исключаетъ перехода по наслѣдству такихъ долговыхъ обязательствъ, которыя возникли изъ подобныхъ правоотношеній, но уже сложились въ видѣ денежнаго или вообще имущественнаго требованія; напр. плоды, доходы, коимъ срокъ насталъ до дня открытія наслѣдства, неуплаченное слугѣ жалованье и т. п.). Сюда-же относится вопросъ о томъ, переходитъ-ли къ наслѣдникамъ уполномоченнаго или обязаннаго лица право или обязанность доставлять алименты? Этотъ вопросъ разрѣшается вообще отрицательно. Обязанность отца содержать своихъ законныхъ дѣтей (ст. 172-ая 1 ч. X т.) считаетея непереходящею къ его наслѣдникамъ. Алименты, присуждаемые пожизненно или на срокъ, опредѣляются мѣрою потребностей того лица, коему они присуждаются и прекращаются со дня его смерти. Что касается алиментовъ, присужденныхъ незаконнорожденному, то о нихъ есть прямое рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената (1888 г. № 17), коимъ разъяснено, что «обязанность отца содержать своего внѣбрачнаго ребенка не можетъ быть почитаема обязанностью имущественною, не прекращающеюся смертью обязаннаго и переходящею на наслѣдниковъ, такъ какъ эта обязанность не составляетъ вознагражденія за вредъ и убытки, преступнымъ дѣяніемъ учиненные, а вытекаетъ изъ самаго факта рожденія ребенка отъ противозаконнаго сожитія неженатаго съ незамужнею (ст. 994 уложен. о нак., нынѣ отмѣненная закономъ 3 іюня 1902 г.) и составляетъ естественную обязанность отца содержать своего ребенка».

Коммисія для составленія проекта гражданскаго уложенія, основываясь на иномъ рѣшеніи вопроса въ уложеніяхъ Германскомъ (ст. 1712), Саксонскомъ (ст. 1873) и отчасти Французскомъ (ст. 763 и 764), признала нужнымъ допустить принципъ перехода къ наслѣдникамъ обязанности выдавать алименты внѣбрачному ребенку (ст. 324 проекта книги II гражданскаго уложенія; см. объясн. зап. т. I, стр. 597). Однако, то же правило, предположенное въ проектъ закона «объ улучшеніи положенія незаконнорожденныхъ дѣтей», не было принято, при обсужденіи вопроса въ Государственномъ Совѣтѣ,

такъ что новый законъ 3 Іюня 1902 г. сохранилъ прежнее правило, признающее личный характеръ обязанности давать алименты.

Есть затѣмъ группа правоотношеній, которая недопускаетъ перехода по наслѣдству, будучи тѣсно связана съ уголовнымъ правонарушеніемъ.

Наслѣдники не могутъ нести отвѣтственности за наложенныя на наслѣдователя денежныя взысканія, имѣющія характеръ наказанія за преступленія и поступки, содѣянные наслѣдодателемъ. Если, однако, взысканіе наложеннаго штрафа уже обращено на имущество, то удовлетвореніе этого взысканія изъ арестованнаго имущества является вполнѣ законнымъ, но не въ силу перехода долговой отвѣтственности, вслѣдствіе уголовнаго дѣянія, къ наслѣднкамъ правонарушителя, а въ силу того, что цѣнность, уже обращенная на пополненіе взысканія, при жизни наслѣдователя, не входитъ въ составъ наслѣдства.

Убытокъ, причиненный недозволеннымъ дѣяніемъ, во всякомъ случаѣ подлежитъ вознагражденію, и обязательство, на этомъ основаніи возникающее какъ съ активной, такъ и съ пассивной стороны, переходитъ на наслѣдниковъ.

Нельзя не упомянуть еще объ извѣстной категоріи обязательствъ, которыя были многочисленны въ римскомъ правѣ и за которыми не признавалось свойства передаваемости по наслѣдству, въ защиту коихъ допускались иски, родственные уголовной защитѣ, такъ называемые: «actiones vindictam spirantes». Въ нихъ предполагалось законное удовлетвореніе чувства мести, которое, конечно, угасало со смертью виновнаго или отвѣтственнаго лица. Въ этомъ порядкѣ частнаго возмездія преслѣдовался цѣлый рядъ дѣяній, нынѣ подходящихъ или подъ категорію гражданскихъ правоотношеній или подъ уголовный характеръ производства, оканчиваясь въ послѣднемъ предположеніи наказаніемъ и присужденіемъ убытковъ потерпѣвшему лицу.

Въ римскомъ же правѣ допускались, въ подобныхъ случаяхъ, частныя кары, въ которыхъ государственная власть не считала себя вовсе заинтересованною. Цѣлый рядъ личныхъ оскорбленій (actio injuriarum), охрана святости могилъ (actio sepulcri violati), жалоба за клевету (de calumniatoribus), охрана безопасности прохожихъ на улицѣ (de effusis et dejectis), требованіе возврата дара, вслѣдствіе неблагодарности одареннаго (propter ingratitudinem), иски объ имущественномъ оштрафованіи при расторженіи брака и много другихъ отношеній такого-же общаго характера подходили подъ эту кате-

горію. Съ точки зрѣнія современнаго гражданскаго права эта рубрика правоотношеній, хотя значительно сократилась, однако еще не утратила всякое значеніе. Въ Германіи весьма распространены неимущественные иски о возмѣщеніи за причиненное потерпѣвшему лицу *страданіе*: «Klage auf Schmerzensgeld». Подобные иски, не требующіе вовсе наличности матеріальнаго вреда для своего возникновенія, однако направляются всецѣло къ присужденію потерпѣвшему денежнаго эквивалента за всѣ его физическія или нравственныя страданія.

Таково-же и право возмездія за лишеніе невинности (Defloration sklage). Сюда же относится, по своей природѣ, также искъ, о *платежѣ безчестія*, предусмотрѣнный статьями 667 — 669, 1 ч. X тома.

Всѣ иски этого рода изъемлются изъ числа правъ, переходящихъ по наслѣдству, на томъ основаніи, что они, главнымъ образомъ, связаны съ нравственными соображеніями, неразрывно относящимися къ опредѣленному лицу. Это ограниченіе, конечно, не мѣшаетъ переходу по наслѣдству той цѣнности, которая подлежитъ присужденію, коль скоро самый искъ былъ уже предъявленъ при жизни самимъ наслѣдователемъ, такъ какъ въ современномъ правѣ, по общему правилу, моментъ предъявленія иска соотвѣтствуетъ римской «litiscontestatio», а въ римскомъ правѣ всѣ подобные иски, съ момента литисконтестаціи, превращались въ наслѣдственную цѣнность.

Еще однимъ существеннымъ, хотя и спорнымъ вопросомъ, является тотъ, какъ смотрѣть на характеръ *владѣнія*: входитъ-ли оно въ составъ наслѣдства? переходитъ-ли оно къ наслѣдникамъ, какъ составная часть наслѣдства или нѣтъ? Римскіе юристы причисляли владѣніе къ тѣмъ предметамъ, которые не входили въ составъ наслѣдства, на томъ основаніи, что владѣніе не есть право, но фактическое состояніе, охраняемое на подобіе права; при этомъ самое владѣніе предполагало опредѣленную душевную дѣятельность владѣльца, какъ составной элементъ владѣнія, то, что называется: «animus rem sibi habendi». Съ этой точки зрѣнія владѣніе прекращалось со смертью владѣльца и фактически возстановлялось владѣніемъ наслѣдника. Въ источникахъ говорится на этотъ счетъ: «possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi» — L. 1 § 15 D. 47, 4).

Это положеніе теоретически правильно и его едва-ли возможно оспаривать, такъ какъ владѣніе, по своей природѣ, тѣсно связано съ лицомъ, его проявляющимъ. Поэтому, если поставить вопросъ въ

общей формѣ: входитъ-ли владѣніе въ составъ наслѣдства? — приходится отвѣтить отрицательно.

Однако, возможно допустить, по примѣру французскаго права, особый институтъ *сезины*, заключающійся въ допущеніи непрерывнаго перехода владѣнія съ наслѣдователя на наслѣдника, въ видахъ процессуальной цѣлесообразности. Для болѣе полнаго разсмотрѣнія этого малоизвѣстнаго, въ русской юриспруденціи, вопроса, мы отсылаемъ къ нижеслѣдующему изслѣдованію: «о владѣніи по наслѣдству или сезинѣ», впервые, появившемуся въ Журналѣ Мин. Юст., за Февраль 1901 г. нынѣ помѣщаемому ниже, въ настоящей книгѣ. Здѣсь мы можемъ ограничиться этой ссылкой, при общемъ замѣчаніи, что владѣніе не считается правомъ, входящимъ въ составъ наслѣдства.

Подводя итоги всему сказанному, мы находимъ, что дѣйтвующее право наслѣдованія основано у насъ на понятіи «наслѣдства», вполнѣ отчетливо выраженномъ въ текстѣ закона и кассаціонныхъ рѣшеніяхъ.

Понятіе это опредѣляется слѣдующими признаками: а) наслѣдство есть *совокупность* правъ и обязанностей; б) наслѣдство содержитъ какъ имущественный, такъ и *сверхъ имущественный* элементъ; в) въ наслѣдство *не входятъ тѣ правоотнотенія умершаго,* которыя тѣсно связаны, по своей природѣ, съ *нравственнымъ* существомъ наслѣдователя и угасаютъ вмѣстѣ съ нимъ.

---

2. О владѣніи по наслѣдству или сезинѣ.

I.

Вопросъ о томъ, какъ слѣдуетъ смотрѣть на владѣніе наслѣдника предметами, входящими въ составъ наслѣдства, имѣетъ глубокіе корни, простирающіеся въ самую глубь системы гражданскаго права. Этимъ вопросамъ предопредѣляется то или иное рѣшеніе важнѣйшихъ задачъ права наслѣдованія.

Съ другой стороны, различіе возможныхъ отвѣтовъ на тотъ же вопросъ зависитъ отъ того, какого ученія мы будемъ придерживаться въ другихъ отрасляхъ гражданскаго права, напримѣръ, въ опредѣленіи природы владѣнія и цѣли его защиты.

Въ виду такого центральнаго положенія, занятаго вопросомъ о *владѣніи по наслѣдству*, слѣдуетъ именно съ него начать рядъ очерковъ, задающихся цѣлью возможно полнаго аналитическаго освѣщенія *основныхъ началъ наслѣдственнаго права.*

Передъ тѣмъ, какъ приступить къ вопросу о владѣніи, необходимо расчистить почву, коснувшись другаго, родственнаго и сравнительно болѣе легкаго вопроса о томъ, съ какого момента наслѣдникъ, осуществляющій свои права, становится субъектомъ тѣхъ правъ, которыя принадлежали умершему въ моментъ его смерти?

Наслѣдство, для современнаго юриста, такъ же какъ и для римлянина, есть видъ универсальнаго преемства—(successio in universum jus defuncti). Этотъ переходъ не есть поводъ къ пріобрѣтенію каждаго права въ отдѣльности, хотя онъ и совпадаетъ съ пріобрѣтеніями сингулярнаго характера и совмѣщаетъ ихъ, какъ бы поглощая въ себѣ самомъ. Стало быть, опредѣливъ моментъ, когда наслѣдникъ становится субъектомъ всей «universitas»правъ умершаго, мы тѣмъ самымъ опредѣляемъ и моментъ, когда онъ становится субъектомъ каждаго права въ отдѣльности; будетъ ли это право собственности, или иное вещное, или даже обязательственное право, безразлично. Частное преемство словно вытекаетъ изъ общаго; оно является какъ будто неизбѣжной эманаціей послѣдняго. Спрашивается, въ какое именно время совершается это двойное преемство для наслѣдника?

Всѣ извѣстныя системы гражданскаго права представляютъ въ отношеніи этого вопроса двѣ группы. Нѣкоторыя уложенія, кодексы, или системы признаютъ, что *открытіе наслѣдства* есть именно тотъ моментъ, когда наслѣдникъ *пріобрѣтаетъ* всѣ права на наслѣдство, и что позднѣйшее изъявленіе наслѣдникомъ воли, въ видѣ принятія или отреченія, не измѣняетъ того основнаго положенія, въ силу коего *моментъ открытія наслѣдства, а не волеизъявленіе наслѣдника*, является началомъ самаго права наслѣдника. А потому, если право, входящее въ составъ наслѣдства, есть право *собственности*, то наслѣдникъ становится собственникомъ съ момента открытія наслѣдства.

Но есть затѣмъ и другіе кодексы, въ которыхъ проводится противоположный взглядъ. Самое открытіе наслѣдства не создаетъ для наслѣдника ничего болѣе, какъ законную возможность стать обладателемъ наслѣдства, но при томъ не иначе, какъ посредствомъ заявленія о принятіи наслѣдства. Въ этой системѣ *моментъ выраженія воли наслѣдника есть начало самаго права собственности для этого наслѣдника*. Нерѣдко бываетъ трудно опредѣлить, къ какой системѣ относится то или другое право, потому что цѣлый рядъ обстоятельствъ способствуетъ затемнѣнію вопроса. Такъ, напримѣръ, статьи закона нерѣдко, въ своихъ выраженіяхъ, содержатъ слѣды

той и другой системы (французское уложеніе, австрійское, саксонское и русскій X т.—представляютъ примѣры такихъ редакціонныхъ колебаній).

Нельзя, при этомъ, не указать на одно обстоятельство, значительно затрудняющее ясную постановку вопроса о томъ, куда отнести данный кодексъ въ отношеніи опредѣленія имъ момента пріобрѣтенія правъ наслѣдника. Дѣло въ томъ, что кодексы той и другой группы считаютъ необходимымъ имѣть статьи такого содержанія, какъ 777 ст. французскаго уложенія, въ силу коихъ дѣйствіе волеизъявленія наслѣдника считается со времени открытія наслѣдства. Понятно, что существованіе такого рода статей сближаетъ обѣ системы до такой степени, что одинъ лишь тонкій анализъ способенъ различить, въ чемъ сохраняются, тѣмъ не менѣе, ихъ особенности.

Статьи этого рода пишутся во всѣхъ кодексахъ, при какой угодно системѣ наслѣдованія, такъ какъ въ нихъ упоминается лишь о томъ, что «со времени открытія наслѣдства» считается имѣющимъ силу такое событіе, которое совершилось позже, но значеніе коего, въ видахъ цѣлесообразности, пріурочивается къ прошедшему съ *обратной* силой. Такое фиктивное присвоеніе волеизъявленію наслѣдника обратнаго дѣйствія, пріурочивающаго его къ моменту открытія наслѣдства, выражено было уже въ римскомъ правѣ въ формѣ, не менѣе общей и категорической, нежели въ современныхъ кодексахъ. Эта фикція изложена въ слѣдующихъ мѣстахъ Юстиніановыхъ дигестъ: «Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur» (L. 54 D. XXVIII, 2);

«Omnis hereditas. quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis, continuatur «(L. 138 D. L., 17);

«Omnia fere jura heredum perinde habentur ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent»—(L. 193 D. L., 17).

Во всякомъ случаѣ, обратное дѣйствіе выраженнаго наслѣдникомъ волеизъявленія есть не болѣе, какъ фикція, сближающая обѣ противоположныя системы, но не отмѣняющая ихъ различія.

Впрочемъ, обратное дѣйствіе позднѣйшаго волеизъявленія не должно быть смѣшиваемо съ вопросомъ объ опредѣленіи момента возникновенія правъ наслѣдника, и если я касаюсь здѣсь этого посторонняго вопроса, то дѣлаю это лишь мимоходомъ, для устраненія какихъ-либо неясностей, могущихъ произойти отъ смѣшенія предметовъ схожихъ, но не тождественныхъ.

Итакъ, по основному вопросу о томъ, съ какого момента возникаетъ для наслѣдника право *собственности* – (а, стало быть, и вся-

кое другое право, принадлежавшее умершему), существующія уложенія раздѣляются на двѣ группы.

Съ моментомъ открытія наслѣдства связывается возникновеніе права собственности наслѣдника по *французскому* праву, *прусскому* земскому, *гамбургскому*, *любекскому*, новѣйшему *германскому* уложенію, по *цюрихскому* уложенію, а также по *римскому* праву для однихъ только «sui heredes». Къ этой же системѣ относятся законы Вюртемберга, Бремена и Ольденбурга, а также Гессенскій проектъ.

Съ моментомъ принятія наслѣдства связывается возникновеніе правъ наслѣдника по *римскому* праву для тѣхъ наслѣдниковъ, которые не входили въ тѣсный кругъ «sui heredes» (т. е. для такъ называемыхъ «extranei») — (ср. Windscheid §§ 596 и слѣд.; Brinz § 394; Roth § 363 I B.). Далѣе, сюда относятся: *австрійское* право, *саксонское, баварское* и проектъ Момзена. Наконецъ, сюда же слѣдуетъ причислить и *русское* право, насколько кассаціонная практика успѣла развить, примѣнительно къ X тому, общую схему, повидимому сродную съ римскою общегерманскою практикою, хотя буквальное значеніе статей X тома нерѣдко даетъ почву для истолкованія ихъ въ противоположномъ смыслѣ. Ближайшимъ образомъ, постановленія главнѣйшихъ кодексовъ и сводовъ, по означенному вопросу, состоятъ въ слѣдующемъ.

II.

Римское право признавало двоякое построеніе наслѣдственнаго перехода; «sui heredes» наслѣдовали съ момента смерти, а «extranei»— только съ момента принятія наслѣдства. Юриспруденція различаетъ догматически три момента:

а) *Призваніе къ наслѣдованію* (Berufung; appel de l'héritier); это моментъ выясненія того, *кто въ данномъ случаѣ долженъ считаться наслѣдникомъ* (Qui est héritier?—§ 4 Alphonse Rivier «Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain». Brux. 1878) (Ср. Windscheid § 529; Arndts § 470; Brinz §§ 366 и 381);

б) *Открытіе наслѣдства.* Anfall der Erbschaft, Erbfall, délation, «defertur . . . . . delata est hereditas»);—этотъ моментъ есть тотъ, когда намѣченному (въ силу предыдущаго момента) лицу *предлагается* пріобрѣтеніе наслѣдства. «La succession est offerte, *déférée à l'appelé*» (Rivier—§ 5 «Délation de l'hérédité»).—(Ср. Windscheid § 530; Baron § 390; Brinz § 386);

в) *Пріобрѣтеніе наслѣдства* (Erwerb der Erbschaft; «aditur hereditas . . . adquiritur hereditas . . . . . »; acquisition de

l'hérédité); это моментъ, когда начинается право наслѣдника во всей его полнотѣ (Rivier § 5; Windscheid § 594; Arndts § 506; Brinz§ 392).

Для классификаціи разныхъ системъ важно то, какъ у нихъ обстоитъ соотношеніе между вторымъ и третьимъ изъ указанныхъ моментовъ, другими словами, *совпадаетъ ли второй моментъ съ третьимъ, или нѣтъ? Римское* право допускало, какъ общее правило, *несовпаденіе этихъ моментовъ,* а въ видѣ исключенія, *совпаденіе* ихъ для ближайшихъ, *подвластныхъ* наслѣдниковъ—«sui heredes». При несовпаденіи этихъ моментовъ (для «extranei») предполагался всегда извѣстный промежутокъ времени между *открытіемъ* наслѣдства и его *принятіемъ* (Antretung, Antritt der Erbschaft; aditio hereditatis, cretio; l'appelé, s'il veut acquérir, doit faire *adition* de l'hérédité—Rivier, § 5).—Наслѣдство считалось, въ этотъ промежутокъ времени, какъ бы выжидающимъ собственника («hereditas jacens»); а наслѣдникъ, со времени открытія наслѣдства до момента его пріобрѣтенія, наступающаго путемъ *принятія* онаго, считался не обладающимъ правомъ собственности на наслѣдственное имущество, а лишь имѣющимъ *личное право принять наслѣдство,* каковое право считалось непереходящимъ къ наслѣдникамъ управомоченнаго на него лица, хотя допускались отдѣльныя исключенія, составлявшія основанія такъ называемыхъ «трансмиссій» [1]).

Напротивъ, при совпаденіи упомянутыхъ моментовъ, для «sui heredes», не было уже никакого промежутка времени между открытіемъ наслѣдства и пріобрѣтеніемъ его въ лицѣ наслѣдника; не требовалось никакого волеизъявленія, и наслѣдникъ считался съ самаго открытія наслѣдства, полновластнымъ его хозяиномъ. Наслѣдникъ можетъ, впрочемъ, отказаться отъ наслѣдства; если же онъ молчитъ, то продолжаетъ считаться наслѣдникомъ. Право отказаться отъ наслѣдства не имѣетъ характера непереходимости къ наслѣдникамъ; это право («beneficium abstinendi»), пока имъ не воспользовался наслѣдникъ, переходитъ къ его наслѣдникамъ, составляя часть его наслѣдства, какъ всякое иное имущественное право. (Ср. Windscheid § 595, прим. 4 и 14).—Воспользовавшійся правомъ отказаться отъ наслѣдства подвластный наслѣдникъ («suus heres»)—считается какъ будто никогда не состоявшимъ въ положеніи наслѣдника; но эта фикція не проводится съ безусловною строгостью, такъ что есть

---

[1]) Ср. A. Koeppen «Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechtes», стр. 32.

нѣкоторые признаки, по которымъ отказавшійся наслѣдникъ продолжалъ отличаться отъ лица, никогда не бывшаго наслѣдникомъ. Это различіе отражается на правѣ приращенія и на нѣкоторыхъ другихъ особенностяхъ.

Такимъ образомъ ознакомленіе съ римскимъ правомъ наслѣдованія приводитъ къ тому выводу, что у римлянъ существовали одновременно, для разныхъ группъ наслѣдниковъ, обѣ системы.

Однако, съ постепенною утратою значенія «sui heredes», можно сказать, что вліяніе римскихъ идей на позднѣшія законодательства отразилось, главнымъ образомъ, въ распространеніи того представленія, что наслѣдникъ пріобрѣтаетъ право собственности съ момента принятія наслѣдства. Поэтому всѣ законодательства, согласныя съ этимъ воззрѣніемъ, считаются данниками римскихъ идей и относятся, коротко говоря, къ *римскому типу наслѣдованія*.

Сюда мы прежде всего должны отнести *австрійское* уложеніе, такъ какъ въ немъ, въ ст. 547, сказано, что «наслѣдникъ, *коль скоро онъ принялъ наслѣдство*, представляетъ наслѣдователя и т. д.», съ другой стороны, ст. 537, допуская свободный переходъ по наслѣдству «права наслѣдованія», сближаетъ австрійское уложеніе съ законами противоположнаго типа.

Саксонское уложеніе относится къ той же группѣ въ силу того, что въ ст. 2250 этого уложенія говорится, что «лицо, призываемое къ наслѣдованію, *пріобрѣтаетъ* открывшееся въ его пользу наслѣдство *посредствомъ его принятія*». Но, съ другой стороны, есть и такія статьи, полное уразумѣніе коихъ достигается лишь въ противоположной системѣ, именно: въ ст. 2010 сказано, что «право (принять наслѣдство или отречься отъ него) переходитъ къ наслѣдникамъ наслѣдника»; а по ст. 2265, «наслѣдство считается принятымъ, если наслѣдникъ въ теченіе года . . . . . не сдѣлаетъ заявленія о принятіи или отреченіи».

Въ проектѣ, выработанномъ *Момзеномъ* въ 1875 году (для германскаго законодательства), въ ст. 219 было предположено, чтобы пріобрѣтеніе открывшагося наслѣдства совершалось черезъ выраженіе наслѣдникомъ своей *воли быть наслѣдникомъ*. Однако, тутъ же допускался переходъ по наслѣдству самаго права принять наслѣдство или отъ него отречься (ст. 10 въ концѣ).

Къ той же группѣ, имѣющей римское право во главѣ, примыкаетъ и *русское право*, въ особенности благодаря разъясненіямъ кассаціонной практики. Въ пользу такого направленія нашей сенатской практики говорятъ слѣдующіе доводы.

а) въ ст. 1259 сказано, что «вмѣстѣ съ имуществомъ и правами» переходятъ долги умершаго—«къ *принявшему* наслѣдство». Отсюда такой выводъ, что *до принятія* наслѣдства къ наслѣднику не переходятъ ни имущество, ни права, ни долги умершаго; (то же самое въ 1258 ст.);

б) въ ст. 1265 допускается негласное отреченіе, выражающееся тѣмъ, что наслѣдники «не вступаютъ», «не являются» и вообще въ отрицательныхъ признакахъ. Такой взглядъ несовмѣстимъ съ тѣмъ предположеніемъ, въ силу коего наслѣдство считалось бы собственностью наслѣдника до тѣхъ поръ, пока онъ не отречется отъ него. Эти положенія даютъ почву для тѣхъ построеній, которыя возвела на нихъ наша кассаціонная практика, слѣдуя примѣру римскаго права. Однако, на ряду съ такими положеніями, есть также и противоположные тексты. Такъ, напримѣръ, ст. 1254 стоитъ въ несомнѣнномъ противорѣчіи съ вышеприведенными положеніями. Въ ней не говорится, что «право *принять* открывшееся наслѣдство» принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца. Въ ней также не говорится, что «права наслѣдника, заявившаго о принятіи имъ наслѣдства, считаются въ силѣ съ самой кончины владѣльца». Всѣ эти обороты были бы вполнѣ умѣстны и выражали бы неизбѣжное истолкованіе значенія момента открытія наслѣдства въ той именно системѣ, которую проводитъ наша кассаціонная практика. Но ничего подобнаго въ ст. 1254 не сказано. Она самымъ недвусмысленнымъ образомъ выражаетъ мысль именно противоположную той, которая, по смыслу другихъ статей, легла въ основаніе кассаціонной практики. Статья эта гласитъ: «*право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ* наслѣдникамъ съ *самой* кончины владѣльца». Если принять во вниманіе, какъ сильно было стремленіе составителя Свода законовъ, графа Сперанскаго, къ подражанію французскому «Code Napoléon», и какъ это стремленіе отразилось на самомъ распредѣленіи статей нашего X тома и на его подраздѣленіи, то легко можетъ возникнуть то предположеніе, что ст. 1254 прямо внушена духомъ ст. 724 франц. улож. А если это вѣрно, то отсюда слѣдуетъ, что наша теперешняя кассаціонная практика развилась именно въ обратномъ смыслѣ противъ того, что̀ содержалось въ наиболѣе ясной и коренной статьѣ закона, и что, такимъ образомъ, русское право присоединилось, въ этомъ вопросѣ, къ римско-германскому типу, когда закономъ предуказывался путь къ развитію противоположнаго типа.

Основныя *положенія кассаціонной практики* представляются нынѣ въ слѣдующемъ видѣ:

а) «Изъ общаго правила 1222 и 1254 ст. нельзя дѣлать вывода, что всякое лицо, имѣющее право на наслѣдство, признается собственникомъ наслѣдственнаго имѣнія . . . Вообще, *до принятія наслѣдства, наслѣдникъ не имѣетъ никакихъ вещныхъ правъ на оное*» ($^{91}/_{105}$). Ясно, что это разсужденіе не вытекаетъ изъ статей 1222 и 1254, такъ какъ первая говоритъ только «объ открытіи наслѣдства» (моментъ № 2-й изъ вышеприведенной схемы), а ст. 1254, говоря дѣйствительно о *пріобрѣтеніи наслѣдства* (т. е. о моментѣ № 3-й), какъ разъ проводитъ мысль противную тому, что̀ говорится къ кассаціонномъ рѣшеніи.

б) «Имущественная отвѣтственность наслѣдниковъ по обязательствамъ наслѣдодателя возникаетъ *съ момента принятія наслѣдства*»—($^{88}/_{35}$).

в) «Непринятіе наслѣдства можетъ быть доказано и *безъ формальнаго отреченія*». ($^{68}/_{78}$;, $^{71}/_{86}$).

г) «Право на доходы съ наслѣдственнаго имѣнія принадлежитъ *съ самой кончины владѣльца* . . . тѣмъ наслѣдникамъ, которые явились для *принятія* наслѣдства въ теченіе шестимѣсячнаго срока»—($^{76}/_{29}$).

д) «Право на открывшееся наслѣдство какъ по закону, такъ и по завѣщанію принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины наслѣдодателя. Поэтому, въ случаѣ уничтоженія судомъ завѣщанія, оно признается недѣйствительнымъ не со времени судебнаго о томъ рѣшенія, а со дня смерти завѣщателя» [1])—($^{74}/_{155}$).

---

[1]) Послѣднее рѣшеніе можетъ служить однимъ изъ наиболѣе яркихъ примѣровъ того, до какой степени существующая кассаціонная практика, взятая какъ цѣлое, страдаетъ діалектической шаткостью и не даетъ твердаго руководства для построенія системы наслѣдственнаго права. «Уничтоженіе судомъ завѣщанія» приводитъ къ необходимости признать его недѣйствительность «со дня смерти завѣщателя»; это несомнѣнно. Но это обстоятельство никакой причиной связи не имѣетъ съ 1254 статьею, а лишь съ тѣмъ, что судъ, въ данномъ случаѣ, *не создаетъ новаго права*, а лишь разрѣшаетъ спорныя отношенія, возникшія въ прошломъ. Когда рѣчь идетъ о завѣщаніи, недѣйствительность, признаваемая судомъ, вытекаетъ, или изъ недостатковъ, присущихъ самому волеизъявленію завѣщателя, или изъ обстоятельства, наступившаго къ моменту его смерти. Въ первомъ случаѣ недѣйствительность присуща акту въ самый моментъ его возникновенія, но пріобрѣтаетъ, по характеру этого акта, практическое значеніе въ моментъ смерти завѣщателя. Во второмъ случаѣ недѣйствительность не только обнаруживается, но и возникаетъ въ моментъ открытія наслѣдства. Но въ томъ и другомъ случаѣ разсужденія Сената, по кассац. рѣш. $^{741}/_{155}$ равнымъ образомъ несостоятельны. Никакого

Гражданское право Прибалтійскихъ губерній придерживается вполнѣ римскаго типа, по вопросу о порядкѣ пріобрѣтенія наслѣдства. Прежде всего, въ немъ отчетливо различаются три момента, раздѣльность которыхъ признается наукою римскаго права въ Германіи, а именно:

а) *призваніе къ наслѣдованію* (Berufung zur Erbfolge, Anfall der Erbschaft)—(ст. 1698 ч. III св. мѣст. узак.);

б) *открытіе наслѣдства* (Eröffnung der Erbschaft)—(ст 2581);

в) *вступленіе въ права наслѣдованія* (Antretung der Erbschaft)—(ст. 2622).

Отсюда видно, что признаваемые здѣсь моменты тождественны съ тѣми, которые приведены были выше. Одна только терминологія различна; въ особенности, слово «Anfall», означающее у Windscheid'a (§ 530) и въ новомъ германскомъ уложеніи 2-ой моментъ (статьи 1922 и 1942), здѣсь напротивъ,—означаетъ 1-ый моментъ въ наслѣдованіи. Затѣмъ, вмѣсто «délation», для 2-го момента употребляется въ Прибалтійскомъ сводѣ слово «Eröffnung»,—соотвѣтствующее буквально русскому названію «открытія» наслѣдства.

Вполнѣ согласнымъ съ римскимъ типомъ наслѣдованія представляется Прибалтійскій законъ въ силу того обстоятельства, что: «для пріобрѣтенія наслѣдства, необходимо еще, чтобы призванный изъявилъ готовность вступить въ доставшееся ему наслѣдство, т. е. принять оное»—(ст. 2622).

Этотъ взглядъ отражается затѣмъ крайне послѣдовательно на статьяхъ 2627, 2631, 2634 и 2635 того же Свода.

III.

Къ противоположной группѣ относятся: французскій кодексъ, прусское земское право, гамбургское, любекское право и общегерманское уложеніе 18 августа 1896 года.

Трудно установить вполнѣ отчетливую связь между нынѣшними кодексами, допускающими совпаденіе пріобрѣтенія съ открытіемъ

значенія не можетъ здѣсь имѣть статья, опредѣляющая моментъ *пріобрѣтенія* наслѣдства, каковою является 1254 статья. Если бы «пріобрѣтеніе наслѣдства» происходило не въ указанный этою статьею моментъ, а позже, то и въ такомъ предположеніи оставалось бы несомнѣннымъ, что «уничтоженіе судомъ завѣщанія» приводило бы къ признанію недѣйствительности онаго *«не со времени судебнаго рѣшенія»*, а со дня «открытія наслѣдства», или со дня составленія завѣщанія».

наслѣдства, съ одной стороны, и порядкомъ наслѣдованія для «sui heredes» въ римскомъ правѣ, съ другой стороны. Тутъ примѣшался другой историческій элементъ, значеніе коего остается спорнымъ въ исторіи феодальнаго права, но формулировка коего торжественнымъ выраженіемъ изображена какъ въ древне-германскомъ, такъ и въ древне-французскомъ правѣ, съ одной стороны, въ изреченіи: «der Todte erbt den Lebendigen», съ другой стороны, въ словахъ: «le mort saisit le vif». — Подъ вліяніемъ этихъ понятій развились тѣ кодексы, которые, для всѣхъ наслѣдниковъ, допускаютъ совпаденіе открытія и пріобрѣтенія наслѣдства, какъ было въ римскомъ правѣ для однихъ «sui heredes».

Французское право допускаетъ пріобрѣтеніе правъ на наслѣдство въ самый моментъ открытія наслѣдства въ силу средневѣковой формулы: le mort saisit le vif son hoir plus proche, habile à lui succéder», что на древнемъ языкѣ означало: «умершій непосредственно передаетъ свои права тому изъ пережившихъ его наслѣдниковъ который ближе, если онъ способенъ къ наслѣдованію». Въ настоящее время считается весьма спорнымъ, въ наукѣ исторіи французскаго права, дѣйствительно ли эта формула переведена съ древне-германской формулы: «der Todte erbt den Lebendigen», или же она развилась самостоятельно и не изъ германскаго источника. Существуетъ даже такое мнѣніе, что французскій институтъ «сезины», или непосредственнаго наслѣдственнаго преемства (saisine), происходитъ изъ преторской «bonorum possessio», превратившейся въ общее право въ послѣдніе вѣка существованія римскаго государства (Planiol—«Origine romaine de la saisine»—Revue Critique etc., 1885, стр. 447).

За германское происхожденіе *сезины* стояли въ особенности, болѣе старые авторы—(Dumoulin, Charondas, Pardessus и др.) Это мнѣніе поддерживается богатой литературой во Франціи и въ Германіи[1]).— Есть, наконецъ, и третье мнѣніе, признающее туземное происхожденіе сезины, какъ института, развившагося изъ реакціи права собственности противъ стѣсненій, наложенныхъ на него феодальнымъ режимомъ (ср. *Baudry-Lacantinerie et Wahl* «Traité de Droit Civil» — Successions § 157; *Laurent* XI, № 221).

---

[1]) Albrecht «Die Gewere», Königsberg, 1828; Heusler «Die Gewere»—Weimar, 1872; Cosack «Der Besitz des Erben» (Weimar, 1877) Esquirou de Parieu «Revue de dr. f. et étr.» I, стр. 34, 357, 466 и VII, стр. 6; Königswarter «Histoire de l'organisation de la famile»— стр. 147; Simonnet «Histoire et théorie de la saisine héréditaire»; Demolombe XIII № 125; Aubry et Rau VI, стр. 365, § 609 прим. 12.

Какъ бы дѣло ни обстояло съ исторической точки зрѣнія, нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что начало *сезины* весьма послѣдовательно проведено, въ отношеніи *наслѣдниковъ* по закону и по завѣщанію, каковыми являются (въ виду своеобразнаго построенія французскаго завѣщательнаго права, усматривающаго существованіе однихъ только легатаріевъ):

а) наслѣдники безъ завѣщанія (ab intestat);

б) общій легатарій 1006 статьи.

Имѣютъ *сезину права собственности всѣ наслѣдники безъ завѣщанія,* т. е. какъ *прямые* наслѣдники (héritiers légitimes), такъ и *косвенные* (successeurs irréguliers), въ числѣ коихъ считаются; незаконнорожденные, пережившій супругъ и казна. Для яснаго уразумѣнія дѣла необходимо имѣть въ виду, что французское право разумѣетъ *двѣ сезины*, а именно:

а) *сезину права собственности,* установленную 711 статьею для *всѣхъ* разрядовъ наслѣдниковъ, и

б) *сезину владѣнія*, каковая представляется одной только категоріи *прямыхъ* наслѣдниковъ (héritiers légitimes), но не полагающаяся для косвенныхъ наслѣдниковъ (successeurs irréguliers)—(ст. 724).— Эту точку зрѣнія нерѣдко не различаютъ иностранные писатели, когда касаются французскаго права, и отъ того происходитъ неясность въ ихъ изложеніи [1]).

Несмотря на полную ясность этой основной постановки вопроса о наслѣдственномъ переходѣ, французскій кодексъ содержитъ двѣ статьи, на которыхъ отражается древній споръ и колебаніе французскаго права между двумя противоположными типами наслѣдованія. Редакція этихъ двухъ статей, въ этомъ отношеніи, неудачна и даетъ нѣкоторую пищу для юридической контроверсы, такъ что авторы,

---

[1]) Ср. ошибочное смѣшеніе этихъ понятій у Побѣдоносцева, «Курсъ гражд. права», II т., § 36 (стр. 255 второго изд.); также: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzb. f. d. D. Reich, V, стр. 485. Для яснаго уразумѣнія понятія о *двухъ сезинахъ* ср. Baudry-Lacantinerie et Wahl, Successions, § 1519, стр. 681: «la double saisine de la propriété et de la possession des biens héréditaires»; ср. также § 163 того же сочиненія. Далѣе: Marcadé, «Explication du Code Civil», III, § 46; Demolombe, «Cours de Code Napoléon», XIII, § 133; Aubry et Rau, «Cours de droit civil français», (4-oe изд.), VI, стр. 365, § 609, прим. 14; Laurent, «Principes de droit civil français», (3 изд.), IX, № 234; Huc.. «Commentaire théorique et pratique du code civil», Paris, 1892, V, № 25; Hureaux «Traité du droit de succession», Paris, 1865—1868, V, № 304 et 309; Le Selly er», «Commentaire historique et pratique sur le titre des successions», Paris, 1892, I, № 55.

хотя и сводятъ ихъ къ одному результату, однако признаютъ вообще, что эти двѣ статьи, какъ будто, по своимъ выраженіямъ, относятся къ различнымъ системамъ. Это статьи 777 и 785, изъ коихъ первая гласитъ: «принятіе наслѣдства имѣетъ силу и дѣйствіе со дня его открытія»; а вторая, что «наслѣдникъ, отрекшійся отъ наслѣдства, считается какъ вовсе не бывшій наслѣдникомъ». Нѣкоторые авторы, ссылаясь на первую статью, говорятъ, что разъ принятію наслѣдства придаютъ такую обратную силу, то тѣмъ самымъ признается, что въ день открытія наслѣдства дѣйствіе сезины пріостанавливается какъ бы вслѣдствіе отлагательнаго условія (condition suspensive) и что затѣмъ, съ принятіемъ наслѣдства, это условіе исполнилось и дѣйствуетъ обратно; отсюда такое предположеніе, что «наслѣдникъ пріобрѣтаетъ наслѣдство со дня его открытія, подъ условіемъ, однако, его позднѣйшаге принятія» [1]). Другіе авторы, ссылаясь на 785 статью, говорятъ, что «отрекшійся наслѣдникъ лишь *считается* какъ не бывшій наслѣдникомъ», а потому, на самомъ дѣлѣ, *онъ былъ наслѣдникомъ* и пересталъ быть таковымъ; такъ что требуется допущеніе законной фикціи для того, чтобы не считать его наслѣдникомъ за время, истекшее до его волеизъявленія. На этомъ основаніи наслѣдство переходитъ къ нему въ самый день открытія наслѣдства подъ *отмѣнительнымъ* условіемъ (condition résolutoire), каковое исполняется только въ случаѣ позднѣйшаго его отреченія [2]).

Это послѣднее толкованіе приводитъ нѣсколько неудачный текстъ ст. 777 въ полную гармонію съ основными статьями 711 и 724 франц. уложенія, выражающими коренное понятіе двойной сезины собственности и владѣнія въ наслѣдственномъ имуществѣ съ самаго открытія наслѣдства.

Къ одному типу съ французскимъ уложеніемъ принадлежатъ нѣкоторыя романскія законодательства, наприм.: *Итальянскій* кодексъ (ст. 925, 926, 939—941) и *нидерландское* уложеніе (ст. 880).

Отмѣненное Прусское земское право признавало такое же непосредственное пріобрѣтеніе наслѣдства со дня его открытія, какъ и французское

---

[1]) Этого ученія, стремящагося къ уничтоженія различія между французской и римской системой, придерживались, большею частью, старые авторы: Malpel. (1826 г.), Chabot (1848 г.), Trolong (1836 г.), также Hureaux,, Froissart.

[2]) Въ этомъ вмыслѣ высказываются: Aubry et Rau, VI, стр. 370, § 610, пр. 1; Demolombe, XIII, № 134; Demante, «Cours analytique de code civil», III, № 24 (bis), 6 et 7; Marcadé (къ ст. 777); Le Sellyer, II, № 57 и 514 и много другихъ, въ томъ числѣ Baudry-Lacantinerie et Wahl, § 1519.

право. § 367 (разд. 9-го части I) гласитъ: «Какъ только умираетъ наслѣдодатель, наслѣдство переходитъ къ тому, который признанъ по волѣ наслѣдодателя или, за неимѣніемъ таковой, по предписаніямъ закона». § 368: «Наслѣдникъ получаетъ право собственности на наслѣдство со всѣми относящимися къ нему правами и обязанностями *безъ особаго вступленія во владѣніе*». (Ср. *Gruchot* «Preussisches Erbrecht» I, стр. 37 и слѣд.). Послѣдняя статья истолковывается прусскою судебною практикою въ томъ смыслѣ, что съ момента открытія наслѣдства на наслѣдника переходитъ, безъ всякаго дѣйствія съ его стороны, и даже помимо его вѣдома, право *собственности* на наслѣдственное имущество; но для пріобрѣтенія *владѣнія* наслѣдникъ долженъ фактически овладѣть вещами, входящими въ составъ наслѣдства, и если владѣніе было утеряно немедленно послѣ смерти наслѣдодателя и передъ тѣмъ, какъ наслѣдникъ овладѣлъ предметомъ, входящимъ въ составъ наслѣдства, то наслѣдникъ не можетъ пользоваться, для своей защиты, искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, но долженъ прибѣгнуть къ петиторному иску, какъ собственникъ вещи, лишенный владѣнія ею. Въ этомъ и состоитъ коренная разница съ французскимъ правомъ. Говоря словами французской юриспруденціи, прусское право знаетъ не двѣ сезины, а только одну; оно отвергаетъ сезину владѣнія (724 ст. франц. улож.) и признаетъ только сезину права собственности (711 ст. франц. улож.). Эти положенія оспариваются нѣкоторыми писателями (*Gruchot,* I, 49 f., *Randa* «Erbschaftserwerb»); но они твердо установлены въ новѣйшей литературѣ и въ судебной практикѣ (Ср. *H. Dernburg* «Lehrbuch des Preuss. Privatrechts» III § 231; *F. Förster und Eccius* «Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuesihssen Privatrechts» IV, § 268, въ особенности, стр. 588, прим. 29—33).

Цюрихское уложеніе относится также къ этой группѣ, насколько дѣло касается наслѣдованія безъ завѣщанія (ст. 1986). Напротивъ, отношенія наслѣдника по завѣщанію и по договору опредѣляются, въ этомъ уложеніи, по началамъ противоположной группы законодательствъ (ст. 2082 и 2123).

Наконецъ, къ группѣ законодательствъ, признающихъ сезину (и притомъ двойную сезину — права собственности и владѣнія), относится также *германское уложеніе* (ст. 1922 и 1942). (Ср. также *Bochm* «Das Erbrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs» стр. 221—«Erbschaftsanspruch»,—а также Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzb. f. d. D. R., V, 485).

Мотивировка составителей германскаго уложенія должна быть приведена здѣсь цѣликомъ. Въ пользу сезины говорятъ прежде всего практическія соображенія. Ею достигается въ наибольшей степени— *простота* и *единство* въ законѣ. Разъ не требуется какого-либо дѣйствія наслѣдника, для пріобрѣтенія имъ наслѣдства, устраняется всякій споръ, сопряженный съ оцѣнкою его способности къ совершенію такого рода дѣйствій. Устраняется не менѣе затруднительная необходимость опредѣленія юридическаго положенія наслѣдства, находящагося въ положеніи выжидательномъ, до принятія его наслѣдникомъ (hereditas jacens). Открытіе наслѣдства и пріобрѣтеніе онаго соединяются въ одинъ нераздѣльный моментъ. Сюда же присоединяется соображеніе, основанное на житейскихъ отношеніяхъ: случаи отреченія отъ наслѣдства сравнительно рѣдки. Поэтому, справедливо считать нормальнымъ послѣдствіемъ открытія наслѣдства то, что и безъ этого закона, почти всегда совершается по волѣ самихъ наслѣдниковъ. Понудительное давленіе, производимое такимъ путемъ на наслѣдниковъ, крайне незначительно, такъ какъ законъ все же оставляетъ за каждымъ наслѣдникомъ свободу отреченія отъ наслѣдства. Нельзя не замѣтить при этомъ, что предлагаемая система представляетъ несомнѣнныя преимущества, какъ для вѣрителей, такъ и для должниковъ наслѣдодателя. Вѣрители не обязаны въ принципѣ доказывать то обстоятельство, что наслѣдники, противъ которыхъ они направляютъ свои взысканія, вступили въ обладаніе наслѣдствомъ. Напротивъ, наслѣдники должны доказать, что послѣдовало, съ ихъ стороны, отреченіе. Самое отреченіе совершается уже не иначе, какъ посредствомъ вполнѣ отчетливо выраженнаго акта. При этомъ, каждый наслѣдникъ, намѣревающійся отречься, поторопится осуществить свое намѣреніе, зная, что это дѣйствіе рѣшительно защищаетъ его отъ кредиторовъ. Напротивъ, въ противоположной системѣ, наслѣдникъ вовсе не торопится заявлять о принятіи наслѣдства, такъ какъ вовсе не въ его интересахъ совершать рѣзко выдающееся дѣйствіе, которое болѣе всего нужно его кредиторамъ, какъ основаніе для ихъ дѣйствій. Должникъ наслѣдодателя также заинтересованъ въ существованіи такой системы, при которой онъ менѣе всего подвергается какому-либо риску, производя уплату намѣченному наслѣднику, справляясь лишь объ одномъ обстоятельствѣ: было ли съ его стороны открытое отреченіе, или нѣтъ? Такимъ образомъ, преимущества этой системы для ясности долговыхъ отношеній стоятъ внѣ сомнѣнія. Задолго передъ утвержденіемъ проекта германскаго уложенія принятыя въ немъ основанія были признаны наиболѣе нѣ-

БИБЛІОТЕКА

лесообразными, въ виду изложенныхъ преимуществъ, на общемъ XIII съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ, въ 1876 году, не смотря на выслушанные членами съѣзда, доклады нѣкоторыхъ авторитетныхъ лицъ (Момзена, Юнга и Ранда), попытавшихся было защитить римскую систему.

Что касается до положенія этого вопроса въ Россіи, изложенныя выше соображенія должны быть признаны вполнѣ достаточными для того, чтобы признать правильными тѣ идеи, которыя лежатъ въ основаніи французскаго, прусскаго и общегерманскаго уложеній, не стѣсняясь тѣмъ, что наша судебная практика привела истолкованіе X тома Свода законовъ къ противоположному типу. Подобное направленіе нашей практики лишено глубокихъ корней и не можетъ служить основаніемъ къ тому, чтобы будущее законодательство не восприняло въ себя, въ этомъ отношеніи, тѣхъ началъ, которыя, повидимому, соотвѣтствуютъ уровню наилучше разработанныхъ современныхъ уложеній.

IV.

Признаніе сезины въ отношеніи права собственности не вызываетъ какихъ-либо теоретическихъ затрудненій. Поэтому, въ тѣхъ законодательствахъ, которыя отвергаютъ сезину, это явленіе объясняется, главнымъ образомъ, присутствіемъ пандектнаго ученія и стремленіемъ къ слѣпому подражанію римскимъ образцамъ.

Напротивъ, сезина владѣнія—представляетъ значительныя теоретическія трудности. Здѣсь сказывается необходимость устранить, путемъ анализа, такія препятствія, которыя содержатся въ самой природѣ владѣнія. Правда, безъ римской аргументаціи тутъ, равнымъ образомъ, не обходится; но дѣло въ томъ, что упомянутыя трудности такъ серьезны, что съ ними приходится считаться даже тогда, если видѣть въ римскомъ правѣ образецъ не обязательный.

Мы знаемъ, что римское право допускаетъ существованіе такихъ правъ, которыя не переходятъ по наслѣдству потому, что связаны тѣснымъ образомъ съ личностью наслѣдодателя и, вмѣстѣ съ ихъ обладателемъ, сходятъ въ могилу. Кругъ такихъ «jura personalissima» былъ довольно значителенъ, и хотя предметы, подлежащіе включенію въ этотъ кругъ, съ теченіемъ вѣковъ измѣнились, однако самая идея существованія такого круга перешла въ современныя законодательства.

Въ число такихъ непереходящихъ правоотношеній входятъ, конечно, прежде всего, права и обязанности, вытекающія изъ публично-

общественнаго и семейнаго положенія человѣка, напримѣръ, право на должность, на дипломъ или знаки отличія, отцовская, супружеская и опекунская власть и т. п.; затѣмъ опредѣленныя имущественныя права, относящіяся къ предметамъ, изъятымъ изъ числа цѣнностей, считающихся состояніемъ человѣка («extra nostrum patrimonium»). Сюда римское право причисляетъ обязательства, вытекающія изъ чисто личныхъ отношеній человѣка, напримѣръ, изъ его деликта (искъ о вознагражденіи за недозволенное дѣяніе) или изъ фактическаго захвата и владѣнія вещью (искъ о виндикаціи и всѣ иски къ владѣльцу теряли свое основаніе со смертью отвѣтчика). А затѣмъ были нѣкоторыя вещныя правоотношенія, которыя, относясь къ тѣмъ же «res, quae extra nostrum patrimonium habentur», также исключались изъ наслѣдства. Таково было право на обладаніе фамильнымъ склепомъ («jura sepulcrorum») и наконецъ *всѣ исковыя права въ защиту владѣльца* (такъ называемое: «jus possessionis»),—на томъ основаніи, что *владѣніе почиталось прекращающимся со смертью человѣка.*

Въ пользу послѣдняго положенія говоритъ такое разсужденіе: мы должны допустить, что со смертью человѣка нѣкоторыя *права* теряются и перестаютъ существовать. А между тѣмъ каждое *право* имѣетъ своею особенностью непрерывность и несокрушимость отъ случая. Сколько бы на мое имущество или на мою личность ни нападали, мое право остается незыблемымъ, пока я его самъ не уничтожу. Самый могучій человѣкъ въ мірѣ не въ силахъ оторвать и погубить мое право; насиліе, губительное воздѣйствіе меча или огня только усиливаютъ этотъ неугасающій огонекъ, вѣчно мерцающій въ субъективномъ правоотношеніи; даже мое нежеланіе пользоваться моимъ правомъ далеко не всегда приводитъ къ его угасанію.

Этою особенностью *право* отличается отъ *фактическаго* состоянія, которое моментально гибнетъ отъ малѣйшаго нарушенія въ данномъ равновѣсіи физическихъ силъ. Стоитъ мнѣ только заболѣть, ослабнуть, забыть, уѣхать, побояться проявленія своего пользованія, уйти передъ угрозой или подчиниться насилію,—и мое фактическое отношеніе къ предмету теряется или гибнетъ безвозвратно. При такомъ положеніи, не напрашивается ли разсужденіе такого рода, что смерть человѣка, влекущая за собою гибель нѣкоторыхъ изъ его правъ, тѣмъ болѣе должна повлечь за собою прекращеніе чисто-фактическихъ его отношеній? Ужъ тамъ, гдѣ не устояло право, съ его неразрушимостью, можно ли предположить переживаніе простаго факта? И вотъ, на этой почвѣ появилось и окрѣпло ученіе о томъ,

что владѣніе, будучи не правомъ, а голымъ фактомъ проявленія личнаго могущества человѣка надъ вещью, должно прекратиться со смертью человѣка. Другими словами, владѣніе не входитъ въ составъ наслѣдства. Вольно наслѣднику самому вступить во владѣніе вещью, взявъ ее въ свою власть; но это будетъ новымъ владѣніемъ, начавшимся съ момента вторичнаго ея захвата. Владѣніе же наслѣдодателя погибло безвозвратно съ его послѣднимъ вздохомъ.

V.

Обратимся къ источникамъ римскаго права. Въ нихъ прежде всего приведена вышеизложенная мысль непередаваемости владѣнія по наслѣдству. «Всѣ права переходятъ къ назначенному наслѣднику»,—говоритъ *Яволенъ*—«но владѣніе ему не достанется, если онъ самъ его въ дѣйствительности не захватитъ»—(«possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet»—I. 23 pr. D. 41, 2).

Ульпіанъ, (повторяя слова Сцеволы) говоритъ, что «похищеніе (furtum) мыслимо только тогда, когда потерпѣвшій владѣлъ похищенной вещью, а потому не можетъ быть похищенія вещи, принадлежавшей къ выжидающему наслѣдству (hereditas jacens), такъ какъ наслѣдство не можетъ владѣть, не имѣя возможности проявить намѣреніе (animus). Съ другой стороны, передъ тѣмъ какъ наслѣдникъ захватитъ самъ владѣніе, о его владѣніи рѣчи быть не можетъ» (l. 1 § 15 D. 47, 4). Въ результатѣ получается весьма опасный выводъ. Умираетъ владѣлецъ имѣнія. Его домъ заколачивается со всѣми драгоцѣнностями, въ немъ содержащимися, быть можетъ, съ брилліантами, золотомъ, деньгами въ шкафахъ. Ждутъ наслѣдника. Между тѣмъ онъ въ Америкѣ, на краю свѣта. Проходитъ мѣсяцъ; наконецъ приходитъ телеграмма, содержащая приказанія. Съ этого дня началось его владѣніе; его уже никто не смѣетъ безнаказанно обокрасть, ибо *есть на лицо живой владѣлецъ*. Но, телеграмма опоздала. Пока добросовѣстные сосѣди заколачивали домъ, явился тать, вскрылъ сундуки и унесъ брилліанты, золото и деньги. Ему бояться нечего. Онъ могъ грабить явно или уносить тайно. Для его дѣянія не будетъ квалификаціи, влекущей за собою «наказаніе»; это не будетъ «furtum», ни въ видѣ «manifestum», ни въ болѣе скромной формѣ «nec manifestum»,—ибо «похищенія быть не можетъ, пока есть одно выжидающее наслѣдство» («hereditati furtum non fit»).

Очевидно, такое общественное неудобство строгой теоріи непереходимости владѣнія не могло не чувствоваться римлянами, даже въ

такое время, когда презумптивные наслѣдники не уѣзжали въ столь отдаленные края. Жизнь требовала уступки и поправки. Она явилась въ видѣ «jus singulare», т. е. *исключеній изъ строгости правилъ* [1]).

Таковымъ именемъ характеризуется самимъ *Папиніаномъ* удостовѣряемое имъ въ разныхъ мѣстахъ правило о томъ, что «выжидающее наслѣдство», хотя само не владѣетъ, однако признается, въ отношеніи давности, *какъ-бы въ положеніи владѣющаго, коль скоро владѣніе было начато умершимъ*;—это называется быть въ условіяхъ давностнаго пріобрѣтенія: «nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est». Противорѣчіе тутъ несомнѣнное и ничѣмъ не устранимое. Не даромъ Папиніанъ оговаривается: «Sed haec *jure singulari* recepta sunt» (l. 44 § 3 D. eod.). Есть основаніе полагать, что не сразу это спасительное правило получило общее значеніе, но что оно сначала явилось льготой для лицъ, находящихся въ исключительныхъ условіяхъ, напр. для воиновъ, которыхъ смерть могла легко застать въ далекихъ краяхъ, для пользы родины, а тѣмъ временемъ наслѣдники, оставаясь въ невѣдѣніи, не вступали во владѣніе наслѣдствомъ. И вотъ для этихъ лицъ: «принято было не взирать на позднее возобновленіе давностнаго владѣнія»—(«aequum est rescindi quod postea usucaptum est»), такъ что «несмотря на промежутокъ, владѣніе умершаго какъ будто нисходитъ къ наслѣднику, присоединяясь къ его владѣнію» («possessio defuncti quasi injuncta descendit ad heredem» (Paulus, l. 30 pr. D. 4, 6). Впрочемъ, это положеніе очевидно не замедлило сдѣлаться всеобщимъ, такъ какъ рядъ свидѣтельствъ уже не упоминаютъ «о воинѣ». Такимъ образомъ, можно принять за правило, что *начатое владѣніе* продолжается выжидающимъ наслѣдствомъ (а тѣмъ болѣе наслѣдникомъ)—«ad usucapionem» (l. 20 D. 41, 3 Javolenus; l. 31 § 5 D. 41, 3), конечно, подъ непремѣннымъ условіемъ, чтобы наслѣдникъ фактически овладѣлъ наслѣдствомъ. Противорѣчіе съ приведеннымъ въ началѣ общимъ правиломъ смягчается лишь тѣмъ, что выжидающее наслѣдство, не владѣя, само по себѣ, и не пользуясь защитою противъ вора, тѣмъ не менѣе почитается въ положеніи владѣльца «ad usucapionem»; т. е. засчитывается время выжиданія, ради непрерывнаго соединенія промежутковъ владѣнія наслѣдодателя и наслѣдника. Но, даже съ этой оговоркой, противорѣчіе здѣсь ни-

---

[1]) Павлъ опредѣляетъ «jus singulare», какъ «уступку строгаго построенія разума силѣ пользы и необходимости»—(«jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est».—(Paulus, l. 16 D. 1, 3).

чѣмъ не устранимо. Оно еще болѣе усиливается тѣми мѣстами въ источникахъ, которыя признаютъ возможность не только продолжать начатое владѣніе, но и *начать* владѣніе посредствомъ «раба, входящаго въ составъ наслѣдства» (l. 44 § 3 D. eod.); Papinianus: l. 45 § 1 D. eod. (его-же). Тутъ противорѣчіе такого характера: если выжидающее наслѣдство не имѣетъ воли и, поэтому, способно быть только въ продолженіи владѣнія «in conditione possessionis ad usucapionem», то какъ можетъ представитель этого безвольнаго существа (принадлежащій къ составу наслѣдства рабъ) восполнить этотъ недостатокъ и проявить волю вмѣсто выжидающаго наслѣдства, *начавъ* владѣніе за счетъ наслѣдства?

Разъ вступивъ на путь противорѣчій, ради житейской цѣлесообразности («propter aliquam utilitatem»), римская догма не остановилась и стала допускать отдѣльныя, ни съ чѣмъ несообразныя, рѣшенія. Такъ, напримѣръ, есть у *Помпонія* такое свидѣтельство, что владѣніе «ad usucapionem» можетъ даже «начаться послѣ смерти наслѣдодателя и до вступленія наслѣдника во владѣніе» въ отношеніи купленнаго раба, «если наслѣдодатель его купилъ, но еще не успѣлъ получить его въ свое владѣніе». Тутъ, въ видѣ сепаратнаго случая, выжидательное наслѣдство прямо отъ себя вступаетъ во владѣніе (l. 6 § 2 D. 41, 4).

Спрашивается, какая общая мысль связываетъ воедино всѣ эти раздробленныя свѣдѣнія?

Мысль эта отрицательнаго характера.

Римское право не въ состояніи было отступиться отъ основнаго правила: владѣніе не есть право, а фактъ, и, какъ таковое, не входитъ въ «universum jus defuncti»; оно требуетъ проявленія воли и прекращается, когда воли нѣтъ, стало быть, гибнетъ со смертью наслѣдодателя. Затѣмъ кто бы ни сталъ владѣть послѣ его смерти, это будетъ новымъ владѣніемъ, а не перешедшимъ, по наслѣдству, владѣніемъ. Держась на этой почвѣ, римское право уступаетъ затѣмъ отдѣльные вопросы, въ коихъ иное рѣшеніе требуется настоятельно, въ силу жизненной необходимости. Но эти отдѣльныя исключенія такъ и остаются разрозненными уступками, не связанными какимъ-либо общимъ ученіемъ.

Основная мысль непереходимости владѣнія по наслѣдству подтверждается, въ особенности, въ отношеніи системы владѣльческихъ исковъ къ этому вопросу. Какъ извѣстно, система исковъ есть пробный камень римскаго гражданскаго права. Въ ней какъ въ призмѣ, преломляются всѣ лучи, исходящіе изъ отдѣльныхъ свѣтящихся то-

чекъ въ римской юриспруденціи. Въ наслѣдственную массу входятъ лишь тѣ иски, защищающіе владѣльца, *по коимъ нарушеніе уже состоялось въ моментъ смерти наслѣдодателя*, другими словами «interdicta possessoria» въ видѣ уже возникшихъ исковыхъ правъ («bereits begründet»,—*Koeppen*, стр. 34, пр. 2), въ томъ числѣ: а) «interdictum de vi» (l, 1 § 44 D. 43, 16), б) «interdictum de precario», равно какъ и «interdictum retinendae possessionis» (*Vangerow*, Pandekten, III, стр. 636; *Ihering* «Grund des Besitzschutzes», стр. 36 и слѣд.; *Brns*, «Besitzklagen», стр. 67 и сл.). в) Относительно такъ назыв. «interdicta retinendae possessionis» вопросъ считается крайне спорнымъ: *Windscheid* «Pandekten § 159, пр. 6—в.; *Sintenis* «Das praktische Gemeine Civilrecht», Bd. I, § 46, пр. 16).

Итакъ, переходимость владѣльческихъ исковъ по наслѣдству крайне ограничена. Переходятъ даже не всѣ виды; а тѣ которые сюда относятся, не защищаютъ, строго говоря, наслѣдника, но передаютъ ему лишь исковую выгоду, обусловленную тѣмъ, что наслѣдодатель потерпѣлъ неправду.

Коротко говоря, на обозрѣніи системы владѣльческихъ исковъ—несомнѣнно обнаруживается, что, *по мысли римскихъ юристовъ, на наслѣдника нѣтъ владѣльческаго перехода по наслѣдству.*

А между тѣмъ, есть еще одинъ вопросъ, гдѣ обрывается логическая цѣпь, именно вопросъ о разсчетѣ пріобрѣтательной давности.

Поставимъ вопросъ элементарно. Предположимъ, что нѣкоторый предметъ владѣнія, при соблюденіи надлежащихъ условій, долженъ перейти въ собственность владѣльца за истеченіемъ трехъ лѣтъ давностнаго владѣнія.

Умираетъ владѣлецъ, провладѣвъ 1 годъ; наслѣдство остается въ выжидательномъ положеніи второй годъ; затѣмъ наслѣдникъ начинаетъ владѣть и продолжаетъ свое владѣніе третій годъ, послѣ чего осуществляется въ его лицѣ право собственности. Всѣ три давностныхъ срока слагаются въ одну трехгодичную сумму, которая признается неразрывнымъ давностнымъ владѣніемъ. Въ этомъ сложеніи давностныхъ сроковъ пока не содержится противорѣчія, такъ какъ подобное сложеніе происходитъ также въ томъ случаѣ, когда нѣтъ никакого наслѣдованія, но имѣется рядъ передаточныхъ сдѣлокъ, напримѣръ, продажъ.

Но вотъ, въ чемъ содержится противорѣчіе.

Разъ владѣніе есть голый фактъ и, какъ таковой, не входитъ въ составъ наслѣдства, то вышеупомянутые слагаемые сроки должны

сосуществовать, каждый самъ по себѣ, и каждое изъ послѣдующихъ владѣній должно сохранять неизмѣнными всѣ свои качества и недостатки. Такъ происходитъ при сингулярномъ преемствѣ посредствомъ передаточной сдѣлки. Между тѣмъ, не то происходитъ въ случаѣ наслѣдованія. Римская догма, отрицая наслѣдованіе владѣнія, въ то же время соединяетъ всѣ упомянутыя три владѣнія воедино, по началамъ универсальнаго преемства. Это крупное противорѣчіе, гораздо болѣе крупное, нежели уступка отдѣльнымъ требованіямъ жизни, по отрывочнымъ казусамъ.

Въ самомъ дѣлѣ, откуда можетъ взяться здѣсь идея универсальнаго преемства, со всѣми ея послѣдствіями? Только изъ наслѣдства. А какъ же ее примѣнять, если общій переходъ наслѣдства не существуетъ?

Между тѣмъ, это противорѣчіе есть налицо.

Для восполненія пріобрѣтательной давности по владѣнію, продолжавшемуся въ пользу наслѣдодателя, а затѣмъ и въ пользу наслѣдника, требуется добросовѣстность одного только наслѣдодателя, хотя бы наслѣдникъ и зналъ о порокахъ своего владѣнія (l. 11 D. 44, 3); (l. 43 pr. D. 41, 3).

Это ясные признаки универсальнаго преемства, въ силу коего наслѣдникъ какъ будто осуществляетъ не свое владѣніе, а лишь продолжаетъ начатое.

Совершенно инымъ является осуществленіе соединеннаго владѣнія по началамъ сингулярнаго преемства. Тамъ требуется, для пріобрѣтательной давности, безусловная добросовѣстность обоихъ владѣльцевъ, одного за другимъ (l. 13 §§ 1 и 13 D. 41, 2).

VI.

Распространеніе идеи универсальнаго преемства на случай соединенныхъ давностныхъ сроковъ владѣнія наслѣдователя и наслѣдника есть та крайняя точка, до которой дошла римская мысль, по пути неизбѣжнаго уклоненія отъ начала непереходимости владѣнія по наслѣдству. Дальше этой точки римляне лишены были возможности пойти. Ихъ связывала строгость ихъ собственной мысли.

Мы поставлены въ совершенно иныя условія. Убѣдившись въ несостоятельности римской точки зрѣнія, мы счастливы тѣмъ, что двѣ тысячи лѣтъ насъ отдѣляютъ отъ квиритовъ. Разрушительная народная стихія прошлась за это время надъ низвергнутыми портиками и пропилеями древняго міра. Не однѣми дымящимися развалинами усѣяли сѣверные народы очаги средиземноморской культуры. Они

принесли съ собою иной міръ понятій, къ которымъ гордый Римъ относился свысока, называя его потуги кличкой «leges barbarorum», конечно не подозрѣвая, что въ этомъ «варварствѣ» можетъ наступить спасеніе и выходъ изъ того заколдованнаго круга, изъ котораго не суждено было выйти римской мысли.

Страннымъ парадоксомъ звучатъ мои слова. Но это именно такъ. «Варварскій» кругъ мыслей былъ единственнымъ носителемъ того, что давало выходъ изъ крайностей римской доктрины. И эту цѣлебную силу «варварскій» міръ приносилъ въ себѣ именно благодаря своимъ недостаткамъ. Не наводитъ ли это насъ на то, что недостатки народной мысли являются чѣмъ-то совершенно относительнымъ? Вообще, въ области человѣческой борьбы за существованіе, едва ли кто сможетъ измѣрить, до какой степени пріобрѣтенія въ народной жизни коренятся иной разъ не въ блескѣ силы, а въ кажущемся недомоганіи.

Такое недомоганіе было и въ презрѣнныхъ «leges barbarorum». Постоянное смѣшеніе понятій «собственности» и «владѣнія» характеризуетъ народное право въ средневѣковыхъ зерцалахъ въ такой же мѣрѣ, какъ въ нашемъ обычномъ правѣ. Непониманіе отвлеченнаго начала «универсальнаго преемства» и замѣна его непосредственнымъ вступленіемъ наличныхъ «близкихъ» людей («ближниковъ» древней Руси) въ обладаніе отдѣльными предметами наслѣдства — есть общій типъ наслѣдственнаго построенія въ германскомъ и славянскомъ правѣ. Наконецъ, живучесть идеи семейнаго совладѣнія есть также особенность германскаго и славянскаго быта, вообще обычно-правоваго уклада, бывшаго когда-то свойственнымъ и римской жизни въ ея архаическомъ періодѣ (ср. древне-римское совладѣніе «sui heredes», Paulus—L. 11 D. 28, 2.).

Вотъ тѣ элементы, изъ которыхъ выросла, въ умахъ поколѣній людей, отдѣляющихъ насъ отъ римской эпохи, увѣренность въ *необходимости непосредственнаго, непрерывнаго продолженія владѣнія отъ одного поколѣнія къ другому.*

Какова была бы жалкая неустойчивость такого общественнаго быта, въ которомъ *право* должно было бы ждать своего создаванія сызнова при каждомъ чередованіи поколѣній!? Какъ великъ былъ бы вредъ такого ученія, которое говорило бы молодымъ: «все, что создали, чѣмъ дорожили старики, то не ваше; но оно будетъ ваше, если вы будете смѣлы и «бронированнымъ кулакомъ» сумѣете устранить отъ себя всякую силу — «смѣлостью вашего захвата»! Такое общество было бы нежизнеспособно. Оно вѣчно страдало бы, въ отношеніи

всей области пріобрѣтенныхъ правъ, вѣчною язвою зіяющаго отторженія другъ отъ друга «отцовъ и дѣтей!»

А между тѣмъ, то, что намъ кажется столь чудовищнымъ, когда рѣчь идетъ о *правѣ*, почему должно намъ казаться плодотворнымъ и полезнымъ, когда дѣло касается главнаго основанія всякихъ правъ, именно: *владѣнія?*

Намъ отвѣтятъ: потому, что глубокая грань отдѣляетъ право собственности отъ владѣнія!

Народное сознаніе на это отвѣчаетъ рѣчью неграмотныхъ, ихъ же нѣсть числа: «мы не видимъ этой разницы; а если она есть, то неужели вы такъ убѣждены въ ея громадномъ значеніи, господа теоретики, чтобы именемъ этой грани навязать намъ принципъ тлетворный, разрушающій преемство нашего благосостоянія? Пусть владѣніе, по вашему, не право; но въ нашихъ глазахъ оно больше права, и жизнь настоятельно требуетъ признанія за нимъ нерушимости смертью человѣка. Это вопіющій голосъ минувшихъ вѣковъ. Туда идетъ народное сознаніе. И если юриспруденція этому противится, да погибнетъ юриспруденція!»

Подъ давленіемъ такихъ толчковъ изъ глубины народнаго материка, невольно задумается не одинъ докторъ Фаустъ, но и рабскій духомъ ученый Вагнеръ. Современный мыслитель возвращается къ тѣмъ же заколдованнымъ вопросамъ, которые безсильна была рѣшать римская мысль 20 вѣковъ тому назадъ.

И что же? Много воды утекло съ тѣхъ поръ! Насъ не связываютъ болѣе идолы того времени. Насъ подталкиваютъ въ глубинѣ души иныя чувства. Вооруженные тѣми же дигестами, мы на нихъ не молимся, а въ насъ шевелится эхо услышанной народной молвы. Анализъ, произведенный надъ тѣмъ же матеріаломъ, но съ душою не римскою, приведетъ насъ, пожалуй, къ совершенно инымъ выводамъ.

Мы знаемъ уже, что эволюція теоріи владѣнья, отъ Савиньи до Іеринга, привела къ признанію *общественнаго интереса*, какъ доминирующаго основанія защиты владѣнія, вмѣсто прежняго принципа *субъективной воли*. А разъ жизненный нервъ самаго института есть общественный интересъ, въ такомъ случаѣ не забудемъ, что *общество* всегда налицо, и *владѣльческая защита неразрушимой цѣльности выгодъ и цѣнностей наслѣдодателя должна имѣть мѣсто до и послѣ его смерти, независимо отъ абстрактнаго принципа наличности его воли.*

Мало того, идя по тому же пути, справедливо будетъ задаться вопросомъ: «да подлинно ли такъ твердо стоитъ ученіе о томъ, что

владѣніе не есть право, а только голый фактъ?» Вѣдь вопросъ о томъ, что такое право, подвергался коренному пересмотру, и притомъ неоднократно, съ тѣхъ поръ, какъ создалась эта догма.

А что, если бастіонъ старой діалектики рухнетъ? Вѣдь тогда окажется даже теоретически неопровержимымъ, что владѣніе должно переходить на наслѣдника въ общемъ составѣ «universum jus defuncti».

Едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что пересмотръ ученія о владѣніи долженъ состояться именно въ этомъ направленіи.

Утверждающіе, что правовая оболочка владѣнія (т. е. исковая управомоченность, дающая защиту «ad interdictum») — во всякое время соотвѣтствуетъ непрерывному факту, — въ сущности закрываютъ глаза передъ дѣйствительностью. Напротивъ, владѣніе, въ жизни, тѣмъ и отличается, что, разъ возникнувъ физически, оно со стороны защиты имѣетъ совершенный обликъ права, пользуясь презумптивною защитою на безпредѣльное время, безъ всякаго доказаннаго проявленія владѣльческаго могущества передъ самымъ моментомъ защиты.

Такимъ образомъ, защита, въ смыслѣ «сохраненія», а не «возстановленія» владѣнія, мыслима даже тогда, когда фактическое обладаніе весьма сомнительно. Другими словами, юридическая оболочка факта владѣнія несомнѣнно переростаетъ голый фактъ владѣнія и способна его пережить.

Съ этой точки зрѣнія можно сказать, что *владѣніе есть въ дѣйствительности, простой фактъ лишь въ моментъ своего возникновенія; но разъ уже возникши, оно тѣсно сливается съ юридическимъ отношеніемъ, которое способно длиться безъ всякаго непрерывнаго проявленія воли. Эта правовая сторона владѣнія переживаетъ наслѣдодателя, какъ составная часть его правъ, и, какъ таковая, должна перейти къ его наслѣдникамъ, въ составѣ такъ называемаго «universum jus defuncti».*

Резюмируемъ основныя положенія, къ которымъ приводитъ насъ изученіе вопроса о владѣніи по наслѣдству или сезинѣ:

1. *Право собственности* въ предметахъ, входящихъ въ составъ наслѣдства, начинается въ лицѣ наслѣдника въ самый моментъ смерти наслѣдодателя по законодательствамъ той группы, типичнымъ представителемъ которой является франц. «Code civil» (ст. 711 фр.

ул.). Этотъ непосредственный переходъ *права собственности* именуется «сезиной собственности».

2. По законодательствамъ противоположнаго типа, съ *римскимъ* правомъ во главѣ (при этомъ—въ большинствѣ германскихъ кодексовъ: австрійскомъ, саксонскомъ, баварскомъ и другихъ) — *право собственности наслѣдника* возникаетъ только съ момента *принятія* наслѣдства. Юридическое состояніе, длящееся отъ смерти наслѣдодателя до принятія наслѣдства, именуется: «hereditas jacens».

3. *Владѣніе* въ предметахъ, входившихъ въ сферу владѣнія наслѣдодателя до самаго момента его смерти, переходитъ также непосрѣдственно на наслѣдника съ самаго открытія наслѣдства въ законодательствахъ *перваго* типа («Code civil», 724), безъ всякаго дѣйствія или волеизъявленія со стороны наслѣдника. Этотъ непосредственный переходъ именуется «сезиной владѣнія».

4. По законодательствамъ втораго типа такой непосредственный переходъ владѣнія немыслимъ по двумъ причинамъ, кроющимся въ римскомъ понятіи владѣнія, такъ какъ владѣніе есть:

а) чисто личное отношеніе къ вещи (personalissimum);

б) и притомъ считается не правомъ, а фактомъ;

а такъ какъ наслѣдство есть универсальное преемство *правъ*, но не *фактовъ*, то наслѣдникъ считается владѣльцемъ *не* съ момента открытія наслѣдства *и не* съ момента принятія онаго, а съ момента фактическаго захвата предмета наслѣдникомъ въ свое владѣніе—(«possessio *nisi naturaliter comprehensa* ad nos non pertinet»—l. 23 pr. D. 41, 2).

5. Законодательствомъ *средняго* типа, допускающимъ «сезину собственности», но отвергающимъ «сезину владѣнія», слѣдуетъ считать отмѣненное Прусское земское право: I, 9; § 368.

6. Разнообразное пониманіе сезины вызвано колебаніями между противоположными понятіями римскаго владѣнія и древне-германскаго института «Gewere», представлявшаго изъ себя непосредственное владѣніе семьи, продолжавшееся какъ при жизни домохозяина, такъ и послѣ его смерти—(Laband; Cosack., стр. 40). Аналогія этой семейной общности повторяется въ древнеримскомъ совладѣніи «sui heredes» (Paulus, l. 11 D. 28, 2) и въ многочисленныхъ указаніяхъ русскаго обычнаго права на существованіе у насъ семейной собственности, совпадающей съ владѣніемъ двора.

7. Происхожденіе французской сезины весьма спорно. Различныя ученія сводятся къ слѣдующему:

а) за германское происхожденіе и тождественность съ средневѣ-

ковою «Gewere» стоятъ старые авторы—Dumoulin, Albrecht, Heusler и многіе друг.;

б) есть теорія о происхожденіи ея изъ преторской «bonorum possessio» (Planiol);

в) есть указанія и на туземное ея происхожденіе изъ мѣстнаго феодальнаго землевладѣнія—(Baudry-Lacantinerie, Laurent).

8. Весьма несостоятельна критика сезины, основанная на томъ, что она противорѣчитъ логикѣ римскаго права. Это, нѣкогда преобладавшее, ученіе идетъ противъ жизненной пользы и упускаетъ изъ виду:

а) что все римское ученіе о сложеніи давностныхъ сроковъ наслѣдодателя и наслѣдника, при разсчетѣ владѣнія того и другаго, уже противорѣчило основному началу раздѣльности ихъ владѣнія, такъ какъ оно сливало обѣ давности по началамъ универсальнаго преемства—(l. 30 pr. D. 4, 6; l. 11, 20, 31 § 5, 40, 43, 44 § 3, 45 § 1 D. 41, 3; l. 6 § 2 D. 41, 4);

б) что чисто личное значеніе владѣнія, опредѣляемое изъ принципа субъективной воли (Савиньи) не соотвѣтствуетъ современному нашему пониманію института владѣнія, существующаго ради *общественнаго интереса* (Рудольфъ Іерингъ);

в) неполно также представленіе о владѣніи, какъ голомъ фактѣ, а не юридическомъ явленіи.

Будучи фактомъ въ моментъ своего возникновенія, владѣніе есть однако и юридическое отношеніе, длящееся безъ непрерывнаго проявленія воли, переживающее наслѣдодателя вмѣстѣ съ его правами и входящее, какъ таковое, въ такъ называемое: «universum jus defuncti».

9. Русское дѣйствующее право относится противорѣчиво къ вопросу о сезинѣ. Сенатская практика (рѣш. Гр. Касс. Деп. Прав. Сената $^{68}/_{786}$—$^{71}/_{86}$—$^{88}/_{35}$ и $^{19}/_{105}$) отрицаетъ сезину, вопреки совершенно категорическому тексту статьи 1254, 1 ч. X т. Свод. зак.

10. Подобно составителямъ новаго гражданскаго уложенія для германской имперіи (Motive zu dem Entwurfe, т. V, стр. 485), мы должны высказаться, съ житейской точки зрѣнія, *въ пользу сезины*, такъ какъ за нее говорятъ:

а) простота и цѣльность наслѣдственнаго построенія;

б) устраненіе фикціи «hereditas jacens»;

в) презумпція въ пользу вѣроятнаго принятія наслѣдства, соотвѣтствующая подавляющему большинству случаевъ въ народной жизни;

г) улучшеніе положенія кредиторовъ наслѣдодателя, при существованіи сезины;

д) настоятельная необходимость придать огласку случаямъ отреченія отъ наслѣдства;

е) несомнѣнное соотвѣтствіе сезины народнымъ симпатіямъ въ округахъ ея примѣненія, въ виду очевиднаго ея соотвѣтствія ненарушаемой солидарности семьи.

Литература.

1. Windscheid. Pandektenrecht. III, §§ 366, 381, 529, 530, 594–596, 600 и 601.

2. Brinz. Lehrbuch der Pandekten. III, §§ 386, 389, 392—394.

3. Alph. Rivier. Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain, §§ 4 и 5.

4. Arndts. Lehrbuch der Pandekten. §§ 470, 506, 512—516.

5. Baron. Pandekten. §§ 390.

6. Koeppen. Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. § 1, стр. 32.

7. C. A. Schmidt. Der principielle Unterschied zwichen dem römischen und germanischen Rechte, I, § 35.

8. Bluntschli. Deutsches Privatrecht (2-oe изд.), § 188, стр. 530—532; § 253, стр. 571 и слѣд.

9. Gerber. System. des deutschen Privatrechts (7-oe изд.), § 252, стр. 628; § 248, прим. 11.

10. Stobbe. Privatrecht, §§ 72—77.

11. Его-же Gewere, статья помѣщ. въ энциклопед. Ersch u. Gruber— выход. съ 1818 г. въ Лейпцигѣ.

12. Albrecht. Die Gewere. Königsb. 1828

13. Heusler. Die Gewere, Weimar. 1872.

14. Cosak. Der Besitz des Erben, Wiem. 1877.

15. Randa. Erbschaftserwerb.

16. Laband. Die Vermögensrechtichen Klagen nach den sächsischen Quellen des Mittelalters, Königsb., 1869; § 22.

17. Delbrück. Die dingliche Klage des deutschen Rechts—§ 59.

18. Hegel. Philosophie des Rechts. § 178.

19. Dernburg. Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, III, § 231.

20. Förster u. Eccius. Theorie u. Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, IV, § 268; въ особенн. стр. 588, прим. 29—33.

21. Roth. Bayrisches Civilrecht. I, § 363.

22. Gruchot. Preussischcs Erbrecht, I, стр. 37 и сл.; 49 и сл.

23. Мнѣнія г.г. Момзена, Юнга и Ранда въ изд. Verhandlungen des XIII. deutschen Juristentages, Berl. 1876.

24. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, V, стр. 485—488.

25. Simonnet. Histoire et théorie de la saisine héréditaire, 1852.

26. Hureaux. Traité du droit de succession. Paris, 1865—1868, V, № 304 и 309.

27. Marcadé. Explication du code civil, III, § 46; также къ ст. 777.

28. Demolombe. Traité des successions—XIII, № 125, 133 и 134.

29. Aubry et Rau. Cours du droit civil français. VI, стр. 365, 370, § 610 пр. 1; § 609 пр. 12 и 14 (4-ое изд.).

30. Laurent. Principes de droit civil francais. (3 изд.) IX, № 234.

31. Huc. Commentaire théorique et pratique du code civil. Paris. 1892—V № 25.

32. Demante. Cours analytique du code civil—III, 24 bis, 6 и 7.

33. Leselleyer. Commentaire historique et pratique sur le titre des successions—Paris, 1892; I, 55, 57, 514.

34. Baudry-Lacantinerie et Wahl. Successions. §§ 157, 163, 1519.

35. Baudry-Lacantinerie et Tissier. Prescription. §§ 203, 204, 207, 208, 210—212, 343—346, и 347.

36. Planiol. Origine romaine de la saisine. Revue critique de législ. et de jurispr. 1885, стр. 447.

37. Esquirou de Parieu.—Revue de droit français et étranger, I, стр. 34, 357 и 466; VII, стр. 147.

---

2. О безусловной неспособности наслѣдовать.

(«Юрид. Газ.», 1903 г., № 17).

По мѣрѣ развитія права, современныя законодательства все болѣе стремятся къ тому, чтобы вовсе отмѣнить тѣ ограниченія, которыя сводятся къ безусловной неспособности опредѣленныхъ категорій лицъ къ наслѣдованію. Хотя въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ есть положительныя статьи, относящіяся къ этимъ ограниченіямъ, однако мы начнемъ не съ этого конца. Дѣло будетъ виднѣе, если мы постараемся освѣтить, при помощи сравнительнаго законовѣдѣнія и историческихъ указаній, цѣлую совокупность этого рода явленій.

Принципіальныхъ и постоянныхъ изъятій, существовавшихъ въ разныхъ законодательствахъ, можно считать четыре:

1) ограниченія правъ уродливыхъ и не жизнеспособныхъ дѣтей;

2) ограниченія въ правѣ наслѣдованія, вслѣдствіе гражданской смерти;

3) ограниченія монашествующихъ;

4) ограниченія правъ иностранцевъ.

Ограниченія правъ уродливыхъ и нежизнеспособныхъ дѣтей считаются юридически неосновательными и основанными на предразсудкахъ отдаленныхъ эпохъ. Въ средніе вѣка считались неспособными наслѣдовать дѣти, умирающія черезъ короткое время послѣ рожденія, въ особенности, когда ихъ не успѣли окрестить, а также уроды, близнецы, карлики, прокаженные (ср. *Stobbe* «Handbuch des Deutschen Privatrechts» V, § 280, I). Французское право сохранило ограниченіе этого рода въ ст. 725 п. 2, воспрещающей считать наслѣдникомъ «дитя, родившееся неспособнымъ къ жизни». Независимо отъ того, что это ограниченіе несправедливо по существу, оно создаетъ безполезные и сложные вопросы. Такъ, напримѣръ, французская практика XVIII-го столѣтія признавала «жизнеспособнымъ» того ребенка, который прожилъ хотя-бы короткое время. Во время обсужденія проекта французскаго уложенія было сначала предложено въ законодательномъ собраніи, чтобы жизнеспособнымъ считался тотъ ребенокъ, который прожилъ по крайней мѣрѣ 10 дней. Но затѣмъ, по изданіи уложенія, установился окончательно тотъ взглядъ, что «жизнеспособность» есть вопросъ, рѣшаемый судомъ по существу каждаго даннаго дѣла, по состоянію, въ которомъ находились главные органы ребенка, успѣвшаго прожить короткое время (ср. *Baudry-Lacantinerie et Wahl* § 209 в.).

Не подлежитъ сомнѣнію, что вопросъ о «жизнеспособности» ребенка, опредѣляемой по состоянію его органовъ въ моментъ рожденія, излишне осложняетъ вопросъ о признаніи или непризнаніи его наслѣдникомъ, въ случаѣ его смерти. Этотъ вопросъ долженъ быть упрощенъ постановкою одного только вопроса о томъ, жилъ-ли этотъ наслѣдникъ, хотя-бы одно мгновеніе или онъ родился мертвымъ. Въ первомъ случаѣ онъ долженъ считаться наслѣдникомъ, не взирая на какія бы то ни было его физическіе недостатки. Во второмъ-же случаѣ слѣдуетъ считать, что его какъ-бы съ юридической точки зрѣнія вовсе не было на свѣтѣ. Устраненіе всякихъ ограниченій, вытекающихъ изъ физическихъ или умственныхъ недостатковъ наслѣдника, есть общая точка зрѣнія новѣйшихъ кодексовъ; она, кромѣ того, согласна съ дѣйствующимъ русскимъ правомъ (ст. 1106 п. 3, 1 ч. X. т.).

Ограниченіе права наслѣдованія, въ силу гражданской смерти, существовали во Франціи по 3 п. 725 ст. Фр. улож., до закона 31 мая 1854 г., отмѣнившаго гражданскую смерть. Вопросъ о цѣлесообразности гражданской смерти разрѣшается въ новѣйшее время юристами всѣхъ странъ въ смыслѣ возможно меньшаго уподобленія

карательныхъ ограниченій гражданскихъ правъ фактической смерти лица. Побудительными мотивами такого направленія законодательства и науки представляются, съ одной стороны, соображенія гуманности, съ другой стороны, фактическая невозможность осуществленія фикціи гражданской смерти съ надлежащею послѣдовательностью.

Дѣйствующее законодательство устанавливаетъ въ статьѣ 28 уложенія о наказаніяхъ, равно какъ въ ст. 1067 п. 4 и 1107, 1 ч. X тома правила, близко подходящія къ понятію гражданской смерти.

Едва-ли желательно сохраненіе этихъ правилъ на будущее время. Карательныя пораженія правъ достаточно чувствительны тѣмъ, что они лишаютъ человѣка всякой имущественной связи съ прошлымъ. Къ чему же лишать его будущихъ благъ? Не лучше ли признать, что пораженіе имущественныхъ правъ осужденнаго преступника, относительно прошедшаго, можетъ быть допущено даже въ томъ предположеніи, если за нимъ будутъ сохранены права живаго лица въ отношеніи послѣдующихъ пріобрѣтеній?

Ограниченіе монашествующихъ имѣло встарину абсолютное значеніе, которое сохранилось лишь въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, въ томъ числѣ и въ русскомъ. Въ римскомъ правѣ это правило основывалось на текстѣ L. 56 C. de episc. et cleric., выражаясь лишь въ томъ, что монахи лишены были права пріобрѣтать наслѣдство, «пока они находились въ монастырѣ». Средневѣковое право распространило силу этого ограниченія, «со дня произнесенія обѣта монашествующими». Впрочемъ, на практикѣ, издавались на западѣ различныя постановленія, иногда ослаблявшія силу этого запрета. Во Франціи пораженіе правъ монашествующихъ отмѣнено было декретами 19 февраля 1790 г. и 9 октября 1793 г. Это ограниченіе правъ не перешло во французское уложеніе и нынѣ считается во Франціи вовсе не существующимъ (*Baudry-Lacantinerie* §§ 202 и 203). Въ Австріи ограниченіе монашествующихъ въ правѣ наслѣдовать не имѣетъ въ настоящее время абсолютнаго значенія и поставлено въ зависимость отъ политическихъ законоположеній, не входящихъ въ составъ гражданскаго уложенія (ст. 539 Австр. уложенія) Въ отношеніи этого вопроса составители Германскаго уложенія высказались съ не меньшею осторожностью, исключивъ его изъ самаго текста гражданскаго уложенія (ср. Motive zu dem Entwurfe V, стр. 15).

Дѣйствующее русское право выражаетъ въ болѣе строгой формѣ исключеніе монашествующихъ отъ наслѣдованія. По ст. 1109 1 ч. X т. «Монашествующіе, какъ отрекшіеся отъ міра, по постриженіи своемъ, отъ права наслѣдованія устраняются». Сюда-же относится и

ст. 1067 п. 3. Но за симъ, принимая въ соображеніе, что законъ допускаетъ выходъ изъ монашескаго званія (ст. 348 и 349 т. IX Св. Зак.), что лицо, покинувшее монашеское состояніе не можетъ не считаться возстановленнымъ въ своихъ прежнихъ имущественныхъ правахъ, уподобленіе положенія монашествующаго съ состояніемъ лица умершаго представляется не вполнѣ правильнымъ; ближе всего это правовое положеніе представляетъ аналогію съ положеніемъ правъ безвѣстно-отсутствующаго.

Положеніе иностранцевъ въ отношеніи права наслѣдованія послѣ лица, умершаго не на ихъ родинѣ, опредѣляется въ различныхъ государствахъ различно и сводится къ узаконеніямъ трехъ родовъ.

1) Есть еще понынѣ нѣкоторыя государства, въ которыхъ сохранился самый древній взглядъ на иностранцевъ, какъ на людей безправныхъ, вовсе не способныхъ наслѣдовать. Сначала, въ средніе вѣка, существовалъ такой взглядъ болѣе или менѣе повсемѣстно, что иностранецъ умирающій въ земляхъ какого-либо государя или властелина, оставляетъ ему свое наслѣдство, съ исключеніемъ своихъ кровныхъ наслѣдниковъ. Это называлось: «jus albinagii, droit d'aubaine»; а такой иностранецъ, умирающій на чужбинѣ, именовался «aubain». Съ усиленіемъ. во Франціи, королевской власти, права мѣстныхъ, феодальныхъ властелиновъ на полученіе, принудительно, выморочныхъ наслѣдствъ послѣ иностранцевъ стали переходить къ королевской власти. Тѣмъ-же временемъ, но не ранѣе начала XVI вѣка, сталъ выдѣляться изъ «jus albinagii» самостоятельный элементъ запрета иностранцамъ получать наслѣдства на территоріи французскаго королевства. Это было послѣдствіемъ болѣе аналитическаго и точнаго пониманія вопроса, вѣроятно подъ вліяніемъ развившейся юриспруденціи. Одновременно съ тѣмъ, однако, въ виду сосредоточенія всѣхъ правъ выморочности въ рукахъ королевской власти, иностранцы стали домогаться отдѣльныхъ изъятій и льготъ, «lettres patentes», которыя раздавались довольно щедро французскими королями. Въ XVII вѣкѣ стали заключаться международные трактаты, отмѣняющіе «jus albinagii» въ отношеніи подданныхъ отдѣльныхъ государствъ. Таковъ былъ трактатъ, заключенный между Франціею и Россіею въ 1787 г Общая отмѣна «droit d'aubaine» во Франціи состоялась по декрету 6 Августа 1790 года.

Полное принципіальное ограниченіе правъ иностранцевъ существуетъ въ настоящее время лишь въ нѣкоторыхъ штатахъ Сѣверной Америки (Арканзасъ, Южная Каролина, Делауэръ, Мэриленд̀ъ). Исключеніе иностранцевъ, съ предоставленіемъ имъ правъ на основаніи

трактатовъ, существуетъ въ штатѣ Виргиніи, въ Боливіи, въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ и въ Люксембургѣ.

2) Къ узаконеніямъ втораго рода Франція перешла не ранѣе какъ съ изданіемъ «Code Civil». Сначала, декретомъ 6 Августа 1790 г., было провозглашено общее начало, вслѣдствіе котораго право принудительной выморочности послѣ иностранцевъ признано слѣдомъ «варварскихъ временъ» и объявлено злоупотребленіемъ, противорѣчащимъ «чувству братской любви, долженствующему соединять людей». Но черезъ нѣсколько лѣтъ выяснилось, что другія государства не послѣдовали примѣру Франціи, такъ что одностороннею отмѣною права, именуемаго «droit d'aubaine», французы были поставлены въ несправедливое для нихъ положеніе неравенства передъ иностранцами. Тогда послѣдовало составленіе ст. 726 Французскаго уложенія, которая гласила, что: «иностранецъ допускается къ наслѣдованію въ имуществахъ, которыми владѣетъ его родственникъ, иностранецъ или французъ, на территоріи французскаго государства, только въ тѣхъ случаяхъ и въ томъ порядкѣ, въ какихъ французъ наслѣдуетъ послѣ своего родственника, владѣющаго имуществомъ въ томъ государствѣ, къ которому принадлежитъ тотъ иностранецъ, и т. д.». Въ этой статьѣ (отмѣненной во Франціи закономъ 14 Іюля 1819 г., и замѣненной въ Царствѣ Польскомъ статьею 11 Гражданскаго Уложенія 1 Іюня 1825 г., имѣющею тоже значеніе), выражается система полной взаимности, допускающая возможность репрессалій въ отношеніи государствъ, не признающихъ за французами никакихъ наслѣдственныхъ правъ. Эта система дѣйствовала, до изданія новаго Германскаго Уложенія, въ Пруссіи (Земск. Право, Введ. ст. 43—45), въ Баваріи, въ Вюртембергѣ, и понынѣ примѣняется въ Австріи, въ Норвегіи, въ Швеціи, въ княжествѣ Монако, въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ, въ Сербіи, въ Перу, а также въ Финляндіи, по шведскому уложенію 1734 г. (Отд. о наслѣд., гл. XV, ст. 1 и 2).

3) Наконецъ узаконенія *третьяго* рода приняли за образецъ французскій законъ 14 Іюля 1819 г., коимъ статья 726 гражд. улож. отмѣнена, иностранцы уравнены въ правахъ наслѣдованія съ французскими подданными, но французскіе сонаслѣдники въ правѣ удержать въ свою пользу изъ наслѣдственнаго имущества, находящагося во Франціи, сумму, равную стоимости того имущества, которое они теряютъ за границею, если въ составъ наслѣдства входятъ другія цѣнности, находящіяся въ государствѣ, не признающемъ наслѣдственныхъ правъ французовъ, наравнѣ съ другими сонаслѣдниками, состоящими подданными этого государства. Смыслъ этого закона вы-

ясняется на такомъ примѣрѣ. Положимъ, умираетъ во Франціи лицо, оставляющее въ наслѣдство имущество, находящееся во Франціи, стоющее 60,000, и другое имущество, находящееся въ Россіи, стоющее 40,000. Предположимъ, что есть налицо два наслѣдника: одинъ русскій, другой французъ, и что русскій законъ исключаетъ иностранца. Въ такомъ предположеніи окажется, что оба наслѣдника, дѣля поровну находящееся во Франціи имущество, получатъ по 30,000 каждый; но кромѣ того, всѣ 40,000, находящіяся въ Россіи, достанутся русскому, такъ что французъ получитъ только 30,000, а его сонаслѣдникъ получитъ 70,000. Для уравненія такой несправедливости, законъ 14 Іюля 1819 г. дозволяетъ французскому сонаслѣднику удержать изъ той части наслѣдства, которая находится во Франціи — 20,000, т. е. именно столько, сколько онъ теряетъ за границею; и тогда оба сонаслѣдника получатъ поровну. Если-же мы предположимъ (какъ на самомъ дѣлѣ и есть), что русскій законъ никакого ограниченія для иностранцевъ не допускаетъ, то законъ 14 Іюля 1819 г., примѣнительно къ такому законодательству, установляетъ полную и неограниченную равноправность во Франціи, какъ для русскихъ, такъ и для французскихъ сонаслѣдниковъ.

По тому-же образцу изданы законы: Голландскій 7 Апрѣля 1869 г., Бельгійскій 27 Апрѣля 1865 г., Баденскій 4 Іюня 1864 г.; кромѣ того, цѣлый рядъ государствъ признаютъ *полное уравненіе иностранцевъ съ собственными подданными въ отношеніи права наслѣдованія*. Сюда относятся законодательства *Италіи* (Итал. Улож. ст. 3), *Англіи* (законъ 12 мая 1870 г. ст. 2), *Даніи*, *Португаліи* (Португ. Ул. ст. 26), Швейцарскихъ Кантоновъ *Нейшатель*, *Люцернъ* (мѣстн. улож. ст. 24), *Цюрихъ* (Цюр. Ул. ст. 1), отчасти *Бернъ* (мѣстн. улож. ст. 6) и *Фрейбургъ* (мѣстн. ул. ст. 10); далѣе законы *Аргентинской республики* и цѣлаго ряда *Штатовъ Сѣверной Америки* (Калифорніи, Колумбіи, Колорадо, Фрориды, Георгіи, Канзаса, Индіаны, Иллинойса, Мэна, Массачусетса, Мичигана, Орегона, Родъ-Айленда, Тэнесси, Висконсина, Техаса, Миссури, Небраски, Нью-Джерсея и Огайо); наконецъ, законы *Румыніи* (румын. улож. ст. 11), *Чили* (ст. 997 чилійскаго уложенія) и *Мексики* (мекс. ул. ст. 3,300).

(Ср. *Baudry-Lacantinerie et Wahl* «Succession des Etrangers», §§ 224, 229, 230, 231, 233, 236, 237, 238—243, 251, 254, 270—281).

Русскій законъ, дѣйствующій въ настоящее время, относится несомнѣнно къ послѣднему роду изъ указанныхъ законодательствъ, такъ какъ права иностранцевъ ничѣмъ не ограничиваются въ отношеніи существа права наслѣдованія, какъ видно изъ ст. 1106 п. 1 и 1218, 1 ч. X. тома.

Это общее начало вовсе не ослабляется ни спеціальными правилами, содержащимися въ приложеніи ко 2-му примѣч. ст. 1003 т. IX Св. Зак. (по Прод.), ни второю частью ст. 1009 т. IX (изд. 1876 г.), соотвѣтствующею постановленію ст. 1247 т. X ч. 1 (изд. 1887 г.).

Прежде всего, нельзя не замѣтить, что запрещеніе иностраннымъ подданнымъ пріобрѣтать въ западной окраинѣ, какими-бы то ни было способами, внѣ портовыхъ и другихъ поселеній, право собственности на недвижимыя имущества, а равно вытекающее изъ этого запрета ограниченіе иностранцевъ въ наслѣдованіи недвижимыхъ имуществъ въ тѣхъ-же десяти губерніяхъ Царства Польскаго и въ 11 губерніяхъ расположенныхъ вдоль западной границы, *вовсе не касается существа права наслѣдованія иностранныхъ подданныхъ.* Иностранный наслѣдникъ не лишается права наслѣдовать; онъ лишь обязывается продать унаслѣдованную недвижимость, въ трехгодичный срокъ, русскому подданному. Это, стало быть, ограниченіе права владѣнія, а не лишеніе иностранца права наслѣдованія (ст. 3 прав. прил. къ ст. 1003 (прим. 2) т. IX (по Прод.).

Обращаясь затѣмъ къ правилу, изложенному въ ст. 1009 т. IX (изд. 1876 г.) и въ ст. 1247—1 ч. X т. (изд. 1887 г.), нельзя не замѣтить, что это правило, по своему происхожденію, является *льготою*, а не уменьшеніемъ правъ, для лицъ, имѣющихъ предъявить требованія на наслѣдство и «пребывающихъ, какъ въ Европѣ, такъ и въ другихъ частяхъ свѣта». Что таковъ именно смыслъ этого узаконенія, въ этомъ убѣждаетъ справка изъ его источника, Высочайше утвержденнаго мнѣнія Государственнаго Совѣта, отъ 27 Марта 1825 года (П. С. З., 30,304). Изъ этой справки оказывается, что «Государственный Совѣтъ, въ Департаментѣ Законовъ, полагалъ достаточнымъ, какъ существующую доселѣ мѣру къ вызову иностранцевъ чрезъ припечатаніе въ вѣдомостяхъ, издаваемыхъ на нѣмецкомъ языкѣ при Императорской Академіи Наукъ, такъ и девятимѣсячный срокъ, положенный въ законахъ нашихъ на предъявленіе требованій пребывающими въ иностранныхъ европейскихъ державахъ».

«Государственный Совѣтъ въ Общемъ Собраніи, утверждая мнѣніе Департамента Законовъ относительно вызова иностранцевъ черезъ академическія газеты, полагаетъ: *срокъ къ предъявленію требованій на помянутое наслѣдство отъ иностранцевъ, пребывающихъ какъ въ европейскихъ державахъ, такъ и въ отдаленныхъ частяхъ свѣта, продолжить до двухъ лѣтъ,* на основаніи 10 п. указа 23 марта 1714 г.».—Такимъ образомъ, ясно, что установленіемъ двухлѣтняго срока, предусмотрѣннаго статьею 1247-ою 1 ч. X т., иностранцы

вовсе не лишаются общегражданскаго права пользоваться десятилѣтнимъ срокомъ, установленнымъ 1246 статьею. Двухлѣтній-же срокъ 1247-ой статьи имѣетъ лишь то значеніе, которое присвоено полугодовому сроку 1241 статьи для всѣхъ прочихъ наслѣдниковъ, т. е. для русско-подданныхъ и для иностранцевъ, проживающихъ въ Россіи. По всѣмъ этимъ соображеніямъ, слѣдуетъ признать, что *дѣйствующее въ Россіи право совершенно уравниваетъ иностранцевъ съ русско-подданными въ отношеніи наслѣдованія.*

Установивъ это положеніе относительно дѣйствующаго права, необходимо выяснить, не представляетъ ли оно какихъ-либо невыгодъ.

Прежде всего слѣдуетъ замѣтить, что такой невыгоды, въ смыслѣ нарушенія интересовъ русскихъ подданныхъ, не можетъ быть въ отношеніи тѣхъ государствъ, которыя признаютъ *полное уравненіе правъ иностранцевъ,* подобно Италіи, Англіи, Даніи и т. п., или-же уравняютъ иностранцевъ, предоставляя себѣ право учиненія *скидки* въ пользу своихъ подданныхъ, *для достиженія одного лишь болѣе полнаго уравненія правъ,* подобно Франціи, Голландіи, Бельгіи и т. п. Равнымъ образомъ, система дѣйствующаго въ Россіи права не представляетъ какихъ-либо неудобствъ или опасеній въ отношеніи государствъ, придерживающихся простаго начала *взаимности* (въ смыслѣ отмѣненной 726 ст. французскаго уложенія), каковы Австрія, Швеція, Норвегія и другія.

Положительное неудобство дѣйствующее право представляетъ только въ отношеніи тѣхъ крайне не многочисленныхъ государствъ, гдѣ существуетъ до сихъ поръ *полное исключеніе иностранцевъ отъ всякихъ правъ по наслѣдованію* (jus albinagii). Таковы только 4 штата Сѣверной Америки, упомянутые выше. Что касается до штата Виргиніи, Боливіи, Люксембурга и нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ, придерживающихся тѣхъ-же началъ, то въ нихъ иностранцы допускаются, однако, къ наслѣдованію на основаніи трактатовъ. По этимъ соображеніямъ, и имѣя въ виду крайне ограниченное пространство тѣхъ государствъ, въ коихъ еще отстало развитіе законодательства объ иностранцахъ, при этомъ — незначительность взаимныхъ сношеній между русско-подданными и подданными этихъ государствъ, наконецъ—доступность во всякое время заключенія съ ними уравнительныхъ конвенцій, слѣдуетъ придти къ убѣжденію въ томъ, что сохраненіе существующаго въ русскомъ законодательствѣ, въ высшей степени удобнаго и справедливаго начала уравненія иностранцевъ въ правѣ наслѣдованія, представляется желательнымъ.

4. Наслѣдованіе лицъ, еще не родившихся и не созданныхъ.

(Nasciturus.— Geniturus. — Фидеикоммисъ. — Запрещеніе Фидеикоммисной субституціи.—Указъ 1839 г. по дѣлу бригадирши Лопухиной.—Завѣщаніе въ пользу еще не возникшаго учрежденія.—Дѣло Штеделя во Франкфуртѣ въ 1815 году. — Либавское дѣло Бёмера 1892 года.—Заключеніе).

При разсмотрѣніи сложнаго вопроса о наслѣдованіи лицъ (физическихъ или юридическихъ), при жизни наслѣдодателя еще не родившихся или не возникшихъ, затрагивается общее начало, имѣющее глубокое общественное и государственно значеніе, именно—вопросъ о предѣлахъ воли умершаго лица во времени. Спрашивается, можетъ-ли такая воля имѣть на неопредѣленное время, на цѣлыя поколѣнія, обязательную силу, оставаясь, такъ сказать, «in suspenso», безъ окончательнаго поступленія имущества въ собственность опредѣленнаго лица? Можетъ-ли быть допущенъ такой порядокъ вещей, при которомъ цѣлыя поколѣнія повинуются волѣ давно умершаго лица? Стало-быть, упоминая о правѣ наслѣдованія не родившихся и не созданныхъ лицъ, мы говоримъ здѣсь о наслѣдованіи по завѣщанію.

Первая ступень въ развитіи этого вопроса особеннаго интереса не представляетъ. Когда наслѣдникъ созданъ, т. е. зачатъ и находится въ утробѣ матери, но еще не родился, то онъ, какъ извѣстно, вполнѣ отождествляется съ родившимся. Еще въ Римѣ говорили: «Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus quaeritur» — L. 7, 26 D. h. t.)—Это положеніе общее, идущее гораздо дальше завѣщательнаго права, даже за предѣлы наслѣдственнаго права. На этомъ основаніи можетъ быть назначенъ опекунъ, или попечитель надъ будущимъ, еще не родившимся лицомъ, то что называется во французскомъ правѣ »curateur au ventre».

Подтвержденіе этого начала читатель найдетъ почти во всѣхъ современныхъ законодательствахъ: Т. X ч. 1 св. зак., ст. 1106, п. 2; Прибалт. св. гражд. зак. ст. 1695; Французское уложеніе ст. 725; Итальянское ст. 724; Улож. Кантона Во ст. 512; упраздненное Саксонское ул. ст. 2008; Сербское ст. 398; упраздненное Прусское земское право I, 9 §§ 371 и сл.; Германское ул. ст. 1923; Португальское ст. 1776; Цюрихское ст. 1914 и 1967; Испанское ст. 959—967; Бельгійскій проектъ Лорана ст. 743.

На этой простой и не вызывающей сомнѣнія ступени мы останавливаться не будемъ.

Второю ступенью является вопросъ въ такой формѣ: *Могутъ-ли быть допускаемы завѣщательныя распоряженія въ пользу лицъ, не только не родившихся, но даже и не зачатыхъ ко времени открытія наслѣдства?*

Если-бы юриспруденція относилась безразлично къ этому вопросу и давала въ немъ полную свободу, то было-бы ясно, что можно было-бы составлять завѣщаніе въ пользу лица, имѣющаго родиться цѣлые вѣка послѣ завѣщателя. Въ промежутокъ времени до этого событія завѣщанное имущество попадало-бы въ состояніе крайне неопредѣленное; словомъ, умножились-бы случаи внѣ-правоваго состоянія значительныхъ имуществъ.

Отсюда ясно, что юриспруденція должна была пойти по пути ограниченій такого рода завѣщательныхъ распоряженій.

Въ чемъ состоятъ эти ограниченія, въ какой—большей или меньшей степени—эти ограниченія связываютъ завѣщательный произволъ, въ этомъ содержится главный интересъ настоящаго изслѣдованія.

Самымъ естественнымъ и наиболѣе простымъ видомъ этихъ ограниченій является требованіе законодателя, чтобы родитель назначаемаго наслѣдника былъ болѣе или менѣе близокъ къ завѣщателю: близокъ по степени родства или близокъ, по крайней мѣрѣ, одновременнымъ съ нимъ существованіемъ, такъ что иными законодательствами разрѣшается завѣщаніе въ пользу незачатаго; но родитель этого наслѣдника долженъ быть современникомъ завѣщателя.

Такъ, напримѣръ, французское право допускаетъ отказъ наслѣдства въ пользу внуковъ завѣщателя (ст. 1048 фр. ул.), или-же въ пользу племянниковъ и племянницъ бездѣтнаго завѣщателя (1049 ст. фр. ул.), хотя-бы эти лица имѣли быть зачатыми послѣ смерти завѣщателя. Мексиканское и нидерландское законодательства, допуская подобныя-же распоряженія, не идутъ, при этомъ, дальше тѣхъ-же предѣловъ расширенія общихъ началъ, которыя намѣчены въ приведенныхъ статьяхъ французскаго уложенія.

Болѣе общую постановку вопроса допускаетъ ст. 764 Итальянскаго уложенія, дозволяющая *завѣщаніе въ пользу дѣтей «опредѣленнаго лица находившагося въ живыхъ во время составленія завѣщанія, хотя-бы означенныя дѣти не были въ это время еще зачаты»*. То-же правило допускается статьею 1777-ою Португальскаго уложенія.

Другія законодательства идутъ гораздо далѣе въ указанномъ направленіи, въ особенности законодательства германско-римскаго типа, допускающія въ широкихъ размѣрахъ фидеикоммиеныя субституціи.

Таковы напримѣръ Германское уложеніе (ст. 2100—2146), упраздненное Саксонское уложеніе (ст. 2005, 2503—2541), упраздненное Прусское земское право (I, 12—§§466—477), Австрійское уложеніе (ст. 608 и слѣд.), Цюрихское (ст. 2078), Испанское (ст.781), улож. Кантона Во (ст. 685—697) и другія. Сюда же относятся и узаконенія Прибалтійскаго края, допускающія весьма широкое примѣненіе и разнообразіе понятія фидеикоммиса (ст. 2317—2357 и 2525—2580). Нѣкоторыя изъ приведенныхъ узаконеній обнаруживаютъ стремленіе къ ограниченію дѣйствія фидеикоммиссовъ въ предѣлахъ одного поколѣнія. Для этой цѣли Прусское земское право запрещало учрежденіе фидеикоммиса далѣе, какъ на двѣ степени (I, 12—§§ 55 и 57). Первый проектъ Германскаго уложенія (1888 г.) ограничивалъ фидеикоммисы съ двухъ сторонъ: запрещеніемъ наступленія передачи (Nacherbfolge) далѣе, какъ одинъ разъ (1812 ст.), и установленіемъ 30-ти лѣтняго срока для дѣйствительности тѣхъ фидеикоммисовъ, въ коихъ передача обусловлена инымъ обстоятельствомъ, нежели смертью фидеикоммисара (ст. 1813). Эти статьи не устояли передъ критикою юристовъ и въ позднѣйшихъ дебатахъ законодательныхъ учрежденій—(ср. *Rachenburg* Studien zum Erbrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 1895; стр. 22) ограниченіе фидеикоммисовъ выражено было въ статьяхъ 2108 и 2109 Германскаго Уложенія; при этомъ, хотя и допускается многократный переходъ по фидеикоммисной субституціи, однако съ тѣмъ, что дальнѣйшій переходъ запрещается, какъ только наслѣдство переходитъ, въ первый разъ, къ лицу, зачатому послѣ смерти завѣщателя, учредившаго фидеикоммисъ (ст. 2108); вмѣстѣ съ тѣмъ оставленъ 30-ти-лѣтній срокъ, обусловленный измѣненною редакціею (ст. 2109). Такимъ образомъ осуществляется общая мысль *ограниченія фидеикоммисныхъ передачъ однимъ поколѣніемъ*. Подобное-же, хотя нѣсколько болѣе расширенное ограниченіе (до 2 степеней лицъ, зачатыхъ послѣ смерти завѣщателя), содержитъ Австрійское право (ст. 611, 612). Ограниченіе фидеикоммиса одною степенью (кромѣ исключенія для семейныхъ учрежденій) встрѣчается также въ Цюрихскомъ уложеніи (ст. 2078) и въ уложеніи Кантона Во (ст. 687). Въ Испанскомъ уложеніи запрещаются фидеикоммисныя передачи далѣе двухъ степеней (ст. 781). Саксонское уложеніе не допускало никакихъ ограниченій (ср. «Motive zu dem Entwurfe eines Bügerliches Gesetzbuches f. das D. R.» V, 90).

Стремленіе законодателей къ ограниченію фидеикоммисовъ въ тѣхъ странахъ, гдѣ они имѣли широкое распространеніе, вызывается,

главнымъ образомъ, соображеніями политико-экономическаго характера. Подчиненіе судьбы завѣщаемаго имущества волѣ завѣщателя на неопредѣленное время послѣ его смерти не вызывается вовсе личными интересами завѣщателя; оно также не имѣетъ отношенія къ ближайшимъ интересамъ семьи, разъ долговременность такого распоряженія превышаетъ время несовершеннолѣтія наслѣдниковъ. Между тѣмъ, неограниченное дѣйствіе подобныхъ распоряженій на нѣсколько поколѣній вызываетъ существенныя неудобства. Юридическая конструкція отношеній между фидеикоммисаромъ и его подналѣдникомъ представляетъ много спорнаго и трудно опредѣляется закономъ. Порядокъ удовлетворенія кредиторовъ того и другаго затрудняется весьма значительнымъ образомъ. Для отчужденія имущества или иныхъ распоряженій фидеикоммисара требуется не всегда удобно осуществимое согласіе его преемниковъ. Отсюда вытекаютъ—неизбѣжное затрудненіе кредита для фидеикоммисара и всѣ, связанныя съ этимъ ограниченіемъ, хозяйственныя неурядицы.

Къ этимъ общимъ положеніямъ присоединяются соображенія, тѣсно связанныя съ задачами экономической политики. Государственная власть имѣетъ основаніе смотрѣть на утверждаемый ею порядокъ законнаго наслѣдованія, какъ на цѣлесообразное соціальное средство, могущее играть значительную роль въ его рукахъ, сообразно тѣмъ послѣдствіямъ, которыя имѣетъ та или иная система наслѣдованія, въ связи съ народными потребностями и съ цѣлями законодательной политики. Поставленная въ опредѣленныя рамки, свобода завѣщаній должна быть допущена, какъ справедливое средство удовлетворенія потребностей и привязанностей собственника въ отношеніи того поколѣнія, съ которымъ онъ имѣетъ дѣло при жизни. Но дозволеніе частному лицу, посредствомъ завѣщанія, опредѣлять, по своему усмотрѣнію, для цѣлаго ряда послѣдующихъ поколѣній, не тотъ порядокъ наслѣдованія, который предусмотрѣнъ закономъ, есть льгота неумѣстная и чрезмѣрная. Относясь легко къ такому вторженію частнаго произвола въ свою сферу дѣятельности, государство какъ будто разрѣшаетъ волѣ частнаго лица захватывать часть принадлежащей ему власти, которой оно не вправѣ выпускать изъ своихъ рукъ. Эти соображенія несомнѣнно вѣски даже тамъ, гдѣ, условія жизни и виды законодателя вовсе не тождественны съ тѣмъ, что побудило Францію отнестись наиболѣе отрицательно къ фидеикоммисамъ, когда послѣдовала общая ихъ отмѣна въ 1792 году. Въ то время содѣйствовало тамъ появленію такого закона общее настроеніе законодательныхъ сферъ, клонившееся къ отмѣнѣ всего того, что

могло содѣйствовать укрѣпленію аристократическихъ родовъ. Слѣдуетъ замѣтить, однако, что въ этомъ настроеніи представлялась лишь частность въ общемъ сознаніи государственной важности недозволенія частнымъ лицамъ вліять на порядокъ наслѣдованія тамъ, гдѣ это отправленіе принадлежитъ законодателю. Подобная общая формулировка сохраняетъ это начало въ томъ неизмѣнномъ видѣ, въ коемъ оно должно быть признано, съ точки зрѣнія законодательной политики, за предѣлами Франціи и внѣ того круга понятій, который существовалъ въ этой странѣ въ концѣ XVIII столѣтія.

Спрашивается, какихъ началъ придерживается нынѣ, въ Россіи, существующее право. Не смотря на нѣкоторое затемнѣніе вопроса посторонними соображеніями, мѣшающими точной формулировкѣ закона, *дѣйствующее право содержитъ въ себѣ болѣе или менѣе опредѣленно выраженный запретъ учрежденія фидеикоммисныхъ субституцій.* Это видно изъ примѣчанія къ ст. 1011—1 ч. X тома, а также изъ Именнаго Указа 29 Мая 1804 года по дѣлу помѣщицы *Опочининой;* изъ дѣла бригадирши *Лопухиной*, рѣшеннаго Высочайшимъ указомъ 18 Ноября 1839 года, (откуда и возникло примѣчаніе къ ст. 1011), наконецъ, изъ дѣла Втораго Отдѣленія Е. И. В. Канцеляріи 1869 г. № 58 о наслѣдствѣ послѣ капитана *Гавриленки* — (см. Объясн. Зап. къ пр. о наслѣдованіи, составленному А. К. Рихтеромъ, стр. 14 и 15). Правда, значеніе примѣчанія къ ст. 1011, а стало-быть и выводы изъ дѣла бригадирши Лопухиной, какъ будто-бы ослабляются тѣмъ, что содержащееся, въ упомянутомъ примѣчаніи, запрещеніе подчинять завѣщанное уже разъ имѣніе «произволу вотчинника», въ отношеніи «дальнѣйшаго его перехода» ставится въ причинную зависимость отъ того соображенія, что имѣніе, вслѣдствіе завѣщанія, «обращается въ разрядъ имѣній наслѣдственныхъ», т. е. *родовыхъ:* (см. Объясн. Зап. къ проекту Рихтера, стр. 22). Основываясь на этомъ обстоятельствѣ, А. К. Рихтеръ находитъ сомнительнымъ выводъ о безусловно запретномъ свойствѣ фидеикоммисовъ, по дѣйствующему праву и ставитъ вопросъ въ такой формѣ: «если преемственное, пожизненное владѣніе допускается при томъ условіи, что пожизненные владѣльцы принадлежатъ къ числу живыхъ и современныхъ завѣщателю лицъ; если подобное ограниченіе устраняетъ опасность чрезмѣрной продолжительности времени, въ теченіи котораго воля завѣщателя тяготѣетъ надъ имѣніемъ, и если понятіе о субституціяхъ чуждо нашему праву, а примѣчаніе къ ст. 1011 имѣетъ въ виду *частный случай примѣненія закона о родовыхъ имѣніяхъ, то спрашивается, на какомъ основаніи можно*

было-бы воспретить завѣщательныя распоряженія о преемственномъ переходѣ права собственности между живыми и современными завѣщателю лицами?»—(стр. 23 Объясн. Зап. Рихтера). Отсюда можно заключить, что Рихтеръ склоненъ былъ считать фидеикоммисную субституцію сдѣлкою дозволенною дѣйствующимъ правомъ, коль скоро преемственный переходъ собственности совершается «между живыми и современными завѣщателю лицами», т. е. между лицами, уже находившимися въ живыхъ въ моментъ открытія наслѣдства.

Съ этимъ воззрѣніемъ едва-ли возможно согласиться. *Смыслъ примѣчанія къ ст. 1011 сводится къ принципіальному запрещенію фидеикоммисной субституціи, какъ таковой, а не къ одному лишь «частному случаю примѣненія закона о родовыхъ имѣніяхъ».* Правда, буквальное изложеніе дѣла, въ означенномъ примѣчаніи, какъ будто-бы говоритъ въ пользу мнѣнія А. К. Рихтера; что-же касается до правильности его разсужденій, отождествляющихъ слово «наслѣдственное» со словомъ «родовое» (стр. 22 его Объясн. Зап.), то она сомнѣнію подлежать не можетъ. Тѣмъ не менѣе, указаніе на то, что «имѣніе обращается въ разрядъ имѣній наслѣдственныхъ»—есть лишь неудачная мотивировка болѣе общаго запрета, вытекающаго изъ дѣла бригадирши Лопухиной, въ соображеніи съ другими дѣлами подобнаго характера. Такъ, напримѣръ, не слѣдуетъ упускать изъ виду, что въ дѣлѣ бригадирши Лопухиной была частная особенность такого рода: завѣщаніе было составлено въ пользу дочерей, а потому имѣніе, при первомъ-же переходѣ, становилось родовымъ, въ силу 2 п. 399 статьи. Но примѣчаніе къ ст. 1011 говоритъ о завѣщателѣ *вообще;* между тѣмъ, завѣщательный переходъ къ «избранному имъ наслѣднику» вовсе не влечетъ за собою тѣхъ особенностей, которыя создаетъ завѣщаніе въ пользу прямого наслѣдника, т. е. родового свойства имѣнія. Но за то 1086 статья, дающая право обязывать наслѣдника къ исполненію завѣщательныхъ распоряженій *только «на время жизни его»* представляется въ мотивировкѣ примѣч. къ 1011 статьѣ единственнымъ, вполнѣ общимъ доводомъ, оправдывающимъ такое обобщеніе (внѣ свойствъ родового имущества), когда «избранный наслѣдникъ» можетъ быть лицомъ постороннимъ, имѣніе остается въ его рукахъ благопріобрѣтеннымъ, а его все-таки нельзя обязывать, по завѣщанію, далѣе, какъ до предѣловъ его жизни. Тутъ уже ясно проглядываетъ запретъ фидеикоммисныхъ субституцій, совершенно независимо отъ родового свойства имѣнія. Мысль о томъ, что эти субституціи вредны и не должны быть терпимы иначе, какъ въ порядкѣ учрежденія маіоратовъ съ Высочай-

шаго соизволенія, опредѣленно высказана была и въ другихъ дѣлахъ старой практики, какъ напримѣръ въ дѣлѣ графа *Буксгевдена,* рѣшенномъ Государственнымъ Совѣтомъ 16 Марта 1814 года и въ дѣлѣ о завѣщаніи *Кампенгаузена*, рѣшенномъ въ Государственномъ Совѣтѣ въ 1813 году—(см. въ курсѣ Побѣдоносцева, II т., § 64).

Такимъ образомъ, есть полное основаніе къ тому, чтобы понимать нынѣ дѣйствующее право, въ смыслѣ запрещенія фидеикоммисныхъ субституцій. Сохраненіе подобнаго запрещенія на будущее время, конечно, желательно. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что, съ устраненіемъ фидеикоммисныхъ субституцій, допущеніе завѣщаній, установляющихъ послѣдовательный рядъ пожизненныхъ владѣній до поступленія завѣщаннаго имущества во владѣніе наслѣдника представляло-бы экономическія неудобства, аналогичныя съ неудобствами фидеикоммиса, только въ томъ случаѣ, если-бы этотъ рядъ пожизненныхъ владѣній былъ ничѣмъ не ограниченъ и грозилъ возможностью распространенія на неопредѣленное время. Это нетрудно устранить требованіемъ, чтобы наслѣдникъ, назначаемый въ завѣщаніи, былъ въ крайнемъ случаѣ нисходящимъ въ *первой* степени, «имѣющимъ родиться отъ лица, *существующаго* во время открытія наслѣдства». Допущеніе, съ такимъ ограниченіемъ, возможности назначенія наслѣдникомъ лица, еще не зачатаго, въ моментъ открытія наслѣдства, вызывается требованіями жизни, какъ усматривается изъ кассаціонной практики. Гражданскій кассаціонный Департаментъ разрѣшилъ такой случай въ утвердительномъ смыслѣ по дѣлу *Мьняева* (рѣш. гр. касс. деп. Сен. 1888 г. № 63). Подобный-же случай разрѣшенъ Правительствующимъ Сенатомъ также по дѣлу *Русановой* (1873 г. № 1530). Примѣняясь къ этимъ указаніямъ судебной практики, слѣдуетъ признать, что завѣщательныя распоряженія въ пользу лицъ, имѣющихъ родиться впослѣдствіи, представляются вполнѣ законными.

При составленіи новыхъ гражданскихъ законовъ слѣдуетъ ограничить эту льготу лишь требованіемъ того, чтобы родитель незачатаго еще наслѣдника самъ находился въ живыхъ въ моментъ открытія наслѣдства, чѣмъ можно будетъ дать болѣе опредѣленную формулировку тѣмъ положеніямъ, которыя выработаны кассаціонной практикой. При такой постановкѣ вопроса, является существенная необходимость лишь въ точномъ опредѣленіи юридической конструкціи отношеній, за время до наступленія рожденія и зачатія наслѣдника. За устраненіемъ фидеикоммисной субституціи, остается лишь два возможныхъ исхода такой конструкціи отношеній. Наслѣдствен-

ное имущество, въ ожиданіи наслѣдника, можетъ быть или въ пожизненномъ владѣніи опредѣленнаго въ завѣщаніи лица, а за неуказаніемъ такого лица,—въ пользовладѣніи указаннаго въ завѣщаніи родителя наслѣдника или-же—въ вѣдѣніи опекунскаго установленія, имѣющаго попеченіе о наслѣдникѣ, еще не родившемся. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ предположеніи, юридическая конструкція этихъ отношеній не представляетъ непреодолимыхъ затрудненій.

Изъ всего изложеннаго видно, что общимъ началомъ завѣщательнаго права является требованіе, чтобы наслѣдовали только такія лица, которыя *существуютъ* въ моментъ открытія наслѣдства, т. е. уже родились, уже зачаты, или наконецъ—въ видѣ крайняго обобщенія той-же мысли—существуютъ пока въ плоти и крови своихъ будущихъ родителей. Во всякомъ случаѣ, реальная связь этихъ будущихъ наслѣдниковъ съ поколѣніемъ, современнымъ самому завѣщателю, является внѣ всякаго сомнѣнія.

Но человѣческая мысль на этомъ не останавливается. Есть такой видъ жизненнаго возникновенія этого самаго вопроса, въ которомъ приходится рѣшать судьбу завѣщанія, составленнаго въ пользу *наслѣдника вовсе не существующаго* въ моментъ смерти завѣщателя.

Это вопросъ, знаменитый въ лѣтописяхъ юриспруденціи, и при томъ вопросъ съ великимъ практическимъ значеніемъ. Рѣчь идетъ о завѣщательныхъ распоряженіяхъ на общеполезныя цѣли. Если такія распоряженія совершаются въ пользу установленій, уже признанныхъ въ качествѣ юридическихъ лицъ до открытія наслѣдства, въ такомъ случаѣ не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что такія распоряженія возможны и не противорѣчатъ общему началу. *Но если такое юридическое лицо еще не существуетъ, а завѣщатель желаетъ, чтобы послѣдовало его учрежденіе на завѣщанныя средства,* то вопросъ о согласованіи такого распоряженія съ общими началами, преподанными въ наслѣдственномъ правѣ, представляется крайне спорнымъ. Нѣкоторыя законодательства признаютъ подобныя завѣщательныя распоряженія недѣйствительными, по крайней мѣрѣ въ томъ предположеніи, что завѣщатель желаетъ прямо назначить своимъ наслѣдникомъ по завѣщанію юридическое лицо, еще не возникшее и не утвержденное. Подобнаго ригоризма придерживается, въ особенности, французское право, въ которомъ вовсе не содержится прямыхъ указаній на возникновеніе юридическаго лица изъ имущества, предназначеннаго для опредѣленной цѣли, а слово «fondation», соотвѣтствующее нѣмецкому «Stiftung», вовсе не употребляется въ кодексѣ, а попадается лишь въ научныхъ трудахъ. Къ данному случаю при-

мѣняется лишь ст. 906 фр. ул., изъ которой выводится такое рѣшеніе этого вопроса: разъ предположенное къ учрежденію юридическое лицо еще не существуетъ въ моментъ открытія наслѣдства, оно *не способно* наслѣдовать по завѣщанію, въ силу общаго значенія ст. 906 фран. улож.; позднѣйшее-же утвержденіе, подлежащею властью, юридическаго существованія подобнаго учрежденія, будучи лишено обратной силы, не можетъ придать ему право наслѣдованія, пріуроченное къ этому моменту, такъ что, по французскому праву, назначеніе наслѣдникомъ еще не возникшаго юридическаго лица является недѣйствительнымъ. Достиженіе намѣченной цѣли доступно для завѣщателя только въ формѣ назначенія опредѣленнаго лица наслѣдникомъ «sub modo», т. е. съ возложеніемъ на него обязанности учрежденія того установленія благотворительности или общественной пользы, которое желаетъ создать завѣщатель. (Ср. Baudry—Lacantinerie et Wahl «Dse donations entre vifs et des testaments» §§ 345—351, 354 и 355).

Такого-же безусловнаго требованія способности къ наслѣдованію въ моментъ открытія наслѣдства придерживаются уложенія: Португальское (ст. 1778), Испанское (ст. 758) и Мексиканское («Raoul de la Grasserie», стр. 217), въ которыхъ повторяется общее правило, вслѣдствіе коего «необходимая къ наслѣдованію правоспособность наслѣдника по завѣщанію требуется въ день открытія наслѣдства». Нидерландское уложеніе, придерживаясь также того общаго правила, въ силу коего «признается способнымъ наслѣдовать по завѣщанію только такое лицо, которое существуетъ въ моментъ смерти завѣщателя», допускаетъ тутъ-же (въ ст. 946) спеціальное исключеніе въ отношеніи «тѣхъ лицъ, которыя призваны пользоваться учрежденными установленіями» («Cette disposition n'est pas applicable aux personnes appelées a jouir de fondations»).

Означенный вопросъ считался спорнымъ и въ Германіи, по пандектному праву. Какъ извѣстно, назначенія наслѣдниками такъ называемыхъ «personae incertae» римское право не допускало. Во времена Юстиніана сдѣлано было исключеніе, ради благочестія, въ пользу такихъ завѣщаній, которыми имущество наслѣдодателя предназначалось для «выкупа плѣнныхъ» или для призрѣнія «бѣдныхъ» [1]).

1) C. 48 (49) pr. C. de episc. et cler (1,3). «Si quis... cum desiderat totam suam substantiam *pro redemptione captivorum* relinquere, *eos ipsos captivos scripserit heredes,* ne videatur, quasi *incertis* personis heredibus iustitutis, judicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus, huius talem institutionem pietatis intuitu valere». § 1 (тамъ же) «Sed et si *pauperes* quidam scripserit heredes... (et) *sic incerto vocabulo pauperes fuerint heredes instituti,* simili modo et hnius modi institutionem valere decernimus».

Античное выраженіе «для плѣнныхъ», или «для бѣдныхъ»—соотвѣтствуетъ позднѣйшему понятію «благотворительнаго учрежденія» (milde Stiftung). На основаніи приведеннаго текста изъ юстиніановскаго кодекса сложилось въ Германіи такое мнѣніе, что завѣщатель не лишенъ возможности завѣщать свое имущество такому общеполезному учрежденію, которое должно возникнуть послѣ открытія наслѣдства и на завѣщанныя средства. Вопросъ обратилъ на себя особенное вниманіе юристовъ по поводу завѣщанія купца Штеделя, утвержденіе коего было потребовано во Франкфуртѣ-на-Майнѣ въ 1815 году и въ которомъ содержалось такое распоряженіе: «Мое собраніе картинъ, рукописей, гравюръ и художественныхъ предметовъ, вмѣстѣ съ относящимися къ этому собранію книгами, должно послужить началомъ Художественнаго Института имени Штеделя, который я желаю основать для гражданъ города Франкфурта. Я назначаю этотъ Институтъ моимъ универсальнымъ преемникомъ, завѣщая ему все мое движимое и недвижимое имущество».—(Ср. *A. Koeppen* «Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts»—Würzburg 1895, § 74, стр. 484, прим. 5). При обсужденіи этого случая, нѣмецкіе юристы выразили довольно разнообразныя мнѣнія. Мюленбрухъ, Ротъ и Ширмеръ высказались въ томъ смыслѣ, что снисходительное отношеніе Юстиніана къ «piae causae»—не подлежитъ распространительному толкованію на всѣ общеполезныя цѣли, ради которыхъ могутъ быть учреждаемы юридическія лица, а потому общимъ началомъ остается то, что юридическое лицо не можетъ возникнуть изъ того завѣщанія, коимъ оно надѣляется, такъ какъ существованіе такого юридическаго лица зависитъ отъ правительственнаго разрѣшенія, имѣющаго послѣдовать въ будущемъ, и такимъ образомъ оказывается, что въ моментъ открытія наслѣдства, наслѣдникъ по завѣщанію не существуетъ, а потому такое распоряженіе недѣйствительно. (*Ср. Mühlenbruch* «Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles», Halle 1828; *Roth* въ Іерингговомъ журналѣ «Jahrbücher f. Dogm». Bd. I, стр. 209; *Schirmer* «Erbrecht» § 4, стр. 32). Впрочемъ Мюленбрухъ смягчаетъ, въ другомъ мѣстѣ, вышеизложенный взглядъ тѣмъ соображеніемъ, что завѣщатель можетъ распорядиться условно, назначивъ будущее учрежденіе своимъ наслѣдникомъ «на тотъ случай, если послѣдуетъ правительственное его утвержденіе». (Ср. Мюленбрухъ, примѣч. къ комментарію *Глюка*, т. 40, стр. 76).

Съ другой стороны сложилось иное, болѣе широкое мнѣніе, достигшее нынѣ полной авторитетности и явнаго научнаго преоблада-

нія. Согласно этому воззрѣнію, Юстиніанъ началъ съ того, что допустилъ исключеніе для «captivi», перешелъ затѣмъ къ болѣе общему понятію «pauperes» и, такимъ образомъ, уже намѣтилъ путь къ широкому, принципіальному обобщенію, вслѣдствіе чего вполнѣ законно, для новѣйшихъ юристовъ, допускать такое-же расширеніе понятій на всѣ учрежденія, преслѣдующія общеполезную цѣль. (Ср. *Koeppen*, стр, 485, прим. 1). Въ пользу допустимости подобныхъ завѣщательныхъ распоряженій высказались: Эльверсъ, Нортгофъ, Арндтсъ, Бринцъ, Виндшейдъ, Беккеръ, Кёппенъ и друг. (Ср. *Elvers* Theoret-prakt. Erörter. aus der Lehre von der testamentar. Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen», Göttingen 1827; *Northoff* «die Gültigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung u s. v. Gött. 1833, *Arndts* «Civilist. Schriften» Bd. 2, стр. 73; *Brinz* «Pandekten» (2 изд.) т. 3, стр. 54, также 1-е изд. во 2 части стр. 754 и сл., стр. 1069 и слѣд., 1075 и 1090; *Windscheid* «Pandekten» § 49 прим. 5, *Bekker*, «Pandekten» I, стр. 282 и сл.).— Судебная практика въ Германіи представляетъ на этотъ счетъ не меньшія колебанія, нежели теоретическія сочиненія.

Въ этомъ знаменательномъ спорѣ сталкиваются два начала, полное примиреніе которыхъ едва-ли возможно на почвѣ традиціонныхъ принциповъ пандектнаго права: съ одной стороны опредѣленно высказывается стремленіе современнаго человѣка къ тому, чтобы снимать преграды формализма, стѣсняющія волю завѣщателей, когда они руководятся идеею общественнаго блага; съ другой-же стороны возникаютъ трудно устранимыя логическія препятствія, естественно появляющіяся въ силу того, что *назначеніе наслѣдника* признается, по идеѣ римскаго права, существеннымъ элементомъ завѣщанія. Ясно, что выходъ изъ этого противорѣчія возможенъ не иначе, какъ путемъ признанія коренныхъ чертъ римскаго формализма необязательными для современной юриспруденціи. Въ данномъ вопросѣ это значитъ, что наличность *общеполезной цѣли*, указанной какъ назначеніе завѣщательнаго распоряженія, *вполнѣ замѣняетъ собою опредѣленность назначаемаго наслѣдника;* такая замѣна оправдывается обезпеченностью, создаваемою, въ наше время, общественно-государственнымъ строемъ, отъ котораго *всегда* можно ожидать, что субъектъ унаслѣдованныхъ правъ будетъ созданъ путемъ утвержденія намѣченнаго завѣщателемъ юридическаго лица, коль скоро самая цѣль не противорѣчитъ закону. Эта увѣренность всѣхъ и каждаго въ неминуемомъ воздѣйствіи общественно-государственной власти является однимъ изъ самыхъ сильныхъ стимуловъ къ преобразованію римскихъ

началъ наслѣдственнаго права, въ смыслѣ ослабленія субъективизма этого права, въ частности-же, въ смыслѣ ослабленія того принципа, который ставилъ дѣйствительность завѣщанія въ зависимость отъ непремѣннаго «назначенія наслѣдника», и при томъ такого, который обладалъ-бы полною правоспособностью къ наслѣдованію въ самый моментъ открытія наслѣдства.

Таковъ духъ нѣкоторыхъ новѣйшихъ уложеній, выразившихъ опредѣленными статьями то передовое мнѣніе, которое являлось недостаточно обоснованнымъ на старой почвѣ пандектнаго права. Въ этомъ смыслѣ составлены статьи 2074 упраздненнаго нынѣ Саксонскаго уложенія и статьи 84 и 2101 новаго Германскаго Уложенія, принципіально разрѣшающія вышеизложенный споръ въ смыслѣ, наиболѣе благопріятствующемъ выполненію цѣлей общеполезныхъ учрежденій, создаваемыхъ черезъ завѣщаніе.

Обращаясь къ положенію этого вопроса у насъ, въ Россіи, необходимо разсмотрѣть сначала узаконенія Прибалтійскаго Гражданскаго Свода, а затѣмъ 1 ч. X тома Свода Законовъ Имперіи.

Прибалтійское право сохранило вполнѣ, въ означенномъ вопросѣ, точку зрѣнія римскаго права, на которое и ссылаются относящіяся сюда статьи 1697 и 2348 ч. III Св. Мѣст. Узаконеній. Способность къ наслѣдованію должна существовать въ лицѣ *наслѣдника*, какъ въ моментъ открытія и принятія наслѣдства, такъ и въ моментъ составленія завѣщанія. Завѣщательныя распоряженія въ пользу имѣющихъ еще возникнуть юридическихъ лицъ съ общеполезною цѣлью, прямо допускаются лишь въ формѣ *фидеикоммиса* или *отказа*. При такой постановкѣ вопроса, основанной на римской традиціонной догмѣ, возможно возникновеніе тѣхъ самыхъ контроверзъ, которыя существуютъ на почвѣ пандектнаго права. Нѣкоторую аналогію съ вышеуказаннымъ процессомъ Штеделя 1815 года представляетъ возникшее въ 1892 году дѣло о завѣщаніи Бёмера, въ Либавѣ, разрѣшенное Либавскимъ окружнымъ судомъ въ смыслѣ признанія силы завѣщанія, учреждавшаго «вдовій домъ Бёмера», какъ юридическое лицо. Дѣло это не перешло въ палату.

1 ч. X тома не содержитъ прямаго отвѣта на вышепоставленный вопросъ (ст. 1090—1094); но кассаціонная практика разъяснила его въ духѣ новѣйшей нѣмецкой литературы, какъ явствуетъ въ особенности изъ рѣшеній гражданскаго кассаціоннаго департамента по дѣлу Измирова (71—643), по дѣлу Уткиной (76—369) и по дѣлу Колонтарова (88 — 63). Правительствующій Сенатъ разъяснилъ въ этихъ рѣшеніяхъ, что завѣщательное распоряженіе, сдѣланное не въ пользу

существующихъ учрежденій, а въ пользу «новаго учебнаго заведенія», или въ пользу «благотворительныхъ учрежденій, которыя, согласно волѣ завѣщателя, должны быть учреждены», наконецъ въ томъ случаѣ, когда благотворительное учрежденіе «должно быть устроено именно на средства, въ завѣщаніи указанныя», должно считаться вполнѣ законнымъ.

Всѣмъ предъидущимъ изложеніемъ достаточно мотивируется конечный нашъ выводъ о разрѣшеніи этого вопроса въ будущихъ гражданскихъ законахъ именно въ томъ смыслѣ, въ какомъ уже высказалась наша сенатская практика и согласно съ новѣйшей германской юриспруденціей. Въ пользу такого заключенія говорятъ рѣшительно всѣ возможныя соображенія. Римскій формализмъ для насъ не законъ; мы имъ стѣсняться не станемъ. А современная здравая критика безсрочныхъ распоряженій завѣщателя, ведущая къ ограниченію фидеикоммисныхъ субституцій, здѣсь вовсе не примѣнима. Она умалкиваетъ, когда рѣчь идетъ объ общеполезной цѣли и объ умноженіи тѣхъ народныхъ и общенаціональныхъ учрежденій, которыя, въ современномъ строѣ жизни, безусловно подчинены волѣ государства.

---

5. Недостойность наслѣдника, опредѣляемая по судебному приговору и по завѣщанію.

Обзоръ различныхъ законодательствъ приводитъ насъ къ ознакомленію съ двоякимъ институтомъ, распространеннымъ далеко не однообразно и не одновременно въ обоихъ его видахъ. Мы разумѣемъ, съ одной стороны — признаніе наслѣдника, по суду, недостойнымъ къ наслѣдованію, а съ другой стороны — право, предоставляемое наслѣдодателямъ по завѣщанію устранить даже необходимаго наслѣдника отъ причитающагося законнаго наслѣдства. Первая система нормъ соотвѣтствовала въ римскомъ правѣ понятію «heredis indignitas»; вторая спеціально означается словомъ: «exheredatio».

Различіе тутъ довольно тонкое и сводится прежде всего къ порядку установленія того злаго качества наслѣдника, въ силу коего онъ ограничивается въ своемъ правѣ. Затѣмъ, перечень достаточныхъ основаній, въ томъ и другомъ случаѣ, неодинаковъ.

Слѣдуя началамъ римскаго права, нашъ прибалтійскій Сводъ гражданскихъ Узаконеній допускаетъ одновременно упомянутый институтъ въ обоихъ его видахъ: «лишеніе наслѣдниковъ по закону

ихъ правъ на наслѣдованіе, въ видѣ наказанія»—(ст. 2847 и слѣд.), на ряду съ устраненіемъ ихъ отъ наслѣдства, посредствомъ «заявки въ завѣщаніи»—(ст. 2013 и слѣд.).

Изъ другихъ законодательствъ, одновременное осуществленіе сказаннаго института въ двухъ его видахъ—мы находимъ въ римскомъ правѣ (Dig. 34, 9; Cod. 6, 35; ср. Windscheid § 669; Nov. 115; ср. Виндшейдъ, § 590); въ австрійскомъ уложеніи, ст. 540—543, 768 и слѣд.; въ упраздненномъ прусскомъ земскомъ правѣ I, 12 §§ 35, 599, 605 и слѣд. II, 2 §§ 399—409, 506—513; въ упраздненномъ саксонскомъ уложеніи, ст. 2277—2280, 2575—2577, 2582, и въ германскомъ уложеніи, ст. 2339—2342; 2333, 2334. Наоборотъ, французское уложеніе и итальянское знаютъ одну только «недостойность наслѣдника по суду» (indignité—ст. 727 франц., 725 итал.), тогда какъ «завѣщательная эксгередація» имъ не извѣстна (если не считать допущенія въ ст. 812 итальянскаго уложенія послѣдствій «формальнаго разлученія супруговъ»).

Наконецъ, цюрихское уложеніе отличается обратнымъ недостаткомъ: въ немъ есть подробно разработанный институтъ «завѣщательной эксгередаціи отъ обязательной доли» (см. 2042—2053), но не имѣется какихъ-либо статей о судебномъ объявленіи «недостоинства» наслѣдника.

Менѣе значительныя законодательства представляютъ, по указанному вопросу, слѣдующее отношеніе. Оба вида недостойности признаютъ уложенія кантона Во (ст. 514—517 и 584) и Сербское (ст. 419—421, 480). Одинъ лишь судебный видъ признанія «недостойности» мы находимъ въ уложеніяхъ: Португальскомъ (ст. 1782), Испанскомъ (ст. 756), Нидерландскомъ (ст. 885), Мексиканскомъ (изд. де-ля-Грассери, стр. 214, 215) и въ Бельгійскомъ проектѣ Лорана (ст. 745 и 746). Наконецъ, исключительное осуществленіе признанія «недостойности» путемъ завѣщанія предполагалось въ извѣстномъ проектѣ Момзена, сыгравшемъ значительную роль въ исторіи выработки проектовъ Германскаго Уложенія (пр. Момзенъ. ст. 490 и слѣд.).

Для болѣе точнаго опредѣленія предмета нашего изслѣдованія мы остановимся подробнѣе на идеѣ провозглашенія наслѣдника недостойнымъ *по суду*—(indignité французскаго права).

Общая формулировка этого института такова: *отъ права наслѣдованія устраняются наслѣдники, совершившіе тяжкое преступленіе противъ наслѣдодателя или его ближайшихъ* (нисходящихъ или восходящихъ родственниковъ) или, наконецъ, противъ его супруга. Затѣмъ, соотвѣтственно этой общей идеѣ, разныя законодательства выражаютъ ее не совсѣмъ однообразно. По статьѣ 727

французскаго уложенія: «признаются недостойными наслѣдовать, и, какъ таковые, отъ наслѣдства устраняются:

1) тотъ, кто признанъ по суду виновнымъ въ убійствѣ наслѣдователя или въ покушеніи на его жизнь;

2) тотъ, кто взвелъ на него уголовное обвиненіе, признанное клеветою;

3) совершеннолѣтній наслѣдникъ, который, зная объ убійствѣ наслѣдотателя, не донесъ о томъ судебной власти.

Эти случаи уже въ значительной степени расширены въ статьѣ 2848 Свода Гражданскихъ Законовъ для Прибалтійскихъ губерній, которая «лишаетъ наслѣдства тѣхъ которые:

1) убьютъ наслѣдователя... 2) удержать его насиліемъ или обманомъ отъ составленія предсмертнаго распоряженія или принудятъ его составить таковое; 3) неправильно оспорятъ правоспособность завѣщателя; 4) при жизни наслѣдователя, безъ его вѣдома и согласія, заключатъ съ кѣмъ-либо договоръ, касающійся будущаго, послѣ него наслѣдства.

Такимъ образомъ, тутъ уже не говорится объ одномъ лишь тяжкомъ преступленіи противъ наслѣдователя, но даже о такихъ дѣйствіяхъ, которыя считаются неблаговидными и направленными противъ добраго имени наслѣдователя, къ тому-же и о тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя должны вести къ мнимой и незаконной выгодѣ недостойнаго наслѣдника. Здѣсь не мѣсто перечислять всѣ разнообразные поводы недостоинства, которые читатель найдетъ въ указанныхъ законодательствахъ. Они, въ особенности, представляютъ значительную пестроту въ римскомъ правѣ. Болѣе значительный юридическій интересъ представляетъ вопросъ объ анализѣ тѣхъ правоотношеній, которыя создаются для недостойнаго наслѣдника, въ силу состоявшагося приговора суда о его недостойности.

На этотъ счетъ существуютъ два противоположныхъ взгляда. По одному мнѣнію недостойность наслѣдника возникаетъ какъ прямое послѣдствіе состоявшагося уголовнаго приговора, т. е. «ipso jure». По другому мнѣнію, недостойность не существуетъ сама по себѣ до ея провозглашенія судомъ. Въ первомъ предположеніи гражданскій судъ, рѣшающій искъ о недостойности наслѣдника, *признаетъ* лишь фактъ, возникшій самъ по себѣ, въ силу уголовнаго дѣянія, послужившаго предметомъ уголовнаго суда. Во второмъ предположеніи тотъ-же гражданскій судъ, руководствуясь состоявшимся раньше уголовнымъ приговоромъ, *создаетъ* новое юридическое состояніе въ правахъ наслѣдника.

Какого взгляда придерживалось римское право, отвѣтить не очень легко. Windscheid (§ 674) усматриваетъ въ римской конструкціи недостойности наслѣдника юридическое состояніе, возникающее безъ особаго постановленія суда—(«Die Wirkungen der Erbunwürdigkeit treten ohne Weiteres ein», стр. 438). Съ другой стороны Koeppen находитъ, что недостойный наслѣдникъ можетъ принять наслѣдство со всею дѣйствительной силой этого акта, но что позднѣйшее отнятіе у него наслѣдства имѣетъ значеніе резолютивнаго условія для его правъ на наслѣдство (Lehrbuch, § 19). Далѣе «Baudry-Lacantinerie», въ очеркѣ, сравнивающемъ положенія римскаго и французскаго права, находитъ, что въ римскомъ правѣ искъ о признаніи недостойности наслѣдника имѣлъ «безъ всякаго сомнѣнія» такое значеніе, что эта недостойность установлялась лишь судомъ, а не возникала сама по себѣ (§§ 322 и 340); во французскомъ-же правѣ недостойность, по мнѣнію того-же автора, имѣетъ абсолютный характеръ и возникаетъ «ipso jure»—de plein droit—(§ 321). Его-же мнѣнія придерживаются: во первыхъ единогласная французская судебная практика, во вторыхъ нѣкоторые авторы, въ томъ числѣ Лоранъ (IX, №№ 12—17). Между тѣмъ значительная часть французскихъ писателей придерживается противоположнаго мнѣнія, придавая недостойности наслѣдника относительное значеніе и допуская, что она возникаетъ не иначе, какъ по постановленію суда—(Demolombe XIII, № 276 и слѣд.; Aubry et Rau VI, стр. 273, § 593 прим. 3 и стр. 287, § 593, пр. 25; Marcadé — къ ст. 727, № VI). Наконецъ, въ связи съ этою стороною вопроса стоитъ другой вопросъ о томъ, можетъ-ли послѣдовать признаніе недостойности послѣ смерти провинившагося наслѣдника, и способенъ-ли перейти по наслѣдству отвѣтъ по иску о недостойности? Въ этомъ отношеніи существуютъ также разнообразныя разрѣшенія вопроса. Сторонники безусловнаго возникновенія факта недостойности, независимо отъ опредѣленія суда, придерживаются того мнѣнія, что признаніе этого факта можетъ послѣдовать со стороны суда, также послѣ смерти недостойнаго наслѣдника. Напротивъ, среди защитниковъ относительнаго характера недостойности, существуетъ разногласіе: нѣкоторые изъ нихъ (напр. Marcadé, къ ст. 728, № VI) признаютъ отвѣтъ по этому иску не переходящимъ по наслѣдству, полагая, что, разъ наслѣдникъ умеръ, то его уже нельзя признать недостойнымъ; другіе, наоборотъ, считаютъ, что относительный характеръ факта недостойности вовсе не препятствуетъ способности отвѣта по этому иску переходить по наслѣдству, такъ что недостойность можетъ быть

признана послѣ смерти недостойнаго лица—(Demolombe XIII, № 279; Aubry et Rau VI, стр. 274, § 591 пр. 4, и т. д.).

Чтобы правильно разобраться въ этихъ контроверсахъ, слѣдуетъ принять къ руководству ту точку зрѣнія, что *основаніе къ устраненію недостойнаго лица отъ наслѣдства дѣйствительно содержится уже въ его дѣяніи и въ томъ, что это дѣяніе квалифицировано вошедшимъ въ законную силу приговоромъ уголовнаго суда.* Такимъ образомъ, слѣдуетъ признать правильность того мнѣнія, которымъ присваивается абсолютное значеніе факту недостойности наслѣдника, причемъ позднѣйшее предъявленіе иска и рѣшеніе гражданскаго суда ведутъ уже не къ возникновенію юридическаго положенія, а къ *признанію* самого по себѣ, уже существующаго факта недостойности наслѣдника. Съ этой точки зрѣнія не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что опредѣленіе гражданскаго суда, признающее этотъ фактъ, можетъ состояться даже послѣ смерти недостойнаго наслѣдника. Однако было-бы несправедливо допустить самое предъявленіе такого иска къ наслѣдникамъ недостойнаго лица послѣ его смерти, такъ какъ обязанность отвѣчать за уголовное дѣяніе, внѣ предѣловъ отвѣтственности за убытки, причиненные преступленіемъ, должна считаться обязанностью, тѣсно связанною съ личностью преступника, и не можетъ, въ какой-либо части обременять наслѣдниковъ до тѣхъ поръ, пока не состоялся обрядъ предъявленія иска, соотвѣтствующій моменту римской «litis contestatio», съ какового момоента личныя права и обязанности пріобрѣтаютъ характеръ передаваемости по наслѣдству.

Послѣдствіемъ установленнаго здѣсь начала является то, что недостойный наслѣдникъ, овладѣвшій наслѣдствомъ, отвѣтствуетъ передъ сонаслѣдниками не только обязанностью выдать имъ наслѣдственное имущество, но и выдачею имъ плодовъ съ этого имущества, а также возмѣщеніемъ имъ всѣхъ убытковъ, по правиламъ объ отвѣтственности недобросовѣстнаго владѣльца.

Въ самомъ дѣлѣ отвѣтственность недостойнаго наслѣдника передъ прочими наслѣдниками, относительно возврата ихъ наслѣдственнаго имущества и вознагражденія ихъ за убытки по правиламъ объ отвѣтвенности недобросовѣстнаго владѣльца, была-бы чрезмѣрно суровою мѣрою лишь въ томъ случаѣ, если-бы не существовало предположенія *абсолютнаго* характера факта недостойности. Будь недостойный наслѣдникъ, хотя-бы временно, вполнѣ правомѣрнымъ обладателемъ наслѣдства, то было бы совершенно справедливо предоставить ему безпрепятственное пользованіе наслѣдствомъ и безвозвратное

полученіе имъ доходовъ, если не до тѣхъ поръ, пока не состоится судебнаго рѣшенія о его недостойности, то по крайней мѣрѣ до момента предъявленія иска. Обязанность-же возвратить всѣ плоды со дня открытія наслѣдства, какъ въ ст. 729 Франц. ул. и въ ст. 886 Нидерл. ул., есть прямое послѣдствіе того, что фактъ недостойности возникаетъ раньше судебнаго о немъ рѣшенія, и наслѣдникъ долженъ о семъ знать, независимо отъ предъявленія къ нему иска, а потому его обладаніе наслѣдствомъ и обсуждается съ точки зрѣнія законовъ, опредѣляющихъ послѣдствія недобросовѣстнаго владѣнія.

Затѣмъ возникаетъ вопросъ, можно-ли допускать предъявленіе исковъ о признаніи наслѣдника недостойнымъ, и объ отобраніи отъ него наслѣдства, въ предѣлахъ срока общей земской давности, или-же необходимо ограничивать такіе иски болѣе сокращенными сроками?

Нѣкоторыя законодательства примѣняютъ къ этому иску общій срокъ давности, безъ сокращенія; напримѣръ французское уложеніе не предусматриваетъ для этого случая особой давности, въ силу чего срокъ давности, согласно ст. 2262, полагается тридцатилѣтній—(Ср. «Marcadé» Explic. du C. c. III, § 75; Baudry-Lacantinerie et Wahl «Traitéde Dr. civil: Des Successions»—I, § 372). Подобное-же соображеніе примѣнимо къ Нидерландскому Уложенію, въ которомъ искъ объ отысканіи наслѣдства ограниченъ тридцатилѣтнею давностью (ст. 882); спеціальной-же давности для иска о признаніи недостойности наслѣдника—въ законѣ не указано.

Между тѣмъ, принимая въ соображеніе то обстоятельство, что процессы этого рода способствуютъ ожесточенію семейныхъ отношеній, если не принять нѣкоторыхъ мѣръ къ ихъ ограниченію въ предѣлахъ кратчайшаго времени, тѣмъ болѣе, что возбужденіе вопросовъ этого рода мало цѣлесообразно, разъ прошло много лѣтъ и память о содѣянномъ проступкѣ улеглась, слѣдуетъ безусловно отдать предпочтеніе тѣмъ законодательствамъ, которыя устанавливаютъ для такого рода исковъ болѣе сокращенные сроки, сравнительно съ общею давностью. Таковы, напримѣръ, постановленія новаго Германскаго Уложенія, допускающаго искъ о недостойности наслѣдника лишь въ предѣлахъ годичнаго срока съ того времени, когда истецъ узналъ объ основаніи иска (ст. 2082 и 2340). Уложеніе кантона Во (ст. 517) установляетъ годичный срокъ со дня открытія наслѣдства или со дня утвержденія завѣщанія. Испанское уложеніе (ст. 762) разрѣшаетъ предъявленіе иска въ теченіе пяти лѣтъ со дня принятія наслѣдства.

Установленіе такихъ сокращенныхъ сроковъ заслуживаетъ полнаго одобренія.

Распространяется-ли недостоинство наслѣдниковъ на его нисходящихъ? Этотъ вопросъ важенъ въ томъ смыслѣ, что имъ предразрѣшается вопросъ о томъ, кто заинтересованъ въ предъявленіи иска о недостоинствѣ наслѣдника. Наиболѣе правильный отвѣтъ даетъ статья 2873 Прибалтійскаго Гражданскаго Свода, гласящая: «На мѣсто того, кто будетъ удаленъ отъ наслѣдства какъ недостойный, вступаетъ то лицо, которое призывалось къ наслѣдованію, вмѣстѣ съ отпавшимъ или непосредственно за нимъ... напр. ближайшій наслѣдникъ по закопу». Другими словами, правильнѣе всего приравненіе недостойныхъ наслѣдниковъ къ лицамъ, умершимъ до открытія наслѣдства. Такое начало содержитъ въ себѣ косвенно неустраненіе отъ наслѣдованія нисходящихъ недостойнаго наслѣдника. Это правило содержится, въ настоящее время, въ ст. 2873 Приб. Гражд. Свода, въ ст. 2278 упраздненнаго Сакс. ул.; въ ст. 541 Австр. ул.; въ Проектѣ Лорана, ст. 748 и въ ст. 2344 Герм. уложенія. Иное правило содержится въ статьяхъ — 730 Фран. ул., 516 Кантона Во и 887 Нидерл. уложенія, а именно: дѣти недостойнаго наслѣдника устраняются вмѣстѣ съ нимъ отъ наслѣдства, если ихъ право на наслѣдство основано на правѣ представленія; они не устраняются, когда ихъ право—самостоятельно отъ права родителя.

Такое разрѣшеніе вопроса вполнѣ логично вытекаетъ изъ того понятія права представленія, которое проведено во французскомъ законѣ, въ коемъ: «право представленія есть фикція закона, сила которой состоитъ во вступленіи представляющихъ на мѣсто, въ степень и *права* представляемаго» — (ст. 739 Франц. улож.).—Болѣе современнымъ представляется иное распредѣленіе наслѣдства, по началу «поколѣннаго дѣленія», вытѣснившаго прежнее понятіе «права представленія» — въ теоріи наслѣдственнаго права. Въ силу «поколѣннаго дѣленія», правопреемники ранѣе умершаго наслѣдника лишь вступаютъ «въ степень», но не «въ права» умершаго, до открытіи наслѣдства. (См. слѣдующій очеркъ, подъ заглавіемъ: «право представленія и поколѣнное преемство»). — По этому предположенію является уже несомнѣннымъ, что ведостойность наслѣдника никоимъ образомъ не можетъ вредить правамъ его нисходящихъ.

Наконецъ является существеннымъ вопросъ о томъ, можетъ-ли наслѣдодатель простить недостойнаго наслѣдника и тѣмъ возстановить его права на наслѣдство? Наиболѣе строгими являются тутъ положенія римскаго права и французскаго уложенія, въ которыхъ

такое примиреніе не допускается. Болѣе гуманнымъ и справедливымъ является правило, допускающее прощеніе недостойнаго наслѣдника, повторяющееся въ цѣломъ рядѣ новѣйшихъ уложеній: Прибалтійскомъ (ст. 2877), упраздненномъ Саксонскомъ (ст. 2279), Австрійскомъ (ст. 540), Испанскомъ (ст. 757), Германскомъ (ст. 2343), въ Бельгійскомъ проектѣ Лорана (ст. 747) и въ Португальскомъ уложеніи, съ нѣкоторыми, впрочемъ, ограниченіями (ст. 1782, прим.).

Второй видъ установленія недостоинства наслѣдника относится, болѣе спеціально къ завѣщательному праву: это *римскій институтъ экгередаціи*, получившій дальнѣйшее развитіе на почвѣ германскаго права. Онъ тѣсно связанъ не только съ завѣщаніемъ, вообще говоря, но именно съ институтомъ *обязательной доли*. Тамъ, гдѣ существуетъ обязательная доля, т. е. система нормъ, въ силу которой завѣщатель *обязанъ*, волею-неволею, предоставить извѣстную долю своего имущества ближайшимъ наслѣдникамъ, тамъ допускается, въ опредѣленныхъ случаяхъ, *экгередація необходимаго наслѣдника*. Такимъ образомъ, построеніе экгередаціи таково: въ предѣлахъ обязательной доли наслѣдодатель стѣсненъ въ правѣ завѣщать; но если наслѣдникъ совершилъ поступокъ, оскорбляющій наслѣдодателя, то свобода завѣщанія расширяется, и оскорбленный наслѣдодатель вправѣ отнять у провинившагося наслѣдника *даже его обязательную долю*. Поэтому, справедливо будетъ установить слѣдующій принципъ, въ двойной его формулировкѣ:

а) институтъ экгередаціи не имѣетъ мѣста тамъ, гдѣ нѣтъ обязательной доли;

б) институтъ экгередаціи всегда нормально сопутствуетъ установленію обязательной доли.

Тѣсная связь института экгередаціи съ существованіемъ обязательной доли не опровергается тѣмъ, что французское уложеніе не знаетъ экгередаціи, такъ какъ на это можно возразить слѣдующее:

а) что французское право лишь со времени революціи отмѣнило цраво отца лишать наслѣдства своихъ дѣтей (*Laurent* XII, стр. 19), и

б) что существованіе обязательной доли во французскомъ правѣ, безъ корректива въ правѣ экгередаціи, даетъ поводъ къ справедливой критикѣ французскаго кодекса, и нѣтъ въ этомъ отношеніи недостатка въ недовольныхъ голосахъ (ср. докладъ *Брунса*, на XIV съѣздѣ германскихъ юристовъ, стр. 110).

Разсматривая рядъ законодательствъ, развившихъ институтъ экгередаціи, мы должны признать, что трудно установить какія-либо общія, незыблемыя начала, изъ которыхъ вытекала-бы вся сово-

купность дѣйствій или недостатковъ наслѣдника, составляющихъ законные поводы для его эксгередаціи. Когда законодатель задается опредѣленіемъ этихъ поводовъ, то онъ въ значительной степени вынужденъ отрѣшиться отъ предвзятой систематики.

Вполнѣ удовлетворительный списокъ поводовъ къ эксгередаціи можетъ быть составленъ лишь по соображеніи существующихъ указаній быта и судебной практики въ данной странѣ, изъ которыхъ видно, какими соображеніями руководствуются наслѣдодатели, рѣшаясь составлять завѣщанія, отрѣшающія кого-либо изъ ихъ наслѣдниковъ отъ его законныхъ правъ на наслѣдство. Совершенно справедливо замѣчаніе проф. *Брунса*, находящаго, что «разграниченіе основаній къ лишенію наслѣдства не есть дѣло правовѣдѣнія, но опредѣляется нравственными воззрѣніями, существующими въ народѣ», вслѣдствіе чего этотъ авторъ даже предлагаетъ предоставлять разрѣшеніе этихъ вопросовъ народному суду присяжныхъ, на подобіе римскаго центумвиральнаго суда (ср. *Брунсъ*, указ. докл., стр. 110 и 111).

Подтвержденіемъ этихъ соображеній можетъ служить сличеніе двухъ списковъ такихъ поводовъ эксгередаціи, относящихся къ весьма различнымъ эпохамъ, а именно къ древнему Риму и къ современной Германіи. Приведемъ сначала поводы эксгередаціи въ римскомъ правѣ, а затѣмъ подобный-же списокъ по Германскому уложенію.

I. *Римское право*, въ 115 новеллѣ, различаетъ *основанія эксгередаціи* отдѣльно, въ отношеніи *нисходятихъ* и *восходящихъ* (нумерація поводовъ заимствована у *Виндтейда* § 590).

а) Эксгередація нисходящихъ, съ отмѣткою (курсивомъ) тѣхъ поводовъ, которые не потеряли значенія для современнаго быта.

1) *Покушеніе на жизнь.*

2) *Насиліе* противъ личности.

3) Прочія *тяжкія оскорбленія.*

4) *Уголовныя обвиненія* (кромѣ тѣхъ, которыя уличаютъ наслѣдодателя въ измѣнѣ главѣ государства).

5) *Ложный доносъ*, причинившій наслѣдодателю значительный вредъ.

6) *Прелюбодѣяніе съ женою наслѣдодателя.*

7) *Прегражденіе возможности составить завѣщаніе.*

8) Отказъ въ поручительствѣ за арестованнаго наслѣдодателя.

9) *Неоказаніе помощи* при душевной болѣзни.

10) Нежеланіе выкупить наслѣдодателя изъ плѣна.

11) Сообщество съ отравителями, чародѣями и т. п.

12) Поступленіе въ актеры, безъ разрѣшенія восходящаго.

13) Развратная жизнь дочери или внучки, или бракъ противъ воли восходящаго.

б) Эксгередація восходящихъ.

1) *Покушеніе на жизнь.*

2) *Обвиненіе въ преступленіи*, влекущемъ за собою смертную казнь, (кромѣ государственнаго преступленія).

3) *Прелюбодѣяніе* съ женою нисходящаго.

4) *Преграждеиіе возможности составить завѣщаніе.*

5) Нежеланіе выкупить изъ плѣна.

6) *Неоказаніе помощи* при душевной болѣзни.

7) Отравленіе собственнаго супруга.

Въ первомъ, главномъ перечнѣ, только 8 пунктовъ изъ числа 13 сохранили современное значеніе, а именно: п.п. 1—7 и 9. Изъ нихъ только 5 пунктовъ тождественны съ такими-же поводами эксгередаціи восходящихъ: 1, 4, 6, 7, 9. Все остальное, можпо сказать, утратило значеніе. Нѣкоторые-же пункты (напр. 4, 9) могутъ пригодиться въ современномъ быту не иначе, какъ въ измѣненной формулировкѣ.

II. *Поводами къ эксгередаціи, въ Германскомъ уложеніи, служатъ;*

а) въ отношеніи нисходящихъ:

1) покушеніе на жизнь наслѣдодателя или его ближнихъ:

2) тѣлесное насиліе;

3) преступленіе или тяжкое оскорбленіе, когда это дѣяніе направлено противъ восходящаго наслѣдодателя;

4) уклоненіе отъ выполненія обязанности доставлять содержаніе;

5) порочное поведеніе, противъ воли восходящаго.

б) Въ отношеніи отца или матери дѣйствуютъ пункты, здѣсь указанные подъ №№ 1, 3 и 4 (ст. 2334).

в) Въ отношеніи супруговъ считаются основаніями эксгередаціи тѣ обстоятельства, которыя даютъ поводъ къ требованію развода.

Такимъ образомъ, можно подмѣтить общую черту въ постепенномъ приспособленіи института эксгередаціи къ современному праву. Неопредѣленные поводы, основанные на однихъ только этическихъ соображеніяхъ, исчезаютъ. Сохраняются главнымъ образомъ, тѣ основанія для устраненія наслѣдника, которыя коренятся на уголовномъ дѣяніи, могущемъ быть предметомъ опредѣленнаго обвинительнаго приговора суда.

Далѣе, несомнѣнный интересъ представляетъ выясненіе того соотношенія, которое существуетъ въ одномъ и томъ-же законодательствѣ между двумя видами недостоинства, изъ коихъ первый установляется по иску заинтересованныхъ лицъ (heredis indignitas), а второй служитъ основаніемъ для завѣщательнаго отрѣшенія отъ наслѣдства (exheredatio). Въ этомъ отношеніи, можно замѣтить, что *сравненіе поводовъ экгередаціи съ основаніями общей недостойности*, въ римскомъ правѣ (см. *Windscheid* §§ 670, 671, 672 и 673), даетъ слѣдующіе результаты.

Изъ перечня (1—13) поводовъ экгередаціи считаются *также* основаніями недостойности: *пп:* 1 (съ тѣмъ лишь измѣненіемъ, что рѣчь идетъ *не о покушеніи* а о *совершеніи* убійства, хотя-бы по неосторожности), *4 (доносъ* вм. *обвиненія*), *9, 10*; кромѣ того слѣдуетъ считать п. *7,* нѣсколько иначе формулированный, но при той-же идеѣ: *подлогъ* и *сокрытіе* завѣщанія.

Но затѣмъ, *кромѣ перечня* (1—13) поводовъ экгередаціи, служатъ *основаніями общей недостойности* слѣдующія обстоятельства:

а) *Невозбужденіе наслѣдникомъ судебнаго преслѣдованія* противъ лицъ, убившихъ наслѣдодателя (*Windscheid* § 670; ср. *п. 3 ст. 727 франц. улож.*),

б) Возбужденіе сомнѣнія въ правоспособности наслѣдодателя, а равно безуспѣшное предъявленіе иска о признаніи его завѣщательныхъ распоряженій недѣйствительными (*Windscheid*, §§ 670 и 671).

в) Отчужденіе наслѣдства при жизни наслѣдодателя и безъ его согласія—(тамъ же § 670).

г) Безуспѣшная попытка пупилярнаго субститута доказать подмѣнъ личности пупилла (см. тамъ-же, § 671).

д) Неисполненіе легата наслѣдникомъ по завѣщанію въ теченіе одного года (тамъ же, § 671).

е) Попытка наслѣдника устроитъ, при жизни наслѣдодателя, тайную передачу его имущества неправоспособному лицу (тамъ же § 672).

ж) Прелюбодѣяніе супруги наслѣдницы (тамъ-же, § 672).

з) *Незаконное сожитіе*, служащее препятствіемъ къ завѣщательнымъ распоряженіямъ между сожителями (тамъ-же, § 672).

Съ другой стороны, если задаться вопросомъ о такомъ-же сравненіи, на почвѣ *Германскаго уложенія*, то мы обратимъ вниманіе на *статью 2339* этого уложенія, въ которой *основаніями недостойности*, дающими поводъ къ иску противъ наслѣдника, считаются:

1) убійство наслѣдодателя;

2) прегражденіе возможности дѣлать завѣщаніе, принужденіе насиліемъ, или обманомъ къ совершенію завѣщанія;

3) подложное составленіе завѣщанія.

Въ общемъ выводѣ можно придти къ тому заключенію, что *кругъ тѣхъ обстоятельствъ, на которыхъ можетъ быть основана эксгередація, гораздо шире и разнообразнѣе въ одной и той-же системѣ права, нежели кругъ поводовъ, на которыхъ основывается искъ въ судѣ о недостойности наслѣдства.*

Переходя къ нормамъ русскаго права, мы прежде всего поставимъ себѣ вопросъ: есть-ли въ нашихъ гражданскихъ законахъ нѣчто подобное тому или другому виду недостойности наслѣдника?

Очевидно, весь запасъ наличныхъ данныхъ по этому вопросу сводится къ статьѣ 167 Св. Гражд. Зак. (1 ч. X т.) и ст. 1566 Уложенія о наказаніяхъ. Первая имѣетъ распространеніе лишь на губерніи Черниговскую и Полтавскую и взята изъ Литовскаго Статута; а въ этомъ источникѣ она, очевидно, происходитъ изъ римскаго права. Что касается второй изъ упомянутыхъ статей, то она относится отчасти къ уголовному, отчасти къ брачному праву, и въ ней слѣдуетъ, по всей вѣроятности, видѣть отпечатокъ церковныхъ постановленій. Несмотря на отсутствіе общихъ цивилистическихъ началъ по данному вопросу, можетъ представиться однако случай когда суду придется растолковать значеніе упомянутыхъ статей и степень пораженія ими правъ наслѣдника. Важно установить, какъ смотрѣть на нихъ, съ точки зрѣнія теоріи права наслѣдованія. Заключается-ли въ упомянутыхъ статьяхъ основаніе для признанія недостойности наслѣдника по судебному рѣшенію, или-же основаніе для эксгередаціи наслѣдника въ завѣщаніи?

Статья 1566 улож. о нак., по буквальному ея содержанію, устанавливаетъ судебное признаніе наслѣдника недостойнымъ, въ смыслѣ института «indignitas».

Что касается до статьи 167-ой 1 ч. X тома, то она, очевидно, такого абсолютнаго значенія не имѣетъ, такъ какъ ею предоставляется лишь родителямъ право *отрѣчься* отъ дѣтей. Но что значитъ «отречься»? Очевидно, эта статья не имѣетъ никакого отношенія къ завѣщательному праву, а касается только семейныхъ отношеній между родителями и дѣтьми.

Строить на ней эксгередацію немыслимо, потому что эксгередація предполагаетъ институтъ обязательной доли, который не извѣстенъ русскому праву и не существуетъ также въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской. Произволъ завѣщателей ничѣмъ не ограничивается у

насъ, кромѣ начала родовыхъ имѣній. Что касается до этой категоріи имуществъ, то и въ отношеніи таковыхъ экстередація наслѣдниковъ никакого значенія имѣть не можетъ, и нельзя допустить, чтобы, въ силу 167 статьи 1-ой части X т. Св. Зак., нарушалось общее правило 1068 ст. и чтобы оскорбленному родителю дозволялось составить завѣщаніе объ устраненіи дѣтей отъ родового имущества, ибо правило ст. 1068 имѣетъ *абсолютное значеніе, въ силу началъ родового, а не семейнаго союза.*

По всѣмъ этимъ соображеніямъ, слѣдуетъ признать, что у насъ есть въ русскомъ правѣ одинъ только, крайне ограниченный случай такъ называемой: «heredis indignitas» (ст. 1566 улож. о нак.), и нѣтъ вовсе института «exheredatio», потому что нѣтъ вовсе той почвы, на которой этотъ институтъ можетъ возникнуть.

6. ПРАВО ПРЕДСТАВЛЕНІЯ И ПОКОЛѢННОЕ ПРЕЕМСТВО [1]).

I.

Первыя попытки обобщенія явленій наслѣдственнаго права приводятъ къ формулировкѣ полезнаго понятія, безъ помощи котораго немыслимо развитіе системы наслѣдственнаго права. Это понятіе называется *правомъ представленія* (représentation, Repräsentationsrecht).

Обойтись безъ этой идеи—невозможно. Замѣнить ее болѣе строгою однородною идеею, созданною изъ того-же понятія представленія, лишь очищеннаго критикой и болѣе обобщеннаго—весьма желательно, въ виду нѣкоторыхъ недостатковъ права представленія. Этотъ замѣняющій суррогатъ права представленія, преимущества коего будутъ выяснены ниже, именуется *принципомъ поколѣннаго преемства*,

Оба понятія являются отвѣтомъ системы наслѣдственнаго права на предъявленный ей запросъ о томъ: «какое участіе должны принять въ наслѣдованіи болѣе отдаленныя отъ наслѣдодателя поколѣнія, когда ближайшія къ нему, старшія поколѣнія наслѣдниковъ, *вопреки естественному порядку смертей*, вымрутъ раньше общаго родоначальника, т. е. раньше наслѣдодателя»? Умираетъ сынъ раньше отца, хотя по природѣ вещей отецъ долженъ умереть раньше своихъ дѣтей. Причину такого неожиданнаго порядка въ послѣдовательности

---

[1]) Докладъ, читанный въ Юридическомъ Обществѣ 3 февраля 1895 г. и обсужденный въ преніяхъ 24 февраля и 11 марта 1895 г. (См. Журн. Юрид. Общ: №№ 7 и 8 того-же года).

смертей—слѣдуетъ считать *обстоятельствомъ случайнымъ*, сводящимъ, противъ общаго ожиданія, въ могилу молодаго человѣка при жизни старика.

Такое случайное обстоятельство не можетъ быть призвано къ роли юридическаго фактора въ первобытной системѣ, свидѣтельствующей о слабомъ развитіи юридическаго мышленія. Юридическая мысль прежде всего считается съ явленіями *нормальными*, потому что они неизбѣжно повторяются: они заурядны и многочисленны. Система, предусматривающая, кромѣ нормальныхъ, еще случайныя явленія и имѣющая готовый на нихъ отвѣтъ, носитъ въ себѣ задатки высшаго совершенства. Она успѣла возвыситься отъ удовлетворенія *насущныхъ* потребностей до нѣкоторой *роскоши*, ибо: имѣть готовый отвѣтъ не только на нормальный, но и на случайный запросъ—есть именно роскошь.

Эта роскошь составляетъ нынѣ общее достояніе современныхъ кодексовъ. Однако, не трудно догадаться, что она есть благопріобрѣтенная умственною работою вѣковъ. Было время, когда ея не было. Въ этомъ убѣждаютъ насъ, какъ апріорная постановка самаго вопроса, такъ и исторія права, на которую сошлемся далѣе. Мы, поэтому, вправѣ строить двойную схему наслѣдственнаго права: съ одной стороны безпомощную систему наслѣдственныхъ преемствъ, лишенныхъ всякаго понятія о правѣ представленія; съ другой стороны—схему современныхъ системъ, которыя безъ права представленій обойтись уже не могутъ.

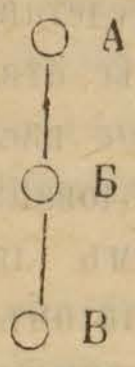
Первые шаги правового сознанія носятъ отпечатокъ *матеріальности*, т. е. самой тѣсной зависимости человѣка отъ *конкретныхъ* явленій, безъ малѣйшаго умѣнія мыслить *отвлеченно* объ этихъ явленіяхъ.

Съ точки зрѣнія матеріальнаго воззрѣнія на право трудно допустить, чтобы случайное нарушеніе сообразнаго съ природою нормальнаго порядка и послѣдовательности смертей оставалось безъ вліянія на права отдаленныхъ преемниковъ. Первобытный умъ поражается только тѣми явленіями, которыя повторяются *постоянно*, не замѣчая событій *рѣдкихъ* и *случайныхъ* Поэтому, предусмотрѣніе случайныхъ событій относится уже къ системѣ понятій, чуждыхъ матеріальному представленію права, и свидѣтельствуетъ о дѣятельности *отвлеченія*.

Усиліе юридической мысли, посредствомъ отвлеченныхъ пріемовъ, отрѣшиться отъ матеріальнаго отношенія къ дѣйствительности, создаетъ сперва понятіе *представленія* и приводитъ, затѣмъ, по мѣрѣ

бо̀льшей степени отвлеченности, къ формулированію принципа *поколѣннаго преемства*.

Въ кругу матеріальныхъ представленій наслѣдованія право преемника тѣсно соединяется съ естественнымъ, заурядным фактомъ и н еиьшбол съ чѣмъ.



Фиг. № 1.

Умираетъ отецъ А, ему наслѣдуетъ сынъ его Б; съ другой стороны, только въ моментъ смерти перваго можетъ наслѣдовать второе лицо, получая лишь то, что̀ принадлежитъ первому лицу А въ моментъ его смерти. Послѣ Б (но не раньше) ожидается смерть внука В; при этомъ В наслѣдуетъ тому-же Б, получая одновременно все, что, когда-то перешло отъ А къ Б и, сверхъ того, все прочее, что входитъ въ имущество Б въ моментъ его смерти. Опять-же, только въ моментъ этой смерти можетъ наслѣдовать послѣдній преемникъ В; онъ же можетъ получить наслѣдственно только то имущество, которое принадлежитъ тому же Б въ моментъ его смерти.

Такова *простѣйшая схема* наслѣдованія, исключительно предусматривающая *естественный порядокъ смертей*, когда старшіе умираютъ раньше младшихъ, вслѣдствіе чего предполагается наслѣдственный переходъ каждый разъ черезъ промежутокъ *одной степени*.

Предположимъ теперь, при тѣхъ-же матеріальныхъ понятіяхъ что естественный порядокъ нарушенъ: первымъ умираетъ Б.

Эта смерть, согласно приведенной схемѣ, елужитъ достаточнымъ основаніемъ для того, чтобы В немедленно полуиилъ все наслѣдство отъ Б; но имущество дѣда не содержится въ этомъ наслѣдствѣ ибо А еще живъ.

Вслѣдъ затѣмъ умираетъ А. Спрашивается, кому достанется его наслѣдство? Очевидно—никому. Въ самомъ дѣлѣ, одинъ только Б былъ преемникомъ, могущимъ наслѣдовать въ моментъ смерти А, а этого преемника нѣтъ болѣе въ живыхъ. Съ другой стороны В есть преемникъ только въ отношеніи Б, а потому способенъ получить наслѣдство лишь въ тотъ моментъ, когда умираетъ Б; онъ и дѣдов-

ское достояніе можетъ получить не иначе, какъ въ моментъ смерти Б: но этой смерти уже быть не можетъ, потому что она случилась ранѣе.

Стало быть, дѣдовское наслѣдство пропадаетъ для В: онъ его уже получить не можетъ. Вотъ къ чему мы приходимъ, оставаясь въ предѣлахъ матеріальнаго представленія права наслѣдованія, пока не прибѣгнемъ къ помощи болѣе отвлеченныхъ понятій.

Итакъ, вотъ *первый выводъ* изслѣдованія: при грубо-матеріальномъ воззрѣніи на право наслѣдованія, связывающемъ возникновеніе правъ наслѣдниковъ съ однимъ лишь естественнымъ порядкомъ смертей и исключительно съ фактомъ смерти непосредственнаго предшественника или родителя, положеніе отдаленныхъ поколѣній прямо зависитъ отъ точнаго наступленія естественнаго порядка смертей.

Здѣсь *случайное явленіе* имѣетъ *роковое вліяніе* и своимъ возникновеніемъ совершенно *уничтожаетъ права отдаленныхъ преемниковъ*.

II.

Для цѣли нашего анализа совершенно безразлично знать, было-ли когда-либо такое состояніе, при которомъ юридическая мысль оставалась бы буквально на точкѣ замерзанія въ матеріализмѣ, нами принятомъ, какъ исходная точка изслѣдованія: хотя я склоненъ думать, что такія стадіи развитія должны были существовать.

Можно придти къ этому убѣжденію на основаніи нѣкоторыхъ положительныхъ историческихъ указаній. Древнѣйшая система въ римскихъ правовыхъ наслоеніяхъ, я разумѣю строгое *цивильное* право, *не знали принципа постепеннаго наслѣдованія:* «Das Princip der successiven Berufung war dem Civilrecht unbekannt», говоритъ Windscheid—(§ 573[1]). Эта бѣдность въ понятіяхъ и построеніяхъ, эта юридическая безпомощность прямо указана въ текстѣ Ульпіана: «In legitimis hereditatibus successio non est». (Ulp. XXVI, 5.) Гораздо рѣзче говоритъ юристъ Павелъ, что «сынъ брата, которому слѣдовало-бы наслѣдовать, но который умеръ раньше принятія наслѣдства, *не можетъ получить наслѣдство вмѣсто отца*» — («fratre decedente antequam adeat hereditatem, fratris filius admitti non potest...» — Jul. Pauli, Sent. IV, 8, § 23). Тоже см. у Гая III, § 12. Если-же это положеніе не сохранилось въ догмѣ римскаго права, то расширеніе понятій было уже дѣломъ рукъ претора, какъ это прямо признано въ источникахъ—(напр. Гай. III, § 25). Наше предположеніе подтверждается также и въ другихъ явленіяхъ исто-

ріи права. Укажемъ на крайнюю медленность и какъ-бы осторожную *постепенность*, съ которою распространилось право представленія сперва въ прямыхъ линіяхъ, а потомъ въ боковыхъ; укажемъ также на *неравномѣрное* распространеніе той же идеи въ разныхъ развѣтвленіяхъ родословнаго древа, даже въ наиболѣе современныхъ кодексахъ. Но эти слѣды давно минувшаго правового матеріализма являются лишь переживаніями такого положенія дѣлъ, о существованіи коего мы совершенно точныхъ историческихъ указаній имѣть не можемъ, и на которое насъ наводитъ лишь анализъ позднѣйшихъ явленій.

Полезная идея *права представленія*—(или ея суррогата—*поколѣннаго преемства)*—присуща уже всѣмъ правовымъ системамъ и законодательствамъ, съ которыми приходится считаться современному юристу практику [1]). Встрѣчаясь уже въ позднѣйшей римской

[1]) Для *Римскаго права* ср. Schulin «Lehrbuch der Geschichte des Röm-Rechts» § 96; Sohm «Institutionen» стр. 392; Arndts «Lehrbuch der Pandekten» § 479; Baron «Pandekten» § 409; Brinz «Lehrbuch der Pandekten» III Bd. erste Abth. стр. 134, прим. 7; Ed. Gans «Das Erbrecht in weltgesch. Entw.» II т. стр. 367, прим. 320 и 321; Windscheid «Lehrbuch d. Pandekten», III т. § 572, пр. 4, 11 и 23. *Источники*: главн. образомъ—§ 6 Inst. de hered. quae ab. int. (III, 1); Nov. Iustin. 118 c. 1.

Средневѣковое герм. право не имѣло развитого права представленія: ср. Stobbe «Handb. d. deùtsch. Privatrechts» т. V, стр. 92 (§ 290) A, 2 пр. 4 и стр. 94; это понятіе развилось не раньше XV вѣка (стр. 95 и 96). Ср. также: Siegel «das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters»—§ 18, далѣе: историч. очеркъ вопроса у Gruchot «das Preùssische Erbrecht»—т. III, стр. 51 и слѣд.; тутъ-же весьма обстоятельная критика права представленія въ его первоначальномъ видѣ; наконецъ: Dworzak «Kurze Erörterùngen civilistischen Inhalts»—(въ «Allgem. österreich. Gerichtszeitùng» 1866 г. стр. 53 и слѣд.).

Право представленія въ первоначальномъ его видѣ сравни Code Civil ст. 730, 739 и сл. въ связи съ литературой комментаторовъ: Demolombe «Traité des Successions» т. I, §§ 384—415; Marcadé «Explication du Code Civil», стр, 73 и слѣд.; Baudry-Lacantinerie et Wahl «Des Successions» т. I, §§ 415—457; Laurent «Principes de droit civil» T. IX. № 83 и слѣд.—Тѣ-же отнованія въ кодексахъ *романской* группы: *италіянскомъ* (ст. 729—733); *португальскомъ* (ст. 1980—1984); въ код. *кантона Во* (ст. 524—529) и друг. *Отчасти* на почвѣ *права представленія* стоитъ *австрійское уложеніе* формулировкой § 733; однако—комментаторами выводится уже понятіе болѣе отвлеченнаго *поколѣннаго преемства*– (Ср. контроверсу вопроса у «Unger'a: das österreichische Erbrecht»—§ 33, прим. 4—дающую довольно полное освѣщеніе всего вопроса).

Совершенно на почвѣ *поколѣннаго преемства* стоятъ: *прусское земское право*, ч. II разд. 2 §§ 348—350; Ср. комментаторовъ: Gruchot, т. III стр.

догмѣ, самое право *представленія* получило однако сознательное построеніе не раньше, какъ отъ позднѣйшихъ комментаторовъ [r]). У римлянъ не было даже названія: jus repraesentationis». Римляне говорили: «справедливо, чтобы внуки вступали въ преемство *вмѣсто* отца своего»—(aequum enim esse videtur, nepotes neptesque *in* patris sui *locum succedere*» —§ 6 I. de her. quae ab intes. 3, 1).— На этомъ выраженіи: «*in locum succedere*» построено было впослѣдствіи «*право представленія*», т. е. такое понятіе, *будто болѣе отдаленные преемники* (собственно говоря: нисходящіе) *наслѣдуютъ въ силу перешедшаго на нихъ права предшествовавшаго имъ, но ранѣе умершаго наслѣдника*—(Ср. Windscheid, § 572, пр. 4). Отсюда вытекалъ выводъ, нерѣдко весьма осложнявшій права болѣе отдаленныхъ преемниковъ, пользовавшихся правомъ представленія, именно:

а) на нихъ переходили всѣ недостатки, поражавшіе правоспособность стоявшаго въ промежуткѣ лица, не смотря на то, что этого лица уже небыло въ живыхъ и что оно при жизни, вовсе не прикасалось къ наслѣдству; даже одна его субъективная неспособность наслѣдовать распространялась и на представляющаго его преемника;

б) мало того, лицо, вступавшее, по праву представленія, въ преемство, могло уже только въ томъ случаѣ наслѣдовать болѣе отдаленному наслѣдодателю, если оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, наслѣдовало и ранѣе умершему, представляемому лицу; такъ что малѣйшее препятствіе къ переходу правъ представляемаго лица къ его представителю дѣлало навозможнымъ переходъ наслѣдства, хотя это наслѣдство переходило только фиктивно черезъ голову ранѣе умершаго лица. Такимъ образомъ, ради построенія фикціи представленія, приносились въ жертву вполнѣ реальные интересы семейнаго союза; недостатки правоспособности ранѣе умершаго лица вредили вполнѣ

49—63; Koch «Das Preussische Erbrecht» § 91 (стр. 932—941); Dernbûrg, «Lehrbuch d. preûss. Privatrechts», т. III § 189 (стр. 511—514) Förster-Eccius «Theorie und Praxis des heûtigen gemeinen preussischen Privatrechts» т. IV, стр. 533 (§ 259) прим. 43—45. На той-же почвѣ стоятъ: *саксонское уложеніе* (§§ 2030, 2035, 2041 и 2046); *цюрихское уложеніе* (ст. 1894—право поколѣннаго преемства названо въ русскомъ переводѣ, правомъ «*заступленія*); наконецъ новѣйшее *германское гражданское уложеніе* § 1924 (п. 3); сюда же относятся «Motive zû dem Entwûrfe û. s. w.» (т. V, стр. 360 и 367).

---

[1]) Ср. Koch «Successio ab intestato § 12; Stryk «tract-de Sucess ab intest«—Diss. I cap. 1 § 68; Gmelin «historia repraesentationis ex jure civili—§ 4.

правоспособнымъ живымъ лицамъ. Наконецъ, получалось такое противорѣчіе, что *фикція*, т. е. мнимое положеніе права, созданное для освобожденія заинтересованныхъ лицъ отъ грубаго матеріализма въ правѣ, эта самая фикція сдѣлалась столь-же стѣснительной, какъ и замѣненный ею правовой матеріализмъ.

Это и побудило юриспруденцію отдѣлаться отъ этой фикціи, *поставивъ отдаленнаго преемника въ непосредственное отношеніе «jure proprio» къ наслѣдодателю*, присваивая ему *не самое право умершаго на наслѣдство*, а лишь *ту мѣру правъ*, какая слѣдовала-бы ему, будь онъ въ то время живъ. *Внукъ*, по этому новому построенію, наслѣдуетъ дѣду *по собственному своему праву внука*, а не вслѣдствіе перехода на него наслѣдства отъ ранѣе умершаго отца. Но, при этомъ, мѣра такого права для внука есть *та-же доля въ имуществѣ дѣда, на которую могъ разсчитывать его отецъ*.

Построеніе этого новаго понятія исходитъ изъ того, что *призваны наслѣдовать всѣ* наслѣдники со своими-же наслѣдниками и наслѣдниками таковыхъ безъ ограниченія, и всѣ эти лица призваны *по своему собственному и непосредственному праву;* но ближайшій наслѣдникъ (по прямой линіи) *препятствуетъ* осуществленію правъ дальнѣйшаго преемника, *пока онъ живъ*. Какъ только его нѣтъ, препятствіе отпадаетъ, и отдаленный наслѣдникъ прямо получаетъ доступъ къ наслѣдству.

Эта новѣйшая теорія, которую мы будемъ называть теоріею *поколѣннаго преемства*, замѣнила устарѣвшее, сочтенное нынѣ за ошибочное, ученіе о «правѣ представленія»—(Ср. Windscheid, § 572; Unger, § 33, пр. 4).

Старая теорія «представленія» рѣзче всего выражена во французскомъ «Code Civil», что въ особенности видно изъ сопоставленія статей 739, 743 744 и 848 этого кодекса. Содержаніе этихъ статей общеизвѣстно. Въ силу «права представленія» представляющій *вступаетъ на мѣсто, въ степень и права представляемаго*. Это право самимъ законодателемъ именуется *«фикціею закона»*,—т. е. юридическимъ вымысломъ, не согласнымъ съ фактами и, потому, не допускающимъ вовсе какого-либо распространительнаго толкованія.

«По праву представленія можно заступать не живыхъ лицъ, а лишь умершихъ»—(ст. 744). Такимъ образомъ, если наслѣдство не достается намѣченному въ законѣ лицу вслѣдствіе того, что это лицо отрекается или попадаетъ въ недостоинство, то его дѣтямъ это на-

слѣдство уже не достанется по праву представленія; но оно перейдетъ къ нимъ съ того момента, когда не окажется болѣе близкихъ конкурентовъ, по счету степеней, отдѣляющихъ ихъ отъ наслѣдодателя.

Отсюда двойственность путей, которыми отдаленный потомокъ можетъ получить наслѣдство:

а) по праву представленія (par représentation);

б) по собственному праву (de son propre chef).

Эта двойственность служитъ фундаментомъ довольно сложнаго построенія.

Предположимъ, что у наслѣдодателя есть два сына, изъ коихъ одинъ отрекается отъ наслѣдства, другой признанъ недостойнымъ. Отъ перваго сына наслѣдодатель имѣетъ одного внука; отъ второго-же сына трехъ внуковъ. Наслѣдство подѣлится не однообразно въ случаѣ существованія или несуществованія права представленія. Въ первомъ случаѣ пришлось-бы тремъ послѣднимъ внукамъ подѣлить половину наслѣдства; въ послѣднемъ-же предположеніи каждый внукъ получитъ одну $^1/_4$ наслѣдства. Это послѣднее положеніе и имѣетъ мѣсто во французскомъ правѣ.—(Marcadé, III стр. 77).

По вопросу о зачетѣ полученнаго дара эта разница также замѣтна. «Сынъ, вступая по собственному праву въ наслѣдство послѣ дарителя, не обязанъ къ возврату (т. е. зачету) того, что досталось въ даръ его отцу, хотя бы онъ и принялъ наслѣдство послѣ сего послѣдняго». (Ст. 848). Такъ, напримѣръ, сынъ наслѣдодателя отрекается отъ наслѣдства, и оно переходитъ къ внуку. Между тѣмъ, отрекшійся сынъ получилъ отъ отца, при жизни послѣдняго, 1000 рублей въ даръ. Внукъ получаетъ все наслѣдство безъ удержанія этихъ 1000 рублей въ зачетъ, ибо онъ уже наслѣдуетъ дѣду *не по праву представленія* своего отца, а *самостоятельно*, безъ перехода на него той обязанности зачета, которая лежала-бы на его отцѣ, отрекшемся отъ наслѣдства.

Предположимъ двухъ сыновей, изъ коихъ одинъ отрекается отъ наслѣдства, а другой согласенъ принять. Не слѣдуетъ полагать, что часть отрекшагося достанется его дѣтямъ. Нѣтъ, коль скоро живъ его братъ, все наслѣдство сосредоточивается въ его рукахъ, и дѣти отрекшагося, не *имѣя права представленія* устраняются вовсе. Они могутъ получить наслѣдство *отъ своего собственнаго имени* (de leur chef) только тогда, когда у ихъ дѣда другихъ сыновей не окажется.

Указанная двойственность французской системы является логическимъ выводомъ изъ права представленія старой формаціи, вполнѣ уподобляющагося какъ-бы фиктивному открытію въ одно и то-же

время двухъ наслѣдствъ—наслѣдства дѣйствительнаго наслѣдодателя и наслѣдства ранѣе умершаго его наслѣдника. Поэтому, примѣненіе *такого* права представленія къ *живому* лицу — немыслимо. Ясно, однако, что право представленія, признаваемое за потомками лишь *умершаго* лица, слишкомъ узко; это чувствуется и въ попыткахъ юриспруденціи, создающей какъ-бы второе, болѣе блѣдное и неопредѣленное право представленія, которое называютъ *самостоятельнымъ* правомъ замѣщенія выбывшаго изъ счета наслѣдника. При этомъ смѣшиваются признаки того и другаго порядка, что, впрочемъ, довольно естественно, ибо кореннаго разграниченія не можетъ быть тамъ, гдѣ природа отношеній одна и та-же и вовсе не нуждается въ фиктивныхъ перегородкахъ. Въ самомъ дѣлѣ, какой смыслъ въ томъ, чтобы дѣти недостойнаго или отрекшагося наслѣдника удовлетворялись по другому долевому разсчету, нежели дѣти умершаго наслѣдника? Реальнаго смысла тутъ вовсе нѣтъ, и всѣ эти частности должны быть подведены подъ одинъ общій знаменатель. А этимъ общимъ знаменателемъ является, какъ это будетъ изложено ниже, обобщенный принципъ *покольннаго преемства*.

Нѣкоторые отголоски законной фикціи права представленія мы видимъ и въ австрійскомъ уложеніи. Изъ сопоставленія §§ 541, 732 и 780 видно, что тѣ-же идеи, которыя выражены во французскомъ кодексѣ, наиболѣе рѣзко нашли и въ австрійскомъ правѣ свое выраженіе въ томъ, что *недостойный* или *отрекшійся* наслѣдникъ, пока живъ, исключаетъ отъ наслѣдства своихъ дѣтей. Это выводится изъ узкаго построенія правъ отдаленныхъ преемниковъ на правѣ представленія съ тѣмъ, что «представлять» нельзя живаго человѣка. (Ср. Unger, Das österr. Erbrecht, стр. 136—138).

Далѣе, слѣды французскихъ воззрѣній замѣтны и въ нашемъ X томѣ св. законовъ, въ ст. 1123, 1124—1125; что касается ст. 1262, то она, по нашему мнѣнію, противорѣчитъ идеѣ права представленія въ ея чистомъ видѣ. Эта статья, допуская переходъ имущества отъ дѣдовъ къ внукамъ, заступающимъ дѣтей наслѣдодателей, избавляетъ ихъ однако отъ платежа родительскихъ долговъ. Такое положеніе признается и французскою юриспруденціею (ср. Demolombe «Des Successions» т. I, § 399).

Мы склонны думать, что упомянутый въ этой статьѣ терминъ «права представленія» не согласованъ съ общею теоріею, подразумѣваемою подъ этимъ названіемъ. Эта статья, по нашему мнѣнію, относится къ другой системѣ самостоятельныхъ правъ отдаленныхъ преемниковъ, наслѣдующихъ въ силу начала «*покольннаго преемства*».

III.

Цѣль и *польза* «идеи представленія» также какъ и «принципа, поколѣннаго преемства» — одинѣ и тѣже и состоятъ въ томъ, чтобы обезпечить отдаленныхъ преемниковъ отъ того роковаго воздѣйствія случайныхъ явленій, о которомъ мы упоминали выше. Мы видѣли, что, при грубо-матеріальномъ состояніи права, случайное нарушеніе нормальнаго порядка смертей (именно: вымираніе младшихъ раньше старшихъ) совершенно уничтожаетъ права отдаленныхъ преемниковъ.

Напротивъ, коль скоро допущена идея «представленія» или идея «поколѣннаго преемства», *тѣ-же права отдаленныхъ пресмниковъ поставлены въ совершенную независимость отъ случайныхъ явленій;* они ограждены до такой степени, что эти лица получаютъ даже *тоже самое по наслѣдству, независимо отъ того, кто умретъ раньше, старшій или младшій, родитель или потомокъ.*

Съ этой точки зрѣнія можно сказать, что оба понятія объединяются, какъ разновидности *одного единаго юридическаго принципа.* Отрѣшимся на минуту отъ соображенія неравныхъ достоинствъ, въ другихъ отношеніяхъ, «права представленія» и «поколѣннаго преемства». Мы можемъ допустить, что въ достиженіи вышеуказанной полезной цѣли, ради которой оба понятія призваны къ жизни, они какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ видѣ вполнѣ достигаютъ этой цѣли, вполнѣ служатъ интересамъ отдаленныхъ преемниковъ, ищущихъ и требующихъ защиты отъ воздѣйствія случайныхъ явленій, клонящихся къ разрушенію ихъ правъ. Съ этой точки зрѣнія необходимо подыскать общій, отвлеченный терминъ, равно выражающій какъ право продставленія, такъ и поколѣнное преемство и могущій объединить ихъ въ общемъ принципѣ, лежащемъ въ основаніи того и другаго понятія. Общая ихъ формула такова: обѣ идеи сводятся къ *основному принципу уравненія разностепенныхъ преемствъ.*

Мы видѣли, что при существованіи матеріальнаго построенія наслѣдственныхъ правъ, *разностепенныя преемства далеко не уравнены.* Для меня вовсе не безразлично основывать надежду получить наслѣдство отъ А на томъ, что я состою его преемникомъ въ первой, во второй или въ третьей степени. Какъ сынъ, я вполнѣ обезпеченъ; какъ внукъ, я уже рискую; но какъ правнукъ, я подвергаюсь уже несравненно большему риску. Мы видѣли выше, что корень этой возрастающей опасности для разностепенныхъ преемниковъ кроется въ одномъ единственномъ обстоятельствѣ: *полной ихъ необезпечен-*

ности (въ системѣ правоваго матеріализма) *отъ вліянія случайныхъ причинъ*, могущихъ нарушить естественное чередованіе смертей. Коль скоро, *путемъ отвлеченнаго построенія, найдена возможность устранить подобный рискъ*, упрочивъ права отдаленныхъ преемниковъ до такой степени, что они все равно получатъ одно и тоже наслѣдство, будь они въ первой, во второй или въ третьей степени преемства, то въ устраненіи грозившаго имъ риска мы должны признать именно *уравненіе правъ* отдаленныхъ преемниковъ съ ближайшими, а въ идеѣ «представленія», или «поколѣннаго преемства» приходится видѣть осуществленіе сказаннаго *принципа уравненія разностепенныхъ преемствъ*.

Единственное уравненіе преемствъ, которое достигается этими юридическими идеями, есть устраненіе неуравнительности преемниковъ *вив дѣйствія времени*. Иначе говоря, если моему внуку суждено получить наслѣдство только черезъ 30 лѣтъ на томъ основаніи, что въ день открытія моего наслѣдства сынъ мой живъ, то никакая юридическая идея не избавитъ его отъ всѣхъ рисковъ, сопряженныхъ съ выжиданіемъ 30 лѣтъ. Но если въ моментъ моей смерти остается въ живыхъ только внукъ мой и онъ, *по праву представленія или поколѣннаго преемства* вступитъ вмѣсто моего умершаго сына, то дѣйствіе времени тутъ уже ни при чемъ, а потому его должна оградить упомянутая юридическая идея. Она окажетъ моему внуку такую услугу, въ силу которой онъ уже не потерпитъ отъ отдаленности своей степени. Дѣйствіе принципа уравненія разностепенныхъ преемствъ будетъ полное и ничѣмъ неограниченное.

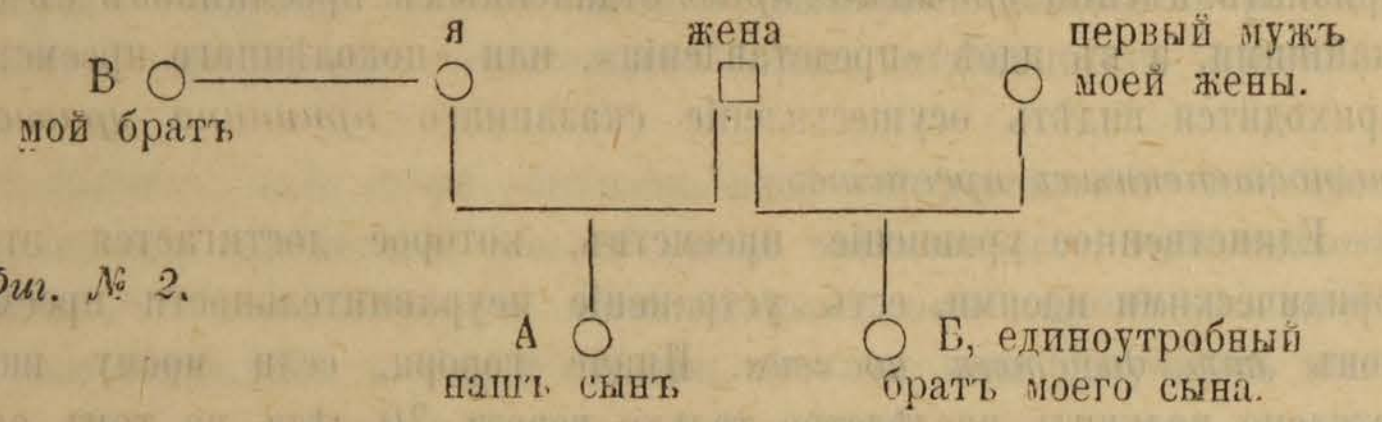
IV.

Передъ тѣмъ, какъ пойти далѣе въ настоящемъ изслѣдованіи, необходимо отмежевать общую область идеи «представленія» и «поколѣннаго преемства» со стороны весьма родственнаго съ ними понятія «*трансмиссіи*».

До сихъ поръ, говоря объ «уравненіи разностепенныхъ преемствъ», мы обращались къ такого рода примѣрамъ, какъ уравненіе преемствъ: сына, внука, правнука. Мы установили такимъ образомъ уравненіе такихъ преемствъ, которые другъ отъ друга отличаются *только неравенствомъ степеней* въ отношеніи предполагаемаго наслѣдодателя. Но всѣ они *числятся преемниками того же наслѣдодателя по общему кровому родству*. Въ приведенныхъ примѣрахъ всегда было такое обстоятельство, благодаря коему каждый призываемый преем-

никъ являлся одновременно отдаленнымъ преемникомъ самого наслѣдодателя и ближайшимъ преемникомъ другаго промежуточнаго лица, оставленнаго внѣ счета за смертью.

Было бы легко по этому пути соблазниться дальнѣйшими обобщеніями, перенося уравненіе преемствъ на *всѣхъ* наслѣдниковъ ранѣе умершаго преемника. Но въ этомъ и состоитъ *опасность смѣшенія съ принципомъ трансмиссіи.*



Фиг. № 2.

Предположимъ, что въ день открытія моего наслѣдства уже нѣтъ въ живыхъ умершаго безъ потомства моего сына А. Остаются въ живыхъ только мой братъ В и единоутробный братъ моего сына, т. е. пасынокъ, по имени Б. Спрашивается, кому достанется мое наслѣдство: брату моему В или пасынку Б? Несомнѣнно — брату моему В. Отвѣтъ будетъ одинъ и тотъ же, какъ по X тому Свода, такъ и по французскому или другимъ кодексамъ. Мотивировка такого отвѣта сведется, большею частью, къ простой ссылкѣ на извѣстный принципъ, что свойство никакихъ правъ не даетъ. Братъ, за неимѣніемъ у меня дѣтей, долженъ наслѣдовать; пасынокъ же, какъ свойственникъ, устраняется. Положимъ, такія истины безспорны. Однако, такая мотивировка весьма слаба для данной постановки вопроса объ уравненіи разностепенныхъ преемствъ. Вѣдь, скажутъ намъ, перейди наслѣдство къ моему сыну, такое наслѣдство, за смертью моего сына, уже непремѣнно перешло бы къ моему пасынку. Для моего пасынка неестественное умираніе морго сына, раньше меня, старшаго лѣтами, является именно тою роковою *случайностью*, о которой мы говорили выше. Благодаря этой случайности мой пасынокъ наслѣдства не получитъ. Стало быть не вправѣ ли онъ требовать въ свою пользу того же самаго «уравненія разностепенныхъ преемствъ», которое мы допустили бы для моего внука, т. е. для такого же преемника моего сына, какъ и обездоленный нынѣ пасынокъ мой?

Нѣтъ, пасынокъ на указанный принципъ не сошлется, потому что этотъ принципъ уравняетъ преемниковъ, хотя и разностепенныхъ, но все же не чуждыхъ ни мнѣ, ни сыну, т. е. ни мнѣ, ни

послѣднему до нихъ преемнику. Эта двойственная связь есть одинъ изъ постулатовъ разрабатываемаго нами принципа. Спрашивается — почему? Потому что историческое оправданіе этого принципа, какъ мы уже видѣли, кроется въ стремленіи *устранить значеіе случайныхъ явленій*. Такое стремленіе согласуется съ однимъ изъ самыхъ могучихъ стимуловъ къ развитію правовыхъ институтовъ.

Спрашивается, на чемъ же основываются надежды пасынка, даже допуская то, что онъ заинтересованъ въ естественномъ порядкѣ смертей, сначала моей, а потомъ сына моего. Вся надежда пасынка и тогда основана на *чисто случайномъ обстоятельствѣ*, т. е. бездѣтности моего сына. Между тѣмъ, принципъ уравненія разностепенныхъ преемствъ созданъ для такого устраненія вліянія случайныхъ причинъ, которое шло бы *въ пользу постоянно дѣйствующихъ и неизмѣнныхъ* силъ, дающихъ жизни закономѣрный обликъ. Устраненіе же одной случайности является цѣлью безразличной, для которой этотъ принципъ не созданъ. Вотъ, почему пасынку не будетъ пользы ни отъ идеи «представленія», ни отъ «поколѣннаго преемства». Они для него не созданы.

Но онъ можетъ, при наличности нѣкоторыхъ спеціальныхъ условій и обстоятельствъ, воспользоваться «*трансмиссіею*». Прежде всего требуется, чтобы сынъ пережилъ меня, хотя бы на мгновеніе передъ тѣмъ какъ передать наслѣдство моему пасынку.

Дальнѣйшія подробности здѣсь неумѣстны. Онѣ входятъ въ ученіе о *трансмиссіи*.

V.

Преслѣдуя одну и ту же цѣль, «право представленія» и идея «поколѣннаго преемства» отличаются другъ отъ друга тѣмъ, что вторая идея отвлеченнѣе первой. Потому весьма естественно, что теоретическое мышленіе должно сперва пройти черезъ первую, чтобы выработать вторую степень.

Прослѣдимъ, въ чемъ видна эта *постепенно усиляющаяся степень отвлеченія*.

а) «*Право представленія*» *образнѣе* его позднѣйшаго суррогата поколѣннаго преемства;

б) оно основано на *фикціи*, именно вслѣдствіе этой образности;

в) оно стѣснено своимъ конкретнымъ характеромъ до того, что *слабо распространяется* внѣ нисходящей линіи въ такихъ вѣтвяхъ родословнаго древа, гдѣ въ силу логики требовалось бы такое распространеніе по аналогіи.

Съ каждой изъ этихъ точекъ зрѣнія сравнимъ «право представленія» съ «*поколѣннымъ преемствомъ*» и тѣмъ самымъ выяснимъ преимущества послѣдняго понятія.

А.

Образность или пластичность *права представленія* такова, что имъ почти вполнѣ изображается образъ перехода съ наслѣдодателя на наслѣдника, умершаго раньше наслѣдодателя, *всей* правовой личности умершаго («universum jus defuncti») по понятіямъ римскаго права. Вся разница состоитъ въ томъ, что здѣсь происходитъ моментальный двойной переходъ: съ наслѣдодателя на несуществующее уже лицо и съ этого лица на живаго его потомка. При этомъ, какъбы вслѣдствіе косвеннаго воспоминанія института представленія отсутствующаго лица, покойникъ вмѣсто себя выставляетъ живого, словно обязуясь, что на его дѣйствія онъ «спорить и прекословить не будетъ». Всѣ неудобства «права представленія», уже указанныя выше, стоятъ въ связи именно съ этою сильною образностью и конкретностью понятій.

Вращаясь въ тѣсномъ кругу непосредственныхъ представленій, эта идея неидетъ дальше того, что умершаго отца представляетъ его сынъ, или внукъ, или правнукъ и т. д. Право этихъ лицъ связано съ фактомъ ихъ *рожденія* отъ представляемаго лица, но опять таки рожденія въ самомъ конкретномъ, нераздѣльномъ понятіи, какъ разумѣется оно въ обыденной жизни, когда говорятъ: «такой то *родился*». Фактъ *рожденія* въ смыслѣ *появленія* человѣка на свѣтъ, не расчленяется анализомъ на какіе либо составные элементы, каковымъ является, напримѣръ, *дѣйствіе отдѣльнаго родителя*. Наша мысль будетъ яснѣе, если вспомнить, что слово «рожденіе» у насъ въ нераздѣльности означаетъ какъ общій фактъ и результатъ (naissance, nativitas, Geburt), такъ и составной его элементъ (génération, parturitio, Zeügung). Это различіе имѣетъ принципіальное значеніе для нашего послѣдующаго изслѣдованія.

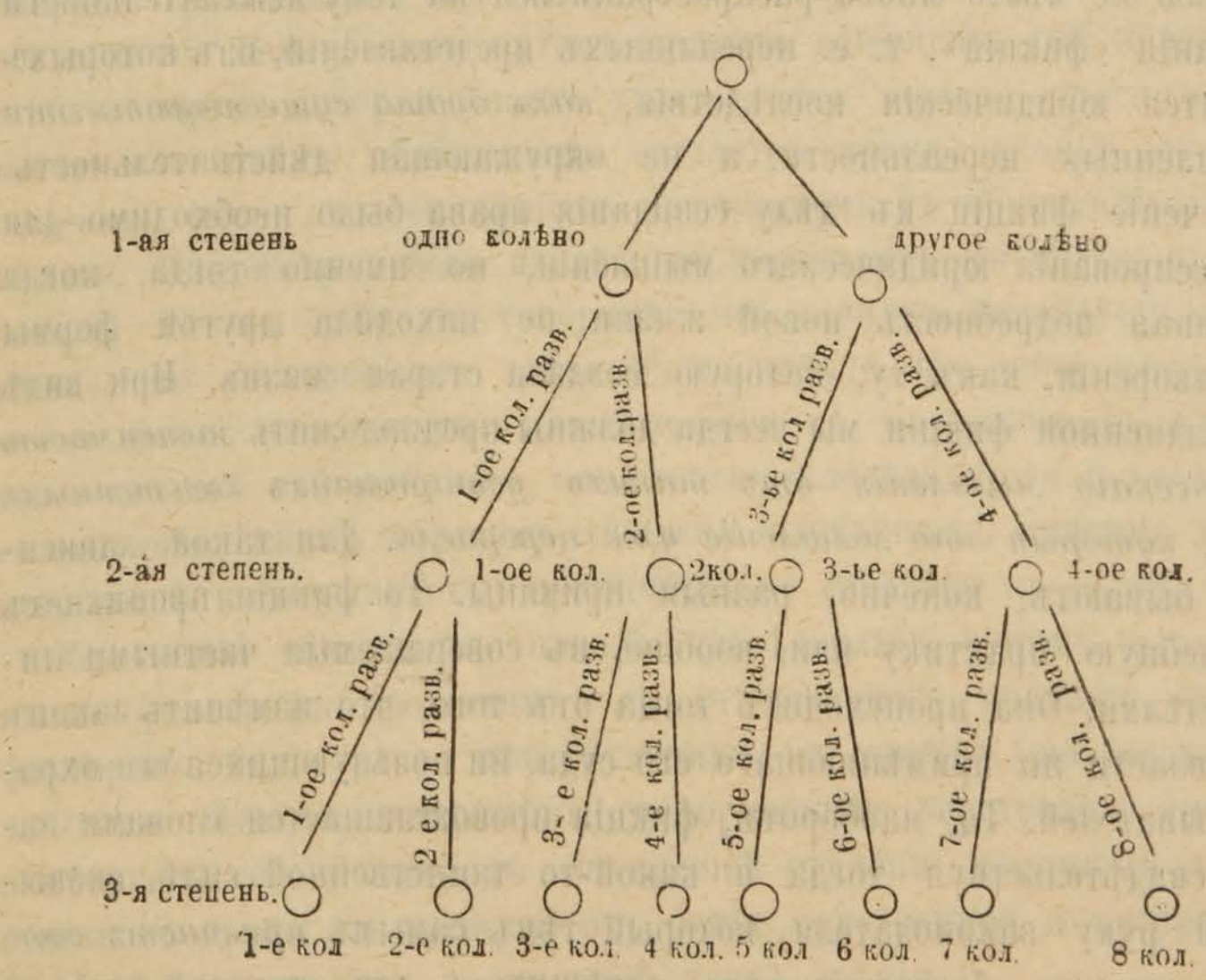
Совершенно иначе оріентируется къ этимъ понятіямъ начало «*поколѣннаго преемства*». Здѣсь отсутствуетъ всякая образность и царствуетъ отвлеченность. Переходъ наслѣдства совершается непосредственно на живое лицо, не касаясь умершаго, *не проходя черезъ его личность*, и лишь въ отношеніи *мѣры* наслѣдства возникаетъ вопросъ: *сколько* слѣдовало бы умершему? сообразно этой справкѣ *столько* получаетъ и живой, болѣе отдаленный преемникъ.

Затѣмъ, также понятіе *рожденія* здѣсь необходимо расчленить

на составные его элементы, пріурочивъ наслѣдственное замѣщеніе не къ результату дѣйствія двухъ родителей, а *къ отдѣльной кровной связи съ тѣмъ или другимъ родителемъ.* Въ самомъ дѣлѣ, коль скоро образованіе долей идетъ *поколѣнно,* то это значитъ, что *въ каждомъ поколѣніи наслѣдство дѣлится на столько долей, сколько есть колѣнъ,* а эти доли въ слѣдующемъ поколѣніи дѣлятся снова на столько долей, сколько въ одномъ колѣнѣ есть дальнѣйшихъ колѣнъ, и т. д.

Стало быть, колѣно одной степени или одного поколѣнія, являясь пунктомъ, черезъ который преемство переходитъ къ колѣнамъ дальнѣйшей степени или слѣдующаго поколѣнія, соединяется съ каждымъ изъ нихъ *связью,* которая должна быть опредѣленно названа, такъ какъ по этой связи переходитъ и распространяется *правовое преемство.* Эта связь есть *колѣнное развѣтвленіе.*

Фиг. № 3



Объясненіе рисунка. Въ 1-й степени изображены 2 колѣна, во 2-й степени—4 колѣна, въ 3-й степени—8 колѣнъ. *Изъ каждаго колѣна выходитъ сколько колѣнныхъ развѣтвленій, сколько есть колѣнъ въ слѣдующей степени.* Разъ мы принимаемъ за основу не

живое лицо, права коего переходятъ отъ «представляемаго» къ «представляющему», а лишь *колѣно* т. е. мѣсто или *ступень, занимаемую живымъ лицомъ въ родословномъ деревѣ*, то фактомъ, передающимъ право на наслѣдство, должно быть не *появленіе* человѣка на свѣтъ посредствомъ его рожденія, а одинъ лишь составной элементъ, предшествующій такому событію, именно *кровное отношеніе къ нему отдѣльнаго родителя*. Къ такому выводу необходимо прійти потому, что въ такомъ элементѣ содержится все то, что логически связывается съ представленіемъ колѣна и съ ролью этого понятія въ системѣ наслѣдственнаго преемства. Таковъ юридическій фактъ, имѣющій значеніе *проводника* въ отвлеченномъ построеніи поколѣннаго преемства. Къ нему мы еще вернемся въ дальнѣйшемъ изложеніи.

Б.

Право представленія есть прежде всего *фикція*. Мы видѣли выше, съ какою опредѣленностью французскій законъ прямо признаетъ въ немъ *фикцію закона* (ст. 739).

Здѣсь не мѣсто много распространяться на тему нежелательности созданія «фикцій», т. е. нереальныхъ представленій, изъ которыхъ выводятся юридическія послѣдствія, *какъ будто существуютъ эти* вымышленныя нереальности, а не окружающая дѣйствительность. Привлеченіе фикцій къ дѣлу созиданія права было необходимо для прогрессированія юридическаго мышленія, но именно тогда, когда назрѣвшая потребность новой жизни не находила другой формы удовлетворенія, какъ ту, которую создала старая жизнь. При видѣ неупраздненной фикціи мы всегда должны предположить *зависимость юридическаго мышленія отъ такихъ устарѣвшихъ жизненныхъ формъ, которыя это мышленіе уже перерасло*. Для такой зависимости бываютъ, конечно, разныя причины. То фикція проникаетъ въ судебную практику или, вообще, въ совершаемыя частными лицами сдѣлки. Она происходитъ тогда отъ того, что измѣнить законъ не во власти ни примѣняющаго его суда, ни пользующихся его охраной обывателей. То, наоборотъ, фикція провозглашается словами закона, свидѣтельствуя тогда о какой-то таинственной силѣ, сковывающей руку законодателя, который тѣмъ самымъ *признаетъ свою теоретическую безпомощность* отрѣшиться отъ готовой старой теоріи, ясно сознавая, однако, что ею жизнь не удовлетворена.

Значеніе фикціи 739 статьи французскаго уложенія не трудно освѣтить при помощи предшествующаго изслѣдованія. Съ точки зрѣнія *дѣйствительности* не можетъ быть и рѣчи о вступленіи «пред-

ставляющаго» (т. е. живаго лица) въ права представляемаго» (т. е. умершаго), будто получающаго наслѣдство съ тѣмъ, чтобы немедленно его передать другому, живому лицу. Между тѣмъ, жизнь не можетъ оставить безъ выраженія и должнаго огражденія права отдаленнаго преемника, претендующаго на наслѣдство. А пришлось редактировать статью въ такое время, когда у законодателя еще сильно было понятіе о матеріальной схемѣ преемства, описанной нами выше; она-же допускала *только одностепенные переходы*. Связанный призракомъ этой отжившей формы пережитой эпохи и желая вмѣстѣ съ тѣмъ удовлетворить назрѣвшую потребность нашихъ дней, законодатель долженъ былъ прибѣгнуть къ составленію фикціи. Онъ пришелъ, такимъ образомъ, въ упомянутой 739 статьѣ кодекса *къ уравненію разностепенныхъ преемствъ посредствомъ предположенія несуществующаго въ дѣйствительности цѣлаго ряда одностепенныхъ преемствъ*.

Таковъ смыслъ этой фикціи.

Болѣе отвлеченная идея *поколѣннаго преемства* значительно ушла впередъ сравнительно съ этою точкою зрѣнія. Тѣ-же результаты достигаются *безъ фикціи* путемъ прямаго обобщенія той новой дѣйствительности, которая знаетъ уже *не одни только одностепенныя преемства* Этимъ обобщеніемъ создастся *новая теорія непосредственной связи* отдаленнѣйшихъ преемниковъ съ общимъ наслѣдодателемъ. Напримѣръ, если наслѣдство переходитъ къ внуку наслѣдодателя, то мы уже не говоримъ, что «внукъ наслѣдуетъ вмѣсто сына», но установляемъ такое общее начало, что *какъ сынъ, такъ внукъ рано или поздно призываются къ наслѣдованію* въ силу того, что всѣ они *родились потомками* наслѣдодателя и *только въ силу этого*. Такимъ образомъ, значеніе случайныхъ причинъ (когда, кто, послѣ кого умираетъ) принципіально сводится къ нулю.

Объясненіе движущихъ началъ наслѣдованія однимъ единственнымъ факторомъ (родствомъ) съ отверженіемъ значенія другихъ факторовъ, болѣе рѣзко дѣйствующихъ на чувства, но все-же случайныхъ (каково, напримѣръ, ненормальное чередованіе смертей), знаменуетъ собою переходъ съ низшей ступени пониманія наслѣдственнаго права на высшую, отъ болѣе чувственной и матеріальной къ болѣе отвлеченной и духовной точкѣ зрѣнія.

В.

Слабая способность распространяться внѣ нисходящихъ вѣтвей есть одно изъ свойствъ «*права представленія*». Это свойство

стоитъ въ связи съ *конкретнымъ* характеромъ и *образностью*, уже выясненными выше.

Слабая распространяемость «права представленія» проявляется двояко: во времени и въ пространствѣ, т. е. постепенно и неравномѣрно.

а) *Постепенность* въ расширеніи «права представленія» замѣчается въ исторіи права разныхъ временъ. Ограничимся двумя примѣрами, взятыми изъ римскаго и русскаго права.

По римскому праву призывались къ наслѣдству во второмъ разрядѣ, между прочимъ, братья и сестры, а также ихъ дѣти, но не дальнѣйшіе нисходящіе. Даже право племянниковъ на представленіе родителей развилось не сразу. Новелла 118 исключала племянниковъ, являвшихся наряду съ восходящими. Это ограниченіе снято лишь впослѣдствіи Новеллой 127-ю [1]).

Другой примѣръ въ русскомъ правѣ. Какъ извѣстно, включеніе *внуковъ* въ число законныхъ наслѣдниковъ послѣдовало не раньше втораго Судебника [2]). Въ эпоху Уложенія «въ правѣ представленія господствовало полное смѣшеніе понятій» [3]). Еще въ 1676 году принято было, чтобы братья умершаго, находящіеся въ живыхъ, исключали отъ наслѣдованія своихъ племянниковъ и племянницъ отъ умершихъ братьевъ» [4]).

б) *Неравномѣрность* распространенія права представленія во всѣхъ вѣтвяхъ остается даже тогда, когда успѣла выработаться окончательная система и зрѣлость даннаго законодательства. Такъ въ римскомъ правѣ право представленія вовсе не допускалось въ четвертомъ разрядѣ. (Nov. 118, c. 3 § 1: Windscheid, § 572, прим. 23). Во французскомъ кодексѣ рѣзко повторяется тоже явленіе въ совершенномъ недопущеніи «права представленія» какъ въ восходящей, такъ и въ боковыхъ линіяхъ, за исключеніемъ первой боковой линіи, (ср. ст. 741, 742 и 753 франц. уложенія). Отвергая распространяемость права представленія, напр., въ восходящей линіи, французское право разумѣетъ самое понятіе «представленія» въ самомъ ограниченномъ смыслѣ «представленія» посредствомъ вступленія *потомковъ* въ степень умершаго наслѣдника. О расширеніи же

---

[1]) Ср. Windscheid, III, § 572, прим. 11 и 12.

[2]) Ср. Кавелинъ. Взглядъ на историч. разв. русск. пор. зак. наслѣд., стр. 27; также Побѣдоносцевъ. II, 267.

[3]) Ср. Побѣдоносцевъ. II, 291.

[4]) Ср. Кавелинъ, стр. 31.

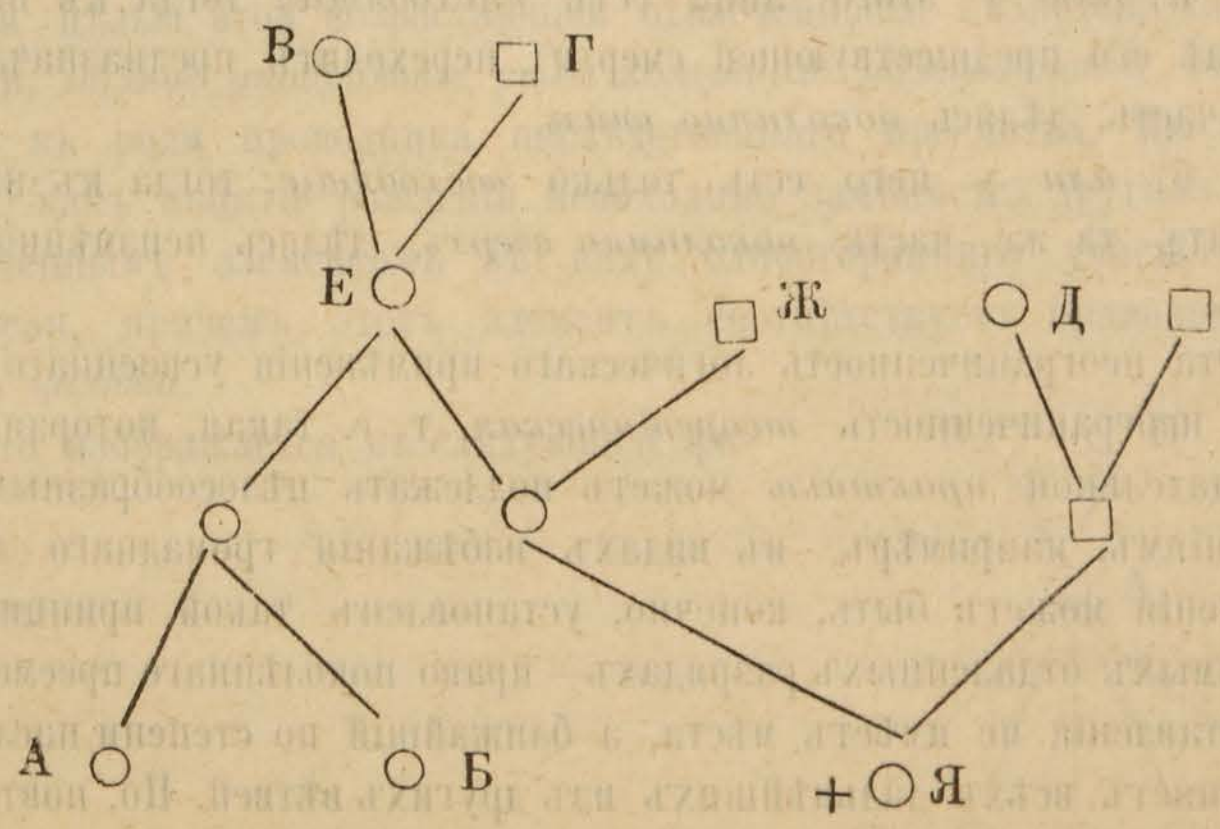
этого понятія при существованіи обычной идеи «представленія» даже рѣчи не бываетъ.

Совершенно иначе долженъ ставиться вопросъ, какъ только мы замѣнимъ эту идею болѣе отвлеченнымъ понятіемъ *поколѣннаго преемства*. Здѣсь неминуемо должны развиться свойство *безпредѣльной распространяемости этого начала по всѣмъ линіямъ* какъ въ нисходящихъ, такъ и въ восходящихъ и боковыхъ вѣтвяхъ до безконечности, ибо логическаго предѣла здѣсь быть не можетъ.

Но независимо отъ сего *растетъ и объемъ этого понятія*. «Допускать неограниченное поколѣнное преемство» уже не значитъ: допускать однихъ *потомковъ* умершаго наслѣдника ко вступленію въ его степень, но и всѣхъ прочихъ его преемниковъ, подъ тѣмъ лишь условіемъ, чтобы они были въ числѣ преемниковъ самаго наслѣдователя (какъ мы видѣли выше).—Кромѣ того, допущеніе этихъ преемниковъ совершается въ той же самой постепенности, какая существовала-бы въ случаѣ открытія наслѣдства умершаго наслѣдника. Эта постепенность *совпадаетъ* съ постепенностью разрядовъ послѣ стоящаго надъ нимъ настоящаго наслѣдователя. Но это не болѣе какъ совпаденіе.

Отсюда получается такой выводъ: мало того, что я могу въ равной степени говорить о поколѣнномъ преемствѣ въ восходящей линіи; но самое преемство направляется по поколѣннымъ развѣтвленіямъ *сначала* внизъ, *потомъ* вверхъ.

Примѣръ:



Фиг. № 4.

Послѣ моей смерти остаются въ живыхъ моихъ два дѣда Е, Д— и бабка моя Ж. Если предположить законъ, широко и послѣдовательно проводящій систему поколѣннаго преемства, то наслѣдство мое подѣлится такимъ образомъ, что Д получитъ половину, а супруги Е и Ж получатъ по $^1/_4$.

Но вотъ, вмѣсто дѣда Е, въ живыхъ остались, съ его стороны, только его два внука отъ перваго брака: А и Б. Они, конечно, получатъ его часть, т. е. каждый по $^1/_8$ наслѣдства. Это уже примѣненіе поколѣннаго дѣлежа, но пока не больше, какъ въ смыслѣ того «права представленія», котораго не допускаетъ въ восходящей линіи ст. 741 франц. кодекса Далѣе уже значительно *расширяется объемъ понятія поколѣннаго преемства* противъ права представленія: положимъ, что дѣдъ мой Е не имѣлъ отдѣльныхъ потомковъ и что въ моментъ моей смерти остались въ живыхъ только его родители В и Г—(мои же прадѣдъ и прабабка), отстоящіе отъ него въ такихъ же колѣнныхъ развѣтвленіяхъ вверхъ, въ какихъ отстоятъ отъ него потомки А и Б., по направленію внизъ. Очевидно, разъ понятіе поколѣннаго преемства пріурочено къ одной отвлеченной идеѣ колѣна, въ такомъ случаѣ представляется совершенно безразличнымъ, примѣнять-ли это понятіе при движеніи вверхъ или внизъ. Такимъ образомъ, въ послѣднемъ примѣрѣ къ прадѣду и прабабкѣ В и Г восходитъ часть, предназначавшаяся для сына ихъ Е, и, при этомъ, дѣлится пополамъ. Затѣмъ, въ лицѣ каждаго восходящаго должна быть *теоретически* допущена слѣдующая альтернатива *до безконечности*:

а) *или* у этого лица есть *нисходящіе;* тогда къ нимъ (въ случаѣ его предшествующей смерти), переходитъ предназначавшаяся ему часть, дѣлясь *поколѣнно внизъ*.

б) *или* у него есть только *восходящіе;* тогда къ нимъ восходитъ та же часть *поколѣнно вверхъ*, дѣлясь неизмѣнно пополамъ.

Эта неограниченность логическаго примѣненія усвоеннаго начала есть неограниченность *теоретическая*, т. е. такая, которая въ законодательной *практикѣ* можетъ подлежать цѣлесообразнымъ урѣзываніямъ; напримѣръ, въ видахъ избѣжанія громаднаго долевого дробленія можетъ быть, конечно, установленъ такой принципъ, что въ самыхъ отдаленныхъ разрядахъ—право поколѣннаго преемства или представленія не имѣетъ мѣста, а ближайшій по степени наслѣдникъ устраняетъ всѣхъ дальнѣйшихъ изъ другихъ вѣтвей. Но, повторяемъ, это будетъ лишь утилитарное устраненіе такого начала, которое

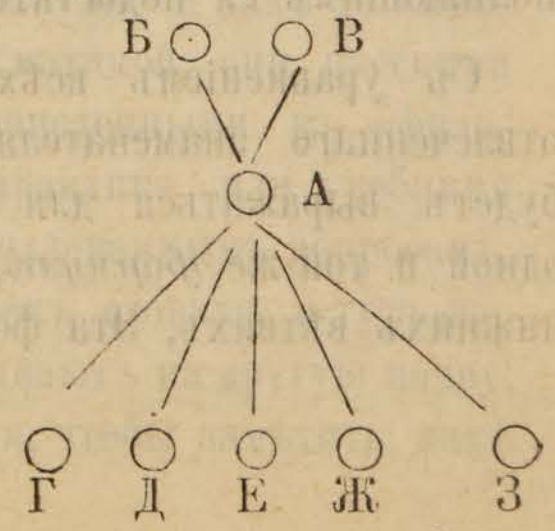
само по себѣ и безъ посторонняго соображенія не можетъ сокращаться или подвергаться внутреннимъ уклоненіямъ отъ стройной послѣдовательности своего развитія.

VI.

Поколѣнное преемство сводитъ наслѣдованіе внизъ и вверхъ къ *одному знаменателю*. Разъ, для наслѣдственнаго перехода, нѣтъ принципіальной разницы между преемствомъ отъ отца къ сыну и преемствомъ отъ сына къ отцу, то ясно, что утрачивается то основаніе наслѣдованія, которое въ прежнее время могло казаться единственнымъ и придавало праву представленія его образность. Это старинное основаніе лежало, какъ мы уже знаемъ, въ представленіи *о моментѣ рожденія* (т. е. появленія человѣка на свѣтъ), какъ о моментѣ, *создающемъ его право на наслѣдство*. Это представленіе являлось плодомъ того убѣжденія, что человѣкъ благодаря тому-же событію становился и *живымъ человѣкомъ* и *наслѣдникомъ родительскаго достоянія*. А этимъ событіемъ было его *рожденіе*.

Весьма понятно, что, пока царитъ такое представленіе, пока признается, что наслѣдство можетъ идти изъ того лишь источника, откуда получена сама жизнь, для *наслѣдованія восходящихъ*, логически разсуждая, нѣтъ мѣста, и оно можетъ развѣ только случайно являться и какъ-бы ненарокомъ, нарушая стройность общей системы и оставаясь безъ твердой логической почвы. Поэтому неудивительно, что этотъ порядокъ наслѣдованія сначала оказывается вовсе не существующимъ и вообще развивается чрезвычайно туго, какъ послѣдствіе доведенной до высокой степени отвлеченности мышленія. Конечной цѣлью этой возрастающей отвлеченности является, какъ мы видѣли, *полное уподобленіе силы кольчнаго развѣтвленія вверхъ и внизъ* въ роли проводника наслѣдственнаго преемства. Мы видѣли выше, какъ понятіе рожденія необходимо замѣняется другимъ, болѣе отвлеченнымъ элементомъ въ видѣ односторонняго участія *одного* родителя, причемъ этотъ элементъ соотвѣтствуетъ правовому значенію *кольна*.

Это изображается въ слѣдующей фигурѣ.



фиг. № 5.

Наслѣдодатель А представляется въ положеніи *кольна* для всѣхъ колѣнныхъ развѣтвленій, направленныхъ *вверхъ* (АБ, АВ) и *внизъ* (АГ. АД, АЕ, АЖ, АЗ), но съ тою лишь разницею, что:

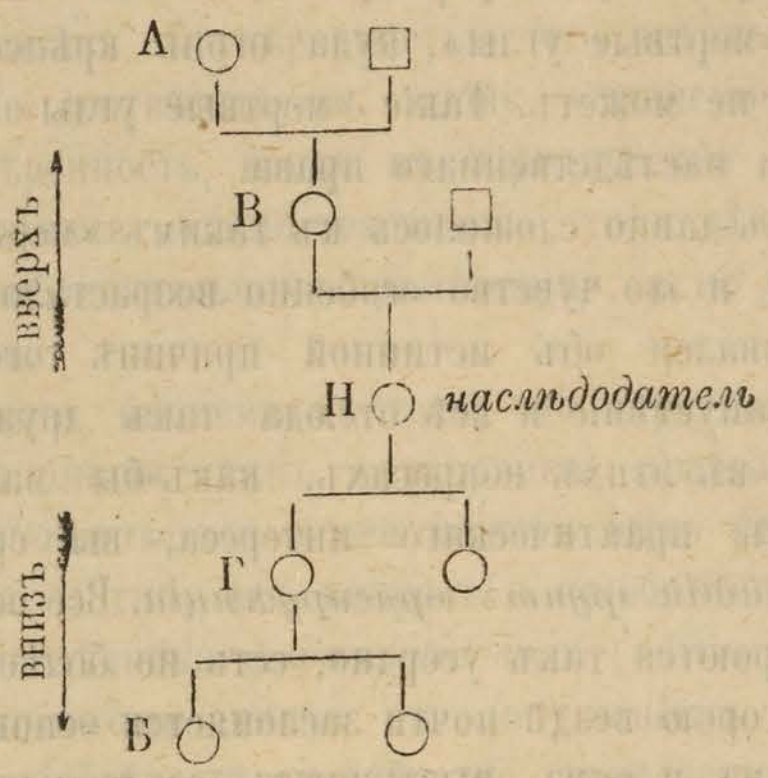
а) *вверхъ* могутъ идти *только два* развѣтвленія къ отцу и матери наслѣдодателя, между тѣмъ какъ б) *внизъ* могутъ идти *многочисленныя развѣтвленія*, безъ ограниченія ихъ числа. Эта разница основана на природѣ вещей: каждый человѣкъ можетъ имѣть только двухъ родителей, тогда какъ число его дѣтей природою не опредѣлено.

Разсматривая связь, идущую отъ А къ его потомкамъ съ одной стороны и отъ него-же къ его восходящимъ, съ другой стороны, мы можемъ установить, въ чемъ состоитъ *тождество кольнной связи вверхъ и внизъ*. Между А и Б, или между А и В существуетъ указанный выше фактъ односторонняго *индивидуальнаго* участія въ происхожденіи человѣка, который назовемъ «кровнымъ отношеніемъ одного родителя». Равнымъ образомъ и внизъ, отъ А до Г, Д. Е, Ж, З, каждый разъ повторяется такое-же «кровное отношеніе одного родителя», т. е. *не болѣе, какъ то отношеніе, которое создаетъ восходящія линіи*, идущія къ Б и В. А разъ это отношеніе *тождественно* и за нимъ признана сила *проводника* наслѣдованія, то отсюда слѣдуетъ *правовое уравненіе восходящей линіи съ нисходящей*.

Такова та схема, которою сводятся къ одному знаменателю *всѣ* колѣнныя развѣтвленія, какъ восходящія, такъ и нисходящія. Какъ только этотъ отвлеченный общій знаменатель («кровное отношеніе одного родителя»)—принятъ какъ проводникъ наслѣдственнаго преемства, въ результатѣ получается *полное уравненіе восходящаго преемства съ нисходящимъ*. До этого момента нечего и думать о такомъ логическомъ уравненіи, и права восходящихъ остаются какимъ-то терпимымъ, но нелогичнымъ расширеніемъ, портящимъ общую стройность наслѣдственной системы еще болѣе, нежели восполняющимъ ея недостатки.

Съ уравненіемъ всѣхъ колѣнныхъ развѣтвленій посредствомъ отвлеченнаго знаменателя, цѣль и польза поколѣннаго преемства будетъ выражаться для каждаго изъ отдаленныхъ преемниковъ въ одной и той-же *формулѣ*, будь этотъ преемникъ въ верхнихъ или нижнихъ вѣтвяхъ, Эта формула слѣдующая.

Какъ А, такъ и Б вправѣ сказать: «Если мы имѣемъ основаніе, вслѣдствіе нашего положенія къ наслѣдодателю Н, ожидать опредѣленной части наслѣдства, подъ условіемъ своевременной смерти



фиг. № 6.

стоящихъ въ промежуткѣ наслѣдниковъ (В или Г), то *эта часть должна быть обезпечена за нами независимо отъ того, кто раньше другого умретъ* (наслѣдодатель или раздѣляющія насъ отъ него лица), *и лишь въ силу нашего непосредственнаго юридическаго отношенія къ тому-же наслѣдодателю*».

Таковъ окончательный уравнительный выводъ изъ идеи поколѣннаго преемства.

---

7. Что такое „Трансмиссія".

Въ наслѣдственномъ правѣ есть такіе вопросы, надъ которыми почти всегда царствуетъ какая-то полумгла. Скудно и какъ-то мимоходомъ освѣщенные, даже иностранной догматикой, они русскими юристами могли-бы уже по праву быть причисленными къ «философіи безсознательнаго». Когда сенатская практика или учебники гражданскаго права подходятъ къ этимъ заколдованнымъ вопросамъ, то они касаются ихъ мелькомъ, въ двухъ-трехъ словахъ, и тутъ-же, съ еле-замѣтнымъ переходомъ мысли, сворачиваютъ на другую почву; требуется даже нѣкоторая опытность читателя, чтобы замѣтить, какъ

и въ какомъ мѣстѣ сановитая экзегеза или маститый руководитель свернулъ въ сторону и пустился въ постыдное бѣгство.

Если-бы я былъ военнымъ, я бы подробнѣе разъяснилъ читателю, какъ и почему въ дѣлѣ фортификаціи есть около бастіоновъ такъ называемые «мертвые углы», куда огонь крѣпостныхъ орудій никакъ достигнуть не можетъ. Такіе «мертвые углы» есть, повидимому, и въ области наслѣдственнаго права.

У меня давнымъ-давно сложилось къ такимъ «мертвымъ угламъ» извѣстное уваженіе, и это чувство особенно возрастало въ той мѣрѣ, въ какой я догадывался объ истинной причинѣ того, отчего тутъ царствуетъ такое запустѣніе и всѣ отсюда такъ дружно убѣгаютъ. Дѣло въ томъ, что въ этихъ вопросахъ, какъ-бы мало полезныхъ и съ виду чуждыхъ практическаго интереса, вы сразу наталкиваетесь на *глубочайшій грунтъ юриспруденціи*. Все остальное, надъ чѣмъ копаются и роются такъ усердно, есть не болѣе, какъ рыхлая верхняя почва, которою вездѣ почти заслоняется основная скалистая порода. Только тамъ и сямъ выступаютъ *оголенныя мѣста* этой интересной подпочвы, и отъ нихъ-то всѣ бѣгутъ, какъ отъ чего-то проклятаго и недосягаемаго. Оттого наша юриспруденція и имѣетъ такой рыхлый характеръ, что она съ предпочтеніемъ роется именно въ рыхлой почвѣ и избѣгаетъ скалы. Это черта болѣе глубокая, нежели обыкновенно полагаютъ. Она въ значительной степени отражается на умственномъ складѣ нашихъ «вліятельныхъ сферъ». Помню примѣръ изъ прошлаго.

Дѣло было давно. Мое мнѣніе потребовалось въ одномъ учрежденіи, гдѣ немало почтенныхъ людей потрудилось ранѣе и накопило уже много серьезныхъ, хотя и нѣсколько разрозненныхъ матеріаловъ. Ознакомившись съ тѣмъ, что было сказано, я узналъ, что отъ меня ждали детальной разработки все новыхъ подробностей и частностей. Между тѣмъ, съ каждымъ днемъ меня все больше охватывало одно томящее чувство, требовавшее, наконецъ, выраженія и я его—взялъ да и выразилъ въ такомъ возгласѣ: *«гдѣ же фундаментъ!»* Я тогда былъ еще юнъ и не постигъ многаго, чему научился впослѣдствіи, между прочимъ, того житейскаго правила, что «гладить слѣдуетъ всегда по шерсти, а не противъ».

Практическій результатъ былъ тотъ, что мнѣ тогда же «предоставили допскиваться этого фундамента собственной ощупью», руководствуясь Фаустовскимъ началомъ: «Der Mensch in seinem dunkeln Drange Ist seines Zieles recht bewusst»!

Однако я ударился въ сторону...

Однимъ изъ «проклятыхъ» вопросовъ въ наслѣдственномъ правѣ является вопросъ о трансмиссіи и о ней-то мы будемъ сегодня говорить.

Нельзя сказать съ увѣренностью, что читатель сразу вспомнитъ, какое понятіе соотвѣтствуетъ слову «трансмиссія». Да откуда-же взять эту увѣренность, когда въ юридической литературѣ, у авторовъ, считающихся «компетентными», то и дѣло употребляется это слово въ «приблизительномъ примѣненіи», а не въ точно опредѣленномъ значеніи.

Прежде всего, начнемъ съ того, что опредѣлить понятіе о трансмиссіи нельзя иначе, какъ установивъ предварительно, *въ какомъ типѣ законодательства* о ней можетъ быть рѣчь.

По *римскому* типу (въ вопросѣ о пріобрѣтеніи наслѣдства) требуется отъ наслѣдника *выраженіе воли* (aditio hereditatis).

По *французскому* типу, съ допущеніемъ понятія о *сезинѣ*, наслѣдникъ пріобрѣтаетъ наслѣдство немедленно, *помимо* всякаго выраженія *воли*, въ силу лишь смерти наслѣдодателя.

Рѣчь о «трансмиссіи» можетъ быть только въ римской системѣ. Во второй группѣ законодательствъ о ней нельзя и говорить, потому что «сезина» поглощаетъ собою и устраняетъ самый вопросъ о «трансмиссіи». И такъ, послѣ этихъ предварительныхъ указаній, опредѣлимъ, *что такое трансмиссія.*

«Трансмиссія есть особое право, посредствомъ котораго допускается переходъ отъ наслѣдника къ его наслѣдникамъ «права принять или отречься», въ системѣ законовъ римскаго типа, исходящихъ изъ того, что наслѣдникъ, умершій до принятія наслѣдства, не обладаетъ вовсе вещными правами въ наслѣдствѣ, а присвоенное ему право «принять или отречься» колеблется, въ тѣхъ или другихъ кодексахъ этого типа, между свойствомъ «jus personalissimum», угасающимъ вмѣстѣ съ жизнью его обладателя, и правомъ особаго рода, могущимъ передаваться, въ ограниченныхъ размѣрахъ и предѣлахъ, вслѣдствіе исключительныхъ «трансмиссій».

Совершенно иначе обстоитъ дѣло при системѣ законовъ французскихъ, прусскихъ и общегерманскихъ. Въ этой системѣ моментъ открытія наслѣдства сразу надѣляетъ наслѣдника *всею совокупностью* вещныхъ и иныхъ правъ, составляющихъ наслѣдство. Поэтому ясно, что наслѣдникъ, умирающій, безъ всякаго волеизъявленія, нѣкоторое время спустя послѣ открытія наслѣдства, *не можетъ не передавать*

своимъ наслѣдникамъ полученнаго имъ наслѣдства, вмѣстѣ со своимъ собственнымъ наслѣдствомъ. Называть такой переходъ наслѣдства (къ наслѣдникамъ перваго наслѣдника) «трансмиссіею» можно уже не иначе, какъ вслѣдствіе нежелательной неточности слога; нежелательна она потому, что здѣсь однимъ и тѣмъ-же именемъ означаются совершенно разнородные предметы.

Вполнѣ послѣдовательная точка зрѣнія проведена въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, не знавшемъ никакихъ трансмиссій и признававшемъ право на принятіе наслѣдства за исключительно личное («jus personalissimum», ср. Koeppen, стр. 32), и въ новѣйшихъ законодательствахъ, родственныхъ французскому типу, въ коихъ начало непосредственнаго перехода наслѣдства устраняетъ самый вопросъ о трансмиссіи. Логичны обѣ противоположныя крайности но смѣшанныя системы, каковы положенія позднѣйшаго римскаго права и въ особенности соотвѣтствующія статьи Австрійскаго уложенія (§§ 537 и 809) и Саксонскаго (§§ 2010) представляются мало послѣдовательными и сбивчивыми.

Римское право, даже во времена Юстиніана, придерживалось идеи непереходимости права на наслѣдство, какъ общаго руководящаго начала, мотивируя всѣ изъятія, именовавшіяся «трансмиссіями», вовсе не соображеніями юридическаго, а только этическаго характера, т. е. желаніемъ достигнуть справедливости (aequitas). Весьма категорично выражется на этотъ счетъ Юстиніанъ, въ своемъ указѣ 534 года, въ слѣдующихъ словахъ: «Hereditatem..... nisi fuerit adita transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur». (L. un. § 5 C. de cad. toll. VI, 51). До Юстиніана успѣло образоваться, вопреки юридической конструкціи, нѣсколько исключительныхъ трансмиссій, основанныхъ на одномъ только соображеніи «aequitas». Таковы были:

а) «transmissio ex capite in integrum restitutionis»—напримѣръ въ томъ случаѣ, если наслѣдникъ потерялъ, но добился возстановленія своего права принять или отречься; или-же наслѣдникъ, до своей смерти, былъ въ неопредѣленности и не зналъ точно, имѣетъ-ли онъ право принять наслѣдство или нѣтъ; во всѣхъ подобныхъ случаяхъ льгота «возстановленія права» (in integrum restitutio) влекла за собою передаваемость права на наслѣдство, еще не принятое наслѣдникомъ, и это право передавалось его-же наслѣдникамъ (Ср. *Koeppen* § 24: *Windscheid*—§ 600, п. 3);

б) Императоры Θеодосій II и Валентиніанъ III допустили двѣ новыя трансмиссіи: съ малолѣтняго наслѣдника, умершаго безъ

волеизъявленія, трансмиссія допускалась къ отцу его (такъ называемая «transmissio ex capite infantiae»); затѣмъ, съ назначеннаго по завѣщанію наслѣдника — нисходящаго завѣщателя — трансмиссія допущена была къ его-же нисходящимъ (transmissio ex jure sanguinis). Оба вида трансмиссій сохранили имя Императора, ихъ издавшаго: «transmissiones Theodosianae» (Ср. *Koeppen* §§ 25 и 27; *Windscheid*—§ 600, прим. 7 стр. 213; § 601, прим. 2 и 3 стр. 217, *Rivier* § 36, стр. 233). Для послѣдней «transmissio Theodosiana», особенно важной тѣмъ, что она обнимаетъ наибольшее число возможныхъ случаевъ, въ доюстиніановской практикѣ, требованія ея примѣнимости сводились къ совпаденію слѣдующихъ условій:

1) призванный наслѣдникъ долженъ быть потомкомъ завѣщателя;

2) его смерть предполагается наступившей черезъ нѣкоторое время послѣ смерти наслѣдодателя, составившаго завѣщаніе;

3) смерть наслѣдника предполагается наступившей до опубликованія завѣщанія;

4) предполагается, что потомки этого наслѣдника согласны принять его наслѣдство.

Разъ оказывалось налицо совокупность всѣхъ этихъ обстоятельствъ, «transmissio Theodosiana» считалась допустимою; въ противномъ случаѣ никакой трансмиссіи не допускалось (Koeppen, стр. 166 и 167).

в) Послѣднимъ шагомъ въ развитіи римскихъ трансмиссій является провозглашеніе Юстиніановской конституціи 529 года, согласно которой, если призванный къ наслѣдству, но не успѣвшій выразить свою волю, наслѣдникъ умираетъ въ то время, когда не истекъ еще годъ со дня его извѣщенія объ открытіи наслѣдства, то наслѣдникамъ этого лица предоставляется полное право принять наслѣдство или отъ него отречься, впредь до истеченія первоначальнаго срока. Эта льгота и называется «Transmissio Iustinianea» Ср. Rivier— § 36, стр. 235; *Koeppen* § 26; *Windscheid* § 600, п. 1 стр. 210). Съ установленіемъ этой льготы римское право достигло крайнихъ предѣловъ того, чего можно было требовать въ силу «aequitas», сохраняя неприкосновеннымъ самое начало юридической непереходимости права на наслѣдство. Идти дальше въ этомъ направленіи было возможно не иначе, какъ въ силу *иныхъ юридическихъ началъ*, чуждыхъ римскому праву наслѣдованія. Этого, повидимому, не приняли, въ должной степени, въ соображеніе составители Австрійскаго и Саксонскаго Уложеній, коль скоро они нашли возможнымъ воспринять систему неограниченныхъ трансмиссій, сохраняя тѣмъ не менѣе

римскую систему наслѣдованія. Изъ общеизвѣстныхъ комментаріевъ (Унгера и Зибенгаара) не видно, какимъ образомъ можетъ быть устранено внутреннее противорѣчіе, содержащееся въ подобномъ сочетаніи.

Невозможность *юридической* конструкціи трансмиссіи, понятой въ видѣ общаго правила (т. е. такъ, какъ римляне ее никогда и не разумѣли), вытекаетъ изъ самой сущности римской идеи наслѣдственнаго перехода. Трудно совершить конструкцію права наслѣдника до принятія имъ наслѣдства такъ, чтобы это право могло подлежать передачѣ по наслѣдству. Что это за право? Вещнымъ, въ полномъ смыслѣ слова, оно быть не можетъ, въ силу самой постановки дѣла. Обязательственнаго права тутъ также нѣтъ, ибо не видно, кто является обязаннымъ лицомъ. Если это не право, то нѣтъ никакой возможности объяснить, на какомъ основаніи, черезъ передачу одной этой частицы права, второй наслѣдникъ можетъ впослѣдствіи сдѣлаться полнымъ пріобрѣтателемъ вещнаго права на наслѣдство. Если-же прибѣгнуть къ допущенію такой конструкціи, что право на наслѣдство, до его принятія, есть *условное право*, и что, съ открытія наслѣдства, пріобрѣтается право подъ отлагательнымъ условіемъ (sub conditione suspensiva), то эта, наиболѣе близкая въ истинѣ, конструкція страдаетъ слѣдующимъ недостаткомъ. *Первый* наслѣдникъ умираетъ послѣ открытія наслѣдства, но до его принятія; этотъ наслѣдникъ, въ моментъ смерти, обладаетъ вещнымъ правомъ, неосуществимымъ до выраженія воли принять наслѣдство, что и составляетъ отлагательное условіе. Значеніе этого условія представляется вполнѣ опредѣленной величиной, въ силу того, что волеизъявленіе должно исходить отъ *даннаго* лица, именно отъ того-же перваго наслѣдника, именуемаго трансмиттентомъ. Если затѣмъ поставить то-же самое вещное право въ зависимость отъ инаго условія, именно отъ волеизъявленія *втораго* наслѣдника (преемника перваго лица), то *условіе совершенно измѣняется въ своемъ объемѣ;* оно дѣлается иною величиною, опредѣляемою волею и субъективными особенностями совершенно другаго лица, ибо лицъ вполнѣ равныхъ и тождественныхъ въ природѣ быть не можетъ. Но въ такомъ случаѣ нарушается основное положеніе наслѣдственнаго права тѣмъ, что по наслѣдству переходитъ, сперва къ наслѣднику первой, затѣмъ второй степени, не то-же самое, а разное право, съ мѣняющимся объемомъ. Это уже не наслѣдованіе.

Есть и другая несообразность. Наслѣдникъ первой степени (транс-

миттентъ) получаетъ, по преемству отъ первоначальнаго наслѣдодателя—такое право, которое временно находится «in suspenso», но затѣмъ можетъ осуществиться во всей полнотѣ вещнаго права, потому что лицо, непосредственно предшествовавшее первому наслѣднику, именно наслѣдодатель, обладало тѣмъ-же вещнымъ правомъ, во всей его полнотѣ, имѣя для его защиты, къ своимъ услугамъ, искъ вещнаго-же характера, такъ называемую «hereditatis petitio» (ср. *Koeppen* стр. 315). Въ совершенно иномъ положеніи находится наслѣдникъ второй степени (т. е. наслѣдникъ трансмиттента), такъ какъ его праводатель никогда не обладалъ полнотою правъ на наслѣдство и не могъ пользоваться такъ называемою «hereditatis petitio». То, чего трансмиттентъ никогда не имѣлъ, того онъ никоимъ образомъ передать не можетъ. Поэтому, казалось-бы, что наслѣдникъ второй степени, пріобрѣтая своимъ волеизъявленіемъ полноту вещныхъ правъ на наслѣдство, долженъ былъ-бы считаться, въ этомъ отношеніи, непосредственнымъ правопреемникомъ первоначальнаго наслѣдодателя, а не трансмиттента; въ такомъ случаѣ его не слѣдовало-бы обязывать необходимостью принять наслѣдство трансмиттента, и онъ долженъ былъ-бы считаться свободнымъ отъ долговъ трансмиттента. Всего этого нѣтъ. Трансмиссія предполагаетъ (въ отличіе отъ поколѣннаго преемства), что наслѣдникъ второй степени получаетъ право принять наслѣдство, доставшееся отъ первоначальнаго наслѣдодателя, не иначе, какъ посредствомъ принятія наслѣдства трансмиттента, а стало-быть—отвѣчая за его-же долги (Ср. *Koeppen* § 23, прим. 1, стр. 161 и § 25, пр. 2, стр. 167; несогласіе у нѣкоторыхъ авторовъ: Löhr, Sintenis, Vangerow, Puchta; ср. *Windscheid* § 600, пр. 9, стр. 214; также *Unger* § 36 прим. 17). Такая природа трансмиссіи вполнѣ обнаруживаетъ ея теоретическую несостоятельность. Она предназначается къ тому, чтобы дать наслѣднику трансмиттента такія права, которыхъ онъ никоимъ образомъ имѣть не можетъ, коль скоро не измѣнены самыя условія наслѣдственнаго преемства, въ смыслѣ принятія формулы «le mort saisit le vif». Наоборотъ, съ допущеніемъ этого начала, весь вопросъ упрощается до крайней степени. Переходъ наслѣдства, безъ всякаго особаго волеизъявленія со стороны пріобрѣтателей, совершается на общемъ основаніи отъ наслѣдодателя къ наслѣднику первой степени, а отъ него ко второй степени и т. д., и нѣтъ никакой надобности въ предположеніи неестественныхъ трансмиссій. Такъ, *французское* право допускаетъ, на общемъ основаніи и безъ всякаго намека на спеціальный способъ трансмиссіи, начала ст. 781

(code civil), гласящей: «когда тотъ, въ пользу кого открылось наслѣдство, умеръ, не отрекшись отъ него или не принявъ его положительно либо безмолвно, то его наслѣдники могутъ, въ силу его правъ, принять наслѣдство или отречься отъ него». Французскіе комментаторы придерживаются вполнѣ отчетливо того мнѣнія, что теорія трансмиссіи не имѣетъ никакого значенія для французской юриспруденціи (ср. *Marcadé*, къ ст. 781, стр. 150 и 151 т. III, 7-го изд.; *Demolombe* XIV, § 343, стр. 396; *Baudry-Lacantinerie et Wahl* §§ 1495—1501; *Laurent* IX, § 70). Такое-же разъясненіе вопроса встрѣчается и у комментаторовъ *прусскаго* земскаго права (ср. *Förster-Eccius* IV, § 268, стр. 583 и 584; *Koch*, стр. 537, 730; *Gruchot* I, 58 f. и друг.).

На той-же почвѣ стоитъ и общегерманское Уложеніе (допускающее «сезину»). Мотивы къ ст. 2028 I-ой редакціи, соотвѣтствующей статьѣ 1952 окончательнаго текста, гласятъ, что, нѣтъ надобности особо упоминать о переходѣ наслѣдства къ наслѣдникамъ наслѣдника, въ случаѣ его смерти, наступающей до заявленія его объ отреченіи отъ наслѣдства, «такъ какъ этотъ дальнѣйшій переходъ вытекаетъ изъ основныхъ статей того-же уложенія, при чемъ само собою разумѣется, что наслѣдникъ передаетъ своимъ наслѣдникамъ то наслѣдство, которое ему досталось, хотя-бы съ правомъ отъ него отречься». (Ср. *Motive* zu dem Entwurfe, и т. д. стр. 492).

Покончивъ общую характеристику «трансмиссіи», на почвѣ тѣхъ-же законодательствъ (римскаго типа), съ коими она связана, мы должны сказать нѣсколько словъ о томъ, какое отношеніе это понятіе можетъ имѣть къ русскому наслѣдственному праву.

Отвѣтить вполнѣ отчетливо на этотъ вопросъ — дѣло не легкое, Мы уже указывали причину.

Однако — подойти къ рѣшенію этого вопроса можно и даже слѣдуетъ.

Прежде всего установимъ, что въ русскомъ наслѣдственномъ правѣ, такъ или иначе, водворился *римскій* взглядъ. «Сезины» у насъ нѣтъ. Вопросъ считается почти безспорнымъ. Въ учебникѣ Г. Ф. Шершеневича (стр. 695) это выражено въ слѣдующихъ словахъ: «По русскому законодательству, въ моментъ открытія наслѣдства пріобрѣтается только *право* наслѣдованія, и *лишь со времени принятія* наслѣдникъ вступаетъ во всѣ юридическія отношенія наслѣдодателя, становится субъектомъ правъ и обязанностей».

Разъ русская практика стала на *римскую* почву, естественно

возникаетъ возможность считать «трансмиссію» началомъ, примѣнимымъ у насъ именно на этой почвѣ.

Я не имѣю въ виду какихъ-либо сенатскихъ рѣшеній, которыя разрѣшали-бы этотъ вопросъ. Повидимому, такихъ матеріаловъ не имѣетъ въ своемъ распоряженіи и К. Анненковъ, такъ какъ онъ, безъ всякихъ цитатъ, утверждаетъ (на стр. 400 своей Сист. Гр. Права, т. VI, право наслѣдованія), что: «въ случаѣ смерти наслѣдника до принятія имъ наслѣдства, право на полученіе слѣдовавшаго ему наслѣдства должно переходить къ его наслѣдникамъ».

Объ этомъ вопросѣ, за отсутствіемъ положительныхъ и твердыхъ данныхъ, можно толковать и такъ и наоборотъ. Если идти чисто подражательнымъ путемъ, отчего въ самомъ дѣлѣ и не допустить возможности такихъ сенатскихъ толкованій: есть у насъ римская система—и прекрасно; допустимъ, слѣдовательно, и римскую «трансмиссію», по примѣру тѣхъ, указанныхъ выше, нѣмецкихъ законовъ, которые выходятъ изъ этого римскаго основанія, безпредѣльно (гораздо дальше римлянъ) обобщая эту «трансмиссію».

Однако, если мы пожелаемъ отнестись къ дѣлу самостоятельно, то мы вспомнимъ всѣ приведенныя выше, критическія разсужденія, изъ коихъ вытекаетъ, что новѣйшія стремленія къ безпредѣльному расширенію понятія о «трансмиссіи» крайне нелогичны.

«Трансмиссія» есть мало пригодное, совершенно архаическое средство, для осуществленія живой потребности, которую мы, несомнѣнно, глубоко ощущаемъ. По нашему мнѣнію, ни русскій законодатель, ни русскій судья не должны давать ходъ этому въ высшей степени худосочному институту. Довольно уже съ насъ и того, что Сенатъ навязалъ намъ «римскую» идею, взятую на прокатъ у нѣмцевъ, вопреки довольно ясному противорѣчію статьи 1245-й 1 ч. X т. (очевидно навѣянной отъ французовъ, въ эпоху Сперанскаго), на которой можно было и слѣдовало выстроить «сезину». Этого-бы еще недоставало, чтобы Сенатъ намъ достроилъ все зданіе «трансмиссіи», ветхое, уже убранное на сломъ, въ 1900 году, у нашихъ сосѣдей-нѣмцевъ.

Спрашивается, чѣмъ замѣнить «трансмиссію, для достиженія тѣхъ несомнѣнно нужныхъ цѣлей, которымъ она служитъ? Мнѣ кажется, что на это могутъ быть два отвѣта:

1) Если когда-нибудь у насъ введутъ сезину, по примѣру Германскаго Уложенія, о чемъ я уже обстоятельно выразилъ свое

мнѣніе, то вопросъ упраздняется самъ собою, такъ какъ «сезина» покрываетъ собою «трансмиссію».

2) Если-же русскимъ юристамъ будетъ жалко разстаться съ римско-германской конструкціей наслѣдства, отвергающею «сезину», то мы все-же предпочли-бы дополнить это зданіе чѣмъ-либо инымъ, кромѣ «трансмиссіи».

Если прибѣгать къ расширительнымъ и обобщающимъ построеніямъ, то отчего-же непремѣнно обобщать «трансмиссію»? Можно, напримѣръ, обратиться къ другому институту—«праву представленія» или «поколѣннаго преемства» и позаимствоваться изъ этого источника, посредствомъ такого построенія: а) наслѣдникъ второй степени, черезъ право «поколѣннаго преемства» (прежнее «право представленія»),—*вступаетъ въ степень* наслѣдника первой ступени, умершаго раньше его и *до открытія наслѣдства;* б) отчего-бы не допустить такого-же «вступленія въ верхнюю,степень», когда первый наслѣдникъ умеръ *послѣ* открытія наслѣдства? Разъ онъ умеръ, хотя и послѣ, но не успѣвъ пріобрѣсти наслѣдства, посредствомъ его принятія, то дѣло сводится къ тому-же положенію, какъ если-бы первый наслѣдникъ умеръ *до* открытія наслѣдства. Съ житейской стороны—конструкція такого случая, по началамъ поколѣннаго преемства, приводитъ къ совершенно справедливымъ послѣдствіямъ. Второй наслѣдникъ, *въ этомъ предположеніи* будетъ принимать только *одно* наслѣдство, а не два; онъ будетъ отвѣчать за долги лишь перваго наслѣдодателя, а не промежуточнаго, перваго наслѣдника; Это разумно; оно устраняетъ долговой абсурдъ.

Была-ли когда-либо сдѣлана практическая попытка къ такому построенію,—мнѣ не извѣстно.

А было-бы весьма желательно!..

---

8. Опытъ критической оцѣнки института обязательной доли [1]).

Стремленіе къ отысканію философскихъ основаній главныхъ институтовъ гражданскаго права показываетъ, насколько мало мы удовлетворяемся однимъ лишь раскрытіемъ экономической стороны юридическихъ явленій и, тѣмъ болѣе, простымъ констатированіемъ ихъ

---

1) Докладъ, читанный въ Юридическомъ Обществѣ 17 апрѣля 1897 г. Литература: 1. О философскихъ основаніяхъ обязательной доли. а) У старыхъ писателей: Hugo Grotius, Pufendorf, Leibnitz, Montesquieu, Kant. б) Новое направленіе, начиная отъ Гегеля: Hegel — «Philosophie

догматическаго построенія. Это стремленіе къ высшему, болѣе идейному началу, быть можетъ неравномѣрно во всѣ времена. Оно совпадаетъ съ такими эпохами умственнаго творчества, когда пытливый умъ высоко порхаетъ въ поискахъ за смысломъ жизни. Отраженіе философскаго мышленія такихъ творческихъ періодовъ на науку права бываетъ въ высшей степени плодотворно. Юриспруденція, послѣ такихъ вліяній, нерѣдко обнаруживала наибольшую подвижность и плодовитость, послѣднее отраженіе коихъ мощно вліяло затѣмъ на просвѣтленіе законодательства и судебной практики.

Вопросъ объ основаніяхъ института обязательной доли сводится къ опредѣленію мѣры завѣщательной свободы и степени обязательности воли умирающаго собственника за предѣлами его жизни. Въ этомъ вопросѣ сталкиваются два начала, царящія такъ или иначе во всѣхъ отрасляхъ гражданскаго права: начало *личной свободы* и начало *общаго интереса*, въ лицѣ семьи, рода, корпораціи, государства. Съ виду касаясь одной только частности, мѣсто которой какъ-то незамѣтно скрывается между догматическимъ изложеніемъ завѣщанія и ученіемъ о законномъ наслѣдованіи, вопросъ объ обязательной долѣ не даромъ представляется однимъ изъ самыхъ трудныхъ въ системѣ наслѣдственнаго права; ибо въ немъ затрогиваются самые глубокіе элементы этой системы и не вскользь, а ребромъ и

---

desRechts», 1820.—(§§ 178—180). Gans—«Das Erbrecht in Weltgesch. Entw.» 1824—35. Stahl—«Philosophie des Rechts», 1830—37 (II, 500). Ahrens—«Naturrecht»—т. II, стр. 298 фр изд. 75 г.). Trendelenburg—«Naturrecht». 1860 г. (§ 141). Beseler—«Deutsches Privatrecht»—(§ 131). 2. Догматическія свѣдѣнія. а) По римскому праву въ курсахъ пандектовъ: Bàron, Arndts, Brinz, Windscheid, Dernburg и въ спеціальныхъ изслѣдованіяхъ: Rivier—«Traité des successions en droit romain», Brux. 78 г. Koeppen—«Lehrbuch des heutigeu röm. Erbr.», Würzb. 1895 г. Schroeder—«Das Notherbenrecht; Nov. 115»—Heidelb. 1877. б) По прусскому земскому праву: Общіе курсы: Dernburg; Förster-Eccius; спеціальныя сочиненія: Gruchot—Preussisches Erbrecht», Berl. 1867. Koch—«Das Preussische Erbrecht», Berl. 1866. Schultzenstein—«Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht»—Berl. 1883. в) По французскому праву: Общіе трактаты: Marcadé, Demolombe, Laurent, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Colin. Послѣднее, вышедшее подъ заглавіемъ: «Des Donations entre vifs, et des Testaments», Paris, 1895. Спеціальное изслѣдованіе: René-Cuënot—« Des droits de légitime et de réserve », 1877. Fretel—« De la réserve légale», Paris, 1869. г) По австрійскому праву: Unger—«Das österreichische Erbrecht», Leipzig 1879. д) По саксонскому праву и новѣйшимъ проектамъ: Siebenhaar—«Commentar»; Mommsen «Eutwurf»; — Motive zu dem Entwurfe eines Bürg. Gesetzbuches für das deutsche Reich», Bd. V, стр. 382. Послѣ утвержденія новаго германскаго уложенія вышло: Boehm—«Das Erb-

притомъ въ такой требовательной и неумолимой формѣ, что институтъ обязательной доли остается во мглѣ, пока затрогиваемые имъ коренные вопросы не испытаны и не рѣшены, пока возбуждаемыя имъ сомнѣнія не оцѣнены и не взвѣшены; развитіе же теоріи права въ этой области какъ бы стоитъ въ тѣсной связи съ разрѣшеніемъ глубокихъ задачъ философскаго, историческаго, соціальнаго и экономическаго характера, стоящихъ внѣ предѣловъ юриспруденціи.

Этою особенностью института обязательной доли и объясняется, почему, съ одной стороны сочиненія многихъ юристовъ, подробно изучившихъ догматическія очертанія института, отличаются поразительною скудостью въ раскрытіи его внутренняго смысла; между тѣмъ какъ на этомъ же вопросѣ нерѣдко останавливались мыслители, совершенно чуждые традиціямъ юриспруденціи. Немногимъ юридическимъ вопросамъ посчастливилось въ такой мѣрѣ, что нѣтъ почти выдающагося философскаго или экономическаго теченія, съ конца XVI вѣка до нашихъ дней, которое не оставило бы на немъ своего слѣда, то принимая самый институтъ обязательной доли подъ свою защиту, то подвергая его разрушительной критикѣ.

Жанъ-Бодэнъ («République» L. 1 c. 4.) — въ XVI вѣкѣ; *Гуго Гроцій* («De jure belli ac pacis», кн. II, гл. 2, § 14); *Пуфендорфъ* («De jure naturae et gentium», IV, гл. 10, §§ 2—6); *Лейбницъ* («Nova methodus jurisprudentiae», II, § 20) — въ XVII-мъ; *Христіанъ Вольфъ* («Institutiones juris naturae», §§ 921—924 и 928), *Монтескьё* («Esprit des Lois», кн. 26, гл. 6), *Руссо* («Discours sur l'origine de l'inégalité», также «Contrat social») —

---

recht des Bürgerl. Gesetzbuches», Hannover 1896. (См. стр. 154). 3. Критическій разборъ обязательной доли. Le Play—«La Réforme sociale». (7 изд.) Tours 1887. Brocher — «Etude sur la légitime et les réserves», 1868. Boissonade — «Histoire de la réserve héréditaire», 1873. Cornulier-Lucinière — «Etudes sur le droit de tester», 1880. Два доклада, прочтенные: а) адвокатомъ Мейерсбургомъ и б) проф. Брунсомъ на XIV съѣздѣ германскихъ юристовъ, въ 1878 году, юридико-экономическое изслѣдованіе Міасковскаго, изд. въ 1884 г. въ Лейпцигѣ, подъ заглавіемъ: «Das Erbrecht und die Grundeigenthumsvertheilung im Deutschen Reiche». 4. Указанія и изслѣдованія на русскомъ языкѣ. Кромѣ общихъ указаній въ курсѣ Побѣдоносцева, ср. изслѣдованія: А. Ф. Брандта—«О родовыхъ имуществахъ» (въ концѣ имѣются мысли объ обязательн долѣ). К. П. Змирлова — «Законы о родовыхъ имуществахъ и институтъ обязательной доли; 1890 года». А. К. Рихтера — О необходимомъ наслѣдованіи. Спб. 1893 г. К. И. Загоровскаго «Къ вопросу о законной наслѣдственной долѣ« (въ Журн. Мин. Юст. за май и іюнь 1896 г.).

въ XVIII-мъ вѣкѣ, всѣ они коснулись, болѣе или менѣе обстоятельно, права наслѣдованія и обязательной доли, то умаляя значеніе этихъ институтовъ, то признавая за ними существенность, въ зависимости, вообще говоря, отъ того, насколько они признавали ихъ составною частью неотъемлемыхъ естественныхъ законовъ, вытекающихъ изъ самой природы человѣка. На исходѣ XVIII вѣка разумность права наслѣдованія подверглась въ первый разъ радикальному сомнѣнію въ двухъ ученіяхъ, имѣющихъ мало общаго, и скорѣе случайно сошедшихся въ одномъ предметѣ ихъ критики. (Съ одной стороны *Кантъ* («Rechtslehre», § 34 и прил. № 7; также «сочиненія»—9, 112, 42), выступилъ во имя индивидуализма, съ утвержденіемъ, что всякое право коренится въ личности человѣка, и что со смертью человѣка и вмѣстѣ съ гибелью его воли исчезаютъ также всѣ его права, вслѣдствіе чего нѣтъ разумныхъ и естественныхъ основаній ни для завѣщанія, ни для законнаго наслѣдованія, которое только и можетъ основаться на правѣ «захвата» имущества ближайшими родственниками. Послѣдователями этихъ идей явились впослѣдствіи: *Фихте* («Naturrecht» II, § 60, стр. 244), *Гросъ*, *Кругъ*, *Гаусъ*, *Дростъ-Гульсгофъ*, *Роттекъ* и другіе. Съ другой стороны выступилъ основатель школы утилитаристовъ *Іеремія Бентамъ* («Essay on the Principles of Morals and Legislation», 1789), съ требованіемъ, чтобы наслѣдованіе родственниковъ дальше дѣтей, родителей братьевъ и сестеръ было упразднено и замѣнено наслѣдованіемъ государства. Отъ него пошли, въ умственномъ преемствѣ, *Сенъ-Симонисты* (*Базаръ*, *Анфантэнъ*). Тѣ же идеи дѣлаются, около середины XIX вѣка достояніемъ соціалистовъ [1]) и нѣкоторыхъ теоретиковъ государственнаго права (напр. *Блунчли*); онѣ переходятъ затѣмъ въ область финансоваго права (теорія *Шееля* и *Вагнера* о «государственномъ сонаслѣдіи»), наконецъ полагаются въ основаніе ученія *Д. С. Милля* о наслѣдственномъ правѣ (ср. его «Политическую экономію»).

Наряду съ этими нападками появляется ученіе *Гегеля*, имѣющее значеніе созидающее и укрѣпляющее не для одного только ученія о наслѣдственномъ правѣ. Въ 1820 году появилось его сочиненіе «*Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft*, возымѣвшее столь великое значеніе для развитія юриспруденціи. Слѣдуетъ замѣтить, что отъ Гуго-Гроція до Гегеля наслѣдственное право всегда разсматривалось, какъ система, осно-

[1]) Ср. Лассаля: «System der erworbenen Rechte»; Louis Blanc «l'organisation du travail».

ванная на идеѣ завѣщанія, которая считалась въ центрѣ системы: наслѣдованіе по закону считалось не болѣе, какъ порядкомъ, сообразнымъ вѣроятной волѣ завѣщателя («voluntas praesumpta defuncti»). *Гегель* первый рѣшился къ подысканію обратнаго основанія («Philosophie des Rechts» § 178—180. «Werke» Bd. VIII, стр. 239—244), принявъ за исходную точку *наслѣдованіе по закону*, и выводя отсюда также наслѣдованіе по завѣщанію. По мнѣнію Гегеля, семья составляетъ ту правовую единицу, въ которой непосредственно проявляется нравственный духъ; она же—основаніе всего наслѣдственнаго права. Это право есть, по своей природѣ, вступленіе во владѣніе семейнымъ имуществомъ, на которомъ держится признакъ общности (Gemeinsames Familienvermögen). Поэтому Гегель допускаетъ завѣщаніе только вспомогательно, при распавшейся семьѣ и при отдаленности степеней родства наличныхъ наслѣдниковъ. При существованіи же тѣсной семьи изъ супруговъ и дѣтей завѣщаніе должно быть совершенно воспрещено или же ограничено. Послѣ Гегеля эту же идею подробно развилъ *Гансъ* («Das Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwickelung», 1824—35, 4 тома также въ его практическихъ соображеніяхъ о прусскомъ правѣ: «Beiträge sur Revision der preussischen Gesetzgebung», стр. 123—146). Наконецъ идеи Гегеля достигли всеобщаго преобладанія въ новѣйшей философіи права и положены были въ основаніе такихъ капитальныхъ твореній въ этой области, каковы—сочиненія: *Шталя* («Philosophie des Rechts», 1830—1837 г.г. II, 500), *Аренса* («Cours de droit naturel», 1837—7-ое изд. 1875 г. II т. стр. 298) и *Тренделенбурга* («Naturrecht», 1860 г. § 141).

Для характеристики этого теченія мысли приведемъ нѣсколько словъ изъ «*Курса естественнаго права*» знаменитаго *Аренса*, въ которыхъ онъ обнаруживаетъ замѣчательную философскую глубину, связывая общія основанія всѣхъ видовъ наслѣдованія съ самыми сокровенными сторонами человѣческой души, сочетая, при этомъ, тѣ же элементы съ трезвымъ и практическимъ взглядомъ на жизнь, осмысливая философски то, что народъ чувствуетъ сердцемъ и освящаетъ обычаемъ.

«Право, говоритъ Аренсъ, опредѣляя всѣ отношенія согласно законнымъ цѣлямъ человѣка и человѣческаго общежитія, должно также опредѣлять отношенія по имуществамъ на случай смерти, какъ относительно семьи умершаго, такъ и относительно свободнаго распоряженія, которое слѣдуетъ оставить каждому собственнику, даже на случай смерти. Слѣдовательно, въ наслѣдственномъ правѣ должны сочетаться два начала, въ равной

степени важныя: *начало семейное*, преобладающее въ наслѣдованіи безъ завѣщанія и *начало свободы личности*, преобладающее въ наслѣдованіи по завѣщанію». «Наслѣдованіе безъ завѣщанія оправдывается природою, цѣлью семьи и порождаемыми ею обязанностями. Семья отличается отъ всякаго другого общества тѣмъ, что она не создаетъ связи между членами, равными по положенію, но соединяетъ поколѣнія, возрасты и оба пола въ сообщество жизненныхъ интересовъ, не перестающее существовать вслѣдствіе смерти котораго-либо изъ членовъ семьи, но продолжающееся среди пережившихъ членовъ до тѣхъ поръ, пока они не выдѣлятся сомостоятельно. И даже тогда естественная и нравственная связь, независимая отъ ихъ воли, удерживаетъ ихъ въ нѣкоторомъ сообществѣ обязанностей и правъ. Эта общность предполагаетъ имущественное объединеніе, свойственное брачному состоянію, за отсутствіемъ противоположныхъ соглашеній, и примѣняется на случай смерти, коль скоро нѣтъ завѣщательнаго распоряженія. Дѣти съ рожденія вступаютъ въ это нравственное и имущественное сообщество, и когда кто-либо изъ членовъ семьи умираетъ безъ завѣщанія, его часть поступаетъ къ пережившимъ членамъ семьи».

«Къ этимъ соображеніямъ присоединяются разсужденія, вытекающія изъ нравственной стороны семейнаго быта. Человѣкъ, будучи одаренъ способностью чувствовать и любить, естественно стремится проявлять свою привязанность осязательнымъ средствомъ, причемъ его имущество естественно служитъ средствомъ передачи того, что онъ въ себѣ чувствуетъ. Поэтому мы видимъ въ исторіи доказательства того, что даже племена, стоящія на низкой ступени культуры, одобряютъ передачу предметовъ движимыхъ, какъ-бы носящихъ на себѣ слѣдъ умершаго и его трудовъ, къ ближайшимъ его родственникамъ, а желаніе пріобрѣтать для своихъ дѣтей и для обезпеченія ихъ будущности было всегда одною изъ самыхъ важныхъ побудительныхъ силъ въ накопленіи богатствъ, а родителями считается за долгъ. Наслѣдованіе безъ завѣщанія основано поэтому на любви и на чувствѣ долга родителей въ отношеніи дѣтей. Нужды нѣтъ, что это наслѣдованіе переводитъ часто имущество въ руки лицъ, не содѣйствовавшихъ собственными трудами ихъ накопленію или сохраненію, между тѣмъ какъ трудъ есть главный источникъ собственности; по этой именно причинѣ государство вправѣ подчинять подобное пріобрѣтеніе началамъ общаго блага, подвергая его извѣстнымъ ограниченіямъ; но государство не вправѣ разрушать одну изъ основныхъ привязанностей человѣческой природы и про-

явленіе этой привязанности въ столь существенныхъ дѣлахъ, а потому оно и должно во всякое время признавать принципъ наслѣдованія безъ завѣщанія».

«Право завѣщанія признано какъ послѣдствіе права на неприкосновенность человѣческой личности. Нельзя допускать такой крайности, какъ отрицаніе послѣдствій человѣческой воли послѣ его смерти. Подобно тому, какъ воздѣйствіе человѣческихъ привязанностей, а также нравственная и физическая дѣятельность человѣка, какъ-бы скромна ни была его жизнь, безспорно распространяютъ свое существованіе или вліяніе за смертью этого человѣка, такимъ же образомъ нѣтъ и соціальнаго основанія къ тому, чтобы законъ не допускалъ распоряженія человѣка, желающаго сознательно, при жизни, распорядиться о своемъ имуществѣ съ тѣмъ, чтобы дѣйствіе его воли началось со времени его смерти. Это сводится къ юридической сдѣлкѣ, причина которой кроется въ волѣ живаго человѣка, но дѣйствіе которой отлагается до смерти. Рѣшительный аргументъ въ пользу права завѣщанія содержится въ разумной и нравственной природѣ человѣка, который способенъ возвыситься своимъ разумомъ за предѣлы времени и мѣста, связывая прошедшее съ настоящимъ и будущимъ, задаваясь выполненіемъ цѣлей благотворительности, благодарности и любви, нерѣдко простирающихся за предѣлами жизни, а потому не долженъ быть лишенъ права организовать систему пригодныхъ средствъ для достиженія подобныхъ цѣлей. Отказывая человѣку въ правѣ совершать завѣщанія, мы ограничиваемъ его однимъ чувственнымъ существованіемъ, не признавая его способности къ преслѣдованію цѣли за предѣлами бренной его жизни, принуждая его примѣняться къ легкомысленному принципу: «послѣ меня хоть трава не рости». Право завѣщанія, хотя и осуществляется обыкновенно въ пользу родственниковъ и друзей, было однако нерѣдко источникомъ возникновенія учрежденій общеполезной благотворительности».

«Наконецъ надлежитъ сообразить значеніе права наслѣдованія въ его отношеніяхъ къ религіи и къ понятію безсмертія души, такъ какъ эта идея отразилась въ его развитіи у главныхъ культурныхъ народовъ. Геній Лейбница, обладавшій способностью извлекать глубокія истины изъ всѣхъ предметовъ, которыхъ онъ касался, свелъ къ идеѣ безсмертія души и ея непрерывнаго существованія послѣ смерти наслѣдодателя—причину того уваженія, которое освящаетъ волю умершаго завѣщателя. Впослѣдствіи подобныя-же мнѣнія выска-

заны были въ писаніяхъ Краузе, Цахаріэ и Лаферріера» (въ его «Исторіи Французскаго Права».

«Право завѣщанія не можетъ быть однако допущено безъ ограниченія и произвольнымъ образомъ. Отдавая должное праву неприкосновенности и свободы человѣческой личности, изъ коего право завѣщанія вытекаетъ, надо также принять въ уваженіе семейный союзъ и подчинить завѣщателя натуральнымъ обязанностямъ, происходящимъ изъ брачнаго и родственнаго союза. Повинуясь этому чувству семейной справедливости, почти всѣ законодательства обязали завѣщателя оставлять опредѣленную долю въ пользу переживающаго супруга и дѣтей, а большее число законодательствъ установили такое ограниченіе еще въ пользу отцовъ и матерей; даже нѣкоторыя—въ пользу братьевъ и сестеръ, хотя послѣдній случай болѣе сомнителенъ. Въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки, а по нѣкоторымъ видамъ имуществъ и въ Англіи, свобода завѣщаній безгранична (за ислюченіемъ доли, оставляемой женѣ), и въ новѣйшее время умножается число писателей, считающихъ эту систему предпочтительной сравнительно съ обязательной долей. Тѣмъ не менѣе, хотя уменьшеніе обязательной доли и можетъ подлежать сокращенію, слѣдуетъ однако признать, что исключительное начало произвольнаго завѣщанія несовмѣстимо съ обязанностями и чувствами семейной жизни». (Ср. французское изданіе: «Cours de droit naturel ou de philosophie du droit», par *Henri Ahrens*, 7-me édition. T. II, pages 299—304, Leipsic. Brockhaus, 1875).

Совершенно справедливо разсуждаетъ профессоръ *Брунсъ* (докладъ на XIV съѣздѣ германскихъ юристовъ, стр. 79), когда онъ говоритъ, что *разрѣшеніе вопроса о свободѣ завѣщанія въ томъ или иномъ смыслѣ* всегда зависитъ и, такъ сказать, *предопредѣляется тѣмъ взглядомъ, который законодатель установляетъ на общія основанія самаго наслѣдованія*. А именно: 1) Кто допускаетъ, вмѣстѣ съ новѣйшими нѣмецкими философами, начиная съ Гегеля, что наслѣдственное право, по своей природѣ, должно быть основано на семейномъ правѣ, тотъ естественно долженъ отвергать начала неограниченной свободы завѣщанія; наоборотъ, 2) кто допускаетъ вмѣстѣ съ древнѣйшими учителями наслѣдственнаго права, что семья не имѣетъ самостоятельныхъ наслѣдственныхъ правъ, но что въ ея пользу можетъ быть только допущена презумпція благосклонной воли завѣщателя, тотъ не можетъ уклониться отъ признанія начала неограниченной свободы завѣщанія, въ крайнемъ случаѣ сохраняя лишь незначительное ограниченіе этой свободы, естественною обязанностью

доставлять алименты ближайшимъ членамъ семьи, каковая обязанность можетъ быть сочтена наслѣдственною и переходить съ наслѣдодателя на его наслѣдниковъ.

Исходя изъ этого вѣрнаго указанія логическаго соотношенія принципа свободы завѣщанія съ общими началами наслѣдства, мы находимъ прямое объясненіе того, почему писатели XVII и XVIII вѣка—обнаруживаютъ стремленіе къ отождествленію обязательной доли съ наслѣдованіемъ алиментовъ, сочувствуя вообще умаленію значенія этого института. Всѣ они были проникнуты римскимъ воззрѣніемъ, придающимъ руководящее значеніе завѣщанію и толкующимъ наслѣдованіе безъ завѣщанія въ смыслѣ одной лишь: «praesumpta voluntas defuncti». Уже на этомъ основаніи естественна была въ нихъ та склонность, на которую мы здѣсь указываемъ. Но этого мало.

Писатели того времени проникнуты были другой мыслью, которая сама по себѣ должна была тоже наталкивать ихъ на тотъ-же выводъ. Я говорю здѣсь о вѣрѣ въ существованіе прирожденнаго, т. е. естественнаго права, существующаго въ природѣ человѣка независимо отъ какого-бы то ни было историческаго развитія. На этомъ элементѣ, существовавшемъ, по ихъ представленію, внѣ времени и пространства, надлежало полагать основаніе системы наслѣдственнаго права. Усматривая, вообще говоря, прочную связь между правомъ наслѣдованія безъ завѣщанія и природою человѣка, допуская поэтому причисленіе этого института къ естественнымъ и неотъемлемымъ правамъ, мыслители того времени нерѣдко отрицали такую связь между *необходимымъ* наслѣдованіемъ и естественнымъ правомъ, вслѣдствіе чего мы видимъ у нихъ болѣе или менѣе выраженное отрицательное отношеніе къ обязательной долѣ.

Такъ напримѣръ, обязанность родителей давать пищу и содержаніе дѣтямъ есть, въ глазахъ *Гуго Гроція* обязанность нравственная, не подлежащая полной юридической формулировкѣ. За предѣлами права на содержаніе и алименты прекращается всякая, даже натуральная обязанность. *Монтескьё* считалъ, что естественное право повелѣваетъ родителямъ давать только пропитаніе дѣтямъ, не обязывая вовсе признавать ихъ наслѣдниками (Montesquieu — «Esprit des lois» — XXVI, 2). Къ такому-же заключенію пришелъ и *Руссо*. Въ настоящее время развитіе иныхъ историческихъ понятій подорвало вѣру въ существованіе *естественнаго* права въ томъ смыслѣ, какъ его понимали наши предшественники. Но мы не должны быть несправедливы къ этой школѣ. Ей мы мно-

гимъ обязаны въ дѣлѣ разъясненія основаній наслѣдственнаго и завѣщательнаго права. Самыя попытки этой школы найти основаніе наслѣдственнаго права (а отчасти и обязательной доли), въ правѣ, присущемъ природѣ человѣка,—далеко не лишены значенія и для нашего времени, такъ какъ мы не можемъ отрицать значенія нравственной природы человѣка, хотя-бы эта природа и являла намъ многія, исторически сложившіяся черты, чуждыя абсолютнаго значенія. Какъ-бы то ни было, значеніе этой природы, наряду со спеціальнымъ національнымъ характеромъ, должно быть принято въ соображеніе при анализѣ семейно-правовыхъ институтовъ, при образованіи коихъ оно является факторомъ несравненнымъ, пожалуй болѣе могучимъ, нежели внѣшнія, экономическо-общественныя вліянія. И вотъ, пытаясь найти философскія основанія необходимаго наслѣдованія въ тѣхъ духовныхъ силахъ, которыя донынѣ, даже внѣ школы естественнаго права, считаются *природою* человѣка, нѣкоторые современные намъ писатели, и притомъ изъ крупныхъ, одаренныхъ значительною силою анализа и критики, приходятъ къ тѣмъ-же результатамъ, къ какимъ приходили старые писатели XVII и XVIII столѣтій, служа такимъ образомъ къ блестящему оправданію строгой послѣдовательности школы естественнаго права. *Брунсъ* полагаетъ, что *нравственная* природа наслѣдственнаго перехода къ дѣтямъ стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія. Но *юридическая* сторона необходимаго наслѣдованія кажется ему крайне сомнительною, и онъ поэтому вполнѣ присоединяется ко мнѣнію Монтескьё. *Міасковскій* приходитъ къ подобному-же выводу. Это наводитъ на мысль, что есть дѣйствительно нѣчто недостаточно убѣдительное въ однихъ лишь требованіяхъ «природы человѣка», для того, чтобы на *этомъ* основаніи возвести зданіе болѣе прочное, въ смыслѣ необходимаго наслѣдованія. Приходится тутъ ограничиться допущеніемъ алиментовъ, обременяющихъ наслѣдство.

Однако несомнѣнно существуетъ менѣе зыблемое и менѣе общее основаніе, нежели «природа» человѣка. Выше изложенная критика не расшатываетъ ни мало наслѣдованія безъ завѣщанія, которое выдержало безъ вреда острую критику старыхъ писателей и донынѣ считается на прочномъ юридическомъ основаніи, а не ставится въ одно только соотношеніе съ «природою» человѣка. *Приведеніе необходимаго наслѣдованія въ логическую, неразрывную связь съ наслѣдованіемъ безъ завѣщанія есть единственный путь для установленія прочной мотивировки института обязательной доли.*

Для достиженія этой цѣли стоитъ только пойти послѣдовательно, до конца, по тому пути, который указала философія Гегеля. Нужды нѣтъ, что въ современныхъ кодексахъ исчезла правовая *форма* имущественной общности семьи, т. е. нераздѣльнаго совладѣнія всѣхъ членовъ семьи. Если «форма» исчезла изъ современнаго быта, *идея* сохранилась, и эта идея будетъ жить, пока не вымретъ семейное начало. Пускай не возражаютъ намъ, что юристу нечего вѣдаться съ идеями нравственнаго порядка, потерявшими юридическій обликъ и правовую формулировку. Роковое заблужденіе, къ сожалѣнію, слишкомъ часто царящее въ умахъ нашихъ современниковъ! Для того, чтобы серьезно защищать это распространенное общее мѣсто, которое я тѣмъ не менѣе уподоблю безнадежно расшатанному бастіону, нужно обладать тою героическою рѣшимостью, которую только и можетъ дать безнадежная духовная слѣпота. Нужно закрывать глаза на тотъ ежечасный процессъ образованія права, который происходитъ всюду вокругъ насъ; нужно быть глухимъ къ урокамъ жизни!

Гегель это понялъ. Онъ хорошо зналъ, что выставленное имъ понятіе «имущественной общности семьи» (gemeinsames Familienvermögen) было, со стороны юридической его формулировки понятіемъ антикварнымъ. Гегель врядъ-ли былъ знакомъ съ обычнымъ правомъ русскаго мужика, въ которомъ это понятіе имѣетъ до сего дня живую юридическую форму. Но и безъ этой справки Гегель очевидно зналъ, что лишенное юридической формуловки понятіе сохраняетъ въ себѣ силу *правородящей* идеи, подобно тѣмъ дремлющимъ силамъ природы, которыя таятся въ хлѣбномъ зернѣ. Извлеченное изъ могилъ Фараоновъ зерно брошенное въ землю дало урожай. Такъ и замершая, но не погибнувшая идея «общности семьи»— присуща, даже въ современномъ мірѣ, такимъ институтамъ, въ которыхъ она не сразу видна. Это одна изъ потайныхъ идей гражданскаго строя жизни. Подъ вліяніемъ нѣкоторыхъ событій этотъ потайной элементъ выходитъ наружу и дѣлается явнымъ.

Такимъ событіемъ является смерть отца семьи. Съ наступленіемъ этого событія *воплощается*, такъ сказать, въ юридическую форму идея давно присущая, даже при жизни наслѣдодателя, самому существованію семьи, и каждый членъ семьи получаетъ индивидуальное *явное* право надъ тѣмъ имуществомъ, надъ которымъ сознавалось до того лишь *неявное*, можно сказать потенціальное, его могущество.

Но длл того, чтобы быть послѣдовательнымъ, говоритъ намъ профессоръ *Брунсъ* (стр. 83), желая тѣмъ критиковать *Гегеля* и

Шталя, доведеніемъ ихъ мысли, что называется: «ad absurdum», надо было бы допустить, что подобное основаніе наслѣдованія приводитъ къ полнѣйшему устраненію завѣщанія, при наличности семьи, растиряя при этомъ мысль Гегеля за предѣлы тѣсной семьи, разумѣя, такимъ образомъ, *полное отождествленіе круга необходимыхъ наслѣдниковъ съ кругомъ лицъ, наслѣдующихъ безъ завѣщанія.* Единственно логичнымъ и послѣдовательнымъ было бы, съ этой точки зрѣнія, древне-германское право, въ которомъ это отождествленіе было возведено въ принципъ. При ближайшемъ разсмотрѣніи этой крайности мы видимъ, что нѣтъ въ ней ничего страшнаго. Напротивъ, здѣсь именно мы находимъ цѣнное указаніе на то, съ какой стороны должно начать принципіальное построеніе института обязательной доли.

Изложенный порядокъ мыслей приводитъ насъ къ выясненію *тѣсной связи идей законнаго и необходимаго наслѣдованія.* Ее можно прежде всего выразить такимъ образомъ, что всякое доказательство, подвергающее сомнѣнію существо наслѣдованія безъ завѣщанія, тѣмъ самымъ расшатываетъ и необходимое наслѣдованіе; отмѣняя первое, законодатель—волею неволею—отмѣняетъ второе.

Спрашивается, существуетъ ли такая связь въ обратномъ смыслѣ. Другими словами, ведетъ ли всякое принципіальнее отрицаніе права обязательной доли, или, вообще говоря, принципіальное отверженіе необходимаго наслѣдованія къ отрицанію основаній самаго наслѣдованія безъ завѣщанія?

Такая обратная связь обыкновенно не сознается на томъ основаніи, что исторія и сравнительное законовѣдѣніе знаютъ не мало примѣровъ существованія наслѣдованія безъ завѣщанія тамъ, гдѣ никакого необходимаго наслѣдованія не существуетъ.

Однако это еще мало убѣдительно. Два института могутъ состоять въ тѣсной внутренней связи, и тѣмъ не менѣе одинъ исчезаетъ, другой остается. Законодательства нерѣдко уживаются съ такими противорѣчіями.

Мы полагаемъ, что сказанная *обоюдная* связь между тою и другою наслѣдственною системою дѣйствительно существуетъ, и что поэтому *законодательство, допускающее наслѣдованіе безъ завѣщанія, страдаетъ внутреннимъ противорѣчіемъ, если оно не допускаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и обязательной доли.*

Эта мысль имѣетъ за себя логическое основаніе и указанія исторіи.

Логическая связь той и другой системы состоитъ въ слѣдующемъ.

Связь, возникающая между наслѣдствомъ и наслѣдникомъ, совершенно тождественна, по своей природѣ, какъ въ наслѣдованіи безъ завѣщанія, такъ и въ необходимомъ наслѣдованіи. Единственная разница количественная, а не качественная. Бо́льшая интенсивность въ послѣднемъ случаѣ, вотъ единственный разграничительный признакъ. Поэтому, нѣтъ ни одного аргумента, идущаго въ пользу наслѣдованія безъ завѣщанія, который, при нѣкоторомъ усиленіи производимаго имъ впечатлѣнія, не служилъ бы прямо въ пользу необходимаго наслѣдованія.

Историческій аргументъ—такого рода. Соотношеніе свободы завѣщанія съ системою интестатнаго наслѣдованія является повсемѣстно плодомъ долгаго предшествующаго развитія. Понятія наслѣдованія, установленнаго лишь на случай отсутствія завѣщанія, вовсе несвойственно первоначальному и первобытному складу жизни, для котораго вообще условныя приказанія мало понятны и которому наиболѣе свойственны простыя правила, считающіяся безусловно обязательными. Понятіе римскихъ обязательныхъ наслѣдниковъ: «Sui heredes», древне-германское принужденное наслѣдованіе, русская обычно-правовая семья, владѣющая сообща семейнымъ имуществомъ, таковы формы первобытной жизни. На этой почвѣ первые шаги развитія интестатнаго наслѣдованія, совпадающіе съ моментомъ разложенія имущественной общности семьи, суть въ то же время первые шаги необходимаго наслѣдованія. По происхожденію понятія не можетъ быть интенстатнаго наслѣдника, который не былъ бы, въ то же время, и необходимымъ наслѣдникомъ.

Съ теченіемъ времени одно понятіе отдѣляется отъ другого. Но это уже слѣдствіе затемнѣнія того единаго понятія—*правъ наслѣдника на отцовское имущество*, изъ котораго выводятся всѣ основанія какъ наслѣдованія «ab intestato», такъ и необходимаго наслѣдованія. Это затемнѣніе ведетъ къ утратѣ чувства, оправдывающаго тотъ и другой видъ наслѣдованія. Съ утратой этого чувства возбуждается вопросъ о цѣлесообразности того и другого вида. Обозрѣвая литературу предмета, знакомясь съ рядомъ критическихъ нападокъ, направленныхъ въ теченіе XIX вѣка противъ самаго принципа наслѣдованія, мы убѣждаемся, что подвергая сомнѣнію одинъ видъ наслѣдованія, мы незамѣтно подрываемъ другой изъ нихъ; до такой степени оба они тѣсно связаны [1]).

[1]) Обозрѣніе этой литературы читатель найдетъ у Міасковскаго, т. I, стр. 231 до 263.

Но съ другой стороны и возстановляя значеніе котораго либо изъ нихъ, приходится неизбѣжно оживлять и возстановлять оба вида наслѣдованія, оживляя то первоначальное чувство, изъ котораго они оба вытекаютъ.

Такимъ образомъ ясно, что *институтъ обязательной доли долженъ быть выведенъ изъ самыхъ основаній наслѣдственнаго права*, съ которыми онъ тѣсно связанъ какъ *логическимъ*, внутреннимъ соотношеніемъ, такъ и предшествующимъ ходомъ *исторіи*.

Спрашивается, *въ чемъ кроются эти первоначальныя основанія самаго начала наслѣдованія?*

Отвѣтъ даетъ намъ наше обычное право съ его *институтомъ имущественной общности семьи*, исключающимъ возможность наслѣдованія въ томъ смыслѣ, какъ понимаетъ его юриспруденція и, тѣмъ не менѣе, содержащимъ въ себѣ *исходные моменты первоначальнаго права наслѣдованія*.

Отецъ съ дѣтьми составляютъ вмѣстѣ такой союзъ, среди котораго не можетъ быть, на почвѣ обычнаго права, настоящаго наслѣдованія, ибо *все у нихъ общее* (Ср. *Мухина*—«Обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ», стр. 99). Съ развитіемъ культуры юридическая общность имущества исчезаетъ и въ такой же постепенности и мѣрѣ является *институтъ наслѣдованія безъ завѣщанія* между тѣми же лицами.

Однако, какъ мы уже замѣтили, связанность подобнаго имущества интересами членовъ семьи сохраняется въ нравственныхъ представленіяхъ. Тѣнь прежней общности семьи сохраняется въ связи съ чувствами, коими держится семейное начало. Современная семья не владѣетъ юридически общимъ семейнымъ имуществомъ; оно признается юридически собственностью отца. *Но нравственно вся семья считаетъ это имущество принадлежащимъ ей*, и отецъ семейства, даже культурный человѣкъ нашего времени, если онъ подчиняется нравственному закону, самъ первый же внушаетъ это святое чувство всѣмъ, его окружающимъ.

На этомъ *чувствѣ*, которое есть послѣднее отраженіе прежняго быта и прежней общности семьи, *основана обязательная доля*. Ея корень, такимъ образомъ, вполнѣ сливается съ корнемъ самаго наслѣдованія «ab intestato», образовавшагося изъ разложенія семейно-общиннаго начала. *Нравственное* чувство охватываетъ въ своемъ обладаніи *все* отцовское имущество. Изъ этого нравственнаго велѣнія образуется, посредствомъ закона обязательной доли, *юридическое требованіе*, которое охватываетъ одну лишь *часть*, именуемую обязательною долею.

Здѣсь выгоды и невыгоды заинтересованныхъ лицъ уравновѣшиваются *какимъ то внутреннимъ закономъ эквивалентнаго превращенія*. Расширилась дѣйствительная сила самаго правила: изъ *нравственной* нормы выросло *юридическое* правило обязательной доли. Но за то съузился предметъ его примѣненія: не *все* имущество, а одна *доля* его.

Предыдущее изложеніе содержитъ въ себѣ законченное опредѣленіе тѣхъ основныхъ точекъ зрѣнія, которыми опредѣляется наше пониманіе обязательной доли. Въ другомъ мѣстѣ были изложены наши взгляды на природу *родовыхъ имуществъ*, изъ которыхъ, мы надѣемся, достаточно выяснилась цѣльность взгляда, нераздѣльно положеннаго нами въ основаніе всего необходимаго наслѣдованія, во всемъ его объемѣ. Такимъ образомъ выяснилось, что система необходимаго наслѣдованія распадается на два института:

а) *институтъ родовыхъ имуществъ*, вовсе чуждый интересамъ семьи, призванъ къ тому, чтобы служить интересамъ и цѣлямъ *рода;*

б) *институтъ обязательной доли*, принципіально не чуждый, самъ по себѣ, интересамъ рода, въ силу особаго историческаго развитія, выдѣлившаго *тѣсный кругъ необходимыхъ наслѣдниковъ*, сведенъ исключительно къ служенію *семьѣ*. Послѣднее явленіе должно быть объяснено въ связи съ возникновеніемъ ученія объ ограниченіи наслѣдованія въ отдаленныхъ степеняхъ родства. Неравномѣрная интенсивность въ правовомъ сознаніи (очевидно — явленіе позднѣйшаго происхожденія), характеризуетъ оба вида наслѣдованія, какъ законное наслѣдованіе, такъ и право обязательной доли. Эта неравномѣрность замѣчается, по мѣрѣ отдаленія, по степенямъ родства, отъ наслѣдодателя. Слѣдуетъ считать эту неравномѣрность неизбѣжнымъ послѣдствіемъ образовавшагося понятія *личной* собственности наслѣдодателя. На извѣстномъ разстояніи отъ него наступаетъ какъ бы предѣлъ жизненности правовой идеи. Только этотъ предѣлъ не одинъ и тотъ же для обоихъ видовъ наслѣдованія. Ближайшій предѣлъ ограничиваетъ распространеніе обязательной доли; болѣе отдаленный— пресѣкаетъ даже самое понятіе законнаго наслѣдованія.

Съ этимъ явленіемъ долженъ считаться законодатель. Но принципіально оно, какъ позднѣйшее и знаменующее уже историческое распаденіе исходныхъ началъ, не имѣетъ характера основнаго элемента, на которомъ можно было бы построить самую идею обязательной доли.

Кореннымъ основаніемъ все же является ни что иное какъ *пока-*

занная выше связь обязательной доли съ наслѣдованіемъ безъ завѣщанія.

Съ этой точки зрѣнія будетъ справедливо признать, по крайней мѣрѣ въ предѣлахъ изслѣдованія цивилиста, невозможность исчезновенія необходимаго наслѣдованія до тѣхъ поръ, пока сохраняется законное наслѣдованіе.

Приступая къ догматическому изслѣдованію института обязательной доли, мы должны прежде всего выяснить наше отношеніе къ наиболѣе существенному вопросу о *природѣ этой доли.*

Всѣ современныя контроверсы на этотъ счетъ коренятся уже въ исторіи обязательной доли, развернувшейся въ древнемъ римскомъ правѣ. Поэтому краткое обозрѣніе этой исторіи желательно предпослать нашему дальнѣйшему изслѣдованію.

Черезъ всѣ ступени развитія римскаго права проходитъ двойственное пониманіе необходимаго наслѣдованія, и даже на порогѣ византійской эпохи, при появленіи одной изъ послѣднихъ юстиніановскихъ новеллъ (нов. 115)—возникаетъ спорный вопросъ о томъ, какъ относятся одно къ другому эти два построенія или историческія наслоенія, изъ коихъ одно (древнѣйшее) называется *формальнымъ*, а другое (новѣйшее)—*матеріальнымъ* необходимымъ наслѣдованіемъ (Новелла 115 издана въ 542 г. отъ Р. Х.). Въ нынѣшнее время всюду сохранилось только *матеріальное* построеніе.

Древнѣйшая эпоха—XII таблицъ—знала одно только *формальное* построеніе, которое состояло въ слѣдующемъ.

По правиламъ древнѣйшаго «*цивильнаго*» права ближайшіе «свои», т. е. принужденные наслѣдники, или «*sui heredes*» должны были быть назначаемы или отрѣшаемы поименно отъ наслѣдства. Умолчаніе о нихъ въ завѣщаніи влекло за собою признаніе самаго завѣщанія *недѣйствительнымъ*.

Преторское право распространило кругъ лицъ, пользовавшихся этимъ формальнымъ правомъ, возложивъ на завѣщателей ту же обязательность назначенія или поименнаго отрѣшенія отъ наслѣдства въ пользу такъ называемыхъ: «*liberi*», а не однихъ только: «*sui*». Кромѣ того смягчены и послѣдствія. При несоблюденіи упомянутаго правила нѣтъ болѣе полной недѣйствительности всего завѣщанія, а только обойденные «liberi» получаютъ отъ претора вводъ во владѣніе наслѣдственной ихъ частью вопреки завѣщанію: «bonorum possessio contra tabulas». При этомъ дается имъ та доля, которую они имѣли бы по закону, при отсутствіи завѣщанія (ab intestato).

Основная идея формальнаго необходимаго наслѣдованія та, что

преслѣдуется не имущественная выгода наслѣдника, но обращается лишь вниманіе на нарушеніе *формы*, влекущее за собою самую недѣйствительность завѣщанія (полную или долевую).

Наоборотъ, когда стало развиваться *матеріальное* право необходимаго наслѣдованія, то его движущимъ стимуломъ явился интересъ обойденнаго наслѣдника и уваженіе къ этому несправедливо попранному интересу. Тутъ уже не интересовала форма, но выступало на первый планъ живое *содержаніе* сдѣлки.

Наглядным примѣромъ можно разъяснить глубокое различіе той и другой точки зрѣнія на обязанность завѣщателя.

Завѣщатель, назначившій въ своемъ завѣщаніи своего «suus» наслѣдникомъ, но лишившій его всего наслѣдственнаго имущества посредствомъ исчерпывающаго все состояніе отказа, могъ вызвать послѣ своей смерти самые горькіе упреки; его дѣяніе могло казаться жестокою ироніею надъ обездолѣннымъ наслѣдникомъ; но на почвѣ формальнаго права его распоряженія оставались неуязвимыми; назначилъ—вѣдь онъ обязательнаго наслѣдника преемникомъ по завѣщанію, а больше отъ него и не требовалось.

Наоборотъ, когда успѣла установиться матеріальная правовая норма, интересы и права наслѣдника стали считаться вполнѣ обезпеченными, какъ только онъ фактически получалъ предназначенную ему обязательную долю, независимо отъ того, получалъ ли онъ эту долю какъ назначенный въ завѣщаніи наслѣдникъ или въ положеніи легатарія, даже одаряемаго по случаю смерти, наконецъ при надѣленіи его наслѣдодателемъ изъ будущаго наслѣдства посредствомъ сдѣлки «inter vivos» —(ср. Windscheid, § 581; § 6 I. de inoff. test.).

Стало быть основною мыслью матеріальнаго права обязательнаго наслѣдованія является то, что наслѣдодатель долженъ помнить потребности наслѣдника; онъ долженъ его «пожалѣть». Оно построено *внѣ агнатической системы* и основана на одномъ лишь началѣ *кровной близости*, которая могла быть и *когнатической*.

Эта близость по крови даетъ основаніе предполагать *любовь* и *обязанность любить*. Вотъ почему въ источникахъ говорится: «хотя завѣщаніе и не содержитъ неправильностей, однако—въ немъ нарушена обязанность любви» (*recte* quidem fecit testamentum sed *non ex officio pietatis*»—Pr. I, h. t.).

На этомъ основаніи судебное средство, которымъ ограждались затронутыя права наслѣдника въ матеріальномъ отношеніи, получало названіе «иска, или жалобы на завѣщаніе, противное долгу» («querela inofficiosi testamenti»).

Институтъ матеріальнаго права необходимаго наслѣдованія, основанный на такъ называемой «querela inofficiosi testamenti», появился сначала какъ *средство восполненія пробѣловъ формальнаго права* необходимаго наслѣдованія. Поэтому, коль скоро наслѣдникъ былъ уже, по обстоятельствамъ дѣла, вооруженъ тѣми средствами, которыя давала формальная система правъ, то ему уже не было доступа къ матеріальной защитѣ (§ 2 I. h. t. «ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt, nam qui alio jure veniunt ad totam hereditatem vel partem ejus, de inofficioso agere non posssunt»). Отсюда послѣднее средство и названо: «ultimum adjutorium», т. е. *крайняя помощь* (l. 4, § 4 C de lib 6, 28).

Формальное право не могло выработать чего либо подобнаго «обязательной долѣ». Нарушеніе наслѣдодателемъ формальности, признававшейся существенной, влекло за собою недѣйствительность завѣщанія (вполнѣ или отчасти). Разъ падало это препятствіе, наслѣдникъ осуществлялъ свои права такъ, какъ будто не было никакого завѣщанія: иначе говоря, онъ получалъ свою законную часть «ab intestato». Ограничить его какою-либо долею изъ этой части не было никакого основанія. Тутъ мыслимы были два исхода: или получить *всю* часть или не получить *ничего*.

Но разъ возникло *матеріальное* право обязательнаго наслѣдованія, измѣнился и центръ тяжести вопроса. Во имя *потребностей* наслѣдника и *уваженія* къ этимъ потребностямъ, основаннаго на чувствѣ любви, возникла необходимость *обезпеченія* наслѣдника. Тутъ уже не могло быть безразлично, *сколько* нужно наслѣднику для мѣры его обезпеченія. Этотъ вопросъ становился первенствующимъ: онъ выдвигался безъ всякой связи со стремленіемъ взять *все*, что опредѣлено было «ab intestato». Вотъ почему создается новое понятіе о такой долѣ (portio), которая была бы достаточна для обезпеченія наслѣдника, такъ чтобы онъ уже не смѣлъ упрекать наслѣдодателя; но эта доля далеко не такъ велика, какъ его часть по закону («ab intestato»).

Таково понятіе *обязательной доли*.

Эта весьма простая схема осложнялась однако однимъ видомъ возмездія, до неузнаваемости близко подходящимъ къ первому формальному порядку необходимаго наслѣдованія, хотя онъ несомнѣнно принадлежитъ ко второму, матеріальному порядку. Рѣчь идетъ о такомъ видѣ «querela inofficiosi testamenti», въ коемъ *уничтожается* (цѣликомъ или отчасти) *самое завѣщаніе*, а истцу-наслѣднику при-

суждается не одна обязательная доля, а *вся его наслѣдственная часть* «ab intestato». Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, рѣчь идетъ о «querela», на почвѣ матеріальнаго, а не формальнаго права. Такимъ образомъ расширяется объемъ возмездія въ томъ случаѣ, когда наслѣдодатель не ограничился недостаточнымъ обезпеченіемъ наслѣдника, но дошелъ до полнаго его обездоленія, не имѣя на то законнаго повода. Тогда «querela inofficiosi testamenti» направлена уже не къ полученію одной обязательной доли, но всей части наслѣдника по закону («ab intestato»).

Впрочемъ, завѣщатели имѣли весьма простое средство избавить заранѣе назначаемыхъ ими наслѣдниковъ отъ опасности такого расширеннаго примѣненія «querela». Это средство состояло въ томъ, чтобы предусмотрительно *надѣлить обязательныхъ наслѣдниковъ какимъ нибудь*, хотя бы самымъ малоцѣннымъ, *предметомъ*.

Какъ только имъ оставлено было *хоть что нибудь*, они уже не могли искать съ наслѣдниковъ по завѣщанію чего бы то ни было, кромѣ *доплаты* имъ недостающаго количества, по расчету, *до размѣра обязательной ихъ доли* (L. 30, 31, 35, pr. C. h. t.), (§ 3 I. h. t.)—Ср. Windscheid, § 582, пр. 6).

Такимъ образомъ, на почвѣ такъ называемой «querela inofficiosi testamenti» различаются, по объему и по характеру требованій, на которыя можетъ претендовать истецъ, тѣ случаи, когда необходимымъ наслѣдникамъ *ничего* не оставлено, отъ тѣхъ случаевъ, когда оставленное имъ имущество *недостаточно*.

1) Въ случаѣ, если необходимому наслѣднику *ничего* не оставлено, онъ имѣетъ право требовать признанія *недѣйствительности завѣщанія* и присужденія ему *всей причитающейся законной части* («ab intestato») — (L. 22 C. h. t. гласитъ: «totam hereditatem obtinere posse»...).

Такой искъ имѣетъ характеръ *вещный* и уподобляется такъ называемой «hereditatis petitio». Истецъ выступаетъ въ качествѣ *наслѣдника*.

2) Въ случаѣ же оставленія необходимому наслѣднику такой части наслѣдственнако имущества, которая признается *количественно недостаточной*, необходимый наслѣдникъ имѣетъ къ своимъ услугамъ *искъ о дополненіи* его части *до размѣра полной обязательной доли* (L. 30, 31, 36 pr. C. h. t.; § 3 I. h. t.).

Этотъ искъ, носящій названіе «дополнительнаго иска» — «*actio suppletoria*» имѣетъ характеръ *личный*. Въ немъ истецъ выступаетъ не на правахъ наслѣдника, а въ качествѣ *вѣрителя*. Эта двойствен-

ность исковъ имѣетъ большое значеніе для современной юриспруденціи, такъ какъ въ ней коренится источникъ спора, раздѣляющаго кодексы нашего времени на два лагеря по вопросу о томъ, *какъ смотрѣть на природу обязательной доли.* Въ общемъ замѣтно нынѣ стремленіе къ упрощенію римской исковой двойственности. Искъ вещный или искъ личный распространяются на всю область требованій, вытекающихъ изъ обязательной доли. Одни законодательства признаютъ только *вещный* характеръ и придаютъ обладателю обязательной доли качество *наслѣдника;* сюда относятся: французское уложеніе (ст. 866, 913 и 924) и саксонское (§ 2589). Другія, въ томъ числѣ большинство германскихъ законовъ новѣйшаго типа, склонны видѣть въ лицѣ, обладающемъ правомъ обязательной доли, лишь *вѣрителя наслѣдниковъ по завѣщанію*, а не прямого наслѣдника и признаютъ за нимъ право не на часть наслѣдства въ натурѣ, а на долю въ цѣнѣ наслѣдственнаго имущества, вооружая его однимъ только *личнымъ* искомъ. На этой почвѣ стоятъ: австрійское уложеніе (§§ 775, 776, 781), прусское земское право [1]) и новое германское уложеніе (§ 2303).

Въ пользу послѣдняго взгляда, отождествляющаго обязательную долю съ понятіемъ *долга лежащаго на наслѣдствѣ*, высказалось не мало авторитетныхъ голосовъ. Такъ напримѣръ профессоръ *Брунсъ* (въ упомянутомъ докладѣ, на стр. 107) высказался категорически въ пользу этого воззрѣнія на томъ основаніи, что:

а) въ настоящее время всѣ законодательства уже отрѣшились вполнѣ отъ понятій формальнаго необходимаго наслѣдованія древняго Рима и одна только безсодержательная *честь быть назначеннымъ наслѣдникомъ*, независимо отъ имущественной выгоды, не можетъ болѣе сдѣлаться предметомъ гражданскаго иска;

б) самое понятіе наслѣдства сдѣлалось въ наше время, *чисто имущественнымъ понятіемъ*, такъ что интересъ наслѣдника всецѣло сосредоточивается на имущественной цѣнности.

Ближайшій анализъ этой авторитетной аргументаціи обнаруживаетъ однако, съ двухъ сторонъ, ея существенные недостатки.

1) Во первыхъ, профессоръ Брунсъ теряетъ совершенно изъ виду, что *упраздненіе древнеримскаго формальнаго необходимаго наслѣдованія*, совершенно основательно совершившееся въ современной юрис-

---

[1]) Вопросъ считается весьма спорнымъ для прусскаго земскаго права; однако въ пользу приведеннаго здѣсь положенія высказались: Schultzenstein «Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht», стр. 156 и слѣд.: Dernburg «Lehrb. d. pr. Privatrechts» § 196; Eccius, стр. 248 и слѣд.

пруденціи, *вовсе не тождественно съ исключеніемъ изъ наслѣдственнаго права всѣхъ неимущественныхъ интересовъ*, составляющихъ наиболѣе духовную часть этого института. Огражденіе простаго «имени наслѣдника» и «чести быть наслѣдникомъ» являлось только однимъ изъ видовъ возможныхъ неимущественныхъ интересовъ. За устраненіемъ этихъ, почти безсодержательныхъ понятій, могутъ быть еще многія другія *неимущественныя* проявленія права наслѣдованія, поспѣшное исключеніе коихъ изъ современнаго гражданскаго строя можетъ оказаться вовсе нежелательнымъ.

2) Во вторыхъ, если даже и согласимся на предоставленіе законной защиты однимъ только *имущественнымъ* элементамъ права наслѣдованія, то и въ этомъ предположеніи будетъ большою ошибкою отождествлять *имущественный* интересъ съ *денежнымъ*. Къ счастію еще не вполнѣ овладѣло умами нашихъ современниковъ, то тлетворное представленіе, будто все на свѣтѣ продается и можетъ быть оцѣнено на деньги. Я не говорю объ однихъ духовныхъ благахъ, но иду дальше.

Есть еще имущественные предметы обладанія, которые теряютъ свою дѣйствительную цѣнность, если принудительно переложить ихъ на денежный эквивалентъ. Всѣ вещи, имѣющія значеніе, какъ соединеніе неодушевленнаго матеріала съ дѣятельностью ихъ обладателя и съ извѣстною долею власти человѣка (напримѣръ: мастерская, фабрика, имѣніе), теряютъ даже въ имущественномъ отношеніи значительную долю своего значенія, если допустить существованіе такого закона, который понуждалъ-бы ихъ обладателя принять деньги вмѣсто этихъ вещей и отказаться отъ примѣненія къ нимъ своей энергіи и власти.

Но помимо этихъ соображеній, цѣлый рядъ другихъ основаній приводитъ насъ къ тому убѣжденію, что *мысль объ отождествленіи предмета обязательной доли съ денежнымъ требованіемъ, при всей модности ея и при всей авторитетности стоящихъ за нее защитниковъ, есть мысль вредная и невѣрная.*

Вотъ эти основанія.

1) Послѣдовательность ученія объ обязательной долѣ требуетъ, чтобы это право, по своей природѣ, не уклонялось отъ исходнаго начала: «доля есть часть самаго наслѣдства». Этого не отрицаютъ даже защитники противоположнаго взгляда. Съ этой точки зрѣнія положенія французскаго и саксонскаго права стоятъ на твердой почвѣ и отличаются послѣдовательностью.

2) Признаніе за обязательнымъ наслѣдникомъ права быть не

простымъ вѣрителемъ наслѣдства, но обладателемъ онаго (французская и саксонская точка зрѣнія) имѣетъ за себя *нравственное чувство*. Честь и право быть наслѣдникомъ не состоятъ исключительно въ денежной корысти; они имѣютъ внутреннюю цѣнность и силу, независимыя отъ денежнаго ихъ эквивалента. Законъ долженъ содѣйствовать упроченію этого чувства и развитію, а не сокращенію этого матеріальнаго интереса.

3) «*Быть наслѣдникомъ есть нѣчто болѣе вѣрное, болѣе цѣнное, «нежели быть вѣрителемъ»* посторонняго лица, назначеннаго наслѣдникомъ по завѣщанію. Послѣдній видъ правъ ставитъ самую величину обязательной доли въ зависимость отъ предварительной оцѣнки наслѣдства на деньги. Между тѣмъ, такая оцѣнка, состоя въ зависимости отъ вопроса: «сколько даютъ на рынкѣ за каждый предметъ», всего легче способна свести къ ничтожной цѣнности такую претензію, которая имѣла-бы несравненно бо̀льшее значеніе, будучи направлена къ полученію вещей въ натурѣ; не говоря о томъ, что цѣлая категорія вещей, лишенныхъ всякой рыночной цѣнности, не могутъ вовсе приниматься въ расчетъ, и на нихъ даже не можетъ претендовать обойденный наслѣдникъ, если дать ему простую денежную претензію въ размѣрѣ обязательной доли. Какъ оцѣнить, напримѣръ, фамильные предметы, изображенія дорогихъ лицъ, связки писемъ и родовыхъ грамотъ, уголокъ въ имѣніи, гдѣ похоронено любимое когда-то существо, кіотъ съ прадѣдовскими образами, книги съ помѣтами на поляхъ отъ руки близкаго человѣка? Не слѣдуетъ относится свысока къ этимъ интересамъ, разъ они существуютъ, разъ они святы сердцу человѣка. Эти вещи нерѣдко бываютъ для него дороже денегъ. Горе тому обществу, гдѣ подобные интересы окончательно сдаются въ архивъ или объявляются безповоротно «пустяками», только потому, что эти «бездѣлицы» не кладутся на торговыя чашки и не состязаются съ вѣсомъ металла для удержанія коромысла вѣсовъ въ равновѣсіи!

4) Идею сведенія обязательной доли къ простому денежному требованію защищаютъ обыкновенно ссылкою на то, что таковы *требованія современной жизни*. Къ этому аргументу мы должны отнестись съ значительною осторожностью. Не слѣдуетъ забывать, что подъ названіемъ: «требованій современности» нерѣдко скрываются крайне тлетворныя теченія, идущія изъ большихъ городовъ въ деревню, а не наоборотъ, выражающіяся въ замѣнѣ всѣхъ видовъ достоянія, однимъ общимъ—развращающимъ мѣриломъ—деньгами. Это теченіе исходитъ изъ отрицательныхъ, а не положительныхъ сто-

ронъ современной культуры. Въ области эстетики, литературы, искусства, общественной жизни и этики оно давно охарактеризовано мѣткимъ словомъ, которое насъ переживетъ: это такъ называемый «конецъ вѣка»,—fin de siècle. Почему-же юриспруденціи, столь тѣсно связанной внутренними элементами ея мышленія съ другими сферами человѣческаго общежитія, почему-бы и ей не остерегаться этихъ язвъ нащего вѣка?

Не слѣдуетъ забывать, что нѣкоторыя стороны законопроекта, превратившагося съ тѣхъ поръ въ новое германское уложеніе, вызвали въ нѣмецкой литературѣ ѣдкую и серьезную критику именно съ точки зрѣнія недостаточнаго огражденія гражданскихъ институтовъ отъ безличнаго начала, царствующаго на биржахъ, начала не бывшаго вовсе на лицо во времена разцвѣта римской юриспруденціи, начала международнаго и всемірнаго, подсѣкающаго постепенно всѣ стебельки и всѣ связи между институтами гражданскаго права и этическими ихъ корнями (Ср. прекрасную работу *Menger*'а—«Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen»—въ «Archiv für Sociale Gesetzgebung und Statistik, herausgegeben v. Dr. Braun, II Bd. Tübingen, 1889).

Въ такомъ государствѣ какъ Россія, въ которомъ современный прогрессъ, съ его свѣтлыми и темными сторонами, а также всеопредѣляющая сила денежнаго эквивалента всѣхъ цѣнностей—далеко еще не заняли того преобладающаго положенія, какое эти факторы имѣютъ въ Западной Европѣ, едва-ли умѣстно было-бы, по инціативѣ законодателя, содѣйствовать претворенію всѣхъ предметовъ гражданскаго оборота на звонкую монету. По мѣрѣ вліянія городской жизни, этотъ складъ самъ по себѣ и такъ быстро водворяется; но ускорять его—рукою законодателя было-бы, крайне неумѣстно.

Мы не можемъ однако не коснуться здѣсь одного вѣсскаго возраженія, стоящаго въ тѣсной связи съ аргументаціею сторонниковъ свободы завѣщанія. Указываютъ нерѣдко на экономическія невыгоды признанія вещнаго иска въ огражденіе обязательной доли въ тѣхъ случаяхъ, когда наслѣдство состоитъ изъ крупныхъ, или сложныхъ предпріятій, требующихъ *нераздѣльности* и *непрерывнаго руководительства* привычною рукою, чтобы предотвратить быстрое обезцѣненіе такого наслѣдства, въ случаѣ его дробленія.

Таковы напримѣръ заводы, сельско-хозяйственныя, или промышленныя заведенія, торговыя фирмы и т. п. Какъ извѣстно, этого рода имущества имѣлъ, главнымъ образомъ, къ виду извѣстный Ле-Плэ, когда требовалъ полной отмѣны обязательной доли и введенія

неограниченной свободы завѣщанія. Аргументація этого рода представляется въ значительной степени разумной, когда на ней основывается требованіе объ упраздненіи необходимаго наслѣдованія; въ такомъ случаѣ остается единственный выходъ: защитить необходимое наслѣдованіе, основываясь на томъ, что экономическія неудобства, на которыя намъ указываютъ, не имѣютъ непреодолимаго характера. Но эта аргументація не имѣетъ почти никакого значенія коль, скоро ею пытаются защитить необходимость сведенія обязательной доли къ денежной претензіи; ибо не трудно убѣдиться въ томъ, что огражденіе необходимаго наслѣдника искомъ вещнымъ или искомъ личнымъ почти не составляетъ существенной разницы. Въ самомъ дѣлѣ, предположимъ совладѣльца наслѣдственнаго имущества, поставленнаго въ печальную необходимость продавать это имущество и ликвидировать основанное на немъ предпріятіе только потому, что нетерпѣливый его сонаслѣдникъ требуетъ немедленной уплаты или выдачи ему обязательной доли. Развѣ положеніе не будетъ столь-же плачевно, какъ въ случаѣ вооруженія этого нетерпѣливаго должника вещнымъ искомъ, такъ и въ томъ случаѣ, когда онъ будетъ только вѣрителемъ наслѣдства и будетъ требовать взысканія на наслѣдствѣ? Онъ и тогда не посмотритъ, что заводъ долженъ закрыться, а предпріятіе—погибнуть, и пуститъ все имущество съ молотка. Нѣкоторая разница есть, но она не настолько велика, чтобы изъ за нея слѣдовало нарушить выше изложенныя основанія, по которымъ мы смотримъ, вообще говоря, на обязательную долю какъ на часть самаго наслѣдства. Для справедливаго принятія въ соображеніе этихъ неудобствъ будетъ вполнѣ достаточно допустить, въ видѣ *исключенія*, присужденіе обязательной доли не натурою (по общему правилу), а деньгами по оцѣнкѣ, *когда недвижимость или оборотное имущество, подаренныя или завѣщанныя одному изъ сонаслѣдниковъ, имѣютъ свойство промышленнаго или сельскохозяйственнаго предпріятія, раздѣленіе коего привело-бы къ разстройству этого предпріятія.*

Прочность вотчинныхъ записей и ипотечнаго кредита требуетъ огражденія всѣхъ правъ, добросовѣстно пріобрѣтенныхъ по вотчиннымъ книгамъ. Поэтому необходимо предвидѣть тотъ случай, когда наслѣдникъ по завѣщанію успѣетъ продать третьему лицу полученную имъ отъ наслѣдодателя недвижимость передъ предъявленіемъ къ нему иска на основаніи обязательной доли. Можетъ случиться, что у наслѣдника по завѣщанію ничего на рукахъ болѣе не остается, кромѣ денегъ: въ такомъ случаѣ справедливо допустить, чтобы и обязательная доля выплачивалась деньгами по оцѣнкѣ.

Вопросъ объ установленіи того круга лицъ, которому должно быть предоставлено право обязательной доли, не вызываетъ сложныхъ сомнѣній. По существующимъ законодательствамъ этотъ вопросъ разрѣшается слѣдующимъ образомъ:

а) въ *римскомъ* правѣ—признаются нисходящіе, восходящіе и полнородные братья и сестры, послѣдніе въ тѣхъ только случаяхъ, когда назначенный по завѣщанію наслѣдникъ есть—«persona turpis». Кромѣ того существуютъ правила о такъ называемой: «квартѣ неимущей вдовы» (L. 1 I. II, 18; L. 21 C. III, 28; L. 1 D. V, 2);

б) подобное-же распространеніе права обязательной доли, по происхожденію изъ римскаго права, сохранилось еще въ *провинціальномъ правѣ бранденбургской марки* (Märkisches Recht), въ которомъ тоже сохранена оговорка на счетъ «persona turpis»—(Ср. *Märcker* «Die Nachlassbehandlung für das preussische Rechtsgebiet», стр. 75; также *Dernburg* «Lehrbuch des preussischen Privatrechts», III Bd., стр. 536); въ такомъ-же видѣ эти постановленія сохранились еще въ *Курляндскомъ земскомъ правѣ* (ст. 2006, III ч. св. мѣст. узак.);

в) въ *Прусскомъ земскомъ правѣ* считаются одни только нисходящіе, восходящіе и, кромѣ того, супруги—(прусск. земск. пр. ч. II, разд 2 § 391 и слѣд., §§ 489 и 501; ч. II, разд. 1, §§ 631—646);

г) по *австрійскому уложенію*—нисходящіе и восходящіе (§ 762 и слѣд.); супругу полагается одно «приличное содержаніе до заключенія новаго брака» (§ 796);

д) по *саксонскому уложенію*—нисходящіе, восходящіе и супругъ; а въ опредѣленныхъ случаяхъ также больницы, сиротскіе пріюты и т. п. юридическія лица имѣютъ право обязательной доли (§§ 2564, 2565, 2617, 2057—2060);

е) по *новому германскому уложенію*—нисходящіе, родители и супругъ (§ 2303);

ж) по *цюрихскому уложенію* допускается крайнее распространеніе обязательной доли даже до третьяго разряда, однако не далѣе двоюродныхъ братьевъ и сестеръ. Вообще тутъ замѣчается такое совпаденіе: начало обязательной доли является нераздѣльнымъ спутникомъ начала поколѣннаго преемства, возникая и исчезая вмѣстѣ съ нимъ (§§ 2028, 2030, 2032 и 2033);

з) наконецъ французское право присваиваетъ обязательную долю однимъ только нисходящимъ и восходящимъ (ст. 913—915).

Принимая въ соображеніе эти указанія опыта и устраняя изъ института обязательной доли все то, что касается членовъ рода и

выходитъ за предѣлы огражденія семейнаго начала, мы приходимъ къ такому выводу, что это право должно быть присвоено однимъ только: нисходящимъ, отцу и матери наслѣдодателя и пережившему супругу.

Нѣкоторый споръ, впрочемъ второстепенный, существуетъ по вопросу о размѣрѣ этой доли, въ особенности относительно дѣтей. На этотъ счетъ существуютъ двѣ системы: одна—установляетъ неизмѣнную дробь изъ той части, которая полагалась-бы при отсутствіи завѣщанія; другая—допускаетъ измѣненіе дроби въ видѣ возрастающей прогрессіи. Кромѣ того одно законодательство производитъ разсчетъ въ видѣ дроби изъ всего наслѣдства, подраздѣляемой затѣмъ по числу участвующихъ въ раздѣлѣ наслѣдства (французское уложеніе.)

Принципъ *неизмѣнной* дроби принятъ въ уложеніяхъ: *австрійскомъ*, *итальянскомъ и германскомъ*—въ видѣ $^1/_2$ законной части.

Принципъ *возрастающей* дроби принятъ въ *римскомъ* правѣ и въ уложеніяхъ: *прусскомъ* и *французскомъ*, при этомъ въ слѣдующихъ прогрессіяхъ:

а) по *римскому* праву,
при 1—4 дѣтяхъ $^1/_3$ законной части
при 5 дѣтяхъ и свыше $^1/_2$;

б) по *прусскому* праву,
при 1—2 дѣтяхъ $^1/_3$ законной части
при 3—4 дѣтяхъ $^1/_2$
при 5 и свыше $^2/_3$

в) по *французскому* праву,
при 1 дитяти $^1/_2$ законнаго наслѣдства
при 2 дѣтяхъ $^2/_3$
при 3 и свыше $^3/_4$.

Принципъ возрастающей дроби основанъ на той справедливой мысли, что человѣкъ обязанъ нести тѣмъ большія ограниченія, чѣмъ больше онъ произвелъ дѣтей. Съ *теоретической* стороны нельзя не согласится съ профессоромъ Брунсомъ, что наиболѣе послѣдовательное проведеніе этой мысли приводитъ къ такому правилу: *величина дроби должна быть обратно пропорціональна величинѣ наслѣдственной части*. Можно было-бы, на этомъ основаніи принять предложенную Брунсомъ формулу: «не дозволяется свободно завѣщать больше нежели часть наслѣдства, равную тому, что достанется каждому изъ дѣтей». Такимъ образомъ, при одномъ дитяти дозволялось-бы располагать по завѣщанію $^1/_2$, при 2 дѣтяхъ $^1/_3$, при 3 дѣтяхъ $^1/_4$, при 4 дѣтяхъ $^1/_5$ частью наслѣдства; при 12 дѣтяхъ $^1/_{13}$ частью, и т. д. (докладъ

проф. Брунса, стр. 105 и 106). Если же такая формулировка будетъ сочтена нѣсколько неудобною, по своей отвлеченности, то практично будетъ, изъ всѣхъ существующихъ нынѣ законодательствъ принять французскій типъ, въ которомъ та же мысль проведена приблизительно, хотя прогрессія не растетъ свыше числа трехъ дѣтей.

Въ большей части законодательствъ при институтѣ обязательной доли существуетъ предѣлъ, ограничивающій примѣненіе этого права. Этотъ предѣлъ бываетъ двоякій: или въ видѣ *устраненія* необходимаго наслѣдника отъ наслѣдства или въ видѣ признанія его *недостойнымъ* (Enterbung, exheredatio, съ одной стороны, и Indignität, indignitas—съ другой).

Тотъ и другой видъ ограниченія правъ наслѣдника стоятъ какъ-бы безъ всякой связи между собою, въ римскомъ правѣ и въ кодексахъ. Оба суть виды исключенія изъ наслѣдства, въ первомъ случаѣ по волѣ завѣщателя, во второмъ случаѣ по закону. Основанія въ томъ и другомъ почти тѣ-же. Разница состоитъ въ сокращенномъ перечнѣ поводовъ лишенія наслѣдства во второмъ видѣ, гдѣ считаются наиболѣе тяжкіе изъ нихъ. Кромѣ того, въ римскомъ правѣ была еще та разница, что признанное «недостоинство» наслѣдника не могло быть прощено наслѣдодателемъ. Отсюда могло возникать странное стеченіе обстоятельствъ, когда завѣщатель прощалъ вину наслѣднику, сначала—было устраненному имъ-же отъ наслѣдства; но этотъ наслѣдникъ все-таки объявлялся затѣмъ «недостойнымъ» по закону, на основаніи той-же вины. Для предупрежденія подобныхъ случайностей въ новѣйшихъ уложеніяхъ: *прусскомъ*, *австрійскомъ* и *саксонскомъ*—допускается распространеніе, на самый институтъ «недостоинства»,—власти завѣщателя прощать виновнаго наслѣдника.

Французское уложеніе стоитъ на другой почвѣ. Оно считаетъ право необходимаго наслѣдника на обязательную долю (réserve) совершенно неотъемлемымъ правомъ, независимымъ отъ воли завѣщателя; но съ другой стороны «Code civil» допускаетъ въ опредѣленныхъ случаяхъ признаніе «недостоинства» (indignité—ст. 727 и слѣд.), котораго завѣщатель не можетъ прощать по своему усмотрѣнію. Профессоръ Брунсъ основательно критикуетъ (докл. стр. 110) эту систему, находя, что она могла имѣть смыслъ только въ древней Франціи, когда «réserve» отождествлялась съ родовымъ имуществомъ и ставилась поэтому внѣ воли и правъ завѣщателя; но въ настоящее время, когда подъ именемъ «réserve» разумѣютъ обязательную долю изъ личнаго имущества наслѣдодателя, (сблизивъ ее съ древнефранцузскою «légitime», которая происходила изъ Рима), нѣтъ болѣе

основаній къ тому, чтобы отказывать завѣщателю въ правѣ вліять своимъ гнѣвомъ или милостью, въ строго указанныхъ предѣлахъ, на права необходимаго наслѣдника. Поэтому справедливо заявляли уже во Франціи о необходимости введенія института «устраненія» отъ наслѣдства.

Затѣмъ возникаетъ вопросъ: слѣдуетъ ли, кромѣ преступленій противъ завѣщателя, допускать еще поводъ такого рода, какъ *порочную жизнь дитяти?* Саксонскій кодексъ отвергъ эту категорію, которая имѣлась въ прусскомъ и австрійскомъ уложеніи, а нынѣ снова появилась въ 5 п. § 2333 новаго германскаго уложенія. Это рѣшеніе слѣдуетъ считать наиболѣе правильнымъ.

Въ дополненіе къ институту устраненія преступнаго или порочнаго наслѣдника желательно также ввести устраненіе расточителя въ интересахъ его дѣтей, то что именуется въ юриспруденціи: «exheredatio bona mente», по примѣру статей: 2577 саксонскаго и 2049 цюрихскаго уложеній.

Искъ о сбавкѣ и возстановленіи обязательной доли долженъ быть допускаемъ противъ всѣхъ *завѣщательныхъ* распоряженій, нарушающихъ эту долю, а равно противъ всѣхъ *дареній*, совершенныхъ наслѣдодателемъ примѣрно за послѣднія 20 лѣтъ до кончины. Предъявленіе такого иска слѣдуетъ ограничить, примѣрно, двухлѣтнимъ срокомъ со дня открытія наслѣдства, по аналогіи съ § 440 прускаго земского права (ч. II, разд. 2); (см. подробную мотивировку у «*Gruchot*» III, 232, также *Förster-Eccius*, стр. 380). Интимность той сферы интересовъ, въ глубь которой проникаетъ искъ о присужденіи обязательной доли, является достаточнымъ основаніемъ для того, чтобы сокращеніе срока общей давности представлялось вполнѣ желательнымъ, ради того, чтобы число процессовъ не плодилось безграничпо. Разъ прошло нѣсколько лѣтъ безъ возраженія со стороны необходимыхъ наслѣдниковъ, надо полагать, что интересы ихъ такъ или иначе успѣли примириться съ интересами наслѣдниковъ по завѣщанію. Кромѣ того, справедливо не подвергать сбавкѣ и уничтоженію тѣ даренія, которыя совершены за весьма долгій промежутокъ времени до смерти наслѣдодателя. Двадцатилѣтній срокъ представляется вполнѣ достаточнымъ, такъ какъ за 20 лѣтъ до смерти наслѣдодатель находится, большею частью, въ условіяхъ весьма различныхъ отъ состоянія его обстоятельствъ въ день открытія наслѣдства.

Мы на этомъ закончимъ настоящій очеркъ, посвященный общей критической оцѣнкѣ института обязательной доли. Подробная догматическая разработка относящихся сюда вопросовъ завела бы насъ

гораздо дальше; но мы тогда, волею-неволею, вышли бы изъ предѣловъ положенной задачи. Многіе изъ этихъ дальнѣйшихъ вопросовъ способны, по живости возбуждаемаго ими интереса, послужить темою для отдѣльныхъ монографій. Вопросы этой категоріи у насъ столь мало разработаны въ Россіи, что каждая монографія этого рода должна будетъ опираться на сообщеніи обильнаго сырого и фактическаго матеріала изъ области сравнительнаго законовѣдѣнія. Мы надѣемся, однако, что и такой балластъ не охладитъ вниманія нашихъ читателей и что случай представится еще не разъ заглянуть съ ними въ эту заманчивую область.

---

9. Постановка вопроса объ обязательной долѣ въ современныхъ законодательствахъ.

Въ 1894 году покойный предсѣдатель Высочайше учрежденной коммисіи по составленію проекта гражданскаго уложенія, статсъ-секретарь Н. И. Стояновскій предложилъ мнѣ разработать литературу вопроса о такъ называемой «необходимой долѣ» и о значеніи «родовыхъ имуществъ», т. е. о тѣхъ видахъ наслѣдованія, которые поставлены внѣ произвола завѣщателя, и потому именуются «необходимымъ наслѣдованіемъ». Выводы, къ которымъ привели меня эти изслѣдованія, были мною изложены, въ видѣ предварительнаго проекта, изданнаго коммисіей въ 1899 году. Впослѣдствіи, коммисія-же переработала собранные мною матеріалы такъ, что ея окончательный проектъ, изданный въ началѣ 1903 года, существенно разошелся со многими изъ моихъ положеній. Упомянутые вопросы представляются, въ значительной мѣрѣ, новыми въ нашей литературѣ, по крайней мѣрѣ въ отношеніи ихъ аналитическаго, цѣльнаго и философскаго освѣщенія, поэтому читатель не посѣтуетъ, если я дамъ очеркъ, стремящійся къ ихъ болѣе глубокому освѣщенію.

Въ предыдущей главѣ было дано то, что можно-бы назвать историко-философскимъ обоснованіемъ семейнаго института. Я указалъ на то, что исторія римскаго права и все послѣдующее праворазвитіе почерпнутыхъ изъ него-же началъ ничего не даютъ намъ такого, на чемъ можно было-бы прочно обосновать необходимость установленія доли, и притомъ одной лишь доли изъ наслѣдства, которая была-бы совершенно ограждена отъ воли завѣщателя.

Повѣрка началъ наслѣдованія съ точки зрѣнія непреложныхъ потребностей человѣка, такъ называемаго естественнаго права, также ничего не дала этому институту, кромѣ освященія неотъемлемости алиментовъ; а это скорѣе разрушаетъ идею обязательной доли, нежели ведетъ къ ея утвержденію.

Положительное право дало смѣняющіяся наслоенія разныхъ эпохъ: сначала обязательность соблюденія правъ «sui heredes», уже съ древняго времени замѣняемаго *формальнымъ* началомъ, въ силу коего ихъ можно устранить, лишь-бы состоялось поименное ихъ отрѣшеніе по завѣщанію, а не простое игнорированіе ихъ въ актѣ послѣдней воли; затѣмъ *матеріальное* (позднѣйшее) начало, выраженное въ формѣ «querela inofficiosi testamenti», предполагающей ненормальность завѣщателя, поступившаго противъ семейной обязанности (officium), при чемъ—полное исключеніе наслѣдника давало право иска вещнаго, о выдачѣ ему доли натурой («hereditatis petitio»); а если ему оставлено было кое-что изъ имущества, то наслѣдникъ имѣлъ личный искъ, для восполненія обязательной его доли («actio suppletoria»).

Впослѣдствіи эти начала перешли и въ новѣйшія законодательства, которыя, однако, все это упростили тѣмъ, что *формальныхъ* началъ древнѣйшаго римскаго права они вовсе не признаютъ и что въ нихъ упраздненъ двойственный характеръ исковъ, а допускается исключительно искъ вещный или личный.

За невозможностью принципіально обосновать институтъ обязательной доли изъ однихъ данныхъ положительнаго законодательства, мы обращаемся къ философіи права и тутъ мы наконецъ находимъ искомое основаніе. Самое цѣнное руководительное начало даетъ философія Гегеля, исходящая—по этому вопросу—изъ глубокаго анализа «имущественной общности семьи» (gemeinsames Familienvermögen), понятіе которое переживаетъ даже тотъ институтъ, который мы называемъ семейной собственностью. Даже при существованіи полнаго, неограниченнаго права личной собственности, это понятіе сохраняется, въ видѣ этической творческой силы, и на немъ-то основывается институтъ обязательной доли. Какъ идейный краеугольный камень всей системы, мы уже указывали на то, что *приведеніе необходимаго наслѣдованія въ логическую, неразрывную связь съ наслѣдованіемъ безъ завѣщанія есть единственный путь для установленія прочной мотивировки института обязательной доли.*

Таковы были существенные пункты предыдущей главы, въ связи съ которыми мы теперь ознакомимъ читателя съ частностями въ разработкѣ института обязательной доли.

Прежде всего слѣдуетъ остановиться на вопросѣ о томъ, какіе наслѣдники имѣютъ право на обязательную долю. Данныя для рѣшенія этого вопроса слѣдуетъ, прежде всего, искать въ обозрѣніи существующихъ законодательствъ.

Обозрѣніе ряда современныхъ и древнихъ законодательствъ по вопросу о томъ, *какія начала лежатъ въ основаніи установленія предѣла круга лицъ, ограждающагося обязательной долей*,—приводитъ къ тому убѣжденію, что *такихъ началъ два*: а) *родовое* и б) *семейное*.

Здѣсь разумѣется разграниченіе понятій рода и семьи въ такомъ видѣ, что, какъ *родъ*, такъ и *семья* представляютъ группу лицъ, связанныхъ *общею кровью*; но не равно близки они *нравственною связью* составляющихъ ихъ членовъ... *Я, жена, дѣти*—вотъ семья, Моя семья и семья моего брата составляютъ уже *родъ*.

Итакъ, существующія законодательства возводятъ построеніе обязательной доли или на *родовомъ* началѣ или на *семейномъ*; есть также системы *смѣшанныя*.

I. *Родовое начало* нашло свое наиболѣе рѣзкое и послѣдовательное выраженіе въ *Цюрихскомъ уложеніи*. Тутъ можно сказать проведенъ такой принципъ: *начало обязательной доли является постояннымъ спутникомъ начала поколѣннаго преемства, возникая и исчезая вмѣстѣ съ нимъ*. Такъ напримѣръ:

Поколѣнное преемство не ограничено въ 1-мъ разрядѣ (исходящіе наслѣдодателя)—§ 1894 Цюр. ул.; оно неограничено также во 2-мъ разрядѣ (потомки отца и матери наслѣдодателя)—§ 1936. При этомъ неограниченность охватываетъ оба свойства поколѣннаго преемства, а именно: поколѣнное *замѣщеніе* и поколѣнное *дѣленіе* (Eintritts recht и Stammtheilung). Между тѣмъ, въ тѣхъ-же двухъ разрядахъ существуетъ *неограниченное распространеніе обязательной доли* (§§ 2028, 2030, 2032 и 2033 Цюр. ул.).

б) Поколѣнное преемство существуетъ въ третьемъ разрядѣ съ ограниченіемъ за второю степенью отъ дѣда (т. е. дальше степени двоюродныхъ братьевъ и сестеръ), хотя это ограниченіе и касается только одного изъ свойствъ поколѣннаго преемства, именно поколѣннаго дѣленія (§§ 1933, 1934 Цюр. ул.).

Между тѣмъ, право обязательной доли въ третьемъ разрядѣ не идетъ далѣе двоюродныхъ братьевъ и сестеръ. Наслѣдникъ слѣдующей за ними степени можетъ лишь *вступать* въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ предыдущую степень и тогда только пользуется обязательной долей, единственно по праву замѣщенія. Тутъ, стало быть, несомнѣнно, что *самостоятельное* право обязательной доли *исчезаетъ вмѣстѣ съ началомъ поколѣннаго дѣленія* (ср. §§ 2034, 2035 и 2036).

в) Въ четвертомъ разрядѣ нѣтъ болѣе поколѣннаго преемства (§ 1937 Цюр. ул.) и обязательной доли (§ 2036 Цюр. ул.).

Такимъ образомъ, если вспомнить значеніе поколѣннаго преемства въ системѣ наслѣдственнаго права и принять въ соображеніе, что этотъ принципъ служитъ родовымъ интересамъ, то станетъ ясно, что Цюрихское уложеніе построило свою обязательную долю на родовомъ началѣ.

II. *Семейное начало.* Существуетъ цѣлая группа законодательствъ, въ которыхъ идея обязательной доли пріурочена не къ родовому, но къ семейному началу. Такъ, напримѣръ, ни Французское уложеніе (ст. 916), ни Итальянское (ст. 809), ни Австрійское (§ 762), ни Португальское (ст. 1784), ни Германское (ст. 2303)—не признаютъ права на обязательную долю за боковыми родственниками (См. Motive zu dem Entwurfe V, стр. 383). Отсутствіе всякой связи между обязательною долею и поколѣннымъ преемствомъ особенно поразительно во Французскомъ законодательствѣ, въ коемъ напр. ст. 741 Code civil—исключаетъ право представленія изъ восходящей линіи, въ то время какъ ст. 915 установляетъ обязательную долю именно для восходящихъ; ст. 742 допускаетъ право представленія въ отношеніи потомства братьевъ и сестеръ, между тѣмъ, какъ всѣ боковыя родственники лишены обязательной доли въ силу ст. 916 Code civil.

Смѣшеніе началъ. Есть законодательства, въ которыхъ выражается скорѣе семейное, нежели родовое начало, однако присоединяются къ тѣсному семейному кругу еще *братья и сестры*, представляющіе скорѣе родовое начало.

Римское право временъ Юстиніана допускаетъ это расширеніе съ значительной оговоркой, т. е. во первыхъ — безъ перехода сего права къ потомству братьевъ и сестеръ и во вторыхъ — въ случаѣ лишь предпочтенія «personae turpis» (L. 1 J. II, 18; L. 21 C. III, 28; L. 1 D. V. 2), съ исключеніемъ, кромѣ того, единоутробныхъ (L. 27 C. h. t).

Въ Курляндскомъ провинціальномъ правѣ (ст. 2006, III ч. св. м. узак. губ. Приб.) сохранены тѣ-же начала, по происхожденію изъ римскаго права.

Изъ всего вышеизложеннаго усматривается: 1) Что большая часть современныхъ законодательствъ выводятъ обязательную долю изъ интересовъ *тѣснаго семейнаго круга*;

2) что такой взглядъ, ближе всего оправдывается *нравственнымъ* значеніемъ семейнаго союза, т. е. свойствомъ несравненно менѣе присущимъ болѣе широкому родовому кругу;

3) что совершенно архаическими представляются постановленія объ обязательной долѣ въ пользу однихъ братьевъ и сестеръ по типу пандектнаго права, и этотъ типъ почти нигдѣ не сохранился.

Этими соображеніями въ достаточной мѣрѣ оправдываются тѣ предѣлы, которые мы можемъ считать нормальными, при опредѣленіи круга лицъ, пользующихся обязательною долею. Въ огражденіи *семейнаго* начала, обязательная доля должна принадлежать *дѣтямъ* и вообще *нисходящимъ*, а также *родителямъ* и *супругу* наслѣдодателя. Подъ именемъ же *нисходящихъ* слѣдуетъ разумѣть прежде всего *дѣтей* наслѣдодателя, *рожденныхъ въ законномъ бракѣ* безъ различія пола. Наравнѣ съ ними, считаются *узаконенныя* дѣти. Такимъ образомъ самое узаконеніе ребенка принципіально суживаетъ свободный кругъ распоряженій узаконяющаго въ отношеніи своего имущества, причемъ сила этого ограниченія касается не однихъ только дареній, совершенныхъ послѣ узаконяющаго акта, но также и тѣхъ, которыя совершены были ранѣе.

Подъ именемъ нисходящихъ надлежитъ также разумѣть *незаконныхъ дѣтей*, когда имъ присвоены наслѣдственныя права. Такъ напримѣръ ст. 132^{12} Зак. Гражд. (по новому закону) признаетъ право наслѣдованія внѣбрачныхъ дѣтей послѣ ихъ матери, и если-бы у насъ введена была обязательная доля, то таковая, на этомъ основаніи, признавалась-бы несомнѣнно и за ними, хотя-бы и въ строго ограниченномъ видѣ.

Прежде, нежели перейти къ основаніямъ дальнѣйшаго распространенія началъ обязательной доли, мы остановимся на вопросѣ о томъ, чѣмъ представляется обязательная доля, по существу, въ наиболѣе нормальномъ ея видѣ, т. е. при построеніи правъ нисходящихъ на эту долю. Является-ли она *дробью наслѣдственной части*, причитающейся нисходящему или-же она состоитъ въ *непосредствен-*

номъ, дробномъ отношеніи ко всему наслѣдству? Дѣйствовавшее въ значительной части Германіи, до изданія гражданскаго уложенія 1896 года, общегерманское или такъ называемое современное римское право (Gemeines Recht) считало обязательную долю *дробью той наслѣдственной части*, которая причиталась-бы отдѣльному наслѣднику, въ случаѣ наслѣдованія по закону. Правда, есть мѣсто въ источникахъ, которое по меньшей мѣрѣ доказываетъ, что выразившаяся впослѣдствіи разница между двумя пониманіями дробнаго отношенія обязательной доли къ высшему цѣлому далеко не понималась такъ рѣзко во времена Юстиніана. Въ гл. I новеллы XVIII-ой Юстиніанъ говоритъ, что отецъ двухъ, трехъ, или четырехъ дѣтей обязанъ оставить имъ *третью часть собственнаго состоянія:* «tertiam propriae substantiae», а кто имѣетъ болѣе четырехъ дѣтей, тотъ долженъ оставить имъ *половину всего состоянія:* «mediam totius substantiae»; затѣмъ уже дозволяется ему остальную часть, т. е. $^2/_3$ или $^1/_2$ отдать кому онъ захочетъ: «Licebit enim ei reliquum largiri sicut voluerit». По буквальному смыслу новеллы, такимъ образомъ, ясно, что обязательная доля опредѣляется, какъ *треть или половина наслѣдства*, иначе говоря — въ дробномъ отношеніи ко *всей* наслѣдственной массѣ, а не къ законной части отдѣльнаго наслѣдника. Несмотря на такое категорическое выраженіе, «преобладающіе голоса комментаторовъ («die herrschende Meinung»-Windscheid § 580 прим. 3) считаютъ обязательную долю римскаго права построенною именно на тѣхъ основаніяхъ, о которыхъ Юстиніанъ не говоритъ; такимъ образомъ и водворилась въ Германіи общая пандектная практика, опредѣляющая эту долю въ дробномъ отношеніи къ наслѣдственной *части* каждаго наслѣдника [1]).

При видѣ такого противорѣчія, трудно присоединиться къ мнѣнію, хотя-бы такому авторитетному, какъ мнѣніе Виндшейда, приписывающее Юстиніану то, чего онъ не говорилъ, но что почти въ одинъ голосъ твердятъ позднѣйшіе комментаторы. Казалось-бы справедливѣе допустить, что рѣзкая противоположность была менѣе выражена въ римской имперіи, нежели въ наши дни, и что размѣръ обязательной доли опредѣлялся въ видѣ дроби — то въ отношеніи всего наслѣдства, то въ отношеніи законной части отдѣльнаго наслѣдника. Это тѣмъ легче допустить, что разница того и другого

[1]) Есть однако, писатели, понимающіе слова Юстиніановой новеллы буквально такъ, какъ они гласятъ. См. напр. *Koch* «Das preussischt Erbrecht» стр. 485.

счисленія почти не замѣтна, такъ что даже нѣкоторые современные писатели могли ее проглядѣть и недостаточно оцѣнить. (Ср. *Brins* «Gutachten über die Frage ob und in wie weit die Testirfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheils-berechtigung beschränkt werden soll»; стр. 103, Verhandlungen des XIV Juristentags, 1878).

Повидимому уже въ римскомъ правѣ существовала та двойственность, которая нынѣ раздѣляетъ современныя уложенія по вопросу о томъ, *является-ли обязательная доля дробью отъ наслѣдства или дробью отъ законной части каждаго наслѣдника*, — «portio hereditatis» или «portio portionis». Въ настоящее время первый взглядъ проводится во французскомъ «code civil» (ст. 913) въ итальянскомъ уложеніи (ст. 805), въ португальскомъ улож. ст. 1784 съ прим. (§ unique) и 1787 и затѣмъ въ немногихъ законодательныхъ актахъ [1]) германской группы, какъ напр. во Франкфуртскомъ законѣ и въ Вюртембергскомъ (ср. «Motive zu dem Entwurfe», V, стр. 388 прим. 1). Напротивъ, согласно со вторымъ взглядомъ, составлены: Прусское Земское Право II, 2 § 392 (ср. II, 1 §§ 631—633), Австрійское улож § 765, Саксонское улож. § 2566, Гессенскій проектъ ст. 114, Момзеновскій проектъ («Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven» 1876) § 471, Цюрихское улож. § 2028, наконецъ новѣйшее германское ст. 2303 (Ср. Motive. V, 388).

Мы склоняемся, по этому вопросу, къ началамъ однороднымъ съ тѣмъ, что изложено во французскомъ «code civil», а не «portio portionis». Такимъ образомъ, каждая наслѣдственная масса дѣлится на двѣ части. Одна часть *ограждается* отъ усмотрѣнія наслѣдодателя и дѣлится между сонаслѣдниками, имѣющими право на обязательныя доли, другая-же часть предоставляется полному *усмотрѣнію* завѣщателя.

Въ пользу этой системы, которую можно назвать французскою, говоритъ простота и стройность основной мысли. Вотъ, что говоритъ о ней писатель, по инымъ соображеніямъ, отвергшій эту систему въ своемъ проектѣ, но тѣмъ не менѣе выразительно изобразившій ея достоинства: «Въ начертаніяхъ французскаго уложенія лежитъ правильное основаніе въ той мысли, что въ дѣйствительности рѣчь

---

[1]) Приводимъ ради полноты, нѣкоторыя партикулярныя законодательства, утратившія силу, съ введеніемъ въ Германіи новаго гражданскаго уложенія.

идетъ, главнымъ образомъ, о томъ, въ какой мѣрѣ надлежитъ стѣснять завѣщательную свободу наслѣдодателя. Но такъ какъ необходимый наслѣдникъ можетъ въ отдѣльности отъ другихъ требовать своей доли, то по этому является правильнѣе самостоятельно опредѣлить долю каждаго наслѣдника, выводя ее въ дробномъ отношеніи къ наслѣдственной его части по закону. (Ср. «*Mommsen*» стр. 454).

Раздѣляя вполнѣ то, что говоритъ Момзенъ о принципѣ французскаго закона, я не вижу, однако, особенной убѣдительности въ слѣдующемъ, послѣ того, возраженіи. Вычисленіе общей обязательной доли какъ «portio hereditatis», вовсе не препятствуетъ тому чтобы каждый обязательный наслѣдникъ имѣлъ право самостоятельно, и не ожидая другихъ, предъявить искъ въ огражденіе своей доли. Судебное рѣшеніе по такому иску будетъ всегда обязательно для однѣхъ только сторонъ, въ виду общаго принципа о силѣ гражданскихъ рѣшеній. Эти существенныя преимущества вовсе не связаны съ необходимостью принять исчисленіе доли, какъ «portio portionis».

Несравненно болѣе вѣскимъ представляется то соображеніе, что размѣръ обязательной доли получается не одинъ и тотъ-же по той и другой системѣ исчисленія, коль скоро есть на лицо нѣсколько наслѣдниковъ, права коихъ фактически устраняются.

Предположимъ 60.000 рублей, оставленныхъ по наслѣдству 3 дѣтямъ, и провѣримъ обѣ системы, придерживаясь, по предположенію, того размѣра дроби, который французскій законъ устанавливаетъ при трехъ дѣтяхъ или свыше того, т. е. допуская $^3/_4$ состоянія запретными для наслѣдодателя.

Придерживаясь идеи: «portio hereditatis», приходится сначала отдѣлить $^3/_4$, т. е. 45.000 р. какъ общую обязательную долю, изъ коихъ каждое дитя получитъ, въ видѣ доли, по 15.000 рублей.

Проводя идею: «portio portionis», слѣдуетъ сначала полѣлить наслѣдственную массу на части по закону (ab intestato); каждый наслѣдникъ получаетъ по 20.000 р., въ видѣ законной части. Изъ такой части выдѣляется затѣмъ $^1/_4$, т. е. 15.000 р.; это и будетъ законная доля одного наслѣдника. Оба метода приводятъ, въ *нормальномъ* положеніи дѣла, къ совершенно одинаковому результату.

Но предположимъ, что одинъ изъ сыновей не принимаетъ участія въ дѣлежѣ, будучи отрѣшенъ отъ наслѣдства, по завѣщанію самого наслѣдодателя. Ясно, что результатъ получится тогда двоякій,

а именно: при первомъ разсужденіи доля каждаго будетъ 22.500 руб.; при второмъ—она будетъ только 15.000 р., такъ какъ приходится сперва опредѣлять то, что каждый получилъ-бы, не будь завѣщанія (20.000 р.), и затѣмъ отсюда отдѣлять $^3/_4$, что и составитъ 15.000 рублей. (Ср. *Koch* «Das preussische Erbrecht» стр. 485).

Разница между тѣмъ и другимъ вычисленіемъ равняется 7.500 р. на единичную долю и объясняется тѣмъ, что система, основанная на «portio hereditatis» допускаетъ *приращеніе* въ примѣненіи къ обязательной долѣ, подобно тому, какъ оно существуетъ между законными частями, тогда какъ система, построенная на: «portio portionis» препятствуетъ проявленію «приращенія», въ силу того, что каждая доля разъ на всегда отрѣзана отъ другихъ долей.

Очевидно, начало: «portio hereditatis» уже тѣмъ слѣдуетъ считать болѣе благопріятствующимъ семейному началу, нежели: «portio portionis», что въ первомъ случаѣ эта разница (7.500 р.) увеличиваетъ долю дѣтей, а во второмъ случаѣ она идетъ по произволу завѣщателя.

Но въ пользу перваго начала говоритъ еще одно *логическое* соображеніе. Цѣль вычисленія обязательной доли состоитъ въ томъ, чтобы опредѣлить *границу свободнаго усмотрѣнія завѣщателя*. Между тѣмъ предметъ, на которомъ начертается эта граница, есть наслѣдство и, притомъ, наслѣдство *въ цѣломъ его составѣ*, такъ, что ограниченія этого усмотрѣнія въ части наслѣдства, ближе всего касающейся отдѣльнаго наслѣдника, являются лишь послѣдствіями упомянутаго общаго ограниченія, въ отношеніи всего наслѣдства. По этому обязательная доля правильнѣе всего опредѣляется изъ общаго ея основанія, а не изъ частностей; она есть прежде всего дробь изъ наслѣдства и лишь вслѣдствіе того—является уже и дробью изъ части наслѣдства.

На *практикѣ* это логическое соображеніе оправдывается тѣмъ, что лицо, ищущее своей обязательной доли путемъ процесса, всегда должно будетъ начать съ того, что подведетъ итогъ стоимости наслѣдства, затѣмъ сравнитъ эту величину съ суммою того, что раздарено или завѣщано, и только такимъ путемъ оно докажетъ, что завѣщатель вышелъ изъ законныхъ предѣловъ; а уже затѣмъ истецъ произведетъ расчетъ того, сколько выйдетъ сбавки за его счетъ. Идти обратнымъ ходомъ отъ частнаго къ общему—истецъ не можетъ.

По этимъ соображеніямъ слѣдуетъ, по нашему мнѣнію, придерживаться начала, опредѣляющаго обязательную долю изъ совокупности всего наслѣдства.

Опредѣливъ, существо обязательной доли, какъ части *всего* наслѣдства, мы перейдемъ къ вопросу о томъ, есть-ли какія-либо начала, по коимъ могло-бы опредѣлиться это дробное отношеніе къ наслѣдственной массѣ, или-же это отношеніе должно зависѣть отъ произвола законодателя, безъ какихъ-либо указаній для законодательной политики? Для большей ясности мы расчленимъ этотъ вопросъ такимъ образомъ:

1) долженъ-ли размѣръ обязательной доли опредѣляться *неизмѣняемой дробью* или напротивъ *возрастающимъ отношеніемъ*, сообразно числу дѣтей?

2) чѣмъ руководиться, при опредѣленіи *знаменателя* этой дроби? Оба вопроса требуютъ разсмотрѣнія въ отдѣльности.

А. По первому вопросу существуетъ нѣкоторое разногласіе между различными кодексами. Идея *возрастающаго*, сообразно числу дѣтей, отношенія обязательной доли къ цѣлому—проводятъ законодательства: римское, прусское, французское и саксонское; напротивъ, идею *неизмѣняемаго* отношенія проводятъ законодательства: австрійское, итальянское, цюрихское, момзеновскій проектъ и новѣйшее германское уложеніе. Въ пользу послѣдняго положенія говоритъ, главнымъ образомъ, стремленіе къ упрощенію расчетовъ. Ссылка его сторонниковъ на то, будто-бы нѣтъ разумнаго основанія ограничивать наслѣдодателя въ возрастающей мѣрѣ, сообразно числу его дѣтей, очевидно не выдерживаетъ критики (ср. Motive zu dem Entwurfe, и т. д. V, стр. 388). Напротивъ, едва-ли можетъ быть, съ точки зрѣнія самого смысла и цѣли обязательной доли, болѣе вѣское соображеніе, нежели то, что для законодателя не столько важно достигнуть отвлеченной простоты ариѳметическаго расчета, сколько существенно создать справедливую оцѣнку потребностей жизни. Между тѣмъ, съ этой точки зрѣнія, несомнѣнно, что, чѣмъ болѣе человѣкъ имѣетъ дѣтей, тѣмъ серьезнѣе и тяжелѣе должна считаться его обязанность относительно ихъ, ибо *потребности дѣтей не уменьшаются пропорціонально ихъ числу, но остаются одни и тѣ-же для каждаго дитяти*. На этомъ основаніи необходимо отвергнуть отвлеченное уравненіе долевой дроби». (См. *Bruns* «Gutachten über die Frage der Testirfreiheit & Pflichttheilsberechtigung», стр. 104; XIV Juristentag).

Б. По второму вопросу слѣдуетъ прежде всего замѣтить, что установленіе абсолютной цифры не можетъ быть никогда поставлено на почву исключительно принципіальную. Извѣстная доля практическаго усмотрѣнія здѣсь неразрывно связана съ природой самого вопроса.

Начать-ли восходящую серію дробей съ 1/3 или съ 1/2, — будетъ всегда, до извѣстной степени дѣломъ практики и произвола законодателя.

Но уже далѣе представляется возможность установить слѣды болѣе планомѣрнаго построенія началъ. Такъ, напримѣръ, «*Bruns*» признавалъ преимущество *равномѣрнаго* возрастанія долевыхъ дробей, какое существуетъ во французскомъ правѣ: 1/2, 2/3, 3/4 при наличности 1, 2, 3 дѣтей, указавъ на неудобное возрастаніе *скачками*, какъ въ римскомъ правѣ: 1/3, 1/2 при группахъ 1—4, 5 дѣтей, или какъ въ прусскомъ земскомъ правѣ 1/3, 1/2, 2/3 при группахъ 1—2, 3 — 4 и 5 дѣтей. Идя затѣмъ дальше, Брунсъ признаетъ, что французское право уклонилось отъ поставленнаго правильнаго принципа, присвоивъ дроби 3/4 значеніе неизмѣняемой величины при дальнѣйшемъ возрастаніи числа дѣтей. Принципъ въ чистомъ его видѣ Брунсъ, какъ мы уже указывали въ предыдущей главѣ, формулируетъ такъ: *мѣра завѣщательной свободы должна равняться дѣтской части въ наслѣдствѣ.* Вслѣдствіе такого начала, слѣдовало-бы дозволить отцу 4 дѣтей—распоряжаться въ 1/5 наслѣдства, при 12 дѣтяхъ—въ 1/13, при 20 дѣтяхъ—въ 1/21 и т. д.

Несомнѣнно, со стороны стройности и правильности положеннаго принципа трудно не согласиться съ критикой Брунса относительно уклоненія ст. 913 франц. ул. отъ намѣченнаго принципа. Но не слѣдуетъ забывать, что эта статья выработалась не сразу. Ей предшествовали законы, изданные въ эпоху французской революціи, гораздо шире строившіе размѣры обязательной доли; таковъ былъ смыслъ декрета 7 Марта 1793 г., а также законовъ 17 Нивоза года II-го и 24-го Жерминаля года VIII-го. Такимъ образомъ, ст. 913 code civil явилась какъ-бы компромиссомъ между интересами противоположнаго характера и можетъ служить доказательствомъ того, что на чисто принципіальной почвѣ законодатель удержаться не можетъ, въ особенности, когда безпредѣльный ростъ обязательной доли угрожалъ-бы почти полнымъ уничтоженіемъ свободы дѣлать завѣщанія. Въ этомъ отношеніи нельзя не согласиться съ составителями проекта уложенія для германской имперіи, находящими, что желательно сохранять за завѣщателемъ такую мѣру его свободы, при которой, вообще говоря, явилась-бы возможность для него завѣщать одному изъ дѣтей какое-либо имѣніе, заводъ или торговое предпріятіе въ нераздѣльности (ср. Motive, V, 389).

Перейдемъ, теперь, къ разсмотрѣнію того, на какихъ основаніяхъ строится понятіе обязательной доли родителей наслѣдодателя.

* * *

I. Право обязательной доли признается за восходящими безъ ограниченія степеней въ римской догмѣ и большей части современныхъ кодексовъ, но цѣлесообразность такого правила вызываетъ довольно вѣскія сомнѣнія, изложенные въ докладѣ *Брунса* (*Bruns* «Gutachten ü. s. w.» XIV Iuristentag стр. 101 и 102). Указывается на то, что обязательная доля восходящихъ лишена того юридическаго основанія, которое существуетъ въ отношеніи обязательной доли нисходящихъ, и выводится главнымъ образомъ изъ чувства сожалѣнія къ старости, изъ обязанности дѣтей уважать родителей, изъ принципа взаимности и наконецъ представляется нормальнымъ выводомъ изъ права наслѣдованія по закону. Но на это возражается, что обязанность оказывать уваженіе родителямъ или прочимъ восходящимъ—не можетъ дать основанія къ чему-либо болѣе обширному, нежели обязанность доставлять алименты. Принципъ взаимности имѣетъ весьма относительный характеръ и значеніе его не идетъ дальше тѣхъ случаевъ, когда отношеніе съ обѣихъ сторонъ обоюднотождественное. Попытка къ тому, чтобы вывести обязательную долю восходящихъ изъ права наслѣдованія по закону, не приводитъ логически къ обязательной долѣ, такъ какъ лишь ограниченный кругъ законныхъ наслѣдниковъ можетъ считаться также кругомъ обязательныхъ наслѣдниковъ. Остаются, наконецъ, соображенія экономической цѣлесообразности, которыя говорятъ противъ обязательной доли восходящихъ, такъ какъ принудительное обращеніе сельско-хозяйственнаго, промышленнаго, или торговаго заведенія въ руки старика менѣе благопріятствуетъ процвѣтанію этихъ видовъ имуществъ, нежели предоставленіе ихъ, по волѣ завѣщателя, людямъ ближе всего стоявшимъ къ сферѣ интересовъ наслѣдодателя.

Эти соображенія говорили-бы, повидимому въ пользу *совершеннаго исключенія восходящихъ изъ числа обязательныхъ наслѣдниковъ*. Однако, по многимъ соображеніямъ, представляется болѣе цѣлесообразнымъ *установить обязательную долю однихъ родителей, съ исключеніемъ лишь дѣдовъ и бабокъ съ дальнѣйшими восходящими*. Это начало принято было въ тюригенскихъ законахъ, французскомъ правѣ, любекскомъ законѣ 1862 г. ст. 22, въ ютландскомъ правѣ Шлезвига, въ проектѣ Момзена § 468 и въ герм. ул. ст. 2303. (Ср. *Motive*, V, стр. 383).

Дѣло въ томъ, что всѣ вышеприведенные аргументы противъ допущенія обязательной доли восходящихъ имѣютъ силу сообразно *степени* близости этихъ восходящихъ. Желательность соблюденія начала взаимности; послѣдствія, выведенныя изъ права наслѣдовать

по закону; отрицательное значеніе дряхлости лѣтъ восходящаго—все это доводы, сильнѣе ратующіе противъ дѣда или прадѣда, нежели противъ отца. Каждый изъ этихъ стимуловъ, взятый порознь, можетъ служить достаточнымъ основаніемъ для построенія на немъ юридическихъ послѣдствій и даже правъ, когда рѣчь идетъ о лицѣ близкомъ, быть можетъ непосредственно связанномъ тою общностью интересовъ съ наслѣдодателемъ, которая держится нерѣдко всю жизнь между лицами двухъ смежныхъ поколѣній, но почти всегда нарушается въ третьемъ поколѣніи. Не подлежитъ сомнѣнію, что наслѣдственные переходы къ отцу или дѣду наслѣдодателя представляютъ между собою бо́льшую разницу, нежели наслѣдованіе дѣда въ сравненіи съ наслѣдованіемъ прадѣда или дальнѣйшихъ предковъ. Не слѣдуетъ забывать, что *обязательная доля всецѣло построена на идеѣ семьи, но не рода.* Между тѣмъ *отецъ есть членъ семьи*, къ которой *принадлежитъ* или *принадлежалъ* наслѣдодатель, дѣдъ-же не есть членъ семьи, а *членъ рода.* Поэтому, его уже не можетъ касаться тотъ принципъ, который мы неоднократно указывали, какъ основаніе построенія обязательной доли.

Впрочемъ, есть еще одно соображеніе, по коему трудно допустить обязательную долю въ пользу восходящихъ второй и дальнѣйшихъ степеней, коль скоро братья наслѣдодателя не имѣютъ обязательной доли. Нельзя допускать такого ложнаго положенія, вслѣдствіе котораго лицо, имѣющее право на обязательную долю, было-бы, однако, въ степени болѣе отдаленной, въ отношеніи наслѣдованія, нежели другое лицо, которому не присваивалось-бы никакого права на такую долю.

Французское право знаетъ одинъ случай, когда эта ненормальность наступаетъ, а именно, когда умершій оставилъ брата и дѣда. Въ такомъ случаѣ онъ свободенъ распорядиться всѣмъ состояніемъ по завѣщанію и не встрѣтитъ никакого препятствія, ибо ближайшій наслѣдникъ-братъ, какъ боковой родственникъ, не имѣетъ обязательной доли; но съ другой стороны дѣдъ, имѣющій обязательную долю, не стоитъ на очереди, такъ какъ живъ братъ наслѣдодателя, устраняющій дѣда (ст. 750). Выходитъ такъ, что оба должны молчать и имѣютъ одинъ единственный выходъ: совершить фиктивную сдѣлку. Братъ, получивъ отступное отъ дѣда, подаетъ въ судъ заявленіе объ отреченіи отъ наслѣдства, а дѣдъ, имѣющій съ этого момента свободный доступъ къ наслѣдству, предъявляетъ искъ о признаніи за нимъ обязательной доли, вопреки завѣщанію.

Созданіе подобныхъ положій, въ видахъ законодательной поли-

тики, конечно, не желательно. Между тѣмъ, такое положеніе, весьма исключительное во французскомъ правѣ (ср. *Marcadé*, III, стр. 451), грозитъ возможностью сдѣлаться вполнѣ заурядным, если только допустить одновременное существованіе обязательной доли восходящихъ 2-й и слѣдующихъ степеней, вмѣстѣ съ системой наслѣдованія по постепеннымъ разрядамъ (ср. *Motive*,. V, стр. 383), какъ въ германскомъ уложеніи и въ русскомъ проектѣ гражданскаго уложенія.

* * *

Подвергнемъ теперь критической оцѣнкѣ тѣ основанія, на которыхъ можно допустить обязательную долю пережившаго супруга.

Право супружеской доли по современнымъ понятіямъ христіанскаго брака, стоитъ на гораздо болѣе прочной почвѣ, нежели существовавшее прежде римское понятіе «кварты неимущей вдовы», каковая имѣла значеніе не большее, нежели долговая претензія къ наслѣднику по завѣщанію: «quartam ei quasi aes alienum concedendam» l. 8, § 15 D. de inoff. test. V, 2). (Ср. *Windscheid*, § 593).—Болѣе прочное развитіе обязательной доли супруга выработалось въ Германіи, на почвѣ того-же римскаго права, но подъ вліяніемъ повышеннаго значенія супружескихъ правъ. Тутъ создалось, мало-по-малу, такое понятіе, нынѣ постепенно проникающее во всѣ законодательства, что *супругъ въ отношеніи наслѣдства вправѣ разсчитывать на такую мѣру правъ, которая не можетъ быть меньше дѣтской части*. Это начало отразилось одновременно на построеніи наслѣдованія по закону и на самой *обязательной долѣ пережившаго супруга* (ср. докладъ *Брунса*, стр. 102).

Какъ сказано было выше, идея обязательной доли построена не на одномъ началѣ *кровнаго* родства, но на *семейномъ* началѣ; были также указаны примѣры такого родства, которое не можетъ создать обязательной доли, потому что оно выходитъ за предѣлы семьи. Въ отношеніи супруга та-же мысль выступаетъ еще рѣзче. Супругъ—вовсе не родственное лицо, но супругъ есть самый несомнѣнный, самый непремѣнный *членъ семьи*, и ему должна присваиваться обязательная доля при всякомъ стеченіи другихъ обязательныхъ сонаслѣдниковъ. Мѣра этой доли должна быть всегда равна прочимъ долямъ или выше ихъ, но никогда не можетъ быть ниже.

Наименѣе пригоднымъ для разработки этого вопроса представляется *французское* уложеніе, не знающее ни законной части пережившаго супруга, при наличности сонаслѣдниковъ, ни, тѣмъ болѣе, его обязательной доли.

Обращаясь къ прочимъ законодательствамъ, мы можемъ извлечь поучительныя данныя изъ сравненія началъ наслѣдованія безъ завѣщанія и необходимаго наслѣдованія въ слѣдующихъ уложеніяхъ: итальянскомъ (ст. 753, 754, 755, 812—814); германскомъ (ст. 1931 и 2303); австрійскомъ (ст. 757, 758 и 796); цюрихскомъ (ст. 1947, 1950, 1951, 1955); бывшемъ прусскомъ земскомъ правѣ; бывшемъ саксонскомъ уложеніи (ст. 2049—2053, 2578—2580). При сравненіи можно также имѣть въ виду статью 964 нидерландскаго уложенія, ст. 807 п. 3 испанскаго и ст. 1784 португальскаго. Изъ обозрѣнія всѣхъ этихъ матеріаловъ мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ: 1-е) уложенія французское и австрійское не знаютъ вовсе супружеской обязательной доли; 2-е) норма около $^1/_4$ наслѣдства (иногда нѣсколько меньше) составляетъ низшій размѣръ супружеской законной части (ab intestato) во всѣхъ прочихъ законодательствахъ; 3-е) таже норма, почти безъ измѣненія, принимается за низшій предѣлъ супружеской обязательной доли;

4-е) затѣмъ, по мѣрѣ сонаслѣдованія съ родственниками все болѣе отдаляющихся отъ наслѣдодателя степеней, *законная часть* супруга растетъ съ $^1/_4$ до слѣдующихъ дробей: $^1/_3$, $^1/_2$, $^2/_3$, *все* наслѣдство.

Наряду-же съ этой прогрессіей растетъ и *обязательная доля*, но съ меньшимъ ускореніемъ роста дробей, а именно:

при	$^1/_3$	(зак. *части*) —	$^1/_4$	(обязат. *доли*)	(Итал.).
—	$^1/_3$	—	$^1/_3$	—	(Сакс.).
—	$^1/_2$	—	$^1/_4$	—	(Герм.).
—	$^1/_2$	—	$^1/_3$	—	(Сакс.).
—	$^1/_2$	—	$^3/_8$	—	(Цюр.).
—	$^2/_3$	—	$^1/_3$	—	(Итал.).
—	$^2/_3$	—	$^1/_2$	—	(Цюр.).
—	цѣломъ	—	$^1/_3$	—	(Итал.).
—	—	—	$^1/_2$	—	(Сакс.).
—	—	—	$^1/_2$	—	(Герм.).
—	—	—	$^1/_2$	—	(Цюр.).

5 е) Достойно быть отмѣченымъ, что обязательная доля въ пользу супруга, въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону (ab intestato) причитается *все* наслѣдство, т. е. въ случаяхъ *наибольшаго* ея размѣра, никогда не должна превышать $^1/_2$ наслѣдства.

При этомъ можно было-бы замѣтить, что если будетъ принята статья 28 проекта гражданскаго уложенія, предоставляющая пережившему супругу наслѣдованіе безъ завѣщанія въ размѣрѣ одной чет-

вертой части наслѣдства при дѣтяхъ наслѣдодателя, половины наслѣдства при родственникахъ второго или третьяго разрядовъ и наконецъ всего наслѣдства при болѣе отдаленныхъ родственникахъ, то намъ думается, что обязательная доля пережившаго супруга должна была-бы, въ тѣхъ же случаяхъ, равняться одной четверти, одной трети или половинѣ всего наслѣдства.

Кромѣ того, нелишне было-бы, по примѣру статьи 2570 бывшаго саксонскаго уложенія, установить такое правило, въ силу коего, при одновременномъ сонаслѣдованіи, вмѣстѣ съ супругомъ, другихъ обязательныхъ наслѣдниковъ, надлежало-бы изъ стоимости наслѣдства сначала вычесть обязательную долю супруга, съ тѣмъ, чтобы дальнѣйшее исчисленіе долей происходило изъ прочей массы. Безъ установленія подобнаго правила были-бы возможны случаи, при которыхъ сумма долей равнялась-бы, по крайней мѣрѣ, цѣлому, и свобода завѣщанія сводилась-бы тогда къ нулю, что конечно является уже нежелательною крайностью. Установляя правило предварительнаго вычета супружеской обязательной доли, законъ имѣлъ-бы въ виду простое указаніе *способа* исчисленія долей, но не создавалъ-бы, само собою разумѣется, какого-бы то ни было права преимущественнаго удовлетворенія супруга передъ кровными родственниками. Поэтому, въ случаѣ недостаточности наличнаго наслѣдства для удовлетворенія всѣхъ долей, супругъ ни въ какомъ случаѣ не могъ-бы требовать полнаго и предварительнаго его удовлетворенія изъ наличнаго имущества, предпочтительно передъ прочими обязательными долями.

Противъ цѣлесообразности предлагаемаго здѣсь правила можно было-бы конечно возразить, что не было-бы надобности прибѣгать къ такому способу, для сохраненія въ постоянномъ запасѣ нѣкоторой свободы завѣщателя, если-бы только принять правило, проведенное въ цѣломъ рядѣ статей уложеній итальянскаго и цюрихскаго, присвоивъ обязательной долѣ супруговъ характеръ *пользованія, или пожизненнаго владѣнія.*

Однако, этотъ путь едва-ли желателенъ въ виду того, что умноженіе формъ раздвоеннаго обладанія предметами собственности создаетъ неопредѣленность имущественныхъ отношеній и способно плодить недоразумѣнія. Къ тому-же, существеннымъ соображеніемъ является и то, что въ настоящее время (по ст. 1148 прим. 1 ч. X т.) супругъ вправѣ требовать себѣ указной части на правѣ собственности, что отчасти и предопредѣляетъ путь, по которому должно быть направлено дальнѣйшее развитіе института обязательной доли въ русскомъ законодательствѣ.

* * *

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію одного изъ трудныхъ вопросовъ въ ученіи объ обязательной долѣ. Я разумѣю вопросъ о томъ, какое значеніе должны имѣть, при вычисленіи размѣра обязательной доли, наслѣдники—хотя и существующіе, но не принимающіе фактическаго участія въ наслѣдованіи, въ силу того, что они—или *лишены*, на законномъ основаніи, наслѣдства или *выдѣлены* были еще наслѣдодателемъ при его жизни, или наконецъ,—сами *отреклись* отъ наслѣдства.

Обратимся сначала къ постановкѣ этого вопроса во французской юридической литературѣ, въ которой «лишеніе» наслѣдства является, какъ извѣстно изъ предыдущаго изложенія, въ формѣ «недостойности», признанной судебнымъ приговоромъ (indignité); затѣмъ мы перейдемъ къ литературѣ того-же вопроса въ Германіи, гдѣ преобладаетъ типъ эксгередаціи (exheredatio), т. е. лишенія наслѣдства по завѣщательному распоряженію.

Вообще слѣдуетъ замѣтить, что во всѣхъ странахъ, указанный вопросъ считается крайне спорнымъ.

Старѣйшіе авторы во Франціи (до 1844 года, когда литература занялась разработкой кассаціоннаго рѣшенія 17 Мая 1843 года), придерживались *утвердительнаго* отвѣта, признавая, *что надо всѣхъ считать*. Впрочемъ и новѣйшій писатель *Colmet de Santerre* принимаетъ то же мнѣніе, считая его «болѣе благопріятнымъ семейному началу», въ виду того, что при увеличенномъ счетѣ наличныхъ наслѣдниковъ увеличивается и размѣръ (дробь) обязательной доли.

Наоборотъ *большинство новѣйшихъ* авторовъ придерживается *отрицательнаго* отвѣта, находя, *что нельзя всѣхъ считать*. По нѣнію *Marcadé* (III, 443), *Demolombe* (XIX, 172), и *Laurent* (XII, 33), *отрекшіеся и недостойные не должны входить въ разсчетъ для вычисленія обязательной доли*. Это мнѣніе основано на томъ соображеніи, что «обязательная доля есть ни что иное, какъ *само наслѣдство* въ его неприкосновенной части» (*Marcadé*, III, 445), а потому при опредѣленіи этой доли *могутъ быть сочтены лишь тѣ, кто участвуетъ въ самомъ наслѣдованіи;* вслѣдствіи чего не принимаются въ счетъ недостойные и отрекшіеся наслѣдники.

Достигнуть совершенной ясности въ этомъ вопросѣ, при помощи однихъ французскихъ комментаторовъ едва-ли возможно. При всемъ разнообразіи аргументовъ въ пользу того или другого взгляда, они всѣ стоятъ на почвѣ тѣсно связанной съ вопросомъ о приращеніи и уже изъ этого круга не выходятъ; такимъ образомъ одни—полагаютъ, что *слѣдуетъ* признавать приращеніе, вслѣдствіе чего, напримѣръ

при 5 наслѣдникахъ (изъ коихъ одинъ отрѣшенъ отъ наслѣдства), четверо дѣлятъ между собою обязательную долю, расчитанную на пятерыхъ; другіе-же полагаютъ, что *не слѣдуетъ* допускать приращенія, вслѣдствіе чего—пятый наслѣдникъ вовсе игнонируется, обязательная доля составляется изъ разсчета четырехъ и затѣмъ дѣлится на четыре.

Для ясности изложенія, вопросъ долженъ быть разсмотрѣнъ, въ рядѣ различныхъ законодательствъ, отдѣльно по предметамъ: а) лицъ, законно лишенныхъ наслѣдства, б) отрекшихся отъ наслѣдства и в) лицъ, вступившихъ въ сдѣлку съ наслѣдодателемъ при жизни, на предметъ ихъ предварительнаго удовлетворенія или выдѣла.

I. Лица, законно лишенныя наслѣдства. Австрійское Уложеніе (§ 767) предписываетъ выключать этихъ лицъ при вычисленіи доли, исходя изъ того соображенія, что обязательная доля есть часть изъ законной части, а для опредѣленія таковой—наслѣдство дѣлится между дѣйствительными наслѣдниками и притомъ—*только* между ними. (Unger, § 80, пр. 2).

Ясно, что австрійскій законъ и его комментаторъ Унгеръ—стоятъ на той-же почвѣ, какъ французскіе юристы, на которыхъ была ссылка.

Тѣ-же начала, какъ и въ австрійскомъ уложеніи, повторяются въ § 2048 Цюрихскаго Уложенія и въ § 472 Момзеновскаго проекта, въ которомъ мы находимъ и болѣе полную ихъ мотивировку. Момзенъ высказываетъ опасеніе, какъ-бы причисленіе отрѣшеннаго наслѣдника съ тѣмъ, чтобы его долю пріобщить къ свободному наслѣдству, *не расширило безъ достаточнаго основанія завѣщательнаго произвола наслѣдодателя* (Момзенъ, стр. 456). За исключеніемъ этихъ трехъ источниковъ, бо́льшая часть остальныхъ германскихъ правъ признаетъ *наиболѣе цѣлесообразнымъ принятіе въ разсчетъ отрѣшенныхъ наслѣдниковъ*. Соображенія, ратующія за этотъ взглядъ слѣдуетъ признать наиболѣе убѣдительными.

Этотъ взглядъ ведетъ свое начало изъ пандектнаго права, гдѣ выражена та мысль, что, считая отрѣшеннаго наслѣдника для опредѣленія доли, мы увеличиваемъ ту дробь, посредствомъ которой исчисляется обязательная доля; напримѣръ при 5 наслѣдникахъ (изъ коихъ одинъ отрѣшенъ), съ принятіемъ системы полнаго счета 5 наслѣдниковъ вмѣсто 4, мы возвышаемъ дробное исчисленіе доли съ $^1/_3$ на $^1/_2$. Это и есть та сторона вопроса, на которой останавливаются французскіе комментаторы. Но затѣмъ, дѣля наслѣдство на полное число наслѣдниковъ (считая и отрѣшенныхъ), мы тѣмъ самымъ рискуемъ уменьшить, какъ законную часть, такъ и долю несравненно

больше, нежели было-бы тогда, если-бы отрѣшенные вовсе не существовали. Напримѣръ, предположимъ пятерыхъ наслѣдниковъ, изъ коихъ двое отрѣшены отъ наслѣдства. Если-бы ихъ вовсе не считали то обязательная доля каждаго наслѣдника была-бы $^1/_3 \times ^1/_3 = ^1/_9$ наслѣдства. Наоборотъ, если считать отрѣшенныхъ, то каждая доля будетъ $^1/_2 \times ^1/_5 = ^1/_{10}$ всего наслѣдства. Таково обоюдо-острое значеніе счета отрѣшенныхъ наслѣдниковъ, которое признано правильнымъ со всѣми послѣдствіями догмою пандектнаго права. (Windscheid, III, § 580 пр. 4 въ концѣ). Важно тутъ то *разсужденіе, на которомъ пандектисты оправдываютъ счетъ отрѣшенныхъ наслѣдниковъ. Вотъ оно.* Доля есть дробное уменьшеніе законной части. Стало-быть, разсчетъ законной части предшествуетъ исчисленію ея дроби, т. е. обязательной доли. Этотъ предшествующій разсчетъ направленъ только къ опредѣленію того, сколько *причиталось-бы каждому наслѣднику въ случаѣ открытія законнаго порядка наслѣдованія.* Съ этой точки зрѣнія важна не та реальность, которая нынѣ насъ ожидаетъ и къ которой мы примѣнили выводы этого счета; а важно только установить *законную часть каждаго* на тотъ случай, *еслибы* всѣ наслѣдовали «ab intestato». Затѣмъ изъ этой части выводится дробь; эта дробь и будетъ обязательной долей. Съ этой точки зрѣнія ясно, что необходимо считать *всѣхъ лицъ*, кто былъ-бы наслѣдникомъ, не будь завѣщанія. А въ числѣ этихъ лицъ должны быть сочтены *и отрѣшенные наслѣдники*, такъ какъ, не будь завѣщанія, они не считались-бы отрѣшенными отъ наслѣдства. (Ср. Schröder, тамъ-же).

На этой-же почвѣ стоятъ: утратившее силу Прусское Земское право (ср. *Förster u. Eccius* IV, § 248, пр. 56), Сводъ Гражданскихъ Узаконеній Прибалтійскихъ губерній, ст. 2009—и бывшее Саксонское уложеніе § 2571.

Есть еще особое, болѣе оригинальное, разсужденіе. Лишеніе кого-либо изъ наслѣдниковъ присвоенныхъ ему наслѣдственныхъ правъ есть обстоятельство исключительное. Спорный вопросъ сводится къ тому, *слѣдуетъ-ли считать размѣръ обязательной доли по нормальнымъ обстоятельствамъ или по исключительнымъ?* Въ пользу послѣдняго говоритъ одно единственное соображеніе: этимъ достигается точное дробное отношеніе между долею и законною частью каждаго наслѣдника въ данный моментъ.

Но принятіе въ соображеніе *нормальныхъ*, а не исключительныхъ обстоятельствъ имѣетъ за себя гораздо болѣе существенные выгоды. Весьма важно, чтобы законъ давалъ завѣщателю наглядную воз-

можность заранѣе разсчитать предѣлъ своей завѣщательной свободы; онъ долженъ имѣть возможность сосчитать не подлежащую колебаніямъ величину обязательной и свободной доли; его же наслѣдники должны имѣть эту возможность и заинтересованы въ томъ, чтобы доля каждаго не колебалась отъ того, окажется-ли, въ концѣ-концовъ, въ ихъ средѣ кто-либо въ положеніи отрѣшеннаго, недостойнаго или отрекающагося. Иначе могутъ быть осложненія, одновременныя исчисленія долей, позднѣйшія передѣленія, задержки окончательнаго разсчета въ долѣ каждаго. Между тѣмъ, всѣ эти неудобства практически устраняются, разъ *доля опредѣляется неизмѣнными факторами и каждый изъ устраненныхъ впослѣдствіи наслѣдниковъ сохраняется въ кругу для одного лишь фиктивнаго счета.* (Motive zu dem Entwurfe, V, стр. 404). Эти соображенія дѣйствительно весьма важны и представляются для насъ вполнѣ убѣдительными.

II. *Отрекающіеся наслѣдники.* Къ лицамъ этой категоріи примѣняется въ полной мѣрѣ все то, что приведено выше изъ мотивовъ къ § 1984 Германскаго Проекта. Отреченіе наслѣдника можетъ быть также разсмотрѣно, какъ явленіе исключительное и нарушающее нормальный порядокъ. Кромѣ того, его *заранѣе* предусмотрѣть нельзя; даже въ моментъ смерти наслѣдодателя—неизвѣстно, отречется-ли кто-нибудь изъ наслѣдниковъ или нѣтъ. Поэтому, разъ признано принципіально, что законъ долженъ давать заранѣе наслѣдодателю и каждому изъ наслѣдниковъ готовыя и безспорныя основанія для безповоротнаго разсчета долей, то отсюда слѣдуетъ, что позднѣйшее отреченіе не должно вліять на размѣръ доли и отрекшійся наслѣдникъ долженъ оставаться на виду для счета.

III. *Лица, получившія отъ наслѣдодателя при его жизни удовлетвореніе за ихъ право наслѣдованія.*

Вопросъ о томъ, подлежатъ-ли они счету или нѣтъ, считается болѣе всего спорнымъ. Прусское Земское Право (II, 2 § 488), первый Германскій проектъ (§ 1984) и б. Саксонское уложеніе (съ ограниченіемъ возмезднаго «отказа отъ будущаго наслѣдства»—§ 2571) обязывали принимать этихъ лицъ въ общій счетъ. Напротивъ, римская догма (позднѣйшая: Schröder 282; Windscheid III, § 580 пр. 4), Австрійское уложеніе § 767, Момзеновскій проектъ (§ 472, стр. 457) и окончательный текстъ Германскаго Уложенія (ст. 2310 и 2316) вовсе исключаютъ ихъ на томъ основаніи, что эти лица совершенно не принадлежатъ уже къ кругу наслѣдниковъ по закону.

Намъ думается, что самымъ правильнымъ образомъ рѣшаетъ этотъ вопросъ § 2571 бывшаго Саксонскаго уложенія — на томъ

основаніи, что едва-ли можно лишать наслѣдодателя возможности вступать со своимъ наслѣдникомъ въ сдѣлку, съ цѣлью, посредствомъ выдачи извѣстной выгоды при жизни, побудить его отречься отъ своего права наслѣдованія. Противъ этого могутъ ратовать соображенія принципіальнаго свойства, какъ, напримѣръ, нежеланіе законодателя поощрять совершеніе сдѣлокъ о неоткрывшемся наслѣдствѣ. Но разъ выдѣлъ, съ отреченіемъ выдѣляемаго отъ наслѣдства послѣ выдѣляющаго, принципіально допускается дѣйствующимъ закономъ (1 ч. X т. ст. 998), то въ такомъ случаѣ упомянутыя колебанія на этотъ счетъ отпадаютъ. Допустивъ подобную сдѣлку, создается уже такое положеніе: при открытіи наслѣдства, «выдѣленнаго» можно *считать* или *не считать* для опредѣленія доли. Если не считать, то обязательная доля каждаго изъ остальныхъ наслѣдниковъ получитъ незаслуженное приращеніе, которое, по справедливости слѣдуетъ оставить въ распоряженіи наслѣдодателя; тѣмъ болѣе, что онъ, такъ сказать, выкупилъ себѣ это приращеніе, выдавъ заинтересованному лицу извѣстную выгоду при жизни. А оставленіе этого прироста въ рукахъ наслѣдодателя достигается не иначе, какъ принимая въ счетъ выдѣленное лицо.

Этими указаніями мы закончимъ обозрѣніе принципіальныхъ началъ института обязательной доли. Вслѣдъ затѣмъ, намъ придется перейти къ разсмотрѣнію другой стороны вопроса. Установленіе обязательной доли есть, какъ мы говорили выше, одна изъ формъ осуществленія *необходимаго* наслѣдованія, т. е. *принужденія* воли наслѣдодателя. Проведеніе подобныхъ законовъ въ жизнь есть дѣло боевое, оно идетъ на перекоръ потребностямъ, интересамъ и страстямъ отдѣльныхъ лицъ. Оно осуществимо не иначе, какъ посредствомъ системы мѣръ, расчитанныхъ на то, чтобы имѣть возможность отразить попытки лицъ, непризнающихъ велѣній закона. Эта система мѣръ носитъ техническое названіе: «сбавки въ дареніяхъ и отказахъ». О ней мы поговоримъ въ отдѣльной главѣ.

---

10. Быть или не быть понятію завѣщательнаго отказа въ русскомъ законодательствѣ [1]).

I.

Съ виду вопросъ формы и схоластики, на самомъ дѣлѣ глубоко жизненный и коренной,—вопросъ о томъ, быть или не быть въ

---

[1]) Источники и литература вопроса: 1) *Римскіе источники:* L. 9 § 12 D. 28, 5; L. 35 pr. eod in fin.; § 6 I. 2, 14; 1 23 § 1 C. de leg. 6, 37; L. 60 (59) § 2. D. h. t., L. 17 pr., 1. 78 (77), 1. 79 (78) § 2 D. h. t; Gai II. §§ 193—201,

будущемъ нашемъ гражданскомъ правѣ различію наслѣдниковъ и легатаріевъ,—представляется однимъ изъ тѣхъ пробныхъ камней или осёлковъ, на которыхъ рѣшительно выскажется способность нашего поколѣнія разобраться въ крайне трудныхъ задачахъ кодификаціи и творенія новаго права. Тутъ скрещиваются невидимо сплетающіеся пути, ведущіе, съ одной стороны, въ самыя нѣдра реальной народной жизни, съ другой стороны, въ морозныя пространства зарубежнаго «nihil», гдѣ творческій умъ цѣпенѣетъ, теряя подъ собою всякую почву для оцѣнки пригоднаго или непригоднаго къ заимствованію. На этомъ пунктѣ, наконецъ, должны быть даны тѣ рѣшительныя сраженія, въ коихъ выяснится судьба нѣкоторыхъ изъ правородящихъ этическихъ началъ, лежащихъ въ глубинѣ, подъ слоями ближайшей правовой догмы; иному, вѣками освященному принципу, безмятежно выдержавшему натискъ вѣковъ, суждено, быть можетъ, именно здѣсь найти свое Седанское побоище!

Причина краеугольнаго значенія намѣченнаго мною вопроса кроется въ томъ, что въ этомъ *узловомъ пунктѣ всей системы наслѣдственнаго права* отложилось, въ видѣ верховной формулы. вся философская, религіозная, этическая и юридическая мысль двухъ тысячелѣтій и эта преемственно окрѣпшая мысль столькихъ поколѣній получила, въ одной формулѣ. свою кристаллизацію. Тѣнь ея отражается надо всѣмъ окружающимъ ее полемъ; духъ этой формулы разливается во всѣ уголки существующей системы наслѣдственнаго права.

209, 216—260 и 271. Paul Sentent. IV, 1 § 18; Ulp. XXIV, 20.—2) *Современные кодексы:* Прибалт. гражд. свод. ст. 1702, 2135, 2317, 2791 и 2792. Сакс. улож. ст. 2168. 2170, 2171. 2181—2184. Австр. улож. ст. 611, 612, 535 и 553. Прусск. зем. пр. I, 12 ст. 6, 254—258, 263. Цюр. гражд. улож. ст. 2078. Улож. кант. Во, ст. 618, 619. Швейц. проек. Губера—ст. 438. Проектъ Момзена, ст. 135, 137 и 138. Герм. улож. ст. 2087 и 2105. Нидерл. улож. ст. 1004. Испан. улож. ст. 660 и 768, Серб. улож. ст. 469. Франц. улож. ст. 1003, 1010, 1014. 3) Windscheid. «Lehrb. d. Pandekten», §§ 533, 538, 551, 553, 623, 626 (п. 3 и прим. 13), 646, 647, 649 (пр. 4). 4) Koeppen. «Lehrb. d. heut. röm. Erbrechts», § 66, 75, 77, 107, 108 (11); стр. 701 (пр. 3); стр. 802 (пр. 9). 5) Baron, «Pandekten» § 391, 399, 400, 437; 245. II (прим. 6) 444, 445, 6) Arndts, «Pandekten» § 491, 494, 541. 7) Rivier, «Des Succession en dr. romain»—§ 16. 8) Maynz, «Cours de droit romain» §§ 448—466. 9) Huber, «System und Geschichte des Schweizer. Privatrechtes, Bd. II. стр. 231. 10) Baudry-Lacantinerie et Wahl. «Des Successions»—III, § 3931. 11) Курсы Побѣдоносцева, Кавелина, Шершеневича. 12) Hegel, «Philosophie des Rechts» § 178—180. Werke, т. VIII, стр. 239—244. 13) Ahrens, «Cours de droit naturel», II, 301. 14) Leibnitz «Nova methodus», II, 20.

Если таково значеніе формулы, сводящейся къ противоположенію началъ *универсальнаго* и *сингулярнаго* преемства, то неоспорима будетъ необходимость принципіальнаго разбора этого вопроса. Само собою разумѣется. что наши выводы, при разборѣ этого вопроса, должны будутъ въ равной мѣрѣ отразиться на всей систематикѣ нашего будущаго наслѣдственнаго права.

При этомъ, не могу не замѣтить, что предстоящій передъ нами анализъ дастъ намъ, въ то же время, мѣрило того, насколько подражаніе или заимствованіе будетъ, съ нашей стороны, желательнымъ и законнымъ. Другими словами, если выяснятся существенныя преимущества, выработанной римскимъ правомъ, идеи принципіальнаго разграниченія универсальнаго преемства въ лицѣ наслѣдника и частнаго въ лицѣ легатарія, то мы можемъ оказаться въ такомъ положеніи, при которомъ заимствованіе этой идеи изъ кодексовъ запада окажется благомъ.

Дѣло въ томъ, что *вопросъ о предѣлахъ дозволеннаго или должнаго заимствованія*, не поддаваясь, вообще говоря, какимъ-либо общимъ опредѣленіямъ, тѣмъ не менѣе ближе всего разрѣшается вполнѣ естественнымъ стремленіемъ ограничиваться заимствованіемъ лишь тѣхъ понятій, которыя, будучи безусловно *полезными*, вмѣстѣ съ тѣмъ могли бы быть *легко усвоены населеніемъ* и *не противорѣчили бы его исконнымъ воззрѣніямъ* и убѣжденіямъ, а также *условіямъ его быта*.

Между тѣмъ вопросъ объ усвоеніи русскимъ правомъ, (нынѣ не признающимъ никакой разницы между наслѣдникомъ и легатаріемъ), болѣе сознательнаго отношенія къ послѣдствіямъ универсальнаго преемства—выдерживаетъ самую взыскательную критику, съ точки зрѣнія приведенныхъ мною началъ дозволеннаго заимствованія.

Трудно возвести въ историческое начало русскаго гражданскаго право недоразвистость идеи универсальнаго преемства и недостаточную ясность сознанія того, чѣмъ легатарій отличается отъ наслѣдника. Въ литературѣ нашего гражданскаго права нерѣдко излагается дѣло такъ, какъ будто эта *особенность* русскаго права коренится въ его исторіи, какъ нѣчто положительное и вѣками пріобрѣтенное въ сознаніи русскаго народа. Между тѣмъ не трудно придать вопросу должное освѣщеніе, изъ коего выяснится, что тутъ *нѣтъ никакого положительного пріобрѣтенія* народнаго правосознанія, а есть лишь *изъянъ юридической мысли*, устраненіе и восполненіе коего есть не болѣе, какъ вопросъ времени, и что наконецъ тѣмъ же изъяномъ страдали въ разное время другіе народы, и притомъ тогда, когда

ихъ правовыя творенія носили въ себѣ, въ нѣкоторомъ родѣ, слѣды юридической незрѣлости и недомыслія. Такъ, напримѣръ, средневѣковое германское право, до рецепціи римскаго права, не знало никакой разницы между наслѣдникомъ и легатаріемъ; но въ то же время оно и страдало отсутствіемъ самой идеи универсальнаго преемства. Въ Швейцаріи существуетъ до сихъ поръ первая группа законодательствъ такъ называемыхъ «первобытныхъ» кантоновъ (Urkantone), въ которыхъ замѣчается та же особенность. Въ кантонахъ Ури, Швицъ, Унтервальденъ, Аппенцель и Гларусъ не только не различается понятіе легатарія, но вмѣстѣ съ тѣмъ самое право дѣлать завѣщаніе находится какъ бы на самой древней и первоначальной ступени развитія, обусловливаясь главнымъ образомъ церковнымъ интересомъ («zum besten von Kirchen») [1]), напоминая собою то время, когда и въ древней Руси постепенное развитіе идеи завѣщанія, начавшись съ простого «ряда» въ семейномъ кругу (ст. 105 Рус. Правды, карамз. сп.), подъ вліяніемъ церковнаго суда и греко-римскаго права, стало расти черезъ стремленіе завѣщателей оставлять имущество «на поминъ души». Такимъ образомъ, слѣдуетъ признать, что неумѣніе различать легатарія отъ наслѣдника не только не можетъ даже считаться исторической особенностью русскаго права, но не можетъ даже считаться самостоятельнымъ явленіемъ, такъ какъ ему всегда сопутствуетъ какой-либо другой, болѣе или менѣе глубокій недостатокъ въ развитіи юридическихъ понятій: иногда неразвитость института завѣщанія; чаще всего неполное пониманіе плодовитаго начала универсальнаго преемства.

Въ русскомъ правѣ нельзя усмотрѣть неполноты развитія права завѣщанія. Но неразличеніе положеній наслѣдника и легатарія является послѣдствіемъ неполнаго усвоенія русскимъ гражданскимъ правомъ идеи универсальнаго преемства, которая однако уже проникла въ систему, но еще не проведена съ логическою послѣдовательностью, имѣющей отразиться на всемъ строеніи русскаго права наслѣдованія. Внѣ этой идеи трудно оправдать начало неограниченной долговой отвѣтственности, выраженное въ ст. 1259, 1 ч. X тома. Крайне сомнительно, чтобы римскій принципъ неограниченной долговой отвѣтственности наслѣдника, выраженный въ ст. 1259, 1 ч. X т., былъ искони присущъ древне-русскому праву. Изъ числа немногихъ изслѣдователей, занявшихся этимъ вопросомъ, А. К. Рихтеръ [2]) и

---

[1]) Huber—«System und Geschichte des Schweitzerischen Privatrechtes», Bd. II, стр. 231.

[2]) А. К. Рихтеръ—«Объ ограниченіи правъ кредиторовъ по случаю смерти должника»—въ протоколахъ Гражд. Отд. С.П.Б. Юрид. Общ. (Журн. Гражд. и Угол. Пр. 1882 г. VIII, стр. 121—200).

Л. Кассо [1]) склоняются къ тому предположенію, что этотъ принципъ былъ чуждъ древне-русскому праву. Даже въ позднѣйшее время, въ Судебникѣ и въ Уложеніи, слѣдовъ неограниченной долговой отвѣтственности не оказывается. Мало того, пересмотрѣвъ всѣ источники 1259 ст., г. Л. Кассо приходитъ къ тому заключенію, что начало, выраженное въ этой статьѣ,—водворилось не ранѣе обнародованія Свода законовъ (тамъ же, стр. 226).

Такимъ образомъ оказывается, что развитіе начала универсальнаго преемства совершилось въ русскомъ гражданскомъ правѣ въ такую эпоху, когда открытъ былъ доступъ вліянію общегражданской теоріи права.

Тогда же укоренился у насъ принципъ универсальнаго преемства, между тѣмъ какъ различіе наслѣдниковъ и легатаріевъ не успѣло водвориться въ нашемъ сознаніи.

Спрашивается, есть ли какое-либо вѣское основаніе къ тому, чтобы допустить пригодность основного начала, несмотря на его заимствованіе, и, въ то же время, отказать въ проведеніи неизбѣжно изъ него вытекающихъ послѣдствій?

Въ сущности, вопросъ этотъ сводится къ такому разсужденію. Въ настоящее время начало универсальнаго преемства принято въ основаніе идеи наслѣдованія въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. Съ другой стороны, допущеніе извѣстныхъ случаевъ партикулярнаго преемства не можетъ быть исключаемо разъ навсегда, такъ какъ оно вытекаетъ изъ потребностей практики, и нѣтъ никакого убѣдительнаго основанія къ тому, чтобы и эти случаи подводить подъ начало универсальнаго преемства. Слѣдовательно, ясно, что противоположность наслѣдника и легатарія соотвѣтствуетъ вполнѣ настоящей степени нашихъ юридическихъ представленій, и всякая попытка къ игнонированію этого дѣленія будетъ всегда приводить къ искусственнымъ построеніямъ.

Примѣромъ такого рода можетъ служить французское право, въ которомъ *всѣ лица, получающія имущества по завѣщанію, именуются легатаріями*. Такимъ образомъ, какъ будто вовсе отрицается самая возможность назначенія наслѣдника посредствомъ завѣщанія, въ силу средневѣковаго изрѣченія: «Solus Deus facere heredem potest, non homo». Чтобы быть послѣдовательнымъ до конца, слѣдовало всѣхъ лицъ, именуемыхъ легатаріями, т. е. всѣхъ, въ пользу

---

1) Л. К а с с о—«Преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя». Юрьевъ, 1895 г., стр. 203 и сл.

которыхъ что-нибудь завѣщано, избавить отъ долговой отвѣтственности въ томъ видѣ и въ той мѣрѣ, какъ она обусловливается началомъ универсальнаго преемства. Но, на самомъ дѣлѣ, выставленное начало не было вовсе выдержано. Тѣ же легатаріи распались на три группы: а) *общихъ* отказопринимателей (légataires universels», ст. 1003 фр. ул.), б) *долевыхъ* (légataires à titre universel, ст. 1010) и, в) *частныхъ* (légataires particuliers, ст. 1014); при этомъ, *общіе и долевые отказопринимателі считаются универсальными преемниками* [1]) и подчиняются всѣмъ послѣдствіямъ этого начала, въ отношеніи платежа долговъ. Одни только *частные* отказопринимателі остаются въ положеніи сингулярныхъ преемниковъ; поэтому ихъ только и слѣдовало бы, по настоящему, называть легатаріями.

Попытка французскаго права къ смѣшенію всѣхъ видовъ преемниковъ во-едино представляетъ, несмотря на кажущуюся противоположность, нѣкоторую аналогію съ 1 ч. X тома Свода Законовъ. «Code civil» провозглашаетъ ложное начало: «въ завѣщаніи не можетъ быть назначенныхъ наслѣдниковъ; всѣ—легатаріи»; нашъ Сводъ придерживается формулы: «въ завѣщаніи нѣтъ легатаріевъ; всѣ считаются наслѣдниками». На самомъ дѣлѣ, ни та, ни другая крайность не соотвѣтствуютъ требованіямъ жизни, и какъ французское право вынуждено было отказаться отъ своего исходнаго положенія, такъ и русское право, по мѣрѣ своего развитія, должно будетъ тоже поступиться предположенной сначала нераздѣльностью.

Въ литературѣ русскаго права наслѣдованія обнаруживаются слѣды того, что отсутствіе принципіальнаго различія между наслѣдниками и легатаріями ощущается нѣкоторыми авторами скорѣе какъ недостатокъ, затрудняющій юридическую мысль. Такъ, напримѣръ, К. П. Побѣдоносцевъ, изложивъ въ § 54 своего курса граждан. права общую природу легатовъ, переходя затѣмъ къ вопросу о томъ, чѣмъ представляется институтъ завѣщанія по русскому праву (въ § 55), даже не задается вопросомъ о легатахъ, обходя его вовсе молчаніемъ, но при этомъ говоритъ, что «цѣлое учрежденіе духовнаго завѣщанія представляется въ нашемъ законодательствѣ неполнымъ и неразвитымъ» (стр. 453).

К. Д. Кавелинъ находитъ, что «такія распоряженія (т. е. о легатахъ) не отличены въ Сводѣ отъ назначенія наслѣдниковъ, тогда какъ юридическое значеніе того и другого совершенно различно». («Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ», С.-Петербургъ, 1879 г., стр. 395).

1) Baudry-Lacantinerie et Wahl—«Traité de Droit Civil. Des Successions» III, § 3931.

У нѣкоторыхъ авторовъ, въ виду совершеннаго молчанія 1 ч. X тома на счетъ значенія отказовъ, замѣчается стремленіе къ изложенію ученія по этому предмету, какъ бы въ отвлеченной формѣ, по римскимъ образцамъ, не стѣсняясь пробѣломъ нашего Свода, отмѣчая лишь попутно несогласіе этихъ общихъ и какъ бы всемірныхъ началъ съ положеніями нашей судебной практики (ср., напр. въ «Учебн. рус. гражданскаго права» Г. Ф. Шершеневича, стр. 596—599).

По всѣмъ изложеннымъ соображеніямъ, различіе свойствъ наслѣдника и легатарія должно быть положено въ основаніе всей системы нашего наслѣдственнаго права и проведено, съ возможною послѣдовательностью, во всѣ ея части.

II.

Ограничимся пока ближайшими логическими соображеніями, изложенными выше, изъ которыхъ вытекаетъ желательность разграниченія понятій наслѣдника и легатарія. Въ послѣдующемъ изложеніи я коснусь внутренняго, философскаго основанія, оправдывающаго это различіе. Теперь же перейдемъ къ болѣе подробному изслѣдованію предложенной системы наслѣдованія.

Опредѣляя наслѣдство какъ *совокупность* правъ и обязанностей умершаго и считая наслѣдника тѣмъ лицомъ, къ которому эта совокупность *переходитъ* вслѣдствіе смерти наслѣдодателя, мы тѣмъ самымъ должны признать, что опредѣленные *предметы, перечисляемые въ отдѣльности, не соотвѣтствуютъ понятію совокупности*, хотя и можетъ оказаться (какъ обстоятельство вполнѣ случайное), что наслѣдство ничего болѣе не содержитъ, какъ именно эти предметы. Фактическій результатъ, въ видѣ пріобрѣтенія предметовъ извѣстнымъ лицомъ въ собственность, можетъ быть тождественнымъ, при любомъ видѣ преемства; но, во всякомъ случаѣ, съ юридической точки зрѣнія, приходится различать два вида преемства, и лицо не можетъ считаться *наслѣдникомъ*, если переходящіе къ нему предметы не поступаютъ въ его обладаніе въ силу перехода на него *совокупности* правъ и обязанностей наслѣдодателя.

Понятіе совокупности правъ лица держится во-едино однимъ неизбѣжнымъ элементомъ, безъ котораго самая совокупность логически рушится. Этотъ элементъ есть *лицо* обладателя. Стало быть, переходъ совокупности правъ и обязанностей предполагаетъ *тѣсную связь наслѣдника съ лицомъ наслѣдодателя*. Понятіе о возможности, пользѣ и необходимости такой связи стоитъ на границѣ области юридическаго мышленія и, въ значительной степени, вростаетъ

въ сосѣднюю область религіозно-этическихъ и философскихъ представленій. Отсюда затруднительность (чтобы не сказать невозможность) защиты и разъясненія этого понятія, оставаясь въ кругу узко-юридической аргументаціи. Отсюда, добавлю я, та кажущаяся легкость, съ которою это понятіе можетъ быть подвергнуто разрушительной критикѣ, на почвѣ такого порядка разсужденій, при которомъ отъ него потребуютъ немедленно реализуемаго, простого и утилитарнаго вывода въ смыслѣ такой правовой пользы, которая была бы достижима исключительно посредствомъ этого понятія и больше ничѣмъ: какъ только оно не выдерживаетъ этого утилитарно-юридическаго испытанія, его бракуютъ. А между тѣмъ такая критика страдаетъ односторонностью, такъ какъ она обсуждаетъ одну только сторону весьма сложнаго построенія, укоренившагося въ почву этическихъ представленій такъ же глубоко, какъ въ области права.

Установивъ эту сверхъ-юридическую сторону дѣла, мы въ правѣ прибѣгнуть къ нѣкоторымъ неюридическимъ, но скорѣе этическимъ, примѣтамъ, придающимъ ему особый колоритъ. Наслѣдникъ не чужой, а *свой*. Тѣсная, душевная близость соединяетъ его съ тѣмъ, котораго уже нѣтъ въ живыхъ, но который остается навсегда его праводателемъ. Такимъ близкимъ, *роднымъ* человѣкомъ, остающимся за предѣлами моей жизни, является, прежде всего, ближайшій *кровный* родственникъ. Посредствомъ же завѣщанія, такимъ роднымъ можетъ оказаться по моей, торжественно выраженной волѣ, другой человѣкъ, хотя и не родственникъ, но все же родной, разъ я его призналъ таковымъ и поставилъ выше и ближесвоихъ природныхъ родственниковъ.

Вотъ почему понятіе перехода совокупности правъ и обязанностей наслѣдодателя примѣняется въ равной мѣрѣ къ наслѣдованію по закону и къ наслѣдованію по завѣщанію.

Съ этой точки зрѣнія—всякое лицо, получающее вещь, цѣнность, имущество, но не связанное тою этическою близостью съ умершимъ, которую я указалъ выше, будетъ лицо *чужое*, постороннее. При отсутствіи личной, духовной связи, рѣчи быть не можетъ о переходѣ какой-либо совокупности правъ и обязанностей. Не будь опредѣленной вещи, имущества, цѣнности, не будь (большею частью) корысти, какъ смысла пріобрѣтенія этой цѣнности,—не было бы ничего общаго между умершимъ и живымъ. Эта зыбкая, чисто матеріальная связь, которую надѣляемый каждую минуту готовъ уступить за чечевичную похлебку, за грошъ мѣдный или тридцать сребренниковъ, вполнѣ соотвѣтствуетъ средству передачи благъ, носящему отпечатокъ безотраднаго матеріализма; это средство—сингулярное преемство. Имъ

передается легатъ. Этотъ же *чужой* человѣкъ, уносящій, щедротами умирающаго, ту цѣнность, на которою *уменьшится* наслѣдственная масса, виновникъ этой «libatio hereditatis»—есть *легатарій*.

Усвоивъ себѣ основную разницу наслѣдника и легатарія, мы безъ труда разрѣшимъ вопросъ о томъ, какъ смотрѣть на *множественность* наслѣдниковъ и на *долевого* наслѣдника.

Возможны два случая, и оба рѣшаются однородно.

При множественности наслѣдниковъ, назначаемыхъ «in solidum», т. е. ко всему наслѣдству, каждый изъ нихъ получитъ долю наслѣдства, имѣя право получить все, за отсутствіемъ другихъ наслѣдниковъ.

При множественности наслѣдниковъ, назначаемыхъ въ опредѣленныхъ доляхъ, долеваго наслѣдника опять нельзя считать легатаріемъ, ибо часть, назначаемая отказопринимателю въ видѣ легата, не способна расти. Въ пользу легатарія никогда не можетъ быть права приращенія. Между тѣмъ долевой наслѣдникъ несомнѣнно получитъ все наслѣдство, въ силу права приращенія, когда откажутся или предварительно вымрутъ не только его долевой сонаслѣдникъ по завѣщанію, но и устраненный завѣщаніемъ наслѣдникъ по закону.

Въ томъ и другомъ случаѣ, множественность наслѣдниковъ по завѣщанію не превращаетъ ихъ въ легатаріевъ: разъ они наслѣдники, они пользуются универсальнымъ преемствомъ и остаются наслѣдниками, сколько бы ихъ числомъ ни было.

При всей ясности основныхъ началъ, приведенныхъ до сихъ поръ, надо замѣтить, что понятіе отказа допускаетъ двѣ различныя конструкціи, смотря по тому, обратимся ли мы къ римскому праву, или къ новѣйшимъ законодательствамъ.

Пандектнымъ, т. е. римскимъ, образцомъ воспользоваться неудобно, такъ какъ онъ совмѣщаетъ въ себѣ понятія, утратившія нынѣ прежнее свое значеніе. Такъ, напримѣръ, Баронъ, найдя въ источникахъ болѣе простое опредѣленіе (подходящее къ новѣйшему), въ коемъ легатъ опредѣляется, какъ «*нѣкій даръ*, оставленный умершимъ» («legatum est donatio quaedam a defuncto relicta» § 1 I. h. t. 2, 20), а въ другомъ примѣрѣ, какъ «*вычетъ изъ наслѣдства, предоставленный кому-нибудь изъ совокупности* того, что достанется наслѣднику» (legatum est libatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit»,—I. 116 pr. D. de leg. 30), предпочитаетъ дать въ своей систематикѣ Пандектъ болѣе широкое опредѣленіе, совмѣщающее въ себѣ все то, что римское право, помимо цитированныхъ мѣстъ, подводитъ подъ понятіе отказа (Vermächtniss). «Указанный цитатъ касается лишь наи-

болѣе распространеннаго случая, въ которомъ отказъ дѣйствительно является завѣщательною выдачею *изъ состава наслѣдства*», говоритъ Баронъ; такъ что наслѣдникамъ достается наслѣдство за вычетомъ опредѣленныхъ частей. Но отказъ можетъ состоять изъ вещей, не входящихъ въ составъ наслѣдства (напримѣръ, при отказѣ вещи, которую наслѣдникъ долженъ предварительно пріобрѣсти для выдачи ея отказопринимателю); онъ можетъ даже не имѣть имущественной цѣнности; съ другой стороны, онъ можетъ имѣть *цѣлое наслѣдство своимъ предметомъ* (fideicommissum hereditatis). Принимая все это во вниманіе, необходимо *опредѣлить (римскій) отказъ, какъ завѣщательное распоряженіе, предоставляющее выгоду посредствомъ другого способа, нежели назначеніе наслѣдника* (ср. *Baron* «Pandekten», § 437).

Для цѣлей современнаго законодательства это черезчуръ обобщенное опредѣленіе непригодно. Фидеикоммиссъ нынѣ уже не подводится подъ общее понятіе отказа: онъ, большею частью тѣхъ законодательствъ, которыя его не запрещаютъ, считается однимъ изъ видовъ назначенія наслѣдника (Цюр. 2078; Герм. 2105; Авст. 611, 612; contra Прибалт. 2317). Такимъ образомъ, чрезмѣрное расширеніе опредѣленія отказа, въ ущербъ ясности самаго понятія, не должно имѣть мѣста ради включенія сюда института фидеикоммисса. Что касается другихъ основаній, указанныхъ Барономъ для расширенія предположеннаго опредѣленія, то они лишены практическаго значенія, да и принципіальнаго вліянія на дѣло имѣть не могутъ, такъ какъ обязательность такого рода отказовъ можетъ существовать лишь настолько, насколько средства, завѣщанныя наслѣднику, даютъ ему возможность выполнить эти отказы.

На этомъ основанія выясняется, что отвергнутыя Барономъ опредѣленія, содержащіяся въ приведенныхъ имъ источникахъ, гораздо ближе подходятъ къ современному намъ порядку вещей, нежели расширенное опредѣленіе пандектистовъ.

Обращаясь къ тѣмъ опредѣленіямъ, которыя содержатся въ современныхъ законодательствахъ, мы въ нихъ находимъ слѣдующія данныя для ближайшаго поясненія понятія отказа. *Прибалтійскій Сводъ* (ст. 1702) опредѣляетъ отказъ какъ «*завѣщанную отдѣльную вещь*» въ противоположность «всему наслѣдству» или долѣ онаго. *Австрійское уложеніе* (ст. 535) равнымъ образомъ противополагаетъ отказъ «наслѣдственной долѣ» (Erbtheil) и характеризуетъ его также какъ «*отдѣльную вещь*», распространяя это понятіе на «нѣсколько вещей извѣстнаго рода, какую-либо сумму или какое-либо право». *Прусское*

земское право (I, 12 § 6) считаетъ отказомъ *отдѣльную опредѣленную въ завѣщаніи вещь или сумму денегъ*». *Нидерландское уложеніе* опредѣляетъ отказъ, какъ такое «*распоряженіе завѣщателя*, которое имѣетъ *частный* характеръ» (à titre particulier), и коимъ даруется «*опредѣленное имущество*», или же «все имущество извѣстнаго рода, напр., движимое или недвижимое, а равно пользовладѣніе во всемъ имуществѣ или въ его долѣ» (Нидерл. улож. ст. 1004). *Испанское уложеніе* считаетъ легатаріемъ то лицо, коему въ завѣщаніи назначена «*опредѣленная и указанная вещь*» (ст. 768 Исп.), въ порядкѣ «*частнаго преемства*» (ст. 660 Испан.). *Сербское уложеніе* (ст. 469) опредѣляетъ отказъ («испорука»), какъ «назначеніе *кому-либо*, въ завѣщаніи, *одной или нѣсколькихъ отдѣльныхъ вещей*». Затѣмъ, въ цѣломъ рядѣ уложеній нѣтъ прямого опредѣленія понятія отказа. Сюда относятся: Германское уложеніе, Саксонское, Цюрихское, Французское, Итальянское, Португальское, а равно уложеніе кантона Во и проекты Момзена, Лорана и Губера.

Всѣ приведенныя опредѣленія новѣйшихъ кодексовъ, въ отношеніи понятія отказа, въ сущности, вполнѣ тождественны и даютъ намъ слѣдующіе основные элементы:

1) отказомъ является, точно выражаясь, не самая вещь, а *распоряженіе завѣщателя*, касающееся извѣстной вещи;

2) отказъ не учиняется прямо въ пользу наслѣдника, но наоборотъ составляетъ *обязательство наслѣдника въ пользу посторонняго лица*, т. е. лица, являющагося въ отношеніи наслѣдодателя и наслѣдника, въ качествѣ *чужаго* человѣка;

3) отказъ опредѣляется какъ нѣчто *вычитаемое изъ состава наслѣдства*, чѣмъ и устраняется всякое предположеніе о распространеніи на отказъ свойствъ универсальнаго преемства. Этотъ элементъ вполнѣ соотвѣтствуетъ приведенному нами мѣсту изъ Дигестъ: «вычетъ изъ наслѣдства»—(«legatum est libatio heredatis»... l. 116 pr. D. de leg. 30);

4) предметомъ легата можетъ быть *вещь* или *цѣнность*.

Этимъ изчерпывается весь кругъ тѣхъ назначеній, которыя вполнѣ несомнѣнно соотвѣтствуютъ понятію легата въ томъ его объемѣ, какъ онъ опредѣляется всѣми вышеприведенными законодательствами. Поэтому нельзя отнестись съ одобреніемъ къ уклоненію отъ нормальнаго опредѣленія, замѣчаемому нами въ статьѣ 1004 Нидерландскаго уложенія, причисляющаго къ легатамъ распоряженіе, коимъ даруется «все имущество извѣстнаго рода, напр., движимое или недвижимое, а равно пользовладѣніе во всемъ имуществѣ или въ его долѣ».

Такія распоряженія уклоняются отъ понятія легата тѣмъ, что въ нихъ нѣтъ указанія опредѣленной вещи. А такъ какъ распоряженія завѣщателя въ пользу наслѣдниковъ по завѣщанію составляютъ правило, а распоряженія въ пользу отказопринимателей суть лишь исключенія, то всякое распоряженіе такого рода, какъ назначеніе кому-либо «всей недвижимости или всей движимости», въ случаѣ сомнѣнія въ подлинной волѣ наслѣдодателя, должно быть истолковано въ смыслѣ признанія общаго правила, а не исключенія, т. е. въ смыслѣ предположенія универсальнаго преемства и наличности наслѣдника.

Равнымъ образомъ не можетъ считаться отказомъ, за несоотвѣтствіемъ понятію «опредѣленной вещи», другой видъ завѣщательнаго распоряженія, предоставляющій кому-либо «пользовладѣніе во всемъ имуществѣ или въ его долѣ» (ст. 1004 Нидер.). Пользовладѣніе можетъ всегда быть приравнимаемо къ такой цѣнности, которая стоитъ въ опредѣленномъ. долевомъ отношеніи къ цѣнности всего наслѣдственнаго имущества. А потому завѣщательное распоряженіе, надѣляющее кого-либо «пользовладѣніемъ во всемъ наслѣдственномъ имуществѣ или въ долѣ онаго», отнюдь не должно считаться отказомъ, и лицо, надѣляемое такимъ пользовладѣніемъ, будетъ во всякомъ случаѣ считаться наслѣдникомъ.

Другое дѣло, если рѣчь идетъ о пользовладѣніи въ «опредѣленной вещи», входящей въ составъ наслѣдства. Такое распоряженіе несомнѣнно будетъ составлять отказъ.

III.

Несмотря на ясность основныхъ понятій, мы не можемъ не коснуться тѣхъ затрудненій, которыя вытекаютъ изъ сближенія, въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ и при извѣстныхъ обстоятельствахъ, противоположныхъ понятій наслѣдника и легатарія.

Эти случаи двоякаго рода.

Во первыхъ, слѣдуетъ имѣть въ виду затрудненія и контроверзы по вопросу о такъ называемой «heredis institutio ex re certa».

Во-вторыхъ, мы коснемся тѣхъ затрудненій, которыя могутъ возникнуть на почвѣ современныхъ законодательствъ, утратившихъ всякое принципіальное разграниченіе между древними видами завѣщанія: «testamentum» и «codicillum».

Начнемъ съ затрудненій *перваго рода.*

Въ нѣкоторыхъ современныхъ уложеніяхъ сохранился отдаленный слѣдъ тѣхъ, когда-то затруднительныхъ контвоверзъ, которыя существовали въ романистической литературѣ, по вопросу объ «heredis institu-

tio ex re certa». Вопросъ сводился къ слѣдующему. Какъ смотрѣть на тѣ завѣщанія, въ которыхъ есть налицо «назначенный наслѣдникъ», но этому наслѣднику не предоставлено, по содержанію завѣщанія, ни обладанія «всѣмъ наслѣдствомъ», ни «долею» его, а наоборотъ предназначены лишь «отдѣльные предметы»? Въ такомъ завѣщаніи содержится какое-то на первый видъ непримиримое противорѣчіе. Что-нибудь одно изъ двухъ: или указанное лицо есть наслѣдникъ; тогда преемство въ его лицѣ должно быть универсальное, и его нельзя ограничить полученіемъ «отдѣльныхъ предметовъ»; или его права сводятся къ полученію отказа, въ видѣ этихъ «отдѣльныхъ предметовъ», тогда его напрасно называютъ наслѣдникомъ. *Римское* право давало этому вопросу такое рѣшеніе, которое, съ точки зрѣнія современныхъ понятій, представляется совершенно недопустимой фикціей. Стремясь спасти во что-бы то ни стало принципъ «назначенія наслѣдника», изъ опасенія того предполагаемаго зла, которое терпѣлъ, по ихъ понятіямъ, человѣкъ, умирающій безъ завѣщанія, римляне создали такую фикцію, будто завѣщатель, составляя такое противорѣчивое завѣщаніе, хотѣлъ этимъ путемъ *возложить на назначеннаго имъ наслѣдника выдачу другому лицу отказа*, равнаго всему наслѣдству, за вычетомъ «опредѣленнаго предмета». Лицо, получающее такой вымышленный отказъ, было, смотря по обстоятельствамъ, или сонаслѣдникъ по завѣщанію, или наслѣдникъ по закону (ср. Windscheid § 553).

Въ современныхъ уложеніяхъ слѣдъ римскихъ воспоминаній сохранился лишь въ томъ, что нѣкоторыя законодательства задаются рѣшеніемъ той же задачи, хотя ни одно современное законодательство не находитъ возможнымъ воспроизводить римское рѣшеніе этого вопроса. Бо́льшая часть кодексовъ, ставящихъ этотъ вопросъ, рѣшаетъ его такъ, что признаетъ во всякомъ случаѣ наслѣдника, получающаго «отдѣльныя вещи, права или суммы» не болѣе, какъ отказопринимателемъ въ отношеніи этихъ вещей (ст. 2181 и 2184 Сакс. уложенія; ст. 263 (I, 12) Прус. зем. права; ст. 2135 Приб. гражд. св.; ст. 619 улож. кантона Во). Проектъ Губера, наоборотъ, считаетъ въ такомъ случаѣ назначенное лицо наслѣдникомъ по завѣщанію «обязаннымъ къ раздѣлу» (ст. 438 проекта Губера). Отсюда можно предположить, что отказанная наслѣднику вещь оцѣнивается, и что отношеніе ея цѣны къ стоимости всего наслѣдства составляетъ какъ бы назначенную данному лицу наслѣдственную долю. Это рѣшеніе вопроса не имѣетъ другихъ послѣдователей. Но затѣмъ, въ одномъ предположеніи, дается Саксонскимъ уложеніемъ рѣшеніе, противопо-

ложное вышеуказанному, и наслѣдникъ, «назначенный» въ завѣщаніи, признается именно «наслѣдникомъ», а не «отказопринимателемъ», несмотря на то, что ему назначены «отдѣльныя вещи, права или суммы». Это тотъ случай, когда эти «отдѣльныя вещи» и т. д. *исчерпываютъ* все наличное наслѣдство, т. е. равны ему или превышаютъ его наличность (ст. 2182 и 2183 Сакс. уложенія) [1]).

Затрудненія *второго рода* связаны съ характеромъ современныхъ законодательствъ, въ отличіе ихъ отъ римскаго права. При отсутствіи въ современномъ правѣ формальныхъ примѣтъ, нерѣдко бываетъ нѣсколько затруднительно сразу отвѣтить на вопросъ: *кого считать наслѣдникомъ, кого легатаріемъ?*

Отвѣтъ на этотъ вопросъ не представляетъ никакого затрудненія при типичной правильности духовныхъ завѣщаній, сводящихся къ такому плану: «все наслѣдство предоставляю такому-то: отдѣльный предметъ (такой-то) предписываю выдать такому-то лицу».—Но далеко не всѣ завѣщанія содержатъ въ ясности эти элементы. А между тѣмъ въ такомъ актѣ, какъ изложеніе «послѣдней» воли человѣка, справедливость требуетъ, чтобы содержаніе акта, насколько возможно, всецѣло зависѣло отъ воли умирающаго. Отказываясь отъ мысли принудительнаго предписанія завѣщателю того, что онъ долженъ писать въ завѣщаніи, законодатель тѣмъ самымъ поставленъ передъ неизбѣжною альтернативою: или установить нѣсколько правилъ для *легальнаго истолкованія воли завѣщателя такъ, чтобы всегда было извѣстно, по нѣкоторымъ опредѣленнымъ въ законѣ признакамъ, кто долженъ считаться наслѣдникомъ, а кто отказопринимателемъ*, или же предоставить все случайнымъ обстоятельствамъ, мирясь заранѣе съ такимъ, крайне нежелательнымъ порядкомъ вещей, при которомъ могутъ быть завѣщанія безъ всякаго наслѣдственнаго, т. е. универсальнаго преемства, иначе говоря, завѣщанія—съ одной стороны, устраняющія наслѣдниковъ по закону, съ другой стороны, создающія однихъ только легатаріевъ (отказопринимателей).

По *римскому* праву разграниченіе понятій наслѣдника и легатарія легко достигалось тѣмъ, что существовало строгое правило, въ силу коего не могло быть завѣщанія безъ опредѣленнаго, не допускающаго никакого сомнѣнія *назначенія* наслѣдника. «Institutio here-

---

1) Этотъ исходъ совпадаетъ со статьею 137 проекта Момзена; въ отличіе отъ Саксон. улож., проектъ Момзена въ равной мѣрѣ приходитъ къ тому же выводу, когда завѣщатель не назвалъ надѣляемаго лица «наслѣдникомъ», такъ что здѣсь это положеніе ставится шире, нежели въ Саксонскомъ уложеніи.

dis» считалось безусловно необходимымъ условіемъ дѣйствительности завѣщанія («Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt» § 34 I. de leg. 2, 20; L. 20 D. de jure cod, 29, 7; Gai II, 229; Ulp. XXIV, 15). Въ гражданскихъ уложеніяхъ современныхъ народовъ эта строгость римскаго формализма большею частью не воспринята, и наслѣдодатель не принуждается къ назначенію опредѣленнаго наслѣдника, подъ страхомъ недѣйствительности завѣщанія. Исключительную приверженность къ римскимъ традиціямъ представляютъ ст. 2791 Прибалт. гражд. свода (для Курляндской губерніи) и ст. 553 Австр. улож. При этомъ въ Курляндіи сохраненіе за такимъ завѣщаніемъ, въ которомъ нѣтъ назначенія наслѣдника, хотя бы силы кодицилла допускается, согласно римскимъ источникамъ, только въ томъ случаѣ, если въ самомъ актѣ будетъ заявлено, что такова именно воля завѣщателя (ст. 2792 Приб. свод.). Уже нѣкоторое смягченіе римскихъ взглядовъ допускаетъ Австрійское уложеніе (ст. 553), прямо по закону допускающее сохраненіе силы кодицилла (стало быть всѣхъ содержащихся въ немъ распоряженій), коль скоро въ актѣ нѣтъ необходимаго для завѣщанія «назначенія наслѣдника». Затѣмъ, въ прочихъ уложеніяхъ нѣтъ уже слѣдовъ римскаго формальнаго взгляда на послѣдствія неназначенія наслѣдника въ завѣщаніи. Даже такое уложеніе, какъ б. Прусское земское право, придерживающееся вообще римскихъ традицій, въ данномъ вопросѣ отъ нихъ уклоняется, не допуская, чтобы завѣщаніе признавалось недѣйствительнымъ, въ случаѣ неназначенія въ немъ наслѣдника (Förster—Eccius, § 244, къ прим. 1).

При такомъ характерѣ современныхъ гражданскихъ уложеній возникаетъ необходимость преподать извѣстныя правила не для одной только легальной интерпретаціи намѣреній завѣщателя, но также для обставленія его воли *обязательными* для нея границами, при соблюденіи коихъ была бы обезпечена *непремѣнная наличность наслѣдника*, какъ представителя имущественной совокупности наслѣдства. Такимъ образомъ, поставленная современному законодателю цѣль состоитъ въ томъ, *чтобы при каждомъ завѣщаніи видно было непремѣнно, кого считать наслѣдникомъ*, не стѣсняя при этомъ завѣщателя въ той мѣрѣ, какъ было въ Римѣ, т. е. не выводя недѣйствительности завѣщанія изъ упущенія обряда назначенія наслѣдника.

Эта цѣль достигается посредствомъ включенія въ современныя уложенія такого рода статей, въ которыхъ при наличности нѣкоторыхъ признаковъ, не считающихся даже коренными для опредѣленія существа института (какъ, напр., универсальность и сингулярность

преемства), силою закона опредѣляется, что при данномъ стеченіи обстоятельствъ будетъ на лицо наслѣдникъ, а при другомъ положеніи будетъ легатарій. Такое назначеніе имѣетъ статья 2087 Германскаго уложенія, изъ которой видно, что:

а) назначеніе кому-либо *доли* наслѣдства всегда почитается *назначеніемъ* указаннаго лица *наслѣдникомъ*, въ какихъ бы выраженіяхъ ни было указано это лицо, и хотя бы надѣляемому лицу не было дано имя наслѣдника;

б) назначеніе кому-либо *отдѣльнаго предмета* считается, въ случаѣ сомнѣнія въ дѣйствительномъ намѣреніи завѣщателя установить или нѣтъ универсальное преемство,—простымъ *назначеніемъ отказа*, хотя бы отказопринимателъ и былъ ошибочно и непослѣдовательно названъ наслѣдникомъ.

Аналогичныя положенія содержатъ, по этому предмету, статьи 2168 и 2171 Саксонскаго уложенія, ст. 135 и 138 проекта Момзена, ст. 254—258 и 263 (I, 12) Прус. зем. права, наконецъ ст. 618 и 619 уложенія кантона Во.

Указанныя положенія, въ существѣ своемъ, правильны, такъ какъ они исходятъ изъ вѣрной мысли такого рода:

а) признакъ *универсальности* прежде всего узнается изъ твердо выраженнаго намѣренія завѣщателя, облеченнаго не въ одни только слова, но также соотвѣтствующаго существу завѣщательныхъ распоряженій;

б) при туманности или сбивчивости выраженій, относящихся къ самому преемнику, признается, что указаніе «отдѣльнаго» предмета есть уже признакъ *сингулярнаго* преемства.

Однако, послѣднее начало вызываетъ нѣкоторое сомнѣніе, будучи проведено черезчуръ безусловно.

Спрашивается, какъ быть въ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ назначенъ въ отдѣльности или нѣсколько предметовъ назначены вполнѣ опредѣленно, но при этомъ *ничего* не остается въ наслѣдствѣ, кромѣ указанныхъ предметовъ. Напримѣръ, я завѣщаю; «имѣніе мое «Еловку»—сыну Дмитрію, а хуторъ «Грачи»—дочери Вѣрѣ». Неужели окажется, передъ кредиторами, передъ казной, передъ обществомъ наконецъ, что я умеръ *безъ* наслѣдниковъ, потому только, что стотысячное мое имущество поименовано каждымъ предметомъ въ отдѣльности?

Естественно, что положенія статьи 2087 Германскаго уложенія страдаютъ неполнотой. Ихъ слѣдуетъ дополнить двоякимъ правиломъ:

1) слѣдуетъ считать, во всякомъ случаѣ, наслѣдниками тѣхъ

лицъ, которыя получаютъ *все* наслѣдство, хотя бы съ перечисленіемъ отдѣльныхъ наслѣдственныхъ предметовъ;

2) слѣдуетъ принять въ разсчетъ кровное родство надѣляемаго лица и считать его наслѣдникомъ во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ, хотя бы завѣщаніе надѣляло его отдѣльными предметами, коль скоро это лицо есть *законный* наслѣдникъ.

Другими словами, всякое сомнѣніе въ истолкованіи завѣщанія должно быть выражено въ смыслѣ наиболѣе благопріятствующемъ тому, чтобы права наслѣдниковъ по закону *утверждались* завѣщаніемъ, а не считались съ нимъ въ противорѣчіи.

Послѣднее положеніе вытекаетъ изъ взгляда новѣйшей философіи на отношеніе завѣщательнаго права къ наслѣдованію по закону. Нужды нѣтъ, что философское вліяніе, во многихъ устарѣвшихъ законодательствахъ, еще не разсѣяло романистическихъ предразсудковъ.

Унаслѣдовавъ отъ римскаго права тотъ взглядъ, что наслѣдованіе по закону есть второстепенная система нормъ, существующая лишь дополнительно, на случай отсутствія завѣщаній, многія изъ современныхъ законодательствъ ставятъ въ основаніе всей системы наслѣдованія по закону то ложное представленіе, будто оно должно *выразить чувства и симпатіи предполагаемаго завѣщателя, такъ какъ всякій наслѣдодатель предполагается прежде всего какъ завѣщатель, или, въ крайнемъ случаѣ, какъ лицо, застигнутое смертью врасплохъ и не успѣвшее совершить завѣщаніе.*

Эта римская точка зрѣнія совершенно непригодна для пониманія нашего быта и нашихъ нравовъ. Несмотря на полное отсутствіе ограниченій въ правѣ составлять завѣщанія, (кромѣ законовъ о родовыхъ имуществахъ), громадное большинство людей умираетъ у насъ безъ завѣщанія, а если таковыя и составляетъ то чаще всего въ согласіи съ началами наслѣдованія по закону; (исключеніе составляетъ лишь стремленіе уравнять указныя части посредствомъ завѣщаній). Такимъ образомъ, практическія указанія быта сходятся въ одномъ направленіи съ философскою мыслью нашего времени.

Какъ извѣстно, это новое направленіе началось съ *Гегеля*, который первый рѣшился подыскать наслѣдственному праву обратное основаніе, принявъ за *исходную точку наслѣдованіе по закону* и выводя уже отсюда наслѣдованіе по завѣщанію («Philosophie des Rechts» § 178—180. «Werke», т. VIII, стр. 239—244). Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ смотрѣть на задачу законодателя нѣсколько иначе, нежели приходилось это дѣлать въ кругу романистическихъ воззрѣній. Всякій человѣкъ, живя и умирая, несетъ извѣстныя обязанности, *въ томъ числѣ—такія, которыя предписываются ему*

нравами, но не вполнѣ покрываются велѣніями закона. Сюда относятся, напримѣръ, обязанности такого рода, какъ—посвятить своей семьѣ весь свой заработокъ или, въ случаѣ зажиточности, хотя бы большую часть своихъ доходовъ, а умирая—все или большую часть своего имущества оставлять той же семьѣ. Законъ подтверждаетъ эту обязанность лишь отчасти; если человѣкъ желаетъ отъ нея освободиться, законъ принудитъ его исполнить эту обязанность лишь въ слабой мѣрѣ, въ размѣрѣ обязательной доли и вообще—необходимаго наслѣдованія. Но голосъ общественной совѣсти, давленіе нравовъ пойдетъ несравненно дальше требованій закона. Человѣкъ, чаще всего, *подчиняется гораздо больше давленію нравовъ, нежели принужденію закона.* До столкновенія съ закономъ человѣкъ еще не дошелъ, а уже задѣта имъ какая-нибудь норма, охраняемая нравами. Желая избѣгнуть разлада съ велѣніями нравовъ, человѣкъ дѣлаетъ обыкновенно гораздо больше, нежели законъ велитъ. Другими словами, *чаще слышитъ человѣкъ велѣнія нравовъ и подчиняется укорамъ совѣсти, нежели справляется онъ съ писанымъ кодексомъ.*

Съ этимъ положеніемъ вещей долженъ считаться и законодатель. Не настаивая, съ такою повелительною силою, какъ при опредѣленіи обязательной доли, на тѣхъ правилахъ, которыя составляютъ наслѣдованіе по закону, онъ долженъ однако смотрѣть на совокупность этихъ правилъ, какъ на *нормальное* посмертное назначеніе имущества каждаго лица; это назначеніе опредѣляется народною вѣрою, потребностями семьи и условіями быта: въ пользу его ненарушимости настойчиво вліяютъ нравы, и каждый чувствуетъ и долженъ чувствовать ихъ давленіе. Поэтому, хотя законъ и не доводитъ своего попеченія до полнаго превращенія наслѣдованія по закону въ необходимое наслѣдованіе, однако завѣщатель долженъ чувствовать, что *каждый шагъ, совершенный имъ внѣ рамокъ наслѣдованія по закону, есть, самъ по себѣ, явленіе исключительное, которое, съ этической точки зрѣнія, во всякое время нуждается въ оправданіи,* тогда какъ наслѣдованіе по закону, будучи естественною нормою, не только никогда не нуждается въ оправданіи, но даже само по себѣ можетъ служить оправданіемъ всему, что будетъ съ нимъ согласно.

Основываясь на этихъ общихъ соображеніяхъ, мы прійдемъ къ тому выводу, что, при сомнѣніи въ истолкованіи воли завѣщателя слѣдуетъ всегда предполагать ея совпаденіе съ нормальною системою наслѣдованія по закону. Поэтому, разъ назначена выдача, даже опредѣленнаго предмета, но въ пользу законнаго наслѣдника, въ такомъ случаѣ завѣщаніе должно быть истолковано въ смыслѣ намѣренія завѣщателя видѣть въ этомъ лицѣ не простого отказопринимателя, а наслѣдника.

IV.

Въ логикѣ принято считать, что принципъ, положенный въ основаніе классификаціи, признается надежнымъ и удовлетворительнымъ, когда съ нимъ неразлучно связаны глубокія, неизмѣнныя группы свойствъ, появляющихся всюду, гдѣ этотъ принципъ осуществляется, и исчезающихъ вмѣстѣ съ нимъ. Таково именно значеніе принципа универсальнаго преемства. Его присутствіе или исчезновеніе даетъ намъ, такъ сказать, картографію наслѣдственнаго права. Онъ есть лучъ, благодаря которому выясняются свѣтъ и тѣни. Имъ создается рельефъ: горы и долины всей изслѣдуемой нами области. Если ограничиться одними только главными явленіями, мы сосредоточимъ наше вниманіе на *природѣ иска*, охраняющаго права по завѣщанію, и тогда мы увидимъ, что наслѣднику всего естественнѣе, по природѣ его правъ, долженъ быть данъ *виндикаціонный* искъ, тогда какъ легатарій, по справедливости, долженъ будетъ удовольствоваться искомъ *обязательственнымъ*.

Мы зададимся далѣе вопросомъ о томъ, въ какой мѣрѣ тотъ или другой видъ преемства долженъ повлечь за собою отвѣтственность по долгамъ наслѣдодателя; отвѣтъ, согласный съ упомянутыми началами, будетъ такой, что *наслѣдникъ отвѣтствуетъ за доли наслѣдодателя, между тѣмъ, какъ отказопринимателе не отвѣтчикъ по долгамъ наслѣдодателя; онъ терпитъ лишь соразмѣрное сокращеніе отказа, если наслѣдство не покрываетъ всѣхъ долговъ наслѣдодателя.*

Послѣднее, крайне важное послѣдствіе системы отказовъ является, въ настоящей книгѣ—предметомъ отдѣльнаго изслѣдованія «о долговой отвѣтственности наслѣдника», въ которой и разработанъ въ подробности вопросъ о *мѣрѣ*, въ какой долженъ отвѣтствовать наслѣдникъ по долгамъ наслѣдодателя. Въ связи съ вопросомъ о долговой отвѣтственности наслѣдника я въ той главѣ изложу также тѣ соображенія, по которымъ я думаю, что наслѣдникъ ни въ какомъ случаѣ не долженъ быть обременяемъ обязанностью выдавать отказы «ultra vires hereditatis». Въ настоящей же главѣ я сосредоточусь болѣе подробно на одномъ лишь вопросѣ *о природѣ иска*, служащаго къ огражденію правъ отказопринимателя. Тутъ возникаетъ прежде всего вопросъ: *можетъ ли отказопринимателе домогаться присужденія ему отказа, посредствомъ одного только предъявленія иска къ лицамъ, непосредственно обязаннымъ выдать отказъ, или же также и наровнѣ съ личнымъ искомъ, посредствомъ вещнаго иска, обращеннаго ко всякому обладателю завѣщанной вещи?*

Законодательства даютъ разные отвѣты на этотъ вопросъ.

Въ *римскомъ* правѣ, въ позднѣйшей степени его развитія, установилось для отказовъ *общее правило*, вслѣдствіе коего *отказопринимать можетъ всегда пользоваться личнымъ искомъ*, обращеннымъ къ тому, кто обязанъ выдать предметъ отказа и, *кромѣ того*, когда предметомъ отказа являются какія-либо вещныя права, *отказопринимать, получаетъ, съ самаго возникновенія его права на отказъ, полное обладаніе вещнымъ искомъ въ защиту этихъ правъ* (*Windscheid*, §§ 646 и 647; *Baron*, §§ 444 и 445; *Koeppen*, § 116, стр. 741). Источники слѣдующіе: § 5 I. de oblig. quasi ex contractu (3, 27),—L. 5 § 2 D. de obl. et act. 44, 7; l. 3 i. f. D. quib. ex. caus. in poss. 42, 4). Ири этомъ слѣдуетъ такой выводъ, что *отказопринимать, надѣленный*, по природѣ предмета отказа, *вещнымъ искомъ, можетъ* по усмотрѣнію *обратиться къ обремененному лицу—или съ вещнымъ, или съ личнымъ искомъ*. (Ср. *Koeppen*, стр. 741, къ прим. 4). Надѣленіе отказопринимателя такимъ объемомъ правъ наступаетъ совершенно внѣ всякой зависимости отъ употребленныхъ завѣщателемъ выраженій, хотя завѣщатель въ правѣ распорядиться, въ своемъ завѣщаніи такъ, чтобы построеніе исковъ складывалось иначе. Во всякомъ случаѣ пандектное право уже не знаетъ чисто формальнаго разнообразія древнихъ легатовъ, въ коихъ все зависѣло отъ употребленныхъ выраженій, для опредѣленія природы иска, когда «legatum per vindicationem» и«legatum per praeceptionem» создавали для легатарія *вещный* искъ, тогда какъ «legatum per damnationem» и «legatum sinendi modo» давали ему только *личный* искъ. Послѣдній слѣдъ этой системы отмѣненъ былъ Юстиніаномъ (§ 2 I. de leg. 2, 20).

Въ римскомъ правѣ его времени неограниченно признано уже то правило, что *одна воля завѣщателя*, а не употребленныя имъ выраженія, представляются единственно возможнымъ основаніемъ для уклоненія отъ указаннаго выше общаго начала, при построеніи исковой защиты отказопринимателя. (Ср. *Koeppen*, стр. 741, прим. 4; ср. также *Sohm*, «Institutionen des römischen Rechts» § 102; Gai II §§ 193, 201, 209 и 216; Paul. sentent. IV 1 § 18).

Вмѣстѣ съ римскимъ правомъ *значительное число современныхъ законодательствъ признаетъ виндикаціонный отказъ и предоставляетъ отказопринимателю вещный искъ для защиты его правъ*, коль скоро природа самой завѣщанной вещи или цѣнности не противорѣчитъ построенію такого иска. Таково значеніе статей: 288 (I, 12) Прусскаго земскаго права; 2451 Саксонскаго уложенія; 1014

Французскаго ул.; 862 Итальянскаго ул.; 1005 Нидерландскаго ул.: 631 уложенія кантона Во; 882 Испанскаго уложенія; 2206 Прибалтійскаго свода гражд. узаконеній. При этомъ необходимо замѣтить, что законодательства, признающія виндикаціонный отказъ, тѣмъ не менѣе ограждаютъ права обремененныхъ отказомъ наслѣдниковъ такимъ правиломъ, вслѣдствіе котораго отказопринимательне въ правѣ пріобрѣтать *владѣніе* предметомъ отказа, не обратившись предварительно къ обремененному наслѣднику. Въ *римскомъ* правѣ обремененному наслѣднику предоставлялось судебнымъ порядкомъ домогаться *возстановленія нарушеннаго владѣнія предметомъ отказа, въ случаѣ самовольнаго его захвата отказопринимателемъ* («Interdictum quod legatorum.. Dig. 4, 3; Cod. 8, 3; *Windscheid*, § 649, прим. 4; *Koeppen*, § 118, 2—стр. 751). Въ этомъ же смыслѣ изложены статьи: 311 (I, 12) Прусскаго земскаго права; 2438 Саксонскаго уложенія [1]); 1014 Французскаго уложенія (Ср. *Baudry-Lacantinerie et Colin* § 2486, въ которомъ ясно установлена та точка зрѣнія, что виндикаціонный искъ дается легатарію подъ условіемъ предварительно выраженнаго *согласія* со стороны обремененнаго наслѣдника; «Une seule condition est nécessaire: c'est que, préalablement, le légataire ait obtenu la *délivrance* de ceux auxquels il doit la demander»).

Другія законодательства не допускаютъ виндикаціоннаго отказа и предоставляютъ отказопринимателю *одинъ только личный искъ къ обремененному отказомъ лицу для осуществленія правъ на отказанную вещь или цѣнность*. Сюда относятся *Германское* уложеніе (ст. 2174 и 2176), *Австрійское* ул. (ст. 684; ср комментарій Унгера § 64, прим. 1), *Гессенскій* проектъ (ст. 297) и проектъ *Момзена* (ст. 383).

Допущеніе виндикаціоннаго отказа имѣетъ нѣкоторыя несомнѣнныя выгоды, но за то другія его послѣдствія настолько неудобны, что *исключеніе этого рода отказовъ является наиболѣе цѣлесообразнымъ*.

Въ пользу виндикаціонныхъ отказовъ можно сказать, что въ нихъ заключается болѣе вѣрное средство для наслѣдодателей обезпечить несомнѣнное полученіе отказанныхъ предметовъ упомянутыми въ завѣщаніи отказопринимателями. Вооруженный однимъ личнымъ ис-

---

[1]) Ссылка на эту статью въ настоящемъ ея примѣненіи допущена здѣсь примѣнительно къ толкованію ея составителями Германскаго уложенія (Motive zu dem Entwurfe u. s. w., V, стр. 135. прим. 1-ое) и вопреки мнѣнію комментатора Саксонскаго уложенія Зибенгаара—(ср въ Комм. Siebenhaar, примѣч. къ этой статьѣ).

комъ отказопринимать не гарантированъ противъ отчужденія предмета отказа, которое можетъ совершить наслѣдникъ по злому умыслу или по легкомыслію; равнымъ образомъ, личный искъ не даетъ отказопринимателю никакой защиты противъ кредиторовъ обремененнаго лица, которые могутъ обратить свои взысканія на предметъ отказа и тѣмъ лишить отказопринимателя ожидаемой имъ выгоды; наконецъ, такая же опасность можетъ угрожать со стороны кредиторовъ самаго наслѣдодателя, которымъ не возбраняется обратить, по своему выбору, свои взысканія—именно на предметъ отказа.

Таковы неудобства личнаго иска, и въ этомъ отношеніи виндикаціонный легатъ, защищаемый вещнымъ искомъ, представляетъ несомнѣнныя преимущества.

Съ другой стороны, однако, слѣдуетъ принять въ соображеніе, что *наслѣдники несутъ всю тяжесть долговой отвѣтственности передъ вѣрителями наслѣдодателя, и для этой цѣли справедливо предоставить имъ неограниченное право распоряженія всѣми предметами наслѣдства съ правомъ ихъ отчужденія, если это окажется необходимымъ для удовлетворенія вѣрителей наслѣдства.* Между тѣмъ, при обязанности отвѣчать передъ отказопринимателемъ по началамъ виндикаціоннаго иска, наслѣднику оставалась бы надежда,—быть можетъ, призрачная—искать съ отказопринимателя сумму денегъ, соотвѣтствующую «сокращенію его отказа», тогда какъ этотъ отказопринимать можетъ оказаться несостоятельнымъ (ср. соображенія, изложенныя въ объясненіяхъ къ проекту Герман. уложенія: «Motive zu dem Entwurfe u. s. w.», V, стр. 134 и 135).

По этимъ соображеніямъ слѣдуетъ прійти къ тому выводу, что искъ по обязательству, обращенный къ обремененному наслѣднику, является наиболѣе цѣлесообразнымъ и правильнымъ средствомъ для охраны правъ отказопринимателя.

V.

Мы имѣемъ теперь передъ собою законченный обликъ системы универсальнаго и сингулярнаго преемствъ въ ихъ гармоніи и противоположности, хотя до сихъ поръ касались одного лишь догматическаго построенія этой системы.

Пора задаться вопросами, способными раскрыть передъ нами болѣе внутреннюю, духовную сторону этого построенія.

Что такое текстъ закона? Простой іероглифъ, начертанный, по пути тысячелѣтій, на вѣчномъ пергаментѣ исторіи,—начертанный кистью, руководимой народнымъ геніемъ. Не стоитъ читать этотъ іеро-

глифъ, если мы не вникаемъ въ душевный міръ, который направлялъ руку, оставившую намъ это начертаніе.

Мысль новѣйшаго времени стремится къ общей переоцѣнкѣ унаслѣдованныхъ духовныхъ цѣнностей. Благо, эта переоцѣнка творилась бы отъ избытка пріобрѣтенныхъ нами руководящихъ идеаловъ! Между тѣмъ, опытъ обнаруживаетъ слишкомъ часто, что о нашемъ сравнительномъ богатствѣ можно только сказать словами поэта:

«Богаты мы, едва изъ колыбели,
Ошибками отцовъ и позднимъ ихъ умомъ,
И жизнь ужъ насъ томитъ, какъ ровный
путь безъ цѣли,
Какъ пиръ на праздникѣ чужомъ».

Вѣщимъ окомъ поэта, много лѣтъ назадъ, схвачена была та поразительная бѣдность міра, ослабѣвшаго внутреннимъ стимуломъ идеализма, подмѣчена была та болѣзнь вѣка, которая въ области переоцѣнки гражданско-правовыхъ институтовъ, выражается нынѣ въ стремленіи къ опоражниванію этихъ институтовъ отъ всего идейнаго, отъ всего того, что не носитъ на себѣ печати непосредственнаго утилитаризма.

Полезенъ или неполезенъ тотъ строй наслѣдованія, который сложился вѣками, это вопросъ вѣчно спорный и котораго никто окончательно не возьмется разрѣшить. Но характерно, что въ немъ отложился какъ бы осадокъ мысли болѣе 50 поколѣній людей по предмету, всегда считавшемуся наиболѣе важнымъ и призывающимъ къ размышленію. Это былъ предметъ, охватывающій всю сферу вліянія человѣка *за предѣлами* его бренной жизни.

На правѣ наслѣдованія отразились поэтому два ученія, въ которыхъ сосредоточивались всѣ представленія древняго, классическаго міра и средневѣковаго, христіанскаго, о томъ же неразгаданномъ и мучительномъ предметѣ.

Эти два ученія были—классическая идея универсальнаго преемства и христіанскій догматъ безсмертія души, которому Лейбницъ придаетъ зиждущее значеніе въ складѣ нашихъ понятій о завѣщаніи [1]).

Передъ нами стоитъ вылитое изъ бронзы созданіе поколѣній, въ которыхъ былъ огонь идеализма, нынѣ все болѣе угасающій въ нашихъ рядахъ. Мы готовы нанести руку на то, что есть. Чѣмъ мы

---

1) «C'est le génie de Leibnitz, qui faisant jaillir de toutes les matières qu'il aborde les plus profondes vérités, ramène la cause du respect dont la volonté du défunt est entourée à l'immortalité de l'âme et à la persistance de sa volonté au delà de cette vie» (Nova Methodus, II, § 20; cit. d'Ahrens, Cours de dr. naturel, II, p. 301).

его замѣнимъ? Болѣе простымъ, болѣе полезнымъ, болѣе удобнымъ и болѣе гибкимъ орудіемъ оборота цѣнностей. Ибо именно такими качествами отличаются всѣ творенія нашего практическаго вѣка. Но если такъ, то слѣдуетъ одуматься. Замѣнить идеальный элементъ, отжившій, въ который мы уже не вѣримъ, идеальнымъ же твореніемъ—хорошо. Но нельзя сметать старое, въ коемъ была глубокая душевная сила,—новизною, лишенною идеальнаго стиха.

Вопросъ, возбуждаемый мною, вызываетъ несомнѣнно много улыбочекъ и недоумѣній, будто я, взамѣнъ элементовъ реальныхъ, вдаюсь въ фантазію неосязаемаго и туманнаго. Улыбки—недомыслія, скажу я въ отвѣтъ!

Не я первый говорю о тлетворномъ направленіи всего теченія современной переоцѣнки гражданско-правовыхъ институтовъ. Буквально тѣми же словами предостерегалъ покойный профессоръ Баронъ своихъ соотечественниковъ болѣе четверти вѣка тому назадъ: «Римляне имѣли свой юридическій идеализмъ, а мы склонны видѣть въ наслѣдствѣ только деньги и имущество», говорилъ онъ [1]), и затѣмъ далѣе: «Первая задача законодателя»—продолжаетъ Баронъ—«состоитъ въ томъ, чтобы снова влить въ наслѣдственное право запасъ такихъ идей, которыя вернули бы ему *юридическій идеализмъ*».

Современный законодатель стоитъ передъ дилеммой: *или сохранить идеальную основу наслѣдственнаго права* (духовную связь между наслѣдодателемъ и наслѣдникомъ, а стало быть и универсальное преемство), *или признать несостоятельность самой системы наслѣдованія*. Тогда первой степенью по пути разрушенія будетъ идея Милля, находящаго, что дѣтямъ (законнымъ или незаконнымъ, безразлично) принадлежитъ только *право на алименты*, а самое наслѣдство должно перейти къ государству или вообще къ органамъ общежитія [2]). Но на этой ступени нѣтъ настоятельной причины остановиться. Мы знаемъ, какъ мысль соціалистической школы, начавъ съ наивныхъ построеній «Bazard», «Enfantin», «St.-Simon» и его послѣдователей, доходила до вполнѣ серьезной критики Лассаля, направленной во всеоружіи эрудиціи знаменитаго трибуна именно противъ смысла наслѣдованія. Практически это теченіе привело къ формулировкѣ желательности отмѣны права наслѣдованія въ резолюціяхъ Базельскаго рабочаго конгресса 1869 года. Теоретически мы не забываемъ, что болѣе смягченныя проявленія тѣхъ же идей отразились

---

[1]) Baron—«Angriffe auf das Erbrecht», Berl. 1877, стр. 31.

[2]) Mill—«Princ. d'Econ. pol.», I, 260.

въ ученіи значительнаго числа государственниковъ и финансистовъ. Ограничимся, для краткости, указаніемъ на ученіе о «государственномъ сонаслѣдіи» у Блюнчли, а также у Шееля, Вагнера и многихъ другихъ [1]).

Спрашивается, ради чего мы будемъ бороться противъ растущаго во весь ростъ прибоя невѣдомаго будущаго? Бороться изъ-за идейнаго строя? Да, стоитъ и слѣдуетъ. Но защищать нѣчто удобное и опрощенное, завѣдомо опорожненное и облегченное отъ всего балласта стараго идеализма..... Стоитъ ли бороться изъ-за такихъ очаговъ, откуда духъ вылетѣлъ и откуда мы его еще выгоняемъ, сознательно и безстрашно?

Беззащитность общественнаго строя противъ разрушительныхъ ученій соціализма, *вић построенія идеальныхъ началъ*, выясняется съ каждымъ днемъ. Идеальныя, укрѣпляющія начала внезапно не создаются. Они воспринимаются и отлагаются вѣками.

Будущій вѣкъ дастъ намъ повѣрку относительной силы двухъ міровъ: стараго и новаго. Это еще вопросъ, чья сила возьметъ, когда дѣло дойдетъ до столкновенія двухъ идеализмовъ, стараго и новаго. Но сомнѣнія быть не можетъ, если столкновеніе произойдетъ между идеальнымъ началомъ и общественнымъ строемъ, проникнутымъ одними лишь тлетворными началами близорукаго утилитаризма.

Если законодатель, творя для пользы общественнаго строя новые законы, откажется отъ построенія своихъ начертаній на устояхъ идеализма, его творенія не переживутъ ближайшей оттепели весны и разлетятся отъ внутренней духовной несостоятельности.

Тогда, быть можетъ, и неспособный къ творчеству, но свѣжій своею невѣдомостью идеализмъ грядущаго навяжетъ міру свою тяжелую печать, и мы позорно сойдемъ со сцены, виновные въ томъ, что не поняли, не углубили и не додержали въ себѣ идеализма отцовъ, чѣмъ они были сильны, и чѣмъ минувшія поколѣнія смогли возвыситься до строительства на вѣки!

Тлетворный вѣтеръ овладѣваетъ философскими основами гражданскаго права. Все сводится на деньги; а такъ какъ самыя деньги суть одинъ только знакъ обмѣна, то за ними явствуетъ другая язва: *все* на свѣтѣ дѣлается предметомъ обмѣна и торга, для покупки того конечнаго блага, къ которому стремится совокупность орудій гражданскаго права.

---

1) Miaskowski—«Das Erbrecht»... Lpz. 1882. Львовъ—«Налогъ съ наслѣдства». Казань. 1893.

Это конечное благо есть *наслажденіе*.

Все сбыть, спустить съ торговъ и въ вихрѣ вавилонскаго опьяненія сорвать хоть часъ *купленной* нѣги, съ тѣмъ, чтобы затѣмъ разсчитаться съ міромъ обязанныхъ и обязывающихъ однимъ возгласомъ «après-moi le déluge»!—вотъ конечная цѣль такого гражданскаго строя, въ которомъ нѣтъ болѣе неотчуждаемыхъ и нецѣнимыхъ на рынкѣ благъ!

Обозрѣвая совокупность теорій и толкованій, преобладающихъ все болѣе въ цивилистикѣ разныхъ странъ, мы должны сознать, что вмѣстѣ съ указанными недугами, юридическая мысль носитъ въ себѣ отпечатокъ глубокой современности; это духовное клеймо той эпохи, которая признала Ницше своимъ мессіей, а биржевыхъ царей своими авгурами. Она чаетъ нирваны, какъ запредѣльнаго упокоенія, манящаго къ себѣ душу изъ догорающей вакханаліи.....!

---

11. Долговая отвѣтственность наслѣдника.

I.

Дошедшая до насъ схема наслѣдственнаго права строится, по прочно установившемуся преданію, на общемъ началѣ универсальнаго преемства, изъ котораго выводится извѣстная система долговой отвѣтственности наслѣдника.

Критическое отношеніе къ предполагаемой логической нераздѣльности всѣхъ звеньевъ этой системы приведетъ насъ къ признанію за началомъ универсальнаго преемства нѣсколько иного значенія, нежели принято полагать по традиціи. Передъ тѣмъ однако, какъ мы начнемъ переоцѣнку этой системы, необходимо вкратцѣ набросать ея несомнѣнно стройныя очертанія.

Съ принятіемъ наслѣдства наслѣдникъ отвѣтствуетъ, по римскому праву, такъ же, какъ отвѣтствовалъ наслѣдодатель, т. е. лично и неограниченно; все имущество наслѣдодателя и все имущество наслѣдника сливаются въ одну нераздѣльную массу, которая цѣликомъ служитъ предметомъ удовлетворенія, какъ по требованіямъ кредиторовъ умершаго, такъ и по требованіямъ кредиторовъ самого наслѣдника. Поэтому, если сумма долговъ наслѣдодателя превышаетъ стоимость наслѣдства, ущербъ грозитъ имуществу наслѣдника и интересамъ его личныхъ кредиторовъ; если же наслѣдникъ обремененъ долгами свыше своего собственнаго имущества, то это обстоятельство можетъ вредно отразиться на интересахъ кредиторовъ наслѣдодателя и даже, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, назначенныхъ имъ легатаріевъ.

Средствомъ предотвратить тотъ и другой ущербъ является — для защиты личныхъ кредиторовъ наслѣдника — «beneficium inventarii», а для защиты кредиторовъ умершаго — «beneficium separationis». (Ср. *Koeppen*—Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts», § 33. стр. 207; *Rivier* — «Traité élémentaire des Successions à cause de mort en droit romain § 45; *Windscheid* — «Lehrbuch des Pandektenrechts» § 606. *Источники*: Ульпіанъ, l. 8 pr. D. 29, 2. «Hereditas autem, quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo: plus quam manifestum est», l. 22 C. De jure deliberandi 6, 30; Nov. 1 c. 2. § 2; Tit. D. de separationibus 42, 6; Tit. C. 7, 72).

«Beneficium inventarii», основанное на указахъ Юстиніана, состояло въ томъ, что наслѣднику, въ видѣ изъятія изъ общаго начала, дозволялось отвѣчать за долги наслѣдодателя въ одномъ лишь размѣрѣ полученнаго наслѣдства, если наслѣдникъ совершитъ, съ извѣстной оглаской (черезъ нотаріусовъ — «tabularii») опись или инвентарь всему наслѣдству. Въ случаѣ требованія кредиторовъ, наслѣдникъ долженъ былъ подкрѣпить опись присягою о томъ, что онъ ничего изъ наслѣдства не утаилъ. «Beneficium inventarii», водворившееся въ римскомъ правѣ въ 531 году по Р. Х., перешло затѣмъ въ рядъ новѣйшихъ законодательствъ. Этотъ институтъ рѣзче всего выразился въ романскихъ законодательствахъ (Code civil, ст. 793—810; итал. улож. ст. 968; голл. ст. 1078; испанск. ст. 1023; румын. ст. 713; бельг. проектъ ст. 1023; кант. Во ст. 740 и т. д.). Но слѣды его встрѣчаются и въ законодательствахъ другаго типа (австр. улож. ст. 802; серб. улож. ст. 488; бавар. III, 1, 18 п. 10; Прибалт. св. гражд. узак. ст. 2649; прусск. зем. пр. I, 9 ст. 413 и слѣд.) — даже въ тѣхъ, которыя допускаютъ, съ значительными оговорками, принципъ неограниченной долговой отвѣтственности, напр., въ португальскомъ уложеніи, ст. 2044 и слѣд. (ср. введеніе къ французскому изданію «Lepelletier», стр. XXXV).

«Beneficium separationis» было особымъ правомъ, разрѣшеніе котораго зависѣло отъ претора, въ случаѣ просьбы о томъ кредиторовъ наслѣдодателя или даже легатаріевъ. Суть этой защиты состояла въ «раздѣленіи имущественнаго состоянія умершаго отъ состоянія наслѣдника», такъ что кредиторамъ наслѣдника запрещалось обращать свои взысканія на наслѣдство.

Оба средства—«beneficium inventarii» и «beneficium separationis», служили для разныхъ цѣлей и противоположныхъ интересовъ. Первое даровалось въ пользу наслѣдника, служа косвенно и его кредиторамъ; второе создано было для кредиторовъ наслѣдодателя и для легата-

ріевъ и не могло быть даровано по просьбѣ кредиторовъ самого наслѣдника, опасавшихся послѣдствій принятія ихъ должникомъ разореннаго наслѣдства. Такимъ образомъ, преслѣдуя одну и ту же цѣль—воспрепятствованія сліянію двухъ имущественныхъ состояній, — оба бенефиція оставались раздѣльными и нетождественными, по противоположности тѣхъ интересовъ, которые они охраняли.

«Beneficium separationis» также перешло въ современныя законодательства (code civil, ст. 878—881, 2111; итал. улож. ст. 1032, 2059, 2060; австр. улож. ст. 812, 822; герм. ст. 1981; сакс. ст. 2333; нидерл. ст. 1153; цюрих. ст. 2016; кант. Во ст. 793; испан. ст. 1034; швейцар. проектъ Губера, ст. 544; бельг. проектъ, ст. 984—990; португ. ст. 2052).

II.

На ряду съ римскою идеею безграничной долговой отвѣтственности наслѣдника, существуетъ другая система, въ которой самое пріобрѣтеніе наслѣдства разсматривается, какъ полученіе наличныхъ цѣнностей и вещей, оставшихся послѣ умершаго, съ обязанностью изъ этихъ вещей покрыть тѣ долги, которые наслѣдодатель, будь онъ живъ, покрылъ бы изъ того же своего имущества. Наслѣдственные долги, по этой системѣ, связаны съ вещами, съ имуществомъ, а не съ личностью, которой нѣтъ болѣе ъъ живыхъ. Отношеніе наслѣдника къ имуществу, оставшемуся послѣ умершаго, сводится къ простѣйшему понятію сингулярнаго преемства. Переходящее на него обязательство по долгамъ сохраняетъ тѣсную связь съ имуществомъ и предѣломъ его цѣнности, такъ что наслѣдникъ не можетъ быть обязанъ къ уплатѣ долговъ изъ своихъ средствъ. Онъ даетъ кредиторамъ только то, что̀ самъ получилъ, или менѣе того, но во всякомъ случаѣ — не болѣе.

Идейная формула этой системы такова: «*нѣтъ универсальнаго преемства;* все сводится къ отдѣльнымъ пріобрѣтеніямъ опредѣленныхъ вещей и цѣнностей; часть или все пріобрѣтенное можетъ быть затѣмъ изъято изъ рукъ наслѣдника для удовлетворенія кредиторовъ; но неограниченной отвѣтственности не откуда взяться, ибо *нѣтъ универсальнаго преемства—быть не можетъ неограниченной долговой отвѣтственности*».

Эта система существовала въ Германіи и во Франціи въ среднихъ вѣкахъ, а у насъ—до изданія «Банкротскаго устава 1800 года». Она продолжала существовать до нашихъ дней въ нѣкоторыхъ германскихъ и англосаксонскихъ законодательствахъ, признающихъ, что за

долги наслѣдодателя отвѣчаетъ только его имущество или цѣнность оставленнаго имъ наслѣдства (сакс. ул. ст. 2328; англ. пр. Блэкстона, т. II, 235; калиф. ул. ст. 1377, 1408 и друг.).

Уже въ отдаленную эпоху римской имперіи чувствовалась, повидимому, жестокость безграничной долговой отвѣтственности наслѣдника; иначе не было бы основанія для Юстиніана установить «beneficium inventarii». Это чувство сильнѣе говоритъ въ наше время, когда народная жизнь имѣетъ за собою цѣлые вѣка фактическаго примѣненія обратнаго начала ограниченной долговой отвѣтственности наслѣдника. Едва ли гдѣ-либо найдется въ настоящее время страна, гдѣ бы общественное чувство не подсказывало совѣсти, что *безграничная отвѣтственность наслѣдника есть нѣчто несправедливое и жестокое* и что нѣтъ разумнаго основанія возлагать на лицо, получившее опредѣленное имущество, широкую долговую отвѣтственность не только этимъ имуществомъ или его цѣнностью, но всѣмъ своимъ состояніемъ.

Такого рода внутренніе стимулы сильнѣе—вѣками установившейся догмы. Въ нихъ кроется зародышъ новыхъ законодательствъ и обновленныхъ правовыхъ системъ.

Въ этомъ и кроется сила *правородящихъ идей* гражданскаго правосознанія.

Согласно такимъ внутреннимъ запросамъ совѣсти, мы ищемъ причину этого стѣсненія духа. Хотѣлось бы удовлетворить спросу народнаго чувства, требующаго теоретическаго обоснованія начала *ограниченной* долговой отвѣтственности.

Нѣтъ,—говорятъ намъ—вы не выйдете изъ этого круга. Разъ вы не отвергаете римскаго начала универсальнаго преемства, это начало васъ связываетъ и мѣшаетъ вамъ идти на встрѣчу спросу народной души, ибо «принципъ универсальнаго преемства влечетъ будто за собой неограниченную долговую отвѣтственность». А потому «lasciate ogni speranza!»... надежды никакой нѣтъ на удовлетвореніе реальныхъ запросовъ жизни; вы безсильны, потому что вы служите римскому идеалу универсальности. Отрекитесь отъ него!—вотъ цѣна, которою вы должны купить право утолять духовную жажду нашихъ современниковъ!

Таковы надменныя рѣчи ортодоксальной юриспруденціи нашихъ дней.

Я ей не вѣрю. Слишкомъ часто я уже убѣждался въ томъ, что ея верки и бастіоны грозно высятся на песчаномъ грунтѣ!

Попробуйте, заразившись моимъ скептицизмомъ, поставить имъ вопросъ: гдѣ санкція вашего приговора?

Какъ,—отвѣтятъ вамъ, развѣ вы не знаете, что *такъ насъ учили изстари, во всѣ времена?* таково было ученіе римскихъ юристовъ; съ этого положенія всегда отправляются всѣ романисты и пандектисты; *это положеніе даже трогать нельзя*, подъ страхомъ прослыть за невѣжду. Не сомнѣвайтесь, что начало универсальнаго преемства неизбѣжно влечетъ за собой отвѣтственность за долги «ultra vires hereditatis»!

Подозрительно, что въ подобныхъ діалогахъ вы всегда наталкиваетесь на форму утвержденія, напоминающую абсолютизмъ въ постулатахъ геометріи Евклида.

А въ юриспруденціи это внушаетъ мало довѣрія.

Обратимся къ *исторіи*, обратимся и къ *логикѣ*.

При этой двойной повѣркѣ, постулатъ куда-то испаряется. Отъ него остается:

«Лишь пепелъ сѣдой и холодный!»

III.

До нѣкоторой степени отвѣтъ на наши недоумѣнія дастъ изслѣдованіе профессора Л. Кассо—«Преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя», Юрьевъ, 1895. Эта книга, не оцѣненная по достоинству нашей литературой и, въ особенности, нашей мало чуткой ученой средой, содержитъ тщательную разработку текстовъ доюстиніановскаго римскаго права, на основаніи коихъ г. Кассо приходитъ къ заключенію, что понятіе «hereditas», къ которому относилось универсальное преемство, *не содержало въ себѣ долговъ*; а если это такъ,—«если долги не включены въ понятіе объ имуществѣ, универсальное преемство, само по себѣ, не въ состояніи привлечь преемника къ отвѣтственности по долгамъ предшественника» (стр. 12, 13, 17 и 18). Всѣ разсмотрѣнныя имъ мѣста источниковъ приводятъ г. Кассо къ такому оригинальному заключенію, что «successio universalis» въ древнемъ Римѣ не влекла за собою ipso jure отвѣтственности по долгамъ предшественника»—и что «переходъ долговъ принципіально не зависимъ отъ понятія о «successio per universitatem» и т. д. (стр. 20).

Конечно, не можетъ не поразить тотъ фактъ, что съ самаго ранняго времени римское право допускало, съ одной стороны, универсальное преемство, съ другой стороны—долговую отвѣтственность «ultra vires». Отсюда является почти неотразимый соблазнъ усмотрѣть въ этомъ совпаденіи доказанную внутреннюю связь. Не задаются вопросомъ: а что, если тутъ простое совпаденіе, а *причины* того и другаго явленія лежали врозь одна отъ другой?

У того же г. Кассо мы находимъ отвѣтъ, кажется, вполнѣ удовлетворительный и на такой вопросъ. Оказывается, что неограниченность долговой отвѣтственности не могла не быть, въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, именно потому, что это право не знало спеціально-имущественнаго долгового взысканія, какъ мы его понимаемъ. Вспомните жестокія требованія закона XII таблицъ, изображающія собою древнее исполненіе долгового процесса «въ членахъ должника»—

«Manum endo jacito;»

—« . . . partis secanto—

его хватаютъ, его разсѣкаютъ на части, а подъ страхомъ этого возможнаго, но уже не исполняемаго разсѣченія, его продаютъ на чужбину—«trans Tiberim».

Слѣды этого юридическаго людоѣдства сохранились тысячу лѣтъ спустя. «До самаго конца классическаго періода римское право не знало вообще спеціальнаго взысканія, направленнаго противъ отдѣльныхъ частей имущества, и вслѣдствіе сего не представляло возможности ограничить преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя» (Кассо, стр. 48). Вотъ почему въ римскихъ источникахъ нѣтъ нигдѣ закона, установляющаго неограниченную отвѣтственность наслѣдника, а есть только мѣста въ источникахъ, гдѣ говорится о такой неограниченной отвѣтственности, какъ о фактѣ общественномъ; напр., когда Ульпіанъ говоритъ: «кто же не знаетъ (plus quam manifestum est), что наслѣдство переноситъ на наслѣдника отвѣтственность по долгамъ, даже тогда, когда его не хватитъ на покрытіе этихъ долговъ?» (l. 8 pr. D. 29, 2). «Да и врядъ ли Римляне могли испытать потребность выразить этотъ принципъ въ формѣ законной нормы. Разъ требованія, возникшія противъ наслѣдодателя, могли быть предъявлены къ наслѣднику, то неограниченная отвѣтственность вытекала уже естественнымъ образомъ изъ самаго характера взысканія въ римскомъ правѣ» (Кассо, стр. 22).

Такимъ образомъ оказывается, что пресловутая неограниченность долговой отвѣтственности вовсе не есть слѣдствіе высокаго творенія римскаго юридическаго мышленія, т. е. универсальнаго преемства, а, наоборотъ, является послѣдствіемъ одной изъ самыхъ темныхъ сторонъ римскаго права, *трудности, съ которою пробивалось въ сознаніи римлянъ понятіе имущественной долговой отвѣтственности вообще.*

Если эта мысль вѣрна, то должно оказаться, что въ позднѣйшія эпохи развитія, по мѣрѣ проясненія сознанія, римская юриспруденція должна была обнаружить расшатаніе начала неограниченной долговой

отвѣтственности, несмотря на прочное развитіе универсальнаго преемства.

Оно такъ и оказывается въ дѣйствительности. Отсылаю къ тому же автору, въ подтвержденіе той мысли, что въ эпоху Юстиніана уже значительно понизилось принципіальное значеніе неограниченной долговой отвѣтственности (стр. 73), въ силу чего авторъ полагаетъ даже, что, изобрѣтая средство къ его ограниченію, Юстиніанъ какъ бы искусственно оживилъ принципъ, который начиналъ впадать въ забвеніе. «Конституція 531 г. имѣетъ свое мѣсто въ исторіи романистическихъ догматовъ: если бы въ эпоху рецепціи римскаго права средне-европейскими народами компиляціи Юстиніана не содержали «beneficium inventarii», то, навѣрное, отвѣтственность in solidum никогда бы не проникла въ правовую систему французскаго и германскаго народа.—L. 22 C. de jure deliberandi, выставивши удобное средство для смягченія суроваго положенія XII таблицъ, вмѣстѣ съ тѣмъ спасла отъ вѣчнаго забвенія неограниченную отвѣтственность, которая въ современныхъ законодательствахъ сохраняется только изъ уваженія къ римскому праву» (Кассо, стр. 78).

IV.

Итакъ, предполагаемая неразрывная связь неограниченной долговой отвѣтственности съ универсальнымъ преемствомъ не подтверждается исторіею.

Посмотримъ, какъ выдержитъ эта мнимая догма *логическую* провѣрку.

Поставимъ вопросъ въ такой формѣ. Будетъ ли непримиримое внутреннее противорѣчіе, если мы допустимъ идею римскаго универсальнаго преемства, сочетавъ ее съ ограниченною отвѣтственностью въ предѣлахъ полученнаго наслѣдства, согласно принципу, выработанному средневѣковыми законодательствами, не знавшими универсальнаго преемства? Мы знаемъ, что тѣсная связь безграничной долговой отвѣтственности съ универсальнымъ преемствомъ римскаго типа на одной сторонѣ,—и ограниченной-долговой отвѣтственности съ сингулярнымъ преемствомъ средневѣковаго типа на другой сторонѣ—могла выработаться исторически и сохраниться цѣлые вѣка, не будучи вмѣстѣ съ тѣмъ нерушимо-связанною цѣпью. Можно нерѣдко видѣть въ исторіи учрежденій такого рода повторяющіяся явленія. Институтъ развивается при данныхъ сопровождающихъ его условіяхъ, и создается, подъ его вліяніемъ, убѣжденіе, будто онъ иначе и немыслимъ, какъ въ этой обстановкѣ, и что малѣйшее нарушеніе

его традиціоннаго сочетанія должно неминуемо повлечь за собою его же гибель. Между тѣмъ наступаетъ минута иного сочетанія, и когда оказывается, что вовсе не гибнетъ то, что считалось въ жизненной связи со случайными элементами,—тогда рушатся вѣковые предразсудки и воздвигается новая теорія тѣхъ же явленій.

Весьма существенно подвергнуть логическому анализу самые укоренившіеся въ этомъ смыслѣ взгляды.

Существуетъ несомнѣнный историческій фактъ такого рода.

Римская юриспруденція оставила намъ въ наслѣдство идею универсальнаго преемства: «heres succedit in universum jus defuncti». Личность покойнаго наслѣдодателя сливается и продолжается въ личности наслѣдника. Вмѣстѣ съ тѣмъ *вся* долговая отвѣтственность покойнаго переходитъ на живаго преемника. Исторически несомнѣнно, что на идеѣ универсальности построена была, такимъ образомъ, *безграничная отвѣтственность наслѣдника.*

Далѣе, существуетъ еще несомнѣнный историческій фактъ такого рода.

Средневѣковое германское право не знало универсальнаго преемства; поэтому, вплоть до рецепціи римскаго права—въ Германіи и во Франціи, т. е. до XVI вѣка, успѣлъ выработаться цѣлый рядъ построеній, созданныхъ изъ представленій сингулярнаго преемства, въ томъ числѣ порядокъ *ограниченной отвѣтственности наслѣдника.*

Но изъ того, что первый кругъ понятій приведенъ былъ исторически въ связь съ однимъ институтомъ, а другой кругъ создалъ противоположный институтъ, вовсе еще не слѣдуетъ, чтобы логика не допускала до извѣстной степени сочетанія того, что исторія могла, въ извѣстный періодъ времени, разъединить. Если даже допустить, что «безграничная отвѣтственность» есть понятіе вовсе несовмѣстимое съ юридическою системою, состоящей изъ однихъ сингулярныхъ преемствъ, то обратное сочетаніе уже не представляетъ въ себѣ ничего противорѣчиваго. *Можно допустить «ограниченную отвѣтственность наслѣдника» въ сочетаніи съ понятіемъ универсальнаго преемства.* Для провѣрки правильности этого утвержденія достаточно выставить ясно все то, чего требуетъ послѣдовательность мышленія отъ поставленнаго въ основаніе начала универсальнаго преемства.

Въ силу универсальнаго преемства наслѣдникъ пріобрѣтаетъ *совокупно* все, что имѣлъ наслѣдодатель въ моментъ смерти, и обязывается *совокупно* во всемъ, въ чемъ наслѣдодатель былъ обязанъ въ моментъ смерти (кромѣ нѣкоторыхъ исключительныхъ обязанностей, не переходящихъ по свойству «*personalissima*»). Въ силу этой ис-

ходной постановки дѣла наслѣдникъ пріобрѣтаетъ *каждый отдѣльный* предметъ, входящій въ наслѣдство,—не въ силу традиціи этого предмета, а по примѣненію общаго начала къ частному случаю. Равнымъ образомъ, наслѣдникъ дѣлается обязаннымъ по каждому обязательству наслѣдодателя не въ силу новаціи сдѣлки съ заступленіемъ личности умершаго лицомъ наслѣдника, а въ силу того же примѣненія общаго начала къ частному случаю. На этомъ именно основаніи наслѣдникъ дѣлается *личнымъ должникомъ*, обязаннымъ передъ кредиторомъ такъ, какъ былъ передъ нимъ обязанъ наслѣдодатель, ни болѣе, ни менѣе. Иначе говоря, получая право предъявленія своей претензіи *лично* къ наслѣднику, кредиторъ наслѣдодателя долженъ остаться *при тѣхъ же шансахъ удовлетворенія, какіе онъ имѣлъ въ моментъ смерти этого наслѣдодателя, не болѣе, не менѣе.* Спрашивается, въ чемъ состояли тогда эти шансы. Въ силу принципа *личной* отвѣтственности, должникъ обязанъ вообще удовлетворить кредитора всѣмъ своимъ имуществомъ, *настоящимъ и будущимъ.* Въ моментъ же смерти должника совершенно утрачивается какая-либо надежда на *будущее имущество*, и вся надежда кредиторовъ сосредоточивается на *настоящемъ имуществѣ.* Этотъ же шансъ удовлетворенія изъ настоящаго имущества даетъ ту мѣру, черезъ которую нельзя переступить, коль скоро кредиторъ, предъявляя свою претензію къ наслѣдникамъ, долженъ быть въ тѣхъ же шансахъ, какъ въ моментъ смерти должника, не болѣе, не менѣе. Въ самомъ дѣлѣ, если допустить не только личную отвѣтственность наслѣдника,—не только отвѣтственность всего наслѣдства за долгъ наслѣдодателя,—но еще долговую отвѣтственность наслѣдника «ultra vires hereditatis», то тѣмъ самымъ открывается въ пользу кредитора наслѣдства такой (третій) дополнительный источникъ удовлетворенія, на который онъ вовсе не разсчитывалъ въ моментъ, когда умиралъ наслѣдодатель. Тутъ уже нарушается всякая мѣра справедливости въ ущербъ интересамъ наслѣдника, и можно смѣло утверждать, что *это нарушеніе стремится дать кредитору несравненно больше, нежели то, что вытекаетъ изъ идеи универсальнаго преемства, такъ какъ эта идея не идетъ никоимъ образомъ дальше перенесенія на наслѣдника обязанности отвѣчать передъ кредиторомъ тѣмъ же, чѣмъ отвѣчалъ бы самъ наслѣдодатель.*

На этомъ основаніи слѣдовало бы отвергнуть разъ навсегда весьма распространенный теоретическій предразсудокъ, будто отвѣтственность наслѣдника «ultra vires hereditatis» есть неизбѣжное слѣдствіе принципа универсальнаго преемства. Между первымъ и вторымъ элемен-

томъ *имѣть никакой неизбѣжной логической связи*, а лишь случайное историческое сцѣпленіе понятій. Такое сцѣпленіе вовсе не обязательно для современнаго законодателя.

По этимъ соображеніямъ я полагаю, что систему наслѣдованія слѣдуетъ, какъ теоретически, такъ и практически возвести на принципѣ универсальнаго преемства, отрѣшаясь, вмѣстѣ съ тѣмъ, отъ традиціоннаго начала долговой отвѣтственности наслѣдника «ultra vires hereditatis», въ виду несправедливости и несостоятельности этого начала.

V.

Если мы проводимъ начало ограниченной отвѣтственности по долгамъ наслѣдодателя, то во всякомъ случаѣ и тѣмъ болѣе мы должны признать, что *наслѣдникъ не можетъ быть обязанъ къ выдачѣ отказовъ изъ собственныхъ средствъ и «ultra vires hereditatis»*.

Между тѣмъ, это положеніе считается далеко не безспорнымъ, и на то есть историческія причины.

Римское право классической эпохи придерживалось въ этомъ отношеніи вполнѣ здраваго и послѣдовательнаго взгляда, который, къ великому ущербу современныхъ законодательствъ, заслоненъ былъ чисто-случайными построеніями юстиніановской эпохи. Классическое право не допускало и мысли, чтобы отказъ могъ быть уплаченъ не изъ средствъ наслѣдства, а цѣною разоренія личныхъ средствъ наслѣдника («Es versteht sich von selber, dass der Erbe für die Vermächtnisse *nur mit der Erbschaft*, nicht mit seinem eigenen Vermögen einsteht, denn das Vermächtniss ist eine Zuwendung auf Kosten der Erbschaft»). (Ср. *Sohm* «Jnstit. d. R. Rechts», § 103).

Такое требованіе вытекало изъ самой природы отказа, который нельзя смѣшивать съ долгами. Подобный взглядъ былъ, кромѣ того, въ полной гармоніи съ цѣлымъ направленіемъ законодательства, стремившагося къ огражденію наслѣдниковъ отъ чрезмѣрнаго истощенія отказами платежныхъ силъ наслѣдствъ; высшею точкою развитія этого направленія, является, какъ извѣстно, законъ Фальцидія (изд. въ 40 году до Р. Х.), требовавшій, чтобы наслѣднику во всякомъ случаѣ предоставлена была четвертая доля наслѣдства, необремененная никакими отказами (Quarta Falcidia). (Ср. Gaji Jnst. II, §§ 224—227).

Эта постановка вопроса просуществовала до Юстиніана и отмѣнена была чисто случайно и, притомъ, не столько по существу, сколько въ связи съ другимъ стремленіемъ—поощрить въ наслѣдникахъ желаніе принимать наслѣдства не иначе, какъ по описямъ, съ

предоставленіемъ въ этихъ случаяхъ наслѣдникамъ льготы ограниченной долговой отвѣтственности (beneficium inventarii). Льгота инвентарнаго наслѣдованія не имѣла ровно никакой связи съ вопросомъ объ отказахъ, такъ какъ обремененіе ими наслѣдства, рѣзко отличаясь отъ долговой отвѣтственности, было и такъ ограничено платежными силами наслѣдства и установленіемъ фальцидіевой кварты. А между тѣмъ, Юстиніанъ, домогаясь скорѣйшаго осуществленія задуманнаго имъ нововведенія, не постѣснился употребить къ тому *понудительныя* мѣры. Онъ установилъ, *какъ бы въ видѣ наказанія* для тѣхъ, кто не пожелаетъ принимать наслѣдство по описи, запрещеніе пользоватся фальцидіевой квартой («Sancimus igitur, heredes si voluerint hac utilitate potiri, puram servare legis potestatem: fiat igitur inventarium ab herede metuente, ne forte non habeat post debita et legata Falcidiam» . . . . . «Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut praediximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio». Nov. I, cc. 1, 2.; L. 22 § 14 C. VI, 30). Такимъ образомъ была впервые введена неограниченная отвѣтственность наслѣдника передъ легатаріемъ, наравнѣ съ долговой отвѣтственностью передъ кредиторами, но уже въ видѣ *наказанія* наслѣдника за то, что онъ уклонился отъ составленія инвентаря. То, что было льготою и смягченіемъ для наслѣдника, обремененнаго долгами, было жестокимъ нововведеніемъ для наслѣдника, обремененнаго отказами [1]).

То, что могло имѣть значеніе, какъ политическое и понудительное мѣропріятіе, лишено было всякаго смысла, съ точки зрѣнія теоріи права. Принципъ неограниченной долговой отвѣтственности наслѣдника, нынѣ столь справедливо подвергаемый самымъ серьезнымъ нападкамъ въ наукѣ права, имѣлъ за себя одно несомнѣнное основаніе: онъ выражалъ въ себѣ непрерывное сліяніе юридической личности наслѣдодателя и наслѣдника. Въ силу этой непрерывности, вся совокупность имущественныхъ правъ умершаго какъ будто не переставала имѣть обладателя, т. е. субъекта правъ, и смерть никакого вліянія на нее уже не имѣла.

Съ этою мыслью стоитъ въ совершенномъ противорѣчіи возникновеніе *новыхъ* правъ, каковы права отказопринимателей, которыми умершій *не былъ вовсе обремененъ* и которыхъ нѣтъ ни малѣйшаго основанія пріурочивать, вмѣстѣ съ долгами, къ имуществу наслѣдника, внѣ наслѣдственной массы. А между тѣмъ таково *ошибочное* правовое

[1]) Ср. Windscheid § 606 пр. 8, 18; § 634 пр. 10; § 651 прим. 3 и 4.

положеніе, которое изъ юстиніанова законодательства было воспринято почти всѣми современными кодексами. При рецепціи инвентарнаго наслѣдованія произошла однако совершенная утрата европейскими законодательствами полезныхъ узаконеній о «фальцидіевой квартѣ»; (ср. прус. зем. право I, 12 ст. 290 и 333; франц. ул. ст. 1017; австр. ул. ст. 801 и 802; «Unger» § 66, прим. 2; саксон. ул. ст. 2443). Единственное законодательство, содержащее нѣчто вполнѣ соотвѣтствующее «фальцидіевой долѣ», есть цюрихское (ст. 2092 цюр. ул.).

Разсмотримъ нѣсколько ближе, какимъ образомъ эта догма, какъ бы случайно возникшая изъ юстиніановой конституціи, отразилась затѣмъ въ современныхъ законодательствахъ.

Французская судебная практика, толкуя статьи 724 и 1006 французскаго уложенія, признаетъ (хотя безъ полнаго единогласія), что наслѣдники по закону и приравненные къ нимъ (при полученіи ими «сезины» по 1006 статьѣ) общіе отказопринимати обязаны нести неограниченную отвѣтственность передъ частными отказопринимателями «ultra vires hereditatis» каждый разъ, когда ихъ же отвѣтственность передъ кредиторами наслѣдодателя окажется также безграничною. По этому ученію требованіе отказопринимателя получаетъ такую же безпредѣльную гарантію удовлетворенія, какъ требованіе кредитора (ср. Baudry-Lacantinerie et Wahl «Des Successions» I, §§ 184—190: Baudry-Lacantinerie et Colin, II, §§ 2326—2328, 2484). Затѣмъ, полнаго единства нѣтъ на счетъ этого спорнаго вопроса между представителями теоріи французскаго кодекса (ср. въ *пользу неограниченной* отвѣтственности къ удовлетворенію отказопринимателей, кромѣ Baudry-Lacantinerie, также Demolombe XIV, № 522; Aubry et Rau VI, стр. 381 § 611 прим. 12 и стр. 442 § 617 прим. 5; Laurent XIV, № 108 и 109; затѣмъ, *противъ неограниченной отвѣтственности* высказалось меньшинство французскихъ цивилистовъ, между прочимъ: Demante III № 24 bis, 5; № 103 bis 3; № 124 bis 2; IV № 152 bis 13; Marcadé подъ статьею 871, № 1 и ст. 1017 № 2).

Итакъ, въ большинствѣ, французскіе юристы истолковываютъ статьи 724 и 1006 франц. уложенія въ смыслѣ *неограниченной* отвѣтственности наслѣдниковъ передъ легатаріями. Таково преобладающее мнѣніе французскихъ писателей и судебной практики. Вмѣстѣ съ французскимъ уложеніемъ слѣдуетъ считать заодно: итальянское уложеніе (ст. 968; см. въ особенности слова «и легаты»); нидерландское (ст. 1078); проектъ Моммзена (ст. 256 и 341); проектъ Лорана (ст. 932, 976); испанское уложеніе (ст. 1023); португальское уложе-

ніе[1]) (ст. 1792); австрійское уложеніе (ст. 801 и 802). Прусское же право, хотя и стоитъ на своеобразной почвѣ, по вопросу о томъ, *когда* допускается ограниченная и когда неограниченная долговая отвѣтственность (допуская послѣднюю только въ видѣ исключенія), однако, разъ допустивъ неограниченную отвѣтственность, ставитъ уже въ *одни и тѣ же условія кредиторовъ и легатаріевъ*, не отступая въ этомъ отношеніи отъ правилъ юстиніанова законодательства (прус. зем. пр. I, 12 ст. 292). (Ср. Förster-Eccius IV, § 270, прим. 17 на стр. 604).

Тѣ же начала перешли затѣмъ въ ст. 2092 проекта германскаго уложенія первой редакціи. Единственный примѣръ вполнѣ отчетливаго установленія ограниченной отвѣтственности наслѣдника передъ отказопринимателемъ въ предѣлахъ самого наслѣдства представляетъ статья 1992 новаго германскаго уложенія, которая создаетъ особое юридическое отношеніе къ *отказамъ* даже на тотъ случай, когда отвѣтственность по уплатѣ *долговъ* можетъ быть признана неограниченною (ср. Boehm «Das Erbrecht des Bürgerl. Gesetzbuches» Hann., 1896 г., стр. 84 и 206).

Обращаясь наконецъ къ саксонскому уложенію, въ которомъ статья 2389 категорически установляетъ, что «никто не можетъ быть обремененъ отказомъ свыше той выгоды, которую онъ получаетъ вслѣдствіе смерти наслѣдодателя», нельзя притомъ не замѣтить, что въ этомъ уложеніи однако не могла обрисоваться (какъ въ германскомъ), идея о принципіальной несправедливости приравненія отказовъ къ долгамъ, такъ какъ тотъ же принципъ ограниченной отвѣтственности, выраженный въ 2389 статьѣ, проведенъ съ неменьшей послѣдовательностью и силою, въ отношеніи всѣхъ наслѣдственныхъ долговъ, въ статьяхъ 2328, 2331 и 2332 саксонскаго уложенія.

Начало ограниченной отвѣтственности за выдачу отказовъ справедливо даже въ томъ случаѣ, если бы и допустить безграничную отвѣтственность по долгамъ.

Нельзя не замѣтить, что кредиторы наслѣдодателя, довѣривъ ему свое имущество, имѣютъ полное основаніе требовать, чтобы переходъ наслѣдства, послѣ смерти ихъ должника, не наносилъ имъ никакого ущерба. Отказопринимателя же никакихъ правъ къ наслѣдодателю, при жизни сего послѣдняго, не имѣютъ; а потому они не могутъ

---

[1]) Хотя ст. 1792 португ. улож. и устанавливаетъ отвѣтственность наслѣдника «même sur ses propres biens», однако ему предоставляется доказывать недостаточность наслѣдства, даже помимо инвентаря, что придастъ португальскому закону характеръ компромисса между двумя системами (ср. стр. XXXV введенія въ изданіи Lepelletier).

требовать такой гарантіи въ неограниченной отвѣтственности наслѣдниковъ, которая справедливо можетъ быть предоставлена, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, однимъ только кредиторамъ умершаго. По этимъ соображеніямъ слѣдуетъ признать *ограниченную* отвѣтственность лицъ, обязанныхъ выдавать отказы, въ тѣхъ даже случаяхъ, когда кредиторамъ наслѣдодателя можетъ быть предоставлено удовлетвореніе на началахъ неограниченной отвѣтственности наслѣдниковъ.

VI.

Разъ мы установили принципіальную возможность сочетанія начала универсальнаго преемства съ ограниченною долговою отвѣтственностью, мы тѣмъ самымъ открываемъ себѣ доступъ къ разработкѣ такихъ системъ, въ которыхъ, съ одной стороны, возможно строго послѣдовательное построеніе наслѣдственныхъ долей и легатовъ, съ долговою отвѣтственностью на однихъ только наслѣдникахъ и освобожденіемъ легатаріевъ отъ личной долговой отвѣтственности; съ другой стороны—установится принципіально ограниченная долговая отвѣтственность наслѣдниковъ, независимо отъ инвентаря. Романская система инвентарнаго наслѣдованія представляетъ значительную нелогичность въ томъ, что вопросъ о мѣрѣ долговой отвѣтственности, какъ вопросъ весьма глубокій, вытекающій изъ самой природы наслѣдственнаго преемства, не можетъ принципіально зависѣть отъ того, составлена ли опись наслѣдству, или нѣтъ, такъ какъ природа самаго преемства отъ этого не мѣняется.

Наиболѣе разумною является такая система, въ которой законодатель не отказывается отъ практической выгоды инвентаря, въ смыслѣ облегченнаго средства для наслѣдника къ доказательству того, что онъ ничего не утаилъ изъ наслѣдства; но инвентарь *не можетъ быть признанъ источникомъ самаго права отвѣтствовать «intra vires hereditatis»*. Такая принципіальная *ограниченность* долговой отвѣтственности должна быть провозглашена самимъ закономъ, какъ общее правило, за которымъ можно допустить неограниченную отвѣтственность, какъ мѣру исключительную, иначе говоря—какъ угрожающій наслѣднику «Дамокловъ мечъ» — и то, не въ смыслѣ признанія желательности уплаты наслѣдникомъ чужихъ долговъ изъ своихъ средствъ, а лишь какъ неизбѣжную мѣру въ тѣхъ случаяхъ, когда наслѣдникъ собственнымъ своимъ поведеніемъ устранилъ всякую возможность опредѣлить составъ и стоимость наслѣдства.

Изъ системъ этого рода особеннаго вниманія заслуживаютъ б. прусское земское право и германское уложеніе.

Прусское земское право (I, 9, §§ 413, 414, 418, 419—424, 427) представляетъ своеобразное сочетаніе германской ограниченности долговой отвѣтственности съ римскимъ началомъ неограниченной отвѣтственности наслѣдника по долгамъ наслѣдодателя. Но здѣсь общимъ представляется германское начало; римское правило является исключеніемъ. Наслѣдство переходитъ на наслѣдника съ тѣмъ, что оно служитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, источникомъ удовлетворенія наслѣдственныхъ долговъ. Наслѣдникъ можетъ добровольно отказаться отъ такого удобства, заявивъ формально въ судѣ о своемъ желаніи принять наслѣдство безъ ограниченій инвентарнаго права и связанныхъ съ нимъ хлопотъ; въ такомъ случаѣ наслѣдникъ отвѣтствуетъ уже неограниченно. Если онъ молчитъ, его молчаніе законно толкуется въ смыслѣ желанія принять наслѣдство по праву инвентарному. Для составленія описи ему предоставляются весьма удобные сроки, продолжаемые, съ разрѣшенія суда, при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ.

Если же, при всѣхъ закономъ даруемыхъ облегченіяхъ, наслѣдникъ пропуститъ всѣ сроки, не составивъ инвентаря, то онъ считается уже утратившимъ право инвентарнаго наслѣдованія и отвѣчаетъ неограниченно.

Стало-быть, основнымъ положеніемъ прусскаго права является то, что *наслѣдникъ считается по закону инвентарнымъ наслѣдникомъ, съ ограниченною отвѣтственностью до тѣхъ поръ, пока онъ не утратитъ по собственной винѣ это льготное положеніе;* при чемъ воля наслѣдодателя не можетъ нарушить это основное право наслѣдника.

Практически желаніе наслѣдника отказаться отъ инвентарной льготы можетъ быть обусловлено тѣмъ, что составленіе инвентаря не только хлопотливо и тягостно, но само по себѣ создаетъ особый видъ *ограниченной* собственности въ наслѣдственномъ имуществѣ, отъ котораго можетъ возникнуть у наслѣдника желаніе отказаться, смотря по соображенію обстоятельствъ (ср. *Förster-Eccius*, § 270, стр. 602—604).

На ряду съ системою прусскаго права, представляющею аналогію, но не тождество, съ романскими законодательствами по вопросу о значеніи инвентаря, стоитъ саксонское уложеніе, вовсе не признающее неограниченной отвѣтственности. Здѣсь инвентарь имѣетъ иное значеніе, какъ средство полнаго освобожденія наслѣдника отъ ограниченія его права собственности въ предметахъ наслѣдства (ст. 2331).

Нѣчто среднее между прусскимъ и саксонскимъ правомъ представляетъ *германское уложеніе*, допускающее, такъ же, какъ прусское

право, сочетаніе германскаго начала съ римскимъ, но на почвѣ значительнаго расширенія средствъ, даруемыхъ наслѣднику къ тому, чтобы оградить себя отъ неограниченной долговой отвѣтственности, не принимая на себя заботъ по составленію описи.

Въ германскомъ уложеніи, такъ же, какъ въ прусскомъ земскомъ правѣ, *долговая отвѣтственность ограничена составомъ наслѣдства*. Это послѣднее не сливается съ собственнымъ имуществомъ наслѣдника, а разсматривается, какъ особое имущество, поступающее въ его обладаніе со всѣми лежащими на немъ обремененіями и наслѣдственными долгами.

Кредиторы наслѣдодателя имѣютъ право на то, чтобы наслѣдство исключительно служило къ ихъ удовлетворенію.

При этомъ каждый кредиторъ предъявляетъ къ наслѣднику свою претензію полностью, обращая свое взысканіе на любой предметъ, принадлежащій наслѣднику, невзирая на то, пріобрѣтенъ ли онъ по наслѣдству или другимъ путемъ. Защита наслѣдника, въ силу указанныхъ выше началъ, предоставлена его иниціативѣ.

Наслѣдникъ во всякое время въ правѣ защищаться возраженіемъ, требуя, чтобы арестъ былъ снятъ съ предметовъ, постороннихъ наслѣдству, и чтобы взысканіе кредитора было обращено на предметъ входящій въ составъ наслѣдства. При этомъ «onus probandi» лежитъ на наслѣдникѣ. Онъ обязанъ доказать:

1) что арестованный предметъ не входитъ въ составъ наслѣдства;

2) что имъ приняты мѣры, служащія для кредиторовъ достаточной гарантіей къ тому, что наслѣдственное имущество не затрачено имъ на постороннія цѣли, кромѣ удовлетворенія наслѣдственныхъ кредиторовъ.

Эти мѣры, предусмотрѣнныя въ законѣ, обезпечивающія обращеніе *всего* наслѣдства на покрытіе долговъ наслѣдодателя, слѣдующія:

а) учрежденіе попечительства надъ наслѣдствомъ;

б) открытіе конкурса надъ составомъ наслѣдства;

в) выдача наслѣдства въ распоряженіе кредиторовъ;

г) сокращеніе отказовъ при недостаточности наслѣдства для покрытія долговъ;

д) составленіе формальной описи или инвентаря (герм. улож. ст. 1967, 1975, 1977, 1980, 1984, 1990, 1992, 1993 и сл.—Ср. *Bochm*, «Das Erbrecht des Bürg. Gesetzbuchs—Hann. 1996 г., стр. 197—199, 206).

Изъ предыдущаго изложенія ясно вытекаетъ, что наслѣдникъ можетъ защищаться принципомъ ограниченной отвѣтственности съ

тѣмъ, чтобы своевременно обратиться къ тѣмъ средствамъ, которыя предусмотрѣны закономъ къ полной гарантіи наслѣдника и кредиторовъ. Если онъ не обратится къ этимъ средствамъ или вообще не успѣетъ, въ порядкѣ гражданскаго процесса, доказать тѣ факты, на которые онъ ссылается, тогда можетъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ и по винѣ самого наслѣдника, послѣдовать удовлетвореніе кредитора изъ его личныхъ средствъ. Это вытекаетъ, во-первыхъ, изъ редакціи ст. 1967, безъ ограниченія гласящей, что «наслѣдникъ отвѣчаетъ по обязательствамъ наслѣдодателя». Затѣмъ имѣются и особыя статьи 2005, 2006 и 2013, положительно установляющія неограниченную отвѣтственность должника въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ уклонился отъ предоставленія кредиторамъ предусмотрѣнныхъ въ ихъ пользу законныхъ гарантій.

VII.

При *множественности сонаслѣдниковъ* возникаетъ осложненная форма долговой отвѣтственности передъ кредиторами наслѣдодателя. Тутъ существеннымъ является вопросъ о томъ, отвѣтствуютъ ли такіе наслѣдники въ качествѣ совокупныхъ должниковъ или долговая ихъ отвѣтственность раздѣляется сообразно ихъ долямъ.

Различныя законодательства даютъ на этотъ вопросъ разные отвѣты.

Во главѣ законодательствъ, признающихъ раздѣленіе долговой отвѣтственности, стоитъ *римское право*.

Прежде всего нельзя не замѣтить, что вопросъ о законномъ раздѣленіи наслѣдственныхъ долговъ стоитъ какъ бы въ органической связи съ болѣе общимъ вопросомъ о естественномъ раздѣленіи обязательствъ при всякой множественности должниковъ, связанныхъ однимъ обязательствомъ. Тамъ, гдѣ множественность истолковывается, по закону, въ пользу долевой раздѣльности, а совокупная отвѣтственность не предполагается, пока она въ точности не обусловлена, то же начало распространяется изъ общаго ученія объ обязательствахъ— на болѣе спеціальный вопросъ о переходѣ обязательствъ по наслѣдству. Наоборотъ, гдѣ законъ склоняется уже въ обязательственномъ правѣ на сторону предполагаемой, въ случаѣ сомнѣнія, совокупной отвѣтственности должниковъ, тамъ это начало распространяется также на наслѣдственное право, и между наслѣдниками устанавливается солидарная долговая отвѣтственность.

Подобная закономѣрность замѣчается уже въ римскомъ правѣ. Уже въ законѣ XII таблицъ выражено было правило, что при на-

слѣдственномъ переходѣ долговыя требованія раздѣляются силою самаго закона: «Ea, quae in nominibus sunt, ipso jure in portiones hereditarias ex lege XII tab. divisa sunt» (ср. *Bruns*: «Fontes Juris Romani Antiqui», 1875 г., стр. 21). Въ цѣломъ рядѣ источниковъ эта мысль повторяется въ связи съ вопросомъ о раздѣлѣ наслѣдства («familiae erciscundae»); но въ пандектной литературѣ принято обобщеніе этого начала, въ примѣненіи къ теоріи обязательствъ, въ видѣ такого положенія: «когда множественность лицъ состоитъ въ одномъ обязательствѣ, въ качествѣ кредиторовъ или должниковъ, и притомъ предметъ обязательства можетъ быть дѣлимъ, тогда требованіе или долгъ раздѣляется силою закона — nomina sunt ipso jure divisa» (ср. *Baron* «Pandekten» V-е изд., стр. 408; § 244, II, 2, прим. 12). Этимъ и установляется нераздѣльное проявленіе сказаннаго начала въ обязательственномъ и наслѣдственномъ правѣ по толкованію пандектистовъ (ср. въ подлинныхъ источникахъ: l. 25 § 9 D. fam. erc. 10, 2; l. 1 C. si unus ex pl. 8, 31; l. 25 § 1 D. f. e. 10, 2).

Логическій смыслъ дѣленія долговъ «ex jure» Виндшейдъ объясняетъ такимъ образомъ:

«Наслѣдникъ не получаетъ необходимымъ образомъ *все* состояніе умершаго, но онъ непремѣнно получаетъ это состояніе, какъ *цѣлое*. Правовое отношеніе сонаслѣдниковъ представляетъ аналогію съ общею собственностью, съ тою лишь разницею, что общимъ предметомъ является при сонаслѣдованіи вещь безтѣлесная, а тамъ—вещь тѣлесная. Поэтому, при множественности наслѣдниковъ, долги наслѣдодателя также распредѣляются на нихъ по долямъ. Если бы имущество наслѣдодателя не переходило черезъ универсальное преемство, то участіе каждаго пріобрѣтателя въ долгахъ могло бы опредѣляться не иначе, какъ посредствомъ оцѣнки тѣхъ вещей, которыя ему достались бы» (ср. *Windscheid* «Lehrbuch des Pandektenrechts», III, § 528 прим. 5).

Начала римскаго права по этому вопросу повторяются въ большей части современныхъ законодательствъ. Мы ихъ встрѣчаемъ въ *баварскомъ* уложеніи (L. R. III, 1 § 14 № 12, 30, 31), въ *вюртембергскомъ* правѣ (*Stein* §§ 337, 338), въ *саксонскомъ* уложеніи (ст. 2324, 2347, 2348), въ проектѣ наслѣдственнаго права *Моммзена* (ст. 244, 253 и мотивы на стр. 299, 300) во *французскомъ* кодексѣ (ст. 870, 873, 876, 1220, 1221, 1223), а также въ *русскомъ* правѣ (1 ч. X т., ст. 1259 и кассаціонная практика: 1868 г. № 610, 1871 г. № 392, 1869 г. № 1292, 1876 г. № 170, 1877 г. № 373, 1880 г. № 237, 1876 г. № 549, 1877 г. № 330, 1880 г. № 35 и др. рѣш.), наконецъ въ ст. 2679 Свода гражд. узак. Прибалтійскихъ губерній. На

ряду съ французскимъ уложеніемъ, можно указать на слѣдующіе кодексы французскаго типа: *нидерландскій*, ст. 1146, и *итальянскій*, ст. 1027, придерживающіеся того же начала. *Французское* уложеніе, допуская римское правило раздѣленія долговъ наслѣдодателя, представляетъ при этомъ двѣ существенныя особенности. Во-первыхъ, раздѣленіе долговъ не происходитъ въ силу закона, «ipso jure», какъ въ римскомъ правѣ («la masse héréditaire ne se divise pas de plein droit», Baudry-Lacantinerie et Wahl, стр. 185), но осуществляется лишь при *раздѣлѣ* наслѣдства, такъ что до самаго раздѣла кредиторъ наслѣдодателя въ правѣ, не предъявляя иска къ отдѣлькому наслѣднику въ его соразмѣрной долѣ отвѣтственности, обращать къ своему удовлетворенію *все* наслѣдственное имущество въ совокупности: между тѣмъ какъ *послѣ* раздѣла кредиторъ обязанъ уже раздѣлять свое требованіе, взыскивая съ каждаго наслѣдника лишь причитающуюся съ него долю долговъ (*Baudry-Lacantinerie et Wahl*, § 3946; *Demolombe*, XVII, № 214 и 215). Во-вторыхъ, французское право различаетъ два понятія при раздѣленіи долговъ:

а) «obligation aux dettes» означаетъ — сколько обязанъ каждый наслѣдникъ платить, по требованію кредиторовъ, хотя бы часть уплаченной суммы могла затѣмъ подлежать возмѣщенію отъ другихъ сонаслѣдниковъ;

б) «contribution aux dettes» означаетъ ту часть долговъ, которая, при окончательномъ разсчетѣ, падаетъ на долю даннаго должника-наслѣдника.

Нормально и по общему правилу та и другая мѣра отвѣтственности равняются между собою. Однако — не всегда. «Code civil» различаетъ четыре случая, когда *непосредственная* обязанность уплатить (obligation) выражается большей суммою, нежели *окончательная* долевая отвѣтственность должника-наслѣдника (contribution).

Эти четыре случая — слѣдующіе.

1) Когда имѣются на лицо, напр., два наслѣдника по закону и одинъ долевой отказопринимать (légataire à titre universel), кредиторы могутъ искать весь долгъ съ двухъ первыхъ лицъ по равнымъ долямъ на томъ основаніи, что «obligation», т. е. непосредственная обязанность первоначальной уплаты, поставлена въ зависимость отъ «сезины» (ст. 1220 code civil), которая не принадлежитъ долевому легатарію; но, уплативъ свыше своей доли, наслѣдники предъявятъ затѣмъ искъ къ легатарію, который тоже долженъ участвовать въ платежѣ долговъ, по 873 ст. франц. уложенія.

2) Размѣръ долговой отвѣтственности по «obligation» будетъ также

выше размѣра, соотвѣтствующаго мѣрѣ «contribution», когда нѣкоторые наслѣдники выговариваютъ себѣ право, по соглашенію съ другими сонаслѣдниками, нести уменьшенную долговую отвѣтственность; при чемъ такое соглашеніе не обязательно для кредиторовъ.

3) Наслѣдникъ можетъ быть вынужденъ къ уплатѣ свыше своей части долга, когда кредиторъ потребуетъ съ него исполненія по обязательству, предметъ коего имѣетъ свойство нераздѣльности (ст. 1223).

4) Наконецъ, такое же превышеніе «obligation» надъ размѣромъ «contribution» бываетъ и тогда, когда долгъ обезпеченъ ипотечнымъ порядкомъ на недвижимости, и наслѣдникъ вынужденъ уплатить долгъ, лежащій на его недвижимости (ср. Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, §§ 3929, 3951, 3957—3959).

Нѣкототорыя законодательства французскаго типа представляютъ еще дальнѣйшія уклоненія отъ началъ римскаго права. Такъ напримѣръ, *испанское* уложеніе предоставляетъ кредиторамъ право воспрепятствовать раздѣлу до полнаго ихъ удовлетворенія (ст. 1082), и затѣмъ, даже *послѣ* раздѣла, кредиторы могутъ требовать уплаты *всей* суммы ихъ требованій съ тѣхъ наслѣдниковъ, которые не оградили себя инвентарнымъ правомъ (ст. 1084). При этомъ должнику предоставляется лишь право регресса къ другимъ сонаслѣдникамъ (ст. 1085).

Такія же постановленія содержали два нѣмецкихъ проекта (*гессенскій* пр. ст. 312 и пр. *Моммзена* ст. 286), въ которыхъ предусматривалось также право кредиторовъ воспрепятствовать раздѣлу до уплаты долговъ.

Подобныя узаконенія составляютъ уже переходъ къ *типу солидарной отвѣтственности сонаслѣдниковъ*, являющемуся прямою противоположностью римскому праву.

Во главѣ законодательствъ этой группы стоитъ *б. прусское земское право* (I, 9, §§ 368, 382; I, 17, §§ 115 и сл., въ особенн. §§ 127 и слѣд., 151), признающее *совокупную* отвѣтственность сонаслѣдниковъ по долгамъ наслѣдодателя даже *послѣ раздѣла*. Суровость этого начала смягчается лишь тѣмъ, что наслѣдники въ правѣ дѣлать публикаціи о предстоящемъ раздѣлѣ и затѣмъ кредиторы, не подавшіе заявленія въ извѣстный срокъ со дня публикаціи, лишаются выгоды совокупнаго взысканія и должны согласиться на раздѣленіе своихъ требованій (I, 17 §§ 137—146).

Австрійское уложеніе близко подходитъ къ тому же построенію. Оно придаетъ особенное значеніе обряду судебной передачи наслѣдства, съ раздѣломъ его между сонаслѣдниками, такъ называемой «Einant-

wortung der Erbschaft». При этомъ статьи 820 и 821 австр. уложенія устанавливаютъ слѣдующее:

1) *до* совершенія «Einantwortung» всѣ сонаслѣдники отвѣчаютъ по совокупности;

2) *послѣ* совершенія «Einantwortung» проводится различіе между инвентарными наслѣдниками и тѣми, которые не прибѣгали къ льготѣ принятія наслѣдства по инвентарю. Первые несутъ раздѣленную по ихъ долямъ долговую отвѣтственность; вторые отвѣтствуютъ совокупно даже послѣ раздѣла, сохраняя лишь право регресса къ своимъ сонаслѣдникамъ, въ случаѣ уплаты ими свыше своей долговой доли (ср. «*Unger*,» § 43; «Motive Z. d. Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich», т. V, стр. 527; *Dr. Eck.* «Die Stelluug des Erben», Berl. 1890, стр. 39—42).

При составленіи германскаго уложенія занимающій насъ вопросъ оказался однимъ изъ самыхъ сложныхъ, такъ что рѣшеніе его получилось въ двухъ противоположныхъ направленіяхъ,—сначала въ текстѣ проекта 1888 года, затѣмъ въ окончательномъ уложеніи 1896 года. Статьи 320 и 2051 проекта 1888 года допускали принципіальное раздѣленіе долговъ, при множественности должниковъ вообще и сонаслѣдниковъ въ особенности. Наоборотъ, статьи 427 и 2058 германскаго уложенія 1896 года устанавляютъ въ тѣхъ же случаяхъ принципъ долговой отвѣтственности по совокупности.

Нельзя не дополнить настоящаго перечня законодательствъ послѣдняго типа указаніемъ на нѣкоторыя уложенія романской семьи, уклонившіяся отъ римскихъ началъ, вслѣдствіе допущенія германскаго правила совокупной отвѣтственности. Таковы кодексы нѣкоторыхъ кантоновъ французской Швейцаріи, а именно,—кантоновъ—*Фрейбурга* (ст. 965, § 2), *Невштатель* (ст. 860, § 1) и *Во* (ст. 622 и 787): (см. *Virgile Rossel* «Manuel du Droit Civil de la Suisse Romande», 1886 г., стр. 229 и 253, прим. 1).

Выборъ между системою раздѣленности долговъ и совокупной отвѣтственностью наслѣдниковъ считается затруднительнымъ въ силу того, что имѣются вѣскіе аргументы за и противъ той и другой системы.

Система совокупной долговой отвѣтственности представляется болѣе благопріятною для кредиторовъ, но не удобна тѣмъ, что она затрудняетъ ликвидацію наслѣдства, отсрочивая тотъ моментъ, когда предоставляется каждому наслѣднику право вступать во владѣніе своею частью, безъ всякой имущественной связи съ прочими сонаслѣдниками. Рядъ ограниченій правъ наслѣдниковъ, вытекая изъ этой сис-

темы, требуетъ значительной затраты силъ со стороны судебныхъ властей и назначаемыхъ ими ликвидаторовъ наслѣдствъ, какъ обнаружилось на опытѣ, въ районѣ дѣйствія прусскаго права и австрійскаго уложенія. Напротивъ, *римская система раздѣленности долговъ* представляетъ значительныя практическія выгоды, упрощая и ускоряя ликвидацію, уполномочивая сонаслѣдниковъ къ быстрому овладѣнію раздѣленными частями наслѣдства, невзирая на кредиторовъ, наконецъ—перенося на самихъ наслѣдниковъ тотъ трудъ, который въ противоположной системѣ возлагается на ликвидаторовъ.

Ко всѣмъ этимъ соображеніямъ, послужившимъ уже составителямъ германскаго проекта 1888 г. основаніемъ къ тому, чтобы предпочесть римскую систему (ср. Motive zu dem Entwurfe, и т. д. т. V, стр. 527—529), мы можемъ прибавить, въ отношеніи Россіи, что нынѣ дѣйствующій законъ (ст. 1259 п. 1 и 1548—1 ч. X т.) также признаетъ раздѣленіе долговой отвѣтственности, подобно большинству современныхъ законодательствъ, вмѣстѣ съ римскимъ правомъ. Для введенія системы совокупной долговой отвѣтственности, по примѣру германскаго уложенія, едва ли имѣются достаточныя основанія. Тотъ же вопросъ, независимо отъ спеціальныхъ условій наслѣдственнаго права, былъ предметомъ разсмотрѣнія Высочайше утвержденной комиссіи гражданскаго уложенія, которая большинствомъ голосовъ отвергла систему предполагаемой «ex jure» совокупности при множественности отвѣтственныхъ лицъ и привела въ основаніе своего рѣшенія доводы, которые нельзя не признать вполнѣ убѣдительными (см. кн. V проекта гражд. улож. съ объясн., т. I, стр. 353).

VIII.

Мы признали цѣлесообразнымъ сохранить основанія дѣйствующаго права, въ видѣ раздѣленія *долговой* отвѣтственности наслѣдниковъ сообразно ихъ наслѣдственнымъ долямъ.

Теперь перейдемъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, слѣдуетъ ли распространять это начало на распредѣленіе обязанности наслѣдниковъ къ выдачѣ отказовъ *легатаріямъ*.

Большая часть законодательствъ подчиняетъ однимъ и тѣмъ же правиламъ конструкцію долговой отвѣтственности наслѣдниковъ и распредѣленіе обремененій, основанныхъ на завѣщаніи.

Нѣтъ основанія подвергать сомнѣнію то положеніе, въ силу котораго обязанность выдать отказъ *дѣлится* между обремененными наслѣдниками сообразно ихъ наслѣдственнымъ долямъ.

Таковы были уже начала *римскаго* права (L. 33 pr. D. de leg. II),

перешедшія (въ отношеніи Курляндіи) въ *Сводъ Прибалт. гражд. законовъ* (ст. 2164), ст. 1017 *французскаго уложенія*, статьи 2390, 2392 и 2393 *саксонскаго*, ст. 649 *австрійскаго*, ст. 2087 *цюрихскаго*, ст. 868 *итальянскаго*, ст. 2148 *германскаго уложенія*, ст. 342 *проекта Моммзена* и ст. 1009 *нидерландскаго уложенія*.

Римское право, установляя дѣленіе обязательства при множественности лицъ, обязанныхъ выдать отказъ, вовсе не допускало особой гарантіи отказопринимателя посредствомъ хотя бы взаимной поруки лицъ, обязанныхъ выдачею отказа (*Windscheid* § 626 п. 3 (прим. 13); § 648 п. 1 (прим. 1); *Koeppen* 108, II; § 116, стр. 744 п. 3-а, (прим. 4). Конечно, отъ воли самого завѣщателя зависѣло опредѣленіе того, должна ли была обязанность выдачи отказа обременять многихъ лицъ, *раздѣляясь* сообразно причитающимся въ ихъ пользу долямъ наслѣдства, или же эта обязанность возлагалась на ту же множественность лицъ *въ нераздѣльности* въ смыслѣ «корреальнаго» обязательства (ср. *Baron* § 245, п. 2, прим. 6; ср. источники: L. 8 § D. de leg. I; L. 25 pr. D. de leg. III; L. 9 pr. D. de duob. reis 45, 2). Во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что независимо отъ воли завѣщателя римское право не возлагало на лицъ, обремененныхъ отказомъ, какой-либо обязанности свыше долевой ихъ отвѣтственности. Изъ этого общаго начала допускались слѣдующія исключенія:

1) совокупная отвѣтственность всѣхъ обремененныхъ лицъ передъ легатаріемъ, въ случаѣ *недѣлимости* предмета отказа, (напр., «opus civitatis faciendum» или «statua, servitus, ceteraque, quae divisionem non recipiunt») (ср.L. 11 §§ 23 и 24 D. de leg. III. XXXII);

2) такая же отвѣтственность (на началахъ «корреальнаго обязательства) въ случаѣ завѣщательнаго распоряженія, установляющаго «*альтернативное*» обремененіе отказомъ, именно въ такой формѣ: «изъ моихъ наслѣдниковъ пусть отказъ выдастъ *или* А, или Б»; въ подобномъ случаѣ, отказъ выполняется или тѣмъ, или другимъ, нераздѣльно (*Koeppen* § 108, стр. 701, прим. 3);

3) наконецъ, третьимъ случаемъ, влекущимъ за собою совокупную отвѣтственность передъ легатаріемъ, представляется въ римскомъ правѣ такъ называемый «legatum debiti», когда наслѣдодатель завѣщаетъ своему кредитору уплату по его же претензіи, обременяя этимъ отказомъ (legatum) опредѣленное лицо. Въ подобномъ случаѣ романисты разсуждаютъ такъ: кредиторъ по собственному праву имѣетъ законное основаніе ко взысканію причитающагося ему долга съ наслѣдниковъ должника; если же должникъ оставилъ ему легатъ, возлагая

таковой на одного изъ своихъ наслѣдниковъ, то онъ тѣмъ самымъ желалъ надѣлить своего кредитора такою дополнительной выгодой, которой онъ самъ по себѣ не имѣлъ; а это именно и будетъ *обезпеченіе* его требованія *солидарною отвѣтственностью* назначеннаго по завѣщанію лица съ тѣми, кто помимо отказа уже обязанъ удовлетворить кредитора. Такимъ образомъ, при отказѣ, именуемомъ «legatum debiti», римское право признаетъ отвѣтственность, по меньшей мѣрѣ, двухъ лицъ, отвѣтствующихъ по иску отказопринимателя. Но конструкція этого вида солидарной отвѣтственности не имѣетъ общаго характера и не допускаетъ распространенія внѣ того случая, къ которому она относится (*Koeppen*, стр. 802, п. 2, прим. 9).

Такимъ образомъ, несомнѣнно, что римское право не содержитъ какой-либо усиленной гарантіи правъ легатаріевъ, сравнительно съ кредиторами; указанные случаи солидарной отвѣтственности наслѣдниковъ передъ легатаріями основаны на недѣлимости предмета отказа или на частномъ случаѣ «legatum debiti»; все это не создаетъ какой-либо льготы, вытекающей изъ природы отказовъ.

Большая часть современныхъ законодательствъ остается на почвѣ римскаго права въ томъ отношеніи, что ими или вовсе не признается совокупная отвѣтственность обременяемыхъ отказомъ лицъ, или признается какой-либо видъ совокупности, но не по общему правилу, а лишь въ связи съ случайными обстоятельствами, составляющими какъ бы частныя осложненія даннаго вопроса. Такъ, напримѣръ, нѣтъ вовсе совокупной отвѣтственности лицъ, обремененныхъ отказомъ, въ уложеніяхъ: *цюрихскомъ* (ст. 2087), *итальянскомъ* (ст. 868) и *нидерландскомъ* (ст. 1009).

Правила дѣлимости отказа придерживаются, съ допущеніемъ однако исключенія при «*недѣлимости*» отказаннаго предмета, *германское уложеніе* (ст. 2148, а также мотивы къ ст. 1843 проекта первой редакціи; ср. «Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich», V, стр. 137), ст. 345 *проекта Моммзена*, ст. 2390 *саксонскаго уложенія* и ст. 2166 *Прибалт. гражд. свода*.

Французское право даетъ легатарію гарантію совершенно иного свойства. Ст. 1017 франц. уложенія создаетъ въ обезпеченіе легатарія законную ипотеку на всѣхъ наслѣдственныхъ недвижимостяхъ; такъ что несостоятельность одного изъ наслѣдниковъ не влечетъ еще за собою утраты для легатарія той части отказа, которую долженъ былъ уплатить ему несостоятельный (согласно началу ст. 1017). Если только есть въ составѣ наслѣдства недвижимости, интересы легатарія этимъ

обстоятельствомъ гарантируются въ совершенствѣ, ибо на всѣхъ наслѣдственныхъ недвижимостяхъ, и притомъ по началу недѣлимости, свойственному ипотекѣ (ст. 2114 франц. ул.)., на всѣхъ частяхъ каждой недвижимости тяготѣетъ *вся* сумма долга или претензіи, обезпеченной данной ипотекой. Эта гарантія—римскаго происхожденія, хотя французское право придало ей такое расширеніе, котораго вовсе не было въ римскомъ правѣ. Какъ сказано выше, римское право не признавало, чтобы отдѣльный наслѣдникъ (при множественности лицъ, отвѣчающихъ передъ легатаріемъ), могъ уплатить изъ легата болѣе, нежели сообразно его наслѣдственной части. А посему, залогъ, признанный Юстиніаномъ на наслѣдственныхъ предметахъ въ пользу легатарія (L. 1 и 2 C. comm. de leg. 6, 43), служилъ не болѣе, какъ обезпечиваніемъ той части претензіи легатарія, которую обязанъ былъ уплатить ему наслѣдникъ, получившій заложенную вещь по наслѣдству, а отнюдь не обезпечивалъ взысканія всей суммы отказа. Совершенно иначе поступаетъ французскій законодатель, когда онъ *разрѣшаетъ легатарію требовать выплаты полной суммы отказа изъ залога* (ограничивая при этомъ залогъ однѣми наслѣдственными *недвижимостями* на томъ основаніи, что французское право не признаетъ ипотеки въ движимой вещи—ст. 2114). Затѣмъ уже наслѣдникъ, удовлетворившій полностью легатарія для предотвращенія продажи принадлежащей ему наслѣдственной недвижимости, не лишается права взыскивать съ каждаго изъ сонаслѣдниковъ ту часть отказа, которую онп вмѣсто него уплатилъ (ср. *Baudry et Colin* §§ 2490, 2505 и 2508).

Ст. 1409 Свода гражд. узаконеній Прибалтійскихъ губерній (отмѣненная 9 іюля 1889 года, см. Полож. о преобраз. суд. части, литера Б, ст. 1) установляла «спеціальное безмолвное закладное право» въ пользу отказопринимателя на долѣ наслѣдника, отъ котораго слѣдовало получить отказъ. Эта гарантія была тождественна съ римскимъ залоговымъ обезпечиваніемъ въ пользу легатарія и отличалась отъ легальной ипотеки 1017 ст. франц. улож. тѣми же признаками, какъ сказано выше.

Наконецъ, нельзя не упомянуть объ одномъ случаѣ прибалтійскаго права, въ которомъ отказопринимать гарантированъ отъ возможныхъ послѣдствій несостоятельности котораго-либо изъ обязанныхъ передъ нимъ наслѣдниковъ. Именно, въ Эстляндіи и Лифляндіи «отказъ выдѣляется изъ самаго наслѣдства прежде выдѣла долей наслѣдникамъ» (2164).

Подводя итогъ всему сказанному, нельзя не замѣтить, что боль-

шая часть уложеній даетъ какую-либо усиленную гарантію правъ отказопринимателей только въ видѣ спеціальныхъ исключеній и независимо отъ какого-либо общаго начала, поставленнаго въ соотношеніе съ природою отказа вообще. Одно законодательство, именно—французское, даетъ легатаріямъ весьма значительную ипотечную гарантію, но только тогда, когда въ составѣ наслѣдства оказывается какая-нибудь недвижимость.

Останавливаясь на рядѣ упомянутыхъ разнообразныхъ гарантій, ограждающихъ легатаріевь, мы не можемъ желать введенія у насъ залоговой гарантіи 1017 статьи французскаго уложенія, такъ какъ введеніе «безмолвныхъ» ипотекъ представляется принципіально нежелательнымъ и не соотвѣтствовало бы общему направленію нашихъ законодательныхъ работъ по вопросамъ залоговаго права.

Выдѣленіе же отказа изъ самаго наслѣдства, минуя личную отвѣтственность обремененныхъ наслѣдниковъ (ст. 2164 Прибалт. гражд. узак.), представляется въ Лифляндіи и Эстляндіи такимъ остаткомъ средневѣковаго германскаго права, который справедливо порицается комментаторами прибалтійскаго права на томъ основаніи, что онъ вноситъ въ систему наслѣдственнаго права непримиримое противорѣчіе съ началомъ универсальнаго преемства (Ср. *Erdmann* «System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-Est-und Kurland», III, § 245, стр. 233). Съ другой стороны, нельзя не признать весьма желательнымъ установленіе какой-лпбо гарантіи, которая давала бы спеціальное обезпечиваніе отказопринимателей, въ виду возможной несостоятельности кого-нибудь изъ лицъ, на обязанности которыхъ лежитъ выдача отказа. Цѣлымъ рядомъ преимуществъ кредиторы наслѣдодателя поставлены въ положеніе несравненно болѣе благопріятное, нежели отказопринимати. Они могутъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ получать удовлетвореніе изъ имущества самихъ наслѣдниковъ, когда выяснится недобросовѣстность наслѣдниковъ, дѣйствовавшихъ «in fraudem creditorum», и откроется основаніе къ неограниченной долговой отвѣтственности наслѣдника; наслѣдственное имущество обращается къ удовлетворенію отказопринимателей не иначе, какъ за полнымъ удовлетвореніемъ кредиторовъ; они же имѣютъ право просить о признаніи самаго наслѣдства несостоятельнымъ.

Ставя отказопринимателей въ положеніе менѣе благопріятное, сравнительно съ правами кредиторовъ наслѣдства, въ силу того именно соображенія, что кредиторы въ правѣ требовать того, чтобы смерть ихъ должника ни въ какомъ случаѣ не ухудшала ихъ правъ, такъ какъ цѣль ихъ состоитъ въ обратномъ полученіи даннаго ими

имущества, а отказопринимателн домогаются лишь обогащенія изъ щедротъ наслѣдодателя, законодатель долженъ однако оградить отказопринимателей отъ возможности неполученія предназначеннаго имъ отказа вслѣдствіе могущей наступить несостоятельности какого-либо изъ наслѣдниковъ. Нѣкоторыя законодательства достигаютъ этой пѣли тѣмъ, что предоставляютъ легатаріямъ, наравнѣ съ кредиторами, право требовать отдѣлепія наслѣдственной массы отъ всего имущества принадлежащаго наслѣднику (beneficium separationis). Таковы положенія—*Прибалтійскаго* свода (ст. 2658); *саксонскаго* уложенія (ст. 2333); *нидерландскаго* (ст. 1153); *итальянскаго* (ст. 1032); *испанскаго* (ст. 1034); *австрійскаго* (ст. 812), а также *французскаго* уложенія (ср. ст. 878 и 2111; также *Baudry et Colin* § 2509). Наоборотъ, *германское* уложеніе (ст. 1981) не упоминаетъ объ отказопринимателяхъ, предоставляя кредиторамъ наслѣдства особое право требовать, не «отдѣленія» наслѣдства отъ имущества наслѣдниковъ, а *управленія* онымъ по началамъ производства, служащаго какъ бы предисловіемъ къ конкурсу.

Я полагалъ бы правильнѣе не допускать легатаріевъ къ пользованію выгодами «beneficium separationis», предоставивъ имъ гарантію иного свойства въ видѣ круговой поруки всѣхъ лицъ, обремененныхъ отказомъ. Это облегчитъ положеніе отказопринимателей, не вынуждая ихъ къ введенію нерѣдко сложныхъ тяжбъ съ кредиторами наслѣдниковъ и упрощая дѣло тѣмъ, что имъ придется имѣть дѣло съ одними наслѣдниками; такая мѣра будетъ справедлива въ отношеніи кредиторовъ наслѣдниковъ, такъ какъ *во всѣхъ отношеніяхъ желательнѣе, чтобы тяжесть отказа лежала на наслѣдствѣ, а не на кредиторахъ наслѣдниковъ*. Наконецъ, зная о существованіи такого закона, сонаслѣдники сочтутъ себя заинтересованными въ скорѣйшемъ удовлетвореніи отказопринимателей, что, конечно, поведетъ къ упрощенію отношеній и сокращенію тяжбъ.

Подводя итоги всему сказанному, мы находимъ, что настоящее изслѣдованіе приводитъ насъ къ слѣдующимъ положеніямъ.

1) Римская система долговой отвѣтственности, допускающая неограниченную мѣру взысканія съ наслѣдника «ultra vires heredatis», съ предоставленіемъ ему льготы ограниченной отвѣтственности въ случаѣ составленія инвентаря, не представляется единственной логически возможной конструкціей, въ случаѣ признанія начала универсальнаго преемства. Римская система оправдывается исторически, но не можетъ считаться логически неизбѣжною и необходимою.

2) Германская, средневѣковая система наслѣдственнаго преемства основана была на отрицаніи универсальнаго преемства, т. е. самаго

жизненнаго элемента въ идеѣ наслѣдованія. Въ ней естественно отсутствовала неограниченная долговая отвѣтственность, такъ какъ не подлежитъ сомнѣнію, что *внѣ универсальнаго преемства быть не можетъ отвѣтственности за наслѣдственные доли «ultra vires hereditatis»*.

3) Съ другой стороны, обратное сочетаніе вполнѣ оправдывается логическимъ анализомъ. Допущеніе понятія *универсальнаго* преемства *можетъ въ равной степени сочетаться съ отвѣтственностью за наслѣдственные доли, какъ «ultra vires», такъ и «intra vires hereditatis»*. Та или другая комбинація зависитъ отъ историческихъ условій и сложившихся въ данной странѣ и въ данное время понятій справедливости и порядка долговой отвѣтственности вообще.

4) По существующимъ въ наше время повсемѣстно этическимъ взглядамъ, принудительная уплата долговъ наслѣдодателя изъ средствъ наслѣдника, при недостаточности самого наслѣдства, уже вовсе не справедлива. Поэтому желательно построеніе такой системы наслѣдованія, при которой *законодатель оградилъ бы наслѣдника отъ долговой отвѣтственности «ultra vires», не отказываясь однако отъ использованія плодовитой идеи универсальнаго преемства.*

5) Выдача отказовъ должна также быть обязательна для наслѣдника не иначе, какъ «intra vires hereditatis».

6) Допуская ограниченную отвѣтственность, какъ общее начало, мы должны, по справедливости, допустить взысканіе наслѣдственныхъ долговъ въ неограниченной мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда небрежность или недобросовѣстность самаго наслѣдника будетъ причиною неизвѣстности состава наслѣдства. Для конструкціи такой системы можно принять къ руководству общія начала германскаго уложенія.

7) *Множественность* сонаслѣдниковъ служитъ основаніемъ затруднительнаго вопроса о томъ, въ какомъ видѣ должна выражаться ихъ долговая отвѣтственность: *раздѣльно* или *совокупно*. Римское право, большая часть кодексовъ, и въ томъ числѣ нашъ X томъ Свода, признаютъ *раздѣльную* долговую отвѣтственность. Сохраненіе этой системы въ Россіи желательно на томъ основаніи, что она упрощаетъ ликвидацію наслѣдства помимо вмѣшательства властей.

8) Раздѣльность касается въ равной мѣрѣ обязанности наслѣдниковъ къ выдачѣ отказовъ. Однако, было бы цѣлесообразно установить нѣкоторую гарантію въ пользу легатаріевъ, именно—гарантію такого рода, что наслѣдники, неся передъ ними раздѣльную отвѣтственность въ доляхъ стказа, были бы однако связаны дополнительно на началахъ круговой поруки.

12. „Сбавка“ и „возвратъ“ въ связи съ учрежденіемъ „выдѣла“.

Широкое аналитическое освѣщеніе вопросовъ наслѣдственнаго права есть явленіе сравнительно новое. Еще лѣтъ 25 тому назадъ наша юридическая литература знала однѣ лишь историческія монографіи. Какъ только возникалъ вопросъ догмы, насъ отсылали къ одному только курсу Побѣдоносцева или къ Мейеру, а при умолчаніи этихъ источниковъ оставалась лишь иностранная литература, слабо проникавшая, впрочемъ, черезъ переводы, болѣе или менѣе неполные и сомнительные.

Теперь многое измѣнилось. Появились солидные труды, комментаріи, системы. Умножились статьи въ спеціальныхъ журналахъ. Русскій юристъ сталъ интересоваться такими институтами наслѣдственнаго права, о которыхъ онъ до недавняго времени имѣлъ едва опредѣлившіяся, въ своихъ очертаніяхъ, понятія. Стоитъ лишь назвать вопросъ о «commorientes», поколѣнное преемство, право представленія, обязательную долю съ вытекающей изъ нея *«сбавкой»*, трансмиссію, субституцію, фидеикоммисъ, инвентарное или бенифиціарное наслѣдованіе, сепарацію, универсальное преемство и понятіе легатарія, выдѣлъ и *«возвратъ»*, сезину и вообще отношеніе между институтами владѣнія и наслѣдованія и т. д.

Въ выясненіи этой массы, какъ-бы сказать, «новинокъ»—значительную службу сослужили намъ усиленная разработка римской догмы въ университетахъ, направленіе части нашихъ юридическихъ силъ къ разработкѣ проекта будущаго гражданскаго уложенія, въ связи съ общимъ изученіемъ современныхъ законодательствъ, наконецъ окончаніе въ Германіи капитальныхъ трудовъ предшествовавшихъ обнародованію Германскаго уложенія.

Несомнѣнное значеніе имѣло также распространеніе общерусской судебной реформы, въ 1875 году, на Привислинскій край, въ 1889 году—на Прибалтійскій. Постепенно уходили годы. Юристы, научившіеся обращаться съ французскимъ уложеніемъ на берегахъ Вислы и съ сводомъ Прибалтійскихъ узаконеній на берегахъ Двины, попадая со временемъ въ ряды Правительствующаго Сената, приносили съ собою такой плюсъ, который не такъ-то легко пріобрѣтался на одномъ практикованіи X тома свода законовъ.

Послѣ этого краткаго введенія, читатель не посѣтуетъ на насъ за то, что мы прямо приступимъ къ предмету настоящаго изслѣдованія.

Что такое *«сбавка»*; что такое *«возвратъ»*?

Первое понятіе вытекаетъ изъ института обязательной доли. Второе—относится къ ученію о выдѣлѣ.

Какъ извѣстно, институтъ обязательной доли допускаетъ принудительное ограниченіе воли наслѣдодателя въ нѣкоторой, закономъ опредѣленной долѣ того, что каждому наслѣднику слѣдуетъ, за отсутствіемъ завѣщанія.

Возьмемъ простѣйшую конструкцію этого понятія, именно ту, которая содержится къ Германскомъ уложеніи, предоставляющемъ необходимому наслѣднику въ видѣ обязательной доли, *половину* того, что онъ имѣетъ получить безъ завѣщанія. Если наслѣдодатель нарушитъ эту обязательную для него границу, необходимый наслѣдникъ потребуетъ присужденія ему обязательной доли судомъ, вопреки волѣ завѣщателя. Это и есть «сбавка» («réduction», во французскомъ правѣ).

Совершенно инымъ представляется, по своему основанію, «возвратъ», какъ послѣдствіе выдѣла. Какъ извѣстно, выдѣломъ почитается дареніе, сдѣланное будущимъ наслѣдодателемъ своему предполагаемому наслѣднику, съ тѣмъ, чтобы подаренное было сочтено какъ-бы предвареніемъ наслѣдства. Если законодатель проводитъ эту мысль во всѣхъ ея логическихъ послѣдствіяхъ, то онъ долженъ допустить (на подобіе ст. 843 Code civil), что выдѣленный наслѣдникъ обязанъ, по открытіи наслѣдства, уравнить свою часть съ частями прочихъ сонаслѣдниковъ и *возвратить* полученный имъ излишекъ, если наслѣдодатель не освободилъ его, при самомъ выдѣлѣ, отъ возврата.

Отсюда ясно, какая глубокая разница существуетъ между «сбавкой» и «возвратомъ».

Первое дѣйствіе идетъ *противъ* воли завѣщателя и разрушаетъ ея предположенія. Второе («rapport», римская «collatio») предполагается въ *согласіи* съ волею лица, умершаго безъ завѣщанія, и принципіально дополняетъ ее, не болѣе.

Установивъ это основное различіе, мы перейдемъ къ вопросу о желательномъ отношеніи нашего будущаго гражданскаго закона къ тому и другому понятію.

Останавлпваться на первомъ понятіи мы не будемъ. Здѣсь спорятъ лишь о томъ, слѣдуетъ-ли ввести у насъ институтъ обязательной доли, или нѣтъ? Въ случаѣ утвердительнаго отвѣта, установленіе, «сбавки» является неизбѣжнымъ и тутъ уже спора нѣтъ.

По второму понятію (о возвратѣ) постановка вопроса гораздо интереснѣе. Въ противоположность предъидущему, никто не споритъ противъ исходной точки, и всѣ согласны съ сохраненіемъ права наслѣдодателя выдѣлять при жизни кого-либо изъ наслѣдниковъ. Но

затѣмъ, далѣе ужъ начинается область спора: справедливо-ли считать наслѣдниковъ по закону неравно надѣленными въ силу выдѣла? Другими словами, слѣдуетъ-ли допустить, какъ нормальную интерпретацію воли наслѣдодателя, оставленіе всего выданнаго при жизни имущества во владѣніи выдѣленныхъ наслѣдниковъ, допуская ихъ *безъ возврата* къ новому и полному участію въ наслѣдованіи, или нѣтъ?

Вопросъ этотъ крайне интересенъ. Мы постараемся выяснить, въ какомъ смыслѣ желательно его разрѣшеніе.

Нынѣ дѣйствующее у насъ право содержится въ статьяхъ 996—998, 1003, 1004 и 1320—1 ч. X т. св. зак. и въ рѣшеніяхъ гражд. касс. деп. Прав. Сената № 76/280, 86/60, 88/91, 90/40 и 90/55.

Не подлежитъ сомнѣнію, что понятіе «возврата» чуждо нашему дѣйствующему праву; содержащіяся въ статьяхъ 996—998-ой 1-ой части X тома указанія на возможность позднѣйшаго «дополненія» полученной выдѣленнымъ наслѣдникомъ части, равно какъ указанія, содержащіяся въ ст. 996 на возможность урѣзки излишка, не касаются «возврата»; такъ какъ рѣчь идетъ, въ этихъ статьяхъ, объ ограниченіяхъ обыкновенныхъ послѣдствій выдѣла, каковыя ограниченія основаны на свойствѣ родовыхъ имуществъ и являются обязательными для самого наслѣдодателя, что собственно относилось бы скорѣе къ институту «сбавки», а не къ «возврату».

Сохраненіе точки зрѣнія дѣйствующаго права отнюдь не представляется желательнымъ, разъ нельзя указать какихъ-либо дѣйствительныхъ преимуществъ такого недоразвитія института наслѣдственнаго права. Въ дальнѣйшемъ изложеніи имѣетъ быть подробнѣе развита именно послѣдняя точка зрѣнія, вслѣдствіе которой *несуществованіе такого справедливаго уравнительнаго средства, какъ «возвратъ»*, есть признакъ неполнаго развитія юридическаго мышленія и является слѣдомъ наиболѣе первобытнаго общественнаго склада, что можетъ быть убѣдительно выясненно при сравненіи положеній Свода съ обычнымъ правомъ и затѣмъ—съ древнѣйшимъ римскимъ правомъ.

Изъ изслѣдованія *В. Ф. Мухина* «обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ» (стр. 83) видно что «выдѣлъ по обычаю» (безъ различія родоваго имущества отъ благопріобрѣтеннаго) представляетъ ту особенность, что *выдѣленный долженъ довольствоваться тѣмъ, что имъ получено, не требуя для себя ничего болѣе.* Этотъ фактъ имѣетъ глубокое значеніе. Изъ него можно вывести, что X томъ Свода Законовъ знаетъ двѣ системы, параллельно существующія, для

опредѣленія значенія выдѣла: одну систему, согласную съ обычнымъ правомъ, другую—съ нимъ несогласную. Такимъ образомъ, система обычнаго права служитъ:

а) для благопріобрѣтенныхъ имуществъ, по общему закону Имперіи, и

б) для всякаго рода имуществъ—въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской.

Уклоненіе же отъ системы обычнаго права представляется только для *родовыхъ* имуществъ, по общему закону Имперіи. Это *уклоненіе отъ обычнаго права* состоитъ въ томъ, что тутъ «*выдѣлъ самъ по себѣ*», однимъ юридическимъ своимъ значеніемъ *не исчерпываетъ наслѣдственной доли*: онъ исчерпываетъ ее только своимъ количествомъ, буде оно вполнѣ соотвѣтствуетъ величинѣ наслѣдственной доли. Если оно ниже сей доли, то *можно еще требовать дополненія, при раздѣлѣ наслѣдства*» (Ср. Побѣдоносцева «Курсъ Гражд. Права», т. 2 стр. 404).

Если принять въ соображеніе, что послѣднія уклоненія отъ положеній обычнаго права исключительно обусловлены тѣми ограниченіями правъ наслѣдодателя, которыя возникаютъ изъ идеи родовыхъ имуществъ, то будетъ вполнѣ правильно считать, что *преобладающее значеніе* въ русскомъ правѣ должно быть признано *за тѣмъ понятіемъ о выдѣлѣ, какое выработано въ обычномъ правѣ.*

Между тѣмъ, это преобладающее понятіе стоитъ въ связи съ такими первобытными представленіями, которыя свойственны древнѣйшему складу жизни, но сохраненіе коихъ едва-ли представляетси желательнымъ. Извѣстно, что «основною формою семейно-имущественныхъ отношеній въ крестьянскомъ быту является *общая семейная собственность*» (Ср. Мухина, стр. 98). «При существованіи общей семейной собственности, не можетъ быть рѣчи объ открытіи наслѣдства въ томъ смыслѣ, какъ оно понимается въ писанномъ правѣ. Происходитъ только распаденіе семейнаго имущества» (Ср. Мухина, стр. 99). Такимъ образомъ, выдѣляемый при жизни наслѣдодателя членъ семейства является *лицомъ, содѣйствующимъ*, насколько дѣло касается его части, *преждевременному распаденію семейнаго имущества*, а потому лицомъ, не желающимъ болѣе учавствовать въ общихъ трудахъ членовъ семьи, направленныхъ къ преуспѣванію общаго семейнаго имущества, стало-быть—*чужимъ* человѣкомъ.

Со дня выдѣла, выдѣленный членъ первобытной семьи *перестаетъ лично принадлежать къ семьѣ.* «Выдѣлъ въ обычномъ правѣ есть прежде всего выходъ члена семьи изъ подъ семейнаго авторитета»

(Мух., стр. 79). «Выдѣлившійся, какъ *вышедшій изъ подчиненія семейной власти*, перестаетъ быть членомъ семьи, а стало-быть и участникомъ въ общемъ, семейномъ имуществѣ (Ср. Мух., стр. 81).

Таково основное положеніе обычно-правоваго воззрѣнія на выдѣлъ. Вотъ почему выдѣлъ разсматривается въ обычномъ правѣ какъ *наказаніе*, стоящее во власти главы семейства, которому дается, такимъ путемъ, «возможность устранить извѣстнаго члена семьи отъ участія въ раздѣлѣ имущества, въ наказаніе за его строптивость или нравственную негодность вообще». Такая мѣра соотвѣтствуетъ значенію института «лишенія наслѣдства по недостойности». (Ср. Мухина, стр. 83 и 84). А такъ какъ дальнѣйшимъ послѣдствіемъ общности семейнаго имущества является допущеніе къ участію въ раздѣлѣ, послѣ смерти главы семейства, только тѣхъ лицъ, которыя до конца *принадлежали къ семьѣ, на правахъ ея членовъ* (ср. Мухина, стр. 101), то отсюда вытекаетъ вполнѣ логично, что, съ точки зрѣнія обычнаго права, *выдѣленное лицо не можетъ ни подъ какимъ видомъ участвовать въ раздѣлѣ, такъ какъ это лицо уже не пользуется правами члена семьи.* «Разъ выдѣлившійся считается навсегда выдѣленнымъ и, по общему правилу, теряетъ право на участіе въ семейномъ имуществѣ какъ вообще, такъ и по отношенію къ тому моменту, когда это участіе дѣлается основаніемъ права наслѣдованія (тамъ-же, стр. 82).

Приведенные выводы одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей нашего обычнаго права достаточно рельефно представляютъ суть дѣла. Понятіе выдѣла, сохранившееся въ сводѣ и предполагающее полное прегражденіе всякаго дальнѣйшаго участія выдѣленнаго въ наслѣдованіи, есть понятіе непосредственно вытекающее изъ того, что выдѣлъ по обычному праву есть прежде всего *разрывъ семейнаго авторитета* въ такомъ быту, который уподобляетъ наслѣдованіе ликвидаціи семейной общности имущества (Ср. въ кн. Мухина, стр. 51, 53, 99 и др.).

Нечего настаивать на томъ, насколько этотъ кругъ понятій далекъ отъ условій современнаго быта, проникнутыхъ началомъ полной собственности, по крайней мѣрѣ для наиболѣе культурныхъ слоевъ русскаго общества.

Зато можно встрѣтить довольно полную аналогію этого склада понятій въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ.

Продуктомъ древнѣйшей эпохи, предшествовавшей изданію XII таблицъ, является, какъ извѣстно, понятіе «sui heredes». Къ нимъ относятся извѣстныя мѣста источниковъ, стоящія особнякомъ среди другихъ текстовъ позднѣйшихъ временъ, какъ уцѣлѣвшіе отголоски

доисторической эпохи, столь близко походившей своимъ семейно-общиннымъ складомъ на наше современное обычное право. Эти извѣстныя мѣста суть: I. 11 D. XXVIII, 2 (Paulus) и Inst. Gai c. II §§ 157 и 158. Мы знаемъ характерное мѣсто этихъ цитатъ: «qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur»—ясное указаніе на существованіе семейной общности имущества.

Одновременно съ такими чертами семейнаго права, существовало безусловное исключеніе отъ наслѣдованія тѣхъ лицъ, которыя вышли изъ авторитета отцовской власти («emancipati»). Они только въ позднѣйшее время возведены были въ положеніе наслѣдниковъ, въ силу преторскаго эдикта (I-й классъ: «bonorum possessio unde liberi». Ср. *Sohm* «Institutionen des römischen Rechts, стр. 388). Здѣсь нельзя не усмотрѣть аналогіи съ послѣдствіями «выдѣла» по началамъ русскаго обычнаго права.

Когда-же послѣдовало ихъ уравненіе, то эманципированные все-таки были вынуждены подчиниться слѣдующей тягости, свидѣтельствовавшей, насколько самый актъ эманципаціи отчуждалъ ихъ отъ круга семейной общности: они обязаны были «возвращать» въ общую наслѣдственную массу *ими-же пріобрѣтенное* со времени эманципаціи имущество. «Когда римскій преторъ даровалъ имъ законное право наслѣдованія и необходимую долю, наравнѣ съ прочими ближайшими наслѣдниками, оставшимися во власти наслѣдодателя, тогда имъ было принято въ разсчетъ, что было-бы несправедливо создавать для нихъ такое преимущество, вслѣдствіе коего имъ было бы предоставлено все пріобрѣтенное ими со дня эманципаціи имущество, между тѣмъ какъ оставшіеся подъ властью наслѣдодателя отдавали-бы свои пріобрѣтенія ему-же, т. е. въ приращеніе семейнаго имущества» (ср. Windscheid § 609, п. 1). Впослѣдствіи, когда идея общности семейнаго имущества повидимому ослабѣла, «возвращеніе» пріобрѣтеннаго со времени эманципаціи сдѣлалось необязательнымъ и вышло изъ употребленія. Остался-же въ юстиніановской, т. е. позднѣйшей юриспруденціи только нынѣ употребительный видъ «колляціи», т. е. «возврата»—именно: возвратъ въ наслѣдственную массу того, что наслѣдникъ, претендующій на раздѣлъ, получилъ при жизни наслѣдодателя какъ даръ, въ счетъ его законной части (ср. Windscheid § 609, стр. 250 и 251).

Подводя итоги всему вышеизложенному, слѣдуетъ признать:

а) что обычно-правовая идея «выдѣла», не допускающая послѣдующаго участія выдѣленнаго въ наслѣдованіи, есть идея вовсе не современная, а первобытная, стоящая въ тѣсной связи съ понятіемъ

общности семейнаго имущества и съ патріархальной абсолютностью семейной власти, выходъ изъ которой превращаетъ человѣка самаго близкаго по крови въ чужаго и посторонняго человѣка;

б) что совершенно аналогичныя явленія повторялись также въ первичныхъ стадіяхъ развитія римскаго права, въ исключительномъ положеніи «sui heredes», въ исключеніи «emancipati» отъ наслѣдованія, наконецъ въ обязанности ихъ вносить всѣ позднѣйшія ихъ пріобрѣтенія (старая форма «колляціи»), когда преторъ сталъ допускать ихъ къ участію въ наслѣдованіи;

в) что римское право времени Юстиніана уже совершенно отрѣшилось отъ этой архаической системы и, вмѣстѣ съ освобожденіемъ отъ нея, по мѣрѣ индивидуализаціи гражданскаго права, успѣло выдвинуть (съ исключительнымъ уже значеніемъ), ту форму «колляціи», которая впослѣдствіи создала современный институтъ «возврата» («rapport» французскаго уложенія), и

г) что, наконецъ, нельзя считать обязательнымъ сохраненіе, въ данномъ случаѣ, положеній обычнаго права въ нашемъ будущемъ гражданскомъ законѣ, разъ выяснено, что эти положенія соотвѣтствуютъ совершенно исключительнымъ условіямъ древняго быта. При такомъ положеніи вопроса, нѣтъ достаточныхъ основаній къ тому, чтобы задерживать русское право наслѣдованія по пути его дальнѣйшаго развитія, ведущаго къ неизбѣжному образованію института «возврата».

---

13. Замѣтки по библіографіи наслѣдственнаго права.

Revue Trimestrielle de Droit Çivil.

Крупною новинкою, въ юридической періодической литературѣ, является появленіе новаго французскаго журнала, спеціально посвященнаго гражданскому праву. Во главѣ стоятъ имена, пользующіяся давно заслуженною, почетною извѣстностью: парижскій профессоръ *Эсмэнъ*, авторъ сочиненій по исторіи французскаго права; *Салэйль*, парижскій профессоръ, знатокъ германской цивилистики; *Альберъ Валь*, авторъ солиднаго труда о французскомъ наслѣдственномъ правѣ, входящаго въ составъ громаднаго своднаго сочиненія «Traité théorique et pratique de droit civil» de Baudry-Lacantinerie; наконецъ парижскій профессоръ *Массильи*.

Судя по первому выпуску, новый цивилистическій журналъ обѣщаетъ большой интересъ. Въ первомъ выпускѣ (1902 г.) мы отмѣтимъ слѣдующія статьи:

а) A. Esmein—La jurisprudence et la doctrine (Эсмэнъ—Судебная практика и наука).

Авторъ отмѣчаетъ знаменательное явленіе въ развитіи той тѣсно понимаемой правовой науки, которая въ XIX вѣкѣ развилась на почвѣ французскаго кодекса. Судебная практика окрѣпла и углубилась, воздѣйствуя на первоначальное значеніе текста и проникая въ самую теорію права, долго чуждавшуюся этого новаго фактора праворазвитія. Г. Эсмэнъ показываетъ, какимъ образомъ сначала глубокая рознь между практикой и наукой замѣняется періодомъ взаимнаго проникновенія, который поведетъ къ дальнѣйшему еще сближенію, въ коемъ наука перенесетъ свои главныя заботы съ голаго текста на изученіе и комментированіе судебныхъ рѣшеній. Они ближе къ неожиданностямъ жизни. Ими выдвигаются подъ-часъ новые институты, даже не указанные законодателемъ. Изъ этого источника возникнутъ даже обновленные методы изслѣдованія.

б) Albert Wahl—L'assurance en cas de décés au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses (Альберъ Валь—Страхованіе жизни съ точки зрѣнія наслѣдственнаго возврата, наслѣдственной сбавки и возмѣщеній въ пользу супружескаго общаго имущества).

При строго проведенной обязанности наслѣдника къ возврату въ наслѣдственную массу всѣхъ полученныхъ имъ отъ наслѣдодателя даровъ, передъ вычисленіемъ его части (rapport, collation), а равно при таковой же, но еще болѣе абсолютной обязанности урѣзывать изъ завѣщанной ему части весь полученный имъ, свыше обязательной доли, избытокъ дареній (réduction), французское право представляетъ интересныя рѣшенія загадокъ, возникшихъ лишь въ самое новѣйшее время, съ умноженіемъ видовъ договора страхованія, которыхъ не знали прежніе вѣка. Обязанъ ли наслѣдникъ, получающій застрахованный капиталъ, со смертью наслѣдодателя, подчиняться обязанностямъ возврата или сбавки въ пользу наслѣдственной массы или же возмѣщать убыль въ пользу общаго брачнаго имущества, если страхователь былъ въ бракѣ, на правахъ имущественной общности.

Судебная практика установила взглядъ, что выгодополучатель по страховому договору, не состоящій въ числѣ наслѣдниковъ, не получая застрахованнаго капитала по праву наслѣдованія, не обязывается ни возвратомъ, ни сбавкою къ пополненію въ наслѣдственную массу

капитальной суммы, получаемой имъ послѣ смерти страхователя; въ этомъ смыслѣ сложилась прочная судебная практика во Франціи, въ Бельгіи, въ Германіи, въ Италіи, въ Испаніи, въ Люксембургѣ, въ Португаліи, въ Мексикѣ, въ Румыніи и въ Англіи.

Болѣе спорнымъ является вопросъ о возвратѣ, сбавкѣ и возмѣщеніи, касающихся не всего застрахованнаго капитала, а только внесенныхъ умершимъ страховыхъ премій, когда выгодополучатель состоитъ наслѣдникомъ.

Разсмотрѣвъ подробно указанія судебной практики, г. Валь приходитъ къ тому заключенію, что возвратъ и возмѣщеніе премій очевидно необязательны, но что страховыя преміи не могутъ быть ограждаемы отъ сбавки, по началу пополненія обязательной доли.

в) Saleilles—Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents (Салейль—Историческая школа и естественное право, по нѣкоторымъ новѣйшимъ изслѣдованіямъ).

Статья посвящена новѣйшей реакціи идеи естественнаго права, которую долгое время считали похороненною, во имя торжества исторической школы.

Раздаются на родинѣ Савиньи и Пухты смѣлые голоса, обвиняющіе представителей торжествующей школы въ томъ, что они, главнымъ образомъ, задерживаютъ ходъ впередъ юридической мысли.

Авторъ приводитъ замѣчательныя письма анонимнаго, но мастистаго юриста—«Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft». Возрождается естественное право въ смыслѣ розысканія началъ, стоящихъ надъ позитивнымъ правомъ и внѣ его формально незыблемой системы.

Это прежде всего принципъ «de lege ferenda». Однако, нѣкоторые писатели идутъ далѣе и предвидятъ пользу этого начала и для судьи.

По этому пути идетъ французскій писатель *Жени* (Geny—Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, 1899 г.).

Однимъ изъ піонеровъ новаго ученія является, въ Германіи, однофамилецъ великаго основателя исторической школы, *L.von Savigny* («Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung»—въ «Jahrbuch für Gesetzgebung» и т. д. Schmoller'a, за 1901 г.).

Г. Салейль разсматриваетъ цѣлый рядъ начертаній, ведущихъ къ реализаціи нѣсколько витающей мысли естественнаго права, и находитъ конечный практическій исходъ въ отожествленіи естественнаго права съ понятіемъ сравнительнаго правовѣдѣнія.

г) J. Charmont—L'abus du droit (Шармонъ—О злоупотребленіи своимъ правомъ).

Авторъ, соглашаясь съ новѣйшимъ изслѣдованіемъ г. Боска (J. Bosc — Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, Montpellier, 1901 г.), оспариваетъ традиціонный взглядъ, отрицающій возможность причиненія гражданскаго ущерба внѣ запрещеннаго закономъ дѣянія. Напротивъ, подъ вліяніемъ жизненныхъ фактовъ, приходится допускать случаи гражданской отвѣтственности вслѣдствіе дѣйствій, не содержащихъ въ себѣ прямого правонарушенія. Здѣсь возникаетъ идея такого рода: пользуйся твоимъ правомъ, но не злоупотребляй имъ въ ущербъ другому. Этотъ принципъ лежитъ въ основаніи ст. 1382 французскаго уложенія. Лѣтъ 20 назадъ, этотъ вопросъ мало занималъ юристовъ. Нынѣ разработка его требуется настоятельно, въ силу значенія, пріобрѣтаемаго съ каждымъ днемъ столкновеніемъ правъ и интересовъ разныхъ общественныхъ группъ— въ стачкахъ, рабочихъ синдикатахъ, наймѣ услугъ, полемикѣ газетъ, задѣвающихъ такъ или иначе частныхъ лицъ и т. д. Идея справедливости постепенно расширяется и вызываетъ, какъ въ общественной совѣсти, такъ и въ судебной практикѣ, репрессію такихъ дѣяній, которыя въ недавнее время считались безразличными.

д) E. Gaudemet—Des rapports juridiques entre te retour successoral et le retour conventionnel (Э. Годемэ—О юридическомъ сходствѣ возвращенія по наслѣдству къ восходящимъ и договорнаго возвращенія дарителю).

Во французскомъ правѣ существуютъ два самостоятельныхъ типа возвращенія даренія: одно—основано на открытіи наслѣдства послѣ одареннаго, когда имущество возвращается восходящему «яко даръ» (ст. 747 франц. гражд. ул.); другое основано на договорѣ даренія. въ коемъ даритель оговорилъ возвращеніе къ нему имущества, въ случаѣ предшествующей смерти одареннаго (ст. 951—952 франц. ул.). Природа того и другаго дѣйствія не тождественна, такъ какъ въ первомъ случаѣ она слѣдуетъ законамъ наслѣдственнаго права, а во второмъ—носитъ на себѣ отпечатокъ договорнаго права. Возникъ однако вопросъ: можно ли допустить совмѣстное дѣйствіе того и другаго начала? является ли возможность взаимнаго проникновенія между ними? Напримѣръ, можетъ ли восходящій родственникъ совершить дареніе, оговоривъ его такимъ резолютивнымъ условіемъ, которое даетъ одаренному бо̀льшія или меньшія права противъ 747 ст. фр. ул., и будетъ ли эта статья примѣнятся совмѣстно съ волею дарителя? Кассаціонный судъ натолкнулся въ 1901 году на этотъ вопросъ въ такомъ видѣ: можетъ ли восходящій даритель обусловить возвращеніе дара и, тѣмъ не менѣе, оставить неприкосновенными

права супруга одареннаго, имѣющія осуществиться съ открытіемъ его наслѣдства, съ примѣненіемъ 747 статьи? Кассаціонный судъ отвѣтилъ на этотъ вопросъ отрицательно.

Авторъ входитъ въ критическій разборъ объемистой литературы вопроса и находитъ, что одновременное допущеніе обоихъ основаній возвращенія дара вовсе не противорѣчитъ ихъ обоюдному характеру, такъ какъ природа того и другаго сводится къ договорному основанію, которое лишь скрыто, въ видѣ презумпціи, въ смыслѣ 747 статьи, составляя какъ-бы *исключеніе изъ общаго правила*, не допускающаго договорнаго наслѣдованія.

По поводу такого результата изслѣдованія, авторъ дѣлаетъ общее замѣчаніе, такъ сказать методологическаго характера, которое роднитъ его съ группой писателей, видимо проводящихъ въ «Revue de Droit Civil» совершенно опредѣленныя новыя начала построенія гражданско-правовой догмы, ссылаясь при этомъ на книгу *Жени*, неоднократно цитированную уже въ этомъ журналѣ. «Наши выводы»,—говоритъ авторъ,—«подтверждаютъ тѣ истины, которыя Жени такъ превосходно изложилъ въ своей замѣчательной книгѣ «*О методѣ въ гражданскомъ правѣ*—(Gény: de la méthode en droit privé)—а именно, что законные институты и построенія судебной практики не должны быть безусловно сводимы къ логическимъ понятіямъ, во всей ихъ простотѣ и отвлеченности; юридическая правда такъ же сложна, какъ самая жизнь, и въ нее входятъ нерѣдко противорѣчивые составные элементы. Истолкованіе закона должно задаваться цѣлью пониманія его соціальнаго назначенія, а не одного только опредѣленія общихъ началъ, нежелательнымъ образомъ обостряющихъ отвлеченное значеніе и рѣзкость самаго закона».

e) A. Wagner—L'administration légale des biens personnels des enfants mineurs (А. Вагнеръ—Законное управленіе отдѣльныхъ имуществъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей).

Здѣсь также проглядываетъ раціональное стремленіе къ прогрессу и улучшенію французскаго кодекса, руководствуясь опытомъ другихъ народовъ. Опека надъ отдѣльнымъ имуществомъ несовершеннолѣтняго, будучи назначаема въ лицѣ его отца, не должна быть безконтрольна; опекунское право отца не вытекаетъ изъ отцовской власти. Желательна здѣсь реформа французскаго уложенія, по примѣру законовъ нидерландскихъ, итальянскихъ, германскихъ и испанскихъ.

Въ обширныхъ библіографичсскихъ справкахъ послѣдней книги того же журнала, мы находимъ указаніе на рефератъ *A. Saleilles*—Sur la succession paysanne dans l'Avant-Projet du Code Civil Suisse

(Салейль—Крестьянскій порядокъ наслѣдованія по предварительному проекту швейцарскаго гражданскаго уложенія). Этотъ рефератъ опубликованъ въ «Réforme Sociale» 17 іюля 1902 года. Швейцарскій проектъ предусматривалъ три способа предотвратить раздробленіе или продажу наслѣдниками сельскохозяйственныхъ или промышленныхъ обзаведеній: завѣщатель въ правѣ назначить имѣніе такого рода одному наслѣднику, безъ ограниченія; наслѣдники могутъ поручить одному изъ нихъ управленіе, подъ обязанностью отчета, но съ тѣмъ, что управитель считается собственникомъ для третьихъ лицъ; наконецъ, назначеніе одного наслѣдника управителемъ, съ обязанностью выплачивать опредѣленныя суммы другимъ наслѣдникамъ, можетъ послѣдовать по распоряженію суда.

Та же книжка содержитъ обозрѣніе судебной практики Франціи, Бельгіи и Голландіи. Ею заключается первый годъ существованія «Revue de Droit Civil», а потому къ ней приложенъ тщательно составленный алфавитный указатель.

III. ОБЫЧНОЕ ПРАВО.

1. О задачахъ новаго отдѣленія обычнаго права С.-Петербургскаго Юридическаго Общества.

Рѣчь, произнесенная 20 декабря 1897 г. въ засѣданіи отдѣленія обычнаго права С.-Петербургскаго Юридическаго Общества дѣйствительнымъ членомъ общества А. А. Башмаковымъ.

Прислушиваясь къ нѣкоторому обмѣну мыслей между членами общества, я постараюсь выразить въ чемъ видны, въ настоящемъ положеніи дѣла, по моему личному мнѣнію, задачи новаго отдѣленія, отвѣчая тѣмъ самымъ на сомнѣнія тѣхъ, которые склонны полагать, что такихъ особенныхъ задачъ быть не можетъ, разъ уже существуетъ спеціальная коммисія для собиранія юридическихъ обычаевъ при этнографическомъ отдѣленіи Императорскаго Географическаго Общества.

Нечего и говорить, что наше молодое отдѣленіе,—выступая въ поле съ надеждою направить на это дѣло по возможности многочисленныя силы, среди которыхъ не малое значеніе будетъ надѣлено дѣятелямъ изъ рядовъ молодежи, хотя и неопытной, но чающей жизненныхъ задачъ,—не можетъ и не должно претендовать на то, чтобы сдѣлать то самое, чѣмъ занята упомянутая коммисія—и на то, чтобы сдѣлать это лучше, нежели коммисія. Нѣтъ, передъ тѣмъ, какъ сосчитать наши собственныя силы и взяться за новыя задачи, мы должны вспомнить, съ чувствомъ благоговѣйной признательности, тѣ слѣды могучей мыслительной дѣятельности, которые оставили на этомъ пути Николай Васильевичъ Калачевъ и Семенъ Викентьевичъ Пахманъ! Лучшій и высшій привѣтъ, которымъ можно было-бы встрѣтить зарожденіе новаго отдѣленія, заключается въ словахъ: Дай Богъ будущимъ труженикамъ совершить *равное* тому, что сдѣлали въ

прошломъ упомянутые дѣятели, продолжая, въ разнообразныхъ развѣтвленіяхъ намѣченнаго ими пути, то, чему начало было ими-же вложено въ русскую науку!

Въ дальнѣйшемъ развитіи дѣла предвидится параллельная дѣятельнось коммисіи, состоящей нынѣ подъ предсѣдательствомъ С. В. Пахмана, съ нашимъ отдѣленіемъ. Для наиболѣе яснаго и разумнаго разграниченія того и другого рода дѣятельности, мы должны припомнить, въ чемъ и въ какомъ направленіи выражается характеръ коммисіи, намѣченныхъ ею задачъ, произведенныхъ ею трудовъ. Коммисія задалась цѣлью вызвать, посредствомъ составленной и разосланной въ 1889 году *программы*,—поступленіе къ ней отвѣтовъ на вопросы содержащіеся въ программѣ, съ цѣлью изготовить *сборникъ*, выходящій въ неопредѣленные сроки. —I-й томъ вышелъ, какъ извѣстно, въ 1878 году; II-й томъ изготовляется къ печати. Значительный матеріалъ, поступившій въ распоряженіе коммисіи, обрабатывается и будетъ обрабатываться ею, а изъ него составятся послѣдующіе томы того-же сборника.

Нашему отдѣленію нѣтъ дѣла до принятія участія въ этихъ трудахъ. Мы съ живѣйшимъ участіемъ и интересомъ будемъ ожидать появленія въ свѣтъ обѣщанныхъ томовъ; но работа ведущая къ этой цѣли не есть то, ради чего наше отдѣленіе родилось. Мы ищемъ другого дѣла; наша дѣятельность будетъ обращена въ другую сторону. Таково первое, такъ сказать *отрицательное* опредѣленіе нашей программы.

Спрашивается, гдѣ же эта область труда, лежащая *за предѣлами* дѣятельности коммисіи, на которую мы должны направить наши усилія?

Если вдуматься въ характеръ общественной иниціативы, въ то именно, чѣмъ можетъ быть работа обширнаго общества, а не ограниченнаго числа лицъ, составившихъ изъ себя коммисію, то сразу и выяснится, въ чемъ естественная разница между *задачами ученой коммисіи* и задачами, хотя бы и однородными, *могущими быть предложенными цѣлому обществу*.

Коммисія поставила извѣстные вопросы, и я долженъ сказать, она ихъ не только прекрасно поставила, но и съ желательнымъ разнообразіемъ и удобопонятностью. А затѣмъ ей уже приходилось ждать и ждать годами поступленія тѣхъ отвѣтовъ, которые могутъ дать изслѣдованія и мѣстныя наблюденія лицъ ей неизвѣстныхъ, ею заранѣе не направляемыхъ и вообще не состоящихъ ни въ какой органической связи съ самой коммисіей.

Общество, напротивъ, обладая по своему устройству, возможностью безпредѣльнаго роста и умноженія своихъ «членовъ сотрудниковъ»— можетъ дойти до того, что цѣлая сѣть этихъ дѣятелей и наблюдателей мѣстной народной жизни, будучи разсѣяны по всему лицу русской земли, будутъ состоять въ тѣсной связи общественной организаціи съ однимъ, а можетъ быть и съ нѣсколькими центрами. Я говорю—съ *однимъ* центромъ, потому что С.-Петербургское юридическое общество приняло на себя первоначальную иниціативу въ этомъ дѣлѣ и до тѣхъ поръ, пока не будетъ ему подражателей, желательно соединить въ однѣ его руки, до поры до времени, дѣятельныхъ сотрудниковъ въ самыхъ отдаленныхъ частяхъ нашей родины. Но я упомянулъ о *нѣсколькихъ* центрахъ въ той надеждѣ, что дѣло разрастется, примѣръ нашъ окажется заразительнымъ и такая гегемонія надо надѣяться, со временемъ ускользнетъ изъ рукъ иниціаторовъ, когда провинціальныя юридическія общества пожелаютъ раздѣлить начатый трудъ. Въ случаѣ успѣха, вся поверхность Россіи раздѣлится на раіоны, и намъ уже выпадетъ болѣе облегченная задача вѣдать только *сѣверныя* губерніи и слѣдить, по соглашенію съ другими обществами, за единообразнымъ веденіемъ дѣла въ прочихъ обществахъ, когда они согласятся вести дѣло сообща. Наряду съ образованіемъ *новыхъ центровъ общаго руководства*, одною изъ первыхъ заботъ нашего отдѣленія, а затѣмъ и тѣхъ обществъ которыя пойдутъ по тому-же пути, будетъ *напутствіе мѣстныхъ наблюдателей* и распредѣленіе между членами редакціоннаго комитета и его ближайшими сотрудниками нелегкой обязанности періодически списываться, слѣдить за дѣятельностью этихъ сотрудниковъ, запрашивая ихъ отъ времени до времени о встрѣчаемыхъ ими затрудненіяхъ и о причинахъ замедленія въ доставленіи свѣдѣній.

Спрашивается, кто будетъ наблюдать на мѣстѣ? Гдѣ найти такихъ охотниковъ? Повѣрьте, не теперь, когда судебная реформа достигла Ледовитаго океана и береговъ Японскаго моря, не теперь намъ сомнѣваться въ томъ, что эти сотрудники будутъ. Дайте намъ на первое время по 1 человѣку на губернію, и живо разростется благое дѣло. Не мы его будемъ создавать. оно само вырастетъ, и время настанетъ, (оно будетъ!) когда этимъ сотрудникамъ имя будетъ легіонъ!

Къ 1 января настоящаго года общее число должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства доходило, какъ извѣстно, до 11,000. Между тѣмъ въ это число не входятъ ни земскіе начальники, ни адвокатура; внѣ этой цифры остаются народные учителя и сельское духовенство,

изъ рядовъ котораго всегда выходило не малое число полезныхъ наблюдателей народнаго быта. Изъ такой массы дѣятелей должна, со временемъ, выдѣлится достаточная сила, способная дать самые удовлетворительные результаты.

До сихъ поръ была рѣчь объ однихъ наблюдателяхъ добровольцахъ, имѣющихъ поступить въ ряды сотрудниковъ юридическаго общества. Но на этомъ мы не должны остановиться, а должны сдѣлать въ этомъ направленіи еще шагъ, который до сихъ поръ не былъ сдѣланъ, именно *организовать оффиціальное и непрерывное наблюденіе явленій обычнаго права черезъ тѣхъ должностныхъ лицъ, которые ревизуютъ волостные суды и могутъ, попутно при ревизіяхъ, заносить* случаи примѣненія обычнаго права на карточки однообразной формы и величины, съ отпечатанными по нашимъ указаніямъ рубриками, по внѣшнимъ пріемамъ, выработаннымъ статистической техникой. На этихъ карточкахъ должны быть вкратцѣ показаны: уѣздъ, волостной судъ, годъ и № дѣла, вопросы программы коммисіи географическаго общества, на которые отвѣчаютъ данные факты, и краткая характеристика оказавшагося обычая.

Должностныя лица, наблюдающія за ревизіею, носятъ разныя наименованія, смотря по мѣстностямъ: земскіе начальники, мировые судьи, уѣздные члены суда, предсѣдатели верхнихъ крестьянскихъ судовъ, мировые посредники, кто бы они ни были, это вообще люди достаточно образованные для того, чтобы можно было приспособить ихъ трудъ къ намѣченнымъ задачамъ. Отмѣтивъ фактъ, такое лицо должно пересылать карточку черезъ свое начальство (съѣздъ или судъ), и тогда цѣлыя груды карточекъ могли бы быть направлены сюда въ центральныя вѣдомства. Правительство не откажетъ конечно въ своемъ благомъ содѣйствіи, и тогда нетрудно будетъ устроить собираніе и сортировку этихъ карточекъ въ статистическихъ отдѣленіяхъ министерствъ внутреннихъ дѣлъ и юстиціи такъ, чтобы наши сочлены могли уже заниматься приведеніемъ этихъ матеріаловъ въ систему и разработкой этихъ самородныхъ богатствъ.

Сравнивая достоинства предлагаемаго пріема съ тѣми путями которыми до сихъ поръ шла разработка обычнаго права, мы должны отмѣтить нѣкоторыя выгоды предлагаемаго порядка.

Такая система непрерывнаго регистрированія обычнаго права явится общимъ средствомъ восполненія того, чего ни одна экспедиція не можетъ выполнить. Около 26 лѣтъ тому назадъ коммисія сенатора Любощинскаго изслѣдовала, какъ извѣстно, 15 губерній, выбирая лишь по нѣскольку волостей въ каждой губерніи, и такимъ образомъ

обозрѣніе коснулось 476 волостей. А вѣдь въ Россіи существуетъ по крайней мѣрѣ въ 10 разъ больше волостей; но колоссальный трудъ изслѣдованія 5—6 тысячъ волостей въ отношеніи ихъ обычнаго права за 30 лѣтній періодъ дѣятельности ихъ волостныхъ судовъ—очевидно превышаетъ силы нашихъ изслѣдователей. Между тѣмъ, то чего не можетъ осуществить ни одна экспедиція, какими бы средствами она ни была снабжена, это можетъ быть достигнуто посредствомъ удачнаго примѣненія техники выработанной соціальной статистикой, въ примѣненіи къ обычному праву.

Но допустимъ, что удастся достигнуть удачной организаціи наблюдательнаго аппарата. Является затѣмъ вопросъ: каковы наши конечныя цѣли? Куда мы идемъ? Для чего всѣ эти необъятныя данныя сосредоточатся въ нашихъ рукахъ: ради ли *научныхъ* цѣлей? или же тутъ могутъ быть осуществленны также какія либо житейскія и *практическія цѣли?*

По моему мнѣнію, организація начертанной программы не оправдывается однѣми только научными цѣлями. Мы не должны забывать одной изъ великихъ задачъ нашего времени, осуществленіе которой, въ той или иной формѣ, должно потребовать участія и напряженія всѣхъ мыслящихъ юридическихъ силъ нашей родины; *эта задача есть кодификація русскаго гражданскаго права.* Несомнѣнно, отдѣленіе нынѣ открываемое для разработки обычнаго права, можетъ и должно оказывать гостепріимную встрѣчу всякаго рода трудамъ, касающимся народнаго юридическаго творчества, но изъ всѣхъ видовъ этого творчества оно должно ближайшимъ образомъ и активно подвигать изученіе *гражданскихъ* нормъ обычнаго права.

Изъ всѣхъ возможныхъ и родственныхъ задачъ, наше отдѣленіе должно выдѣлить одну въ особенности, принявъ на себя иниціативу составленія общихъ сводовъ обычнаго права, въ видѣ текстовъ народнаго права, на подобіе писаннаго закона. *Кодификація обычнаго права по иниціативѣ юридическихъ обществъ Имперіи* параллельно и одновременно съ кодификаціею писаннаго права, совершаемою трудами и заботами правительства, *вотъ та положительная и высшая задача, къ которой я предлагаю юному отдѣленію направить всѣ свои усилія.* Вы—старшее общество среди юридическихъ обществъ Россіи. На насъ лежитъ обязанность чѣмъ-либо крупнымъ оправдать это старшинство, и повѣрьте, что когда вы скажете: «рѣшено, мы хотимъ!»—то за вашими спинами послышатся самыя неподдѣльныя выраженія одобренія нашей иниціативѣ въ отдаленнѣйшихъ углахъ нашего отечества.

Какъ понять поставленную задачу? Какой-же *Сводъ* можетъ быть составленъ? Одинъ-ли на всю Россію, или нѣсколько, по раіонамъ, по губерніямъ. *Несомиѣнно дѣло надо начать снизу.* Въ нашей литературѣ есть прекрасный примѣръ того, съ какой стороны начать дѣло. Профессоръ А. Х. Гольмстенъ составилъ подробную монографію 20-ти лѣтія кемецкаго волостного суда Валдайскаго уѣзда. Если идти по намѣченному пути и составить, хотя-бы для одного уѣзда, полную монографію его обычнаго права, можно бы составить, по системѣ любого писаннаго кодекса, *Сводъ гражданскаго права даннаго уѣзда.* Изъ нѣсколькихъ уѣздныхъ сводовъ надо будетъ стремиться къ составленію такого-же *Свода для цѣлой губерніи.* Какъ дальше быть, укажетъ опытъ. По всей вѣроятности *однородность среди разнообразія* дозволитъ подвести кодификацію обычая гораздо дальше и быть можетъ осуществленіе *одного общероссійскаго Свода гражданскихъ обычаевъ* окажется вовсе не утопіею, а достижимою конечною цѣлью. Но въ этомъ направленіи не слѣдуетъ рисковать преждевременными выводами. Дѣло за себя постоитъ. Каковъ-бы ни былъ конечный результатъ вашихъ трудовъ, въ видѣ-ли одного или нѣсколькихъ областныхъ Сводовъ народнаго обычая, осуществивъ такое дѣло, вы совершите дѣло полезное и крупное. Черезъ нѣсколько лѣтъ закончатся сложныя работы составленія Проекта русскаго гражданскаго уложенія. Какъ отнесется новое гражданское право къ народному творчеству? Вотъ одинъ изъ капитальнѣйшихъ вопросовъ, на который отвѣтъ дадутъ намъ первые годы XX столѣтія. А между тѣмъ, есть-ли возможность въ настоящее время предугадать этотъ отвѣтъ, когда обычное право еще не настолько извѣстно, чтобы мы могли на немъ что-либо строить, или-же его сознательно отмѣнять?

Результатъ предпринятыхъ вами работъ можетъ дать богатый матеріалъ, изъ котораго отвѣтъ нынѣ неясный и темный, вырастетъ самъ собою, съ блескомъ и озаренный яркимъ свѣтомъ.

Я предвижу цѣлый рой возраженій. Уже на съѣздѣ русскихъ юристовъ въ 1875 году Н. В. Калачевъ, по прочтеніи своего блестящаго доклада «Объ отношеніи обычнаго права къ законодательству»—встрѣтилъ дружный заговоръ тѣхъ возраженій о сомнительномъ значеніи народнаго правосознанія и о невозможности добраться до его сути, съ которыми мы должны считаться и нынѣ; и любопытно, что за 22 года лагерь противниковъ обычнаго права не обогатился ни однимъ аргументомъ.

Мы не можемъ вдаваться въ подробности этого извѣстнаго спора.

Это не входитъ въ программу моей рѣчи. Ограничусь лишь краткимъ указаніемъ на то, что значительная часть тѣхъ возраженій на которыя я указываю, сводится къ необходимости строже отнестись *къ установленію метода и пріемовъ изслѣдованія*. Устраненіе того, что вовсе не есть обычай, а только кажется таковымъ, вотъ цѣль этой разработки метода. Для этой цѣли нашему отдѣленію придется выработать, издать и распространить *краткое руководство для собирателей обычнаго права*, въ которомъ должны быть помѣщены вкратцѣ изложенныя критическія данныя, способныя устранить заранѣе ошибки изслѣдователя. А такихъ методологическихъ данныхъ вы найдете не мало въ объемистыхъ запискахъ коммисіи сенатора Любощинскаго, а также въ разбросанномъ видѣ въ цѣломъ рядѣ частныхъ изслѣдованій. Ихъ надо только собрать и сгруппировать въ руководствѣ для общедоступнаго пользованія.

По всей вѣроятности, нынѣ открывшее свои дѣйствія отдѣленіе обычнаго права вызоветъ приливъ въ наши руки не малаго числа работъ, докладовъ, рефератовъ и т. п. Для поощренія такого движенія умовъ было-бы весьма желательно, наряду съ существованіемъ Журнала Юридическаго Общества, если-бы наше отдѣленіе рѣшилось издавать, положимъ, въ январѣ каждаго года, «*Ежегодникъ Обычнаго Права*», въ которомъ можно было-бы совмѣщать съ цѣльными монографіями и объемистыми статьями, общее обозрѣніе и библіографію вопросовъ обычнаго права за минувшій годъ.

Въ заключеніе, впредь до болѣе полной постановки предложенныхъ задачъ, дѣятельность, возможная и желательная для отдѣленія обычнаго права представляется, по крайнему моему разумѣнію, въ слѣдующемъ видѣ:

1) Организація сѣти наблюдателей на мѣстахъ, съ присвоеніемъ имъ званія членовъ-сотрудниковъ и съ постояннымъ общеніемъ между ними и нашимъ обществомъ;

2) Примѣненіе пріемовъ статистики къ изслѣдованію обычнаго права, по соглашенію съ Правительствомъ, черезъ должностныхъ лицъ, надзирающихъ за дѣятельностью волостныхъ судовъ;

3) Разработка матеріаловъ, добытыхъ совмѣстнымъ примѣненіемъ разныхъ существующихъ способовъ наблюденія; разработка въ тѣхъ видахъ, чтобы снабдить отдѣленіе рефератами, докладами и вообще *научными* работами;

4) Преслѣдованіе вмѣстѣ съ тѣмъ, *практическихъ цѣлей*, а въ особенности предпринятіе отдѣленіемъ, *составленія сводовъ обычнаго права*, для пользы кодификаціи русскаго гражданскаго права;

5) Разработка методовъ и пріемовъ, а равно опубликованіе этихъ методовъ изслѣдованія въ общедоступномъ «Руководствѣ для собирателей обычнаго права»;

6) Изданіе «Ежегодника обычнаго права».

Таковы, по моему мнѣнію, Милостивые Государи, тѣ задачи, ради которыхъ открытіе нашего отдѣленія является дѣломъ полезнымъ. Стремясь къ осуществленію этихъ задачъ, мы тѣмъ болѣе имѣемъ надежды на успѣхъ, что существованіе, наряду съ нами, коммисіи подъ предсѣдательствомъ С. В. Пахмана послужитъ для насъ опорою и нравственнымъ оплотомъ.

---

2. Отношеніе суда къ обычаю по новому проекту гражданскаго судопроизводства.

Ст. 130 уст. гр. суд.

При постановленіи рѣшенія мировой судья можетъ по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ, положительно неразрѣшимыхъ законами.

Проектъ новой редакціи уст. гр. суд. ст. 660.

При постановленіи рѣшенія *судъ*, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, *руководствуется* общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ.

Ст. 601.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ предписываетъ руководствовался мѣстными обычаями, судъ примѣняетъ послѣдніе и безъ ссылки на нихъ сторонъ.

Ст. 602.

При разрѣшеніи вопросовъ о существованіи обычаевъ судъ можетъ руководствоваться, сверхъ общеустановленныхъ доказательствъ, прежними рѣшеніями по однороднымъ дѣламъ и удостовѣреніями подлежащихъ учрежденій, а въ случаяхъ, указанныхъ въ предшедшей (601) статьѣ, назначать по собственному усмотрѣнію дознаніе чрезъ окольныхъ людей.

Вопросъ о сравнительномъ значеніи писаннаго и неписаннаго права, другими словами—объ отношеніи суда къ закону и обычаю—

подвергнутъ былъ, въ Высочайше учрежденной коммисіи для пересмотра законоположеній по судебной части, весьма тщательной разработкѣ и повѣркѣ. Основываясь одновременно на теоретической литературѣ вопроса и на указаніяхъ судебной практики, пополнивъ послѣдній разрядъ свѣдѣній цѣнными данными изъ ревизіонныхъ отчетовъ, имѣющихся въ министерствѣ юстиціи (труды комиссіи, т. IV. стр. 156—159), составители проекта новой редакціи устава гражданскаго судопроизводства изложили критическій анализъ отношеній обычая къ закону, въ достаточной ясности и полнотѣ, на 30 страницахъ объяснительной записки (т. II, стр. 7—37), удѣливъ должное вниманіе, по наиболѣе спорнымъ вопросамъ, мнѣніямъ членовъ коммисіи, оставшихся въ меньшинствѣ.

Въ общемъ результатѣ коммисія сочла желательнымъ сохранить нынѣ дѣйствующую 130 статью устава гражданскаго судопроизводства, признавъ ее обязательной для общихъ судебныхъ мѣстъ и откинувъ послѣднюю ея часть, дозволявшую примѣнять обычай взамѣнъ аналогическаго толкованія закона.

Такимъ образомъ, коммисія, съ одной стороны, расширяетъ область примѣненія 130 статьи, съ другой же стороны, съуживаетъ принципіальное значеніе обычнаго права. Настоящій очеркъ имѣетъ дать оцѣнку этихъ предположеній и, естественно, долженъ распадаться на двѣ части: въ первой мы изложимъ точку зрѣнія коммисіи, въ связи съ обозрѣніемъ дѣйствующаго права; во второй части мы подробнѣе коснемся тѣхъ положеній, къ которымъ считаемъ нужнымъ отнестись критически.

I.

По справедливому замѣчанію коммисіи, распространеніе обязательности руководствоваться обычаями и на общія судебныя мѣста является не болѣе, какъ узаконеніемъ нынѣ сушествующей практики.

Правда, эта практика не придаетъ самому тексту 130 статьи распространительнаго толкованія. Въ этой статьѣ буквально сказано: «*мировой судья* можетъ . . . и т. д.», и кассаціонная практика не присваиваетъ *общимъ* судебнымъ мѣстамъ тѣхъ правъ, которыя законъ предоставляетъ лишь *мировымъ* судьямъ; но основанія для обязательности примѣненія обычаевъ общими судебными мѣстами усматриваются въ другихъ законахъ, въ особенности въ рядѣ статей 1 ч. X т., 2 ч. XI т. и особаго приложенія къ IX тому свода законовъ, въ которыхъ примѣненіе крестьянскихъ, торговыхъ и иныхъ обычаевъ предписывается взамѣнъ самаго закона. Имѣя въ виду этотъ разрядъ

статей, Сенатъ разъяснилъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда ссылка на обычай сдѣлана правомъ *матеріальнымъ* (а не процессуальнымъ), примѣненіе его обязательно не только для мировыхъ и коммерческихъ, но также и для общихъ судебныхъ мѣстъ. (Рѣш. 1873 г. № 43; 1875 г. № 839; 1878 г. № 225; 1879 г. № 166, 173, 324; 1880 г. № 63, 174; 1891 г. № 86).

Такое направленіе практики вполнѣ соотвѣтствуетъ наиболѣе авторитетнымъ отзывамъ литературы—(*Гольмстенъ* «Учебн. русс. гр. суд.», изд. 1889 г., стр. 156; *Васьковскій* «Недост. уст. гр. суд.», Жур. Юр. Общ. 1894 г., кн. 10, стр. 84; *Анненковъ* «Сист. русс. гражд. пр.» т. I, стр. 40; *Шершеневичъ* «Кур. торг. пр.», стр. 77; *Боровиковскій* «Отчетъ судьи», т. I, стр. 229).

На страницахъ объяснительной записки подробно приведены соображенія, изъ которыхъ усматривается, что разграниченіе дѣлъ по цѣнѣ иска, да и вообще по примѣтамъ, опредѣляющимъ разную подсудность дѣлъ мировымъ и общимъ судебнымъ установленіемъ, представляется обстоятельствомъ настолько внѣшнимъ и незатрагивающимъ сути правоотношеній, что оно не можетъ служить гранью для двухъ областей разномѣрнаго примѣненія обычая. А потому, всѣ доводы, ратующіе за примѣнимость обычая въ дѣлахъ мировой подсудности, въ равной мѣрѣ примѣнимы къ дѣламъ подсудности общимъ судебнымъ мѣстамъ.

Эти разсужденія коммисіи совершенно справедливы, а потому мы на нихъ останавливаться не будемъ. Укажемъ лишь на то обстоятельство, что съ замѣною, на этомъ основаніи, статьи 130 уст. гр. суд. статьею 600 проекта, окажется, что обычай будетъ примѣняться въ двухъ видахъ:

1) какъ норма, *обязательно* замѣняющая собою законъ, въ силу статей 90, 245, 452 прим., 454, 1184, 1539 п. 4, 1700 прим. и 2112 п. 3—т. X ч. 1; 21, 38 и 107 общ. пол. о крест., особ. прил. къ т. IX; 1, 592 прил. I ст. 187, т. XI, ч. 2 Свода законовъ и нѣкоторыхъ иныхъ, менѣе важныхъ статей, положительно предписывающихъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, примѣнять обычай взамѣнъ закона;

2) какъ норма *диспозитивная*, т. е. разрѣшенная, но не обязательная. Прямыхъ примѣровъ законъ не содержитъ; коммисія ихъ тоже не приводитъ. Для ясности постараемся пополнить этотъ пробѣлъ. Допустимъ, что А. нанимаетъ квартиру на годъ у Б., не опредѣляя въ какіе сроки должны быть внесены платежи, но уговорившись, что всѣ подробности наемнаго договора будутъ исполняться «по мѣстному обычаю».

Другой примѣръ: А. отдаетъ въ аренду часть своего имѣнія расположеннаго въ Крыму, другому лицу Б. съ тѣмъ, что пользованіе водою, протекающею чрезъ все имѣніе, должно происходить согласно «мѣстному обычаю».

Третій примѣръ: составляется артель «покрутчиковъ» на Мурманѣ и отправляется на ловлю съ тѣмъ, что «дѣлежъ будетъ по обычаю».

Четвертый примѣръ: золотопромышленникъ договариваетъ партію рабочихъ, «ватагу» и доставляетъ ее въ тайгу, на пріиски съ тѣмъ чтобы все у нихъ происходило «по ватажному», «по таёжному», «по обычаю».

Пятый примѣръ: лѣсопромышленникъ, живущій въ Петербургѣ, договаривается съ крестьянами Олонецкихъ лѣсовъ, въ зимнее время о заготовкѣ партіи дровъ, о постройкѣ баржъ, о сплавѣ груза по Невѣ съ первымъ вскрытіемъ рѣки, съ тѣмъ, чтобы все недосказанное рѣшалось у нихъ по обычаю.

Считаю не безполезнымъ дать рядъ яркихъ примѣровъ, относящихся къ тому виду примѣненія обычая, который я назвалъ бы наиболѣе «тусклымъ». Эти примѣры помогутъ намъ легче разобраться въ тѣхъ спорныхъ вопросахъ, которые относятся къ такъ называемымъ «диспозитивнымъ нормамъ обычнаго права».

Итакъ, коммиеія, въ статьяхъ 600 и 601 проекта, предполагаетъ, что суду всѣхъ наименованій (а не только «мировому судьѣ» 130 статьи)—придется вѣдаться съ тѣми же двумя категоріями нормъ обычнаго права, которыя нынѣ признаются и дѣйствующимъ правомъ, именно: съ нормами:

а) обязательными и

б) дозволенными.

При этомъ, коммисія отвергаетъ пользованіе обычнымъ правомъ взамѣнъ аналогіи, къ чему мы теперь и переходимъ.

Въ настоящее время обычное право признается *субсидіарнымъ*, дополнительнымъ источникомъ права въ дѣлахъ, подлежащихъ разбору *мировыхъ судей* (ст. 130 уст. гр. суд. «въ случаяхъ, положительно не разрѣшаемыхъ закономъ»); *земскихъ начальниковъ* или *городскихъ судей*, (ст. 88 прав. 12 іюля 1889 г. объ устройствѣ судебной части), наконецъ въ дѣлахъ *торговыхъ* (ст. 1 устава торговаго (изд. 1893 г.), ст. 154 п. 4 и ст. 352 уст. судопр. торг., изд. 1893 г. 2 ч. XI тома св. зак.: «въ случаѣ недостатка торговыхъ

законовъ»; «въ недостаткѣ положительныхъ законовъ»; «въ тѣхъ случаяхъ, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ»). Наряду съ этими спеціальными категоріями дѣлъ, законъ предписываетъ для всѣхъ *прочихъ* дѣлъ, подлежащихъ разбору въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, совершенно иную систему, вовсе преграждающую обычному праву доступъ въ судебную практику, въ видѣ субсидіарнаго источника права. Эта общая система выражена вполнѣ категорично въ статьяхъ 9 и 10 уст. гр. суд и состоитъ въ томъ, что судъ обязанъ «въ случаѣ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія въ законѣ» рѣшать дѣло *по аналогіи*, т. е. на общемъ смыслѣ законовъ».

Итакъ, по вопросу о субсидіарныхъ источникахъ права, дѣйствующее законодательство допускаетъ одновременно двѣ системы, несомнѣнно исключающія одна другую. Литература и сенатская практика примиряютъ это противорѣчіе тѣмъ, что предлагаютъ первую систему (субсидіарное значеніе обычая) для руководства мировой и торговой юстиціи; вторую же систему (субсидіарное значеніе аналогіи)—для общихъ судебныхъ мѣстъ—(ср. статью *Платонова* «Объ услов. примѣн. обычая» въ Жур. Гражд. и Угол. Пр. 1881 г., № IV стр. 78; *Васьковскій* «Уч. Гражд. Пр.» I, 42; рѣш. гражд. касс. деп. Прав. Сен. 1868 г. № 26; 1869 г. № 906; 1870 г. 630 и 1161; 1872 г. № 1031; 1878 г. № 84; 1879 г. № 243). Это конечно не болѣе, какъ палліативъ. Устраненіе упомянутой коллизіи двухъ системъ юридическаго мышленія изъ дѣятельности одного и того же суда даетъ намъ только достиженіе элементарной ступени въ необходимомъ упорядоченіи русскаго ученія о субсидіарныхъ нормахъ. Остается въ современномъ правѣ тотъ-же дуализмъ, хотя и нѣсколько замаскированный, но тѣмъ не менѣе нетерпимый въ усовершенствованномъ судебномъ законодательствѣ. Нельзя не признать грубой аномаліею въ законодательствѣ такой порядокъ вещей, при которомъ одинъ и тотъ-же искъ обсуждается по двумъ различнымъ матеріально-правовымъ нормамъ въ одно и то-же время, въ той-же мѣстности, между тѣми-же лицами, если предъявить этотъ искъ въ суммѣ 500 или 501 рубля. Дальше, въ смыслѣ анархіи юридическаго мышленія, нашему современнику, дѣйствительно, идти некуда. Съ этой точки зрѣнія, цѣнной заслугой составителей проекта является прежде всего *устраненіе этого дуализма.*

Для достиженія этой цѣли представляется двоякій возможный путь.

1) Можно вовсе игнонировать обычай, въ качествѣ субсидіарнаго источника права.

2) Можно признать обычай въ роли дополнительнаго источника, въ случаѣ неполноты или неясности закона, сохраняя, но уже для пользованія всѣхъ судебныхъ установленій, вторую часть 130 статьи уст. гр. суд.

При обсужденіи этого вопроса, коммисія раздѣлилась на двѣ группы голосовъ. Большинство приняло первый исходъ: меньшинство (пять членовъ коммисіи) высказалось за второе предположеніе.

То и другое мнѣніе весьма обстоятельно изложены въ объяснительной запискѣ. Въ общемъ результатѣ новый проектъ исключаетъ вовсе обычай изъ числа субсидіарныхъ источниковъ права.

Далѣе, Коммисія задалась рядомъ вопросовъ, которые могутъ составить, въ настоящемъ изложеніи, одну нераздѣльную группу, въ виду тѣснаго ихъ внутренняго значенія.

1) Обязанъ-ли судъ примѣнять обычай «ex officio» т. е. помимо требованія сторонъ?

2) Въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ *дозволяетъ* примѣненіе обычая, слѣдуетъ-ли считать, что судъ *обязанъ* его примѣнять, или-же подобное примѣненіе предоставляется вольному усмотрѣнію суда?

3) Обязанъ-ли судъ отъ себя предпринять какія либо мѣры для установленія нормъ обычнаго права, или-же обязанность доказать существованіе обычая возлагается на сторону, сославшуюся на обычай?

Приступивъ къ разсмотрѣнію этой группы вопросовъ, Коммисія нашла, чмо примѣненіе обычая помимо ссылки сторонъ (ex officio) должно естественно имѣть мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда обычай замѣняетъ собою законъ, и примѣненіе его предписывается самимъ закономъ. Тавое рѣшеніе вполнѣ согласно съ указаніями литературы и направленіемъ судебной практики (*Шершеневичъ*, Уч. Гражд. Пр., стр. 35 и 36; *Гоняевъ*, Гражд. Произв. въ Мир. Судѣ, стр. 346; *Васьковскій* «Недост. уст. гражд. суд.» Журн. Юр. Общ. 1894 г. кн. 10, стр. 85; *Анненковъ*, Сист. Русс. Гражд. Пр. I, 38, 41; *Боровиковскій*, Отчетъ Судьи т. I, 226—229; *Малышевъ*, Кур. Общ. Гражд. Пр. I, 104; рѣш. гражд. касс. деп. Прав. Сен. 1873 г. № 1587; 1875 г. № 772; 1878 г. № 270; 1879 г. № 173; 1884 г. № 105.

Затѣмъ, Коммисія не касается вопроса о томъ, подлежитъ-ли обычай примѣненію «ex officio«—въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ замѣняетъ собою аналогію, такъ какъ пользованіе обычаемъ вмѣсто пользованія по аналогіи—вовсе отвергается по новому проекту. Однако, слѣдя за разсужденіями, изложенными въ объяснительной запискѣ, едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что Коммисія логически

должна была-бы признать примѣненіе обычая «ex officio» и въ случаяхъ субсидіарнаго примѣненія если-бы она не исключала вовсе этого порядка примѣненія обычая.

Такимъ образомъ, остается лишь третій видъ обычая, примѣняемаго по доброй волѣ сторонъ (диспозитивныя нормы), для котораго коммисія признала необходимымъ допущеніе начала непримѣнимости этихъ нормъ, пока на нихъ не сошлются стороны. Впрочемъ, непризнаніе, въ этомъ случаѣ, начала примѣненія «ex officio»—установлено многочисленными рѣшеніями Правительствующаго Сената (1869 г. № 76 и 288; 1870 г. № 39 и 987; 1871 г. № 104, 166 и 1135; 1872 г. № 359; 1873 г. 535; 1874 г. № 102; 1875 г. № 24 и 390; 1884 г. № 77),—и коммисія имѣетъ подъ собою почву довольно прочно установившейся судебной практики.

Не смотря на такія вѣскія данныя, мы полагаемъ, что соображенія, ратующія за примѣнимость обычая «ex officio» не связаны съ тѣмъ или инымъ видомъ обычая, а потому, обычно-правовую норму слѣдовало бы примѣнять не иначе, какъ «ex officio».

Но объ этомъ послѣ.

Второй ивъ вопросовъ упомянутой группы рѣшенъ коммисіею какъ нельзя лучше. Разъ имѣются на лицо *всѣ* условія, требующіяся для примѣненія обычая, нельзя ставить вопросъ такимъ образомъ, что судъ *можетъ* его примѣнить, но можетъ *и отказаться* отъ этого источника. Что нибудь одно: или обычай есть *источникъ* права (хотя и примѣняемый съ многосложными оговорками, но все-же источникъ), или онъ лишенъ этого качества. Разъ признается правильность перваго положенія, дѣйствіе источника должно быть таково, чтобы стороны могли его предвидѣть и разсчитать, сообразно тому, свои дѣйствія. А это исключаетъ, въ данномъ дѣлѣ, усмотрѣніе суда. Съ этимъ согласна и литература (Боровиковскій, Малышевъ. Гоняевъ, Васьковскій, Анненковъ) и судебная практика—(р. гр. к. деп. Пр. Сен. 1867 г. № 17; 1868 г. № 94; 1871 г. № 290 и мн. другихъ).

Послѣдній вопросъ коммисія опять рѣшаетъ сообразно тому раздѣлительному значенію, которое она придаетъ виду обычая, обязательному безъ ссылки сторонъ.

Поэтому, коммисія признала, что выясненіе существованія обычая лежитъ *на обязанности суда* въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣненіе обычая обязательно безъ ссылки сторонъ, другими словами,—предписывается самимъ закономъ. Наоборотъ, выясненіе обычая лежитъ на обязанности тяжущагося, ссылающагося на его существованіе, когда норма обычнаго права факультативна для сторонъ и не предписывается самимъ закономъ.

Рѣшая этотъ спорный вопросъ въ пользу состязательнаго начала, коммисія склонилась къ тому мнѣнію, которое Сенатъ проводитъ въ своихъ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ, возлагая на сторону, сдѣлавшую ссылку, обязанностъ доказать существованіе обычая (рѣш. 1876 г. № 25; 1880 г. № 63; 1891 г. № 86).

Не можемъ не высказать нашего предпочтенія иному рѣшенію вопроса, содержащемуся въ первоначальной сенатской практикѣ (1870 г. № 1376), о чемъ будетъ рѣчь, во всей подробности, впереди.

Въ заключеніе нашего обозрѣнія объяснительной записки не можемъ не высказать полнаго сочувствія широкой постановкѣ вопроса о родѣ доказательствъ, допускаемыхъ коммисіею, для выясненія существованія обычая. Здѣсь особеннаго вниманія заслуживаетъ то, что проектъ придаетъ значеніе не однимъ общеустановленнымъ процессуальнымъ доказательствамъ, не одному опросу окольныхъ людей, но и тѣмъ *писменнымъ видамъ закрѣпленія обычныхъ нормъ, которые служатъ конечнымъ выраженіемъ предыдущихъ изслѣдованій*, какъ-то: прежнимъ судебнымъ рѣшеніямъ, удостовѣреніямъ волостныхъ судовъ и вообще *сборникамъ обычнаго права*. Послѣднее весьма важно и вполнѣ соотвѣтствуетъ самой природѣ обычая и порядку его распознаванія. Такая проектированная статья обѣщаетъ многое. Она установитъ прочную и живую связь между судебною практикою и наукою, задавшеюся цѣлью отмѣчать явленіе народнаго правового творчества.

II.

Допущеніе обычая въ роли субсидіарнаго источника дѣйствующаго права отвергнуто Высочайше утвержденной коммисіей во всѣхъ его видахъ. Этихъ видовъ допущенія обычая можетъ быть, апріорно разсуждая, два:

1) примѣненіе обычной нормы за исчерпаніемъ средствъ толкованія общаго духа законовъ, т. е. *послѣ аналогіи*;

2) примѣненіе обычной нормы за неимѣніемъ прямо относящагося къ данному случаю текста закона, т. е. *передъ аналогіей*.

Первый видъ примѣненія обычая, содержа въ себѣ косвенное признаніе существованія такихъ случаевъ, когда даже аналогическое толкованіе безсильно, противорѣчилъ бы смыслу статей 9 и 10 уст. гр. суд., а потому—совершенно правильно отвергнутъ коммисіею, какъ пріемъ, клонящійся къ вредному нарушенію общей гармоніи правовыхъ нормъ. За этотъ видъ примѣненія обычая не стояло даже меньшинство въ средѣ коммисіи.

Совершенно иное значеніе представляетъ второй видъ примѣненія обычая, за который, въ сущности, высказалось меньшинство голосовъ въ коммисіи. Этотъ видъ заслуживаетъ болѣе подробной критической оцѣнки, къ которой мы теперь и переходимъ.

Составители проекта отдали предпочтеніе «обращенію къ общему духу закона», т. е. толкованію по аналогіи, не обращаясь къ обычаю для восполненія пробѣловъ закона, исходя изъ того предположенія, что въ сознательномъ и критическомъ выраженіи воли законодателя, т. е. въ законѣ, содержатся болѣе высокія качества строгой цѣлесообразности и обдуманносои, болѣе значительная объединяющая сила для разноплеменнаго населенія Имперіи, стало-быть, болѣе высокое культурное и политическое значеніе, не говоря о повышенномъ качествѣ гуманности и согласованіи закона съ современнымъ строемъ жизни, вмѣсто архаическаго характера, присущаго обычаю. При этомъ предполагается, что перечисленныя качества свойственны не только самому закону, но и тѣмъ нормамъ, которыя подлежатъ примѣненію по аналогіи, нося наименованіе «общаго духа» того-же закона.

Не вдаваясь въ оспариваніе указанныхъ здѣсь высокихъ качествъ, приписываемыхъ самому закону, разъ никто не споритъ противъ того, что коллизія закона съ обычаемъ неизмѣнно приводитъ къ торжеству перваго надъ вторымъ, мы поставимъ себѣ другой вопросъ: справедливо-ли приписывать такія значительныя преимущества передъ обычаемъ тѣмъ нормамъ, которыя примѣняются у насъ *подъ предлогомъ обращенія къ общему разуму закона*.

Это несомнѣнно одна изъ малоосвѣщенныхъ областей русской юридической мысли. Не будетъ преувеличеніемъ, съ моей стороны, если я скажу, что мы здѣсь вступаемъ въ область *патологіи гражданскаго права*. Въ самомъ дѣлѣ, поводомъ къ ознакомленію съ явленіями этого порядка оказывается, неизбѣжнымъ образомъ, *недомысліе въ самомъ законѣ;* его нормы представляются какъ-бы недоношенными существами, жалкими по своей «неполнотѣ, неясности или противорѣчію». Вмѣсто того художественнаго восторга, который невольно озаряетъ душу юриста при воспріятіи имъ, въ своемъ сознаніи, стройно законченныхъ очертаній удовлетворительнаге закона,— такія, требующія восполненія нормы оставляютъ въ насъ то брезгливое чувство, которое выносимъ при видѣ прирожденныхъ уродливостей, схоліозовъ и слѣдовъ застарѣлаго недуга. И вотъ, въ помощь такому недорослю, мы пускаемся въ поиски. Прибѣгая сразу къ аналогіи, мы розыскиваемъ нормы ближайшія, родственныя и нерѣдко

находимъ въ нихъ слѣды того-же недуга, ибо кто-же не знаетъ, что худосочіе рѣдко бываетъ свойственно отдѣльному пацієнту; оно скорѣе поражаетъ заодно и ближайшихъ его родственниковъ... часто, гораздо чаще, нежели оно кажется,—органамъ судебной интерпретаціи приходится стяновиться лицомъ къ лицу съ неразрѣшимою задачею. отъ нихъ требуется нахожденія, во что-бы то ни стало «общаго духа», «общаго смысла», «общаго разума», а его-то нѣтъ и найти нельзя, сколько-бы разныхъ названій ему ни придавали. Какъ тутъ быть?

Жизнь такъ или иначе нашла пути, но это не тѣ, которые имѣлъ въ виду законодатель, дозволяя обращаться къ «общему разуму существующихъ законовъ». Получается фикція. Внѣшній щитъ сохраняется въ неприкосновенности; но подъ нимъ кроется матеріалъ весьма разнородный. Нужды нѣтъ, что этотъ матеріалъ, быть можетъ, весьма хорошій, иногда лучше самаго закона; но дѣло-то въ томъ, что это матеріалъ посторонній, нерѣдко вовсе не имѣющій чего-либо общаго съ тѣмъ закономъ, который приходится яко-бы обобщать.

Такимъ образомъ, на почвѣ примѣненія 9-й и 10-й статьи уст. гр. суд., у насъ развилось двойное явленіе: одно — согласное съ велѣніями законодателя, это—обобщеніе существующаго закона; другое — пробивающееся изъ подъ перваго, какъ незамѣтный родникъ и заходящее далеко за предѣлы того, что хотѣлъ и приказывалъ законодатель; это то, что давно окрещено въ германской литературѣ названіемъ «Juristenrecht». Это то явленіе, которое Баронъ осудилъ слѣдующими словлми: «оно вытекаетъ изъ *безусловнаго владычества юристовъ* тамъ, гдѣ народъ отстраненъ отъ правового творчества... Возникновеніе новыхъ нормъ, созданныхъ изъ такого источника, представляется ничѣмъ инымъ, какъ *нарушеніемъ* существующихъ законовъ тѣми лицами, которыя поставлены для охраны — («Pandekten», V изд. 1885, стр. 22 — passim).

Съ этой точки зрѣнія, въ дилеммѣ, которую поставила къ своему разрѣшенію Высочайше учрежденная Коммисія, кроется нѣчто болѣе сложное, нежели выборъ между духомъ закона и силою обычая: *приходится выбирать между непризнаннымъ, по буквѣ нашего устава, «правомъ юристовъ», негласно водворившимся и давно достигшимъ неимовѣрной силы и «правомъ народа», такъ или иначе лежащимъ въ основаніи вѣкового быта стомилліонной массы людей.*

Для того, чтобы окончательно взвѣсить сравнительныя качества того и другого элемента, надлежало бы знать хорошо и тотъ и другой. Мы плохо знаемъ обычное право. Оно такъ недостаточно изслѣдовано, что мы, до сихъ поръ, схватываемъ, такъ сказать, его верхушки. Но гораздо доступнѣе для насъ «право юристовъ». Обратимся къ раскрытію того, что оно намъ приноситъ.

Къ сожалѣнію у насъ нѣтъ пока сознательно составленнаго инвентаря того, что дало «право юрпстовъ» нашей догмѣ гражданскаго права. Составить этотъ инвентарь дѣло нелегкое, ибо приходится не только критически пересмотрѣть всю кассаціонную практику, но также выдѣлить то разнородное, которое окрещено однимъ именемъ, будто все это ни что иное, какъ выясненіе общаго духа закона. Нѣтъ ничего труднѣе, какъ изслѣдовать то, что обманчиво скрывается подъ чужимъ названіемъ и неожиданно оказывается подъ иною рубрикой. Мало того, подчиняясь тѣмъ или инымъ внѣшнимъ вѣяніямъ, наша интерпретація слѣдуетъ имъ безсознательно, и ея творцы не всегда въ состояніи сказать, откуда они почерпнули преподанную догму; благо они не обязаны отдавать отчетъ ни передъ Верховною Властью, ни передъ наукой, ни передъ общественнымъ мнѣніемъ.

Самый отчетъ этотъ немыслимъ, ибо сознаваться въ примѣненіи нормы французской, нѣмецкой, или римской — равносильно признанію въ совершеніи незаконнаго дѣянія. Такимъ образомъ выработался пріемъ, проникнутый духомъ лицемѣрія, но крайне удобный, потому что весь вносимый изъ-за рубежа иностранный товаръ прикрывается туземнымъ флагомъ, все подводится подъ какую-нибудь ничего не говорящую статью, какъ будто раскрывается ея неразгаданный и сокровенный смыслъ. Мало-по-малу вырабатывается, въ сказанномъ направленіи, строго охраняемая традиція; формулируется прямой запретъ именовать вещи истиннымъ ихъ именемъ. Кому не памятенъ сенатскій указъ начала 90-хъ годовъ, строго наказавшій одному изъ провинціальныхъ судовъ — не смѣть ссылаться въ мотивировкѣ рѣшеній на «такъ называемую теорію, или науку права?» Другими словами, все разрѣшается, подъ предлогомъ розысканія «общаго смысла законовъ», лишь-бы въ этомъ открыто не признавались и не надписывались ярлыки, чуждые статьѣ 9-ой устава гражданскаго судопроизводства.

При такой затруднительности контроля, да не будетъ мнѣ вмѣнено въ вину, если я не считаю себя въ состояніи прямо отвѣтить на вопросъ: изъ чего состоитъ «право юристовъ?» — Будущіе изслѣ-

дователи, которые поставятъ себѣ задачею отвѣтить на этотъ вопросъ обратятся конечно къ исторіи тѣхъ вѣяній, которыя вліяли на развитіе русской юриспруденціи въ эпоху, послѣдовавшую послѣ Неволина. Мы знаемъ, что громадное преобладаніе принадлежало за это время нѣмецкой книгѣ и каѳедрѣ, римскому праву, но при этомъ въ формѣ пандектъ, преимущественно переработанной трехсотлѣтнею нѣмецкою практикой, со времени рецепціи римскаго права въ Германіи до нашихъ дней. Весьма слабо отражалось въ нашей университетской жизни и мысли, а затѣмъ и въ нашихъ судахъ, французское право, и еще слабѣе — институты древне-германскаго права и германистическая литература, хотя въ нихъ нерѣдко содержались здравые элементы, болѣе пригодные для русской жизни, нежели римскіе образцы въ переработкѣ ихъ у нѣмцевъ послѣднихъ вѣковъ.

Такимъ образомъ, если глубже вдуматься въ вопросъ о томъ, какую внутреннюю цѣнность представляетъ наводняющее насъ изъза рубежа «право юристовъ»; то мы должны сознаться, что это элементъ не всегда пригодный и далеко не безвредный. Я далекъ отъ мысли огульнаго осужденія того обильнаго источника, изъ котораго мы пили неутолимыми глотками. Многое въ немъ цѣнно. Но бѣда въ томъ, что мы едва выходимъ изъ того періода духовнаго порабощенія, когда мы склонны были безъ разбора отнестись къ богатымъ запасамъ чужеземной мудрости. Проникновеніе къ намъ этихъ запасовъ отзывается чѣмъ то случайнымъ и не является результатомъ нашего собственнаго спроса; мы не черпаемъ критически, сообразно запросамъ русской жизни; проникновеніе чужихъ нормъ походитъ скорѣе на нашествіе къ намъ волны, прорвавшей нашу плотину только потому, что она была плохо сложена, и мы не доглядѣли напора бьющей стихіи. Сегодня возьметъ верхъ нѣмецкая догма, завтра французская или англійская; дѣло, какъ-будто, случайно и не вызывается критикой нашего разума. Вотъ гдѣ отрицательная сторона «права юристовъ».

Но есть и другая сторона.

Пока запасы иноземной мудрости предлагаются для нашего обогащенія, какъ образцы эрудиціи, обращеніе къ нимъ есть верхъ наслажденія для пытливаго ума. Искусившись въ этихъ укрѣпляющихъ хранилищахъ вѣковой мысли много пожившихъ народовъ, мы выходимъ оттуда съ окрыленной мыслью, болѣе пригодной въ минуту творчества «de lege ferenda». Но, мы не должны смотрѣть на чужеземныя творенія иначе, какъ памятуя, что это «чужіе» запасы. Многіе этого не сознаютъ достаточно ясно только потому, что многіе,

даже образованные юристы, до сихъ поръ вѣрятъ въ возможность абсолютно-совершенныхъ законовъ. Мнѣ помнится одинъ именитый цивилистъ, нынѣ умершій, который въ разговорѣ на тему о «народномъ правѣ» и «правѣ обработанномъ», высказался авторитетнымъ тономъ слѣдующими словами: «къ чему писать новые кодексы? есть хорошій кодексъ, напримѣръ «Code Civil», или тамъ другой какой либо кодексъ. Пусть верховная власть прикажетъ, и на другой день, вмѣсто отвратительныхъ и дырявыхъ законовъ, появится въ жизни высоко-совершенное орудіе. Это будетъ общее благо. Былъ-же опытъ въ Царствѣ Польскомъ, при Наполеонѣ I. Отчего не повторить такого опыта?». Повторяю, многіе думаютъ то же самое, но не всегда рѣшаются это высказать. Я думаю, что это мнѣніе вовсе не такъ чудовищно. Содержащаяся въ немъ ложь была бы даже не ложью, а правдою, *если бы только было справедливо, что кодексы строятся одною юридическою мыслью.*

А между тѣмъ, неправда кроется именно здѣсь. Кодексы рождаются изъ встрѣчи двухъ элементовъ: *жизни народа* и *дѣятельности юридическаго мышленія.* А если такъ, то ясно будетъ всякому, въ чемъ вредная сторона «права юристовъ». Это холодный плодъ расчета и притомъ — *чужого* расчета. Каковы бы ни были его высокія качества, но непосредственное вкладываніе его въ жизнь, подъ прикрытіемъ 9-ой статьи уст. гражд. суд., — будетъ всегда зломъ. Организмъ, въ жилы коего будетъ вводиться этотъ ядъ, долженъ зачахнуть. Это трупный ядъ! Съ этой точки зрѣнія особенно понятенъ и упрекъ пандектиста Барона по адресу «права юристовъ», когда онъ усматриваетъ въ немъ «*владычество* юристовъ тамъ, гдѣ народъ отстраненъ отъ правового творчества».

Во всѣ времена, когда начинало образоваться «право юристовъ», народъ инстинктивно относился къ нему враждебно и окрещивалъ его мѣткими кличками, видимо реагируя противъ медленно разливающагося въ его жилахъ яда, стараясь не поддаваться роковой интоксикаціи; эта борьба была всегда популярна, потому что естественно сливалась въ народномъ чувствѣ съ представленіемъ борьбы за правду. Народная масса сознавала, что «право юристовъ», говоря словами Барона, «отстраняетъ ее отъ правового творчества». Тутъ, дѣйствительно, заключается вполнѣ реальный антагонизмъ. Народъ правъ въ своемъ отвращеніи къ росту этого неправомѣрнаго владычества; уступать ему незачѣмъ, такъ какъ это владычество не оправдывается ни историческими традиціями, ни общественною пользою. Въ немъ отсутствуетъ, стало-быть, какъ духовная, такъ и утилитарная основа. Оно оправданій не имѣетъ.

Сила жизни воздѣйствуетъ не вполнѣ равномѣрно на насъ въ разныя эпохи нашего развитія и въ разныхъ сферахъ дѣятельности. Выходя изъ юности, мы бросаемъ жизни вызовъ, пока мы горды всеоружіемъ нашей теоретической подготовки. Встрѣтившись съ жизнью лицомъ къ лицу, молодой теоретикъ ее ненавидитъ; затѣмъ, начинаетъ ее терпѣть; мало-по-малу пріучается ее любить и кончаетъ тѣмъ, что кладетъ оружіе у ея ногъ и предлагаетъ этой силѣ свои боевыя средства.

Въ разныхъ сферахъ дѣятельности та же постепенность переходовъ. Тамъ гдѣ сильнѣе сосредоточивается теоретическая сила мысли, труднѣе проникаютъ осадныя средства и долго сохраняется, словно нѣкоторая недосягаемость для жизненныхъ уроковъ. Пусть сойдутся земледѣлецъ и юристъ, вы сразу видите иные пріемы мышленія. Юриспруденція какъ будто труднѣе рѣшается къ переходу отъ доктринерскихъ высотъ къ неизбѣжнымъ путямъ жизненнаго реализма. Вспоминается «утро помѣщика» изъ юношескихъ произведеній Л. Н. Толстого. Тамъ ярко изображена эта борьба предвзятыхъ построеній и реальности. Человѣкъ, съ теоретическимъ, благороднымъ и высокимъ настроеніемъ, берется за дѣло, которое всюду валится у него изъ рукъ, за что бы онъ ни взялся. Такъ жестоко учитъ его міръ тѣхъ ничтожныхъ, которые ниже его по развитію, но за которыми все равно останется послѣднее слово, потому что они—«жизнь». То, что всякому яснѣе, въ иныхъ, менѣе умственныхъ отрасляхъ дѣятельности, труднѣе, разумѣется, въ такихъ сферахъ, гдѣ умственность свила себѣ прочное гнѣздышко. Я имѣю въ виду юриспруденцію. Разумѣется, наши ошибки, отъ презрительнаго—свысока отношенія къ указкѣ житейской, будутъ здѣсь менѣе замѣтны. Въ самомъ дѣлѣ, если помѣщикъ круто поставитъ на своемъ и пожелаетъ вести русское хозяйство, какъ англійскую ферму, отрицательный результатъ сразу осадитъ идеалиста. Плохо налаженный механизмъ перестанетъ дѣйствовать, и идеалиста накажетъ неурожай. Если же судья пойдетъ ломать устои жизни, проводя «право юристовъ»,—то передъ нимъ будетъ формальное повиновеніе. Зло будетъ съ трудомъ замѣтно. Могутъ пройти цѣлыя поколѣнія, пока оно будетъ явно.

Вотъ почему поворотъ юриспруденціи въ жизненныхъ путяхъ совершается крайне медленно и нерѣдко—при упорномъ сопротивленіи авторитетовъ. Ибо кто такое авторитеты, коли не тѣ же жрецы у низвергаемыхъ алтарей?

Постепенная окраска русской юриспруденціи болѣе яркой жизненной самобытностью стоитъ на очереди. Это не болѣе какъ вопросъ

времени. Вслѣдъ за другими отраслями жизни, наше правовое творчество пойдетъ тою же дорогою, какою давно пошла, за послѣднія два поколѣнія, вся совокупность нашихъ жизненныхъ силъ. И тутъ, думается мнѣ, слѣдуетъ ожидать многаго отъ встрѣчи двухъ элементовъ правового строительства, которые долго искали другъ друга и встрѣтиться не могли. Я разумѣю русское юридическое мышленіе и незаглохшее въ народномъ сознаніи правовое творчество. Нѣтъ, пѣсня обычнаго права далеко не спѣта! Но въ будущемъ роль его будетъ иная, нежели въ прошломъ. Настанетъ время, когда оно не будетъ твориться невѣдомо, въ десяткахъ милліоновъ, не доходящихъ до насъ волостныхъ судебныхъ рѣшеній, но будетъ, при яркомъ свѣтѣ обращенныхъ на него лучей сознательнаго изслѣдованія, гармонично сочетаться съ общерусскимъ писаннымъ гражданскимъ закономъ. И для этого мы должны крѣпко подумать, какъ бы ему пріуготовить пути нормальнаго проявленія, благодаря которымъ право могло бы естественно обогащаться изъ вѣчно бодрствующаго народнаго правового сознанія.

Противники обычнаго права обыкновенно укоряютъ его безобразіемъ и вредностью нѣкоторыхъ его нормъ. «Въ семьѣ не безъ урода», говоритъ народная пословица. Но, не слѣдуетъ забывать, что значеніе дикихъ нормъ обычнаго права сводится къ весьма незначительной величинѣ, разъ мы говоримъ о его подчиненномъ передъ закономъ положеніи. Всѣ явно безнравственные, полуязыческіе, грубые, противообщественные элементы обуздываются, срѣзываются, сводятся къ нулю, или, въ силу ихъ противорѣчія съ болѣе гуманнымъ писаннымъ закономъ—или въ силу того, что законъ всетаки стоитъ впереди, и лишь за неимѣніемъ прямого закона, предполагается уже обычай, въ видѣ *субсидіарнаго* источника права.

Именно въ этой роли, при разнообразіи нашего быта, обычай можетъ оказать крупную услугу въ дѣлѣ развитія русскаго гражданскаго права и какъ разъ въ такихъ вопросахъ, гдѣ «общій духъ» законовъ ничѣмъ не поможетъ, а «право юристовъ» иностраннаго чекана принесетъ крупный вредъ. Какъ отказаться отъ обращенія къ субсидіарнымъ обычнымъ нормамъ, когда къ суду обращаются «артельщики», ясно сознающіе, что есть цѣлый міръ артельный, вполнѣ опредѣленный въ народныхъ представленіяхъ, но совершенно игнорируемый писаннымъ закономъ?

А ирригаціонные обычаи въ Крыму, Закавказьѣ, Туркестанскомъ краѣ, составляющіе совокупность сложныхъ правилъ, вызванныхъ своеобразною природою подтропическаго пояса, гдѣ вода достается

искуственно, а солнце жаритъ немилосердно. Неужто справедливо будетъ судить человѣка «на арыкахъ Зеравшана» по X тому, написанному для сырого сѣвера, или по «праву юристовъ», выработанному въ швабской землѣ, гдѣ солнце блѣдно, а вода одолѣваетъ человѣка со всѣхъ сторонъ?

А типы земельнаго владѣнія или хозяйства, все болѣе несомнѣнно обрисовывающіеся усиліями бытописателей, какъ-то: разновидности общиннаго владѣнія, четвертное владѣніе, семейная община, большая семья, смѣшанные типы кровной и договорной семьи, всевозможные виды добывательныхъ, предпринимательскихъ и производительныхъ товариществъ, неужели придется всю эту роскошную растительность дремучихъ лѣсовъ народной жизни подгонять къ рамкамъ, для нихъ не созданнымъ, укладывая эту творческую жизнь въ губительное для нея прокрустово ложе!

Народная жизнь у насъ такъ сильна, самобытна и оригинальна, въ ней вѣетъ самою природою съ такою мощною неудержимостью, что ея старшая сестра, жизнь интеллигентная и руководящая—должна ее пощадить и вспомнить о ней въ тѣ торжественныя минуты, когда будущій поворотъ этой жизни опредѣляется росчеркомъ пера законодателя. Народная жизнь должна имѣть выходъ для своего творчества. Этотъ естественный и справедливый выходъ есть *обычай, признанный какъ вспомогательный источникъ права, въ случаѣ неполноты закона.*

А засимъ, если оба источника, какъ законъ, такъ и обычай окажутся недостаточными, то должна наступить очередь аналогіи.

При такомъ пріемѣ, самая аналогія будетъ богаче, такъ какъ она будетъ исходить изъ двойного основанія, восполняя общій смыслъ закона общимъ смысломъ обычая. При такой постановкѣ дѣла не будетъ уже опасности повторенія роковой ошибки нашего времени, когда подъ видомъ аналогіи незамѣтно подкрадывается «право юристовъ».

Перейдемъ теперь къ вопросу о томъ, правильно ли будетъ раздѣленіе обычныхъ нормъ на двѣ группы: одну примѣняемою судомъ «ex officio»,—другую, поставленную въ зависимость отъ ссылки сторонъ.

Это раздѣленіе вызываетъ прежде всего сомнѣніе въ однородности послѣдней группы, содержащей такъ называемыя «диспозитивныя нормы», примѣняемыя по доброй волѣ сторонъ. Мы замѣчаемъ въ нихъ особый видъ, близко подходящій къ «императивнымъ» нормамъ

т. е. къ чужой группѣ. Этотъ видъ оставаясь «диспозитивнымъ» по существу, пользуется однако презумпціею закона: лицо не обязано пользоваться нормами этого вида, но если оно не выразило своего намѣренія опредѣленно, то оно считается подчинившимся именно этимъ нормамъ.

Этотъ видъ «диспозитивныхъ» нормъ, съ оттѣнкомъ предполагаемой «императивности», будетъ наиболѣе понятнымъ на примѣрахъ изъ писаннаго права. Сюда относятся, напримѣръ, статьи разныхъ кодексовъ, узаконяющихъ нормальный ростъ. Я воленъ уговориться въ займѣ, обусловивъ въ свою пользу 4 или 10 процентовъ годовыхъ; но если я объ этомъ не упомянулъ, то предполагается, что моя воля совпадаетъ со статьею 2021-й X т. 1 ч., и ростъ опредѣляется въ 6 процентовъ. Въ предѣлахъ дѣйствія французскаго уложенія, брачущіеся могутъ опредѣлить какъ угодно свои взаимныя имущественныя отношенія; но въ случаѣ ихъ молчанія, предполагается, что они хотѣли остановиться на «communauté légale» 1400 статьи «Code civil». Такое же положеніе создается, въ городахъ Лифляндіи, статьями 79-й и 81 п. 2 Свода Гражд. Узак. Прибалтійскихъ.

Подобные же примѣры презумптивно обязательныхъ нормъ не перестающихъ быть «диспозитивными», мы находимъ и въ обычномъ правѣ. Пожилой человѣкъ отдаетъ все свое накопленное имущество съ тѣмъ, чтобы лицо, получившее таковое, прилично кормило, одѣвало и имѣло уходъ за нимъ «до его смерти». Договоръ устный. Какъ тутъ опредѣлить правоту обиженной стороны, въ случаѣ спора? Для насъ, жителей города, участниковъ иного быта, оно кажется темнымъ: допустить ли презумпцію того, что, за непоминаніемъ всѣхъ подробностей, стороны должны были имѣть въ виду такое-то минимальное число мѣръ картофеля, или столько-то аршинъ холста въ годъ. Между тѣмъ, то, что кажется намъ дико, вполнѣ ясно и разумно, будучи общеизвѣстно въ той средѣ, гдѣ возникъ споръ. Соберется цѣлая толпа людей; они съ жадностью прислушиваются къ каждому вопросу судьи и удивляются, какъ это такъ—судья спрашиваетъ такія вещи, о которыхъ всякій здравый человѣкъ долженъ хорошо знать, да и еще видимо ходитъ ощупью и въ потемкахъ. Если вы чутки и наблюдательны, попробуйте вглядѣться въ лица этой толпы: вы прочтете на нихъ существованіе и общее сознаваніе цѣлаго сонма такихъ презумптивныхъ нормъ, которыхъ судъ не можетъ игнорировать; иначе онъ невольно дастъ премію недобросовѣстнымъ тяжущимся, которые, видя растерянность суда, рады будутъ случаю увернуться отъ обязательности нормъ, въ силѣ коихъ они до суда не сомнѣвались.

Проникнемъ теперь глубже въ распознаваніе природы диспозитивныхъ нормъ. Вопросъ достоинъ нашего вниманія, такъ какъ этотъ родъ нормъ играетъ одну изъ первенствующихъ ролей въ гражданскомъ правѣ.

Намъ говорятъ, что примѣненіе обычая должно, въ данномъ случаѣ, произойти не иначе, какъ по ссылкѣ сторонъ, такъ какъ диспозитивная норма всецѣло въ ихъ волѣ. Хотятъ—могутъ ей подчиниться, не желаютъ—норма падаетъ.

Такъ-ли это? Здѣсь, кажется, какое-то недоразумѣніе. Смѣшиваются два момента, нерѣдко отдѣляемые значительнымъ промежуткомъ времени: моментъ возникновенія сдѣлки и моментъ разбора дѣла въ судѣ.

Пока сдѣлка не возникла, вопросъ объ обязательности данной нормы для сторонъ, въ дѣйствительности, остается открытымъ. Но когда стороны вышли изъ этого предварительнаго періода, когда сдѣлка состоялась, стороны продолжительное время ее исполняли, подчиняясь указаннымъ ими подразумѣваемымъ въ ней нормамъ, то обязательность этихъ нормъ установилась окончательно. Позднѣйшая вспышка разногласія или судебнаго спора не въ состояніи подложить новый фундаментъ подъ давно состоявшееся юридическое отношеніе. Въ этомъ позднѣйшемъ періодѣ, диспозитивный характеръ нормъ уже рѣшительно непричемъ.

Отсюда ясно, что раздѣленіе нормъ, по степени ихъ категоричной обязательности, не затрагиваетъ ихъ существа настолько глубоко, чтобы можно было провести разницу между ними со стороны обязательности, для суда, ихъ распознаванія «ex officio». Разъ обычай есть право, и это право лежитъ въ основѣ отношеній сторонъ по данному дѣлу, судъ долженъ добраться до этой основы и узнать это право. Тамъ, гдѣ судъ не обязанъ разузнать эту основу, тамъ не должно быть правового остатка. Допущеніе-же случаевъ, когда стороны жили другъ съ дружкою до суда по одному праву, а судъ, по недоразумѣнію, ихъ разобралъ по другому праву—является весьма опаснымъ: оно пролагаетъ путь къ сознательному беззаконію сторонъ.

Съ этой точки зрѣнія можно сказать, что обычай долженъ быть примѣняемъ не иначе, какъ «ex officio».

Указавъ на поверхностный характеръ тѣхъ примѣтъ, по которымъ предполагается обособить «диспозитивныя нормы», мы также не можемъ связывать съ этою группою такого значенія, чтобы доказательство существованія этихъ нормъ возлагалось исключительно, въ

смыслѣ «onus probandi», на обязанность сославшейся стороны. Состязательное начало приноситъ и такъ довольно горькіе плоды въ гражданскомъ процессѣ, когда въ немъ участвуетъ человѣкъ «не ученый». Поставить же въ зависимость отъ этого обоюдоостраго меча такую функцію, какъ распознаваніе самой нормы матеріальнаго права, будетъ равносильно создаванію въ народной массѣ убѣжденія, что не только счастіе, но даже сама правда послушно слѣдуетъ за сильнымъ, ловкимъ и изворотливымъ.

Нѣтъ, выясненіе нормъ обычнаго права не должно никоимъ образомъ быть отнесено къ односторонней обязанности которой-либо изъ сторонъ. Домогательство стороны о признаніи правильности примѣненія указываемой ею нормы можетъ быть, иной разъ, отклонено судомъ, за неустановленіемъ этой нормы; связь между волею контрагентовъ и указанною которою-либо изъ сторонъ нормою диспозитивнаго характера, можетъ быть отвергнута, какъ обстоятельство недоказанное; но опасно ставить принципіально такое правило, что норма, недоказанная сославшеюся стороною, на *этомъ* основаніи отвергается, какъ обстоятельство ею не доказанное. Вѣдь можетъ быть случай такого рода, что судъ знаетъ эту норму, по другимъ дѣламъ. Какъ-же признавать формально недоказанною, по данному дѣлу, такую норму *права*, которую, быть можетъ, всѣ знаютъ, въ данной мѣстности?

Намъ не могутъ возразить, что это правило, хотя и несправедливое, съ теоретической стороны, однако должно быть допущено, какъ практическій исходъ, для облегченія дѣятельности суда. Въ самомъ дѣлѣ, для огражденія суда отъ безплодныхъ поисковъ за несуществующимъ обычаемъ, вполнѣ достаточно общаго права, присущаго каждому суду, отвергать примѣненіе нормы, существованіе которой въ его глазахъ сомнительно. Но это право не относится къ однѣмъ диспозитивнымъ нормамъ. Вѣдь можетъ-же случиться, что при наличности 38 статьи общаго положенія о крестьянахъ, положительно предписывающей примѣненіе обычаевъ въ дѣлахъ наслѣдственныхъ, судъ придетъ все-таки къ заключенію, что въ данной мѣстности нѣтъ особыхъ обычаевъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ такомъ предположеніи судъ правильно примѣнитъ общіе гражданскіе законы. Стало-быть, не только «диспозитивныя» но и «императивныя» нормы могутъ быть отвергнуты судомъ, вслѣдствіе невыясненія ихъ дѣйствительнаго существованія.

Для достиженія этого желательнаго результата нѣтъ надобности ставить его въ зависимость отъ столь опаснаго принципа, какимъ является начало состязательности въ гражданскомъ процессѣ. Для

всѣхъ видовъ обычая можетъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, возникнуть справедливый поводъ примѣненія начала: «jura novit curia», и во всякомъ случаѣ, неспособность стороны къ доказательству не можетъ быть поставлена ей на видъ, когда рѣчь идетъ о выясненіи самаго существованія правовой нормы.

Въ связи съ предыдущимъ вопросомъ можетъ возникнуть основательный споръ о томъ, что такое обычай съ точки зрѣнія элементовъ гражданскаго процесса. Что-же это такое: право или фактъ?

Тутъ заключается несомнѣнно одна изъ значительныхъ трудностей въ предметѣ нашего изслѣдованія. Съ рѣшеніемъ этой задачи связанъ цѣлый рядъ другихъ вопросовъ такого рода:

1) Правильно ли допущеніе сторонъ къ представленію общеустановленныхъ процессуальныхъ доказательствъ въ подтвержденіе существованія обычая? Вѣдь нельзя же сослаться на свидѣтелей въ доказательство существованія какого-либо закона. Спрашиваетея, мыслима ли такая ссылка, когда рѣчь идетъ объ обычаѣ?

2) Правильно ли допущеніе кассаціоннаго порядка истолкованія обычая, согласно новому проекту?

3) Можно ли отговариваться незнаніемъ обычной нормы? Всѣ эти вопросы выяснятся сами собою, когда мы рѣшимъ, что̀ такое обычай: право или простой фактъ? На этотъ вопросъ долженъ быть данъ отвѣтъ нѣсколько сложный, въ виду двойственной природы обычая.

Обычай есть правовая норма, но такая, которую можно и не знать. Судъ обязывается ее примѣнять только съ того момента, когда проявленіе этой нормы настолько несомнѣнно, что она вошла въ убѣжденіе суда, т. е. когда судъ знаетъ, что обычай существуетъ.

Такимъ образомъ, весь періодъ распознаванія нормы протекаетъ передъ судомъ въ такихъ условіяхъ, что онъ права передъ собою не видитъ; передъ нимъ являются *факты, изъ которыхъ должно сложиться убѣжденіе, что правовая норма существуетъ.*

Отсюда вытекаетъ тотъ выводъ, что коммисія совершенно основательно допускаетъ обсужденіе юридическаго построенія обычая въ кассаціонномъ порядкѣ. Она также права, когда разрѣшаетъ сторонамъ доказывать на общемъ основаніи тѣ факты, изъ которыхъ обычай выводится.

Наконецъ, несомнѣнно и то, что правило о томъ, что невѣдѣніемъ закона отговариваться нельзя, — никоимъ образомъ не распространяется на обычай, такъ какъ оно неразрывно связано съ порядкомъ возникновенія закона, посредствомъ обнародаванія для всеобщаго свѣдѣнія.

Выясненный нами двойственный характеръ обычая выдвигаетъ затрудненіе особаго рода, въ порядкѣ его примѣненія. Разъ степень его юридической силы зависитъ отъ воспринятія его убѣжденіемъ судьи, то возникаетъ справедливое опасеніе шаткости подобнаго понятія. Когда складывается это убѣжденіе? Съ какого момента считать законченнымъ такой неуловимый, чисто субъективный душевный процессъ?

Убѣжденіе складывается разно, по личнымъ особенностямъ человѣка. Моментъ достиженія обычною нормою степени юридически обязательнаго правила, проникновеніемъ въ сознаніе судьи, будетъ наступать раньше или позже, смотря по тому, имѣетъ ли судья общеніе съ народомъ или нѣтъ, а также въ зависимости отъ того, какъ долго онъ служитъ или живетъ въ данной мѣстности.

Въ этомъ отношеніи возникаетъ потребность въ подысканіи такого пріема, который могъ бы сгладить и уравновѣсить колебанія въ личныхъ особенностяхъ каждаго судьи. Необходимо, чтобы воспринятіе обычно-правовыхъ нормъ сознаніемъ суда было поставлено въ зависимость отъ регулятора, стоящаго въ связи съ общимъ уровнемъ непрерывнаго правосознанія окружающаго населенія.

Едва ли можетъ быть въ этомъ отношеніи средство, болѣе тѣсно уравновѣшивающее, нежели *судъ присяжныхъ*.

Институтъ *присяжныхъ засѣдателей* могъ бы съ успѣхомъ быть примѣняемъ, *какъ средство установленія нормъ обычнаго права*, не касаясь существа дѣла, которое попрежнему разбиралось бы коренымъ судомъ.

Въ такомъ предположеніи, предсѣдатель суда, по окончаніи особаго производства, клонящагося къ доказательству существованія даннаго обычая, обязанъ былъ бы свести всѣ спорные доводы сторонъ и данныя, добытыя въ дѣлѣ, къ ясно формулированному вопросу: «существуетъ ли такая-то норма обычнаго права, да или нѣтъ»?

Присяжные, вниманіе коихъ должно быть исключительно занято этимъ элементомъ процесса, отвѣтятъ: «да, существуетъ» или: «нѣтъ, не доказано».

Затѣмъ, предсѣдатель распускаетъ присяжныхъ и приступаетъ къ рѣшенію дѣла по существу.

Понятно, нельзя допускать неосновательно созыва присяжныхъ по каждому дѣлу, чуть только сторона сошлется на обычай. Для открытія такого производства слѣдуетъ требовать предварительнаго признанія со стороны суда, что такое изслѣдованіе необходимо на томъ основаніи, что данная норма не пользуется въ глазахъ суда общеизвѣстностью.

При допущеніи непринужденнаго содѣйствія суда и общественнаго элемента въ дѣлѣ выясненія наличности нормъ обычнаго права получается полная возможность возведенія этого правового элемента въ степень *источника права*, *а не простого правового факта*. Такимъ образомъ, судъ, убѣдившись изъ частаго повторенія примѣненія данной нормы, что она реально существуетъ, станетъ съ нею обращаться, какъ съ нормою, *не требующею доказательства по данному дѣлу и содержащеюся въ сознаніи самого суда*.

Откроется. такимъ образомъ, въ отечественномъ правосудіи: «viva vox aequitatis et juris».

---

3. По пути къ народному правосознанію.

(Докладъ, читанный въ Отдѣленіи Обычнаго Права С.П.Б. Юрид. Общества 18 апрѣля 1901 г.).

I.

Прошло три года съ тѣхъ поръ, какъ Отдѣленіе Обычнаго Права С.-Петербургскаго Юридическаго Общества заслушало первый докладъ своего Редакціоннаго Комитета (14 апрѣля 1898 года), о задачахъ и методахъ предстоящей ему дѣятельности разработки русскаго обычнаго права, по даннымъ волостныхъ книгъ. Въ этомъ докладѣ, какъ извѣстно, обращалось вниманіе на необходимость придерживаться точнаго распредѣленія обычаевъ по *мѣсту* ихъ дѣйствія (принципъ *локализаціи* изслѣдованій). Затѣмъ, придавалось особенное значеніе возможно большей *индивидуализаціи* случаевъ примѣненія обычнаго права, что естественно достигалось тѣмъ, что новый пріемъ изслѣдованія основывался на подлинныхъ рѣшеніяхъ волостныхъ судовъ. Наконецъ, обращалось вниманіе на желательность регистраціи не случайныхъ наблюденій, но возможно большаго числа рѣшеній, имѣя въ виду, что обычай, примѣненный разными людьми, въ разное время внѣ спеціальныхъ вліяній, сопутствующихъ отдѣльному дѣлу, представляется болѣе несомнѣнною нормою народнаго права, и что *значительное число наблюденій само по себѣ*, какъ-бы *устраняетъ* затемненіе правовой нормы такъ называемыми «*случайными и посторонними вліяніями*».

Съ тѣхъ поръ накопился нѣкоторый опытъ въ дѣлѣ примѣненія намѣченныхъ началъ. При благосклонномъ содѣйствіи бывшаго министра

внутреннихъ дѣлъ И. Л. Горемыкина, были присланы въ Петербургъ волостныя книги 4-хъ уѣздовъ Ярославской губерніи. Приступлено было, какъ извѣстно, къ разработкѣ этихъ книгъ по *Угличскому* уѣзду, при содѣйствіи студентовъ, которыхъ сумѣлъ воодушевить бывшій предсѣдательствующій Редакціоннаго комитета А. Х. Гольмстенъ. До весны 1899 года работали усердно студенческія группы, доходившія до 70 человѣкъ, и ими было сдѣлано не мало. Волненія, наступившія затѣмъ среди университетской молодежи, разстроили этотъ порядокъ разработки волостного матеріала. Съ этой стороны выяснилось, что университетская молодежь, вслѣдствіе тѣхъ условій, въ которыхъ она работаетъ, представляетъ опору непостоянную и довольно шаткую. Между тѣмъ, другого способа привлечь значительное число сотрудниковъ Редакціонный Комитетъ пока, въ своемъ распоряженіи не имѣетъ. Добровольное участіе лицъ, окончившихъ курсъ и имѣющихъ уже опредѣленное общественное положеніе, представляетъ нѣкоторыя невыгоды, съ которыми приходится считаться и которыя неблагопріятно отзываются на дальнѣйшемъ осуществленіи намѣчаемыхъ задачъ. Всѣ дѣятели, живущіе въ С.-Петербургѣ, обременены служебными и иными профессіональными заботами и почти не обладаютъ досугомъ. Громадныя столичныя разстоянія и самый складъ жизни въ С.-Петербургѣ, до крайности затрудняютъ возможность разсчитывать на дѣятельное участіе въ такомъ дѣлѣ, требующемъ затраты значительнаго времени для предварительной черновой работы разбора волостныхъ книгъ.

Между тѣмъ, не подлежитъ сомнѣнію, что это дѣло не мертвое. Цѣною довольно трудной предварительной работы добываются въ высшей степени интересныя и полезныя данныя, практическая польза которыхъ будетъ, со временемъ, неизмѣрима. Живой интересъ, возбужденный почти повсемѣстно иниціативой отдѣленія обычнаго права С.-Петербургскаго юридическаго общества, указываетъ на то, что русская провинція располагаетъ многочисленными силами, готовыми взяться за дѣло, лишь-бы починъ столицы былъ доведенъ до конца, т. е. до разумной организаціи этихъ силъ, на мѣстахъ, по одному общему плану. Мнѣ представляется, что вслѣдствіе указанныхъ причинъ успѣхъ начатаго дѣла зависитъ отъ провинціальныхъ дѣятелей гораздо больше, нежели отъ разработки волостныхъ книгъ въ С.-Петербургѣ. Поэтому необходимо довести дѣло до того, чтобы въ губернскихъ центрахъ, при архивныхъ ученыхъ коммисіяхъ, при университетахъ, провинціальныхъ юридическихъ обществахъ, судебныхъ палатахъ и вообще при тѣхъ ячейкахъ, которыя выдвинетъ сама

жизнь, не гоняясь за единообразіемъ, была организована разработка волостныхъ книгъ ближайшаго мѣстнаго раіона, по образцу работъ, начатыхъ въ столицѣ. Въ такомъ предположеніи, задача столичнаго отдѣленія обычнаго права должна состоять въ томъ, чтобы вести дѣло дальше, по намѣченному пути, съ опубликованіемъ данныхъ, добываемыхъ при изученіи Ярославской губерніи *поуѣздно*, пока не будетъ изданъ *сводъ юридическихъ обычаевъ Ярославской губерніи.* Этимъ путемъ постепенно вызывается дѣятельность мѣстныхъ группъ изслѣдователей, которымъ С.-Петербургское юридическое общество не откажетъ въ содѣйствіи къ напечатанію ихъ трудовъ въ томъ же органѣ общества, «Вѣстникѣ Права», въ которомъ имѣется въ виду опубликованіе непосредственныхъ трудовъ столичнаго отдѣленія обычного права.

Въ настоящее время, болѣе тѣсная группа сотрудниковъ продолжаетъ работать надъ тѣмъ же Угличскимъ уѣздомъ. По распредѣленію, часть этого уѣзда выпала на мою долю труда, и я намѣренъ подѣлиться съ читателями тѣми впечатлѣніями и мыслями, которыя вызываетъ во мнѣ, попутно, разработка этого матеріала.

II.

Передо мною имѣются налицо 88 тезисовъ гражданскаго обычнаго права, извлеченныхъ изъ 800 дѣлъ, производившихся съ 1862 по 1881 годъ въ раіонѣ Большесельской волости Угличскаго уѣзда. Изъ этихъ положеній 29 относятся къ наслѣдственному праву, 23 къ семейственному, 21 къ обязательственному и 15 къ вещному праву. Такимъ образомъ, задавшись извлеченіемъ положеній гражданскаго права, я замѣчаю приблизительную пропорцію 1 тезиса на 10 дѣлъ.

По мѣрѣ примѣненія на дѣлѣ одобренныхъ нами пріемовъ изслѣдованія, возникаетъ у меня нѣкоторое сомнѣніе въ возможности использовать каждое рѣшеніе волостного суда съ цѣлью располагать *массовымъ* матеріаломъ однообразныхъ рѣшеній до такой степени, чтобы можно было положенія строить подсчетомъ единичныхъ примѣровъ, для вывода каждаго тезиса изъ многочисленныхъ случаевъ. Не говоря о томъ, что внѣшняя форма записи нерѣдко не передаетъ въ каждомъ судебномъ рѣшеніи всего того, что происходило въ дѣйствительности, такъ что многія рѣшенія представляются какъ будто безсодержательными; кромѣ того, *самый процессъ выдѣленія обычнаго права* изъ словъ крестьянскаго судебнаго рѣшенія представляется нерѣдко *весьма сложнымъ* и требуетъ довольно долгаго

размышленія и сложной сообразительности; при такихъ условіяхъ, повтореніе той же умственной работы надъ массою рѣшеній представляется дѣломъ едва ли осуществимымъ.

Чтобы точнѣе выразить мою мысль, приведу примѣръ того, какія предварительныя соображенія предшествовали отмѣткѣ слѣдующихъ двухъ тезисовъ изъ *вещнаго* и *наслѣдственнаго* права:

1) «*Пчелиный рой*, найденный въ дуплѣ, принадлежитъ собственнику той земли, гдѣ растетъ дерево».

2) «*Выморочная* усадьба переходитъ въ собственность сельскаго общества» (Дѣло Большесельской вол., 17 авг. 1872 г.). Дѣло было такъ. Крестьянскія дѣти открыли въ дуплѣ пчелиный рой. Двѣ сосѣдки, жилище и огородъ коихъ находились тутъ же, около дупла, собирались было собрать медъ и завладѣть ульемъ. Вдругъ является пожилой мужикъ и громкимъ кличемъ собираетъ людей; онъ волнуется, кричитъ, что улей общественный, медъ долженъ быть раздѣленъ всѣмъ сельскимъ обществомъ; сосѣдки плачутъ, умоляютъ старика не творить насилія; старикъ неумолимъ; онъ беретъ пилу и торжественно при толпѣ народа перерѣзаетъ дерево съ дупломъ и уноситъ улей, чтобы медъ достался всѣмъ членамъ общества, а не сосѣдкамъ. Назначается судъ, происходитъ нѣсколько засѣданій; откладывается дѣло для созыва добросовѣстныхъ людей окрестныхъ деревень, и въ концѣ концовъ—слѣды дѣла теряются; рѣшенія никакого не послѣдовало, повидимому, за примиреніемъ сторонъ.

Такимъ образомъ, если буквально придерживаться правила регистрованія *рѣшеній* суда, то этотъ матеріалъ окажется ни къ чему. Тутъ рѣшенія вовсе нѣтъ.

Между тѣмъ рѣдкое дѣло записывается такъ ясно, толково и подробно, какъ оказывается въ этомъ дѣлѣ, и попутно, изъ объясненій сторонъ, выростаетъ цѣлый рядъ вопросовъ.

Чего стоитъ, хоть-бы взять, напримѣръ, этотъ созывъ добросовѣстныхъ людей окрестныхъ деревень, для разрѣшенія спора между мѣстнымъ сельскимъ обществомъ и его отдѣльными членами! Но это я оставляю въ сторонѣ, ибо, въ данномъ изслѣдованіи, мы ищемъ гражданскаго права, а не процессуальныхъ нормъ.

Прежде всего возникаетъ вопросъ при спорѣ о находкѣ улья—отчего не заходитъ рѣчь о *правѣ находки*, т. е. о правѣ тѣхъ дѣтей, которыя нашли улей?

Очевидно, самое право находки въ тѣсномъ смыслѣ касается вещей утерянныхъ, безхозяйныхъ, мертвыхъ, а не живаго явленія. обнаруживающагося въ данномъ мѣстѣ, въ связи съ законами при-

роды. Цѣнности, рождающіяся для человѣка, не отъ простого случая и встрѣчи, но и отъ условій природы, создаютъ очевидно, въ правовыхъ представленіяхъ народа, иныя понятія юридической принадлежности. Но какъ это выразить?

Разсматривая данное дѣло, я чувствую, что тутъ есть факты. Я читаю дальше и жду намека, который далъ бы мнѣ право выставить тезисъ. Но намека нѣтъ, и я долженъ ограничиться однимъ запоминаніемъ того, что почти успѣло вылиться, въ моемъ сознаніи, въ опредѣленный фактъ обычнаго права.

Далѣе, я стараюсь понять азартное оживленіе старика, созывающаго народъ и ратующаго всенародно за общественный характеръ улья. Сначала мотивовъ не видно. Передъ вами встаетъ образъ взволнованнаго старика, громко стоящаго за интересъ села, когда его *личный* интересъ—состоитъ въ одной ложкѣ меда. Чего же онъ волнуется? Нѣтъ ли тутъ живаго убѣжденія, что пчелы прилетѣли на крыльяхъ вѣтра; рой сѣлъ на дерево, но собственно онъ ничей, какъ и вѣтеръ ничей, Божье дѣло? Вѣрно у старика была эта мысль, но далѣе, будучи припертъ къ стѣнѣ, при наличности наказуемаго самоуправства, онъ на судѣ *строитъ* свою аргументацію, очевидно, не довѣряя убѣдительности довода, что «рой и вѣтеръ, дары Божьи», чѣмъ и обнаруживаетъ присутствіе двухъ наслоеній въ народныхъ воззрѣніяхъ, понятій, отживающихъ или вымершихъ передъ другими, которыя ихъ замѣнили. Старикъ пускается въ тонкости аргументаціи, дерево съ дупломъ своими корнями стоитъ, молъ, на такой землѣ, которая *принадлежала роду, нынѣ вымершему, а потому нынѣ принадлежитъ обществу; а чья земля—тому и пчелы.*

Если бы старикъ не добрался, такъ сказать «заднимъ умомъ» до этого порядка защиты, онъ бы никогда не выразился иначе, какъ просто: «земля общественная, стало быть и пчелы общественныя».

Извѣстно, что когда общество распоряжается землею, дошедшею по той или иной причинѣ обратно къ нему изъ прежняго частнаго владѣнія, то оно распоряжается ею просто какъ *своею* землею, не обращаясь для своего оправданія, къ исторіи предыдущихъ переходовъ. Если же старикъ нуждался въ такой сложной аргументаціи, то это ясно доказываетъ, что общественный характеръ земли былъ вовсе не очевиденъ, и что онъ до него додумался впослѣдствіи, а во время своего энергичнаго вмѣшательства, движущею силою въ его душѣ была совершенно иная мысль. Чутье подсказываетъ, что другой простой и сильной мысли быть не могло, какъ та, что «рой пчелиный—даръ Божій».

Но я этого тезиса не выписываю. Остерегаюсь того, что я чувствую весьма опредѣленно, но на что нѣтъ ясно выраженныхъ свидѣтельствъ. Я пишу тѣ два тезиса, которые я указалъ выше, потому что на нихъ сослался въ своей защитѣ старикъ, и къ нимъ серьезно относится судъ, откладывая дѣла для повѣрки именно тѣхъ обстоятельствъ, на которыя ссылается обвиняемый.

Такимъ образомъ, вы видите, что если приходится остерегаться записи недосказанныхъ фактовъ народнаго сознанія, при чтеніи волостныхъ книгъ, то съ другой стороны, было бы ничѣмъ невознаградимою потерею, если бы мы отказывались отъ этихъ попутныхъ размышленій, освѣщающихъ другія, вполнѣ формулированныя положенія.

Прямая формулировка положенія въ текстѣ волостного рѣшенія бываетъ нерѣдко подозрительной и часто эта подозрительность тѣмъ болѣе значительна, чѣмъ ярче выражена самая формула. Но внутренняя гарантія выставленной формулы посредствомъ ея логической связи съ представленіями тяжущихся и, въ особенности, съ тѣми понятіями, которыя *безспорны* въ глазахъ сторонъ и присутствіе коихъ выясняется именно размышленіемъ изслѣдователя надъ ходомъ мыслей тяжущихся,—это величайшая гарантія, какая намъ только дается, для обезпечиванія за нами достовѣрности добываемыхъ матеріаловъ.

Съ этой точки зрѣнія нельзя пренебрежительно относиться къ тѣмъ элементамъ, которые покрыты нѣкоторой темнотой и не даютъ, сами по себѣ, твердаго тезиса. Упрекать въ излишкѣ поэтическаго воображенія изслѣдователя, ищущаго смысла этихъ свѣтовыхъ полуобразовъ,—было бы съ нашей стороны признакомъ сухости ума или вѣрнѣе недомыслія и по такому пути мы не пойдемъ, потому что это былъ бы путь къ мертвечинѣ.

III.

Необходимо сказать нѣсколько словъ о пресловутомъ элементѣ, будто придающемъ сомнительный характеръ *всѣмъ* волостнымъ матеріаламъ.

Я разумѣю такъ называемыя «постороннія вліянія», будто сплетающіяся до неузнаваемости съ основнымъ обычно-правовымъ матеріаломъ и представляющія, въ свою очередь, крайне разнообразную примѣсь. Тутъ и взятка писарю или судьямъ, и вліяніе кулаковъ въ сельскомъ быту, и распиваемая на судѣ или по близости водка. Наряду

съ этими вліяніями, намъ говорятъ о роли писаря, справляющагося иной разъ по своду законовъ и дающаго темнымъ крестьянамъ-судьямъ готовое рѣшеніе къ подписи; наконецъ—вмѣшательство и давленіе начальства устраняетъ нерѣдко, говорятъ намъ, всякое подобіе народнаго обычая.

Отрицать реальность «постороннихъ вліяній», конечно, нѣтъ возможности. Однако, изученіе волостныхъ книгъ усиляетъ во мнѣ такое мнѣніе, сложившееся изъ предыдущаго знакомства съ крестьянскими судьями, что къ этимъ судьямъ слѣдуетъ прежде всего относиться съ довѣріемъ и уваженіемъ. Народъ лучше нежели мы, горожане, склонны это думать.

Какъ бывшій предсѣдатель съѣзда, имѣвшій въ теченіе пяти лѣтъ подъ своимъ надзоромъ 25 волостныхъ судовъ, какъ бывшій затѣмъ въ разное время присяжнымъ засѣдателемъ въ раіонѣ съ преобладающимъ сельскимъ населеніемъ, наконецъ, какъ туристъ, охотно входившій въ общеніе съ народомъ,—я вынесъ изъ этого—быть можетъ и неполнаго опыта,—чувство уваженія къ народу и вѣру въ его сознаніе правды. Приглядываясь къ дѣятельности народныхъ судей, вы поражаетесь сознательнымъ и умнымъ ихъ отношеніемъ къ своему дѣлу, ихъ стремленіемъ судить «по закону», разумѣя тотъ внутренній законъ, который они чувствуютъ въ себѣ, безъ справки по писанному. И эти хорошія качества не всегда сопутствуютъ непремѣнно росту грамотности; они присущи часто какому то внутреннему, несомнѣнно культурному, состоянію—въ тѣхъ именно глубокихъ слояхъ населенія, которые прпнято считать темными, потому что они мало понятны городскому человѣку. Этотъ «черный» народъ носитъ въ себѣ слѣды уже пройденной многовѣковой культуры, сдѣлавшей свое дѣло помимо книги.

Намъ, книжнымъ людямъ, кажется весьма естественнымъ предполагать, что неграмотный судья, въ своей темнотѣ и слабости, охотно долженъ опираться на грамотѣя—писаря, который его и выручаетъ мудрою ссылкою на X томъ свода законовъ. Между тѣмъ, пересматривая сотни рѣшеній, вы нигдѣ не видите ссылку на этотъ источникъ. Тутъ какое-то недоразумѣніе, повторяющееся сплошь да рядомъ, въ литературѣ обычнаго права.

Мы живемъ такъ далеко отъ народа, что переносимъ на него наши понятія и предполагаемъ, что тоже ему легко то, что намъ легче, а трудно дается то, что для насъ мудренѣе. Не чувствуя на себѣ давленія этого миѳа, именуемаго обычаемъ, мы постоянно живемъ по указкѣ и подъ давленіемъ книжныхъ представленій. Невольно,

но ошибочно, думается намъ, что и въ деревнѣ распредѣленіе нравственныхъ силъ приблизительно то же самое. На самомъ дѣлѣ, тамошняя жизнь строится на обратныхъ началахъ.

Человѣку, стоящему ближе къ природѣ, трудно дается книжная справка. Она для него не существуетъ. И самый грамотѣй—писарь, подвергается тѣмъ-же вліяніямъ окружающей его жизни.

Первый голосъ, который доходитъ до него, есть голось обычая. Если онъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, осиливаетъ этотъ голосъ посредствомъ книжной справки, то это уже плодъ усилія, переходъ отъ легкаго и сподручнаго, къ трудно дающемуся и мудреному источнику.

Отсюда ясно, что этотъ видъ «посторонняго вліянія» — значительно преувеличивается и вовсе не имѣетъ того значенія, которое нерѣдко ему приписывается.

Далѣе, слѣдуетъ замѣтить вообще, что «постороннія вліянія» по своей природѣ должны чаще всего отражаться на *фактической сторонѣ дѣла*, подобно вреду, причиняемому вообще лжесвидѣтельствомъ въ процессѣ. Юридическая аргументація остается больше всего за предѣлами воздѣйствія «постороннихъ вліяній»; во первыхъ—потому, что ее труднѣе пересоздавать искусственно съ предвзятою цѣлью; во вторыхъ—незачѣмъ, когда неправда можетъ торжествовать на фактическихъ выгодахъ, безъ особой аргументаціи; въ третьихъ—примѣненіемъ указанныхъ выше болѣе сложныхъ методовъ догма обычнаго права получается вовсе не изъ прямой аргументаціи резолютивной части рѣшеній, а изъ цѣлаго ряда сопутствующихъ данныхъ, въ которыхъ значеніе «постороннихъ вліяній» сводится къ совершенно незначительной величинѣ, въ большей части случаевъ, отпадающей неминуемо, по мѣрѣ углубленія анализа.

Изъ всѣхъ приведенныхъ соображеній получается такое представленіе о методѣ, наиболѣе благопріятствующемъ устраненію «постороннихъ вліяній» изъ поля наблюденія.

1) Подсчетъ массоваго матеріала былъ-бы весьма желательнымъ и надежнымъ способомъ, если-бы имѣлось на то весьма значительное число изслѣдователей, дѣйствующихъ одновременно, по общему плану и производящихъ наблюденія надъ живыми сценами быта, съ затратою громаднаго времени на то, чтобы присутствовать лично на судѣ, во время производства дѣлъ въ волостномъ судѣ.

2) Разъ это условіе невыполнимо, по крайней мѣрѣ, въ ближайшемъ будущемъ, то приходится придавать наибольшее значеніе возможно болѣе глубокому аналитическому изслѣдованію всѣхъ элемен-

товъ даннаго дѣла, освѣщая доводы суда сравнительнымъ изслѣдованіемъ того, чего хотѣли стороны, и тѣхъ условій быта, которыя отражались на домогательствахъ сторонъ. Этимъ путемъ можно дойти, при значительномъ числѣ наблюденій (хотя уже и не массовомъ матеріалѣ) — до совершенно отчетливаго выдѣленія народныхъ воззрѣній отъ примѣси «постороннихъ вліяній».

IV.

Я далекъ отъ мысли придавать наблюденіямъ, совершаемымъ попутно, по мѣрѣ накопленія нашего матеріала, преувеличенное и преждевременное значеніе окончательныхъ выводовъ. Тѣмъ не менѣе, нельзя отрицать наличность такихъ группъ обычно-правовыхъ тезисовъ, которыя уже даютъ намъ опредѣленныя очертанія типичныхъ правовыхъ институтовъ. Мнѣ хотѣлось бы остановить ваше вниманіе на одномъ изъ этихъ типовъ правового творчества. Лучшаго выбора мы сдѣлать не можемъ, какъ остановившись на *семейной собственности* и *на томъ видѣ наслѣдованія, который обрисовывается въ соотвѣтствіи съ нормами семейной собственности.*

Членамъ С.-Петербургскаго юридическаго общества должна быть памятна интересная контроверза, развернувшаяся въ засѣданіяхъ гражданскаго отдѣленія въ 1899 и 1900 годахъ, по поводу реферата М. А. Лозина-Лозинскаго, отрицавшаго юридическое существованіе «семейной собственности» въ системѣ русскаго права и реферата А. И. Лыкошина, ставшаго въ защиту этого института. Статьи того и другого автора представляютъ, по моему мнѣнію, громадный интересъ; онѣ же и выдержали содержательныя пренія, въ которыхъ приняли участіе многіе изъ членовъ общества. Наконецъ самыя статьи были, какъ извѣстно, опубликованы въ свое время въ нашихъ юридическихъ журналахъ (Вѣстникъ Права 1899 г. №№ 3 и 5 и 1900 г. №№ 6 и 8; Журн. Мин. Юст. 1900 г. № 5).

По этому поводу я напомню, что предсѣдательствующій въ гражданскомъ отдѣленіи І. И. Карницкій высказалъ, въ заключеніе преній, происходившихъ 25 февраля 1900 года, что было бы весьма желательно, «чтобы въ ближайшемъ будущемъ былъ представленъ рефератъ кѣмъ либо изъ членовъ общества, раздѣляющимъ мнѣніе А. И. Лыкошина, съ положеніями, которыя бы *юридически опредѣлили содержаніе крестьянской (т. е. семейной) собственности.*

Глубоко сочувствуя этой мысли, я хотѣлъ бы уже въ настоящемъ очеркѣ дать первый толчекъ къ ея осуществленію и предложить нѣкоторыя указанія, для конструкціи наиболѣе трудныхъ частей этого института, именно его отношеній къ наслѣдственному праву.

Постараемся сначала сгруппировать тѣ данныя, изъ изслѣдованныхъ нами рѣшеній Большесельской волости Угличскаго уѣзда, въ которыхъ обрисовывается *физіономія крестьянской семейной собственности.*

Есть признаки того, что *семья является собственникомъ въ двухъ ея видахъ:*

а) при жизни родителя, равно какъ и

б) послѣ смерти ея основателя.

Такимъ образомъ, по своему составу «*семья-собственникъ*» бываетъ *простая* и *сложная.*

Объединяющимъ началомъ *простой* семьи—является, разумѣется, *отцовская власть.*

«Отецъ въ правѣ заключать за сына договоръ личнаго найма (Возрастъ сына не выясненъ). Отецъ въ правѣ искать вмѣсто сына вознагражденія по условію». (Больш. вол. 1877 г. № 1). Жена не въ правѣ «тащить изъ-дому» семейное имущество и наказывается за это арестомъ». (Больш. вол. 1878 г. № 2). «Долгъ общественному магазину заключается отъ имени всей семьи (состоящей изъ нераздѣленныхъ брата и сестры), а не отъ кого-либо изъ членовъ въ отдѣльности». (Больш. вол. 1878 г. № 40). *Родительская власть можетъ быть отнята судомъ у родителя и передана, по обстоятельствамъ, правоспособному члену семьи, хотя бы этотъ младшій членъ семьи вступилъ первоначально въ семью по договору.* (Больш. вол. 1877 г. № 28; 1880 г. № 12). Оба указанныхъ здѣсь дѣла столь характерны, что я считаю нужнымъ привести ихъ содержаніе.

По дѣлу 1877 г. № 28. Къ бездѣтному дядѣ опредѣляется въ домъ, по договору, его племянникъ, со своею женою. Онъ обязывается быть вмѣсто сына, а она вмѣсто снохи. Они обязываются:

а) оказывать уваженіе старику и его сестрѣ,

б) «покоить» обоихъ стариковъ,

в) не принуждать ихъ къ непосильнымъ работамъ.

Они пріобрѣтаютъ слѣдующія права:

а) мужъ вступаетъ во всѣ права сына, и

б) имъ обоимъ предоставляются соотвѣтствующія права на наслѣдованіе;

в) на указанныхъ условіяхъ, вступившему въ договорныя отношенія вмѣсто сына велѣно судомъ «*быть хозяиномъ въ домѣ*».

По дѣлу 1880 г. № 12. Вслѣдствіе увѣчья и неспособности отца къ труду, «власть хозяина» отнимается судомъ у старика (противъ его воли) и передается его совершеннолѣтнему сыну. При этомъ, мѣриломъ правоспособности сына особенно оттѣняется его *трудоспособность*. Власть «хозяина въ домѣ» утверждается за нимъ, хотя онъ уѣзжаетъ на заработки. Продажа лошади, произведенная сыномъ-хозяиномъ противъ воли отца, признается правильной. Но тутъ рѣчь вовсе не идетъ о какомъ-либо особомъ имуществѣ сына, хотя и сказано, что «лошадь пріобрѣтена на собственныя средства сына»; такъ какъ дальше говорится для мотивировки его правъ, что: «онъ перестроилъ избу со дворомъ; онъ нѣсколько лѣтъ «оправдываетъ» всѣ подати и повинности, содержитъ все хозяйство, высылая изъ отлучки деньги....» Стало-быть, объясняется его правоспособность, основанная на трудоспособности, при нетрудоспособности отца, вслѣдствіе чего главенство въ семейной *общинѣ* переходитъ къ сыну.

По другому дѣлу (Больш. вол. 1880 г. № 27) судъ рѣшаетъ, чтобы: «старуха мать не вмѣшивалась въ распоряженія сына-хозяина» и угрожаетъ ей, въ случаѣ «дальнѣйшей ея сварливости — *отдѣлить* ее отъ сына въ другія комнаты, обязавъ его давать *только* на содержаніе матери», другими словами, судъ угрожаетъ ей *принудительнымъ отрѣшеніемъ отъ семейной общности имущества*.

Старуха продолжаетъ дѣлать затрудненія. Тотда угроза осуществляется. Судъ *приговариваетъ ее къ отдѣлу*. Она остается уже въ домѣ на правахъ квартирантки и получаетъ отъ сына по 3 рубля въ мѣсяцъ «на содержаніе». Для поясненія этого рѣшенія, замѣтимъ, что обязанность давать родителямъ «на содержаніе» возникаетъ именно тогда, когда родители уже не состоятъ съ дѣтьми въ положеніи семейной общности. Такъ, напримѣръ, по рѣшенію Больш. вол. суда 1873 г. 29 ноября—оказывается, что «обязанность выдавать неимущимъ родителямъ на пропитаніе, по мѣрѣ средствъ своихъ, лежитъ на *выдѣленныхъ* дѣтяхъ, независимо отъ размѣра, полученнаго ими родительскаго имущества». По другому дѣлу (Больш. вол. 6 іюня 1867 г.) видно, что: «при раздѣлѣ, если отецъ не пожелаетъ взять себѣ часть изъ семейнаго имущества, онъ въ правѣ требовать, чтобы дѣти кормили его, сообразно своимъ средствамъ».

Возвращаясь, на основаніи этихъ точекъ опоры, къ указанному рѣшенію (1880 г. № 27), мы поймемъ, что судъ дѣйствительно при-

говорилъ старуху—мать за «сварливость», другими словами *за неуваженіе прежняго рѣшенія, передавшаго хозяйскую власть сыну*— къ принудительному отрѣшенію отъ имущественныхъ правъ въ семейной общинѣ, признакомъ какового отдѣленія и является присужденіе къ алиментамъ. «Трудъ члена семьи принадлежитъ семейной общинѣ. Если трудъ члена семьи затраченъ былъ, напримѣръ, на передѣлку или улучшеніе хозяйственнаго предмета (телѣжки) *до раздѣла*, то это дѣйствіе не можетъ служить основаніемъ, даже послѣ раздѣла, для иска лица, совершившаго такую затрату» (дѣло Больш. вол. 1980 г. № 25).

Если принудительная даже перемѣна лица, управляющаго въ семьѣ на правахъ хозяина, не служитъ основаніемъ къ распаденію семейной общины, то этого нельзя сказать *о выдѣлѣ и раздѣлѣ*, каковой актъ служитъ естественнымъ предѣломъ существованія семейной крестьянской собственности — или въ лицѣ *одного* выдѣленнаго члена семьи или въ лицѣ *всѣхъ* выдѣлившихся членовъ семьи.

Выдѣлъ, при жизни отца, зависитъ отъ его воли.

Родители могутъ выдѣлять дѣтей изъ семейнаго имущества, лишая непокорныхъ всякаго надѣла. Въ такомъ случаѣ, выходъ отдѣленнаго изъ родительскаго дома для него безусловно обязателенъ, независимо отъ того, сколько далъ ему родитель».

(Дѣло Больш. вол. 25 окт. 1873 г.). «Отдача въ рекруты приравнивается къ полной отдѣленности» (Дѣло Больш. вол. 8 февр. 1862 г. и 13 іюня 1863 г.).

«Отдѣленный сынъ наслѣдуетъ однако поровну съ неотдѣленною дочерью» (Дѣло Больш. вол. 27 іюня 1874 г.). Зато «двоюродные братья, раздѣлившіеся между собою, другъ другу уже вовсе не наслѣдуютъ». (Дѣло Больш. вол. 13 іюня 1863 г.). Такимъ образомъ, начало отдѣленности проводится вполнѣ послѣдовательно для однихъ болѣе отдаленныхъ степеней и ослабляется, когда рѣчь идетъ объ отдѣленныхъ «дѣтяхъ».

Раздѣлъ не подразумѣвается, не наступаетъ молчаливымъ согласіемъ, но совершается, какъ торжественный актъ жизни. *Сложная семья* (братья и сестры, послѣ смерти отца) считаются *въ общемъ нераздѣльномъ хозяйствѣ, пока нѣтъ явно совершеннаго раздѣла.* Выѣздъ на заработки не можетъ быть приравненъ къ раздѣлу» (Больш. вол., дѣло 1878 г. № 40). Интересно видѣть перечень характерныхъ *признаковъ нераздѣленности.* Въ одномъ случаѣ (дѣло Больш. вол. 27 іюня 1874 г.) вся сила спора сосредоточилась на вопросѣ, было ли состояніе «неотдѣленности отъ родителей» или

нѣтъ. Домогалась правъ дочь умершаго, которая ясно сознавала, что она по обычаю не можетъ надѣяться на полученіе наслѣдства, если не успѣетъ доказать, что семейная нераздѣльность имущества продолжала существовать послѣ выдѣла ея братьевъ, до самой смерти родителей и *нынѣ, послѣ ихъ смерти, продолжаетъ существовать въ ея лицѣ, въ силу ея неотдѣленности.* По этимъ обстоятельствамъ, здѣсь съ особенной энергіей перечислены *всѣ* признаки неотдѣленности. Вотъ они:

1) просительница жила при родителѣ до его смерти;

2) она работала и дѣлала все въ домѣ;

3) она ухаживала за стариками во время ихъ предсмертной болѣзни;

4) она похоронила ихъ на свой счетъ;

5) она теперь «имѣетъ поминовеніе» по отцѣ;

6) она «приступила къ уплатѣ долговъ умершаго».

Надо замѣтить, что въ кругѣ обычно-правовыхъ понятій, «имѣть поминовеніе по душѣ» является вполнѣ реальнымъ понятіемъ, какъ бы продолженіемъ солидарности и нераздѣльности людей, изъ чего прямо выводятся имущественныя послѣдствія; характерно также указаніе «приступа къ уплатѣ долговъ, не какъ простого послѣдствія вступленія въ наслѣдство, а наоборотъ, какъ доказательства *наличной непрерывности въ существованіи семьи, какъ юридическаго лица.* Это своего рода «possession d'état» французскаго права; даже, въ связи съ другими указаніями, я вижу здѣсь намекъ на «владѣніе правами», понятіе вовсе не чуждое народному сознанію. Подобно тому, какъ владѣніе есть презумпція собственности, такъ и здѣсь — «приступъ къ платежу долговъ умершаго» есть презумпція правъ платящаго лица на то, чтобы олицетворять нераспавшуюся семейную общину.

V.

Мы подходимъ къ главной сути нашего вопроса. Возможно ли наслѣдовать при системѣ семейной собственности?

Недавній гость нашего отдѣленія, знатокъ вопросовъ обычкаго права, благодаря трудамъ коего редакціонный комитетъ отдѣленія могъ приложить къ своему докладу 1899 года извѣстную вамъ «программу для собиранія свѣдѣній объ обычномъ правѣ крестьянъ» (Вѣстникъ Права, 1899 г. № 5) — А. А. Леонтьевъ излагаетъ по

этому вопросу (стр. 143) слѣдующія соображенія: «При отвѣтахъ на вопросы по наслѣдственному праву слѣдуетъ помнить, что наслѣдственное право предполагаетъ индивидуальную собственность. Поэтому тамъ, гдѣ существуетъ общая семейная собственноеть, гдѣ глава семьи является только распорядителемъ общей семейной собственности, а не индивидуальнымъ собственникомъ семейнаго имущества, тамъ послѣ смерти главы семьи судьба семейнаго имущества зависитъ не отъ наслѣдственнаго права, а отъ правилъ семейнаго раздѣла, и слѣдовательно обычаи, опредѣляющіе переходъ и распредѣленіе семейнаго имущества послѣ смерти такого главы семьи, должны послужить матеріаломъ для отвѣтовъ на вышеприведенные вопросы о семейныхъ раздѣлахъ. При наличности общаго семейнаго имущества наслѣдственное право можетъ опредѣлять только посмертный переходъ того имущества, которое считается индивидуальной собственностью даннаго члена семьи, напр., «peculium», приданое и проч., а также переходъ семейнаго имущества въ другія семьи, если всѣ члены семьи умерли, или если семья состояла только изъ мужа и жены, если мѣстные обычаи опредѣляютъ переходъ имущества такой одинокой семьи послѣ смерти мужа въ другія родственныя семьи братьевъ, мужа или другихъ родственниковъ. Если же въ данной мѣстности, семейное имущество не считается общимъ, а является индивидуальной собственностью главы семьи, тамъ судьба имущества послѣ смерти такого главы семьи, конечно, опредѣляется обычаями наслѣдованія».

Приведенное здѣсь мнѣніе А. А. Леонтьева есть прямой выводъ изъ того, что онъ право наслѣдованія опредѣляетъ, для обычнаго права, въ тѣсномъ видѣ тѣми же признаками, которые мы, для писаннаго права унаслѣдовали изъ римскаго права. «Hereditas est successio in universum jus defuncti«. Отсюда ясно, что если обычный строй не предполагаетъ въ обладаніи индивида, этого «jus defuncti»— то нѣтъ и наслѣдственнаго права. Однако, не слѣдуетъ забывать, что особая природа обычно-правовыхъ понятій даетъ намъ основаніе къ тому, чтобы классификацію этихъ нормъ производить по тѣмъ-же общимъ рубрикамъ, какъ гражданское писанное право, но—расширяя видовое начало, до его родового основанія. Мы вправѣ сказать, вообще: *наслѣдованіе есть система нормъ, опредѣляющихъ послѣдствія смерти лица въ отношеніи того имущества, юридическое положеніе коего зависѣло отъ умершаго.* Къ такому понятію классическое опредѣленіе римскаго права относится, какъ видъ къ своему роду. *Общая формула*, при существованіи неограниченной личной

собственности, превращается въ тѣсное опредѣленіе: «universum jus defuncti»; при существованіи-же другого вида собственности, напримѣръ—«общинно-семейной» формы, та же формула получитъ другой видъ, къ разсмотрѣнію коего мы сейчасъ перейдемъ; но общая формула будетъ вѣрна въ томъ и въ другомъ видѣ. Ею оправдывается то, что обычаи объ имущественныхъ переходахъ, вызванные смертью лица, вовсе не будутъ исключаться, какъ предполагаетъ А. А. Леонтьевъ, изъ рубрики наслѣдственнаго права, такъ какъ эта рубрика сохраняетъ уже свое исконное значеніе при самыхъ разнообразныхъ видахъ собственности.

Посмотримъ теперь, какой видъ должно получить наслѣдованіе, если попытаться набросать его построеніе, при существованіи семейной собственности.

Это построеніе опредѣляется основнымъ вопросомъ: *что такое въ семейной общинѣ домохозяинъ, и какое послѣдствіе должна имѣть его смерть?* Мы знаемъ, что въ домохозяинѣ воплощается *центральная воля* семейной общины; стало-быть, первымъ моментомъ обычно-правового наслѣдованія является, *исчезновеніе именно этой воли*. Далѣе, остановимъ наше вниманіе на отличительныхъ признакахъ *общинной* и *общей* собственности. Въ *первой* собственникомъ является община, какъ юридическое лицо, безъ всякаго долевого распредѣленія собственности между членами общины. Во *второй* же собственниками являются сами совладѣльцы, въ умственныхъ доляхъ. Это есть «condominium», или общая собственность 453 статьи 1 части X тома.

Для того, чтобы *сообщники* пріобрѣли въ частяхъ общиннаго имущества полное право индивидуальной собственности, мало одного только раздѣла. Необходимо еще предварительное исчезновеніе общины, какъ таковой, и замѣна ея – совокупностью долевыхъ или общихъ собственниковъ. Въ самомъ дѣлѣ, предположите прямо наступающій раздѣлъ, безъ опредѣленія самаго долевого права общинниковъ. Что же они будутъ дѣлить и на какихъ началахъ, когда нѣтъ никакихъ умственныхъ долей, и отсутствуетъ всякая связь между индивидомъ и общиннымъ имуществомъ? Въ миніатюрѣ это та-же невозможность, какъ непосредственный раздѣлъ между членами церкви или подданными государства, — всего имущества, принадлежащаго этимъ юридическимъ лицамъ.

Переходя теперь къ понятію *семейной общины*, мы видимъ, что *ея отличительная особенность* есть то, что *ея существованіе держится волею хозяина*. Пожелаетъ онъ, можетъ отдѣлить любого

изъ дѣтей или объявить общій раздѣлъ. Если не пожелаетъ, никакая власть его къ тому не принудитъ. Но вотъ онъ умираетъ и, *съ его смертью, семейная община теряетъ свое принудительное начало.*

Народныя поговорки выражаютъ это наглядно: «Самый раздѣлъ не противенъ Богу: раздѣлиться можно, да во-время», говорятъ казаки войска Донскаго — (ср. у *М. Н. Харузина* «Свѣд. о казацк. общинахъ на Дону», стр. 233). Этотъ моментъ, опредѣляемый словами: «во-время» — наступаетъ именно со смертью домохозяина.

Было бы соблазнительно, ради стройности нашего построенія, признать, что съ этого момента наступаетъ превращеніе общины въ «condominium» общей собственности. Я долго колебался, не признать ли этого положенія? Однако, въ такой систематикѣ была бы искусственность построенія. Въ самомъ дѣлѣ, когда семейная община продолжается послѣ смерти отца, и братья продолжаютъ общее хозяйство на прежнихъ началахъ, въ видѣ сложной семьи, съ выборомъ «большака»—въ такомъ положеніи мы также не видимъ признаковъ общей собственности, ибо тутъ отсутствуютъ два существенныхъ ея признака:

а) большакъ не дѣйствуетъ по довѣренности каждаго изъ совладѣльцевъ;

б) доходы не распредѣляются въ индивидуальную собственность, сообразно долямъ владѣнія.

По этимъ основаніямъ слѣдуетъ признать, что съ момента смерти домохозяина—отца, общинный порядокъ остается безъ измѣненія, *съ тою лишь* разницею, что *съ этого момента онъ не имѣетъ болѣе характера принудительности, а держится уже на договорномъ началѣ*, являясь въ родѣ пресловутаго «Contrat Social»—Руссо и школы естественнаго права. Договорное начало требуетъ согласія *всѣхъ* участниковъ. Отсюда шаткость «большой семьи» и ея сравнительная недолговѣчность.

Ликвидація этой «большой семьи» или семейной общины въ «сложной» семьѣ, совершается затѣмъ по началамъ раздѣленія *общей собственности*, какъ только ея члены не желаютъ оставаться въ нераздѣльности. При этомъ, несомнѣнный догматическій интересъ представляетъ вопросъ о томъ: *когда-же наступаетъ самый моментъ превращенія общиннаго права въ простой «condominium»?* Этотъ моментъ совпадаетъ съ тою минутою, когда состоится *соглашеніе участниковъ о распаденіи общины.* Съ этого момента опредѣляются *доли* совладѣльцевъ, и все идетъ къ формальному раздѣлу, который происходитъ, какъ всякое раздѣленіе общей собственности, по намѣченнымъ уже долямъ.

Такимъ образомъ, въ обычномъ правѣ, *открытіе* наслѣдства соотвѣтствуетъ одному лишь отпаденію связующей власти домохозяина; *призваніе* къ наслѣдованію совершается въ моментъ распаденія семейной общины, могущій наступить значительно позже. Наконецъ, *вступленіе* въ права наслѣдованія совершается не такъ, какъ въ писанномъ правѣ (напр. римскомъ)—посредствомъ принятія наслѣдства, но наоборотъ путемъ распаденія общиннаго владѣнія, представляя въ этомъ отношеніи, нѣкоторую аналогію съ такъ называемою «brevi manu traditio».

Таковы въ обычномъ правѣ наслѣдованія тѣ моменты, которые соотвѣтствуютъ тремъ общеизвѣстнымъ теоретическимъ моментамъ наслѣдственнаго права: а) *открытію* наслѣдства (Eröffung der Erbschaft, dévolution de l'hérédité, devolutio hereditatis); б) *призванію* къ наслѣдованію (Berufung zur Erbfolge, Anfall der Erbschaft, appel de l'héritier; delatio hereditatis) и, наконецъ, в) *вступленію* въ права наслѣдованія (Antretung der Erbschaft; acquisition de l'hérédité; aditio hereditatis).

VI.

Изъ того, что можетъ пройти значительный промежутокъ между первымъ и вторымъ моментомъ, вытекаетъ для обычнаго права особое обстоятельство, котораго быть не можетъ въ писанномъ правѣ, по началамъ коего оба момента всегда совпадаютъ. Именно, можетъ случиться, что кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, т. е. къ пріобрѣтенію долей, при позднѣйшемъ распаденіи семейной общины, будетъ уже не тотъ, какой могъ быть налицо въ моментъ смерти домохозяина, когда открылось наслѣдство.

Перемѣна личнаго состава семейной общины можетъ произойти отъ рожденія, отъ брака, отъ смерти, отъ приращенія семьи на договорномъ основаніи. Желательно, для выясненія природы наслѣдованія въ семейномъ имуществѣ, чтобы изслѣдователи обратили особенное вниманіе на случаи перемѣны личнаго состава семьи въ промежутокъ между смертью домохозяина и раздѣломъ. *Чѣмъ отчетливѣе выразится*, въ подобномъ промежуткѣ *право представленія* и *слабое надѣленіе частью* въ семейной общинѣ тѣхъ членовъ, которые приняты *по договору*, тѣмъ значитъ *слабѣе понятіе нераздѣльной семьи, какъ юридическаго лица*. Наоборотъ, слабое выраженіе «права представленія», полное надѣленіе договорныхъ членовъ и вообще стремленіе къ *равноправному* надѣленію, въ моментъ позд-

няго раздѣла, *всѣхъ членовъ семейной общины*, а не только тѣхъ, которые ее составляли при открытіи наслѣдства,—такое построеніе будетъ конечно свидѣтельствовать о значительной интенсивности общинно-семейнаго начала.

Во всякомъ случаѣ, не слѣдуетъ забывать, что разъ обычное право допускаетъ возможность долгаго промежутка времени между *открытіемъ* наслѣдства и *призваніемъ* къ оному, естественно будетъ допустить призваніе именно того круга лицъ, который будетъ налицо, по истеченіи долгаго времени послѣ смерти домохозяина.

Отсюда будетъ весьма естественно причислять къ области наслѣдственнаго права такія явленія, которыя будутъ казаться чуждыми, вслѣдствіе одного—лишь неосторожнаго перенесенія сюда нашихъ обыденныхъ представленій о писанномъ правѣ.

Я ограничусь одними общими, такъ сказать, методологическими указаніями, въ данномъ направленіи. Остальное доскажутъ намъ изслѣдователи, которые пойдутъ, думается мнѣ, по этому пути.

---

4. Докладные тезисы о значеніи обычая для судьи и законодателя.

(Изъ протоколовъ С.-Петербургскаго Юридическаго Общества. 6 Декабря 1901 года).

Засѣданіе открылось въ 8 часовъ вечера, подъ предсѣдательствомъ *А. Г. Гасмана*. Собраніе приступило къ преніямъ, по предыдущимъ докладамъ *А. А. Башмакова* (23 ноября 1900 г. и 18 апрѣля 1901 г.) и *П. И. Бѣляева* (1 ноября 1901 г.).

Съ той и другой стороны были предложены, какъ предметъ для преній, краткія положенія, сведенныя къ нѣкоторымъ пунктамъ противоположности, дабы присутствующіе легче могли усвоить разницу взглядовъ того и другого референта.

Эти тезисы предложены были въ слѣдующемъ видѣ:

А. А. Башмаковымъ.

1) Обычай есть, наряду съ закономъ, *источникъ права*; а потому ему слѣдуетъ отвести нормальное мѣсто, *послѣ* писаннаго закона, *передъ* аналогіею. Судъ прибѣгаетъ къ аналогіи, когда не окажется, къ данному случаю, ни закона, ни обычая. Для обогащенія источниковъ

П. И. Бѣляевымъ.

1) Обычное право, специфически отличаясь отъ писаннаго права и состоя изъ едва уловимыхъ «воззрѣній» народныхъ, а также изъ «принциповъ», колеблющихся въ примѣненіи къ индивидуальнымъ особенностямъ лица,—*не должно примѣ-*

толкованія по аналогіи, могутъ служить обращиками статьи *2, 3* и *782* Черногорскаго Законника.

Примѣнимость обычая основана на *двойномъ постулатѣ*: а) если онъ существуетъ; б) если его не отмѣняетъ законъ.

2) Обычай, нашедшій окончательную формулировку въ твореніи законодателя, есть уже не обычай, а законъ. Возникающій законъ неизбѣжно слагается изъ троякаго матеріала: а) прежнихъ законовъ, б) *обычаевъ* и в) догматическихъ построеній.

3) Преобладающее въ наукѣ мнѣніе о безконечномъ дробленіи обычая не выдерживаетъ критики. Напротивъ, подобно *единству языка*, несмотря на разнообразіе нарѣчій, *въ обычномъ правѣ одного народа имѣется глубокое внутреннее единство.*

4) Распознаваніе этого единства предшествовало во Франціи и въ другихъ странахъ эпохѣ окончательной кодификаціи. Такъ и у насъ, болѣе глубокое и всестороннее изслѣдованіе обычаевъ есть неизбѣжное звено въ дѣлѣ сооруженія новыхъ Уложеній.

няться въ общихъ судахъ, какъ общая норма права и допустимо лишь въ строго опредѣленныхъ границахъ, а именно: а) какъ право, примѣняемое въ обычно-правовыхъ судахъ; б) въ видѣ партикулярнаго закона; в) въ видѣ дополнительнаго суррогата закона въ спеціальныхъ областяхъ права.

2) Обычное право также не должно имѣть мѣста въ общемъ законодательствѣ.

3) Ограниченное значеніе обычнаго права есть слѣдствіе его недостатковъ, именно: а) трудности его распознованія; б) неминуемаго искаженія обычнаго права, при его примѣненіи въ общихъ судахъ; в) нарушенія имъ единства правопорядка, основаннаго на законѣ; г) невозможности повѣрки рѣшеній, основанныхъ на обычномъ правѣ.

4) Обычное право, тѣмъ не менѣе, представляется громадною бытовою силою, къ которой законодатель долженъ приспособляться, принимая въ соображеніе народныя воззрѣнія на право и справедливость.

Затѣмъ, для болѣе яснаго изложенія собственной мысли, каждый изъ референтовъ высказалъ нѣсколько словъ, приблизительно нижеслѣдующаго содержанія.

П. И. Бѣляевъ—Главная причина, по которой обычное право не можетъ быть поставлено въ одинъ уровень съ писаннымъ правомъ, заключается въ томъ, что обычно-правовыя нормы крайне подвижны и непостоянны, такъ какъ онѣ колеблются, по индивидуальнымъ особенностямъ и положенію каждаго лица.

Затѣмъ, въ проявленіи обычнаго права почти всегда преобладаетъ совершенно иная формулировка, нежели въ текстахъ писаннаго права. Самое понятіе субъекта права настолько смутно, въ обычно-правовомъ быту, что индивидуализація субъективнаго права крайне слаба, сравнительно съ областью примѣненія закона. Далѣе, если допустить примѣненіе обычая общими судами, то окажется, что интеллигентные судьи, какъ дѣятели не изъ народной среды,

едва ли успѣшно будутъ примѣнять этотъ обычай, такъ какъ между нимъ и окружающей его народной средой нѣтъ необходимаго единства духа, т. е. идейной конгруэнціи. Наконецъ, нельзя не отмѣтить и того, что распознаваніе обычая, установленіе его фактическаго существованія представляется крайне затруднительнымъ, по неопредѣленности пріемовъ и сомнительности добываемаго матеріала.

А. А. Башмаковъ возразилъ, что есть въ доводахъ П. И. Бѣляева значительная доля правды, но что указываемыя имъ трудности представляются лишь осложненіями, а не такого рода препятствіями, которыя слѣдовало-бы считать непреодолимыми. *Подвижность* нормъ обычнаго права, взирая на положеніе каждаго лица, есть лишь колебаніе правила въ его каузальномъ примѣненіи; это, своего рода, «преломленіе лучей»: норма все-таки есть, хотя она и терпитъ колеблющія вліянія.

Намъ говорятъ, что обычай *формулируется* иначе, нежели законъ. Это затрудненіе касается лишь проявленія народнаго творчества, такъ сказать, въ сыромъ видѣ; но переработка различно формулируемыхъ, однако, по существу, тождественныхъ нормъ возможна и необходима, какъ умственная операція подысканія общаго знаменателя.

Указаніе на *слабѣйшую индивидуализацію* субъективнаго права, въ юридическихъ обычаяхъ, несомнѣнно вѣрно; но это касается не существа складывающейся нормы, а степени личнаго участія субъекта въ ея осуществленіи; съ этой точки зрѣнія и законная норма, практикуемая народомъ, малосклоннымъ къ индивидуализму, будетъ также носить отпечатокъ «купный» и «гуртовой», это не касается одного только обычая.

Весьма вѣсскимъ является указаніе на *отсутствіе идейной конгруэнціи между судьею и народною средою.*

Безспорно, на этомъ основаніи слѣдуетъ допустить, что интеллигентный судья *никогда* не будетъ, подобно волостному крестьянскому судьѣ, *органомъ творчества* исходящаго изъ народнаго сознанія; но отчего ему не быть простымъ органомъ правосудія, примѣняющаго къ данному случаю разъ уже сознанную и доказанную норму народнаго права?

Понятіе *органа творчества*, въ лицѣ народнаго судьи, требуетъ нѣкотораго поясненія, которое лучше всего дается изъ наблюденій надъ процессомъ поэтическаго творчества въ народной массѣ, въ такъ называемомъ *повѣствовательномъ древнемъ эпосѣ.* Какъ извѣстно, этотъ видъ творчества, всюду вымершій въ исторіи у народовъ запада, сохранился у насъ въ Олонецкихъ лѣсахъ, гдѣ еще поются былины кіевскаго цикла, а также у народовъ Балканскаго полуострова--южныхъ славянъ и грековъ. «Около 20 лѣтъ назадъ, добавилъ А. А. Башмаковъ,—я имѣлъ случай заняться болгарскимъ народнымъ эпосомъ и собралъ много эпическихъ отрывковъ Балкана и Родопскихъ горъ. Этотъ опытъ даетъ намъ ключъ къ пониманію, наряду съ эпосомъ, и народнаго юридическаго творчества. Характерно, что ни пѣвецъ-рапсодъ, ни народный судья *не принимаютъ* эпическаго творенія или обычной нормы, они *воспроизводятъ творчески*, въ каждомъ данномъ случаѣ, какъ-бы *черпая изъ необозримаго внутренняго запаса готовыхъ формъ*».

«Мы видимъ нѣкоторое подобіе этого явленія въ иныхъ проявленіяхъ кисти повторяющагося художника. Одною изъ гордостей нашего Эрмитажа, въ отдѣлѣ фламандской школы, представляется коллекція картинъ Тенирса (Té-

niers), кажется наиболѣе богатая въ Европѣ. Посмотрите, сколько разъ повторяется «Искушеніе св. Антонія». Каждый разъ создавалась не копія, но перестроеніе изъ тѣхъ-же элементовъ, вѣчно возникающаго и повторяющагося творенія. *Таковъ эпосъ; таковъ и народный обычай!*»

Предсѣдательствующій въ собраніи *А. Г. Гасманъ* сказалъ, что нынѣ предложенный на обсужденіе отдѣленія вопросъ имѣетъ первостепенную важность. На этомъ вопросѣ, уже много лѣтъ назадъ, раздѣлились мнѣнія составителей судебныхъ уставовъ 1864 г.

Одни предлагали, чтобы народные обычаи были примѣняемы исключительно въ производствѣ волостныхъ судовъ. Другіе полагали, что и въ общихъ судебныхъ мѣстахъ обычай долженъ примѣняться. При обсужденіи вопроса въ Государственномъ Совѣтѣ, восторжествовало среднее мнѣніе: рѣшено было допускать примѣненіе обычая въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ, какъ наиболѣе близкихъ къ народной жизни. Это начало дѣйствуетъ и въ настоящее время (ст. 130 уст. гр. суд.). Жизнь указала, однако, что нельзя остановиться на полъ-пути въ рѣшеніи указаннаго вопроса. Неосновательно установленіе непримиримаго правового дуализма, для однихъ и тѣхъ-же исковъ, положимъ въ суммѣ 500 или 501 руб. Занявшись этимъ спорнымъ вопросомъ, коммисія по пересмотру судебныхъ уставовъ остановилась на точкѣ зрѣнія защитниковъ и сторонниковъ обычнаго права въ 1864 году. И теперь, какъ и тогда, возникъ вопросъ о значеніи обычая, независимо отъ суммы иска. Рѣшено было, что обычай можетъ быть признанъ началомъ, регулирующимъ данныя правоотношенія, въ силу самаго рода дѣла, но что вопросъ не можетъ зависѣть отъ суммы иска. Такимъ образомъ, принято было одно общее правило примѣненія, въ извѣстныхъ случаяхъ, обычая, какъ въ мировыхъ, такъ и въ общихъ судебныхъ установленіяхъ.

Этотъ вопросъ ждалъ, до сей поры, своего законодательнаго разрѣшенія. Весьма возможно, что вѣсское слово, сказанное въ засѣданіяхъ юридическаго общества, можетъ повліять на принятіе того или другого рѣшенія, оказавъ законодателю своевременную помощь.

---

5. Юго-Славянское обычное право въ судьбахъ греко-россійскихъ номоканоновъ.

(Докладъ, прочтенный въ С.-Петербургскомъ Юридическомъ Обществѣ 21 Декабря 1901 г.)

Каѳедра сравнительнаго изученія славянскихъ законодательствъ не удержалась и не развилась въ нашемъ академическомъ строѣ. Если этотъ крупный изъянъ нашего юридическаго мышленія не будетъ заглаженъ, намъ грозитъ то, что чешскіе, хорватскіе, польскіе и иные славянскіе изслѣдователи опередятъ насъ въ познаваніи и раскрытіи народныхъ основъ *нашего* права и нѣтоторая часть нашей юриспруденціи перейдетъ въ служебный и страдательный характеръ.

Обычное право, нынѣ состоящее въ загонѣ, какъ-бы въ лаптяхъ и подъ сермягой, было когда-то связующимъ факторомъ между нами и могучимъ центромъ просвѣщенія.

Проникновеніе къ намъ греко-римскаго права происходило въ среднихъ вѣкахъ, не въ силу одного церковнаго начала, а именно какъ послѣдствіе сильной живучести народнаго права и значительной бытовой и этнической однородности южныхъ славянъ (болгаръ и сербовъ) съ сѣверо-восточной вѣтвью славянства, т. е. съ русскимъ племенемъ.

Въ тѣ времена, когда благочестіе и книжность шли на сѣверъ въ образѣ эллинскаго монаха или священника, подъ этимъ мнимымъ эллиномъ нерѣдко оказывался такой человѣкъ, родной языкъ и народныя воззрѣнія котораго были готовымъ душевнымъ вкладомъ, единявшимъ его съ сѣверной паствой. Этотъ мнимый эллинъ оказывался, уже по рожденію, почти русскимъ.

Самый книжный запасъ, привозимый такими людьми, былъ далеко не тѣмъ, что представляется обыкновенно нашему воображенію, когда мы говоримъ о «греко-римскомъ правѣ». Всѣ эти «Кормчія книги», ходившія по рукамъ, повидимому, не безъ крупныхъ варіантовъ, представляли, въ общемъ, греческое ядро (номоканоны) и значительный народный наростъ, какъ выяснила новѣйшая критика, этотъ наростъ былъ славянскаго происхожденія.

Мы знаемъ, что въ первичномъ ядрѣ собственно греко-римскаго происхожденія были и церковныя правила и памятники свѣтскаго происхожденія: новеллы Юстиніана, Эклога Императоровъ Иконоборцевъ, Прохиронъ Императора Василія Македонянина, словомъ памятники VI-го, VIII-го и IX-го вѣковъ. И вотъ, наряду съ этими главными элементами, включаются въ «Кормчія» два дополнительныхъ сборника, въ которыхъ всего сильнѣе лежитъ отпечатокъ югославянскаго быта и языка, изъ чего и составилось въ наукѣ основательное мнѣніе о томъ, что номоканоны доходили до насъ, побывавъ предварительно въ обращеніи у южныхъ славянъ. Я разумѣю:

1) «Судный законъ людямъ» и

2) «Земледѣльческій уставъ» о которомъ имѣется спеціальное изслѣдованіе проф. А. Павлова, какъ о составной части особаго сборника, именуемаго «Книги Законныя» [1]).

---

[1]) ср. *А. Павловъ.* Книги Законныя, содержащія въ себѣ. въ древне-русскомъ переводѣ, Византійскіе Законы земледѣльческіе, уголовные, брачные и судебные», Изд. Акад. Наукъ; СПБ., 1885. ср. также лекціи *Сергѣевича* (изд. 1883 г.) стр. 165—168.

Оба послѣдніе сборника, представляясь какъ бы второстепенными придатками къ греко-римскимъ номоканонамъ, имѣютъ, съ другой стороны, первостепенную важность, съ точки зрѣнія сравнительнаго изученія общеславянскаго древняго права.

Вотъ, что говоритъ профессоръ Павловъ, по вопросу о происхожденіи послѣдняго изъ нихъ, именно «Земледѣльческаго Устава».

«Самъ по себѣ, земледѣльческій уставъ византійскихъ Императоровъ иконоборцевъ, весьма близко подходилъ къ быту русскаго крестьянства до эпохи его окончательнаго прикрѣпленія къ землѣ и закрѣпощенія за лицами, которыхъ законъ и государственная власть признавали собственниками земли. Уставъ этотъ, какъ впервые показано знаменитымъ юристомъ византологомъ В. Г. Васильевскимъ, выросъ на византійской почвѣ подъ несомнѣннымъ вліяніемъ славянства [1]). Онъ основанъ на двухъ началахъ соціальной жизни всѣхъ древне-славянскихъ племенъ: *общинномъ землевладѣніи и личной свободѣ крестьянина земледѣльца*, хотя бы онъ сидѣлъ и на чужой землѣ. Нѣкоторыя статьи устава какъ будто списаны съ древне-русской крестьянской жизни, черты которой можно отчасти наблюдать и въ настоящее время въ мѣстностяхъ, не знавшихъ крѣпостнаго права».

Далѣе, профессоръ Павловъ [2]) приводитъ цѣлый рядъ статей «земледѣльческаго устава», изъ коихъ видны ясные слѣды общиннаго землевладѣнія у южныхъ (придунайскихъ славянъ). «Таковы, говоритъ онъ далѣе, основныя черты гражданскаго быта крестьянъ по изображенію византійскаго «земледѣльческаго устава». Черты эти вполнѣ идутъ къ быту древне-русскаго крестьянства отъ временъ русской правды до эпохи, когда отмѣнено право знаменитаго юрьева дня» [3]).

Такое же точно заключеніе мы находимъ у *Цахаріэ*, который усматриваетъ въ сказанномъ памятникѣ общинное землевладѣніе и круговую поруку, въ коихъ онъ признаетъ *несомнѣнные слѣды славянскаго народнаго права* [4]).

---

[1]) Цахаріэ, «Ист. греко-римскаго права», 2-ое нѣм. изд., Берл. 1877 г.' стр. 238; Васильевскій, Журн. Мин. Нар. Просв. 1878 г., нояб. стр.104—105.

[2]) Павловъ, стр. 28.

[3]) Тамъ-же, стр. 31.

[4]) K. E. Zachariä V. Lingenthal «Geschichte des griechisch-römischen Rechts», Berl. 1877, стр. 238: Fragt man, wie die Rechtsanschauung aufgekommen sein mag, dass die Gemeinde für grundsätzlich als gemeinschaftliches Eigenthum sämmtlicher Gemeinsglieder zu betrachteu sei, so kann man an folgende Erkläruug denken. Bei der zweiten Hälfte des VII. Jahrhunderts haben sich grosse Haufen eingedrungen, besonders slavischer Völkerschaaren gemeinschaftlich in verödeten Bezirken niedergelassen u. s. w.

Въ виду такого характера упомянутыхъ двухъ дополнительныхъ сборниковъ, служащихъ придаткомъ къ греко-римскимъ номоканонамъ, въ древней Россіи, нельзя не привѣтствовать тѣхъ попытокъ, которыя начинаютъ проявлять представители еще недавно окрѣпшей ученой дѣятельности у южныхъ славянъ, къ раскрытію и объясненію слѣдовъ югославянскаго народнаго творчества на упомянутыхъ памятникахъ».

Одинъ изъ видныхъ писателей Болгаріи, С. С. Бобчевъ, извѣстный авторъ сочиненій, посвященныхъ болгарской исторіи и болгарскому обычному праву, помѣстилъ недавно въ софійскомъ журналѣ «Периодическо Списание» — очень интересный этюдъ, озаглавленный: *Единъ памятникъ на Старото Българско Право*», разумѣя подъ этимъ указаніемъ — другой изъ упомянутыхъ двухъ дополнительныхъ, къ номоканонамъ, сборниковъ—именно: «*Законъ Судный Людямъ*». Для насъ, кромѣ критическихъ замѣтокъ автора о трехъ предшествовавшихъ ему болгарскихъ изслѣдователяхъ того-же памятника г-дахъ *Оджаковѣ* (1885 г.) *Родопскомъ* (1885) и *Данаиловѣ* (1901 г.), весьма интереснымъ представляется все то, что г. Бобчевъ сообщаетъ о значеніи югославянскаго обычнаго права и его отраженіи на тѣхъ книжныхъ памятникахъ юридическаго творчества, которые заносились неоднократно въ книгохранилище древней Руси.

«Подобно тому, говоритъ Бобчевъ, какъ сербы имѣли свой «законникъ Царя Душана» (1349 г.) хорваты — «Винодольскій законъ» и «Палицкій статутъ», чехи имѣли уставъ XI вѣка, въ особенности «законы Конрада», поляки — «Малопольскій законъ» (1260 г.), «Вислицкій статутъ» (1347 г.), а въ Россіи была своя «Русская Правда»,— такимъ же образомъ нельзя допустить, чтобы болгары не имѣли подобныхъ законодательныхъ памятниковъ, *хотя прямое открытіе таковыхъ еще не удавалось*. Мы говоримъ о *писанномъ* законѣ, потому что сомнѣнія быть не можетъ въ томъ, что наши прадѣды (т. е. болгары) руководились въ своихъ нуждахъ юридическими обычаями, какъ въ болѣе раннее такъ и въ позднѣйшее время; я говорю о тѣхъ юридическихъ обычаяхъ, которые дѣйствуютъ до сего дня по всей шири и во всѣхъ углахъ болгарской земли» [1]). Не смотря на проникновеніе греко-римскаго права, самобытный родникъ народнаго права никогда не изсякалъ, и онъ давалъ то главное содержаніе писанныхъ законовъ, то внѣшній его отпечатокъ» [2]).

---

[1]) Ср. «loco citato», стр. 2.

[2]) Тамъ-же стр. 3.

Разсматривая мнѣнія цѣлаго ряда русскихъ изслѣдователей нашего каноническаго права, Бобчевъ указываетъ на то, какъ постепенно укрѣпился въ наукѣ взглядъ на «Законъ Судный Людямъ», какъ на законодательный памятникъ, сложившійся на почвѣ болгарскаго народнаго права. Онъ указываетъ на слѣды этого мнѣнія у митрополита Евгенія (1825 г.), Мацѣіовскаго (1832 г.), Филарета Черниговскаго, Неволина, барона Розенкамфа (1829 г.), Востокова, Дубенскаго, Калачева, Васильевскаго, Губе, Богишича и Павлова. Существуетъ, при этомъ, разнорѣчіе, по вопросу о томъ, когда возникло это правовое творчество. Розенкампфъ, Востоковъ и Павловъ думаютъ, что «Законъ Судный Людямъ» составленъ былъ вскорѣ послѣ крещенія болгаръ и ставятъ это творчество даже въ связь съ именемъ святого Меѳодія». «Другіе, напримѣръ, Губе, полагаютъ, что памятникъ этотъ слѣдуетъ приписать золотому вѣку перваго болгарскаго Царства, именно времени царя Симеона (893—927)». Богишичъ высказываетъ весьма правдоподобную догадку—что «Законъ Судный Людямъ» есть частная компиляція, подобно средневѣковымъ юридическимъ сборникамъ: «Consolato del mar», Libri feudorum» и т. п. [1]).

Изъ приведенныхъ у г. Бобчева болгарскихъ изслѣдованій, особеннаго вниманія заслуживаетъ работа *Родопскаго*, озаглавленная: «Нѣчто о старомъ болгарскомъ законодательствѣ»—Періодическо Списание, 1885 г.).

Это вполнѣ серьезная работа интересна въ томъ отношеніи, что Родопскій разсматриваетъ исторію «Кормчихъ книгъ» и, въ особенности, «Закона Суднаго Людямъ» не только по русскимъ источникамъ и нашей юридической литературѣ, но еще при помощи немаловажной историко-юридической литературы поляковъ и сербо-хорватовъ.

Въ заключеніе Родопскій находитъ, что этотъ памятникъ дѣйствительно перешелъ въ Россію изъ Болгарскаго Царства и что онъ есть плодъ золотого вѣка болгарской исторіи и долженъ быть приписанъ Симеону или одному изъ его ближайшихъ современниковъ.

Важнѣе всего то, по нашему мнѣнію, совершенно вѣрное направленіе, которое г. Бобчевъ старается придать изслѣдователямъ среди своихъ соотечественниковъ, когда онъ, слѣдуя болѣе раннимъ указаніямъ Губе и Бѣляева, высказываетъ догадку, что «*Судный Законъ Людямъ, является, повидимому, ущльвшимъ звеномъ какой-то*

---

[1]) См. тамъ-же, стр. 6.

исчезнувшей вереницы юридическихъ твореній. «Тутъ должно было существовать цѣлое, недошедшее до насъ законодательство», говоритъ авторъ[1]).

Любопытно, что догадка г. Бобчева подтверждается, до нѣкоторой степени, свидѣтельствомъ народнаго эпоса; такъ что народная память сохранила, по крайней мѣрѣ, въ видѣ намека—то, что̀ не могло сохраниться въ книгахъ и рукописяхъ и не дошло, въ документальномъ видѣ, до современной науки. Въ 1881 году, путешествуя съ научной цѣлью по Родопскимъ горамъ (около Филиппополя) я записалъ слѣдующую народную былину «*О царь Стефанъ*» (передаваемую мною, не въ болгарскомъ подлинникѣ, а русскими бѣлыми стихами[2]).

Вотъ эта пѣсня:

Стефанъ-Царь къ сестрѣ обратился:
— Марія, сестра ты Марійка,
Объѣхалъ я десять удѣловъ,
Нигдѣ я жены не нашелъ;
А ты для меня будь супругой,
Съ тобою, сестра, повѣнчаюсь».
Марійка хитра и разумна,
И братцу она говоритъ:
— «Братецъ, Стефанъ, ты не царь ли?
Не все ли, въ рукѣ твоей, царство?
Какъ хочешь, ты все можешь сдѣлать,
Рука твоя всюду достигнетъ;
Тебя лишь въ одномъ умоляю:
Построй ты мнѣ храмъ благолѣпный,
Пядей во пятьсотъ ширины,
Въ длину же шестьсотъ чтобъ ихъ было,
Да въ триста пядей высотою,
Унизанный камнемъ безцѣннымъ
И мраморомъ постланный твердымъ».
Не царское это-ли дѣло?
Съ приказомъ Царя не пошутишь.
Построилъ онъ храмъ благолѣпный;

---

[1]) Ср. тамъ-же, стр. 8.

[2]) Большая часть этой пѣсни была мнѣ продиктована болгарскикъ крестьяниномъ *Атанасомъ Туневымъ*, въ селѣ Сотирѣ; а конецъ ея продиктованъ крестьяниномъ *Георгіемъ Примовымъ* зъ селѣ Изворѣ (Августъ 1881 г.).

Тогда онъ къ Марійкѣ вернулся:
— »Марія, сестра ты Марійка,
О чемъ ты просила, сестрица,
Исполнилъ я просьбу твою;
Теперь я хочу повѣнчаться!»
Марійка хитра и разумна
И братцу Царю отвѣчаетъ:
— «*Имѣемъ мы царскія книги,*
Царскія книги отъ предковъ.
Зови же къ себѣ ты патриковъ,
Двѣнадцать зови ты владыкъ,
Да какъ всѣ попы порѣшаютъ,
И какъ порѣшаютъ владыки,
Да какъ порѣшатъ всѣ патрики,
Такъ ужъ пусть, братецъ, да будетъ».
Стефанъ царь патрикамъ сказалъ:
—«Патрики и вы же владыки,
Всѣ эти книги вы прочтите,
И мнѣ вы потомъ объявите:
Не царское дѣло-ли это,
Съ Марійкой чтобъ я повѣнчался?
И дайте на то одобреніе.
Если же вы не дадите,
То головы ваши отрубятъ;
Если же вы согласитесь,
То царства вамъ дамъ половину».
Читать книги стали владыки
Читали и слезы роняли,
Роняли, но съ горемъ сказали:
— «*Можетъ братъ съ женой вѣнчаться*».
Марійка хитра и разумна
И братцу царю говоритъ:
— «Братецъ, Стефанъ, умоляю,
Приказъ ты дай выстроить печи
Да зажечь подъ печами огонь,
И бросимъ туда мы патриковъ;
Потомъ мы туда побросаемъ
Сорокъ поповъ въ эти печи.
Коли правду они говорили,
То выйдутъ они изъ огня;

Но если они изолгались,
То пепла лишь грудою будутъ.
Послѣ мы бросимъ туда же
Семьдесятъ маленькихъ дѣтокъ,
Что ходятъ у школы толпою.
А ну-ка ихъ, братецъ, мы пустимъ
Въ огонь раскаленныхъ печей.
Коль правду они говорили,
Пройдутъ чрезъ огонь невредимы,
На травку зеленую сядутъ
И дѣтскія игры затѣютъ.
Но если и дѣти солгали,
То малыми углями станутъ!

Итакъ, вотъ характерное свидѣтельство о какихъ-то таинственныхъ «царскихъ книгахъ отъ предковъ». По болгарски сказано въ пѣснѣ:

«Имаме книги царщини
Царщини йоще бащини;
И да скалѣсашь патрици
И дванайсеть владици
И четирийсеть попове
Даскале, даскалчетата,
Книги тъ да ни прочътатъ.
Че както кажатъ патрици,
И както кажатъ владици
И както кажатъ попове,
Това ще, брайно, да бъде».

Замѣчательно, что церковные авторитеты, созываемые царемъ въ народной пѣснѣ, читаютъ книги для разрѣшенія каноническаго спора о томъ, въ какихъ степеняхъ родства дозволяется бракъ. Не есть ли это достаточно прозрачное указаніе на «Номоканонъ», въ которомъ именно содержались такія свѣдѣнія.

И это указаніе древнее. Порукою служитъ одновременное указаніе на процессъ изслѣдованія спорной истины, посредствомъ ордалій, «Божьяго Суда», т. е. испытанія огнемъ».

Этотъ отрывокъ изъ народнаго творчества наводитъ насъ на мысль о томъ, что С. С. Бобчевъ совершенно правъ, когда онъ догадывается, что должны были существовать «книги законовъ», пока до насъ неполно дошедшія, но о которыхъ слѣдъ все же остался, въ народной памяти и ея стихійномъ поэтическомъ творчествѣ».

6. Принципъ тождества чередующихся формъ при вымираніи и возникновеніи юридическихъ обычаевъ.

(Общія положенія доклада, состоявшагося въ засѣданіи С.-Петерб. Юрид. Общества 19 марта 1902 года).

Въ настоящее время постоянно приходится слышать жалобы на разложеніе обычая, исчезновеніе «сѣдой старины». Обычай или теряетъ совершенно почву вслѣдствіе его упраздненія писаннымъ правомъ, или же претерпѣваетъ глубокое измѣненіе отъ воздѣйствія разнообразныхъ явленій современнаго быта. Было бы, однако ошибкой считать, что для изученія психологіи народа наибольшую цѣнность представляетъ обычное право въ кульминаціонномъ пунктѣ его развитія. Болѣе вдумчивое отношеніе къ обычаямъ періода вымиранія показываетъ, что изученіе дегрессирующихъ явленій можетъ дать весьма плодотворные результаты въ указанномъ отношеніи. Изученіе обычая въ стадіи вымиранія, дегресса дастъ намъ возможность объяснить и явленія прогрессирующія, менѣе доступныя наблюденію, и освѣтить прошлое народа, касающееся его правосознанія. Въ основу такого изученія обычая долженъ быть положенъ методъ, исходящій изъ принципа тождества чередующихся формъ при вымираніи и возникновеніи юридическихъ обычаевъ. (Докладъ не былъ написанъ и оставилъ слѣдъ лишь въ протоколахъ общества).

---

7. О предѣлахъ примѣненія обычая въ наслѣдственномъ правѣ.

6-го Февраля 1902 года послѣдовало знаменательное рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената, по вопросу о примѣнимости юридическихъ обычаевъ, *вмѣсто* 1 ч. X т. свода законовъ, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда наслѣдодатель изъ крестьянъ умеръ въ городѣ, оставилъ наслѣдство въ городской чертѣ и, хотя-бы нѣкоторые наслѣдники были лицами, не принадлежащими къ крестьянскому сословію.

Это рѣшеніе состоялось *по дѣлу Зайцева съ Кулебякиной* и опубликовано въ сборникѣ рѣшеній гражд. касс. деп. Правительствующаго Сената за 1902 годъ, подъ № 37.

Еще въ 1899-мъ году, когда дѣло Зайцева восходило для разрѣшенія возникшаго разногласія, на разсмотрѣніе общаго собранія кассаціонныхъ и I-го департамента, появилась, по поводу этого дѣла въ «Вѣстникѣ Права» статейка безъ подписи, озаглавленная: «законъ и обычай въ крестьянскомъ наслѣдованіи», въ которой проводился

тотъ взглядъ, что крестьянскій обычай, какъ «выросшій изъ условій крестьянскаго быта» и образовавшійся только по отношенію къ «крестьянскому» имуществу, не можетъ простираться на имущество—по матеріальному составу своему и экономическому значенію—«не крестьянское», а именно—на имущество «городское». Мотивировалось это мнѣніе тѣмъ, что: а) по своей природѣ обычно-правовыя нормы могутъ существовать лишь въ связи съ тѣми объектами которые знаетъ первобытная крестьянская среда; б) при осложненіи быта, подъ вліяніемъ капитализма, обычай является недостаточнымъ регуляторомъ болѣе сложныхъ отношеній. Когда состоялось уже рѣшеніе по дѣлу Зайцева, въ Вѣстникѣ Права (Февраль 1902 г., стр. 145—149) появилась статья, кажется редакціонная, въ которой высказывается надежда, что сенатская практика перемѣнитъ свое направленіе и не удержится на точкѣ зрѣнія, проводимой въ рѣшеніи по д. Зайцева, о предѣлахъ примѣненія обычая къ наслѣдованію послѣ крестьянъ, ибо благопріятное отношеніе Пр. Сената къ широкому примѣненію обычая навлекаетъ «опасность безконечнаго расширенія области дѣйствія обычнаго права тогда, когда сознаніе непригодности его становится болѣе распространеннымъ, когда господство неуловимаго обычнаго права приравнивается къ отсутствію права». Наконецъ, въ томъ-же «Вѣстникѣ Права», (Мартъ 1902 г., стр. 254—262), появилась довольно обстоятельная статья, подписанная буквою Ч., въ которой уже излагается болѣе благопріятный взглядъ на упомянутое рѣшеніе Пр. Сената. Авторъ допускаетъ правильность примѣненія обычая къ наслѣдованію *послѣ крестьянина* (къ какому-бы сословію ни принадлежали его наслѣдники); онъ допускаетъ, что обычай долженъ примѣняться (по ст. 38 общ. крест. полож., особ. прил. къ т. IX св. зак. изд. 1876 г.) къ имуществу всякаго рода, а не къ одному только надѣльному-сельскому, «крестьянскому». Но затѣмъ, толкуя названіе «*мѣстные* обычаи», авторъ находитъ, что «судъ долженъ опровергать ссылку на обычай... *для наслѣдователя, давно порвавшаго связь съ родиной*» (стр. 262). Статья заключается словами: «Интересно, какое освѣщеніе получитъ въ подробномъ опредѣленіи Пр. Сената вопросъ о границахъ примѣненія крестьянскаго обычая въ подобныхъ дѣлахъ».

Къ сожалѣнію, «подробное опредѣленіе», нынѣ опубликованное, ничего не прибавило къ тому, что было уже извѣстно автору упомянутой статьи. Пр. Сенатъ слишкомъ осторожно ограничился аргументаціей «ad hoc», разрѣшая вопросъ въ такой формѣ: «*при наслѣдованіи послѣ крестьянина, вправѣ-ли наслѣдникъ-крестьянинъ*

сослаться на мѣстный обычай, если въ числѣ его сонаслѣдниковъ состоятъ и лица, къ крестьянскому сословію не принадлежащія»?

Пр. Сенатъ отвѣчаетъ: «*да, вправѣ*». Но цѣнность этого интереснаго рѣшенія значительно умаляется тѣмъ, какъ поставленъ вопросъ. Положимъ, тяжущіеся интересовались отвѣтомъ: «да или нѣтъ», имѣющимъ послѣдовать на сложную совокупность обстоятельствъ, изъ которыхъ слагалось это дѣло и съ этой точки зрѣнія такую формулировку нельзя упрекнуть въ неясности. Но мыслящій юристъ требуетъ большаго. Что значитъ отвѣтъ: «да, вправѣ», когда этотъ отвѣтъ поставленъ въ связь съ рядомъ нераздѣленныхъ обстоятельствъ изъ коихъ нѣкоторыя предопредѣляютъ этотъ отвѣтъ, тогда какъ другія не имѣютъ съ нимъ ничего общаго?

Было бы вполнѣ ясно, если-бы мы находили въ сенатскомъ рѣшеніи слѣдующія предложенія:

1) «При наслѣдованіи *послѣ крестьянина* примѣняется (въ случаѣ ссылки на него) мѣстный обычай».

2) «Принадлежность одного или нѣкоторыхъ изъ наслѣдниковъ къ *иному сословію*, нежели наслѣдодатель, не вліяетъ на дѣло»,

или даже такъ:

3) «Примѣненіе обычая вовсе не зависитъ отъ того къ какому сословію принадлежатъ наслѣдники».

Недосказанность въ рѣшеніи Пр. Сената была, конечно житейски цѣлесообразна. Нельзя, однако, съ точки зрѣнія юридической критики, признать, что она была вынуждена невозможностью положительнаго и опредѣленнаго построенія. Мало того, самое рѣшеніе содержитъ въ себѣ, для юридическаго мышленія, все то, что въ немъ недосказано. Это мы постараемся выразить, ознакомившись ближе съ этимъ рѣшеніемъ.

Обстоятельства дѣла извѣстны: крестьянинъ дер. Ботвина, Ярославской губерніи, Углицкаго уѣзда, Федоръ Зайцевъ, умеръ въ 1880 году. Гдѣ умеръ Зайцевъ, въ опубликованномъ рѣшеніи не сказано, хотя это обстоятельство важно; мы знаемъ только, что Зайцевъ умеръ *не въ предѣлахъ родной волости* и что онъ много лѣтъ занимался торговлей въ городѣ С.-Петербургѣ, гдѣ и нажилъ значительный капиталъ. Изъ рѣшенія видно, что сына его утверждалъ въ правахъ наслѣдства С.-Петербургскій окружный судъ, изъ чего можно безошибочно допустить, что Зайцевъ умеръ въ С. Петербургѣ. Въ составъ наслѣдства вошло слѣдующее имущество:

1) домашняя движимость;

2) домъ въ С.-Петербургѣ;

3) движимость, составляющая предметъ торговли и товаръ въ лавкѣ, тамъ-же;

4) пустошь «Полюдово», на родинѣ, въ Углицкомъ уѣздѣ. Сынъ наслѣдодателя Федоръ Федоровичъ Зайцевъ утвердился въ 1890 году въ правахъ наслѣдства, на общемъ основаніи. Три года спустя, сестра его, купчиха (по мужу) Анна Федоровна Кулебякина предъявила къ нему искъ о присужденіи ей указной части изъ наслѣдства отца, согласно 1 ч. X тома. Братъ—отвѣтчикъ не призналъ иска правильнымъ, при чемъ указалъ на то, что Кулебякина получила отъ отца, при выходѣ замужъ, приданое въ 8.000 рублей, и что, по существующему въ мѣстѣ родителей тяжущихся обычаю, дочь, выданная замужъ отцомъ и награжденная приданымъ, въ наслѣдствѣ послѣ него, при наличности сыновей, не участвуетъ».

Окружный судъ присудилъ указную часть, попросту примѣнивъ X томъ, т. е. не задаваясь никакими замысловатыми вопросами.

Палата утвердила это рѣшеніе, но уже пытаясь создать истолкованіе 5-го пункта 1184 ст. 1 ч. X т. въ томъ смыслѣ, что упомянутый въ немъ «особый порядокъ наслѣдованія сельскихъ обывателей» есть будто-бы, по смыслу ст. 38 общаго положенія о крестьянахъ (изд. 1876 г.), примѣненіе обычая *между* крестьянами, т. е. тогда, когда *всѣ* наслѣдники принадлежатъ къ крестьянскому сословію. Взглядъ—явно несостоятельный, и основанный на недостаточной теоретической разработкѣ, такъ какъ наслѣдственный переходъ во всѣхъ законодательствахъ обсуждается сверху внизъ, а не снизу вверхъ, и опредѣленіе закона, по которому должно произойти общее построеніе правъ *призываемыхъ* лицъ (dévolution d'hérédité, Berufung, delatio hereditatis) всегда совершается по состоянію, припискѣ или мѣстонахожденію умирающаго, а *не по личнымъ обстоятельствамъ наслѣдниковъ, представляющимся элементомъ, даже не подлежащимъ обсужденію*.

Къ счастію, Пр. Сенатъ не замедлилъ исправить эту ошибку; онъ вовсе не задержался на точкѣ зрѣнія палаты, къ сожалѣнію, иногда просвѣчивающей, до сихъ поръ, въ видѣ колебанія мысли у нѣкоторыхъ почтенныхъ авторовъ, занявшихся этимъ вопросомъ (ср. «Вѣстн. Права», Дек. 1899 г. № 10, стр. 228).

Но затѣмъ, нельзя сказать, чтобы разсужденія Пр. Сената, при всей правильности его общей точки зрѣнія, были вполнѣ безупречны, съ точки зрѣнія строгой юридической критики.

Пр. Сенатъ разсуждаетъ такъ: «38 ст. общ. положенія о кр. имѣетъ въ виду обыденные случаи наслѣдованія въ крестьянской средѣ, когда и наслѣдодатели и наслѣдники одинаково принадлежатъ къ крестьянству. На тѣ исключительные (?) случаи, когда наслѣдодатель либо наслѣдники оказываются выбывшими изъ крестьянскаго сословія, законъ особыхъ постановленій не предустановилъ; поэтому такіе случаи, согласно 9 ст. уст. гр. суд., должны быть разрѣшаемы логическими выводами изъ 38 ст. об. пол. Такъ, если, въ моментъ открытія наслѣдства, и наслѣдодатель и наслѣдники оказываются лицами некрестьянскаго сословія, то къ примѣненію названной статьи общаго положенія нѣтъ никакого основанія». Далѣе, обсуждая данное дѣло, Пр. Сенатъ говоритъ:

«Такъ какъ споръ идетъ о наслѣдствѣ послѣ крестьянина и отвѣтчикъ—крестьянинъ, то право послѣдняго ссылаться на обычай должно быть признано несомнѣннымъ, въ силу 38 ст. общ. пол. Право это, принадлежащее отвѣтчику, какъ по рожденію, такъ и по продолжающейся принадлежности его къ крестьянскому сословію, не могло быть разрушено тѣмъ случайнымъ обстоятельствомъ, что сестра его вышла замужъ за купца и перешла въ сословное состояніе мужа, и для нея это обстоятельство не могло создать новыхъ правъ, въ ущербъ брату: если, получивъ отъ отца приданое, она, по обычаю, утратила право на наслѣдство, то не могла возстановить это право выходомъ замужъ за купца».

Изложенная аргументація Пр. Сената заслуживаетъ тщательнаго разсмотрѣнія, какъ по важности затронутаго въ ней вопроса, такъ и потому, что общая оріентировка этихъ разсужденій совершенно правильная. Но въ подробности логическихъ построеній есть нѣкоторые недостатки, которые мы укажемъ. Тутъ важно, прежде всего, выдѣлить цѣнное изъ сомнительнаго и указать то, что въ данномъ рѣшеніи принесетъ несомнѣнную пользу въ строеніи догмы гражданскаго права, отличивъ его отъ примѣси, подлежащей безпощадной критикѣ. Постараемся выполнить эту задачу.

II.

Мы уже указывалп на то, что Пр. Сенатъ поставилъ на свое разрѣшеніе *сложный* вопросъ, тогда какъ логически необходимо поставить, въ отдѣльности два слѣдующихъ вопроса:

а) *При открытіи наслѣдства послѣ крестьянина, вправѣ-ли наслѣдникъ* (независимо отъ сословія, къ коему принадлежитъ этотъ наслѣдникъ)—*сослаться на обычай?*

б) Если утвердительно отвѣтить на первый вопросъ, то *какое вліяніе можетъ оказать на дѣло принадлежность наслѣдника къ некрестьянскому сословію?*

Есть не мало голосовъ, какъ въ юридической литературѣ, такъ и среди людей практики, которые высказываются въ пользу безусловнаго ограниченія примѣненія обычая. «Обычай—вотъ нашъ врагъ»! говорятъ эти голоса, и затѣмъ предлагаются разныя болѣе или менѣе искуственныя грани, съ цѣлью задержать обычай во что-бы то ни стало, какъ явленіе, по мнѣнію многихъ, безусловно нежелательное, равносильное безправію въ крестьянской средѣ.

Это направленіе модное, но не глубокое. Немудрено, что въ предлагаемыхъ системахъ разграниченія, преобладаетъ субъективный вкусъ того или другого автора и поражаетъ отсутствіе яснаго принципа разграниченія объектовъ наслѣдственнаго права, подлежащихъ и не подлежащихъ дѣйствію обычая. Эта произвольность неизбѣжна, ибо въ законѣ нигдѣ не говорится о томъ, чтобы наслѣдованіе послѣ крестьянина подчинялось: по обычаю—въ отношеніи «крестьянскаго имущества» и по X тому—въ отношеніи «некрестьянскаго» наслѣдства. Самое понятіе «крестьянскаго имущества не поддается опредѣленію, потому, что его нѣтъ въ законѣ; это понятіе вовсе не юридическое, а бытовое и экономическое. Тутъ лишній разъ даетъ себя чувствовать то обстоятельство, что крестьянскимъ вопросомъ главнымъ образомъ занята экономическая литература, и что юридическое мышленіе пока—что, мало еще примѣнялось, во всей надлежащей строгости, къ вопросамъ крестьянскаго права.

Вопросъ упростится въ высшей степени, какъ только мы отрѣшимся отъ непослѣдовательнаго трактованія обычая, какъ какого-то «полуправа», которое примѣняется крестьянами, благодаря ихъ темнотѣ и безграмотности, и то «въ предѣлахъ нищенскаго ихъ быта», за неимѣніемъ лучшаго. Съ этой точки зрѣнія всегда окажется, что тутъ какая-то «игра въ право», а не примѣненіе серьезной правовой нормы. Сегодня крестьянинъ теменъ, бѣденъ, неповоротливъ и дикъ: онъ «умираетъ по обычаю». Завтра тотъ-же человѣкъ становится грамотнымъ, богатымъ, расторопнымъ и умнымъ—онъ уже *выльзаетъ* изъ обычая, какъ изъ навозной кучи: переходъ неуловимъ; примѣненіе обычая обратно пропорціонально потребляемому сельскимъ обывателемъ количеству мыла. Обычай представляется, по этому воззрѣнію, какъ-бы неразрывною принадлежностью «заскорузлой» среды.

Таковъ модный взглядъ на народный обычай. Онъ основанъ на непониманіи народа. При такомъ взглядѣ немыслима юридическая

система. Люди, придерживающіеся этого понятія, наталкиваются на неразрѣшимыя затрудненія и винятъ народъ и его обычаи, когда корень затрудненія лежитъ прежде всего въ порокахъ ихъ собственнаго мышленія. Порокъ состоитъ въ томъ, что они задаются невозможною цѣлью: отказавшись отъ юридическаго построенія самаго понятія обычая, они требуютъ, чтобы это неюридическое измышленіе вошло въ систему юридическихъ нормъ и конечно—такое требованіе оказывается невыполнимымъ.

Взглянемъ на дѣло проще. *Обычай есть правовая норма*, которая дѣйствуетъ прежде всего потому, что она *родилась и окрѣпла въ жизни народа съ незапамятнаго времени*, какъ высшее велѣніе того, какъ слѣдуетъ быть, дѣйствовать, жить и умирать. Съ формальной стороны, государственная власть могла или ее *раздавить* или *пощадить*. Для общей системы права она, въ первомъ случаѣ, не существуетъ; во второмъ случаѣ она есть, уже *въ силу закона*. Вотъ исходное положеніе. Съ этой точки зрѣнія существующая такъ сказать *физіологически* правовая норма, кромѣ того, признанная закономъ, имѣетъ по своей природѣ нѣчто *всеобъемлющее* и *стремящееся къ вѣчности*. Когда крестьянинъ додумался до того, что законнымъ является *такой-то* дѣлежъ наслѣдства, онъ уже не можетъ различать предметъ наслѣдованія, «по его малоцѣнности», и ограничить свое правовое сознаніе «впредь, пока не будетъ лучшаго закона». Эта *субъективная* норма должна неизбѣжно быть признана и внѣ сознанія сословія, создавшаго обычай, т. е. переходить въ *объективную* норму, опредѣляющую предѣлъ обычая, въ системѣ права, пока не настанетъ моментъ его законодательной отмѣны. Тутъ середины нѣтъ. Если данному порядку наслѣдованія подвергается, положимъ, имущество крестьянина какой-либо мѣстности, то одна и та же юридическая норма наслѣдованія опредѣлитъ судьбу кафтана, независимо отъ его цѣнности, будетъ ли онъ сотканъ изъ грубаго сукна или вышитъ золотомъ; если эта норма касается избы, то безразлично, покрыта ли она соломой или алюминіемъ. Какъ только мы отступимъ отъ этой строгости, наша норма, будетъ уже чѣмъ угодно, но только не *юридической* нормой. Пусть не возражаютъ, что «золотыхъ» кафтановъ и «алюминіевыхъ» крышъ нѣтъ въ крестьянскомъ быту; это будетъ уже негодный бытовой аргументъ, не захватывающій сути юридическаго размышленія. *Правовая* норма именно тѣмъ и цѣнна, что она рождается на маломъ и изъ малаго, а сила ея безгранична. Когда возникли *правовыя понятія* римскаго народа, объекты гражданскаго права, на берегахъ Тибра, были деревянные и грошовые.

Когда заиграласъ *заря христіанства въ ясляхъ Виѳлеема*, рождественская звѣзда озаряла одни пастушескіе посохи да лохмотья. Та и другая сила, правовая и духовная проявились впослѣдствіи надъ необъятнымъ *матеріальнымъ* кругомъ вещей и надъ богатѣйшимъ бытомъ всего міра, не измѣняясь въ ихъ внутреннемъ значеніи. Намъ всегда думалось, что, когда нашъ крестьянинъ тысячелѣтіями вырабатывалъ свои частно-правовыя воззрѣнія, дѣля онучи, кожухи и кубышки, онъ на этихъ скромныхъ объектахъ видимаго, вещественнаго міра, создавалъ нѣчто великое и невещественное. Такъ шло *творчество русскаго права*. Съ этой точки зрѣнія обычай крестьянскаго наслѣдованія есть нѣчто не связанное съ тѣмъ или другимъ предметомъ, входящимъ въ составъ наслѣдства. Это есть плодъ народнаго убѣжденія, относительно *всего, что принадлежало умершему*. Тутъ вполнѣ примѣнимо понятіе: «universum jus defuncti».

Примѣняя эти воззрѣнія къ критикѣ извѣстнаго сенатскаго рѣшенія по дѣлу Зайцева, мы не можемъ не отвѣтить утвердительно на первый изъ поставленныхъ нами вопросовъ: «*Да, при открытіи наслѣдства послѣ крестьянина, наслѣдникъ вправѣ сослаться на обычай, дѣйствующій на родинѣ, гдѣ приписанъ, въ сословномъ отношеніи наслѣдодатель*». Этотъ обычай (а не какой-нибудь другой) замѣняетъ собою общій законъ, т. е. 1 ч. X тома, со всею системою, построенной на немъ сенатской юриспруденціи. Если, въ фактическомъ отношеніи, окажется, что обычная норма не существуетъ или не выяснилась, то судъ правильно примѣнитъ уже общій гражданскій законъ.

Переходя затѣмъ ко второму вопросу: «*какое вліяніе можетъ оказать на дѣло некрестьянское сословіе наслѣдника*», мы не будемъ на немъ долго останавливаться. Самая возможность возникновенія этого вопроса и неоднократнаго его возбужденія въ литературѣ свидѣтелъствуетъ о слабой дисциплинѣ умовъ, неоднократно намѣчаемой у насъ, къ слову сказать, не въ одной только средѣ юристовъ. Эта черта, въ русскомъ образованномъ обществѣ, поразительна. Невольно вырывается крикъ наболѣвшей души: «гдѣ-же школа»?! Однажды, при мнѣ происходилъ горячій споръ о томъ, существовалъ-ли Вельгельмъ-Телль или нѣтъ? Скептики доказывали побѣдоносно, что герой Шиллеровской драмы существовалъ только въ воображеніи жителей Швейцаріи. Присутствовавшій старый меломанъ пришелъ въ глубокое смущеніе отъ такого разрушенія традиціи и съ голосомъ, подавленнымъ отъ волненія, воскликнулъ: «Mais, que faites vous de l'opéra»?

Вотъ, именно таковы разсужденія, неоднократно берущіе верхъ, въ умахъ нашихъ соотечественниковъ, разсужденія, часто кладущія свой властный отпечатокъ не на одни только книжныя произведенія, но даже на цѣлые періоды русской жизни!..

Такого именно несерьезнаго характера вопросъ о томъ, можетъ-ли принадлежность *наслѣдника* къ другому сословію вліять на матеріальное право наслѣдованія, опредѣляемое крестьянскимъ сословіемъ *наслѣдодателя?*—Для того, чтобы считать это даже вопросомъ, нужно, чтобы у вопрошающаго предварительно произошло затемнѣніе основной схемы института наслѣдованія, въ силу которой наслѣдникъ не имѣетъ никакихъ правъ самъ по себѣ до «открытія» наслѣдства. Наслѣдственный переходъ распадается на три неизбѣжныхъ момента: 1) *открытіе* наслѣдства (Eröffnung der Erbschaft; dévolution de l'hérédité; devolutio hereditatis); 2) *призваніе* къ наслѣдованію (Berufung zur Erbfolge, Anfall der Erbschaft; appel de l'héritier; delatio hereditatis); 3) *вступленіе* въ права наслѣдованія. (Antretung der Erbschaft: acquisition de l'hérédité; aditio hereditatis).

Это основные элементы. Въ предыдущей главѣ «по пути къ народному правосознанію» мы указывали на то, какимъ образомъ эти моменты проявляются иначе, въ системѣ обычнаго права, но это не болѣе, какъ колебанія формы ихъ проявленія. Основная схема остается та-же въ обычномъ и писанномъ правѣ. Ясно, что *субъективныя* права по наслѣдованію возникаютъ *не раньше второго момента*, т. е. тогда, когда первый моментъ вполнѣ прояснился. Поэтому, субъективный моментъ, изъ котораго могутъ возникнуть соображенія о сословіи «призываемаго наслѣдника» *запаздываетъ*: онъ наступаетъ тогда, *когда характеръ наслѣдованія безповоротно опредѣленъ по первому моменту*, съ отвѣтомъ на два вопроса: а) *кто* умеръ? б) *гдѣ* умеръ?

Когда возникаетъ *второй* моментъ, т. е. «*призывается*» наслѣдникъ, тогда уже *безповоротно опредѣлено то право, которому подчиняется «призываемый», кто-бы онъ ни былъ*. Поэтому, въ разсужденіяхъ палаты, признавшей по дѣлу Зайцева, что 5 п. 1184 ст. 1 ч. X т. и 38 ст. общ. положенія дозволяютъ примѣнять обычай лишь въ томъ случаѣ, «если споръ о наслѣдствѣ происходитъ *между* крестьянами», замѣчается двойная ошибка:

а) тутъ произошло смѣшеніе системы нормъ *наслѣдственнаго* и *обязательственнаго* права;

б) кромѣ того, создано излишнее затрудненіе произвольнымъ добавленіемъ слова «между», котораго въ законѣ вовсе нѣтъ, да и быть не могло.

Общій нашъ выводъ клонится, какъ видитъ читатель, къ одобренію существа рѣшенія Пр. Сената по дѣлу Зайцева.

Однако, мы сдѣлаемъ оговорку; намъ думается, что Сенатъ совершенно правильно кассировалъ рѣшеніе палаты на томъ основаніи, что доказанный обычай о правѣ наслѣдованія въ Углицкомъ уѣздѣ, на родинѣ Зайцева, подлежалъ примѣненію ко всему движимому имѣнію, оставшемуся послѣ него въ С.-Петербургѣ и къ пустоши «Полюдово», Углицкаго уѣзда. *Но недвижимое имѣніе въ С.-Петербургѣ должно было поступить по наслѣдству, на основаніи 1 ч. X тома, по общимъ законамъ, а не по обычаю*, и вотъ почему:

Мы ни минуты не останавливаемся, какъ сказано выше, на томъ соображеніи, что домъ въ С.-Петербургѣ не есть крестьянское имущество. Зайцевъ могъ оставить у себя на родинѣ, *въ предѣлахъ той территоріи, гдѣ дѣйствуетъ его мѣстный обычай* (а какъ велика эта территорія—это вопросъ факта), онъ могъ тамъ оставить цѣлый дворецъ или имѣніе въ 10.000 десятинъ. Относительно такой *недвижимости, оставленной тамъ, гдѣ дѣйствуетъ обычай*, слѣдовало бы, конечно, примѣнять обычай. Но домъ Зайцева оказывается въ С.-Петербургѣ, т. е. *внѣ* территоріи законнаго примѣненія *даннаго мѣстнаго* обычая. Поэтому слѣдовало къ нему примѣнять 1 ч. X тома.

Здѣсь берутъ верхъ начала болѣе общія. Мы должны поставить себѣ такой руководящій вопросъ: *какія правила примѣняются въ Россіи для разрѣшенія коллизіи разномѣстныхъ и разносословныхъ нормъ?*

Отвѣтъ вполнѣ опредѣленный даютъ статьи 1279—1295 1 ч. X тома свода законовъ, касающіяся коллизіи разномѣстныхъ нормъ, однако безъ примѣси вопроса о сословныхъ нормахъ. Нашъ сводъ признаетъ преимущество *личнаго* закона наслѣдодателя надъ *мѣстнымъ*, когда рѣчь идетъ о движимомъ имуществѣ; для недвижимыхъ имѣній примѣняется обратное правило («Statutum rei sitae», а не «Statutum personale»). Таковы вполнѣ опредѣленныя начала нашего законодательства, когда рѣчь идетъ о столкновеніи двухъ *россійскихъ* нормъ, общей и областной. Въ случаяхъ-же столкновенія нормъ, россійскаго и иностраннаго закона, примѣняется правило еще болѣе благопріятствующее территоріальному принципу.

Наслѣдство иностранца слѣдуетъ общему русскому закону, за однимъ лишь незначительнымъ исключеніемъ, указаннымъ въ ст. 1218-ой 1 ч. X тома. Такое стѣснительное для иностранцевъ правило мотивируется политическими соображеніями и допускаетъ исключенія въ случаѣ особыхъ конвенцій.

Стало-быть, ясно, что наслѣдованіе въ недвижимомъ имѣніи всегда происходитъ у насъ *по закону того мѣста, гдѣ находится недвижимость*. Если-же поставить вопросъ о томъ, какой законъ дѣйствуетъ въ городѣ С.-Петербургѣ? и какой—въ Углицкомъ уѣздѣ? то оказывается, что въ С.-Петербургѣ дѣйствуетъ 1 ч. X т., безъ сословныхъ изъятій, а въ Углицкомъ уѣздѣ—тотъ-же X-й томъ, совмѣстно съ обычаемъ для крестьянъ. Стало-быть ясно, что домъ Зайцева въ С.-Петербургѣ долженъ переходить по X-му тому, а пустошь «Полюдово»—по мѣстному обычаю.

Такое рѣшеніе вопроса вполнѣ согласно съ тѣмъ, что происходило-бы положимъ, въ случаѣ смерти Курляндскаго крестьянина, умирающаго въ Петербургѣ и оставляющаго домъ въ С.-Петербургѣ, движимость—тоже въ С.-Петербургѣ и землю въ Курляндской деревнѣ. Дѣло рѣшится такъ: общее обсужденіе всѣхъ вопросовъ наслѣдственнаго перехода должно будетъ происходить (согласно ст. 1279—1286, 1 ч. X т.) по «особымъ правамъ», на которыхъ состоитъ губернія иноземельнаго «уроженца».

Что это за права? Отвѣтъ мы найдемъ въ п. XXXIV введенія въ сводъ Прибалтійскихъ гражданскихъ законовъ «о различіи гражданскихъ узаконеній по территоріямъ», изъ коего видно, что, «по званію» умершаго, дѣйствующей нормой будетъ положеніе о курляндскихъ крестьянахъ 1817 года. Стало-быть, по этому спеціально-крестьянскому и ограниченно-территоріальному узаконенію пойдетъ вся движимая часть наслѣдства и земля въ Курляндіи; а судьба дома въ Петербургѣ все-же опредѣлится, согласно 1295 ст. 1 ч. X т. по общимъ гражданскимъ законамъ Имперіи.

Обсуждая положеніе неписаннаго, крестьянскаго обычнаго права внутреннихъ губерній, въ общей системѣ разномѣстныхъ и разнословныхъ нормъ, мы должны толковать это положеніе въ совершенной аналогіи съ тѣмъ, какое мѣсто дается примѣненію областныхъ и сословныхъ писанныхъ правъ. Критерій писаннаго и не писаннаго не можетъ внести въ дѣло какого-либо уклоненія отъ намѣченной системы.

Таковы, по нашему мнѣнію, предѣлы примѣненія обычнаго права наслѣдованія. Въ заключеніе мы не можемъ не отмѣтить значительныхъ достоинствъ кассаціоннаго рѣшенія по дѣлу Зайцева. Оно не затемнило вопросъ, какъ думаютъ нѣкоторые критики, а стало смѣло на вѣрный путь, отводя обычаю подобающее ему мѣсто, чѣмъ и оказало существенное вліяніе на опредѣленіе общей системы разнородныхъ нормъ.

8. Обычай, какъ строительный матеріалъ нашего гражданскаго права.

I.

Однимъ изъ вопросовъ, наиболѣе часто привлекающихъ на себя общее вниманіе, является вопросъ о необходимости упорядочить правовое состояніе нашей деревни. Для устраненія нынѣ существующей неопредѣленности гражданскихъ правъ русскаго крестьянина, предлагается нерѣдко распространеніе на крестьянское сословіе нынѣ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ 1 ч. X тома, въ томъ предположеніи, что писанный кодексъ, хоть и плохой, все-же лучше хаоса и того произвола, который царствуетъ надъ крестьянскими дѣлами, подъ вывѣскою обычая.

Это мнѣніе основано на предположеніи, что единственнымъ препятствіемъ къ распространенію нашихъ гражданскихъ законовъ на русскую деревню, является то, что X томъ—плохъ съ технической стороны. Поэтому логично дальнѣйшее заключеніе такого рода: наше будущее гражданское уложеніе представится исправленнымъ кодексомъ, сравнительно съ X томомъ; слѣдовательно распространеніе такого совершенства на русскую деревню будетъ возможно и желательно. На самомъ дѣлѣ, однако, это мнѣніе невѣрно и противорѣчитъ указаніямъ жизни, а именно вотъ почему.

Невозможность распространенія нашего писаннаго гражданскато права на деревню вовсе не есть послѣдствіе техническихъ недостатковъ X тома. Она имѣетъ гораздо болѣе глубокія причины, а потому, съ замѣною X тома даже самымъ прекраснымъ гражданскимъ кодексомъ, вопросъ останется въ томъ-же положеніи. Впрочемъ, и теперь можно сказать, что русское гражданское право представляетъ извѣстную степень совершенства, которая не замѣтна, при ознакомленіи съ однимъ только X томомъ. Кромѣ текста X тома и многочисленныхъ гражданскихъ законовъ, разбросанныхъ по всѣмъ томамъ свода законовъ, нераздѣльную часть нашего «corpus juris civilis» составляютъ рѣшенія гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената, придающія значительную стройность и связь общей правовой постройкѣ. Русское гражданское право, взятое какъ нераздѣльная совокупность указанныхъ двухъ элементовъ, представляетъ уже извѣстную степень совершенства и полноты, которой, конечно, нѣтъ въ самомъ текстѣ X тома, и, если-бы препятствіе къ распространенію X тома на сельскую народную массу, въ дѣйствительности,

заключалось въ техническихъ недостаткахъ этого тома свода, то можно было-бы сразу устранить его, указавъ на богатѣйшія надстройки и разъясненія нашей кассаціонной инстанціи.

Суть дѣла вовсе не въ томъ. *Деревня можетъ жить только на такомъ правѣ, которое она сознаетъ и понимаетъ;* это право должно быть *просто и ясно;* оно должно быть проникнуто *уваженіемъ къ особенностямъ сельскаго быта.* Тутъ каждый росчеркъ пера законодателя долженъ свидѣтельствовать о пониманіи, съ его стороны, этого быта. Иначе, это право будетъ мертвою буквою. Между тѣмъ, осуществленіе этой мысли требуетъ *широкаго использованія народныхъ, юридическихъ обычаевъ,* для написанія такого гражданскаго кодекса, который былъ-бы примѣнимъ къ крестьянской массѣ, хотя-бы при этомъ пришлось рѣшиться на раздѣльное писаніе одного *общаго* гражданскаго уложенія и *особаго*, наряду съ нимъ, крестьянскаго гражданскаго кодекса.

Здѣсь не мѣсто предрѣшать вопросъ о неизбѣжности двухъ кодексовъ или о возможности ограничиться составленіемъ отдѣльныхъ главъ, для крестьянской среды, въ нашемъ гражданскомъ кодексѣ. Это вопросъ формы и законодательной цѣлесообразности, который едва-ли можетъ быть предметомъ литературной статьи. Здѣсь можно лишь намѣтить основную мысль, которая состоитъ въ томъ, что *80 милліоновъ русскихъ крестьянъ живетъ теперь по своимъ стародавнимъ юридическимъ обычаямъ*, и что *нельзя внезапно перевести эту массу населенія на кодексъ, вовсе чуждый этимъ обычаямъ*, не нанося народной массѣ значительнаго вреда.

Существуетъ, какъ извѣстно, въ высшей степени выраженное, въ послѣдніе годы, среди русскихъ юристовъ, отрицательное отношеніе къ народному, обычному праву — направленіе, которое не существовало, въ тѣхъ-же кругахъ. при жизни Кистяковскаго и Калачова.

Однако, слѣдуетъ замѣтить, что значительная часть всего того, что приводится противъ народныхъ обычаевъ, касается вопроса объ ихъ примѣненіи, при всей ихъ неопредѣленности, *вмѣсто* писаннаго закона. Тѣ-же разсужденія уже не примѣнимы къ вопросу о необходимости воспользоваться народными обычаями, для *законодательныхъ* построеній. Тутъ уже отсутствуетъ главная почва, на которой стоятъ враги обычнаго права, когда упрекаютъ это право въ произвольности, неуловимости и неопредѣленности его нормъ.

По мѣрѣ углубленія нашихъ познаній русской народной жизни, становится все болѣе несомнѣннымъ, что сельское населеніе стра-

дастъ не столько отъ несуществованія у него юридическихъ нормъ, сколько отъ того, что нормы эти лишены той опредѣленности и устойчивой формулировки, которая гарантировала-бы постоянное и твердое ихъ примѣненіе, при возникновенія спорныхъ правоотношеній. *Фиксированіе этихъ нормъ есть прямая и неотложная задача государственной власти* и означенная задача будетъ осуществлена тѣмъ болѣе успѣшно, чѣмъ болѣе законодательная власть будетъ задаваться цѣлью какъ можно менѣе навязывать народной средѣ право, ею не сознаваемое и не существующее въ дѣйствительности.

Необходимо прежде всего отрѣшиться отъ вреднаго отношенія къ народной правовой жизни, къ сожалѣнію весьма распространеннаго среди нашихъ юристовъ, нерѣдко выдающихъ за научную истину — мнѣніе поверхностное и наивное. Указываютъ на то, что крестьяне, на вопросъ, «какой у васъ обычай» — отвѣчаютъ: «у насъ нѣтъ никакихъ обычаевъ», а на вопросъ, «какъ же вы судите», отвѣчаютъ: «мы судимъ по закону». Отсюда многія лица заключаютъ, что крестьяне данной мѣстности дѣйствительно не имѣютъ обычаевъ и признаютъ лишь писанный законъ, котораго они однако не знаютъ. Такой выводъ обнаруживаетъ полное непониманіе народной жизни. Авторитетный изслѣдователь обычнаго права А. А. Леонтьевъ указалъ, какъ слѣдуетъ понимать подобные отвѣты: «какъ только крестьянамъ ставятся общіе вопросы, отвѣтъ получается, что обычаевъ у нихъ нѣтъ...» — «крестьяне совсѣмъ не признаютъ противорѣчія закона и жизни и не противопоставляютъ свою правду «обычая» — правдѣ закона» (См. статью Леонтьева: «Въ поискахъ за обычнымъ правомъ», Русское Богатство 1894 года, № 11).

Такимъ образомъ, вопросъ о томъ, существуетъ-ли, въ данной мѣстности, обычай — не можетъ быть рѣшенъ серьезнымъ изслѣдователемъ на основаніи слѣпаго принятія на вѣру тѣхъ, весьма часто безполезныхъ отвѣтовъ крестьянъ, которые въ буквальномъ ихъ выраженіи не имѣютъ смысла и не соотвѣтствуютъ дѣйствительности.

Вопросъ о томъ, чтобы народные обычаи использовались, какъ строительный матеріалъ, при сооруженіи новыхъ кодексовъ, возникалъ въ Россіи неоднократно. На съѣздѣ русскихъ юристовъ, созванномъ въ Москвѣ, въ 1875 году, профессоръ С. А. Муромцевъ, справедливо высказалъ, что: «изученіе обычнаго права, изученіе народной жизни вообще должно лечь въ основаніе законодательства». — Ср. Труды Съѣзда, стр. 85).

Въ засѣданіяхъ того-же съѣзда, извѣстный изслѣдователь исторіи русскаго права, сенаторъ Н. В. Калачовъ указалъ на «необходимость

самаго тщательнаго и строгаго собиранія и изученія юридическихъ обычаевъ нашей народной жизни и опредѣленія отношеній ихъ къ законодательству. При этомъ, имъ изъ собственныхъ воспоминаній была доложена слѣдующая знаменательная справка: «Была попытка, сказалъ Калачовъ, выдвинуть вопросъ о значеніи и силѣ обычаевъ и въ новыхъ судахъ, въ то время, когда составлялись судебные уставы. Вопросъ этотъ былъ возбужденъ мною въ коммисіи, на которую было возложено начертаніе судебныхъ уставовъ. Я долженъ сознаться, что мое предложеніе было выслушано съ сочувствіемъ; но въ то время, какъ и теперь, обычаи, управляющіе крестьянскимъ бытомъ, были такъ мало извѣстны, или лучше сказать — вовсе неизвѣстны, что нельзя было признать юридическую силу обычаевъ уже *вообще*, а не только въ отношеніи между крестьянами, иначе, какъ съ большою осторожностью. Вотъ почему и была постановлена ст. 130 уст. гр. суд.». — (Эта статья отводитъ, какъ извѣстно, обычаю мѣсто дополнительной нормы права).

Противники примѣненія обычнаго права любятъ ссылаться на неуловимое разнообразіе и противорѣчіе его нормъ, препятствующія всякой возможности укорененія въ населеніи твердаго и незыблемаго правопорядка.

Не говоря уже о томъ, что эта особенность сильно преувеличивается, слѣдуетъ въ особенности замѣтить, что въ ней содержится лишь *препятствіе къ тому, чтобы примѣнять повсемѣстно въ Россіи обычай какой-либо одной мѣстности.* Но, въ настоящее время обсуждается не вопроеъ о порядкѣ примѣненія народныхъ обычаевъ, а совевшенно *иной вопросъ—объ отношеніи законодателя къ народнымъ обычаямъ, какъ матеріаламъ, пригоднымъ для составленія новаю закона.*

Само собою разумѣется, что, если законодатель воспользуется такими обычаями для своихъ цѣлей, въ качествѣ строительныхъ матеріаловъ, *то новый писанный законъ уже не будетъ обычаемъ, какъ-бы ни была тѣсна его внутренняя связь съ обычаемъ*, а онъ уже будетъ считаться велѣніемъ Верховной Власти, т. е. текстомъ государственнаго закона.

Съ этой точки зрѣнія, нѣкоторое разнообразіе въ обычаяхъ вовсе не препятствуетъ использованію ихъ законодателемъ, лишь-бы только была хотя-бы малѣйшая возможность подмѣтить въ народныхъ обычаяхъ общую закономѣрность. А такой элементъ, въ обычаяхъ, безспорно, существуетъ. На упомянутомъ съѣздѣ русскихъ юристовъ, въ 1875 году, этотъ вопросъ былъ также освѣщенъ авторитетными

голосами. Покойный Кіевскій профессоръ Кистяковскій, которому наука русскаго обычнаго права столь многимъ обязана, высказалъ, что «мнѣніе, будто-бы наши обычаи чрезвычайно пестры и разнообразны, не совсѣмъ справедливо. Въ трудахъ коммисіи (сен. Любощинскаго) мы можемъ найти нѣкоторыя такія юридическія положенія, которыя проходятъ отъ Архангельска до Херсона, отъ Бѣлаго моря до Чернаго». Далѣе, Н. В. Калачовъ, во время преній на съѣздѣ, указалъ на «превосходную статью Барыкова: «объ обычномъ правѣ государственныхъ крестьянъ» (журн. Мин. Госуд. Имущ. 1862 г. №№ 9—12), въ которой есть попытка составить *сводъ сходныхъ обычаевъ*, т. е. первый шагъ къ ихъ практическому использованію».

Мысль, высказанная Калачовымъ, глубока въ томъ отношеніи, что въ ней указывается на возможность облегченія законодательной техники, восполняя трудъ обобщенія, лежащій на самомъ законодателѣ, использованіемъ тѣхъ неполныхъ обобщеній нормъ, которыя уже осуществлены народнымъ творчествомъ.

Практически этотъ пріемъ пригодился уже неоднократно. Когда намъ говорятъ остерегаться примѣненія «*мѣстнаго*» обычая внѣ его мѣстности, то эта предосторожность имѣетъ значеніе лишь для обычая, въ его устной формѣ, но не для составленія основаннаго на обычаяхъ текста закона, который можетъ и долженъ въ себѣ совмѣщать обычныя нормы разныхъ мѣстностей, подбирая по возможности тѣ, которыя уже содержатъ въ себѣ значительную степень обобщенія, что проявляется не всюду равномѣрно, такъ какъ мыслительная работа народнаго творчества происходитъ болѣе или менѣе интенсивно, смотря по мѣстамъ. Сказанный пріемъ принесъ свою долю пользы, при переходномъ періодѣ, въ концѣ среднихъ вѣковъ, во Франціи, когда стали брать верхъ обычаи («Coutumes») нѣкоторыхъ болѣе вліятельныхъ областей, передъ тѣмъ, какъ они послужили основаніемъ для кодификаціи.

Въ новѣйшее время, замѣчательнымъ примѣромъ использованія того-же пріема представляется исполненный на средства Россіи трудъ Богишича, облекшаго въ законодательную форму, въ видѣ «Имущественнаго Законника для Черногоріи» (1888 г.) такіе обычаи, которые были имъ, за много лѣтъ передъ тѣмъ, собраны по всѣмъ странамъ Южнаго Славянства («Zbornik sadaznjih pravnih obicaja u juznih Slovena». Agram, 1874).

Слѣдовало-бы воспользоваться примѣромъ труда Богишича, въ особенности въ отношеніи его блестящей и совершенно своеобразной законодательной техники, принявъ въ основаніе тѣ-же двѣ категоріи

строительнаго матеріала, которыя положены имъ въ основу всего кодекса, а именно:

а) правовыя нормы, нынѣ существующія въ народной жизни и въ юридическихъ обычаяхъ, воздерживаясь, по возможности, отъ всякаго отстраненія и измѣненія существующаго, безъ крайней къ тому необходимости;

б) при этомъ, слѣдовало-бы использовать правовые элементы, заимствованные изъ писаннаго права и теоріи гражданскаго права, стремясь къ возможно болѣе согласному сочетанію съ первымъ элементомъ, придавая этому соединенію какъ можно болѣе простую и понятную для народа форму.

(Ср. статью «О принципахъ и методѣ, принятыхъ при кодификаціи права Черногоріи»: Bogisic «quelques mots sur les principes et la méthode suivie dans la codification du droit civil au Monténégro. Paris, 1888». — Ср. русск. текстъ въ Юр. Вѣс. 1889 г. № 6 и 7).

II.

Опредѣливъ общее, принципіальное значеніе народныхъ юридическихъ обычаевъ, какъ строительныхъ матеріаловъ для гражданскихъ кодификацій, мы перейдемъ къ вопросу о томъ, въ какомъ видѣ представляется желательнымъ и возможнымъ соотношеніе писаннаго закона къ обычаю, въ случаѣ сооруженія кодекса на указанныхъ нами началахъ.

Прежде всего нельзя не замѣтить, что вопросъ этотъ останется открытымъ даже въ томъ случаѣ, если когда-нибудь появится кодексъ основанный на народныхъ обычаяхъ. Такой кодексъ не только не поглотитъ и не замѣнитъ собою этихъ обычаевъ, но даже не задержитъ окончательно неудержимаго народнаго творчества, такъ что и въ этомъ кодексѣ будетъ существенно необходимо указать, на какихъ началахъ будутъ взаимно размежевываться нормы писаннаго права и правила, основанныя на народномъ, устномъ обычаѣ.

Для того, чтобы выработать эти начала, необходимо вкратцѣ изобразить, въ чемъ состоитъ *взаимоотношеніе закона и обычая, по дѣйствующему праву.*

Одни лишь крестьяне въ Россіи, а также нѣкоторые инородцы, на азіатскихъ окраинахъ, имѣютъ положительно признанное за ними право пользоваться юридическими обычаями, *взамѣнъ* значительной части писаннаго гражданскаго права. Для этихъ слоевъ населенія

(свыше 80 милліоновъ) обычай является въ настоящее время *главною* правовою нормою, примѣняемою прежде всякой другой; а писанный законъ имѣетъ силу *побочной* нормы, примѣняемой за отсутствіемъ или невозможностью примѣненія обычая.

Это положеніе основано на статьяхъ: 90, 245, 452 прим., 454, 1184 п. 5, 1700 прим. и 2112 п. 3 законовъ гражд. (1 ч. X т. св. зак.); ст. 21 прим., 38 и 107 общ. пол. о крест.; ст. 166 пол. о выкупѣ; ст. 93 и 95 мѣстн. пол. малоросс., особ. прил. къ т. IX изд. 1876. (Послѣднія статьи, по новому изданію особ. прил., 1902 г. значатся статьями 1 прим., 13 и 170 общ. пол.; ст. 116 пол. о вык., и ст. 66 и 68 мѣстн. пол. Малоросс.). Слѣдуетъ еще указать статью 25 врем. прав. о вол. судѣ въ мѣстн., гдѣ введено полож. о земск. нач., перешедшую въ ст. 135 общ. пол., по изд. 1902 года.

Руководствоваться обычаемъ, взамѣнъ закона, по дѣламъ крестьянскимъ, должны не одни волостные суды, но и общія судебныя мѣста, на томъ основаніи, что обычай есть *матеріальная*, *а не процессуальная* норма крестьянскаго права; между тѣмъ гражд. касс. департ. Прав. Сената разъяснилъ, что «въ тѣхъ случаяхъ, когда ссылка на обычай обусловлена правомъ *матеріальнымъ* (а не процессуальнымъ), примѣненіе его обязательно не только для мировыхъ и коммерческихъ, но также и для общихъ судебныхъ мѣстъ». Рѣш. 1873 г. № 43; 1875 г. № 839; 1878 г. № 225; 1879 г. № 166, 173, 324; 1880 г. № 63, 174; 1891 г. № 86).

Затѣмъ, для всего прочаго, некрестьянскаго населенія Россіи, обычное право имѣетъ характеръ *не главной*, *а дополнительной нормы*, примѣняемой въ предѣлахъ подсудности мировыхъ судей, земскихъ начальниковъ и коммерческихъ судовъ: ср. ст. 130 уст. гр. суд.; прав. 12 Іюля 1889 г. объ устр. суд. части, ст. 88; уставъ торговый, т. XI, ч. 2 (изд. 1893 г.) ст. 1 и 592 прил. (ст. 187); уст. судопр. торг. (изд. 1893 г.), ст. 154 п. 4, п. 352.

Кромѣ того дозволяется, въ крайне ограниченныхъ размѣрахъ лишь для истолкованія договоровъ, пользоваться обычаями также въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, согласно ст. 1539 п. 4 зак. гражд. (1 ч. X т. св. зак.). Во всѣхъ этихъ случаяхъ, примѣненіе обычая допускается только «при недостаткѣ положительныхъ законовъ», т. е. вспомогательно, въ случаяхъ умолчанія писаннаго права.

Обращаясь къ первому виду примѣненія обычая, въ качествѣ главной нормы, при которой писанное право всюду выступаетъ, въ видѣ дополнительной и побочной нормы, нельзя не замѣтить одной весьма важной особенности, вытекающей именно изъ того, что писан-

ное право облечено авторитетомъ законодателя и дѣйствуетъ въ силу Высочайшей воли. Это право, хотя и является, во всей своей совокупности, дополнительнымъ, однако имѣетъ силу, безусловно ограничивающую обычай, въ тѣхъ, весьма немногочисленныхъ, но категорическихъ требованіяхъ, которыя именуются *повелительными* нормами гражданскаго права, коль скоро ихъ повелительное свойство основано на соображеніахъ публичной или общегосударственной пользы.

Громадное большинство всѣхъ нормъ гражданскаго права имѣетъ силу *предположительную* (диспозитивную), а не повелительную. Такъ, напримѣръ, система наслѣдованія по закону дѣйствуетъ на тотъ случай, если нѣтъ завѣщанія; она «предполагаетъ» (какъ система «диспозитивная») то, противъ чего воля лица можетъ активно выразиться, хотя пока эта воля не выразилась. Но и въ системѣ наслѣдованія есть запреты или повелѣнія, по своей категоричности, не допускающія никакого измѣненія, по волѣ частнаго лица, напримѣръ: правило, запрещающее малолѣтнему совершать завѣщаніе или правило, признающее наслѣдство открывшимся послѣ лица, приговореннаго къ лишенію всѣхъ правъ состоянія.

Еще болѣе свободными являются правила обязательственнаго права: это уже почти сплошь нормы диспозитивнаго характера. Однако запрещеніе заключать личный наемъ свыше 5 лѣтъ (ст. 2214, 1 ч. X т.) или недозволеніе ограничивать личныя права состоянія, по договору (ст. 30 общ. пол. изд. 1875 г.) имѣютъ характеръ повелительныхъ нормъ, въ столкновеніи съ коими такой обычай, который установлялъ-бы личную кабалу, потерялъ-бы всякую дѣйствительную силу.

Если ясно уразумѣть дѣйствующую систему взаимоотношенія закона и обычая, то тѣмъ самымъ уже намѣчается, въ какомъ направленіи было бы желательно направить труды законодателя по этому вопросу.

Недостатки нынѣ дѣйствующей системы, изъ которыхъ происходитъ общая неопредѣленность гражданскаго правопорядка, состоятъ въ томъ, что 80 милліоновъ русскихъ подданныхъ имѣютъ къ руководству своей жизни, какъ *главное* право нѣчто трудно уловимое, въ видѣ обычая, а въ качествѣ *побочнаго* права—тотъ единственный видъ нормъ, который успѣлъ достигнуть опредѣленности. Замѣна этой системы другою, существующую для некрестьянскаго населенія, могла-бы, конечно, создать принципіально желательное перемѣщеніе наиболѣе опредѣленнаго вида права изъ роли *побочныхъ* нормъ въ роль *главнаго* права; но эта реформа была-бы куплена слишкомъ

дорогою цѣною, если-бы народная масса была насильственно лишена ея обычаевъ и получила взамѣнъ вовсе чуждое ей, писанное право. Кромѣ того, неопредѣленность правоваго положенія увеличивается и тѣмъ, что у насъ почти не приведены въ извѣстность тѣ нормы гражданскаго права, которымъ присуще свойство *повелительныхъ* нормъ, принудительно отражающихся въ самомъ обычаѣ.

Изъ всего изложеннаго явствуетъ, что перестроеніе гражданскаго права для нашей народной массы желательно было-бы предпринять, руководствуясь слѣдующими правилами о взаимномъ соотношеніи разнородныхъ нормъ:

1) Предположенный нами новый кодексъ, содержа въ себѣ значительный обычно-правовой матеріалъ, долженъ былъ-бы занять то мѣсто, которое было-бы опасно предоставить нынѣ 1-й части X тома свода законовъ.

Этотъ кодексъ слѣдовало-бы признавать какъ писанный законъ, нормою главною: а къ нему обычай долженъ былъ-бы служить по всѣмъ отраслямъ гражданскаго права, нормою побочною.

2) Для нѣкоторыхъ отраслей гражданскаго права (напримѣръ по наслѣдованію и по семейно-имущественнымъ отношеніямъ), *мѣстный* обычай слѣдовало-бы примѣнять впереди и взамѣнъ закона, но уже въ видѣ нормы *спеціальной*, а не *главной*, по соображеніямъ изложеннымъ ниже.

3) Нормы повелительнаго характера должны были-бы получить твердое опредѣленіе и выдѣляться, по самому виду ихъ изложенія, въ текстѣ закона, а за ними должна была-бы быть признана отмѣняющая сила, въ случаѣ ихъ противорѣчія съ «мѣстнымъ» обычаемъ (п. 2) или съ выраженіемъ воли частнаго лица.

4) Нормы общаго русскаго гражданскаго права должны всегда сохранять значеніе общихъ дополнительныхъ узаконеній (субсидіарныя нормы).

Означенныя четыре положенія достаточно мотивируются всѣмъ вышеизложеннымъ, кромѣ положенія 2-го, которое требуетъ съ нашей стороны нѣкотораго поясненія. Имъ устанавливается какъ-будто нѣкоторое осложненіе, такъ какъ обычай, нынѣ признаваемый въ видѣ однообразно-главной нормы, предполагается нами уже нъ перемѣнномъ назначеніи, то впереди, то вслѣдъ за главною нормою, т. е. въ видѣ нормы или «спеціальной» или «побочной».

Не слѣдуетъ опасаться нѣкотораго осложненія схемы, и даже утраты видимой стройности общаго построенія, когда отсюда получится большая жизненность; тѣмъ болѣе, что приближеніе къ требо-

ваніямъ жизни нерѣдко вызываетъ такое осложненіе и заставляетъ уклоняться отъ математической простоты, которою всегда отличаются искусственныя построенія.

Въ данномъ случаѣ перемѣнное использованіе обычая, то впереди то вслѣдъ за главною правовою нормою, было-бы полезно тѣмъ, что придало-бы всей системѣ бо̀льшую гибкость, меньшую доктринальную неподвижность, ограждая отъ умноженія почти неизбѣжныхъ ошибокъ. Дѣло въ томъ, что въ настоящее время юридическая сторона нашей народной жизни очевидно недостаточно изучена. Между тѣмъ, откладывать дѣло на десятки лѣтъ было-бы все-таки нежелательно. Переходъ, при такихъ условіяхъ, отъ системы, почти полнаго преобладанія устнаго обычая, къ обратной системѣ его принципіальнаго отодвиганія на второй планъ, былъ-бы шагомъ довольно рискованнымъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ есть основаніе колебаться и недовѣрять сложившимся представленіямъ объ обычаѣ или вообще, гдѣ чувствуется значительная спорность выработанныхъ положеній, наконецъ значительная оригинальность или неустойчивость обычно-правовыхъ институтовъ. Таковы обычаи, касающіеся права наслѣдованія и семейно-имущественныхъ отношеній. Здѣсь, какъ-бы законодатель ни формулировалъ глубоко оригинальные институты семейной общины, трудовой семьи, кладки и калыма, агнатическаго наслѣдованія съ исключеніемъ женщинъ, наслѣдованія «коробьи» однѣми дочерьми умершей матери, условнаго устраненія отъ наслѣдованія выданныхъ замужъ дочерей и выдѣленныхъ сыновей, впредь до ихъ конкуренціи съ боковыми родственниками и т. п.—всегда остается сомнѣніе двоякаго характера: а) какъ-бы не впасть въ ошибочное обобщеніе мѣстныхъ институтовъ, не пригодныхъ для ихъ перенесенія тамъ, гдѣ они не оправдываются ни бытомъ, ни правосознаніемъ и, кромѣ того, б) опасеніе недостаточно вѣрной передачи и формулировки облика народнаго права.

Эти основательныя опасенія значительно устраняются въ томъ случаѣ, когда законодатель принципіально допуститъ возможность исправленія неизбѣжныхъ, въ такомъ трудномъ дѣлѣ, несовершенствъ, разрѣшая примѣненіе «мѣстнаго» обычая, взамѣнъ общей нормы, каждый разъ, когда окажется разладъ между закономъ и жизнью.

Этихъ опасеній не возникаетъ, вообще говоря, въ тѣхъ частяхъ гражданскаго права, гдѣ вторженіе народныхъ воззрѣній совершается съ меньшею силою. Въ значительной части вещнаго права чувствуется воздѣйствіе причинъ, находящихся внѣ обычая, какъ-то формальныхъ способовъ пріобрѣтенія (въ отношеніи недвижимости), многолѣтняго вмѣшательства властей (въ отношеніи крестьянской земли), постоян-

наго вліянія торговыхъ правоотношеній (въ движимости и въ плодахъ недвижимаго имущества).

Другая причина ослабленія народнаго творчества замѣчается въ семейно-личныхъ отношеніяхъ, такъ какъ все, что касается брачнаго права, регулируется церковью, въ значительной степени вліяющей и на личныя правоотношенія внутри семейнаго быта. Институтъ опеки вообще слабо развитъ въ народномъ быту (ср. Н. Бржескій: «Очерки юридическаго быта крестьянъ», стр. 1—17) и онъ скорѣе поддается правительственной организаціи, безъ особеннаго осложненія вопроса соображеніями, почерпнутыми изъ народнаго правосознанія. Наконецъ, въ обязательственномъ правѣ слѣды народнаго творчества отличаются крайней неравномѣрностью, такъ что нѣкоторые институты этого права (напр. извѣстные виды аренды, артель въ чрезвычайно богатыхъ разновидностяхъ, наемъ рабочаго почти на правахъ члена семьи, договоръ о пожизненномъ кормленіи, наемъ пастуха или вообще служителя общины, разнообразные виды запродажи урожая, подряда и т. п.) получили значительное развитіе, наряду съ полною невыработанностью существенныхъ, для обязательственнаго права, понятій. Въ общемъ, можно замѣтить оригинальность въ тѣхъ частяхъ этого права, гдѣ олицетворяются коллективныя договаривающіяся силы: общины, семьи, ватаги, складчины и скорѣе ослабленное творчество тамъ, гдѣ должна выступить воля единичнаго лица, закаляющаяся въ индивидуальной борьбѣ.

Отсюда ясно, что по мѣрѣ осложненія быта, вызываемаго быстрымъ ростомъ капиталистическихъ началъ въ русской жизни, обязательственное право требуетъ новшествъ и законодательнаго вмѣшательства больше всего тамъ, гдѣ народная жизнь не въ силахъ отвѣтить новымъ запросамъ, зарождающимся внѣ ея традиціоннаго русла.

Удовлетворять этой двойственности, особенно замѣтной въ обязательственномъ правѣ, слѣдуетъ признаніемъ того, что обычай въ этой области отодвигается вообще на степень побочной нормы.

Однако, въ отдѣльныхъ положеніяхъ и статьяхъ всетаки было-бы желательно, въ видѣ исключенія, отдавать преимущество обычаю, въ качествѣ «спеціальной» нормы, оговаривая законъ такого рода оборотами: «развѣ-бы обычаемъ было установлено иное», или: «при отсутствіи обычая примѣняется такое то правило закона» и т. п.

Оговорки этого рода желательны въ тѣхъ случаяхъ, когда есть основаніе предполагать особенную живучесть обычно-правовой нормы въ народномъ сознаніи.

Построенный на такихъ началахъ, народный кодексъ допускалъ-бы

при указанной нами системѣ, неравномѣрное, но вполнѣ жизненное проникновеніе живого обычая въ различные институты гражданскаго права.

Для того, чтобы яснѣе изобразить предполагаемое нами и желательное, по нашему мнѣнію, соотношеніе нормъ, прибѣгнемъ къ испытанному средству—изложенію таковыхъ, въ видѣ приложенной здѣсь таблицы.

Наименованіе различныхъ системъ.	Специальныя нормы.		ОБЩІЯ НОРМЫ.		
	1.	2.	Главныя.	Побочныя.	4.
1) Гражданское право, дѣйствующее нынѣ для не-крестьянскаго населенія.	Прежде всего примѣняются	—	Сводъ Законовъ I ч. X т.	Обычай (см. отдѣльн. ссылки Особ. Прил. къ т. IX св.).	Обычай по примѣненію ст. 130 уст. гр. суд. и т. п.
2) Гражданское право нынѣ дѣйствующее для крестьянъ.	«повелительныя» и «запретительныя».	—	Сводъ Законовъ I ч. X т.	Обычай (субсидіарно по обязательств. и вещ. пр.) а также вообще Сводъ Законовъ I ч. X т.	
3) Гражданское право, въ случаѣ изданія кодекса основаннаго на сочетаніи обычаевъ съ общими положеніями гражданскаго права.	нормы писаннаго права.	Мѣстный обычай для пр. наслѣдственн. и семейимуществ., а также по отдѣльнымъ стат. права обязательствъ.	Кодексъ.		

Для большей наглядности, въ настоящей таблицѣ нигдѣ не упоминается объ *аналогіи*. Само собою разумѣется, что ея мѣсто всюду подразумѣвается тамъ, гдѣ указывается норма писаннаго права, въ

томъ смыслѣ, что каждый текстъ закона предполагаетъ его примѣненіе, сперва по буквальному смыслу, а затѣмъ уже по общему значенію выраженныхъ въ немъ началъ.

9. Отрицаніе наслѣдованія въ семейномъ имуществѣ.

I.

Въ литературѣ обычнаго права довольно часто попадается утвержденіе, будто-бы наслѣдованіе не можетъ существовать тамъ, гдѣ нѣтъ имущества, принадлежащаго въ личную и полную собственность наслѣдодателю, и гдѣ, вмѣсто общераспространенной въ высшихъ слояхъ общества, свободной собственности одного лица, преобладаетъ видъ первобытной, коллективной собственности всей семьи,—такъ называемая «семейная собственность».

Эта, на мой взглядъ, весьма ошибочная мысль принесла не малый вредъ дѣлу уясненія и систематизаціи нашего обычнаго права. А между тѣмъ, доказать разъ навсегда неосновательность и, такъ сказать, методологическую ошибочность этой мысли не удавалось, потому-что авторитетныхъ голосовъ въ литературѣ обычнаго права почти не слышно, изслѣдователи этой области рѣдко поднимаются выше приземистаго эмпиризма и до сихъ поръ нѣтъ такой книги по обычному праву, которая положила-бы критическую закладку основныхъ понятій этой отрасли правовѣдѣнія. Поэтому, если случается пытливому уму углубиться въ этотъ лѣсъ, то онъ самъ долженъ прорубить первыя просѣки; расчищая густыя заросли сырья, приходится самому вырабатывать орудія критики, провѣрять унаслѣдованный отъ классическаго правовѣдѣнія методы, большею частью непригодные безъ коренной, приспособительной передѣлки. А это дѣло трудное и оно отталкиваетъ многихъ. Самому все дѣлать вновь—отбиваетъ у многихъ охоту идти по такому пути. Куда сподручнѣе записаться въ эпигоны къ Виндшейду или Дернбургу и катить по пандектной, гладкой дорогѣ...

У насъ любятъ рутину и весьма нерѣдко можно слышать людей, даже весьма дѣловыхъ и серьезныхъ, провозглашающихъ, какъ новость, до которой они только-что додумались, мнимую истину, унаслѣдованную отъ цѣлаго ряда предшественниковъ, воспринявшихъ ее по недомыслію или на другомъ основаніи и назамѣтно, цѣлые десятки лѣтъ, передававшихъ другъ другу этотъ кладъ. Наткнешься на одну, другую, третью изъ такихъ полу-истинъ, съ которыми

какъ-то особенно добродушно уживается русскій человѣкъ, и при каждой попыткѣ добраться до корней этой подозрительной растительности, почти всегда возбуждаешь всеобщее недовольство, наживаешь враговъ, и горькимъ опытомъ убѣждаешься, что русская жизнь и даже русская мысль проникнуты отвращеніемъ къ критическому анализу и лучше всего покоятся въ Авгіевыхъ стойлахъ.

II.

Трудно съ опредѣленностью выдѣлить группу писателей, которые могли-бы нести передъ критикомъ долговую отвѣтственность за ученіе, отрицающее возможность наслѣдованія въ обычномъ правѣ, при семейной собственности. Эта мысль попадается вскользь, то тутъ, то тамъ, и нерѣдко у того-же писателя приходится черпать дальше подкрѣпленіе противоположной мысли, что наслѣдованіе есть и должно быть признано таковымъ.

Легче установить связь сказаннаго представленія съ такими теченіями, которыя, существуя сами по себѣ, могли оказать несомнѣнное вліяніе на его возникновеніе и укорененіе. Такъ, напримѣръ, теорія трудового начала въ обычномъ правѣ оріентировала умы въ такомъ направленіи, что семейное имущество принадлежитъ всей семьѣ, а не только одному лицу, потому-что это имущество нажито трудомъ всѣхъ «наживщиковъ»; а потому, со смертью главы семьи, ему наслѣдовать нечего, а семья его, изображая собою нѣчто подобное артели, продолжаетъ владѣть тѣмъ-же семейнымъ имуществомъ также и послѣ его смерти; стало быть *предполагается* (мы увидимъ ниже что въ этомъ-то и состоитъ ошибка), что *смерть главы семейства ничего собою не приноситъ*, а потому раздѣлъ наслѣдниковъ отождествляется съ дѣлежемъ артельнаго имущества, вообще *со всякимъ раздѣломъ общаго имущества*—(а тутъ-то именно и кроется коренная ошибка этого воззрѣнія).

Кромѣ знаменитой теоріи трудоваго начала, вліяніе могла оказать также римская схема наслѣдованія, постепенно утвердившаяся въ основаніи всѣхъ кодексовъ. Впрочемъ, я разумѣю не столько идею римскаго наслѣдованія, сколько привычку воспринимать ее узко и буквально, не допуская никакого расширенія содержащихся въ ней элементовъ. Сличая окаменѣвшія формы писаннаго права наслѣдованія съ несходными, на первый взглядъ, проявленіями наслѣдованія по народнымъ обычаямъ, мы можемъ разсуждать двояко: или сразу отвергнуть всякое сходство и отрицать характеръ наслѣдованія за тѣми вольными построеніями народнаго генія, которыя не совпадаютъ

въ точности съ римскимъ складомъ понятій; или наоборотъ—*искать общихъ знаменателей*, и только тогда рѣшиться отвергнуть самую идею наслѣдованія, когда-бы выяснилось, что въ народныхъ построеніяхъ отсутствуетъ *самая основная идея имущественныхъ, юридическихъ перемѣнъ. возникающихъ вслѣдствіе смерти (mortis causa)*.

Между тѣмъ, въ томъ-то и сила, что, при внимательномъ анализѣ фактовъ народнаго быта, оказывается, что *смерть главы семейства оставляетъ глубокій и безповоротный слѣдъ на структурѣ семейной собственности*, а потому есть разное состояніе—до и послѣ момента смерти отца-домохозяина. А разъ это установлено, то какъ-же не назвать эти явленія *наслѣдованіемъ*, хотя-бы и пришлось затѣмъ допустить извѣстную дифференціацію въ проявленіи того-же наслѣдованія въ рймскомъ правѣ?

III.

Итакъ, главнымъ аргументомъ въ пользу отрицанія наслѣдованія въ семейномъ имуществѣ является указаніе на невозможность примѣненія въ семейной собственности, освященной авторитетомъ пандектъ, формулы: «hereditas est successio in universum jus defuncti».

Какое-же тутъ можетъ быть преемство, говорятъ намъ, во *всемъ состояніи умершаго*, когда у него не было ничего своего? Иначе говоря, имущество, принадлежащее одновременно цѣлому семейству, со смертью отца *продолжаетъ* принадлежать тому-же собственнику, а не *переходитъ* отъ умершаго къ наслѣднику. Мыслимо-ли, говорятъ намъ дальше, чтобы наслѣдованіе, въ томъ смыслѣ, какъ понимаютъ его въ писанномъ и въ римскомъ правѣ, состояло *въ сохраненіи субъективнаго statusquo*, а не въ посмертной смѣнѣ обладающихъ лицъ?

Отсюда дѣлаютъ уже выводъ, что семейная собственность содержитъ внутри себя тотъ элементъ субъективной устойчивости, который упраздняетъ самое наслѣдованіе, какъ функцію совершенно безцѣльную въ такой системѣ права. Цѣль всякаго наслѣдованія—укрѣпленіе непрерывной юридической связи между поколѣніями, вопреки естественнымъ разрывамъ, періодически учиняемымъ, вслѣдствіе наступающей смерти субъектовъ правъ. Очевидно, что если этотъ самый субъектъ — коллективный, а не единичный, и если въ немъ содержатся, уже при жизни старшихъ, всѣ мыслимые преемники слѣдующихъ поколѣній, то отсюда естественно возникаетъ вопросъ о томъ, къ чему еще выдумывать наслѣдство, когда самая цѣль этого института такъ прекрасно достигастся совершенно инымъ путемъ?

Такимъ образомъ, какъ будто-бы складывается двоякое основаніе къ упраздненію понятія наслѣдованія въ системѣ семейнаго имущества: съ одной стороны—несоотвѣтствіе семейной собственности понятію наслѣдственнаго перехода, «successio» римскаго права; съ другой стороны—кажущаяся безцѣльность наслѣдованія тамъ, гдѣ совмѣстное пользованіе разныхъ поколѣній достигаетъ тѣхъ-же выгодъ.

Когда-же сама жизнь доказываетъ, что смерть отцовъ не остается безъ слѣда на крестьянскихъ семействахъ, такъ какъ ею-же, главнымъ образомъ, и подается поводъ къ раздѣламъ, то представляется какъ бы необходимымъ, для поддержанія уже намѣченной системы, убѣдиться въ томъ, что посмертный раздѣлъ ничего новаго, причиненнаго самою смертью не представляетъ. Всякое общеніе можетъ окончиться раздѣломъ общаго имущества, окажется ли побудительная причина къ такому раздѣлу смерть кого-либо изъ вліятельныхъ членовъ общаго хозяйства, или-же всякая другая причина. Отождествленіе наслѣдственнаго раздѣла со всякимъ инымъ раздѣломъ общаго имущества есть необходимая составная часть изложеннаго ученія; ибо, если-бы выяснилось съ достаточною ясностью, что наслѣдственный раздѣлъ есть особое явленіе «sui generis», то уже этимъ обстоятельствомъ былъ-бы нанесенъ непоправимый ударъ всему построенію, а это смутно чувствуютъ всѣ тѣ, которые придерживаются упраздненія наслѣдованія въ обычномъ правѣ, при семейной собственности.

Приступая къ критикѣ изложеннаго ученія, я постараюсь доказать несостоятельность тѣхъ именно трехъ соображеній, на которыхъ оно покоится, а именно:

а) мы увидимъ, что идея наслѣдованія, согласно болѣе гибкимъ началамъ сравнительнаго правовѣдѣнія, не замыкается въ римскихъ формулахъ, но должна дать намъ общій знаменатель для этихъ формъ, также какъ и для обычнаго и первобытнаго права;

б) мы выяснимъ, что семейная собственность вовсе не упраздняетъ потребности въ институтѣ наслѣдованія; напротивъ, она въ немъ нуждается также, какъ въ немъ нуждается индивидуально-личная собственность писаннаго права;

в) наконецъ, мы выяснимъ принципіальную разницу между наслѣдственнымъ раздѣломъ и всякимъ инымъ раздѣломъ общаго имущества. Эту разницу сознаетъ самъ народъ, которому вовсе чуждо чисто теоретическое стремленіе къ непризнаванію наслѣдованія, при существованіи семейной собственности, вслѣдствіе чего обычное право представляетъ цѣлый рядъ явленій, которыхъ не было-бы налицо, если-бы народъ не сознавалъ факта наслѣдованія. При болѣе строгомъ

изслѣдованіи этихъ пробныхъ камней мы можемъ придти только къ одному выводу: да, тутъ есть наличность института наслѣдованія и народъ ее чувствуетъ и сознаетъ.

IV.

Прежде всего, крайне сомнительнымъ представляется мнѣ утвержденіе, будто-бы римское право наслѣдованія всецѣло замыкается въ извѣстной формулѣ: «Successio in universum jus defuncti». Каждая формула хороша постольку, поскольку мы ищемъ въ ней только то, что въ ней есть, и ничего болѣе. Означенная формула представляется обобщеніемъ положеній извѣстной эпохи въ развитіи наслѣдованія; а мы знаемъ, что эта отрасль права развивалась, какъ-бы разными наслоеніями и пластами; первоначальныя эпохи наслѣдованія въ римскомъ правѣ несомнѣнно представляли такія явленія, которыя въ такой-же мѣрѣ уклонялись отъ индивидуальной «Successio», какъ современная семейная собственность русскаго обычнаго права. Ближайшіе, необходимые наслѣдники (sui heredes) краснорѣчиво характеризуются, даже писателями позднѣйшей эпохи, и Павломъ и Гаемъ, какъ соучастники общаго, или скорѣе общиннаго, семейнаго владѣнія, при жизни отца («qui vivo patre, quodammodo domini existimantur») [1]).

Съ этой точки зрѣнія, исключительность опредѣленія сути наслѣдованія черезъ одну изъ его формулъ является пріемомъ неудовлетворительнымъ, даже для того, чтобы охватить природу наслѣдованія въ предѣлахъ римскаго права. Можно себѣ представить, до какой степени этотъ методъ не годится для разсужденій въ области сравнительнаго правовѣдѣнія. На самомъ дѣлѣ, мы можемъ безъ ошибки сказать, что *опредѣленіе наслѣдованія, въ видѣ индивидуальнаго* преемства, можетъ принести пользу только въ такой системѣ права, которая знаетъ одну *индивидуальную собственность.* Давно уже, цивилисты, разрабатывающіе національно-русское гражданское право, отводятъ широкое мѣсто тому роду собственности, который имѣетъ субъектомъ юридическое лицо; однимъ изъ видовъ этой собственности является *общинная собственность*, которая часто называется общиннымъ владѣніемъ, хотя это не то-же самое, ибо *община* можетъ быть собственникомъ, но она можетъ быть и владѣльцемъ для цѣлей общиннаго пользованія, хотя-бы на землѣ, принадлежащей, на правѣ собственности, другому лицу.

---

[1]) Paulus, l. 11 D. XXVIII, 2 и Inst. Gai, c. II §§ 157 и 158.

Здѣсь не мѣсто разбирать эти положенія въ подробности. Достаточно будетъ, если мы скажемъ, что русское гражданское право уже нынѣ немыслимо въ изложеніи однихъ римскихъ институтовъ вещнаго права и въ немъ значительное мѣсто отводится характеристикѣ такихъ формъ коллективнаго обладанія, которыя очень важны въ русской жизни и не имѣли значенія въ пандектахъ.

Но если это такъ, и если таковы глубокія перемѣны, которыя національныя особенности принесли вещному праву, то отчего-бы этимъ вліяніямъ не проникнуть въ наслѣдственное право? Немыслимо, чтобы наличность въ русской жизни цѣлыхъ институтовъ коллективной собственности въ разныхъ ея видахъ — не отражалась глубокимъ слѣдомъ на разновидностяхъ наслѣдованія; было-бы весьма опрометчиво, при первомъ малѣйшемъ уклоненіи наслѣдованія отъ традиціоннаго пандектнаго типа, немедленно выкинуть все построеніе изъ системы наслѣдованія, вмѣсто того, чтобы подыскать болѣе гибкую и широкую формулу, которая опредѣляла-бы наслѣдованіе, независимо отъ особенностей индивидуальной и личной собственности.

V.

Мы уже указывали на то, что наслѣдованіемъ слѣдуетъ назвать, въ общей формулировкѣ, *всю совокупность тѣхъ правовыхъ перемѣнъ, которыя отражаются на имуществѣ, вслѣдствіе смерти лицъ, обладающихъ этими правами.* Съ этой точки зрѣнія нѣтъ никакого сомнѣнія, что послѣдствія смерти главы семейства столь-же глубоки при семейной, какъ при индивидуальной собственности. Мы постараемся набросать картину этихъ явленій, но для этого необходимо, чтобы читатель ясно вспомнилъ, какая глубокая разница существуетъ между *общинной* собственностью и *общею* собственностью (неправильно отождествляемою статьею 543 1 ч. X т. св. зак. съ общимъ владѣніемъ). Разница въ двухъ видахъ собственности (общинномъ и общемъ) заключается въ иномъ построеніи въ отношеніи *субъекта* правъ. Общинная собственность принадлежитъ нераздѣльной *общинѣ*, тогда какъ общая собственность принадлежитъ нѣсколькимъ отдѣльнымъ *индивидамъ*, изъ коихъ каждый имѣетъ свою *долю*, опредѣленную разъ навсегда въ общемъ предметѣ собственности.

Община есть юридическое лицо или подобіе онаго, но во всякомъ случаѣ коллективная, неразрывная единица, которая собою совершенно заслоняетъ отдѣльныхъ лицъ, ее составляющихъ. Чѣмъ является эта община? на это могутъ быть самые разнообразные

отвѣты, смотря по той нравственной цѣли, которая свела воедино лицъ, ее составляющихъ; общиной можетъ быть сельское общество, монастырская братія, ватага или артель, родъ или даже племя, наконецъ, *семья*. Во всѣхъ этихъ видахъ важно помнить, что отдѣльныя лица не только не имѣютъ какихъ-либо долей, но самое возникновеніе такого права на полученіе своей доли можетъ случиться *только со смертью данной общины, т. е. въ моментъ ея разложенія.*

Вотъ именно это обстоятельство и важно. Смерть семейной общины совпадаетъ со смертью лица, ее создавшаго, т. е. главы семейства, и *въ силу смерти въ ихъ средѣ общиннаго начала, общинники превращаются въ дольщиковъ, а общинная собственность—въ долевую, общую собственность.* Въ этомъ заключается самый главный моментъ семейнаго наслѣдованія по обычаю.

Стало быть, сравнивая идею наслѣдованія, при индивидуальной собственности, съ наслѣдованіемъ по обычаю при семейной собственности, мы видимъ, что и тутъ и тамъ есть *моментъ открытія* наслѣдства, т. е. моментъ наступленія значительныхъ правовыхъ перемѣнъ, вслѣдствіе смерти наслѣдодателя. И тутъ и тамъ, съ этой торжественной минуты возникаютъ для наслѣдниковъ *впервые* индивидуальныя права на наслѣдственное имущество, ибо въ обѣихъ системахъ *наслѣдники не имѣли индивидуальной собственности при жизни отца.* И лишь въ томъ заключается разница обѣихъ системъ, что въ писанномъ правѣ все это совершается путемъ посмертнаго *перехода* правъ, а въ обычно-правовой системѣ совершается тоже самое черезъ *разложеніе* семейной собственности въ моментъ смерти главы семейства.

VI.

Важно теперь выяснить, какую *цѣль* преслѣдуетъ институтъ наслѣдованія въ общей экономіи обычно-правовой жизни, дабы уяснить себѣ, что, при семейной собственности, оно играетъ такую-же роль необходимаго и полезнаго института, какъ и при индивидуальной собственности. Вглядываясь въ чередованіе поколѣній, мы видимъ въ обычно-правовой жизни весьма курьезное явленіе, напоминающее собою движенія маятника: нѣчто въ родѣ колебанія отъ коллективной къ индивидуальной собственности, и наоборотъ: отъ личной независимости къ тѣсной общинѣ; а затѣмъ новое разложеніе, ведущее къ наростанію новой общины, и такъ безъ конца.

Въ самомъ дѣлѣ, каждый изъ сыновей, прежде безправныхъ, получаетъ со смертью отца — долю въ семейномъ имуществѣ. Какъ

только дѣти пожелаютъ, совершается раздѣлъ, и каждый наслѣдникъ, взамѣнъ *доли* въ общемъ имуществѣ, получаетъ опредѣленную въ натурѣ *часть* наслѣдства. Въ первое время эта часть принадлежитъ *одному* человѣку на правѣ личной собственности. По своей доброй волѣ этотъ человѣкъ можетъ жениться или остаться неженатымъ, полнымъ хозяиномъ своего участка, на которомъ нѣтъ и слѣдовъ общинныхъ правъ. Но вотъ, онъ женится и родитъ дѣтей. Силою обстоятельствъ образуется, съ одной стороны *отцовская власть;* съ другой стороны неограниченная собственность лица органически перерождается въ *семейную общину*, ограничивающую отдѣльное лицо правами семьи. Эти два явленія такъ тѣсно связаны, что можно смѣло сказать, что это два нераздѣльныхъ элемента одного явленія, которое представляется какъ-бы проростаніемъ злаковъ, при условіяхъ тепла и сырости, изъ подъ зерна. Скажу лучше, невольно напрашивается сравненіе преобразованія веществъ при броженіи, когда сахаристыя вещества преобразуются въ алкоголь.

Такимъ образомъ, *частная собственность*, которая, по писанному праву, остается въ видѣ окаменѣлости и не подвергается никакому броженію или видоизмѣненію, подъ вліяніемъ наростанія семьи, въ обычно-правовой средѣ, наоборотъ, *начинаетъ претворяться, какъ только возникаетъ новая семья, пуская два одновременныхъ ростка новой жизни, въ видѣ совмѣстнаго образованія отцовской власти и семейной общины.*

Затѣмъ умираетъ отецъ семейства. Сразу погибаетъ отцовская власть—и погибаетъ безвозвратно. Не слѣдуетъ забывать, что переходъ «*большины*» къ матери или къ старшему сыну—не есть переходъ отцовской власти, а лишь переходъ одной изъ ея функцій. *Отцовская власть бываетъ только у отца и, съ его смертью, это связующее звено общины исчезаетъ навсегда.* Это отражается и на интимной конструкціи общины, которая немедленно исчезаетъ юридически вмѣстѣ съ отцовской властью, неразрывно съ нею связанною.

Для того, чтобы отвѣтить на интересующій насъ вопросъ о *цѣли* наслѣдованія въ томъ видѣ, какъ знаетъ его система обычнаго права, мы должны себѣ уяснить, что произошло-бы въ томъ случаѣ, если-бы не было такого періодическаго, для каждаго поколѣнія, распаденія семейной общины со смертью отцовъ и разложенія семейнаго имущества на доли общей собственности? А было-бы то, что разъ созданная семейная община оставалась-бы таковой на вѣчныя времена. При размноженіи поколѣній, постепенно терялось-бы изъ виду

лицо родоначальника и мы имѣли-бы передъ собою полную картину родоваго быта и родовой, общинной собственности. Этотъ порядокъ вещей въ настоящее время уже чуждъ русскому народному быту. Тамъ, гдѣ есть уцѣлѣвшія «большія семьи», продолжающія общее хозяйство послѣ смерти отца, другими словами «сводныя» семьи, онѣ все-же не общины, а союзы *долевыхъ* совладѣльцевъ, ибо народная жизнь уже ясно выработала такое правовое положеніе: *разъ умеръ отецъ, нѣтъ болѣе общины, а есть только совладѣльцы.* Стало быть выясняется *цѣль* обычнаго наслѣдованія, т. е. та органическая польза, которую этотъ моментъ приноситъ въ общей гармоніи имущественнаго чередованія поколѣній изъ вѣка въ вѣкъ.

Наслѣдованіе, въ видѣ періодическаго распаденія семейныхъ общинъ, есть та форма проявленія индивидуализма, въ которой русское обычное право постоянно задерживаетъ наростаніе родовой собственности, давая каждому покольнію возможность приступить къ имуществу на правѣ частной собственности. Другими словами, наслѣдованіе есть *проводникъ идеи частной собственности,* надѣляющей ею каждое новое поколѣніе, при исчезновеніи прежняго. Въ этомъ смыслѣ понятое наслѣдованіе исполняетъ одну и ту же функцію, въ какомъ-бы видѣ оно не являлось, въ писанномъ правѣ и обычаѣ. Понятое съ этой обобщенной точки зрѣнія, наслѣдованіе есть, во всѣхъ его видахъ, явленіе однородное. Самое предположеніе его мнимой безцѣльности въ обычномъ правѣ исчезаетъ, какъ мысль поверхностная и невѣрная.

VII.

Для провѣрки всего сказаннаго слѣдуетъ обратиться къ жизненной дѣйствительности, и изъ нея мы убѣдимся, что *народъ сознаетъ особенный характеръ наслѣдственнаго раздѣла,* не смѣшивая его, какъ думаютъ нѣкоторые, со всякимъ инымъ раздѣломъ имущества, состоявшаго въ общинномъ владѣніи и пользованіи или въ артельномъ обладаніи.

Не желая обременять читателя многими ссылками, въ особенности въ виду тяжелаго характера бо́льшей части матеріаловъ по литературѣ обычнаго права, я укажу на нѣкоторыхъ писателей, отличающихся вдумчивымъ и аналитическимъ отношеніемъ къ этому трудному предмету.

У *В. Ф. Мухина*, въ его, быть можетъ, недостаточно оцѣненной книгѣ («Обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ», Спб. 1888 г.)

постоянно проводится та-же мысль, подкрѣпленная многочисленными указаніями источниковъ: крестьяне сознаютъ различіе между «раздѣломъ общаго имущества» и «раздѣломъ наслѣдства» (см. у него стр. 38, 268).

У него-же вполнѣ опредѣленно указывается на то, что институтъ семейной собственности прекрасно уживается съ понятіемъ наслѣдованія, послѣдовательно проводимымъ, въ видѣ разложенія семейной общины со смертью отца (см. тамъ-же, стр. 47, 48, 52, 100 пр. 2, 119 пр. 2). Обязательное возникновеніе, этимъ путемъ, права долевой собственности членовъ семьи разъясняется имъ на страницахъ 51, 70, 77 и 100.

Е. И. Якушкинъ говоритъ на стр. XXV своего введенія («Обычное право», Ярославль, 1896 г.), что онъ рѣшился употреблять слово «наслѣдованіе», говоря объ обычномъ правѣ, хотя-бы наслѣдованія послѣ смерти отца, при существованіи семейной собственности и не было, по его мнѣнію, (конечно въ смыслѣ писаннаго закона), и пришелъ онъ къ такому заключенію не только потому, что «въ большинствѣ сочиненій по обычному праву употребляется этотъ терминъ для обозначенія права на семейное имущество или его долю», но и въ виду того, что: «терминъ этотъ не чуждъ и народному языку, при чемъ въ немъ онъ имѣетъ не всегда то значеніе, какое имѣетъ въ законѣ».

Въ связи съ этою мыслью, Е. И. Якушкинъ (тамъ-же) указываетъ на важное значеніе того обстоятельства, что «раздѣлъ семейнаго имущества между родственниками, при всякомъ составѣ семьи, происходитъ, по выраженію крестьянъ, *по отцамъ*, т. е. сыновья умершаго получаютъ причитающуюся ему долю. Это правило существуетъ повсемѣстно у русскихъ крестьянъ, къ какому-бы племени они ни принадлежали». При этомъ дѣлается ссылка на прекрасное изслѣдованіе *В. П. Тихонова* — о семейныхъ дѣлежахъ послѣ смерти отца въ Козловской волости, Сарапульскаго уѣзда (сборн свѣд. для изуч. быта крест. населен. Россіи. Вып. III, стр. 78, 80). Въ подтвержденіе сего обстоятельства, т. е. сознаванія крестьянами права представленія дѣтей вмѣсто ихъ родителей, при наслѣдованіи послѣ дѣда или бабки, укажемъ на стр. 232 и 289 того-же сборника Е. И. Якушкина, на слѣдующія сочиненія:

П. М. Богаевскій: Замѣтка о Сарапульскомъ уѣздѣ. Сборникъ свѣдѣній для изученія быта крестьянскаго населенія Россіи. Москва 1889 г., въ Трудахъ Этн. Отд. Имп. Общ. Любит. Естеств. Антроп. и Этногр.; *кн. Н. Костровъ:* Юридическіе обычаи крестьянъ старожиловъ Томской губерніи. Томскъ 1876 г.

Проведеніе крестьянами, при дѣлежѣ наслѣдства послѣ дѣда, началъ такъ называемаго «права представленія», имѣетъ глубокое, симптоматическое значеніе. Если-бы не имѣлось у нихъ пониманія природы наслѣдственнаго раздѣла, всѣ наслѣдники дѣда дѣлили-бы наслѣдство между собою поголовно, а не поколѣнно («по отцамъ», какъ говорятъ крестьяне). Эта мысль будетъ яснѣе, если мы возьмемъ случай раздѣла между братьями черезъ нѣкоторое время послѣ смерти дѣда, когда они продолжали жить «сводною» семьею. Такъ какъ каждый братъ имѣетъ право на *долю*, то его дѣти наслѣдуютъ именно эту долю; а потому, когда раздѣлъ осуществится послѣ смерти одного изъ нихъ, дѣти его, вмѣстѣ взятые, считаются не поголовными участниками семейнаго имущества, а получаютъ долю отца. Тоже, съ уподобленіемъ этому примѣру, происходитъ и при раздѣлѣ наслѣдства сейчасъ послѣ смерти дѣда, когда имѣются налицо нѣсколько сыновей наслѣдодателя и группа внуковъ оставшихся отъ одного изъ его сыновей, умершаго раньше дѣда. Раздѣлъ и здѣсь происходитъ не поголовно, а поколѣнно. На это весьма важное обстоятельство имѣются вполнѣ опредѣленныя указанія; (ср. *Мухинъ*, стр- 35, 36; *Пахманъ* II, стр. 227, 234 пр. 7; также *С. П. Никоновъ* и *Е. И. Якушкинъ:* «Гражданское право по рѣшеніямъ Крестобогородскаго волостного суда, Ярославской губ. и уѣзда», Ярославль, 1902 г., стр. 205).

Итакъ, справедливость проводимой нами точки зрѣнія, недопускающей устраненія понятія наслѣдованія въ обычномъ правѣ, при существованіи семейнаго имущества, достаточно подтверждается не однѣми теоретическими соображеніями, но и прямыми, ясными указаніями изъ данныхъ народнаго быта.

---

10. Новинка въ литературѣ русскаго обычнаго права.

(Статья, напечатанная въ «Юридической Газетѣ» въ 1902 году).

Въ Ярославлѣ вышла новая книга, подъ заглавіемъ: «*Гражданское Право по рѣшеніямъ Крестобогородскаго суда, Ярославской губерніи и уѣзда*». Составители этой книги—профессоръ Ярославскаго Юридическаго (Демидовскаго) Лицея *С. П. Никоновъ* и мастистый патріархъ русской школы обычнаго права *Е. И. Якушкинъ*, продолжающій въ преклонные годы изумлять насъ своимъ чисто юношескимъ огнемъ, вѣрою въ любимую идею и неустаннымъ писательскимъ

трудомъ на этомъ поприщѣ. Профессоръ С. П. Никоновъ, какъ извѣстно, человѣкъ молодой, составляющій свѣтлое исключеніе на общемъ фонѣ нашего ученаго міра, относящагося предвзято и губительно къ элементамъ народнаго права. Читатели журнала Министерства Юстиціи помнятъ его цѣнную работу: «Земля, Община и X Томъ» (Іюнь 1902 г.), въ которой С. П. Никоновъ такъ неопровержимо доказывалъ полную несостоятельность моднаго въ русской наукѣ взгляда на вредъ обычаевъ и, строго продуманнымъ ходомъ разсужденія, приходилъ къ тому выводу, что законодатель долженъ *дополнять* силу обычнаго права нормами писаннаго права, а не самонадѣянно сносить и ломать естественно сложившійся въ народной жизни, юридическій строй.

Книга гг. Никонова и Якушкина—явленіе безспорно выдающееся. Литература обычнаго права отличается перепроизводствомъ «bona fide» нагроможденнаго хлама, среди котораго нелегко оріентироваться мыслящему человѣку; въ этомъ мутномъ теченіи, цѣнныя крупицы завалены громадами почти непроницаемаго сырья. Тутъ самыя подходящія условія для развитія сбивчивыхъ, невѣрныхъ и противорѣчивыхъ теорій. Давно чувствуется въ этой области, что дальнѣйшее развитіе науки обычнаго права стоитъ главнымъ образомъ въ зависимости отъ *выработки строгаго метода*, а не отъ дальнѣйшаго накопленія малопригоднаго, по своему качеству, матеріала.

Значеніе книги гг. Никонова и Якушкина опредѣляется именно этою назрѣвшею, высшею потребностью. Въ связи съ тѣмъ, какъ отдѣленіе обычнаго права С.-Петербургскаго юридическаго общества, подъ предсѣдательствомъ извѣстнаго знатока обычнаго права, професора А. Х. Гольмстена, поставило себѣ задачею указать и приложить новый методъ и поощрить другіе круги изслѣдователей, на мѣстахъ, къ строгой разработкѣ обычая, Ярославское юридическое общество образовало, по иниціативѣ гг. Никонова и Якушкина, особую секцію для изученія обычнаго права и приступило къ изслѣдованію обычаевъ ближайшей къ городу Ярославлю волости, именно—Крестобогородской Основная идея новаго метода, выраженная, какъ извѣстно, въ трудахъ А. Х. Гольмстена [1]), состояла въ томъ, что особенное значеніе имѣла-бы возможно полная регистрація судебно-волостной практики по всей Россіи и непосредственное составленіе юридическаго тезиса

---

[1]) *А. Х. Гольмстенъ:* «*Юридич. Изслъд. и Статьи*», *С.-Петер. 1894 г.*; «къ вопросу о собираніи и изслѣдованіи юрид. обычаевъ», стр. 47; «Двадцатилѣтняя практика Кемецкаго вол. суда», стр. 50.

по конкретному судебному случаю, при извѣстности текста самаго рѣшенія. Такой тезисъ подлежитъ опубликованію въ соотвѣтствующемъ сборникѣ матеріаловъ, но не какъ утвержденіе составителей сборниковъ, что таковъ непремѣнный обычай, а лишь какъ доказательство того, что въ такомъ-то году, такая группа населенія, по такому-то вопросу *выразила черезъ своихъ судей такое-то правовое положеніе*. И больше ничего. Въ отдѣльномъ рѣшеніи можетъ быть, конечно, твердая обычная норма. Это скорѣе всего такъ на самомъ дѣлѣ и есть. Но при этомъ методѣ обычная норма должна считаться безспорно и твердо установленной не раньше, какъ послѣ сличенія значительнаго числа совпадающихъ волостныхъ рѣшеній. *Большія числа* имѣютъ свою доказательную силу въ соціальной статистикѣ. Такъ и здѣсь. При невозможности выдѣлить въ каждомъ рѣшеніи наличность искренно сознаваемой правовой нормы отъ случайныхъ обстоятельствъ, вліявшихъ на убѣжденіе судей, это сомнѣніе совершенно отпадаетъ въ большомъ числѣ тождественныхъ рѣшеній, въ которыхъ самое однообразіе проводимыхъ началъ служитъ уже гарантіею дѣйствительнаго существованія обычно-правовой нормы.

Къ этимъ общимъ соображеніямъ основного метода слѣдуетъ добавить слѣдующія разсужденія составителей сборника рѣшеній Крестобогородской волости: «всякій, изучившій литературу по обычному праву, знаетъ, что иногда двумя изслѣдователями, въ добросовѣстности которыхъ нельзя сомнѣваться, дѣлаются изъ одного и того-же рѣшенія волостного суда противоположные выводы. Для того, чтобы убѣдиться въ правильности того или другого вывода, необходимо бываетъ обратиться къ самому рѣшенію, изъ котораго сдѣланъ выводъ, и сравнить его съ рѣшеніями по однороднымъ дѣламъ того-же волостного суда или другихъ волостныхъ судовъ преимущественно ближайшей мѣстности. Поэтому, при предстоящей работѣ, слѣдуетъ принять за правило, чтобы при каждомъ выводѣ изъ рѣшенія волостного суда было приведено и самое рѣшеніе, изъ котораго сдѣланъ выводъ».

I.

Рѣшенія Крестобогородской волости, изданныя, сказаннымъ образомъ, при соотвѣтствующихъ тезисахъ, извлеченныхъ изъ нихъ правовыхъ положеній, собраны за періодъ практики съ 1866 по 1889 г. и распредѣлены на четыре части: вещное право, обязательства, семейное и наслѣдственное право.

Первая часть (вещное право) содержитъ три главы: а) общинное землевладѣніе, б) ограниченіе имущественныхъ правъ и в) пріобрѣтеніе правъ на имущество (находка, приращеніе). Изъ этой схемы видно, что авторы не задавались цѣлью во что-бы то ни стало отвѣтить на всѣ вопросы и пополнить всѣ отдѣлы вещнаго права, а лишь ограничились передачею того, что дало правовое творчество крестьянской среды, при чемъ въ данномъ случаѣ, какъ всегда бываетъ при народномъ творчествѣ, обнаружилась нѣкоторая неравномѣрность въ отдѣлкѣ тѣхъ или другихъ институтовъ.

Пересматривая правовые тезисы этой первой части, мы въ особенности отмѣтили слѣдующія положенія:

а) *по взаимнымъ отношеніямъ общины и ея членовъ:*

1) Крестьянское общество имѣетъ право выгнать свое стадо на участокъ, отведенный отдѣльному домохозяину, хотя-бы на этомъ участкѣ и не была скошена трава ко времени, назначенному обществомъ для выгона скота».

2) «Крестьянинъ, которому не было выдѣлено причитающейся на его долю земли, имѣетъ право отыскивать съ общины происшедшіе отъ того убытки».

3) «Домохозяинъ, самовольно извлекающій выгоды лично для себя изъ пользованія общинной землей, не отведенной ему въ надѣлъ, обязанъ вознаградить общину за причиненные ей убытки».

4) «Община не имѣетъ права воспретить домохозяину отдать въ аренду принадлежащій ему надѣлъ. Домохозяинъ, отдавая въ аренду свой надѣлъ, обязанъ увѣдомить объ этомъ свое сельское общество».

5) «Въ случаѣ отдачи домохозяиномъ своего надѣла въ аренду, община не имѣетъ права нарушать арендный договоръ на томъ только основаніи, что отданный въ аренду надѣлъ былъ затѣмъ переданъ его хозяиномъ въ общину».

6) «Домохозяинъ, уплатившій въ общину излишнія противъ раскладки деньги, имѣетъ право требовать ихъ возврата».

б) *По вопросамъ пользованія усадебною землею:*

1) «Домохозяинъ, которому отведено новое усадебное мѣсто, если на прежнемъ его овинникѣ, отошедшемъ въ «міръ», были выращены деревья, получаетъ съ общины половину суммы, за которую деревья были проданы ею».

2) «Домохозяинъ, у котораго отрѣзана часть усадебной земли, для надѣленія прибылой души, имѣетъ право сохранить въ своемъ пользованіи свою огородную землю въ прежнемъ размѣрѣ».

в) *По вопросамъ права участія частнаго въ выгодахъ чужаго имущества.*

1) «Домохозяинъ, загородившій своимъ строеніемъ проѣздъ сосѣдямъ къ ихъ огуменной постройкѣ, обязанъ дать мѣсто для постоянной дороги къ овиннику сосѣдей» (основано на «сосѣдскомъ правѣ»).

2) Подобныя ограниченія могутъ быть основаны «на договорѣ», чему приводятся тутъ-же примѣры, а также на истеченіи давности, напримѣръ, «столѣтней давности», (при существованіи безспорнаго права съ незапамятнаго времени).

3) «Если владѣлецъ даетъ кому-нибудь *изъ милости* («precario»), позволеніе пользоваться его имуществомъ, то онъ можетъ, по своему усмотрѣнію и отказать ему въ этомъ».

4) «Право участія частнаго въ выгодахъ чужаго имущества прекращается—вслѣдствіе *уничтоженія* предмета пользованія, а также *за использованіемъ той выгоды*, которая—по договору безсрочному—соотвѣтствовала условленному вознагражденію».

г) *По предмету совмѣстнаго владѣнія и пользованія:*

1) «Общее владѣніе возникаетъ изъ *договора* или вслѣдствіе перехода имущества къ нѣсколькимъ лицамъ въ общее владѣніе *по наслѣдству*. Совладѣлецъ имѣетъ право безплатно пользоваться общимъ имуществомъ до его раздѣла, не препятствуя совладѣльцу пользоваться его частью».

2) «Одинъ изъ совладѣльцевъ не имѣетъ права продать свою часть изъ общаго имущества, безъ вѣдома другаго совладѣльца. Если послѣдній желаетъ купить продающуюся часть общаго имущества, то судъ опредѣляетъ цѣну этой части, принимая въ уваженіе и тѣ особенныя выгоды, которыя получитъ совладѣлецъ отъ оставленія за нимъ имущества въ цѣломъ его видѣ».

3) «Если одинъ изъ двухъ совладѣльцевъ назначаетъ цѣну, за которую онъ готовъ или продать свою половину общаго имущества или купить у другого его половину, но послѣдній въ цѣнѣ съ нимъ не сходится, то волостной судъ оцѣниваетъ общее имущество и предоставляетъ пріобрѣсти его тому, кто желаетъ уплатить половину оцѣночной суммы».

4) «Продажа всего общаго имущества однимъ только изъ совладѣльцевъ, безъ согласія остальныхъ, недѣйствительна. Если однимъ изъ совладѣльцевъ продано общее имѣніе, то другой совладѣлецъ имѣетъ право требовать причитающуюся на его долю часть денегъ, полученныхъ отъ продажи, не съ покупателя, уплатившаго деньги сполна, а съ продавца общаго имѣнія».

д) *О приращеніи:*

«Навозъ отъ коровы, собственникъ которой получилъ позволеніе загнать ее на чужой дворъ, принадлежитъ тому, кто постилалъ подъ корову солому».

е) *О возстановленіи нарушеннаго владѣнія* имѣются у гг. Никонова и Якушкина также цѣнныя данныя, изъ которыхъ видно, что крестьянскому суду вполнѣ доступно различіе между поссессорнымъ искомъ и споромъ о самомъ правѣ собственности на недвижимость. Интересно также, что волостной судъ, присуждая возстановленіе нарушеннаго владѣнія, одновременно приговариваетъ нарушателя, смотря по обстоятельствамъ, и къ денежному штрафу.

II.

Сборникъ гг. Никонова и Якушкина представляетъ значительное количество свѣдѣній по *обязательственному* праву. Эти матеріалы, разумѣется, не охватывающіе всѣхъ отраслей этого отдѣла права, распредѣлены ими по рубрикамъ: а) исполненія и обезпеченія обязательствъ, б) договоровъ объ уступкѣ вещей въ собственность (дареніе, купля-продажа, заемъ), в) договоровъ объ уступкѣ вещей въ пользованіе (ссуда, наемъ имущества), г) договоровъ объ услугахъ (личный наемъ, подрядъ, поклажа, довѣренность, товарищество) и наконецъ д) обязательствъ, возникающихъ изъ правонарушеній.

Приведемъ, по этимъ рубрикамъ, наиболѣе, по нашему мнѣнію, интересныя положенія.

а) *По предмету исполненія и обезпеченія обязательствъ:*

1) Самовольное удовлетвореніе кредиторомъ себя по обязательству. путемъ захвата и присвоенія денегъ или иныхъ цѣнностей должника, строго запрещается, и въ цѣломъ рядѣ рѣшеній судъ не только предписываетъ кредиторамъ выдать вещи должника обратно и осуществлять свое требованіе судебнымъ порядкомъ, но и грозитъ наказаніемъ за самоуправство.

2) «*Право удержанія примѣняется лишь въ томъ случаѣ, когда удерживаемая вѣрителемъ вещь поступила въ его владѣніе*», и притомъ требуется, чтобы этотъ переходъ во владѣніе лица, имѣющаго осуществить право удержанія, произошелъ *ex eadem causa obligandi:* разъ такой причинной связи не имѣется, судъ категорически не признаетъ допустимымъ этотъ способъ обезпеченія интересовъ вѣрителя.

Такъ, напримѣръ, волостной судъ призналъ правильнымъ удержаніе мельникомъ части чужой муки, свезенной къ нему въ зернѣ,

впредь до уплаты ему денегъ за помолъ. Напротивъ, признано неправильнымъ удержаніе кредиторомъ хлѣба, даннаго его должникомъ, для передачи въ общественный магазинъ.

Ясность формулировки права удержанія въ юридическихъ представленіяхъ крестьянъ заслуживаетъ особеннаго вниманія. Въ нихъ не происходитъ смѣшенія этого института съ правомъ внѣсудебнаго захвата имущества должника. А между тѣмъ, у насъ нерѣдко смѣшивается то и другое, когда раздаются голоса, требующіе, яко-бы въ видѣ «права удержанія», предоставить землевладѣльцу право захватывать и не выпускать наличнаго урожая или даже движимости арендатора, впредь до уплаты аренднаго платежа, а иногда въ обезпеченіе вскорѣ наступающаго срочнаго взноса.

3) «Договоръ о закладѣ движимости совершается обыкновенно словесно, путемъ простой передачи объекта на храненіе кредитору».— «Закладопринимательобязанъ хранить вещь и не можетъ ею пользоваться такъ, чтобы она испортилась или ухудшилась. Въ случаѣ утраты вещи, возмѣщеніе ея стоимости опредѣляется *не оцѣнкой, данной кредиторомъ* при закладѣ, но дѣйствительной стоимостью вещи; допускается и оцѣнка судомъ». — «Право кредитора на владѣніе закладомъ прекращается съ момента удовлетворенія его по обязательству. При неисправности должника, этого факта еще недостаточно для того, чтобы закладопринимательимѣлъ право продать закладъ; онъ долженъ сперва обратиться въ судъ, съ просьбой о присужденіи ему суммы долга, упоминая при этомъ о томъ, что у него есть въ закладѣ вещь должника. Судъ присуждаетъ долгъ, оговаривая въ своемъ рѣшеніи право должника, уплативъ долгъ, требовать выдачи заклада».

4) «Смерть лица, давшаго задатокъ, разстраиваетъ самый договоръ (продажу дома), имъ обезпеченный и даетъ наслѣдникамъ умершаго право требовать себѣ обратной выдачи задатка. Если давшій задатокъ отступается отъ заключенія договора, задатокъ остается въ пользу контрагента, при чемъ этотъ послѣдній уже не вправѣ требовать исполненія договора». — «Сторона, принявшая задатокъ, при неисполненіи договора, возвращаетъ задатокъ въ двойномъ количествѣ».

б) *Договоры объ уступкѣ вещей въ собственность.*

1) При дареніи, неблагодарность одареннаго служитъ основаніемъ поворота дара.

2) «Продажа чужой вещи, безъ разрѣшенія на то хозяина, недѣйствительна».

3) Продажа движимости совершается *словесно* на наличныя деньги и *письменно*, когда продажа совершается «въ кредитъ».

4) «Несоотвѣтствіе проданной вещи съ обѣщанными продавцомъ качествами влечетъ за собою для покупщика право требовать скидки съ цѣны покупки».

5) «Съ *момента заключенія* договора купли-продажи, продавецъ не вправѣ самовольно пользоваться проданными имъ предметами. — На покупателя переходитъ *отвѣтственность за гибель вещи* съ момента заключенія договора. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ имѣетъ право получить страховую сумму за купленное имъ, сгорѣвшее имущество— *до передачи*. Однако, при продажѣ вещей, опредѣленныхъ въ договорѣ лишь родовыми признаками, отвѣтственность за гибель предметовъ продолжаетъ оставаться на продавцѣ — до передачи».

6) При заключеніи купли-продажи въ кредитъ, съ означеніемъ при этомъ срока, къ которому покупщикъ обязанъ внести плату за купленные имъ предметы, неисправность въ платежѣ цѣны влечетъ для покупщика лишеніе его правъ на покупку».

7) *Самый выдающійся интересъ принадлежитъ* въ этомъ отдѣлѣ *выводу* гг. Никонова и Якушкина *по вопросу объ опредѣленіи момента перехода къ покупщику права собственности на купленную вещь*. Оказывается, въ рядѣ рѣшеній, *съ замѣчательной послѣдовательностью, проведена та мысль, что моментъ этотъ опредѣляется не соглашеніемъ сторонъ и не передачей вещи продавцомъ покупщику, а именно фактомъ передачи покупщикомъ продавцу цѣны за покупку*». Авторы сборника сообщаютъ по этому предмету, слѣдующую, весьма существенную справку; «интересно, что такое точно правило было *рецепировано еще Юстиніаномъ, подъ очевиднымъ вліяніемъ византійскаго права,* въ § 41 институцій «de rer. division 1—2», гдѣ онъ лишь ошибочно (какъ это признано теперь всѣми романистами, напр. Экснеромъ, Бехманомъ и др.) считаетъ это право заимствованнымъ изъ законовъ 12 таблицъ: «Venditae vero et traditae (res) non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissare aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et jure gentium id est naturali, id effici». Эта справка получаетъ еще большее значеніе, если мы зададимся вопросомъ: *что означаетъ рецепція Юстиніаномъ этого правила изъ византійскаго права?*

Мы знаемъ изъ другихъ примѣровъ и изъ трудовъ византинистовъ (Цахаріэ, Павловъ), а также изъ исторіи Номоканоновъ ср.)

упомянутыя выше на стр. 342, изслѣдованія болгарскаго ученаго С. С. Бобчева), что такія заимствованія скорѣе всего обнаруживаютъ присутствіе славянскаго населенія на Балканскомъ полуостровѣ и естественную реакцію древне-славянскаго обычнаго права на римское, въ эпоху Юстиніанова законодательства, и въ особенности въ византійскую эпоху. Кромѣ того поучительно, для даннаго вопроса, сближеніе вывода гг. Никонова и Якушкина съ фактомъ, сообщеннымъ для Сарапульскаго уѣзда изслѣдователемъ *Богаевскимъ* (сборникъ свѣд. о крест. насел. Росс., вып. I, въ Изв. Императ. Общ. Естествозн. Антр. и Этногр., Моск. 1889 г.)—о томъ, что, при продажѣ лошадей—(цитаты привожу на память)—*продавецъ* даетъ задатокъ, дабы покупщикъ былъ связанъ и не вправѣ отказаться отъ покупки. Что-же это за обычай? Какой смыслъ можетъ имѣть, съ общей точки зрѣнія, поспѣшность продавца, навязывающаго задатокъ покупщику, тогда, какъ мы вообще видимъ, что задатокъ даетъ именно покупщикъ, т. е. тотъ, который предлагаетъ деньги за вещь? Мнѣ думается, что этотъ странный, съ виду, фактъ объясняется въ связи съ выводомъ гг. Никонова и Якушкина, по Крестобогородской волости, Ярославскаго уѣзда. Задатокъ не есть, въ данномъ случаѣ, часть покупной цѣны, такъ какъ отношенія здѣсь обратныя; но важно то, что уплата задатка знаменуетъ намѣреніе продавца *символически выразить окончаніе денежныхъ расчетовъ*, стремленіе сразу стать на почву незыблемыхъ отношеній по продажѣ, *симулируя уплату цѣны, какъ дѣйствіе заключающее сдѣлку безповоротно*. При этомъ лицо, предлагающее лошадь и имѣющее получить сумму денегъ, какъ будто-бы пріобрѣтаетъ эту сумму, какъ *предметъ* договора, и *за нее* поступается символическимъ платежомъ.

Во всякомъ случаѣ, мнѣ думается, что вопросъ, указанный гг. Никоновымъ и Якушкинымъ, чрезвычайно любопытенъ и требуетъ дальнѣйшихъ изслѣдованій.

в) Договоры объ уступкѣ вещей въ пользованіе.

1) «Если предметъ берется въ ссуду на общее семейное пользованіе, то, по смерти ссудобрателя, обязанность выдать вещь переходитъ на другихъ членовъ той-же семьи».

2) Въ случаѣ имущественнаго найма, «разъ передаваемые въ пользованіе предметы не удовлетворяютъ условіямъ договора, это можетъ служить основаніемъ нанимателю *или требовать расторженія договора* или-же соотвѣтственной сбавки изъ выговоренной платы за пользованіе этими предметами».

3) «Если наниматель захватитъ по ошибкѣ чужое имущество

(полосу), то лицо, владѣніе котораго будетъ при этомъ нарушено, имѣетъ право искать свои убытки не съ арендатора, а съ того, кто сдалъ послѣднему свою землю въ аренду».

4) Деньги за наемъ имущества наниматель долженъ уплачивать въ указанные по договору сроки, иначе неисправность въ уплатѣ можетъ служить для хозяина имущества основаніемъ требовать *расторженія договора*». Здѣсь обычное право идетъ впереди писаннаго права, въ которомъ это правило до сихъ поръ, какъ извѣстно, стоитъ весьма шатко.

5) «При долгосрочной арендѣ участка земля для постройки на немъ дома, арендная плата переходитъ, какъ обязанность, на всякого, кто пріобрѣтаетъ себѣ этотъ домъ въ собственность, являясь, такимъ образомъ, какъ-бы реальной повинностью».

Это своего рода—чиншевыя отношенія.

6) «Нанимателю предоставляется право устранять всѣхъ *третьихъ лицъ* въ ихъ попыткахъ такъ или иначе помѣшать его покойному пользованію взятой въ наймы вещью». Еще одно полезное положеніе, считающееся крайне спорнымъ въ писанномъ правѣ.

г) Договоры объ услугахъ.

1) «На подрядчика переходитъ отвѣтственность по обязательствамъ, сдѣланнымъ его рабочими на пользу работы или съ вѣдома и согласія подрядчика. По обязательствамъ долговымъ рабочихъ, сдѣланнымъ этими послѣдними на личныя нужды, безъ согласія при томъ подрядчика, послѣдній не отвѣчаетъ».

2) «Если подрядчикъ не исполнилъ препріятія до конца, то онъ вознагражденіе получаетъ за выполненную имъ *часть* предпріятія, если только такое частичное выполненіе подряда представляется возможнымъ».

3) Товарищество заключается обыкновенно словесно, но сдѣлки товариществъ со сторонними лицами, въ преобладающемъ большинствѣ случаевъ, заключаются въ письменной формѣ.

4) Что касается расходовъ по дѣламъ товарищества, то г.г. Никоновъ и Якушкинъ указываютъ на интересное рѣшеніе, изъ коего видно, что «всѣ товарищи должны дѣлить между собою лишь тѣ расходы, совершеніе которыхъ было ими предусмотрѣно, при заключеніи товарищества. Расходы-же непредвидѣнные, совершенные, хотя и въ интересахъ всего товарищества, но безъ предварительнаго всѣхъ согласія, падаютъ на одного того, кто самовольно совершилъ ихъ».

д) Обязательства, возникающія изъ правонарушенія.

1) Особенно многочисленны бываютъ случаи потравы. Вообще, когда потрава произведена отдѣльнымъ животнымъ, отвѣтственность всецѣло ложится на собственника, который оставилъ свою скотину безъ присмотра. Когда-же потрава произведена стадомъ, отвѣтственность за недосмотръ возлагается на пастуха.

2) «Когда потрава произошла на полосѣ общаго покоса, съ которой потерпѣвшій общинникъ не снялъ своевременно сѣна, она не почитается наказуемой, если хозяева скота докажутъ, что иначе, по капризу одного, задерживалась-бы для всѣхъ односельцевъ возможность пасти скотъ на атавѣ».

3) «Крестьянинъ, захватившій чужія полосы, предоставленныя сходомъ, при передѣлѣ, въ пользованіе другого лица, обязанъ выдать послѣднему весь урожай, полученный имъ при самовольной обработкѣ этой земли, самъ-же получаетъ при этомъ *вознагражденіе за трудъ* по уборкѣ хлѣба и за сѣмена».

На это явленіе неоднократно указывалось въ сочиненіяхъ болѣе раннихъ изслѣдователей, напр. г-жи А. Ефименко, Оршанскаго и др.

4) При «ужинѣ», «перекосѣ», «порубкѣ», способъ вознагражденія собственника бываетъ разнообразный: урожай (рожь въ снопахъ) возвращается собственнику, съ учетомъ стоимости труда за уборку; сѣно не возвращается натурою, но хозяинъ получаетъ «присуду» за то, что перекошено его сѣно; за порубку тоже платится деньгами. При умышленномъ нарушеніи, лицо провинившееся наказывается, кромѣ того, въ уголовномъ порядкѣ.

III.

Особенно важными представляются въ сборникѣ гг. Никонова и Якушкина данныя обычнаго права Крестобогородской волости, относящіяся къ *праву семейственному и къ наслѣдованію*. Какъ извѣстно, народное юридическое творчество, всегда неравномѣрно проявляющееся по разнымъ отдѣламъ права, съ наибольшею полнотою и оригинальностью отражается именно на семейно-наслѣдственномъ строѣ. По этому предмету наиболѣе цѣнными тезисами представляются въ Крестобогородской обычно-правовой практикѣ слѣдующія положенія:

1) Завѣдываніе и управленіе общимъ *семейнымъ имуществомъ* предоставляется обыкновенно старшему члену семьи: старшему сыну умершаго домохозяина, хотя-бы и при жизни матери, или старшему

брату послѣдняго (въ семьѣ сложной). Отчуждать семейное имущество старшій домохозяинъ можетъ лишь съ общаго согласія на то младшихъ домохозяевъ, т. е. лицъ, состоящихъ во главѣ естественныхъ семействъ, входящихъ въ составъ данной сложной семьи. За ослушаніе главнаго, въ семейномъ (сложномъ) быту, полагается наказаніе. Старшій домохозяинъ не можетъ устранять младшихъ отъ участія въ пользованіи общимъ семейнымъ имуществомъ. Доходы и расходы дѣлятся по-ровну между отцами, живущими въ сложной семьѣ. Когда старшимъ домохозяиномъ является сынъ, при жизни отца своего (напр. по волѣ отца или по случаю его болѣзни или дряхлости), сынъ домохозяинъ можетъ быть устраненъ отъ власти, въ случаѣ дурнаго поведенія, и тогда судъ распоряжается о передачѣ большины обратно отцу. Сынъ взрослый, живущій нераздѣльно въ сложной семьѣ, можетъ просить судъ объ устраненіи отъ управленія своего отца, если докажетъ неспособность послѣдняго вести хозяйство. Наконецъ, судъ можетъ отъ себя (ex officio) смѣнить домохозяина. Въ сложной семьѣ, заработокъ каждаго долженъ поступать на удовлетвореніе общихъ семейныхъ потребностей; но по личнымъ обязательствамъ (напр. изъ проступковъ) младшихъ домохозяевъ, отвѣтственность не падаетъ на общее семейное имущество, а лишь на частное имущество виновнаго.

2) Судъ признаетъ возможность существованія *частнаго имущества*, въ отдѣльности отъ общаго семейнаго; таковое признается личною собственностью отдѣльныхъ членовъ семьи и они могутъ ими распоряжаться по своему усмотрѣнію.

3) Взрослые сыновья могутъ уходить изъ дому *на заработки*, съ разрѣшенія отца-домохозяина. Съ своей стороны, старикъ отецъ, воспитавъ взрослыхъ сыновей, можетъ уйти изъ дома, выговоривъ себѣ отъ сына-домохозяина плату, «на прокормленье». Право отца на алименты строго охраняется судомъ. Состоятельный отецъ, по удаленіи сына изъ семьи, не вправѣ требовать отъ него впослѣдствіи алиментовъ. Вообще, отецъ не лишается права выдѣлять дѣтей по усмотрѣнію; онъ можетъ однихъ сыновей «обдѣлить»; но дѣти, не получившія при выдѣлѣ никакого вознагражденія изъ дома, вправѣ отказать отцу въ выдачѣ содержанія.

4) *Выдѣленныя дѣти*, по общему правилу, *отвѣчаютъ по тѣмъ долгамъ, которые сдѣланы были домохозяиномъ, въ ихъ интересахъ, еще до выдѣла ихъ изъ семьи.* При этомъ отецъ-домохозяинъ не можетъ предъявлять, противъ взысканія сторонняго кредитора, возраженіе о переводѣ долга на сыновей; но онъ вправѣ, уплативши самъ

весь долгъ, позднѣе взыскивать уплаченное съ своего выдѣленнаго сына. Вообще, принципъ раздѣльности имуществъ между родителями и отдѣленными дѣтьми проводится такъ далеко, что вполнѣ допустимы взаимные иски между ними о возвратѣ самовольно захваченнаго другъ у друга имущества.

5) *Мать-вдова* считается со своими взрослыми дѣтьми *не старшей* въ семьѣ, *а равной* съ ними. *Выдѣлять изъ семьи дѣтей она не вправѣ*, а можетъ лишь просить судъ о ея раздѣлѣ съ дѣтьми, указавъ причины, побуждающія ее къ раздѣлу.

При этомъ происходитъ такое распредѣленіе долей: а) вдова съ дочерью получаетъ одну долю; б) полная доля причитается сыну и в) такая-же доля достается, по праву представленія, внуку наслѣдодателя.

По вопросу о назначеніи *алиментовъ матери-вдовѣ*, имѣются рѣшенія, обязывающія всѣхъ дѣтей, по случаю раздѣла ихъ, къ дачѣ алиментовъ матери; другія возлагаютъ эту обязанность «на младшаго сына» у котораго она осталась жить, послѣ раздѣла».

6) *Порядокъ совершенія семейныхъ раздѣловъ* опредѣляется слѣдующимъ образомъ. Сыновья, оставшись послѣ отца въ нераздѣльномъ пользованіи семейнымъ имуществомъ, очень часто дѣлятся, создавая себѣ изъ имущества этого каждый самостоятельное хозяйство. Раздѣлъ совершается обыкновенно посредствомъ составленія особой раздѣльной записи, засвидѣтельствованной въ волостномъ правленіи. При отсутствіи добровольнаго соглашенія, споръ разрѣшается волостнымъ судомъ.

7) По предмету *учрежденія опеки*, крестьянское правовоззрѣніе представляется вообще слабо развитымъ. Изъ рѣшеній видно, что оно не признаетъ допустимости необходимаго представительства и естественной обязанности матери и ближайшихъ родственниковъ малолѣтняго быть его опекунами; безъ спеціальнаго назначенія обществомъ, никто, даже родная мать, не можетъ хозяйничать, въ качествѣ опекунши, въ имуществѣ своихъ дѣтей. «Вообще, можно скорѣе заключить о стремленіи крестьянъ къ назначенію опекунами именно не родственниковъ малолѣтняго, во всякомъ случаѣ — не лицъ, совмѣстно съ нимъ въ одной семьѣ проживающихъ». Здѣсь не излишнимъ будетъ замѣтить, что этотъ фактъ представляется обратнымъ противъ того, что указано другими изслѣдователями, для нѣкоторыхъ мѣстностей — (ср. Оршанскаго, стр. 58; П. Ефименко — «Арханг. Сбор.» стр. 57).

8) По праву *наслѣдованія дочерей* отмѣчено у гг. Никонова и

Якушкина одно рѣшеніе, какъ будто-бы идущее въ разрѣзъ съ общегосударственной нормой обдѣленія дочерей при сыновьяхъ. Авторы сборника формулировали тезисъ въ такомъ видѣ: «доля сестры опредѣлена равнаго размѣра съ братьями послѣ смерти ихъ общаго отца». Обращаясь къ подлинному рѣшенію, тутъ-же приведенному, мы, однако, видимъ, что Константинъ Поваровъ и сестра его, дѣвица Александра, искали своихъ долей изъ движимости съ брата, Алексѣя Поварова. Судъ присудилъ Константину $^2/_3$ изъ 40 рублей, оставивъ третью часть отвѣтчику. При этомъ присуждены $^2/_3$ на обоихъ истцовъ, но въ распоряженіе Константина Поварова (рѣш. вол. суда 1880 г.). Это обстоятельство весьма характерно и устраняетъ кажущееся противорѣчіе этого рѣшенія съ общераспространенной нормой обычнаго права, вслѣдствіе которой дочь при сынѣ и сестра при братѣ— не наслѣдница. Дѣло въ томъ, что, наряду съ этими правилами, существуетъ другое, установляющее выдачу увеличенной наслѣдственной доли тому брату, который приметъ къ себѣ сестру на прокормленіе и содержаніе впредь до замужества. Случай, отмѣченный въ сборникѣ гг. Никонова и Якушкина, относится, очевидно, къ этому правилу.

9) Наслѣдованіе *по праву представленія* (т. е. поколѣнное наслѣдованіе) имѣетъ громадное симптоматическое значеніе, какъ мы имѣли случай разъяснить въ предыдущемъ очеркѣ о построеніи идеи наслѣдованія въ семейномъ имуществѣ. Тѣмъ болѣе цѣннымъ является каждое указаніе на проявленіе этого начала въ сознаніи крестьянъ. Въ практикѣ Крестобогородской волости, право представленія было примѣнено: а) къ наслѣдованію потомства *сына*, умершаго ранѣе открытія наслѣдства, б) къ наслѣдованію *снохи* съ дѣтьми въ имуществѣ свекра, когда ея мужъ, т. е. сынъ наслѣдодателя, умеръ до открытія наслѣдства, в) къ раздѣлу сложной семьи, по иску вдовы съ сыномъ къ деверю (т. е. дядѣ) отъ имени своего и по праву *племянника*, что, конечно, сводится къ тому-же праву внука на «отцовскую» часть въ наслѣдствѣ дѣда—(стр. 204, 205, 207).

10) «При отсутствіи нисходящихъ, наслѣдство переходитъ къ *восходящимъ* (къ отцу или матери). Если восходящихъ въ живыхъ нѣтъ, тогда законными являются *братья* умершаго».

11) Наслѣдованіе *вдовы* зависитъ отъ того, имѣла ли она дѣтей или нѣтъ. «При дѣтяхъ, вдова получаетъ совмѣстно съ ними все наслѣдство. Наслѣдственная доля жены, оставшейся послѣ смерти мужа со взрослыми самостоятельными сыновьями, опредѣляется въ одинаковомъ съ послѣдними размѣрѣ. Бездѣтная вдова не наслѣдуетъ мужу; ей наслѣдниками послѣ мужа (отцомъ, братомъ) лишь выдѣляется извѣстная доля, по усмотрѣнію «на прожитокъ».

12) «*Приданое*, оставшееся послѣ бездѣтной жены, поступаетъ къ родителямъ ея или къ ближайшимъ ея родственникамъ, а не къ мужу». Наряду съ этимъ, имущество, *пріобрѣтенное женою* въ ея личную собственность во время брака, поступаетъ въ распоряженіе вдовца, который обязанъ нести расходы на *леченіе и погребеніе жены*.

13) *Выморочность* въ пользу общества, въ которомъ состоялъ умершій, имѣетъ мѣсто лишь въ томъ *наличномъ остаткѣ*, какой окажется по ликвидаціи наслѣдства и уплатѣ долговъ умершаго.

14) По *завѣщательному* праву, приведены указанія на то, что завѣщанія обыкновенно касаются «благопріобрѣтеннаго завѣщателемъ имущества». Къ сожалѣнію нѣтъ данныхъ о томъ, основано ли это на народномъ сознаніи или на вліяніи X тома.

15) «Наслѣдникъ, *принявшій* наслѣдство, тѣмъ самымъ является, обязаннымъ *платить по всѣмъ обязательствамъ наслѣдодателя*.

Вмѣстѣ съ обязанностями, однако, на наслѣдниковъ переходятъ и *права требованія*, принадлежавшія наслѣдодателю, въ ихъ полномъ объемѣ»—(стр. 212 и 213).

Таковыя данныя, добытыя изъ обозрѣнія рѣшеній волостнаго суда Крестобогородской волости за 1866—1889 годы. Мы привѣтствуемъ книгу гг. Никонова и Якушкина, какъ цѣнный вкладъ въ литературу обычнаго права; она служитъ прекраснымъ доказательствомъ того, столь часто и легкомысленно оспариваемаго, въ послѣдніе годы положенія, что *обычное право существуетъ*, *что оно разумно* и гораздо болѣе *твердо* и *однообразно*, нежели думаютъ многіе, относящіеся съ незаслуженнымъ пренебреженіемъ къ этому мощному роднику правороженія.

---

11. Новый Сборникъ Болгарскихъ Юридическихъ Обычаевъ.

(Статья, напечатанная въ «Юрид. Газетѣ» за 1903 г. № 72).

Въ недавнее время вышелъ въ Софіи второй томъ Сборника Болгарскихъ Юридическихъ Обычаевъ, С. С. Бобчева. Это цѣнное собраніе матеріаловъ извѣстно у насъ до сихъ поръ по первому тому (о правѣ семейственномъ), вышедшему въ 1897 году, который былъ отмѣченъ, въ свое время, въ русской юридической литературѣ, въ трехъ рецензіяхъ: а) А. Х. Гольмстена, въ его Юридическихъ изслѣ-

дованіяхъ и статьяхъ». Спб. 1894 г., стр. 91—104, б) Т. Д. Флоринскаго въ «Извѣстіяхъ Кіевскаго университета», 1899 г. кн. XI и в) моей, въ «Журналѣ Спб. Юрид. Общества» 1898 г. кн. XI. Передъ нами теперь продолженіе этого труда, содержащее вещное право, наслѣдованіе и право обязательствъ. Какъ извѣстно уже лицамъ, изучившимъ первый томъ, сборникъ С. С. Бобчева состоитъ изъ сыраго матеріала, т. е. изъ непосредственныхъ отвѣтовъ на разосланную имъ въ разныя мѣста Болгаріи программу, составленную примѣнительно къ извѣстной программѣ Императорскаго Русскаго Географическаго Общества. Отвѣты получены изъ Елены, Казанлыка, Копривщицы, Плевны, Рущука, Лѣсковца, Старой Загоры, Татаръ-Базарджика, Хаскова, Хиссара, Рупчоса и другихъ мѣстностей собственно княжества Болгарскаго. Есть свѣдѣнія по Македоніи, сообщенныя огульно македонскимъ уроженцемъ К. Шапкаревымъ, и затѣмъ свѣдѣнія изъ долины рѣки Арды, на южномъ скатѣ Родопскихъ горъ, т. е. изъ такъ называемаго Аха-Челебійскаго округа. Наконецъ, сборникъ С. С. Бобчева дополненъ, подъ общей рубрикой: «свѣдѣній изъ Западной Болгаріи» — данными, заимствованными изъ цѣнной книги Д. Маринова, вышедшей въ Рущукѣ еще въ 1894 году, подъ заглавіемъ «Живая Старина».

Особеннаго вниманія заслуживаютъ свѣдѣнія, собранныя самимъ С. С. Бобчевымъ въ Еленѣ, Марковѣ и Хиссарѣ; затѣмъ — данныя касающіяся Лѣсковца, сообщенныя лицомъ, издавна посвятившимъ себя изученію болгарскихъ народныхъ обычаевъ П. В. Оджаковымъ; наконецъ—матеріалы, относящіеся къ Татаръ-Базарджику и собранные еще во время оно, для Богишича—Ст. Захаріевымъ, кажется именно тѣмъ самымъ злополучнымъ учителемъ и превосходнымъ наблюдателемъ Захаріевымъ, который издалъ въ 70-хъ годахъ замѣчательное археологическое описаніе Татаръ-Базарджицкаго округа, а потомъ безслѣдно погибъ во время нашествія башибузуковъ на его родной городъ, въ 1876 году. Я указываю, по возможности, нѣкоторые рельефы въ разборѣ источниковъ сборника С. С. Бобчева, потому, что въ самыхъ цѣнныхъ по существу сборникахъ этого рода слѣдуетъ остерегаться придавать равное значеніе всему поступающему въ отвѣтъ на разсылку программы.

Тутъ болѣе, нежели гдѣ-либо, приходится цѣнить поступающія данныя скорѣе вѣсомъ, нежели счетомъ. Кромѣ того, чѣмъ многочисленнѣе наблюдатели-корреспонденты, тѣмъ труднѣе отдѣлить чисто-юридическій элементъ отъ наносимаго ими изобилія разныхъ бытовыхъ справокъ, воспоминаній и повѣствованій, гдѣ уловить категорическій

тезисъ подчасъ нелегко. Въ особенности чувствовалось мною это неизбѣжное свойство сыраго характера опубликованныхъ С. С. Бобчевымъ матеріаловъ, когда я попытался найти въ нихъ прямой отвѣтъ на нѣкоторые вопросы, болѣе всего меня интересовавшіе, по общей ихъ связи съ выдающимися особенностями нашего русскаго обычнаго права, напримѣръ, вопросъ о *конструкціи семейнаго имущества, въ связи съ постановкою наслѣдованія*. Если матеріалы С. С. Бобчева не даютъ твердой основы для такой положительной конструкціи, то мы не можемъ отрѣшиться отъ надежды, что составитель сборника. насколько намъ извѣстно, продолжающій усердствовать на этомъ поприщѣ, дастъ намъ рано или поздно аналитическую работу на эту тему и вообще по главнымъ вопросамъ сего рода. Думается намъ, что скорѣе всего на С. С. Бобчева слѣдуетъ возлагать такую надежду имѣя въ особенности въ виду, что вышедшіе два тома его сборника заканчиваютъ опубликованіе матеріаловъ по гражданскому праву, но что этимъ не положенъ еще предѣлъ задуманному плану; поэтому намъ хотѣлось-бы видѣть въ слѣдующихъ томахъ—разработку именно этого матеріала.

Насколько можно уловить общую картину по указанному вопросу, я понялъ ее въ слѣдующихъ очертаніяхъ.

Сербская задруга (10—12 семействъ, или болѣе того, живущихъ въ одной *общинѣ*, съ общею работою и единствомъ очага, подъ руководствомъ одного лица: «дѣдъ, старецъ» тотъ-же «домакинъ»)—почти исчезла и существуетъ развѣ въ *Западной Болгаріи* (стр. 73) и кое-гдѣ, въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ, въ видѣ доживающихъ слѣдовъ. Уже въ отзывѣ своемъ о первомъ томѣ сборника, А. Х. Гольмстенъ указывалъ на то, что по даннымъ этого сборника слѣдуетъ заключить, что строй болгарской семьи мало чѣмъ отличается отъ велико-русской «большой семьи». Эта точка опоры вотъ чѣмъ важна. Если мы ее примемъ, какъ данную, стоящую внѣ сомнѣнія, то этимъ будетъ сказано, что *видъ семейной общины*, нынѣ существующей въ Болгаріи, окажется гораздо дальше, нежели задруга, отъ *чистаго типа родовой собственности* и будетъ также, какъ великорусская «большая семья», типомъ *среднимъ* между семейной общиной и семьею, построенной на принципѣ индивидуальной собственности ея главы. Въ предыдущемъ моемъ очеркѣ, посвященномъ вопросу о совмѣщеніи общинно-семейнаго начала съ идеею наслѣдованія, я указалъ на то, что смерть главы семейства является въ русскомъ обычномъ правѣ — періодически дѣйствующимъ регуляторомъ этой внутренней экономіи права; не будь этого регулятора, семья неми-

нуемо превращалась-бы въ задругу, т. е. *семейная община*, разростаясь, безъ примѣненія *долевого дробленія вслѣдствіе наслѣдованія*, постепенно превращалась-бы въ *родовую собственность*, въ которой всѣ соединенныя семьи, несмотря на смерть родоначальника, сохраняли бы простую роль участниковъ въ родовой общинѣ—задругѣ. Русское право не знаетъ задруги, не потому, что жизнь не допускаетъ совмѣстнаго хозяйничанія большаго числа лицъ, а потому, что *правородящая идея здѣсь ближе къ началамъ индивидуализаціи права, нежели на южно-славянской почвѣ, въ особенности въ чертѣ осѣдлости сербскаго племени.*

Исходя изъ этихъ данныхъ, было-бы весьма желательно знать въ большей степени опредѣленно, нежели мы видимъ это въ сборникѣ С. С. Бобчева, какое вліяніе имѣетъ смерть домохозяина (даже когда *не совершается раздѣлъ*), на разложеніе семейной общины и превращеніе ея въ долевую собственность сонаслѣдниковъ? Совпадаетъ-ли такое разрушеніе общинности и возникновеніе индивидуальности со смертью домохозяина или съ какимъ-либо инымъ моментомъ, напр., съ фактомъ раздѣла? Наконецъ, въ Западной Болгаріи, гдѣ указаны пережитки задруги, замѣтно-ли *сохраненіе общинности*, когда главою задруги не состоитъ ея кровный прародитель? Замѣтна-ли притомъ разница между упорною общинностію задруги съ одной стороны и *долевою* собственностью совмѣстно живущихъ братьевъ, послѣ смерти ихъ отца? Таковы существенные вопросы, которыми я особенно интересовался, приступая къ изученію сборника С. С. Бобчева. Посмотримъ, въ какой мѣрѣ содержащіеся въ немъ матеріалы даютъ намъ отвѣтъ на эти вопросы.

Три существенныхъ признака должны быть рѣшающими въ нашемъ діагнозѣ. Если Болгарское право содержитъ: а) полное право сыновей немедленно дѣлиться послѣ смерти отца, при запретѣ имъ требовать раздѣла при жизни его; б) право поколѣннаго раздѣла, когда дѣлятся братья послѣ продолжительнаго общаго хозяйства; в) ограниченія въ свободномъ распоряженіи имуществомъ по безотчетной волѣ отца семейства,—то наличность именно этихъ соединенныхъ трехъ признаковъ должна служить несомнѣннымъ доказательствомъ существованія въ Болгаріи *семейнаго имущества, на началахъ общинной собственности на срокъ, т. е. до смерти домохозяина.* Это именно та форма собственности, которая существуетъ у русскихъ крестьянъ.

Первый признакъ установленъ съ достаточною ясностью. Сыновья, въ значительномъ числѣ мѣстностей, получаютъ *со смертью* отца,

право дѣлиться немедленно (стр. 71, 72). Народъ, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, смотритъ крайне неодобрительно на посмертные дѣлежи и въ такомъ *этическомъ* запретѣ содержится, конечно, слѣдъ прежняго *юридическаго* препятствія (стр. 75, 85), но его теперь уже нѣтъ. Стало-быть, со дня смерти отца (въ простой семьѣ), сыновья являются *долевыми* совладѣльцами. При этомъ, раздѣлъ прижизненный, помимо желанія отца, не допускается (стр. 73 и 81). Стало-быть, первый изъ указанныхъ нами признаковъ—налицо.

Посмотримъ, какъ обстоитъ дѣло со вторымъ признакомъ? Въ случаѣ, если дѣлежъ происходитъ черезъ нѣкоторое время послѣ совмѣстной жизни братьевъ, признается-ли поколѣнная группировка потомства каждаго брата? Повидимому оно такъ и должно быть; по крайней мѣрѣ въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать указаніе изъ Лѣсковца: «Дѣльбата става по домакинства—дѣднината, а спечеленото по мажка глава спроти кой колко е спечелилъ» (стр. 93), что означаетъ—*поколѣнный раздѣлъ братьевъ*—(дядей съ племянниками) совершается въ имуществѣ дѣда, съ соблюденіемъ отдѣльнаго *поголовнаго* дѣлежа того имущества, которое братья заработали общимъ трудомъ.

Такой-же принципъ можно также вывести «a contrario» изъ обычая западной Болгаріи (стр. 73), гдѣ «внукъ не можетъ требовать части отца при жизни дѣда»; стало быть, «послѣ смерти» дѣда отъ дѣда, такое поколѣнное, долевое право *должно* возникнуть для внука или внуковъ. Кстати, это мѣсто говоритъ о «задругѣ», но съ очевиднымъ недоразумѣніемъ. Задруга есть «*община родственниковъ*». Какая-же тутъ можетъ быть задруга, когда единственная примѣта—совмѣстное хозяйничаніе группы семействъ? Этого еще мало. Если они *хозяйничаютъ* сообща, но право собственности есть *долевое* (condominium), при чемъ каждая семья имѣетъ одну долю, то это уже не задруга, а великорусская «сводная» или «большая семья». А что это именно такъ, можно видѣть изъ того, что *запретъ дѣлить землю* существуетъ только для сыновей и внуковъ, при жизни отца (дѣда). Какъ только имѣются одни братья, дѣлись сколько хочешь—(«ако е синъ—ниви, ливади, бранища не могатъ да се дѣлятъ по никой начинъ;.. ако е братъ—може да му се отдѣли братъ»). Это уже ни въ какомъ случаѣ не задруга. Кстати, если указанія г. Маринова (автора сборника «Жива Старина», Рущукъ 1894 г.), у котораго С. С. Бобчевъ заимствуетъ матеріалъ изъ западной Болгаріи, подвергнутся въ будущихъ этюдахъ, появленія которыхъ мы ожидаемъ, строгой аналитической критикѣ, то насъ-бы

весьма интересовало знать, есть-ли въ самомъ дѣлѣ подлинная сербская задруга, хотя-бы въ одной западной Болгаріи, или это одно только названіе, а на самомъ дѣлѣ тамъ простая «семейная община на срокъ до смерти родителя—дѣда»?—Это вопросъ въ высшей степени важный, и его слѣдовало-бы рѣшить по внутреннимъ юридическимъ признакамъ, независимо отъ того, какое названіе существуетъ въ народѣ для этого вида семейности.

Итакъ, второй признакъ у насъ какъ будто-бы есть на лицо, но доказанъ пока довольно слабо. Мнѣ хотѣлось-бы найти ясныя проявленія *поколѣннаго* дѣлежа или наоборотъ—слѣды *общинности братьевъ*; тогда мы могли-бы рѣшить, какой типъ семейно-общинныхъ началъ выработалъ себѣ Болгарскій народъ. Вопросъ этотъ еще больше затемняется указаніями изъ Македоніи, гдѣ славянское семейное начало вытѣсняется довольно дикимъ правиломъ изъ турецкаго шаріата. Это турецкое правило называется «аричъ», что, по арабскому словопроизводству, значитъ «исключеніе». Внукъ *исключается* отъ наслѣдства послѣ дѣда, если его отецъ умеръ при жизни дѣда. Это безобразное правило, проводимое турецкими судами, искуственно побуждаетъ женатыхъ сыновей къ безотлагательному дѣлежу, при жизни ихъ отца.

Въ отдаленныхъ и глухихъ селахъ Македоніи этотъ турецкій обычай не укоренился, и послѣ дѣда «наслѣдуютъ не одни только сыновья, но всѣ мужчины, какъ сыновья, такъ и внуки, безразлично». Это собственно и признается, какъ *народный* обычай (стр. 95).

Это повидимому указаніе на поколѣнный раздѣлъ, такой-же какъ въ сознаніи русскаго народа. Правда, корреспондентъ С. С. Бобчева говоритъ: здѣсь наслѣдуютъ «сыновья или внуки, безразлично и, кажется мнѣ, всѣ въ равной мѣрѣ, какъ братья», что опять затемняетъ принципъ, такъ какъ мы не знаемъ, допускается-ли при трехъ братьяхъ, изъ коихъ одинъ умеръ, оставивъ двухъ сыновей, раздѣлъ на такихъ началахъ, чтобы каждый изъ этихъ сыновей получалъ $^1/_4$ или $^1/_6$ наслѣдства. Это было-бы важно знать, для сравненія съ правосознаніемъ въ русскомъ обычномъ правѣ, гдѣ проводится вполнѣ идея поколѣннаго раздѣла, т. е. имъ предоставлена была-бы доля въ $^1/_6$.

Итакъ, въ заключеніе этой части изслѣдованія, мы признаемъ скорѣе всего наличность второго признака (поколѣнность при братьяхъ), но выяснившуюся въ слабой степени.

Перейдемъ къ третьему признаку.

Какія данныя находимъ мы объ *ограниченіяхъ воли домохозяина* въ пользу общиннаго начала въ семейномъ имуществѣ? Прежде всего, несомнѣнные слѣды *семейной* собственности были ранѣе указаны въ I-мъ томѣ сборника, что вполнѣ признано въ упомянутомъ очеркѣ А. Х. Гольмстена о первомъ томѣ книги С. С. Бобчева. Во второмъ томѣ есть также не мало указаній токого ограниченія, но, въ связи съ принципомъ *родового* имущества, что даетъ нѣкоторое односторонее освѣщеніе этого вопроса. Намъ говорятъ, что народъ всюду сознаетъ и квалифицируетъ *происхожденіе* имущества отъ родителя, дѣда и т. п. Существуютъ названія: «останало», «бащино», «дѣдино», «бащиния», «коренъ» и проч. для родоваго имущества, въ отличіе отъ словъ: «спечелено», «купечко», означающихъ благопріобрѣтенное (стр. 5, 6, 47). Въ связи съ этимъ различіемъ, существуютъ слѣдующія ограниченія въ родовомъ имуществѣ: а) запрещеніе его продажи постороннему лицу, пока пріобрѣтеніе не предложено будетъ родственникамъ и даже сосѣдямъ (стр. 68); б) право обратнаго выкупа (стр. 42, 44, 68)—для тѣхъ-же лицъ.

Это положенія крайне поучительныя, въ особенности въ виду преобладанія въ русской юридической литературѣ неосновательнаго взгляда, противъ коего мы столь часто возставали, будто-бы родовыя имущества нашего права созданы и возникли изъ помѣстной политики Московскаго государства, въ XVII столѣтіи. Все это, повторяемъ, прекрасно; но для обоснованія идеи *семейнаго имущества*, желательно было-бы имѣть побольше матеріаловъ, *помимо почвы родовыхъ имуществъ*. Дѣло въ томъ, что ограниченія разнаго рода, вытекающія изъ родового начала, могутъ распространяться на домохозяина, независимо отъ того, построено-ли его право на *личной* собственности или на *семейно-общинныхъ* началахъ. Напримѣръ, родовыя имущества 1 ч. X тома Свода Законовъ суть видъ личной собственности, съ нѣкоторыми ограниченіями, въ пользу родовыхъ интересовъ. Повторяемъ, родовой вопросъ есть элементъ посторонній. Поэтому, намъ необходимо было-бы знать, *помимо родовыхъ имуществъ*, какъ строитъ правосознаніе болгарскаго народа *семейно-имущественныя отношенія*, со стороны ограниченія произвола домохозяина — отца, въ *интересахъ его семьи*. Указаніе довольно опредѣленное мы находимъ на страницѣ 67 Сборника С. С. Бобчева.

«Недвижимую собственность *дѣдъ* (домохозяинъ) не можетъ продать, а движимую, очень цѣнную, онъ считаетъ долгомъ не продавать безъ совѣта и согласія задружнаго совѣта». Это мѣсто относится къ быту мнимой «задруги» въ западной Болгаріи. Стало-быть, если вѣрна

вышеупомянутая догадка, что это не настоящая задруга, а лишь «сложная» или «сводная семья», то это указаніе весьма цѣнно и рѣшаетъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ, прямо указывая на семейно-общинныя начала въ естественной семьѣ. Итакъ, третій признакъ семейнаго имущества дается намъ тоже сборникомъ С. С. Бобчева, не безъ нѣкоторой сомнительности и неопредѣленности. Въ общемъ выводѣ, можно сказать, что, по занимающему насъ вопросу, въ значительной мѣрѣ складывается обликъ гражданскаго обычнаго права болгарскаго народа по типу *семейной общины на срокъ до смерти домохозяина*, какъ въ русскомъ обычномъ правѣ, но, для безспорности этого вывода, желательно было-бы видѣть болѣе ясную постановку самихъ тезисовъ Болгарскаго обычнаго права и въ особенности аналитическое ихъ изслѣдованіе, которое мы можемъ ожидать отъ столь неутомимаго и притомъ подготовленнаго для сего изслѣдователя, какъ С. С. Бобчевъ. Ограничимся этими немногочисленными указаніями, сгруппированными вокругъ вопроса, вызвавшаго, на этотъ разъ, нашъ ближайшій интересъ. Этого уже достаточно для того, чтобы отмѣтить высокую цѣнность Сборника С. С. Бобчева для сравнительнаго изслѣдованія обычнаго права Славянскихъ народовъ.

---

12. Болгарская семейная задруга, по изслѣдованіямъ С. С. Бобчева. [1])

(«Българската челядна задруга въ сегашно и минало врѣме» — Историко-юридически студии, отъ С. С. Бобчевъ. Отпечатано отъ «Сборникъ за народни умотворения, наука и книжнина» — книга XXII).

Громадная литература о семейной общинѣ въ ея расширенныхъ, за предѣлами малой семьи, бытовыхъ формахъ, т. е. о томъ выдающемся юридико-экономическомъ явленіи, за которымъ утвердилось въ наукѣ сербское названіе «*Задруги*» — почти исключительно вращается вокругъ суммы фактовъ, наблюденныхъ и установленныхъ въ предѣлахъ сербской расы, т. е. у сербо-хорватовъ. Существованіе задруги у болгаръ отмѣчено было до сихъ поръ въ литературѣ чрезвычайно слабо и неопредѣленно. Оно не отрицалось, хотя неоднократно высказывался тотъ взглядъ, что задружный бытъ не вяжется съ болѣе индивидуальнымъ складомъ у болгаръ, отражающимся въ осо-

[1]) См. «Правит. Вѣстн.» 1908 г. № 166.

бенности на народныхъ понятіяхъ о правѣ собственности; вопросъ оставался однако невыясненнымъ. Въ капитальномъ изслѣдованіи Krauss: «Sitte und Brauch der Südslaven» (1884 г.) глухо приводились свидѣтельства старыхъ наблюдателей — Захаріева (извѣстнаго самоучки-изслѣдователя Татаръ-Базарджицкаго округа, о которомъ мы упоминали на стр. 395) и недавно скончавшагося болгарскаго юриста Оджакова, фольклориста и наблюдателя въ Дунайской Болгаріи. Всѣ эти свидѣтельства сводятся лишь къ общимъ указаніямъ, что «повидимому задруга существуетъ въ окрестностяхъ Виддина, Софіи, Тырнова, Рущука и проч.». Нѣтъ при этомъ прочной увѣренности въ томъ, что случайныя наблюденія стараго времени относятся именно къ задругѣ и не смѣшиваютъ разнородныхъ явленій [1]). Въ позднѣйшее время, извѣстный общественный дѣятель въ Болгаріи, Ив. Евстр. Гешовъ написалъ статью о задругѣ (1888 г.), въ которой онъ болѣе опредѣленно указываетъ, что это учрежденіе встрѣчается еще въ горныхъ мѣстностяхъ между Царибродомъ и Кюстендилемъ, въ долинѣ Верхней Струмы, около Витоши и проч. [2]).

Наконецъ, въ послѣдніе годы, въ болгарскихъ экономическихъ и юридическихъ журналахъ стали появляться статьи, посвященныя спеціальному разслѣдованію остатковъ задруги въ Болгаріи, напримѣръ, статьи *Н. Попова* («Списание Бѣлг. Иконом. друж., 1902), *Х. Родева* (Юридич. Прѣгледъ», 1906 г.), *В. Чабанова* («Юридич. Прѣгл.», 1907).

До сихъ поръ, однако не было такого труда, который капитальнымъ образомъ освѣщалъ бы этотъ спорный и темный вопросъ югославянскаго права. Эту задачу принялъ теперь на себя извѣстный у насъ въ Россіи — болгарскій дѣятель *Степанъ Саввичъ Бобчевъ*, много лѣтъ поработавшій, какъ публицистъ, нынѣ состоящій предсѣдателемъ славянскаго общества въ Болгаріи и занимающій въ Софіи каѳедру исторіи болгарскаго права [3]). С. С. Бобчевъ, въ теченіе долголѣтней общественной дѣятельности, проникнутой неизмѣнно устойчивымъ стремленіемъ къ углубленію славянскаго смысла и идеала въ болгарской жизни, имѣетъ за собою около тридцати лѣтъ работы, въ направленіи особаго изслѣдованія народныхъ юридическихъ обы-

---

[1]) Ср. «Krauss» стр. 68, 75, 77, 83, 98.

[2]) См. болѣе подр. цитаты въ русскомъ изданіи книги *Кадлеца* «Семейная Община или Задруга въ Славянскомъ Правѣ», Спб. 1902 г., стр. 9 и 13.

[3]) Въ настоящемъ (1911 г.) С. С. Бобчевъ занялъ постъ болгарскаго Министра Народнаго Просвѣщенія.

часовъ и издалъ въ нѣсколькихъ томахъ свой извѣстный «*Сборникъ на Българскитѣ Юридически Обичаи*» (1897—1902, Пловдивъ и София), о которомъ русская юридическая литература отозвалась весьма одобрительно и который подробно оцѣненъ нами выше, на стр. 394 и слѣд.

Въ такое время, когда гоньба за почестями и политической шумихой составляетъ какъ-бы эпидемію, безнадежно охватывающую людей изъ толпы, — особенно цѣнны тѣ именно дѣятели, которые ищутъ, за блестящею внѣшнею оболочкой, внутренній, сокровенный смыслъ жизни. Посвятивъ послѣдніе годы все болѣе—юридико-историческому изслѣдованію основаній народнаго быта, т. е. тому руслу правовой мысли, которое столь творчески проложилъ Богишичъ, и коему у насъ въ Россіи, по модному повѣтрію, принято не придавать никакого значенія въ литературѣ и законодательствѣ, С. С. Бобчевъ соединяетъ эту вполнѣ оригинальную дѣятельность пера и каѳедры съ горячею проповѣдью идеи славянской солидарности и, въ частности, сердечной близости между Россіею и Болгаріею.

Къ вопросу о задругѣ С. С. Бобчевъ подходилъ, какъ мы видѣли, уже давно. Не говоря о тѣхъ главахъ, которыя относятся къ этому предмету въ его «Сборникѣ», цѣлая серія его статей по обычному праву касается уже тѣхъ или иныхъ сторонъ семейно-имущественныхъ отношеній, имѣющихъ близость съ конструкціей задруги [1]).

Мотивы, побудившіе его взяться за осуществленіе сводnаго труда, по вопросу о задругѣ, были двоякаго рода: теоретическіе и практическіе. Основательно исходитъ авторъ изъ той точки зрѣнія, что изученіе обычнаго права болгарскаго народа и въ особенности семейно-общинныхъ правовыхъ формъ, вылившихся въ задругѣ, представляетъ громадный интересъ для построенія общихъ началъ сравнительнаго правовѣдѣнія и его отрасли — общеславянскаго права; проникать въ эту область изслѣдователь долженъ во всеоружіи тѣхъ же пріемовъ и понятій, которыя дали столь богатые результаты въ сравнительномъ языковѣдѣніи, сравнительной миѳологіи и въ народномъ «фольклорѣ» (этнологическихъ отраженіяхъ народной души). Выдающіеся умы на западѣ давно оцѣнили значеніе такихъ изслѣдованій, которыя способны пролить лучь свѣта въ первобытное строеніе права европейцевъ въ періоды, предшествовавшіе той сравнительно высокой культурѣ, которою они уже обладали въ началѣ лѣтописной исторіи. Именно славянская задруга была предметомъ

---

[1]) См,, напримѣръ, его же: «Агырликъ—болгарская кладка», Спб. (1906 г.); также «Старобългарски правни паметници», София, 1903 г. и друг.

значительнаго изученія: во Франціи—со стороны Фюстель-де-Куланжъ, Дарестъ, Рауль-де-ля-Грасери; въ Англіи: Сэръ-Генри-Мэнъ, Поллакъ; въ Германіи и Австріи: Краусъ, Дикель, Турнеръ; въ Бельгіи—Лавелэ. Но, независимо отъ высокаго теоретическаго интереса, точное изученіе природы задруги крайне важно для юристовъ-практиковъ; они должны имѣть возможность вѣрно оцѣнить это учрежденіе, чтобы знать, въ какомъ направленіи повести развитіе юриспруденціи, не нарушая народнаго правового чувства; равнымъ образомъ, законодатель долженъ имѣть выработанные наукой директивы, для того, чтобы въ созданіи новыхъ юридическихъ нормъ — не впадать въ губительное противорѣчіе съ бытовой дѣйствительностью. При этомъ, С. С. Бобчевъ говоритъ, что во время чтенія законопроекта «объ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ» — въ болгарской палатѣ народныхъ представителей обнаружился «прискорбный фактъ», что сами народные представители имѣли весьма смутное понятіе о задругѣ. Знакомая картина: не въ одной Болгаріи и не въ средѣ однихъ только депутатовъ, но какъ часто мы видѣли повтореніе, даже среди ученыхъ чиновниковъ и юристовъ, того же самаго явленія: какъ только возникаетъ споръ о такихъ фактахъ быта и жизни народа, которые не разжеваны въ учебникахъ и не признаны ортодоксальною наукой всѣхъ странъ, наши сливки общественные попадаютъ впросакъ и бродятъ впотьмахъ. Колющая глаза жизненная сила — не признается и ученымъ приговоромъ вычеркивается однимъ почеркомъ пера.

*
* *

Не могу не обратить вниманія на тщательную разработку у г. Бобчева главы объ «источникахъ права по предмету семейной задруги у славянскихъ народовъ». Тутъ, конечно, на почетномъ мѣстѣ капитальные и общеизвѣстные труды Вальтазара Богишича; перечень всѣхъ критическихъ изданій «Законника Стефана Душана» (1349 г.) въ сербско-хорватской, чешской и русской литературахъ: указаніе значительныхъ трудовъ Ягича и Герменгильда Иречка по изданію памятниковъ хорвато-далматинскаго законодательства и чешскаго земскаго права: указаніе главныхъ трудовъ русской литературы обычнаго права, имѣющей отношеніе къ задругѣ и т. д. Затѣмъ идетъ очеркъ литературы о задругѣ, который стоитъ внимательно прочесть — и при немъ полный библіографическій списокъ, поистинѣ обширныхъ размѣровъ, не менѣе 309 книгъ и статей на

языкахъ: болгарскомъ, сербо-хорватскомъ, словинскомъ, русскомъ, чешскомъ, польскомъ, французскомъ, нѣмецкомъ, англійскомъ, итальянскомъ и румынскомъ.

*
* *

Приступая къ изученію современнаго состоянія семейной задруги въ болгарскомъ народномъ быту, С. С. Бобчевъ начинаетъ съ названія этого учрежденія и затѣмъ съ опредѣленія его юридической сущности. Начать съ того, что слово «задруга» есть сербское слово, означающее вообще всякое общество или товарищество; его эквивалентъ по-болгарски есть слово «дружество», которое понятно само по себѣ и у насъ, по-русски. Въ спеціальномъ же значеніи, какъ установился смыслъ слова «задруга» въ юриспруденціи, даже сербскій народъ употребленія этого слова не знаетъ; это въ сущности терминъ книжный. Впрочемъ, уже въ словарѣ Вука Караджича (1818 г.) было показано это словоупотребленіе; а затѣмъ оно сдѣлалось оффиціальнымъ черезъ «Сербскій Гражданскій Кодексъ 1844 г.» Однако, такой знатокъ народнаго быта, какъ знаменитый Богишичъ, не пожелалъ воспроизвести терминъ «задруга» — въсвоемъ «Черногорскомъ Законникѣ» (1888 г.) и онъ предпочитаетъ для обозначенія «большой семьи», живущей общиннымъ укладомъ, терминъ «доматья заедница» (что значитъ — «домашняя артель»). Самъ С. С. Бобчевъ лично изслѣдовалъ формы задружнаго быта у болгаръ Родопскихъ горъ, Балканъ, Искерской долины, Софійскаго поля, и въ этихъ мѣстахъ, въ устахъ народа, слышалъ названіе «*дружина*», для обозначенія задруги. То же слово означаетъ и разнаго рода трудовыя боевыя и иныя ассоціаціи артельнаго характера, съ «воеводой» во главѣ; о нихъ-же народныя пѣсни говорятъ:

«*Дружина вьрна, словорна*»,

«что обозначаетъ прежде всего элементъ вѣрности и довѣрія, а потомъ уже, какъ второй признакъ — договорное, формальное начало.

Характерно, что съ середины XVIII столѣтія сохранился турецкій фирманъ, въ которомъ арабскими буквами изображено одно очень мѣткое названіе для болгарской задруги, именно: «братская община».

Переходя отъ терминологіи къ обозрѣнію встрѣчающагося у разныхъ авторовъ опредѣленія самаго учрежденія задруги, С. С. Бобчевъ подвергаетъ эти опредѣленія объединительной критикѣ, исходя изъ слѣдующихъ началъ.

Основными элементами семейной задруги С. С. Бобчевъ признаетъ:

1) Семейное родство между членами задруги;

2) Общность и нераздѣльность имущества принадлежащаго данному очагу;

3) Общность труда всѣхъ членовъ семьи, идущаго на пользу этой семьи;

4) Общность всего пріобрѣтаемаго, усиліями членовъ семьи имущества;

5) Общность мѣстожительства;

6) Общее управленіе, сосредоточенное во власти одного представителя.

Всѣ эти признаки авторъ соединяетъ въ одно сжатое опредѣленіе въ слѣдующихъ словахъ:

«*Семейная задруга есть родственный союзъ совершеннолѣтнихъ лицъ съ ихъ нисходящими, коимъ принадлежитъ общее и нераздѣльное имущество, причемъ у нихъ также общи—работа, пріобрѣтеніе имущества и совмѣстная жизнь, а управленіе ихъ дѣлами и представительство всѣхъ возлагается на одно лицо, носящее названіе домакина*».

*
* *

Повидимому, институтъ семейной задруги имѣлъ болѣе значительное распространеніе въ прежніе вѣка въ Болгаріи, судя потому, что онъ довольно рельефно опредѣляется, въ своихъ признакахъ, въ древнихъ турецкихъ фирманахъ. Такъ, напримѣръ, законъ Султана Сулеймана (XVI вѣка) упоминаетъ о порядкѣ совершенія раздѣловъ, послѣ совмѣстнаго существованія и владѣнія многочисленныхъ братьевъ; въ особенности этотъ законъ предусматриваетъ тотъ случай, когда умретъ одинъ изъ совладѣльцевъ-братьевъ, не оставивъ дѣтей; тогда вся его часть наслѣдуется старшимъ братомъ. Такъ какъ здѣсь нѣтъ прямого указанія на предшествующій раздѣлъ всѣхъ братьевъ, можно предположить, что здѣсь просто указывается на пріобщеніе къ семейно-общественному имуществу въ лицѣ домакина, сепаратнаго имущества умершаго (ср. у Бобчева, стр. 45). Въ позднѣйшихъ султанскихъ бератахъ и фирманахъ неоднократно трактуется о болгарской семейной задругѣ; ср., напр., фирманъ Султана Османа III видинскому митрополиту отъ 1753 года (см. стр. 193).

Опредѣленіе того относительнаго значенія, которое можетъ быть приписано задружно-семейному быту, по современной статистикѣ Болгаріи, дѣло не легкое; во всякомъ случаѣ, тутъ возможны только

приблизительныя вычисленія, такъ какъ сватистика устанавливаетъ лишь извѣстное число семействъ, группируя хозяйства по рубрикамъ: единоличныхъ; отъ 2 до 5 членовъ семьи; отъ 6 до 10; отъ 11 и свыше. Безспорно, абсолютной грани нѣтъ, такъ какъ въ немнолюдныхъ семьяхъ можетъ существовать общинный имущественный укладъ, одновременно съ индивидуальною собственностью въ многочисленныхъ семейныхъ единицахъ. Тѣмъ не менѣе, нѣкоторое соотношеніе несомнѣнно есть между численностью членовъ семьи и возобладаніемъ общинныхъ началъ. Поэтому, нельзя считать рискованнымъ то приблизительное опредѣленіе, котораго придерживается Бобчевъ, когда онъ эмпирически допускаетъ, что число семейныхъ задругъ должно равняться числу семейныхъ очаговъ, имѣющихъ свыше 10 членовъ. Такимъ образомъ, по статистикѣ 1900 года авторъ допускаетъ, это изъ 663.976 семействъ въ Болгаріи, *31.070* является числомъ семейныхъ задругъ, что составляетъ около 4,5% всего населенія.

По мѣсту ихъ нахожденія, задружныя общины встрѣчаются больше всего въ западной Болгаріи (стр. 53). Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, гдѣ старики помнятъ многолюдныя семейныя общины, съ полвѣка назадъ доходившія до 100, 150 членовъ и больше, въ послѣднее время наблюдается въ одномъ хозяйствѣ не свыше 10 или 20 лицъ.

*
* *

Догматическое изслѣдованіе природы семейной задруги распадается у Бобчева на двѣ главы: «личныя отношенія въ задругѣ» и «имущественно-задружныя отношенія».

Въ первой главѣ изучается, въ особенности, значеніе «домакина» (главы общины) и присвоенной ему власти. Понятно, преобладающимъ явленіемъ представляется начало единоличной власти «домакина». Однако, есть исключеніе и притомъ довольно любопытное. Уже въ «Сборникѣ» С. С. Бобчева былъ приведенъ отзывъ, полученный имъ отъ К. Шапкарева и относящійся къ Македоніи, изъ котораго видно, что могутъ быть выбраны *два* домакина, когда они родные братья; въ такомъ случаѣ власть внутренняя принадлежитъ старшему, а другой братъ получаетъ распоряженіе торговыми дѣлами задруги, т. е. сбытомъ ея продуктовъ (ср. стр. 63 и 68).

Предѣлы власти «домакина» стоятъ въ зависимости отъ понятія о нѣкоторой части общинно-семейнаго достоянія, которая считается *неприкосновенною* («темелъ») и въ отношеніи которой всякое распоряженіе на отчужденіе получаетъ силу не иначе, какъ съ разрѣшенія общинно-семейнаго совѣта (ср. стран. 69 и 71), въ составъ котораго

входятъ всѣ совершеннолѣтніе члены семьи—задруги. При этомъ понятіе совершеннолѣтія колеблется около 25—30 лѣтъ и нерѣдко соединяется съ необходимостью для членовъ совѣта (при «отцѣ—домакинѣ»), чтобы сыновья были женаты (ср. стран. 85).

Особенно интересными являются, изъ главы «о семейно-задружныхъ *имущественныхъ* отношеніяхъ», тѣ свѣдѣнія, которыя даетъ авторъ о томъ дѣленіи разныхъ видовъ имуществъ, которое имѣетъ непосредственную связь съ признакомъ неприкосновенности, по личному распоряженію «домакина», что соотвѣтствуетъ понятію «темелъ»,—(ср. стр. 87—92).

Признакъ наибольшей неприкосновенности связанъ съ понятіемъ о *родовыхъ имуществахъ*, т.-е. о тѣхъ завѣтныхъ и дошедшихъ отъ отца и дѣда имуществахъ («баштина», «дѣдина»), съ которыми связана идея нравственнаго преемства отъ предковъ—(«съ нею е сверзана памятьта на дѣдитѣ» (стр. 87). Конечно, первоначально, это чисто нравственное преемство было шире и богаче и состояло въ связи съ культомъ «очага» («огнище», «оджакъ»). Эта категорія имуществъ различается очень рѣзко отъ благопріобрѣтеннаго имущества, именуемаго «добитъ имотъ», куда нормально отчисляются скотъ, товаръ, мука, домашняя движимость и тѣ недвижимости, которыя куплены на средства задруги, но которыя, со смѣною поколѣній, пріобщаются потомъ къ родовымъ.

Коренное отличіе «*дѣдины*» и «*придобытаго*» имущества въ болгарскомъ обычномъ правѣ отражается не только на ограниченіи распорядительной власти «домакина», какъ сказано выше, но и на порядкѣ раздѣла, при распаденіи задруги. «Дѣдина» всегда дѣлится *поколѣнно*, а «придобытое» добро *поголовно*, по числу ѣдоковъ и работниковъ. Это знаменательно въ томъ отношеніи, что во второмъ случаѣ обнаруживается вліяніе знаменитаго, въ литературѣ русскаго обычнаго права, такъ называемаго, «трудового» *начала*, идущаго наперекоръ кровному родству (см. стр. 116 у Бобчева).

Указанное здѣсь глубокое значеніе принципа родовыхъ имуществъ въ болгарскомъ обычномъ правѣ—весьма поучительно для насъ, въ виду взгляда настойчиво проводимаго у насъ, (какъ мы видѣли выше, на стр. 42 и слѣд. настоящаго изслѣдованія), на недавнее зарожденіе понятія родовыхъ имуществъ въ русскомъ правѣ. Это модное ученіе видитъ его корень въ московскихъ узаконеніяхъ XVII вѣка о служилыхъ вотчинахъ. Мы уже говорили о необходимости глубже освѣтить пониманіе этого вопроса посредствомъ сравнительнаго изученія славянскаго обычнаго права. Нашъ голосъ остался, какъ водится

у насъ, когда идешь противъ моднаго теченія—«гласомъ вопіющаго въ пустынѣ». Но правдѣ суждено пробиться рано или поздно. И вотъ — цѣнный вкладъ въ литературу этого вопроса дала намъ книга С. С. Бобчева.

* * *

При строгомъ проведеніи въ задругѣ общинныхъ началъ, личная частная собственность отдѣльныхъ членовъ обрисовывается лишь въ видѣ терпимаго исключенія. Она обусловливается исключительнымъ, постояннымъ *пользованіемъ* одного лица (напр., его одежда, обувь, головной уборъ, украшенія, ожерелье, оружіе, чепракъ и т. п.) или же *происхожденіемъ* извнѣ всякаго участія семейной общины. Въ послѣднюю категорію входитъ все то, что дошло по *даренію* или по *приданому* («прикія»). Отдѣльное индивидуальное имущество носитъ иногда это послѣднее названіе, или болѣе общее имя: «особина», «особштина», «башкалыкъ» (т.-е. «поголовное», отъ турецкаго слова «башка»; ср. стр. 93 книги Бобчева).

Задруга, по свидѣтельству С. С. Бобчева, не знаетъ ни наслѣдства ни завѣщанія. «Смерть лица въ задругѣ не открываетъ права на наслѣдованіе въ пользу кого бы то ни было. Умершій задругарь не имѣлъ своей опредѣленной доли въ общемъ имуществѣ. Такая его доля могла бы получить опредѣленность только въ одномъ случаѣ, при раздѣлѣ всѣхъ членовъ задруги или же при выдѣлѣ отдѣльнаго члена; до той поры общее имущество задруги является нераздѣльностью» (ср. стр. 98). Другими словами,—говоритъ С. С. Бобчевъ,—остающіеся въ задругѣ, послѣ смерти отца, брата, дяди, не требуютъ ихъ наслѣдства, и смерть этихъ лицъ имѣетъ лишь то значеніе, что ихъ «*эвентуальная*» (возможная), *хотя и неизвѣстная доля* пріобщается къ общинно-задружной имущественной массѣ». Эта мысль, высказанная авторомъ мимоходомъ, имѣетъ важное значеніе. Мнѣ думается, что если ему удастся ее углубить и обставить аналитически освѣщеннымъ обычно-правовымъ матеріаломъ, она можетъ привести его къ *отрицанію* вышеприведеннаго *положенія*, *будто въ задругѣ нѣтъ наслѣдованія*.

Въ самомъ дѣлѣ, что-нибудь одно изъ двухъ: или совокупность членовъ задруги (прошедшихъ, нынѣ живыхъ и будущихъ) составляетъ *юридическое лицо*, владѣющее общиннымъ имуществомъ нераздѣльно, и тогда конечно ни малѣйшаго значенія (*даже «эвентуальнаго»*) смерть любого задругаря имѣть не можетъ; мало того,

тутъ логически должно прійти къ аналогіи акціонерной компаніи (какъ это сдѣлали русскіе авторы, доводящіе эту прямолинейность до абсурда); въ такомъ случаѣ раздѣлъ можетъ быть *только поголовный*, въ моментъ ликвидаціи такой компаніи, и всякій дѣлежъ «per stirpes» («поколѣнный», стр. 116 кн. Бобчева) — есть нѣчто безсмысленное и непонятное. Или же такое состояніе, о существованіи коего чутьемъ догадывается С. С. Бобчевъ (существованіе, подъ общинною внѣшностью «эвентуальныхъ, хотя и не выяснившихся долей») — есть дѣйствительная природа такой семейной общины, *гдѣ умеръ уже общій родитель* (а потому и родились доли), и тогда весьма понятно, почему надъ такою общиною уже задолго до раздѣла *властвуетъ призракъ обязательности покольннаго распада*. Нужды нѣтъ ей дѣлиться сейчасъ. Это событіе наступитъ, быть можетъ, черезъ 30 лѣтъ, но такая община *дышетъ уже во власти покольннаго раздѣла*, опредѣляемаго по числу сыновей, въ минувшій уже моментъ смерти общаго родителя. Тутъ уже умеръ принципъ абсолютной общинности, хотя еще не родилась долевая собственность («condominium»). Какъ же, при такомъ положеніи вещей, отрицать правородящее значеніе смерти родителя-задругаря? А разъ мы не будемъ этого отрицать, стало-быть *наслѣдство существуетъ въ задругѣ*, какъ мы это видѣли относительно русской семейной общины нашего обычнаго права (см. выше, на стран. 370—380 и 397—401 настоящаго изслѣдованія). Несомнѣнно, въ семейной общинѣ элементъ наслѣдованія существуетъ, но только онъ проявляется совершенно своеобразно. Да будетъ мнѣ дозволено сравненіе съ природой. Въ общегражданскомъ правѣ, при существованіи института частной, личной собственности, наслѣдованіе имѣетъ характеръ явный, какъ видимыя красныя, желтыя, синія свѣтовыя полосы въ спектрѣ солнечныхъ лучей. А въ обычномъ правѣ наслѣдованіе скрыто, хотя несомнѣнно существуетъ; его можно уподобить тѣмъ сильно дѣйствующимъ на организмъ, невидимымъ (темнымъ) лучамъ спектральнаго вѣера, которые находятся внѣ предѣловъ зрѣнія и носятъ названіе ультрафіолетовыхъ. Объ ихъ существованіи долго не догадывались, а теперь — придаютъ имъ громадное, даже жизненное значеніе.

13. Законодательная техника и народное право.

— «Весь поколебленный бытъ ходилъ ходуномъ, какъ трясина болотная...»
(Тургеневъ, Дымъ — XXVII).

— «Чега се једномъ одречеш, узаман чеш позниіе тражити» — (Отъ чего однажды отречешься, напрасно послѣ будешь требовать). Сербская юридическая поговорка (§ 1010 Черногорскаго Законника Богишича).

I.

Нѣтъ ничего болѣе поучительнаго, нежели созерцаніе наслѣдія долгихъ вѣковъ, съ цѣлью выгадать, изъ какихъ элементовъ сложена кладка человѣческаго общественнаго фундамента, какіе изъ нихъ пережили вѣка и сохранили прочность на будущее время и какіе вывѣтрились, ожидая ихъ смѣны, согласно измѣнившимся условіямъ и требованіямъ жизни.

XIX-й вѣкъ такъ быстро раздвинулъ рамки матеріальной жизни современнаго міра, что мы привыкли къ той мысли, будто послѣдніе три-четыре поколѣнія людей находятся и должны находиться исключительно въ условіяхъ раціональнаго, цѣлесообразнаго, умозрительнаго построенія; мѣриломъ всего — прогрессъ, а если есть кое-какіе пережитки, то ихъ надо вырывать, какъ сорную траву; чѣмъ скорѣе, тѣмъ лучше. Болѣе глубокіе современники сознаютъ, что это не такъ.— Какъ бы ни была поразительна новизна, отдѣляющая насъ отъ конца XVIII столѣтія, въ прошломъ были пережиты періоды еще болѣе значительныхъ переломовъ, да и не такихъ чисто матеріальныхъ, а наоборотъ—переломовъ, гораздо глубже охватывающихъ всю духовную сторону человѣка. Это мы склонны забывать. Поразительно, что въ насъ живутъ такія укоренившіяся начала, которыя пережили именно эти болѣе отдаленные переломы всего нравственно-религіознаго склада человѣчества. Сравните брачное право каноническихъ книгъ съ чисто языческой юриспруденціей у древнихъ авторовъ, какъ, напр., Гая (современника Антонина), и вы убѣдитесь, что типъ моногамическаго брака, взятаго церковью подъ охрану, былъ во всѣхъ подробностяхъ вылитъ задолго до христіанства.

Изученіе законодательства разныхъ эпохъ обнаруживаетъ присутствіе въ правовой жизни двухъ элементовъ, которые нерѣдко

смѣшиваются, тогда какъ ихъ устойчивость въ высшей степени неравномѣрна: одни переживаютъ тысячелѣтія, между тѣмъ какъ жизнь другихъ измѣряется десятилѣтіями и, въ лучшемъ случаѣ, крайне небольшимъ числомъ вѣковъ.

Первымъ элементомъ являются *правородящія идеи* и созданныя ими правовыя нормы, изъ которыхъ образуются цѣлыя учрежденія или, какъ ихъ называютъ въ наукѣ, институты, напр., бракъ, собственность, община, залогъ, опека, наслѣдованіе и т. п.

Вторымъ элементомъ является *формальное изображеніе* правовыхъ образованій, въ видѣ законовъ и *кодексовъ*. Насколько послѣдній элементъ, носящій на себѣ печать власти и принудительнаго предписанія, тѣмъ не менѣе мало долговѣченъ, покажетъ простая справка. Самыми древними кодексами въ Европѣ являются датско-норвежскій кодексъ 1683 года и старое шведское гражданское уложеніе 1734 года, нынѣ дѣйствующее въ Финляндіи. Оба уцѣлѣли какъ будто въ видѣ археологической рѣдкости. А затѣмъ, ближайшими по возрасту кодексами идутъ за ними: кодексъ Наполеона 1807 года и австрійское уложеніе 1811 года. Весьма недавно (съ 1900 года) прекратили свое дѣйствіе, со вступленіемъ въ силу новаго германскаго уложенія, бывшіе кодексы: Фридриха Великаго (прусское земское уложеніе 1780 года) и саксонское уложеніе 1863 года.

Такимъ образомъ, оказывается, что наиболѣе значительные и совершенные законодательные памятники новѣйшаго времени едва переживаютъ *одно* столѣтіе.

Невольно приходится задаваться мыслью, отчего происходитъ такое явленіе? Отчего *внутренній* элементъ права обнаруживаетъ какъ бы безпредѣльную живучесть, независимо отъ того, защищаетъ ли его грозная сила повелителей и царей земныхъ; а *внѣшній* элементъ, ближе всего носящій на себѣ слѣды законодательно-понудительнаго воздѣйствія, большею частью быстро чахнетъ или мѣняется, въ переливахъ своихъ цвѣтовъ, какъ кожа хамелеона!

II.

Устойчивы *правородящія идеи* и созданныя ими учрежденія; измѣнчивы законы. Вотъ фактъ. Не ясно-ли показываетъ онъ, что въ силѣ и велѣніи законодателя есть что-то призрачное, временное и чередующееся? А подъ ногами каждаго изъ смѣняющихся поколѣній есть какой-то незыблемый и вѣчный фундаментъ, который необходимо распознать. Чѣмъ полнѣе мы его постигнемъ, тѣмъ прочнѣе

будетъ законодательное зданіе, воздвигаемое нашимъ поколѣніемъ.

Какъ достигнуть такого труднаго результата? На этотъ вопросъ должна отвѣтить *законодательная техника.*

Удачно поставленная законодательная техника должна обезпечить прочность творенія и легкость его территоріальнаго распространенія. Въ значительной степени я склоненъ приписать такому обстоятельству, въ связи съ особенными качествами французскаго аналитическаго разума, распространеніе кодекса Наполеона не только въ кругу латинскихъ расъ (Италія въ 1865 г., Португалія въ 1867 г., Испанія въ 1889 г., Бельгія и Швейцарскіе французскіе кантоны: Во, Женева, Фрибуръ, Нейшатель и нижній Валлисъ, также Тичино, съ мѣстными разновидностями французскаго кодекса, изданными въ разное время; далѣе—вся Южная Америка, также Мексика); но даже въ странахъ вовсе не родственныхъ по языку и расѣ, какъ, напримѣръ, въ Голландіи, Прирейнской Пруссіи и Баденѣ (до вступленія въ силу новаго германскаго уложенія), Румыніи, Царствѣ Польскомъ и прочее.

Въ обществахъ вовсе неподвижныхъ (какъ, напр., древняя Индія или Китай) задача законодательной техники упрощается тѣмъ, что ей не приходится работать, такъ сказать, на два фронта. Она исключительно добываетъ матеріалъ, традиціонно упрочившійся. Наоборотъ, нѣтъ ничего труднѣе, какъ выработка и практическое осуществленіе законодательной техники въ условіяхъ именно современной жизни, когда слѣдуетъ провести ясное раздвоеніе ея цѣлей: съ одной стороны, уловить и выразить то, что содержитъ незыблемый фундаментъ, о которомъ мы говорили; съ другой стороны — справедливо отнестись къ назрѣвающимъ потребностямъ новой жизни и дать имъ во-время правовой обликъ, освященный авторитетомъ власти сего міра.

III.

Уловить элементъ устойчивый и неизмѣнный значитъ, въ одно и то же время, устранить изъ законодательной работы то, что не имѣетъ прочной связи съ существующимъ, что устарѣло и высохло, оставшись одною лишь мертвенною формою безъ содержанія. Законъ не состоитъ, въ нашихъ современныхъ общежитіяхъ, изъ одного неизмѣннаго и устойчиваго элемента; онъ непремѣнно присоединяетъ къ нему элементъ преходящій, неустойчивый, временный. Но этотъ второй элементъ допустимъ только подъ однимъ условіемъ — его

новизны. Навязываніе народамъ элемента *отжившаго*, другими словами, древняго и ненужнаго, есть дѣло вредное и ни къ чему не ведущее.

Такимъ образомъ, выясняется *цѣль законодателя*. Ему необходимо найти безошибочныя руководящія начала, дабы *совмѣстить въ законѣ норму нарастающихъ потребностей съ нормой незыблемо укоренившихся устоевъ жизни*, не смѣшивая послѣднихъ съ ненужными и безжизненными останками. Какія же должны быть эти руководящія начала?

Существуетъ школа, проводящая исключительное преклоненіе передъ идеею *свободнаго* творчества законодателя. Наука, статистика, соціологическое изслѣдованіе данной страны служатъ ему вооруженіемъ для смѣлаго проникновенія впередъ, раздирая таинственную завѣсу будущаго; смотрѣть назадъ онъ не долженъ; считаться съ прошлымъ для него необязательно. *Культура* оправдываетъ ломку всего стараго, доживающаго. Новому божеству, въ тѣ дни, когда прежніе боги лежатъ низверженные, приносятся къ услугамъ мощные рычаги современности: государственная организація съ ея штыками и пушками; индивидуализмъ со всею силою его творчества, биржа и царящій на ней международный капитализмъ, всерастлѣвающій, не вѣдающій національныхъ границъ.

Такое направленіе именуется абсолютнымъ торжествомъ *законодательной политики*.

Ставъ на эту точку, мы уже вовсе игнорируемъ одну изъ существенныхъ сторонъ намѣченной выше законодательной задачи: мы отказываемся отъ элемента незыблемой вѣчности. А отказываться отъ него нельзя. Не слѣдуетъ забывать, что законодатель самъ зависитъ отъ правородящихъ идей въ гораздо болѣе сильной степени, нежели ему дана власть содѣйствовать нарожденію новыхъ силъ. Стало-быть, ложность и вредность указаннаго направленія несомнѣнны. Это должно проявиться практически, рано или поздно, каковы бы ни были увлеченія духомъ времени и хотя бы намъ суждено было пережить такіе дни, когда это направленіе считалось бы единственно научнымъ и пользовалось бы, съ высоты каѳедръ, поддержкой всего ученаго сословія страны.

IV.

Къ счастью, до этого еще не дошло. Не перевелись окончательно въ русской литературѣ голоса, требующіе постояннаго согласованія писаннаго законодательства съ правосознаніемъ народныхъ массъ. Какова бы ни была модность ученаго похода противъ обычнаго

права и его реальной стоимости, защитники идеи народнаго правороженія еще бодрствуютъ; они не сдаются и ждутъ. Пройдетъ повѣтріе, и плодотворная, вѣрная мысль, переживъ односторонность нашего нынѣшняго университетскаго направленія, дождется поколѣнія болѣе уравновѣшаннаго, нежели странное, лихорадочно-настроенное и безплодное во всемъ складѣ своихъ исканій—юношество нашихъ дней.

V.

Неравномѣрно требуется соблюденіе обоихъ обратныхъ методовъ творчества, во всей области законодательства. Какое значеніе можетъ, напримѣръ, имѣть вопрошаніе народной психологіи, при выработкѣ законовъ военныхъ, финансовыхъ, административныхъ?Не стоитъ ли, по праву, на первомъ планѣ, указаніе спеціальнаго опыта, систематизированнаго въ экономіи и статистикѣ, когда рѣчь идетъ о законахъ для упорядоченія фабричнаго труда, организаціи промышленности и торговли, мѣръ поощренія къ развитію мореплаванія, или о желѣзнодорожномъ законодательствѣ, объ устройствѣ переселеній и использованіи государственныхъ имуществъ для цѣлей аграрной политики государства? Въ этой области законодательная техника не имѣетъ повода къ тому, чтобы справляться съ народнымъ правосознаніемъ. Мало того, она нерѣдко направлена къ тому, чтобы разрушать или по крайней мѣрѣ стѣснять это правосознаніе, когда того требуетъ интересъ государственнаго дѣла. За примѣрами недалеко ходить. Стоитъ только вспомнить рекрутщину, ограниченіе свободы договора въ промышленныхъ правоотношеніяхъ, всю область таможенныхъ мѣропріятій и ограниченій торговли въ видахъ фискальныхъ, дѣйствія по переселенческому дѣлу, направленныя къ задержкѣ безпорядочныхъ его проявленій, мѣропріятія, направленныя къ борьбѣ съ эпидеміями, къ сожженію зачумленныхъ жилищъ, къ изоляціи прокаженныхъ и т. п.; — въ каждой изъ этихъ сферъ правительство поступаетъ *творчески,* не справляясь съ народнымъ правосознаніемъ, и большею частью оно именно тутъ не должно стѣняться въ проявленіи своей власти, *наперекоръ народному правосознанію*, разъ этого требуютъ соображенія разума и науки.

Не таково должно и можетъ быть отношеніе къ гражданскому праву, гдѣ частное самоопредѣленіе лица красною нитью проходитъ черезъ всю обширную и сложную правовую систему. Вращаясь въ этой области, человѣкъ не выступаетъ ни гражданиномъ, ни подданнымъ, ни должностнымъ, ни подначальнымъ лицомъ; онъ дѣйствуетъ здѣсь не по приказу, не для общественной или государственной пользы.

Нѣтъ. Въ области гражданскихъ правоотношеній человѣкъ устраиваетъ свой собственный уютъ, свое гнѣздо, свое благополучіе, онъ командуетъ въ своемъ маленькомъ царствѣ. «Хоть грошъ мѣдный, да мой»! Вотъ девизъ этого рода людскихъ отношеній. Какъ отецъ, собственникъ, квартирантъ, арендаторъ, кредиторъ, должникъ, наслѣдодатель или наслѣдникъ, каждый изъ насъ входитъ и выходитъ изъ цѣлой сѣти гибкихъ правообязанностей, гибкихъ въ томъ смыслѣ, что онѣ всѣ или почти всѣ нами созданы и возникли изъ нашей воли. Даже тогда, когда я гибну отъ жестокихъ послѣдствій связывающей меня сдѣлки, все-же я сознаю, что эта сдѣлка когда-то возникла именно согласно моей волѣ.

Въ этомъ смыслѣ было сказано, что все гражданское право состоитъ изъ свободныхъ (диспозитивныхъ) нормъ. Да, оно такъ или почти-что такъ. Есть и здѣсь нѣкоторые твердые кремни, среди всеобщей гибкости. Нѣкоторыя правила, въ гражданской системѣ, разсчитаны на то, чтобы не подчиняться частной волѣ. Ихъ немного, но они есть. Напримѣръ, обязательное содержаніе родителей дѣтьми, и наоборотъ; запрещеніе многоженства или брака въ первыхъ степеняхъ родства; недѣйствительность сдѣлки, совершенной умалишеннымъ или малолѣтнимъ; запрещеніе личнаго найма пожизненно или на значительное число лѣтъ; неотчуждаемость личной свободы; неприкосновенность маіората; запрещеніе ростовщическихъ слѣлокъ; недѣйствительность завѣщанія о родовомъ имуществѣ; недѣйствительность обязательства о невступленіи въ бракъ или отчужденія будущаго наслѣдства, и т. д. Эти сравнительно рѣдкія нормы нмѣютъ характеръ *запретительный или повелительный* и рѣзко выдѣляются среди вольныхъ и диспозитивныхъ нормъ, преобладающихъ въ гражданскомъ правѣ.

Слѣдуетъ отдать себѣ ясный отчетъ въ такой природѣ гражданскаго права, чтобы понять, почему въ этой области *законодатель не можетъ игнорировать народное правосознаніе*. Каждый человѣкъ является здѣсь, въ миніатюрѣ, маленькимъ законодателемъ, создавая своею волею массу обязательныхъ отношеній, изъ которыхъ затѣмъ складывается вся его личная жизнь. Изрѣдка онъ наталкивается то тутъ, то тамъ на нормы «абсолютныя», передъ которыми онъ покорно преклоняется. Но большею частью онъ о нихъ и не слышитъ, но за то ежечасно пользуется преобладающими «вольными» нормами.

При такомъ постоянномъ взаимоотношеніи частной воли и гражданской нормы, эта послѣдняя должна гармонировать обязательно съ народною душою. Въ противномъ случаѣ будетъ всегда проявляться

двойственность права, и наряду съ мертвою буквою писаннаго права будетъ существовать и рости непризнанный, но всесильный народный обычай.

VI.

Въ литературѣ послѣднихъ годовъ все громче раздается требованіе объ упорядоченіи русской жизни вообще и жизни русской деревни въ особенности на началахъ болѣе строгой законности. Кто помнитъ государственныя теченія, возобладавшія въ серединѣ 80-хъ годовъ, когда главное вниманіе сосредоточивалось на цѣлесообразномъ осуществленіи государственнаго протекціонизма внѣ стремленія къ формальной законности, при чемъ выступалъ въ общественной жизни особый типъ «восьмидесятниковъ», достаточно опредѣлившійся въ жизни и литературѣ,—того не можетъ не поразить, что повышенное требованіе элемента законности является характерною мыслью нашего времени, въ значительной мѣрѣ разливающейся внѣ области простаго мечтанія и несомнѣнно проникающею въ правительственную дѣятельность нашихъ дней. Я не преувеличу, если скажу, что замѣчается теченіе, явно ведущее къ тому, что въ наукѣ получило наименованіе «Rechtsstaat».

Это направленіе, при всей вѣрности его основной мысли, не обходится безъ нѣкоторыхъ односторонностей, къ числу коихъ слѣдуетъ въ особенности причислить недовѣріе, чтобы не сказать враждебное отношеніе, къ обычаю и народному устному праву. Тутъ происходитъ несомнѣнное недоразумѣніе. Возлагая широкія надежды на проникновеніе въ русскую деревню писаннаго права, авторы склонны преувеличивать непригодность, неясность и призрачность народнаго обычая.

Примѣромъ такого неосновательнаго отношенія къ громадной творческой силѣ, которою живетъ восьмидесятимилліонная масса, является изданная въ 1902 г. книга доктора финансовыхъ наукъ Н. Бржескаго, озаглавленная: «Очерки юридическаго быта крестьянъ». Насколько мнѣ извѣстно, эта книга не подвергалась, до сихъ поръ, весьма желательной критикѣ съ этой именно стороны. Соглашаясь съ основною мыслью автора, что русская деревня требуетъ проникания въ ея жизненныя отношенія твердо установленныхъ положеній закона, опредѣляющихъ «suum cuique» русскаго крестьянина, и что дѣятельность правительства въ этой области и въ этомъ направленіи можетъ и должна быть въ высшей степени плодотворна, я не могу не отмѣтить фактической невѣрности утвержденія автора, будто «обычное

право, выработанное крестьянствомъ при крѣпостныхъ порядкахъ, не соотвѣтствуетъ уже правосознанію народныхъ массъ; (стр. 68) и «волостной судъ, долженствующій, по закону, руководствоваться обычаемъ, лишь въ рѣдкихъ случаяхъ находитъ въ немъ руководящія указанія»; «о выработкѣ обычнаго права при такихъ условіяхъ не можетъ быть и рѣчи; волостной судъ не является носителемъ народно-правовыхъ обычаевъ, и не обычай служитъ ему руководствомъ при разрѣшеніи подвѣдомственныхъ дѣлъ» (стр. 69).

Явно неосновательнымъ представляется пріемъ автора, полагающаго центръ тяжести результатовъ изслѣдованія коммисіи Любощинскаго (въ 1873 г.) въ извѣстныхъ несообразныхъ отвѣтахъ крестьянъ нѣкоторыхъ мѣстностей, утверждавшихъ, что, молъ, «у насъ никакихъ обычаевъ нѣтъ», «ихъ перезабыли»; «есть, молъ, обычай, что ежели кто подерется, то ставитъ полведра вина»...

Основнымъ правиломъ, признаннымъ въ наукѣ и хорошо извѣстнымъ лицамъ, собирающимъ обычаи, эпическія пѣсни и т. п. является то, что наименѣе надежнымъ способомъ является опросъ человѣка темнаго о томъ, что онъ самъ думаетъ о данномъ явленіи. Фактъ долженъ быть уловленъ въ его непосредственномъ проявленіи, подготовленнымъ и знающимъ человѣкомъ; а что о немъ думаетъ и полагаетъ «Naturkind», это элементъ побочный и нерѣдко затемняющій суть дѣла. Пренебреженіе къ этому основному правилу практики «Folk-lore'a», въ разныхъ его видахъ, привело г. Бржескаго къ неправильному выводу, будто «отрицаніе наличности обычаевъ и какъ бы пренебрежительное отношеніе къ обычному праву со стороны опрошенныхъ крестьянъ представляется въ высшей степени знаменательнымъ» (стр. 69); — «все стало на почву случайности и произвола; соблюденіе и примѣненіе обычая стало не общимъ правиломъ (?), а исключеніемъ» — (стр. 70). Ошибку составителей положенія 1861 года авторъ усматриваетъ въ предположеніи, «будто обычное право имѣлось въ сознаніи народа»—(стр. 66). «Въ Крестобогородской волости Ярославской губерніи обычаевъ (по сомнительной справкѣ приведенной на вѣру г. Бржескимъ) при распредѣленіи наслѣдства никакихъ нѣтъ» — (стр. 77). Совершенно случайно, на этомъ примѣрѣ блистательно доказывается, насколько всѣ эти выводы построены на сомнительныхъ данныхъ. Въ 1902 году вышло въ Ярославлѣ, какъ мы видѣли изъ предыдущаго очерка, образцовое изслѣдованіе С. П. Никонова и Е. И. Якушкина, подъ заглавіемъ «Гражданское право по рѣшеніямъ Крестобогородскаго волостнаго суда Ярославской губерніи и уѣзда». Эта книга, составленная на основаніи

строго научныхъ пріемовъ, служитъ совершеннымъ доказательствомъ невѣрности выводовъ г. Бржескаго.

При поверхностномъ и случайномъ ознакомленіи съ этимъ предметомъ, получаетея впечатлѣніе, будто въ обычаяхъ нѣтъ общихъ нормъ. Наоборотъ, при основательномъ знакомствѣ, которое дается не легко, выясняется цѣлый рядъ положеній, какъ разъ обратныхъ противъ всѣхъ главныхъ выводовъ г. Бржескаго, а именно:

а) обычаи есть, и въ нихъ довольно стройно обрисовываются преобладающія правила, поддающіяся научной систематизаціи, при чемъ разнообразіе по мѣстамъ есть черта второстепенная; однообразіе главныхъ основаній поразительно;

б) сведеніе всего обычно-правоваго творчества къ воздѣйствію крѣпостнаго права, круговой поруки, общинной подавленности личности и къ состоянію правового младенчества есть идея невѣрная и безусловно устарѣвшая;

в) предположеніе, будто измѣненіе быта, вносящее несомнѣнный ростъ капитализма и развитіе правовой личности, тѣмъ самымъ убиваетъ обычай, есть выводъ преждевременный и преувеличенный; съ этимъ новымъ факторомъ слѣдуетъ считаться, такъ какъ онъ вноситъ собою измѣненіе юридической нормировки; но имъ не отмѣняется творческая сила самоопредѣляющагося народнаго быта.

VII.

Отмѣтивъ сомнительныя стороны изслѣдованія г. Бржескаго, мы ближе сойдемся съ нимъ въ дальнѣйшихъ нашихъ выводахъ. Нѣтъ надобности строить наши требованія на принципіальномъ отрицаніи обычая для того, чтобы дать народу крайне нужные въ сельскомъ быту законы. Назрѣвшею потребностью является фиксированіе нормъ обычнаго права, а не коренное ихъ отрицаніе. Рѣчь не идетъ о томъ, чтобы дать народу простую формулировку традиціонныхъ его юридическихъ понятій. Кругозоръ законодателя шире. Онъ можетъ дать ему одновременную нормировку тѣхъ новыхъ запросовъ жизни, которые его мучатъ, потому что онъ не успѣваетъ собственными силами ихъ охватить и уложить въ своемъ правосознаніи. Но эта нормировка должна слиться въ общую гармонію съ тѣми прочными плодами, которые уже стали его достояніемъ и, такъ сказать, отвоеваны имъ въ теченіе вѣковъ. Юридическое самоопредѣленіе народной массы есть элементъ вполнѣ надежный, ея неотъемлемое духовное наслѣдіе, и въ нему законодатель не долженъ отнестись съ неумѣстнымъ высокомѣріемъ.

---

14. Общія начала крестьянскаго права наслѣдованія.

Право наслѣдованія русскихъ крестьянъ представляетъ особенный интересъ на томъ основаніи, что именно въ этой области обнаруживается въ наиболѣе рѣзкой формѣ уклоненіе народнаго правосознанія отъ положеній нашего свода гражданскихъ законовъ. Какъ бы ни было сильно, въ настоящее время, всеобщее увлеченіе методами радикализма въ обновленіи нашихъ законовъ и учрежденій, для какового обновленія многіе считаютъ необходимымъ совершить полную ломку всего, что основано на традиціяхъ и на обычаѣ и что не подходитъ къ умозрительнымъ построеніямъ, — все же самой жизни присуща неудержимая сила окончательнаго корректива.

Тѣ идеи, которымъ мы служимъ, въ развитіи русской цивилистики, раздѣляются сейчасъ однимъ лишь меньшинствомъ мыслящихъ и пишущихъ юристовъ. Пусть будетъ такъ. Часъ настанетъ, однако, когда будетъ признано, что животворящее строительство русскихъ гражданскихъ законовъ немыслимо безъ этихъ идей.

Теперь наши требованія, въ переживаемые бурные дни, [1]) еще куда скромнѣе. Мы и не претендуемъ на преобладаніе и вполнѣ миримся съ нашимъ несомнѣннымъ одиночествомъ. Но для насъ уже будетъ вполнѣ достаточно, если большинство, среди нашихъ юристовъ, пойметъ, что голоса въ пользу народнаго правосознанія *должны* раздаваться и впредь; они *не въ правѣ глохнуть*, ибо въ такое время, когда трудно встрѣтить двухъ русскихъ людей, имѣющихъ тождественныя воззрѣнія на самые главные устои жизни, можно сказать, горе русской жизни, если въ ней окончательно заглохнетъ стремленіе къ *народному* праву!

Когда послѣдовало въ 1861 году освобожденіе крестьянъ, законодатель оставилъ безъ окончательной нормировки гражданскія правоотношенія крестьянскаго сословія, предоставляя практикѣ и указаніямъ жизни дальнѣйшее выясненіе того, на какихъ началахъ должна была опредѣлиться окончательная законодательная достройка, необходимость осуществленія которой предвидѣлась уже въ то время. Такое сдержанное отношеніе къ одной изъ важныхъ задачъ сельскаго законодательства оградило тогда многомилліонную народную массу отъ преждевременной регламентаціи правоотношеній, въ то время еще мало изслѣдованныхъ; менѣе осторожная поспѣшность могла бы, напротивъ

---

[1]) Первоначально, статья эта была напечатана въ 1906 году, въ журналѣ «Министерства Юстиціи» за Январь.

нарушить исконно сложившееся равновѣсіе зародившихся въ народѣ правовыхъ понятій и вызвать нежелательную ломку его представленій о юридической правдѣ и неправдѣ.

Составители положенія 19-го февраля 1861 года исходили изъ той мысли, что существеннѣйшіе вопросы гражданско-правовой жизни русскаго народа должны были и впредь регулироваться тою творческою правовою силою, которая была присуща издавна самой жизни, т. е. *обычнымъ правомъ*. Она существовала въ сознаніи народа съ древнѣйшихъ временъ; ею вносились нормы въ такую область, которой законодатель не касался въ долгіе историческіе промежутки; ей можно было, слѣдовательно, довѣрять и на будущее время. Такъ сложилась ст. 38 общ. полож. (нынѣ ст. 3 по изд. 1902 года), гласящая, что: «въ порядкѣ наслѣдованія имуществомъ крестьянамъ дозволяется руководствоваться мѣстными своими обычаями». На ряду съ нею, ст. 166 пол. о выкупѣ (нынѣ ст. 116) гласитъ: «участки, пріобрѣтенные не всѣмъ обществомъ, а отдѣльными домохозяевами, составляютъ личную собственность каждаго и переходятъ по наслѣдству, согласно существующимъ мѣстнымъ обычаямъ». Далѣе, статьи 93 и 95 мѣстн. пол. Малоросс. (нынѣ IV, ст. 66 и 68 по изд. 1902 года) предоставляютъ опредѣлять: «порядокъ наслѣдованія семейными участками и порядокъ семейныхъ раздѣловъ—мѣстными обычаями» такъ же, какъ и передачу «участка усыновленному, на основаніи мѣстнаго обычая пріемышу (пріймаку)». Эти статьи, восполненныя впослѣдствіи статьею 135-ю общаго положенія (по изд. 1902 г.),—служатъ до сихъ поръ главнымъ основаніемъ системы наслѣдованія крестьянъ.

Примѣнимость къ крестьянскому сословію общихъ законовъ о наслѣдованіи, совокупно съ выработанными сенатскою практикою юридическими положеніями, нигдѣ не указана въ законѣ; но вмѣстѣ съ тѣмъ, нѣтъ на этотъ предметъ какого либо запретительнаго постановленія. Рѣшеніе сложнаго вопроса объ опредѣленіи границы примѣненія обычая и закона всецѣло предоставлено, такимъ образомъ, толкованіямъ практики. Сосуществованіе, въ такомъ видѣ, двухъ правовыхъ системъ не представляло бы неопреодолимыхъ затрудненій, если бы не приходилось постоянно считаться вообще съ полною несогласованностью той и другой системы, а въ частности—съ неопредѣленностью, въ отдѣльныхъ случаяхъ—мѣстнаго обычая и съ значительными противорѣчіями писаннаго гражданскаго закона съ требованіями и нуждами крестьянской жизни.

Неопредѣленность и *шаткость* такого *двойственнаго источника*

права обнаружились въ значительной степени, по мѣрѣ осложненія крестьянской жизни и выяснившагося въ послѣднія дѣсятилѣтія разнообразія условій экономическаго быта, имѣвшаго своимъ послѣдствіемъ расшатаніе самыхъ крестьянскихъ правовоззрѣній. Съ теченіемъ времени стало очевиднымъ, что законодательная реформа выдвигалась какъ неотложная потребность самою жизнью, и обоснованіе крестьянскаго правопорядка, на присущихъ самому народу юридическихъ понятіяхъ, стало возможнымъ уже не иначе, какъ подъ тѣмъ условіемъ, чтобы этимъ понятіямъ дано было своевременно ясное и несомнѣнное законодательное выраженіе.

Введеніе устойчиваго правопорядка въ условія жизни русской деревни представляется неотложною необходимостью, о какой бы отрасли права ни заходила рѣчь; этою мыслью опредѣляется и самая цѣль пересмотра законовъ о наслѣдованіи. Но при этомъ было бы весьма одностороннимъ освѣщеніемъ намѣчаемаго къ этой цѣли пути, если бы признавалось единственнымъ и наилучшимъ средствомъ непосредственное отождествленіе юридическихъ и бытовыхъ особенностей города и деревни, съ распространеніемъ на народную массу безусловнаго дѣйствія свода гражданскихъ законовъ. Напротивъ, представляется наиболѣе правильнымъ слѣдующій путь: исходя изъ указанныхъ выше недостатковъ нынѣ дѣйствующаго порядка, надо поставить себѣ цѣлью, прежде всего, *устранить* именно эти недостатки, т. е. *неопредѣленность* и *шаткость двойственнаго источника гражданскаго права,* не стремясь при этомъ къ коренной ломкѣ того матеріальнаго права, которое нынѣ опредѣляетъ гражданскія правоотношенія крестьянъ.

Такимъ образомъ, цѣлью реформы было бы, прежде всего, составленіе такого наслѣдственнаго закона, который далъ бы сельскому быту вполнѣ *опредѣленныя* нормы права, *незыблемыя* въ границахъ ихъ дѣйствія, въ зависимости отъ особенностей каждаго случая, примѣненіе коихъ укоренило бы въ населеніи понятіе *единства правоисточниковъ.*

Такой цѣли не можетъ удовлетворить обязательное распространеніе на русскую деревню 1 ч. X тома Свода законовъ, съ сопровождающими эти законы кассаціонными рѣшеніями Правительствующаго Сената. Уравненіе города съ деревнею, по мановенію законодателя, все-же не создало бы для деревни единаго и твердаго права, хотя-бы законодательная власть и объявила формальную отмѣну дѣйствующихъ гражданскихъ юридическихъ обычаевъ. При всей его кажущейся неустойчивости и разнообразіи, народный обычай пред-

ставляетъ значительную силу, съ которой законодатель не можетъ не считаться, въ особенности въ сельскомъ быту страны по преимуществу земледѣльческой, отличающейся по самой природѣ ея населенія крайне устойчивымъ складомъ правовоззрѣнія, сложившагося не только вѣками, но даже тысячелѣтіями. Законъ государственный, административный или уголовный выводитъ, сравнительно безъ особенныхъ затрудненій, противорѣчащій ему народный обычай. Не таково воздѣйствіе закона гражданскаго, состоящаго по самой своей природѣ изъ нормъ *относительно-обязательныхъ*, а не *безусловно-принудительныхъ*. Опытъ всѣхъ временъ показываетъ, насколько выигрываетъ въ устойчивости самый законъ гражданскій, когда онъ, именно и прежде всего, согласованъ съ народнымъ правосознаніемъ, и насколько безнадежно подтачивается онъ невидимыми силами быта, когда составленъ неумѣлой рукой безъ всякаго вниманія къ складу юридическихъ понятій самого народа.

Если эти соображенія приводятъ къ заключенію о необходимости законодательнаго выраженія нормъ обычнаго права въ законахъ о наслѣдованіи, тѣмъ не менѣе сушествуютъ въ такой же степени убѣдительныя основанія къ тому, чтобы не составлять ихъ изъ однихъ матеріаловъ крестьянскаго обычнаго права. Характерною особенностью народнаго юридическаго творчества является значительная *неравномѣрность* созданныхъ имъ нормъ: при значительной степени разработки отдѣльныхъ частей права, другія какъ-бы обходятся молчаніемъ и повидимому слабо или вовсе не отражаются въ народныхъ правовоззрѣніяхъ, Задача законодателя тутъ несомнѣнно идетъ дальше естественной созидательной силы быта. Съ другой стороны, законодательная работа не можетъ состоять въ пассивномъ и безучастномъ воспріятіи обычнаго матеріала, не подвергая его, передъ превращеніемъ обычая въ законъ, тщательной провѣркѣ того, насколько каждая норма не является вредною или вообще противорѣчащею общимъ воспитательнымъ цѣлямъ, присущимъ государственной власти. Такимъ образомъ, при составленіи гражданскихъ законовъ, хотя-бы отчасти изъ народныхъ обычаевъ, необходимо стремиться къ извѣстному совмѣщенію нормъ писаннаго права и началъ, выработанныхъ наукою съ матеріалами, заимствованными изъ народныхъ обычаевъ. Вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ допустимо это соединеніе, можетъ подлежать обсужденію не иначе, какъ въ связи съ отдѣльными положеніями предполагаемыхъ законовъ, такъ какъ нигдѣ не требуется такого осторожнаго отношенія къ разнородности источниковъ, какъ именно въ разграниченіи обычая, воспринимаемаго въ писанный законъ, и

нормъ издавна выработанной догмы права. Послѣ завершенія такой кодификаціи, въ объемѣ, до сихъ поръ неизвѣстномъ нашему законодательству, нормы обычая, взятые въ законъ, перестаютъ уже быть обычаемъ. Они уже въ свою очередь являются тѣмъ же закономъ. Съ этого момента возникаетъ въ новомъ видѣ тотъ же вопросъ, какой былъ до кодификаціи: какъ разрѣшить коллизію между *этимъ* новымъ закономъ и тѣмъ, что не воспринято кодификаторомъ и продолжаетъ жить въ народѣ и осталось *обычаемъ*?

Съ изданіемъ обновленнаго закона о наслѣдованіи не упразднится, но лишь выиграетъ въ ясности и простотѣ, вопросъ о томъ, гдѣ граница примѣненія закона и обычая. Многое изъ того, что теперь не сказано въ законѣ и на что существуютъ одни только велѣнія обычнаго права, станетъ положительно выраженнымъ статьями закона. Тѣмъ не менѣе, при существующемъ разнообразіи *мѣстныхъ* обычаевъ, никакая кодификація не устранитъ вопроса о коллизіи этихъ обычаевъ съ положительнымъ закономъ. Такимъ образомъ, необходимо предусмотрѣть сразу и заранѣе начала, разрѣшающія такія коллизіи.

Общимъ правиломъ для разрѣшенія подобныхъ коллизій въ *наслѣдственномъ* правѣ слѣдуетъ, по нашему мнѣнію, признать то, что *мѣстный обычай сильнѣе писанной нормы права*. Для такого рѣшенія указаннаго вопроса существуютъ слѣдующія основанія. Законодательная работа, стремящаяся къ вѣрному выраженію народнаго правосознанія, должна считаться съ существующимъ разнообразіемъ обычныхъ нормъ права, къ объединенію коихъ, путемъ выбора и преимущественнаго укрѣпленія тѣхъ или другихъ правилъ, необходимо приступать съ крайнею осмотрительностью. При настоящемъ, несомнѣнно недостаточномъ состояніи освѣдомленія русской науки о существующихъ мѣстныхъ нормахъ обычнаго права и невозможности, для правительства, безотлагательно пополнить недостающія въ семъ отношеніи свѣдѣнія, выполненіе намѣченной реформы не можетъ, однако, быть пріостановлено изъ-за недостаточности свѣдѣній, требующихъ значительнаго времени и громадной затраты научныхъ силъ. Такое положеніе дѣла должно, конечно, отразиться на степени достовѣрности и безошибочности обобщаемыхъ для законодательныхъ цѣлей положеній обычнаго права. Какая бы ни была степень бдительности и доброкачественности труда, приложеннаго къ законодательной выработкѣ подобныхъ данныхъ, тутъ очевидно необходимо предусмотрѣть коррективъ противъ возможностп не вполнѣ вѣрныхъ

обобщеній, допустивъ преимущество мѣстной нормы обычая передъ статьею будущаго закона, разъ выяснится ея живучесть въ правосознаніи самаго населенія.

Указанный пріемъ оправдывается, кажется, не одною лишь осторожностью и законодательной мудростью, но и необходимостью считаться съ дальнѣйшимъ развитіемъ гражданскихъ законовъ о наслѣдованіи, для коихъ желательно устроить такую живую связь съ народнымъ правосознаніемъ, чтобы на нихъ происходило какъ бы непрерывное наростаніе новыхъ отложеній изъ народнаго правового творчества.

Вопросъ объ окончательномъ обобщеніи и объединеніи нормъ обычнаго права не можетъ быть сразу упраздненъ. Онъ разрѣшится развѣ только въ болѣе отдаленномъ будущемъ и при томъ тѣмъ болѣе основательно, поскольку окрѣпнутъ въ русской жизни нормы права, объединенныя и обобщенныя, для перваго времени, въ болѣе слабой степени. Во всякомъ случаѣ, при этой постепенности, законодатель всегда будетъ въ состояніи, по мѣрѣ указаній жизни, усилить впослѣдствіи степень безусловной принудительности нормъ права, сначала проводимыхъ съ меньшею рѣзкостью. Наоборотъ излишняя поспѣшность въ обобщеніи обычныхъ нормъ права могла бы причинить безповоротный вредъ, устранивъ, быть можетъ, жизненныя мѣстныя нормы, имъ противорѣчащія, которыя впослѣдствіи уже невозможно будетъ возстановить въ народномъ сознаніи.

Допущеніе упомянутаго начала, вслѣдствіе коего слѣдовало бы предоставить суду право не примѣнять писаннаго закона въ тѣхъ случаяхъ, когда будетъ вполнѣ и твердо установлена противорѣчащая ему норма мѣстнаго обычая, несомнѣнно придаетъ особенное практическое значеніе вопросу о томъ, не слѣдуетъ ли допустить существованіе нѣкоторыхъ положеній писаннаго права, сила коихъ была бы *выше обычая* и *выше всякаго выраженія воли частныхъ лицъ*, словомъ, статей, содержащихъ, такъ называемыя, *безусловно принудительныя правила*.

Вопросъ этотъ относится къ числу тѣхъ, которыми осложняется всякая кодификація, и на которые весьма трудно дать простой и категорическій отвѣтъ. Затрудненіе состоитъ въ томъ, что во всякомъ кодексѣ содержатся, въ большемъ или меньшемъ количествѣ, правила такого рода, но при этомъ въ разбросанномъ видѣ, безъ всякой возможности выдѣлить ихъ въ какую-либо группу. Въ гражданскихъ законахъ преобладаютъ, естественнымъ образомъ, статьи иного рода имѣющія силу *относительно-обязательныхъ нормъ*, т. е. могущія

быть въ той или иной мѣрѣ отмѣняемыми распоряженіями частныхъ лицъ. Среди общей массы подобныхъ статей болѣе рѣдкія, въ гражданскомъ правѣ, *безусловно-принудительныя нормы* выдѣляются силою тѣхъ высшихъ цѣлей, которымъ онѣ служатъ, такъ какъ посредствомъ принудительныхъ нормъ законодатель обезпечиваетъ незыблемость признаваемыхъ имъ *главныхъ основаній правопорядка*. Такъ, напримѣръ. безусловно независимыми отъ соглашенія частныхъ лицъ считаются правила, запрещающія сдѣлки, клонящіяся къ ограниченію семейныхъ правъ, къ расторженію семейныхъ узъ, къ договорному измѣненію правоспособности и дѣеспособности. Спеціально въ отдѣлѣ правъ наслѣдственныхъ слѣдуетъ признать безусловно принудительными нормами (такъ называемыми «Zwingnormen» германской юриспруденціи) *законы, предписывающіе опредѣленную форму совершенія сдѣлокъ* (завѣщанія, наслѣдственнаго договора), законы, ставящіе *твердыя границы свободѣ завѣщателя*, въ огражденіе семейнаго строя, и наконецъ, тѣ правила, которыя устанавливаютъ, въ связи съ наслѣдствомъ, *обязательное содержаніе лицъ* (женскаго пола), не получающихъ наслѣдства, но имѣющихъ *естественное* право на алименты.

Одно изъ главныхъ затрудненій при кодификаціи народныхъ обычаевъ заключается въ томъ, что народная жизнь сейчасъ находится въ состояніи разлада и подчиняется теченіямъ, вносящимъ во всѣ ея отрасли характеръ раздвоенія и противоположности началъ. Двойственность элементовъ, опредѣляющихъ въ настоящее время сельскую жизнь, сводится къ одновременному воздѣйствію *традиціонной стороны* жизни, съ ея коллективными формами права, и *новѣйшихъ теченій*, проникнутыхъ совершенною обособленностью отдѣльныхъ личностей и индивидуализмомъ, по подобію городской жизни. Такая двойственность значительно осложняетъ задачи законодательства, создавая притомъ разнорѣчіе во взглядахъ юристовъ на самыя цѣли законодательнаго творчества.

На этой почвѣ развилось идейное теченіе, и нынѣ преобладающее среди юристовъ и экономистовъ, требующихъ безусловно уравнительнаго направленія законодательства, не только съ точки зрѣнія открытія справедливаго доступа всѣмъ слоямъ и сословіямъ къ равному обладанію всѣми имущественными благами, что̀ конечно не вызываетъ принципіальнаго возраженія, но и въ видѣ *совершеннаго упраздненія правовыхъ особенностей въ гражданскомъ бытѣ сельскаго населенія*. Достиженіе объединяющихъ основаній гражданскаго права, общихъ для всѣхъ сословій, является, конечно, окончательной

цѣлью, лежащей въ основаніи всякаго законодательнаго акта, касающагося этой области. Объ этомъ также, по нашему мнѣнію, спора не можетъ быть. Но непосредственное отождествленіе права городскихъ и сельскихъ обывателей, по существу самыхъ статей закона, путемъ подчиненія тѣхъ и другихъ одному кодексу, безъ изъятій, можетъ совершиться не иначе, какъ распространеніемъ на горожанъ и лицъ высшихъ сословій неподходящихъ для ихъ жизни правовыхъ положеній, возникшихъ именно изъ условій крестьянскаго быта и понятій, или же принудительнымъ подчиненіемъ деревни воззрѣніямъ, сложившимся въ жизни города и высшихъ слоевъ общества, что привело бы къ пагубной ломкѣ самобытныхъ чертъ сельской жизни, заслуживающей болѣе бережнаго отношенія къ ея условіямъ и правовымъ понятіямъ.

Указанное требованіе уравненія правъ всѣхъ слоевъ населенія нерѣдко подкрѣпляется утвержденіемъ, будто внѣ предѣловъ Россіи этотъ вопросъ уже не считается спорнымъ и гражданскіе кодексы издавна существуютъ въ западныхъ государствахъ для всѣхъ слоевъ населенія, безъ всякаго различія. Между тѣмъ, при ближайшемъ ознакомленіи съ иностранными законодательствами, оказывается, что въ области наслѣдственнаго права сохранились въ разныхъ странахъ запада весьма значительныя особенности, отличающія тѣ или другіе круги населенія въ зависимости отъ условій быта.

Страна, въ которой уравнительное воздѣйствіе законодательства проведено было, за сто лѣтъ, съ неподражаемой послѣдовательностью; въ которой, насколько извѣстно изъ исторіи выработки «Code Napoléon», прямо преслѣдовалась даже опредѣленная уравнительная политика, выраженная въ самой системѣ наслѣдованія, эта страна—Франція, и даже тутъ оказывается, что въ суженныхъ предѣлахъ завѣщательнаго свободнаго усмотрѣнія упорно выражается, посредствомъ актовъ послѣдней воли, въ теченіе цѣлаго вѣка, смотря по раіонамъ, то одинъ, то другой типъ группировки имѣній, въ видѣ фактическаго переживанія обычаевъ («coutumes»), существовавшихъ по областямъ, до революціи и раньше введенія «Code Napoléon». Эта живучесть началъ сельскаго быта, отстаивающаго свои правовыя формы подъ неумолимымъ давленіемъ законовъ, приспособленныхъ къ городской жизни, изображена въ капитальномъ изслѣдованіи A. Brandt'a, вышедшемъ сначала въ Landwirthschaftliche Jahrbücher 1900 года (изданіе германскаго министерства земледѣлія), а затѣмъ изданномъ во французскомъ переводѣ отдѣльной книгой, подъ заглавіемъ: «Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale», Paris 1901.

Независимо отъ такого переживанія духа прежняго обычая, посредствомъ и въ предѣлахъ дозволенныхъ закономъ сдѣлокъ, французское право знаетъ и другіе болѣе существенные слѣды прежняго крестьянскаго права, продолжающіе имѣть силу закона, на ряду съ кодексомъ. Сюда относится особый порядокъ наслѣдованія на «болотныхъ и солончаковыхъ участкахъ», бывшихъ общинныхъ,—основанный на особыхъ статутарныхъ положеніяхъ, изданныхъ до Революціи и уцѣлѣвшихъ понынѣ, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ: «Artois, Bourgogne, Mâconnais, Auxerrois» и друг. (ср. «De la succession anomale aux parts de marais», въ трактатѣ Baudry-Lacantinerie et Wahl «Des Successions» t. I, p. 315, §§ 591—595, Paris 1895).

Подобный фактъ приводитъ извѣстный писатель G. Bertillon въ своей статьѣ: Le problème de le dépopulation («Revue Politique et Parlementaire» 1897, Іюнь); оказывается, что въ окрестностяхъ Дюнкирхена существуетъ донынѣ сельское общество Форъ-Мартинъ, сохранившее особый видъ землепользованія на коммунальныхъ поляхъ, на основаніи жалованной грамоты Людовика XIV. При этомъ авторъ доказываетъ поразительно высокую рождаемость населенія этой мѣстности именно благодаря тому, что порядокъ наслѣдованія уклоняется здѣсь отъ общаго кодекса.

Не меньшее значеніе представляетъ примѣръ Швейцаріи, въ которой существуетъ вполнѣ демократическій строй во всѣхъ отрасляхъ законодательства; это не мѣшаетъ, однако, тому обстоятельству, что при выработкѣ новаго проекта швейцарскаго гражданскаго уложенія (профессора Губера) были сохранены, въ книгѣ о наслѣдованіи, нѣкоторыя особенности для сельскихъ имуществъ. Впрочемъ, слѣды общиннаго землепользованія въ альпійскихъ пастбищахъ Швейцаріи пользуются значительной степенью общеизвѣстности (ср. *Huber*: «Geschichte und System des schweizerischen Privatrechts» Basel, 1886—1893 г.; см. институтъ, именуемый въ швейцарскомъ правѣ «Allmend», I, 61 и 157; III, 15 и 100; IV, 769 и 770; также спеціальное изслѣдованіе: *Miaskowski:* Die schweizerische Allmend in ihrer geschichtlichen Entwickelung s. 13 Jahrh. bis zur Gegenwart» Lpz. 1879.

Обращаясь затѣмъ къ германскимъ государствамъ, можно здѣсь найти уже гораздо болѣе значительные слѣды гражданскихъ законовъ, спеціально существующихъ для сельскихъ недвижимостей или сельскаго населенія.

Даже послѣ вступленія въ силу новаго гражданскаго уложенія Германской имперіи, мѣстныя узаконенія объ особомъ порядкѣ на-

слѣдованія въ сельскихъ имѣніяхъ (Anerbenrecht) сохраняютъ полную силу, на основаніи положительнаго велѣнія закона (ст. 64 «Einführungsgesetz», т. е. правилъ о приведеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія).

На основаніи приведенной статьи, сохранили силу до настоящаго времени спеціальные законы о наслѣдованіи въ сельскихъ имѣніяхъ, изданные въ Пруссіи 2 іюня 1874 и 21 февраля 1881 г.г., также «Landgüterordnungen» 30 апрѣля 1882 г., 10 іюля 1883 г., 24 апрѣля 1884 г., 2 апрѣля 1886 г. и друг.; также въ Баденѣ — законъ 20 августа 1898 г. Подобныя же особыя узаконенія существуютъ подъ именемъ Höferecht или Anerbenrecht и въ другихъ частяхъ Германіи, какъ-то: въ Ольденбургѣ (законъ 24 апрѣля 1873 г.), въ Бременскомъ округѣ (зак. 14 января 1876 г.), въ Шлезвигъ-Голштиніи (зак. 1880 г.) и въ другихъ мѣстностяхъ.

Въ большей части особыхъ узаконеній, относящихся къ сельскому наслѣдованію и именуемыхъ въ германскихъ государствахъ Höferecht или Anerbenrecht, содержатся только субсидіарныя правила, опредѣляющія наслѣдованіе безъ завѣщанія, въ отношеніи участковъ, внесенныхъ въ особую земельную регистрацію въ качествѣ именно крестьянскихъ участковъ, подлежащихъ дѣйствію этихъ особыхъ законовъ; наслѣдодатель не лишается права завѣщать эти участки на общемъ основаніи, но, если завѣщанія составлено не было, то наслѣдованіе происходитъ не по общему гражданскому закону, а по правиламъ Anerbenrecht, большею частью построеннымъ на древнихъ началахъ единонаслѣдія, при чемъ исключительный или привилегированный наслѣдникъ именуется «Anerbe». Затѣмъ, есть особый видъ «Höferecht», дѣйствующій въ Брауншвейгѣ (законъ 28 марта 1878 г.) и въ Шаумбургъ-Липпе (зак. 11 апрѣля 1870 г.), въ силу коего всякая крестьянская сельская недвижимость, при отсутствіи завѣщанія, подчиняется спеціальному закону о сельскомъ наслѣдованіи даже безъ всякой предварительной регистраціи имѣнія или участка; при чемъ дѣйствіе общаго закона наслѣдованія наступаетъ не иначе, какъ вслѣдствіе положительно выраженнаго желанія наслѣдодателя, изложеннаго въ завѣщаніи. Слѣдуетъ, кромѣ того, замѣтить, что, въ особенности въ послѣднихъ названныхъ двухъ государствахъ, Anerbenrecht или Höferecht имѣетъ не общесельскій, а спеціально крестьянскій характеръ. Во всѣхъ упомянутыхъ видахъ особое сельское наслѣдованіе въ Германіи представляется въ сильной мѣрѣ согласованнымъ съ общимъ гражданскимъ правомъ новѣйшаго времени въ отношеніи довольно значительнаго простора, предо-

ставленнаго волѣ завѣщателя. Въ этомъ заключается глубокая черта различія съ средневѣковымъ Anerbenrecht и Höferecht, при дѣйствіи коего крестьянское единонаслѣдіе имѣло характеръ принудительный. (Ср. Miaskowski «Das Erbrecht und die Grundeigenthumsvertheilung im Deutschen Reich, Lpz. 1882—1884, т. 2).

Въ Австріи особый порядокъ наслѣдованія для крестьянскаго населенія («besondere Bauernerbfolge») просуществовалъ послѣ обнародованія общаго австрійскаго гражданскаго уложенія 1811 г., въ теченіе полустолѣтія. Затѣмъ была сдѣлана попытка перейти къ полному уравненію. Дѣйствіе особыхъ узаконеній было отмѣнено закономъ 27 іюля 1868 годе (№ 70 собр. узак. Австр. имп.). Этотъ законъ имѣлъ весьма вредныя экономическія послѣдствія, что и повело къ обратному направленію законодательства, въ смыслѣ изданія новаго австрійскаго закона 1 апрѣля 1889 года — «объ особомъ порядкѣ наслѣдованія въ сельскихъ имѣніяхъ средней величины» (№ 52 Австр. собр. узак.). Обстоятельныя свѣдѣнія по этому предмету можно найтъ въ статьѣ: Dr. Leo Verkauf: Das bäuerliche Anerbenrecht in Oesterreich — (въ сборникѣ изд. H. Braun: «Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, 1889. Tübingen стр. 311—337).

Приведенныя данныя достаточно убѣждаютъ въ несостоятельности того мнѣнія, будто внѣ предѣловъ Россіи давно исчезла всякая обособленность гражданскаго права деревни отъ общаго кодекса данной страны и будто сохраненіе до извѣстной степени подобной обособленности равносильно отсталости и недостаточной культурности самого законодательства.

Рѣшающее значеніе, въ данномъ вопросѣ, должно имѣть не столько предвзятое стремленіе къ проведенію какой-либо отвлеченной теоріи, сколько соображеніе реальныхъ условій самого быта. На этомъ основаніи черты глубокой обособленности нашего сельскаго быта, прямо создающей даже особое, свойственное народной массѣ правовоззрѣніе, должны непосредственно отразиться на твореніяхъ законодателя.

Одною изъ главныхъ особенностей крестьянской жизни представляется преобладаніе въ сельскомъ быту *коллективнаго* отношенія къ имуществамъ разнаго рода и къ самой организаціи крестьянскаго труда.

Отсюда возникла *общинная* форма собственности на разныхъ ступеняхъ сельской жизни. Высшей ступенью является община, обни-

мающая цѣлое *сельское общество*, съ ея имущественной общностью, простирающеюся на недвижимость. Затѣмъ, низшею ступенью является *семейная община*, съ имущественной общностью, охватывающею все такъ называемое «семейное имущество», состоящее изъ недвижимости и движимости. Въ 1861 году, освобождая крестьянъ изъ крѣпостной зависимости, законодатель подчинилъ формы общинности высшаго порядка, издавна пріуроченныя къ сельскому обществу, цѣлямъ государственно-земельной политики, создавъ новое понятіе «надѣла» и сливъ это понятіе съ исконнымъ явленіемъ общинности, возникшимъ исторически.

При этомъ, частное право крестьянъ было оставлено безъ нормировки, такъ какъ эта забота была тогда несвоевременна, въ силу чего законодатель едва коснулся вопроса объ общинной формѣ низшаго типа, пріуроченной къ семейному союзу. Этому виду общиннаго правообразованія не было придано государственнаго значенія, и дальнѣйшее его существованіе предоставлено было творческимъ силамъ самого быта. Такимъ образомъ, какъ только законодатель нашего времени приступаетъ къ попыткѣ нормировать обычное гражданское право крестьянъ, онъ неминуемо встрѣчается, вмѣстѣ съ тѣмъ, съ необходимостью опредѣлить принципіальное отношеніе закона къ явленію, хотя и родственному идеѣ надѣла въ томъ именно смыслѣ, какъ она проведена въ законахъ 1861 года, тѣмъ не менѣе къ явленію, вовсе не тождественному съ упомянутой идеей. Эта нетождественность особенно выясняется изъ того, что въ кругъ «семейнаго имущества», въ смыслѣ гражданскаго, а не государственнаго права, должны войти всѣ тѣ предметы и цѣнности, которыми должна обладать семья, по правовымъ воззрѣніямъ народа, а вовсе не однѣ лишь надѣльныя недвижимости, которыя правительство предназначило въ 1861 году для обезпеченія народа въ видахъ государственно-законодательной политики.

Такимъ образомъ, понятіе «семейнаго имущества», пригодное для цѣлей гражданскаго права, несомнѣнно шире государственнаго понятія «надѣльнаго имущества крестьянскаго двора». Съ этой точки зрѣнія, сенатскія рѣшенія, опредѣлившія понятіе семейно-общинной собственности примѣнительно къ надѣльному имуществу двора (рѣш. Гражд. Касс. Деп. Прав. Сената, 1881 г. № 161, 1884 г. № 67, 1890 г. № 110, 1893 г. № 91, 1894 г. № 88, 1896 г. № 126; рѣш. 2 Деп. Сената 1885 г. № 4378, 1886 г. № 460 и 3785, 1892 г. № 147 и 2339; рѣш. Общ. Собр. I и Касс. Деп. 1885 г. № 26, 1892 г. №№ 33, 41 и 42, 1893 г. № 47, 1895 г. № 45,

1897 г. № 29, 1898 г. № 2 и 1899 г. № 1; рѣш. Общ. Собр. 1894 № 137 и 1897 г. 17 дек.) дали не болѣе, какъ общую точку опоры для построенія института, имѣющаго въ гражданско-правовомъ отношеніи гораздо болѣе широкое поле примѣненія, нежели въ области административнаго права; при чемъ несомнѣннымъ является лишь то, что *въ кругъ семейнаго имущества* въ широкомъ смыслѣ безусловно *должно войти все то, что составляетъ семейное имущество съ административной точки зрѣнія*, такъ что первое понятіе совершенно поглощаетъ второе, *содержа въ себѣ нѣчто еще сверхъ того.*

Дальнѣйшія соображенія о томъ, въ какомъ объемѣ слѣдуетъ понимать семейное имущество, въ смыслѣ гражданскаго права, относятся уже къ подробностямъ, могущимъ быть предметомъ разработки лишь въ виду опредѣленныхъ обычныхъ нормъ или въ виду фиксированія нормъ какого-либо проекта въ частности. Въ настоящемъ изложеніи мы пока въ эти подробности входить не будемъ и перейдемъ къ разсмотрѣнію принципіальнаго вопроса о томъ, *каково должно быть отношеніе понятія наслѣдованія къ началу семейной собственности.*

Однимъ изъ наиболѣе важныхъ вопросовъ, вытекающихъ изъ существованія семейно-общинныхъ отношеній въ сельскомъ населеніи, является вопросъ о томъ, возможно ли и въ какой мѣрѣ допустить идею наслѣдованія въ отношеніи семейнаго имущества? Въ отношеніи этого вопроса существуютъ среди нашихъ юристовъ два противоположныхъ мнѣнія.

Представители *перваго* мнѣнія отрицаютъ самую идею наслѣдованія въ семейномъ имуществѣ и находятъ, что если послѣ домохозяина остаются въ составѣ двора другіе члены семьи, то никакого *преемства правъ*, никакого наслѣдованія не происходитъ, а все сводится лишь къ назначенію новаго домохозяина. Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ домохозяина не осталось другихъ, входящихъ въ составъ двора, членовъ семейства, возникаетъ уже вопросъ *о наслѣдованіи*, ибо отдѣленные члены семьи, не имѣя при жизни домохозяина никакихъ правъ на усадебный участокъ, могутъ пріобрѣсти такія права лишь путемъ наслѣдственнаго преемства, т. е. перехода къ нимъ означенныхъ правъ по наслѣдству.

Схема крестьянскаго наслѣдованія, построенная на такихъ началахъ, отрицаетъ наслѣдованіе для лицъ *ближайшихъ*, т. е. для *неотдѣленныхъ* дѣтей. Для того, чтолы быть наслѣдниками, по такому построенію, требуется, чтобы лицо было, до извѣстной степени, *чужимъ* человѣкомъ.

Представители *второго* мнѣнія справедливо критикуютъ несообразность построенія такой схемы наслѣдованія, которая начинается съ отдѣленныхъ дѣтей и сравнительно отдаленныхъ членовъ родового союза, минуя ближайшую семью умершаго. Такое построеніе противорѣчитъ обыденному понятію наслѣдованія, которое, прежде всего, во всѣ времена и у всѣхъ народовъ, кладетъ въ основаніе идеи наслѣдованія—признаніе правъ *ближайшихъ членовъ семьи умершаго*, т. е. жены его и дѣтей, разумѣя, конечно, неотдѣленныхъ дѣтей. Самая идея, будто семейная собственность исключаетъ всякую возможность провести идею наслѣдованія, есть идея ложная и узко-теоретическая, навѣянная въ литературѣ русскаго права ученіемъ трудового начала, и притомъ наиболѣе крайними представителями этого направленія, отождествлявшими семейный строй русскаго народа съ артельно-трудовою ассоціаціею. Узость этого ученія заключается въ особенности въ томъ, что его сторонники неосновательно предполагаютъ, что нѣтъ и не можетъ быть идеи наслѣдованія внѣ теоріи римскаго права, построенной на неограниченной свободѣ личной собственности и на понятіи перехода личной собственности отъ умершаго къ наслѣднику. Между тѣмъ, народныя представленія о правѣ наслѣдованія у насъ совершенно иныя и сводятся къ *разложенію общинно-семейнаго имущества на отдѣльныя доли наслѣдниковъ, въ день смерти отца-домохозяина.* Это понятіе, правда, не совпадаетъ съ ученіемъ римскаго права (по крайней мѣрѣ — въ позднѣйшіе вѣка его развитія), но это такая идея, которую можно и слѣдуетъ ввести въ кругъ обобщенной системы наслѣдственнаго права. [1])

Весьма важно не ограничиться одними отвлеченными разсужденіями, но сдѣлать попытку болѣе глубокаго проникновенія въ существо народной юридической мысли, дабы отвѣтить на поставленный нами капитальный вопросъ: знаетъ ли русскій народъ идею наслѣдованія въ широкомъ смыслѣ слова, и совмѣщается ли у него наслѣдованіе съ институтомъ семейной общины или такъ называемаго «семейнаго имущества [1]).

При изслѣдованіи источниковъ, нельзя не признать, что въ обычномъ правѣ русскаго народа есть цѣлый рядъ цѣнныхъ указаній, изъ коихъ видно, что *народъ сознаетъ существованіе наслѣдованія*

---

[1]) Ср. стран. 374 настоящаго изслѣдованія.

именно на почвѣ семейнаго имущества и называетъ ть перемѣны, которыя возникаютъ въ правахъ дѣтей, со смертью отца, тѣмъ же именемъ «наслѣдованія» (см. Труды комм. по преобр. вол. суд. I: 363 № 9, 319 № 17; II: 61 № 19; IV: 21 № 2; V: 230 № 7) (ср. Е. Якушкина. Об. Право, II, введ. стр. XXV, прим. 1-е). Во всякомъ случаѣ, правовоззрѣнію народа совсѣмъ чуждо чисто умозрительное стремленіе къ непризнанію наслѣдованія, при существованіи семейной собственности.

Далѣе, нельзя не замѣтить и того соображенія, что отрицаніе наслѣдованія при наличности членовъ двора (т. е. семейной общины) предполагаетъ въ себѣ другую мысль, именно:

а) отождествленіе раздѣла семейнаго имущества со всякимъ долевымъ раздѣломъ общей собственности и въ особенности отождествленіе раздѣла, совершаемаго немедленно послѣ смерти отца, съ тѣмъ же раздѣломъ, совершающимся черезъ долгій промежутокъ, когда нѣкоторые изъ сыновей уже умерли, оставивъ по себѣ потомство;

б) отождествленіе раздѣла семейнаго имущества при жизни и послѣ смерти отца-домохозяина.

Между тѣмъ, подобное отождествленіе не находитъ себѣ подтвержденія въ обычно-правовыхъ воззрѣніяхъ русскаго народа.

Крестьяне вполнѣ отчетливо сознаютъ различіе между «раздѣломъ наслѣдства» и «раздѣломъ общаго имущества». Первый совершается у нихъ на основаніи *признанія за наслѣдникомъ опредѣленной доли*, въ силу кровнаго родства и числа наличныхъ наслѣдниковъ равной степени, въ день смерти наслѣдодателя, а второй — производится сообразно праву участія совладѣльца въ общей собственности; при чемъ, если эта собственность возникла и пріумножилась личнымъ трудомъ совладѣльцевъ, то тутъ принимается въ разсчетъ степень трудоспособности, возрастъ и число лѣтъ совладѣнія. Примѣры, подтверждающіе это различіе, весьма многочисленны (ср. рѣш. вол. судовъ, приведенныя въ Трудахъ Коммисіи по преобраз. вол. судовъ, I: 200 № 17; 267 № 23; 529 № 101; II: 346 № 19; Мухинъ, стр. 38 и 268).

Если бы вѣрна была мысль, отождествляющая раздѣлъ наслѣдства съ раздѣломъ общаго имущества, то слѣдовало бы ожидать, что общее семейное имущество подлежало бы *всегда поголовному* раздѣлу, по числу наличныхъ работниковъ мужского пола («по числу нажившиковъ», какъ выражаются нѣкоторые авторы), причемъ никакого безповоротнаго опредѣленія наслѣдственныхъ долей со дня смерти отца-домохозяина не могло бы произойти. Тогда оказалось бы, что

имущество, стоящее 100 рублей, раздѣлилось бы на 4 части, при наличности 4 сыновей въ случаѣ немедленнаго раздѣла, и то же имущество подлежало бы раздѣленію на 5 частей, въ случаѣ совершенія раздѣла черезъ нѣсколько лѣтъ, когда одинъ изъ братьевъ умеръ бы, оставивъ по себѣ 2 сыновей, внуковъ общаго отца-родоначальника.

Между тѣмъ, въ обычномъ правѣ усвоено вполнѣ твердое и опредѣленное рѣшеніе этого случая въ такомъ именно смыслѣ, что со дня смерти отца-домохозяина, *право собственности* на наслѣдственную долю, опредѣляемую по числу сыновей, присвоивается безповоротно *каждому сыну и его потомству*, сколько бы дѣтей у него ни родилось, и хотя бы братья пожелали оставаться неопредѣленное время *въ общемъ совладѣніи*.

Ясно, такимъ образомъ, что народное правосознаніе придерживается, въ данномъ случаѣ, такъ называемаго «права представленія», въ смыслѣ статьи 1123-й 1 ч. X т. Св. зак., и что право сонаслѣдниковъ, опредѣляясь *долями наслѣдства*, со дня смерти наслѣдодателя, сводится къ тому виду собственности, который именуется, въ ст. 543-й 1 ч. X т. «правомъ собственности общей», что, конечно, не мѣшаетъ наслѣдникамъ продолжать *владѣніе* сообща, по внѣшнему виду какъ бы продолжая веденіе хозяйства такъ, какъ было при жизни отца. Отсюда слѣдуетъ, что *семейная община* (какъ нераздѣльный и недолевой обладатель имущественныхъ правъ) *распадается въ моментъ смерти отца-домохозяина на отдѣльныя доли*, принадлежащія каждому наслѣднику въ отдѣльности. Это и есть рѣшающій моментъ права наслѣдованія въ крестьянскомъ быту.

Данныя обычнаго права, подтверждающія вышеизложенныя соображенія, весьма многочисленны. *Е. Якушкинъ* свидѣтельствуетъ о томъ, что «раздѣлъ семейнаго имущества между родственниками, при всякомъ составѣ семьи, происходитъ, по выраженію крестьянъ, *по отцамъ*, т. е. сыновья умершаго получаютъ причитающуюся ему долю» (тамъ же, стр. XXV). *Богаевскій* записалъ въ Сарапульскомъ уѣздѣ характерную юридическую пословицу: «брата сколько не обидь, паю не лишишь». «Послѣ смерти отца (большака) — братья получаютъ поровну; внуки обыкновенно получаютъ отцовскій пай» (*П. М. Богаевскій:* «Замѣтки о юридическомъ бытѣ крестьянъ Сарапульскаго уѣзда Вятской губ.; вып. I. Сборника свѣд. для изученія быта крест. насел. Росс. т. 61 изв. Имп. Общ. люб. естеств., антр. и этн., Москва 1889 г., стр. 23).

«Если одинъ изъ братьевъ, жившихъ нераздѣльно съ отцомъ,

умеръ еще при жизни послѣдняго, то при раздѣлѣ братьевъ, племянникамъ выдѣляется часть, какая слѣдовала бы умершему брату» (кн. Н. Костровъ: «Юридическіе обычаи крестьянъ старожиловъ Томской губ.» стр. 44; Томскъ, 1876 г.). — «Имѣніе дѣлится поровну между дядей и племянниками: дядя получаетъ половину, а другую половину — племянники» (*С. Я. Дерунова*: «село Козьмодемьянское, Щетинской волости, Пошехонскаго уѣзда»; въ Яросл. Губ. Вѣдомостяхъ 1889 г. № 85).

«По смерти отца—имущество дѣлится не по числу работниковъ, а между всѣми наслѣдниками, не взирая на возрастъ. При раздѣлѣ дяди съ нѣсколькими племянниками, дядя получаетъ пай своего отца» (А. А. Титовъ: «Юрид. обычаи села Никола-Перевозъ, Ростовскаго уѣзда» — Яросл. 1888 года стр. 67, 68).

Мы уже указывали (на стр. 393 настоящаго изслѣдованія), что въ сборникѣ, изданномъ С. П. Никоновымъ и Е. И. Якушкинымъ подъ заглавіемъ: «Гражданское право по рѣшеніямъ Крестобогородскаго волостного суда, Ярославской губ. и уѣзда» (Яросл. 1902 г.), имѣется свидѣтельство о примѣненіи «права представленія» въ практикѣ волостного суда, при раздѣлѣ дѣдовскаго имущества между племянниками и дядею (стр. 205). С. В. Пахманъ свидѣтельствуетъ о томъ, что «мѣсто умершихъ сыновей, по праву представленія, заступаютъ дѣти, которыя, послѣ смерти дѣда, получаютъ слѣдовавшую отцу часть». (Обычное гражд. право въ Россіи, т. II, стр. 227; ссылка на Труды комм. по преобр. вол. суд. 628 № 7 (Тамбовск. губ.); V, 421 № 9 (Екатериносл. губ.), 532 (Екат. губ.) «дѣти пользуются правомъ представительства»). «Дочери наслѣдуютъ послѣ дѣда по праву представленія, когда отъ умершаго ихъ отца не осталось сыновей»; всѣ онѣ вмѣстѣ получаютъ долю ихъ отца (тамъ же, стр. 234; ссылка на Труд. комм. вол. суд. III, 107 № 9 (Яросл. губ.); 112 № 44 (тамъ же); 384 № 1, и др.). Совершенно опредѣленныя указанія даетъ также на этотъ предметъ В. Ф. Мухинъ: «вообще раздѣлъ въ сводной семьѣ»,—говорилъ онъ,—«бываетъ или *поголовный*, когда дѣлятся, напр., братья, изъ коихъ каждый получаетъ на себя и на свою семью равную часть съ прочими (ссылка на Тр. вол. ком. 1, 33 № 6 617 № 28, 760 № 14, 779 № 14; II, 35 № 8, 189 № 86, 289 № 36; VI, 119 № 39, 566 № 5). или *покольный*, если, за смертью братьевъ, раздѣлъ производится между ихъ дѣтьми, т. е. двоюродными братьями, которые получаютъ *отцовскія* доли, либо между дядей и племянниками, при чемъ послѣдніе, сколько бы ихъ ни осталось послѣ смерти отца, получаютъ всѣ вмѣстѣ половину имущества, т. е.

отцовскую долю« («Обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ», С.П.Б. 1888 г. стр. 35 и 36; тутъ же и ссылка на Труды вол. комм. 1; 459 № 4; 1: 56 № 4, 317 № 2, 431 № 27; II: 83 № 13; III: 42 № 42; V: 258 № 2).—П. С. Ефименко также удостовѣряетъ, что «дѣти умершихъ братьевъ пользуются полными долями своихъ отцовъ, т. е. племянники получаютъ части наравнѣ съ дядями» («Сборн. народн. юрид. обычаевъ Архангельской губ.» стр. 64). Въ «Донскихъ областныхъ вѣдомостяхъ», 1875 г. № 26, имѣются свѣдѣнія «О юридическихъ обычаяхъ нѣкоторыхъ слободъ Черкасскаго и Міусскаго округовъ», изъ коихъ видно, что «въ дѣлежѣ—дѣти умершихъ братьевъ получаютъ равную часть съ дядею».

Раздѣлъ семейнаго имущества подчиняется совершенно инымъ юридическимъ началамъ, когда онъ совершается при жизни отца, въ сравненіи съ посмертнымъ дѣлежомъ наслѣдства, что очевидно кроется *въ иной природѣ правъ* каждаго изъ участниковъ семейнаго имущества до и послѣ смерти отца-домохозяина. Для правильнаго пониманія этого явленія не слѣдуетъ терять изъ вида, какое глубокое различіе существуетъ въ глазахъ народа между «большакомъ-отцомъ» и «большакомъ-братомъ». Власть перваго гораздо полнѣе, и она-то отражается прежде всего на семейномъ имуществѣ. *У П. М. Богаевскаго* встрѣчается такое указаніе: «Крестьяне въ жизни строго отличаютъ права большака-брата и отца. Послѣдній можетъ сына, напр., побить, и тотъ «не долженъ обижаться»; но братъ не всегда можетъ прибѣгать къ этому средству, такъ какъ тотъ, по словамъ крестьянъ, «можетъ обидѣться». «Братъ—брату сусѣдъ»,—добавляли они при этомъ. Лишь только большакъ или, какъ назвали его, «уполномоченный», (т. е. большакъ-отецъ) можетъ завѣщать, продавать и благословлять» (Ср. П. М. Богаевскаго: «Зам. о юрид. бытѣ крестьянъ Сарап. уѣзда, Вятской губ.». вып. 1 Сборн. Свѣд. для изученія быта крестьянскаго населенія Россіи; Москва 1889 г.). Ясно изъ этого указанія, что отецъ имѣетъ, *въ связи съ присвоенной ему отцовской властью*, такія широкія права надъ семейнымъ имуществомъ, которыя не переходятъ на большака-брата и присваиваются только отцу. Братья, въ томъ числѣ и «братъ-большакъ», признаются «сусѣдами», т. е. совладѣльцами въ имуществѣ, бывшемъ общинно-семейномъ при жизни отца и превратившемся въ долевую собственность сонаслѣдниковъ съ момента его смерти. На этомъ построено то глубокое различіе, которое замѣчается въ характерѣ дѣлежа *послѣ смерти отца и при жизни его*. Тотъ же наблюдатель свидѣтельствуетъ о томъ, что «при жизни отца—въ полной его волѣ произвести раздѣлъ между своими сыновья-

ми на условіяхъ, которыя ему представляются необходимыми». «Отецъ дастъ, какъ хочетъ, вѣдь онъ дѣлитъ по заслугѣ». «При отцѣ никому жребія нѣтъ, а, что скажетъ кому, то онъ тѣмъ и будь доволенъ». «При отцѣ получаютъ, какъ заслужатъ». Если же раздѣлъ происходитъ послѣ смерти отца-большака, и дѣлящіеся не придутъ къ мирному соглашенію. то они прибѣгаютъ къ бросанію жребія. Доли имущества, оставшагося по смерти большака, распредѣляются обыкновенно слѣдующимъ образомъ, и т. д.» (тамъ же, стр. 23). Отсюда видно, что члены семьи не имѣютъ *долевого* права на семейное имущество при жизни отца, но таковое право несомнѣнно присваивается имъ со дня его смерти.

Такой же выводъ получается изъ многочисленныхъ указаній народнаго быта (ср., напр., характерную рѣчь домохозяина-отца на смертномъ одрѣ, въ «Разсказахъ изъ жизни Палѣхъ Жиздринскаго Полѣсья», изданныхъ В. Н. Добровольскимъ въ «Живой Старинѣ», изд. Императ. Росс. геогр. общ. по этногр. отдѣл., 1899 г., вып. 1 стр. 21, гдѣ ясно проводится мысль о неизмѣнной наслѣдственной долѣ — при возможности *перемѣнпаго* ея осуществленія натурою, послѣ дѣлежа).

В. Ф. Мухинъ подтверждаетъ также, какъ несомнѣнное начало, что «въ обычномъ правѣ—какъ самый выдѣлъ, такъ и размѣръ выдѣляемой части семейнаго имущества вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія главы семейства» (стр. 78). Этотъ принципъ совершенно подтверждается рѣшеніями волостныхъ судовъ, приведенными въ Трудахъ вол. комм., въ слѣдующихъ мѣстахъ: I) 204, 212, 224, 234, 253, 313, 317, 326, 524. 542, 560, 573, 580, 606, 624, 642, 752; III) 18 № 3, 49 № 49, 269 № 44, 309; IV) 9, 29, 263, 325; V) 55, 141, 177, 419; VI) 19, 29, 44, 46, 54, 122, 348, 352, 408, 455, 628 и друг.

О томъ же свидѣтельствуютъ многочисленные авторы, кромѣ вышеуказанныхъ, а именно: К. Малышевъ: «Особ. прил. къ курсу общ. гражд. права Россіи», стр. 727 («О выдѣлѣ») тезисъ 4148 (съ прим.); Кн. *Н. Костровъ* для Томской губ. (узак. сочин., стр. 34); *В. Преображенскій*: «Описаніе Тверской губ. въ сельско-хозяйственномъ отношеніи; порядокъ наслѣдованія между государственными поселянами Тверской губ. по мѣстнымъ обычаямъ, стр. 92; М. Арнольдовъ, въ Симбирск. Губ. Вѣдомост. 1868 г. № 46; Свящ. Темперовъ въ Уфимскихъ Губ. Вѣд. 1866 года № 5; П. Никулинъ, въ Донской Газетѣ 1876 г. № 43; М. Харузинъ: «Свѣдѣнія о казацкихъ общинахъ на Дону», Москва 1885 г., стр. 234—235 П. Ефименко

(сбор. упом. выше) стр. 60; В. Майновъ. «Очеркъ юрид. аытк Мордвы, Спб. 1885 г. стр. 179; въ свѣдѣніяхъ «О слободахъ Черкасскаго и Міусскаго округовъ», въ Донскихъ Областн. Вѣдомост. 1875 г. № 38; также въ сборникѣ рѣш. Крестобогородской вол. Ярославск. уѣзда, изданномъ Никоновымъ и Якушкинымъ, стр. 183.

Совокупность всѣхъ изложенныхъ данныхъ приводитъ несомнѣнно къ тому заключенію, что народное правосознаніе не отождествляетъ юридическаго состоянія семейнаго имущества при жизни и послѣ смерти отца-домохозяина и что съ его смертью ближайшіе члены его семьи дѣйствительно становятся полными собственниками въ доляхъ, опредѣляемыхъ по началамъ кровнаго родства къ наслѣдодателю. Это и даетъ достаточное основаніе къ утвержденію, что *смерть отца-домохозяина непосредственно открываетъ дѣйствіе именно наслѣдственныхъ нормъ, несмотря на общинныя формы права, въ «семейномъ имуществѣ»*.

---

15) Библіографическія замѣтки, имѣющія отношеніе къ обычному праву *).

Maxime Kovalevsky — Early Slavonic Law (Максимъ Ковалевскій — Древнее славянское право). (Ст. помѣщ. въ Law Quarterly Review).

Извѣстный нашъ историкъ права, Максимъ Ковалевскій, посвятилъ свою статью критическому разсмотрѣнію лекцій профессора Зигеля о славянскомъ правѣ, изданныхъ въ Лондонѣ въ 1902 году. Онъ находитъ, что въ этой небольшой книжкѣ много серьезныхъ достоинствъ, но упрекаетъ автора въ искуственности дѣленія всей исторіи славянскаго права на три періода, соотвѣтствующихъ вѣчевой, московской и петербургской эпохѣ. Далѣе указывается на недостаточную достовѣрность первоначальныхъ указаній на существованіе у древнѣйшихъ славянъ родового и семейно-общиннаго быта, имѣя въ виду нѣкоторыя данныя, встрѣчаемыя у Кузьмы Пражскаго, а также у Нестора, намекающія на состояніе нравовъ болѣе раннее, нежели то, которое соотвѣтствуетъ семейному быту. Затѣмъ авторъ оспариваетъ вѣрность мнѣнія проф. Зигеля, доказывающаго присутствіе славянскихъ бытовыхъ и обычно-правовыхъ элементовъ въ византійскомъ памятникѣ, именуемомъ «Земледѣльческимъ Уставомъ», относящемся къ эпохѣ болгарскаго царя Симеона (888—927).

Г. Ковалевскій упрекаетъ проф. Зигеля въ томъ, будто онъ, въ

---

*) Изъ Журн. «Мин. Юст.» за 1903 г.

этомъ мнѣніи, слѣдуетъ лишь за польскимъ историкомъ Губе. Между тѣмъ самъ М. Ковалевскій совершенно упускаетъ изъ виду весьма важное обстоятельство, что въ томъ же смыслѣ высказывались проф. Павловъ (въ спеціальномъ трудѣ о «Земледѣльческомъ Уставѣ», изданномъ Императорской Академіей Наукъ въ 1885 году), а также еще раньше Zachariä von Lingenthal (Geschichte des Griechisch-römischen Rechts, Berl. 1877, стр. 238). Такимъ образомъ, слабость аргументаціи оказывается не на сторонѣ проф. Зигеля.

Shephard — Hindu Law and Anglo-Indian Legislation. Шепгардъ — Индусскій законъ и англо-индійское законодательство).

(Тамъ-же).

Право индусовъ въ настоящее время остановилось въ своемъ развитіи. Преемственная его разработка туземными комментаторами нынѣ прекратилась. Дѣятельность новѣйшихъ англійскихъ судовъ не сводится къ дальнѣйшему приспособленію и развитію туземнаго права, но скорѣе фиксируетъ его въ неподвижной формулировкѣ таковымъ, какимъ это право содержится въ санскритскихъ текстахъ. Быть можетъ, дѣло иначе обстоитъ въ полунезависимыхъ индійскихъ государствахъ, но въ Британской Индіи эта задержка въ развитіи началъ туземнаго права стоитъ внѣ сомнѣнія. Значительныя практическія неудобства такого положенія вещей обостряются еще тѣмъ, что законодательными мѣрами тутъ ничего подѣлать невозможно. Интереснымъ примѣромъ можетъ служить указанный авторомъ случай полнаго законодательнаго неуспѣха одного, повидимому, крайне желательнаго законопроекта, возникшаго въ Мадрасскомъ президентствѣ, по иниціативѣ выдающагося браманскаго законовѣда. Дѣло въ томъ, что въ данной области дѣйствуетъ строгое начало семейной общности имущества, по законамъ Ману; но при этомъ положительно разрѣшается свобода распоряженія въ самостоятельно благопріобрѣтенномъ имуществѣ. Спрашивается, что̀ считать «самостоятельно» благопріобрѣтеннымъ? Какъ смотрѣть на тотъ сучай, когда индусъ получилъ образованіе и спеціальную подготовку отъ семейной общины? Будетъ ли его дальнѣйшій трудъ считаться самостоятельнымъ или зависящимъ отъ семейной общины? Изъ позднѣйшихъ комментаріевъ къ первичному тексту «Митакшара» есть данныя къ тому, чтобы считать такого индуса закабаленнымъ на всю жизнь къ его семейной общинѣ. Англійскіе суды колеблются и впадаютъ въ частыя противорѣчія. Какъ тутъ быть?

Подъ вліяніемъ тѣсной интерпретаціи въ комментаріи къ «Митакшарѣ» создалось невыносимое положеніе вещей. Индусъ зарабатываетъ собственнымъ трудомъ цѣлое состояніе. Сообщинники тянутъ его къ суду, требуя признанія общинной собственности надъ его имуществомъ. Противъ нихъ онъ долженъ доказывать не только происхожденіе своего имущества изъ заработка, но еще и то, что община ничѣмъ не содѣйствовала его воспитанію и профессіональной подготовкѣ. Этотъ гнетъ древняго закона надъ человѣкомъ, трудящимся въ иныхъ условіяхъ быта, приводитъ къ вреднымъ и безнравственнымъ сдѣлкамъ. Такой индусъ вынуждается къ передачѣ всего своего имущества въ фиктивную собственность, на вѣру другому лицу, лишь бы избавиться отъ иска сообщинниковъ. Если же такой индусъ умираетъ и споръ возникаетъ послѣ его смерти, то жена его и дочери могутъ лишиться всего нажитаго и имъ завѣщаннаго, если общинники докажутъ незаконность завѣщанія.

По этому поводу былъ составленъ новый билль (законопроектъ) и проведенъ, на общемъ основаніи, черезъ законодательное собраніе въ Мадрасѣ. Въ законопроектѣ были предусмотрѣны мѣры къ стѣсненію произвола и неопредѣленности, а равно къ ограниченію, въ умѣренной степени, общинныхъ началъ, въ случаѣ пріобрѣтенія имущества личнымъ трудомъ. Однако высшія англійскія власти (Мадрасскій губернаторъ и статсъ-секретарь по дѣламъ Индіи) отказали въ утвержденіи этого билля изъ боязни навлечь на себя гнѣвъ и негодованіе индусской народной массы за нарушеніе религіозныхъ догматовъ, которые въ Индіи сливаются съ юридическими правилами.

G. Holmested — The Origins of the French Canadian Law (Г. Гольмстедъ — Происхожденіе французско-канадскаго права).

Статья составляетъ пересказъ, а отчасти довольно ѣдкую критику новѣйшаго сочиненія канадскаго профессора *Lemieu:* «*Les Origines du Droit Franco-Canadien*». Авторъ передаетъ намъ очеркъ г. Лемьё о первобытныхъ основахъ феодальнаго права, занесенныхъ французами въ свою канадскую колонію. Онъ въ особенности иронизируетъ надъ характеромъ церковнаго католическаго права и чрезмѣрной подсудности прежнимъ церковнымъ судамъ. Онъ вовсе не раздѣляетъ, между прочимъ, восторговъ франко-канадскаго патріота, когда рѣчь идетъ о значеніи королевскихъ ордоннансовъ Людовика XIV и Людовика XV. Очень подробно англійскій авторъ останавливается на жестокостяхъ прежняго средневѣковаго уголовнаго закона франко-

канадійцевъ, которые, по его мнѣнію, выиграли безусловно отъ введенія англійскаго уголовнаго суда, «менѣе произвольнаго и болѣе мягкаго».

При чтеніи этой статьи поражаетъ отсутствіе спокойнаго тона. Такъ, напр., попадается такое вступленіе: «Рѣдко можно сказать, что юридическая книга бываетъ забавною; между тѣмъ, не умаляя достоинствъ книги д-ра Лемьё, мы полагаемъ, что можно охарактеризовать ее тѣмъ, что она соединяетъ свойства поученія и забавы». Озадаченные такимъ введеніемъ, мы тщетно искали обѣщанный элементъ смѣхотворности, но замѣтили, что англійскій критикъ оттѣнялъ нѣкоторыя мысли канадскаго ученаго съ нескрываемымъ озлобленіемъ; впечатлѣніе, повидимому, весьма отличающееся отъ увеселительнаго.

Такъ, напримѣръ, авторъ статьи не можетъ простить мон-реальскому ученому его симпатіи къ отстаиванію франко-канадскаго права и древнихъ французскихъ обычаевъ, хотя бы въ весьма обновленной кодификаціи 1867 года. Съ своей стороны, англійскій писатель вовсе не скрываетъ своихъ симпатій къ усиленному распространенію англійскаго права, хотя бы среди канадскаго населенія французской расы. Воздержимся отъ вмѣшательства въ этотъ споръ. Ограничимся лишь выраженіемъ нашего сомнѣнія, когда англійскій авторъ утверждаетъ, что франко-канадское населеніе не могло раціонально держаться за свою французскую старину, въ виду превосходныхъ качествъ англійскихъ законовъ, и что поэтому единственно возможнымъ объясненіемъ этого консерватизма является вліяніе Seigneur'овъ и католическаго духовенства, которые изъ корыстныхъ видовъ поддерживали привязанность населенія къ своимъ обычаямъ. Такое объясненіе народной психологіи разноплеменной колоніи, оторванной отъ своей первоначальной родины, обнаруживаетъ въ авторѣ несомнѣнно ограниченный кругозоръ.

П. Г. Тимофеевъ. «Грѣхъ-пополамъ» въ русскомъ обычномъ и иностранномъ правѣ. (См. Вѣстникъ Права, Кн. I—IV, 1903 г.).

Настоящая статья разработана по подлинному тексту волостныхъ книгъ Ярославской и Смоленской губерній и представляется поэтому наиболѣе оригинальною и цѣнною. Подъ названіемъ «грѣхъ-пополамъ» разумѣется крестьянскій обычай рѣшенія спорнаго дѣла путемъ компромисса между тяжущимися, т. е. раздѣла исковой суммы убытковъ («грѣха») пополамъ между истцомъ и отвѣтчикомъ, такъ что

потерпѣвшая сторона удовлетворяется отвѣтчикомъ, по приговору суда, лишь въ половинѣ понесенныхъ убытковъ. Съ точки зрѣнія строгаго начала: «suum cuique»—упомянутый пріемъ считается иногда юридическимъ абсурдомъ. Такое сужденіе является, однако, крайне одностороннимъ, если принять въ соображеніе условія быта крестьянъ. Пріемъ «грѣхъ-пополамъ» вызывается стремленіемъ крестьянъ къ отысканію справедливаго и житейски-правдиваго рѣшенія въ тѣхъ случаяхъ, когда вопіющая неправда была бы въ обоихъ случаяхъ формальнаго исхода процесса, посредствомъ полнаго присужденія или отказа въ искѣ по бездоказательности. Это бываетъ въ дѣлахъ темныхъ, не подающихъ надежды на полное ихъ разъясненіе. Тотъ же пріемъ проводится и дальше, служа проводникомъ началъ субъективизма въ процессѣ. Затѣмъ, примѣненіе правила «грѣхъ-пополамъ» имѣетъ мѣсто въ крестьянскомъ быту въ цѣломъ рядѣ обстоятельствъ иного рода, какъ напримѣръ: при неумышленности въ причиненіи ущерба, при обоюдной винѣ сторонъ, при несвоевременномъ заявленіи объ убыткахъ и при давности. Авторъ обстоятельно разсматриваетъ всѣ эти поводы, освѣщая свои положенія подробными указаніями изъ конкретныхъ случаевъ. Наиболѣе глубокое значеніе имѣютъ, по нашему мнѣнію, два послѣднихъ повода: несвоевременное завленіе объ убыткахъ и давность. Если вдуматься въ ихъ значеніе, въ связи съ другими явленіями въ народномъ правосознаніи, то окажется, что въ нихъ отражается *особенность конструктивнаго юридическаго мышленія, не допускающая внезапнаго перехода къ противоположному.* Внезапное возникновеніе или исчезновеніе правъ, съ истеченіемъ послѣдней минуты граціоннаго срока или съ момента какой-либо записи—претитъ народному правосознанію. Подобно естественной природѣ, гдѣ царствуетъ законъ: «natura non facit saltus», такъ и здѣсь проявляется стремленіе къ незамѣтнымъ и постепеннымъ переходамъ. Поэтому, въ крестьянскомъ быту, замѣчается возникновеніе права наслѣдованія супруговъ не со дня вѣнчанія и совершенія метрической записи, а съ истеченіемъ извѣстнаго числа лѣтъ фактическаго сожитія; напримѣръ — черезъ 5 лѣтъ возникаетъ право на половину, черезъ 8 лѣтъ супружества — на все наслѣдство бездѣтно умершаго супруга. Такъ и здѣсь. Истекаетъ извѣстный срокъ погасительной давности — пропускается срокъ для подачи заявленія объ убыткахъ; въ общей системѣ права, эти факты оправдали бы полное исчезновеніе соотвѣтствующихъ правъ; а въ крестьянскомъ правѣ наступаетъ сначала половинное исчезновеніе правъ («грѣхъ-пополамъ»), а уже позже должно наступить и полное сознаніе, что спорныхъ правъ уже больше нѣтъ.

Г. М. Барацъ — «Опытъ возстановленія текста и объясненія древне-русскихъ юридическихъ памятниковъ». (Тамъ-же).

Авторъ исходитъ изъ совершенно справедливой мысли, что изслѣдователи нашихъ древнѣйшихъ памятниковъ нерѣдко топчутся на мѣстѣ въ неясныхъ догадкахъ, стремясь во что бы то ни стало къ комментированію мѣстъ, просто-на-просто искаженныхъ въ рукописяхъ; поэтому ясно, что юридическая критика древнихъ памятниковъ должна идти рука объ руку съ филологическою критикою текстовъ. Авторъ добавляетъ, что полезно: «сличеніе статей даннаго памятника съ содержащимися въ немъ же самомъ или въ какомъ-либо другомъ русскомъ же памятникѣ параллельными мѣстами, или же, за отсутствіемъ таковыхъ, съ однородными правоопредѣленіями, заключающимися въ законныхъ книгахъ *другихъ* народовъ». Вслѣдъ затѣмъ г. Барацъ приступаетъ къ сравненію Псковской Судной Грамоты (въ отношеніи института «половничества») — съ постановленіями *«моисеево-талмудическаго права»*. Съ перваго взгляда, говоритъ авторъ, подобное сличеніе можетъ, конечно, казаться нелѣпымъ. Но въ европейской юридической литературѣ включеніе также и моисеево-талмудическаго права въ кругъ предметовъ сравнительнаго правовѣдѣнія — признается дѣломъ далеко не лишнимъ». Затѣмъ авторъ ссылается на мнѣніе фонъ-Кремера о томъ, что многіе римскіе институты проникли въ мусульманское право черезъ Талмудъ. Касательно же древнерусскаго права, авторъ высказываетъ категорически слѣдующую странную мысль: «Особенную важность сравнительное изученіе моисеево-талмудическаго права имѣетъ при разработкѣ древне-русскихъ юридическихъ памятниковъ, въ виду несомнѣннаго (?) прямаго воздѣйствія Моисеевыхъ законовъ и Талмуда на древне-русскій правовой бытъ и на духовную и народную словесность».

Исходя повидимому изъ давно предвзятой мысли и непомѣрно расширяя территоріальное значеніе возможныхъ въ первые вѣка русской исторіи нѣкоторыхъ воздѣйствій іудео-хазаръ на удѣльную Русь, авторъ приступаетъ къ сличенію статей 42—44, 51, 76, 84 и 93 Псковской Судной Грамоты съ еврейскими источниками. Примѣромъ его довольно произвольнаго метода сопоставленія является такое утвержденіе автора: Наемъ совершается посредствомъ *кабальной* записи (штаръ кабланутъ), отъ еврейскаго слова «каббала», которое значитъ: полученіе, содержаніе, преданіе, традиція, при чемъ съемщикъ назывался *получателемъ* (м'Каббелъ), а хозяинъ — *отдавателемъ* (Нòтенъ)».Спрашивается, гдѣ доказательства, устанавливающія, хотя бы лингвистическую связь древне-русскаго и древне-іудейскаго

слова, доказательства — необходимыя для превращенія рискованной догадки въ научный фактъ? Между тѣмъ, установленіе лингвистическаго родства есть нѣчто скорѣе поддающееся почти математической строгости доказательнаго пріема, въ виду характера законовъ фонетики и создаваемыхъ ими превращеній. Стало-быть, при сличеніи «словъ» нельзя ограничиваться тою приблизительностью разсужденій, которою удовлетворяется поневолѣ историкъ права.

Такихъ сопоставленій у г. Бараца не мало. Въ ст. 42 Псковской Судной Грамоты сказано между прочимъ: «а государь не доискался съ *ысады* рыбной части». Владимірскій-Будановъ объясняетъ, что (при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ) хозяинъ земли «теряетъ свою (четвертую) часть рыбы съ *исада*» («Исадъ — то же, что учугъ, т. е. перегородка черезъ рѣку съ ловушками рыбъ») (Энгельманъ). Даль и Гротъ понимаютъ иначе: «исадъ» значитъ «усадьба», съ ея участіемъ въ рыбной ловлѣ. Г. Барацъ ищетъ далѣе и находитъ въ еврейскомъ текстѣ Библіи слово «саде» въ значеніи «поле», «село» (?!).

Слѣдуютъ въ другихъ мѣстахъ пространные экскурсы въ область талмудическихъ текстовъ, трактата «Бава Меціа», Мишны и т. п. для опредѣленія характера найма сельскихъ имѣній, но уже безъ прямаго отношенія къ предмету, означенному въ заглавіи. Получается впечатлѣніе пестроты и произвольнаго сопоставленія предметовъ разнородныхъ, подгоняемыхъ подъ общій шаблонъ.

СПИСОКЪ

СОЧИНЕНІЙ

А. А. БАШМАКОВА

(съ 1880 по 1911).

С.-ПЕТЕРБУРГЪ,
«Русско-Французская» типографія, Офицерская ул., 6.
1911.

А. А. ВАЛЬЖИНОВА

СОЧИНЕНІЯ

Списокъ статей А. А. Башмакова, а также книгъ и сборниковъ, имъ-же изданныхъ.

1880 г.

1) Нѣск. статей (франц.) въ Journal d'Odessa «**О болгарскихъ дѣлахъ**» осенью 1880 г. (Une vieille question dans un pays neuf»;—«L'Union Macédonienne»).

1881 г.

2) **Образчики болгарскихъ народныхъ пѣсенъ**, въ «Наукѣ» (Пловдивъ) 1881 г. въ № 3.

3) «**Un juriste naturaliste. Etude sur Mouromtseff**» въ «Revue internationale» и отд. оттискъ, Louvain 1881 г. 28 стран.

1882 г.

4) «**За народното съкровище**» въ №№ 55 и 57 газ. «Независимость» (Пловдивъ) 1882 г., 24 Апр. и 1 Мая (по болгарски), съ образчиками родопскихъ и балканскихъ пѣсенъ.

1883 г.

5) «**Echos Rouméliotes**» въ журн. «Muséon» и оттуда въ оттискахъ—Louvain, 1883 г. брош.

1884 г.

6) **Рядъ статей** и рецензій по текущ. вопросамъ дня въ «**Одес. Листкѣ**» 1884 и 1885 гг. («О Гордонѣ и Махди»; «Божества у Славянъ—Фаминцына»; «Земскіе Соборы—Латкина»; «о правѣ предсѣдателей коммерческаго суда исключать присяж. стряпчихъ») и т. д.

7) **Рефератъ**, доложенный на Одесскомъ Археологическомъ Съѣздѣ 1884 года «**О болгарскомъ народномъ эпосѣ**» съ приложеніемъ сборника пѣсенъ.

8) «**Критика трехчленнаго дѣленія**»: преступленія, проступки и нарушенія, въ Прот. Одес. Юрид. Общ. 1884 г., а затѣмъ въ Жур. Гр. и Угол. Пр. 1885 г. № 3.

1885 г.

9) «**О Н. В. Калачовѣ и его трудахъ**» въ Прот. Одес. Юрид. Общ.

10) «**О правѣ наказывать**», статья не пропущенная одесской цензурой и сохранившаяся въ корректур. оттискѣ.

11) «**Очерки болгарской жизни**», въ Одесск. Вѣстникѣ 1885 г.

12) «**О болгарскомъ госуд. переворотѣ**» въ Одесск. Вѣстникѣ 1885 г.

13) «**Крѣпостничество въ Болгаріи въ турецкую эпоху**», въ Юридич. Вѣстн. 1885 г. № 7.

14) «**Страница жизни**» въ «Одесскихъ Новостяхъ», въ Дек. 1885 г.

1886 г.

15) «**Принципъ родства и племенности въ сравнительномъ правовѣдѣніи**» въ Юрид. Вѣстн. 1886 г. № 8.

16) «**Le Congrès d'Archéologie à Odessa**»—Muséon (Louvain), 1885 г.

17) «Библіографическія замѣтки» по исторіи права и по литературѣ швейцарскаго права въ «Юрид. Вѣстн.» 1886 г. № 11, 1887 г. № 1, 1888 г. №№ 2, 5 и др.

1887 г.

18) **Рѣчь**, произнесенная 11 Мая 1887 года **въ Одесскомъ Славянскомъ Обществѣ** по поводу его распри («**Тмутаракань**») въ особой брош., изд. въ Одессѣ.

1888 г.

19) «**Ипотечная практика Женевскаго Кантона**», изд. Высоч. учрежд. Комм. для составл. Пр. Гражд. Улож., отдѣльн. брошюрой.

1890 г.

20) «**Законъ 12-го Іюля 1889 г. о преобразованіи судебной части и введеніи земскихъ начальниковъ**» въ «Жур. Гр. и Угол. Пр.» 1890 г., I.

21) «**Введеніе**» **къ латышско-русскому изданію Волостнаго Судебнаго Устава** для Прибалтійскихъ губерній; изданіе составлено для волостн. судовъ Курл. губ. по распоряж. автора.

22) «**Grundsätze der neuen Organisation des Hypothekenwesens in Libau (Stadt und Land)**» въ Libausche Zeitung, 1890 г. №№ 137 и 148.

23) «**Швейцарская реформа долговаго производства**». — Федеральный законъ о долговомъ взысканіи и конкурсѣ, утв. 11 Апр. 1889 г.; въ Жур. Гр. и Угол. Пр. 1890 г. IX.

1891 г.

24) «**Основныя начала ипотечнаго права**», книга; 248 стран.; Либава 1891 г. Отзывы о ней въ «Tagesanzeiger f. Lib.», «Lib. Zeitung.», «Рижск. Вѣстн.», «Düna Zeitung», «Русск. Вѣстн.», Жур. Гр. и Угол. Пр.».

25) «**Сводъ недвижимостей Газенпотъ-Гробинскаго округа**», опытъ опубликованія ипотечной регистраціи недвиж. собственности; изд. въ 1891—92 гг. на средства города Либавы.

26) «**Введеніе**» къ латышскому переводу программы для собиранія **юридич. обычаевъ**, составленной коммиссіею при Географич. Обществѣ; (для разсылки по вол. судамъ Либавск. округа).

27) **Мѣры, предложенныя въ Октябрѣ 1891 г. для борьбы съ голодомъ.** «Проектъ временныхъ правилъ» съ «Объяснительной Запиской», представлены б. при рапортѣ тогдашнему Мин. Юст. Н. А. Манасеину и препровождены были, по его распоряженію, въ М. Вн. Дѣлъ (не издано).

1892 г.

28) **Рѣчь**, произнесенная **на антлійскомъ** языкѣ 25 Марта 1892 года къ привѣтствію американскихъ гостей съ парохода «Missouri», привезшаго хлѣбъ для голодающихъ, въ Либаву. Русск. переводъ напечатанъ въ «Рижск. Вѣстн.» 1891 г. № 71 и перепечатанъ въ «Моск. Вѣдомостяхъ». Англійскій текстъ въ американской газетѣ «Public Service» 12 Мая 1892 г. въ г. Вашингтонѣ. Критика этой рѣчи въ Майской книжкѣ «Сѣвернаго Вѣстника».

29) **Рѣчь**, произнес. на вокзалѣ въ Либавѣ, при отъѣздѣ Директора Департамента А. А. Казембека, съ указаніемъ на значеніе «**аграрнаго вопроса въ Прибалтикѣ**»; напечатана въ «Курлянд. Губерн. Вѣдомостяхъ» 20 Мая 1892 г.; см. также «Риж. Вѣстн.».

30) «**Прибалтійскія преобразованін и мировой институтъ**» въ «Журналѣ Гражд. и Уголовн. Права» 1892 г. Іюнь. Отзывы въ «Рижск. Вѣст », въ «Tagesanzeiger», «Zeitung f. St. u. Land.», «Libau'sche Zeitung».

31) «**Учрежденіе о Курляндскихъ крестьянахъ 25 Августа 1817 года** со включеніемъ измѣненій и дополненій по 1892 г.; г. Либава, 1892 г.; 629 стран. Отзывы въ «Риж. Вѣстн.», «Курл. Губ. Вѣд.», «Düna-Zeitung», латышск. газ. «Tehwija», «Libau'sche Zeitung», «Neue Dörpt'sche Zeitung», «Юрид. Газетѣ».

1893 г.

32) «**Балтійскій вопросъ** съ точки зрѣнія практическихъ задачъ нашей внутренней политики», въ «Ревельскихъ Извѣстіяхъ» 1893 и 1894 годовъ. Также двумя отдѣльными брошюрами.

Дополнительный очеркъ въ № 183 «Мір. Отгол.» 5 Іюля 1897 г., подъ заглавіемъ «**Балтійскій Вопросъ**» (новая серія). I серія — въ Ревелѣ 1893 г. II серія — тамъ-же, въ 1894 г. Отзывы въ «Рижск. Вѣстникѣ», «Lib. Zeitung», «Mitau'sche Zeitung», «Прибалт. Лист.», «Düna-Zeitung», «Журн. Юрид. Общ.» и проч.

33) **Discours**, prononcé [illegible]ève «sur la question du **Machiavélisme en politique**» [illegible] es amis de la paix et de la liberté) въ Сент. 1893 г.; отзывы въ женевской печати—«la Tribune», «le Genevois».

34) **Очерки позем**[illegible]**льнаго устройства Прибалтійскихъ крестьянъ** «Жур. Гр. и Угол. Права» 1893 г. Ноябрь, и «Журн. Юрид. Общ.» 1895 г., VI. Отзывы и страстныя полемики въ остзейской печати, «Düna Zeitung» и проч.

1894 г.

35) **Рядъ статей въ «Русскомъ Обозрѣніи»**:
а) о Балт. дѣлахъ, Январь 1894 г.
б) объ отставкѣ Манасеина, Февр. 1894 г.
в) «**Развѣнчаніе политическихъ идеаловъ**», Ноябрь 1894 г.
г) «**По поводу рѣчи В. И. Ламанскаго въ Славянскомъ Обществѣ**», Дек. 1894 г.

36) «**Эстонскія празднества 75-ти-лѣтія освобожденія Лифляндскихъ крестьянъ**» въ «Нов. Врем.» 20 Іюня 1894 г. № 6575.

37) «**Практическое руководство для крѣпостныхъ отдѣленій Прибалтійскаго края**», книга 283 стран., Либава 1894 г.; отзывы въ «Libau'sche Zeitung», «Рижск. Вѣстн.», «Журн. Юрид. Общ.», «Zeitung f. St. u. L.», Düna Zeitung».

38) «**Библіографическія** замѣтки о книгѣ Delaperrière — France Economique», въ «**Русск. Вѣстн.**» Ноябрь, 1894 г.

1895 г.

39) «**Chronique législative et sociale russe**» въ Revue Politique et Parlementaire, начиная съ Апрѣля 1895 г. ежегодно—(1895 г., 1896 г., 1897 г., 1898 г., 1899 г., 1900 г., 1902 г.).

40) Рѣчь, произнесенная въ С.-Петербургск. Славянск. Благотвор. Обществѣ на тему: «**О задачахъ Славянскаго Общества на окраинахъ Россіи**». Напечатана въ «Проток. Славян. Общества» и въ «Русскомъ Словѣ» № 104. Отзывы въ «Рижск. Вѣстникѣ».

41) «Sur les travaux de la Commission du Code Civil Russe»—въ «Revue Polit. et Parlementaire», Ноябрь, 1895 г.

42) **Библіографическія статьи** въ «Журн. Юридич. Общ.» за Янв., Іюнь, Сент., Окт., Дек. 1895 г.

43) **Некрологъ Н. А. Манасеина** въ «Журн. Юридич. Общ.» Дек., 1895 г.

1896 г.

44) «**Гимназическія программы и дѣтскій возрастъ**» въ «Ревельск. Извѣстіяхъ» 1896 г., № 98 и въ «Педагогическомъ Еженедѣльникѣ» № 19 (Ревель).

45) «**О національномъ и славянскомъ городскомъ вопросѣ**», рѣчь, произнесенная въ С.-Петерб. Славянск[illegible] Обществѣ 7 Апр. 1896 г.; напечатана въ «Протоколахъ Общества» [illegible] въ чешской газетѣ «Narodny Listy»; выдержка по-болгарски въ «Българска Сбирка», «Пловдивъ», 1897 г., кн. II.

46) «**Внутреннее положеніе въ Трансваалѣ**», въ «С.-Петерб. Вѣдомостяхъ» 1896 г., № 11.

47) «**Французское владычество на островѣ Мадагаскарѣ**», въ «С.-Петерб. Вѣдомостяхъ» № 34.

48) «**Вопросъ о земскихъ повинностяхъ въ Прибалтійскихъ губерніяхъ**» въ «С.-Петерб. Вѣд.» №№ 55, 64, 73, 97.

49) **Библіографическая** замѣтка о книгѣ **Флексора** «Инстит. отмѣны рѣш. по просьбѣ 3-хъ лицъ», въ журн. «Юрид. Общ.», Янв. 1896 г.

50) «**Право представленія и поколѣнное преемство**», въ «Журн. Юрид. Общ.», Апр. 1896 г. а также отдѣльн. брошюра.

51) **Библіографическая** замѣтка о «Журн. Юридич. Общ.» въ «С.-Петерб. Вѣдом.» № 119.

52) «**La Question Finlandaise et ses causes extérieures**», Revue Polit. et Parlementaire, 1896 г., № 10.

1897 г.

53) **La Question Finlandaise**» (suite) отвѣтъ г-ну Мехелину, въ Revue Polit. et Parlementaire, въ Маѣ 1897 г.

54) «**Церковное патронатство въ Прибалтійскихъ губерніяхъ**», въ № 12 «Міровыхъ Отголоск.».

55) «**Еще о патронатствѣ въ Прибалтійскихъ губерніяхъ**», отвѣтъ г-ну Вильбоа, №№ 229 и 230 «С.-Петерб. Вѣдом.».

56) **Передовая статья** «**О Государственной Росписи**», въ «Міров. Отголоск.» № 14.

57) Передовая статья «О сліяніи Прибалтійскаго крестьянскаго права съ узаконеніями Имперіи», въ «Міров. Отгол.» № 37.

58) Перед. «О французскомъ народномъ геніи и русской самобытности», въ «Міров. Отгол.» № 18.

59) Перед. «О Чехахъ—Политическое Обозрѣніе«, въ «Міров. Отголоскахъ» № 35.

60) Перед. «По переселенческому вопросу—О Колонизаціи Кавказа», въ «Міров. Отгол.» № 44.

61) Перед. «Интересы Россіи въ Восточномъ Вопросѣ», въ «Міров. Отголоск.» № 52.

62) Перед. «Колоніальная Англія и Національная Россія», въ «Мір. Отгол.» № 53.

63) «О значеніи печати и общественности на окраинахъ Россіи», въ «Мір. Отголоск.» № 62.

64) «Неприкосновенность Дарданеллъ», въ «Мір. Отгол.» № 65.

65) «Новый фазисъ Критскаго вопроса», въ «Міров. Отгол.» № 70.

66) «Куда идетъ Европейск. Концертъ?» въ «Мір. Отгол.» № 75.

67) «Побѣги и Арабески», рядъ фельетоновъ, въ «Міров. Отгол.» за подписью «Philharmonios» по слѣдующимъ вопросамъ и въ №№, при семъ указанныхъ.

а) «Шербюлье и Золя» въ № 76.
б) «Наполеонъ I» въ № 93.
в) «Г-жа де Стаэль» въ № 98.
г) «Фуадъ-Паша» въ № 108.
д) «Гурбанъ Ваянскій» въ № 114.
е) «Зудерманъ» въ № 144.
ж) «Адвокатская этика» въ № 148.
з) «Remords d'avocat» въ № 167.
и) «О Сіамѣ» въ № 175.
і) «Д-ръ Тулузъ и Золя» въ № 182.
к) «Судъ чести надъ Поповой» въ № 236.
л) «Женскій вопросъ» въ № 282.

68) «Кризисъ Австро-Венгерскаго Дуализма», въ «Міров. Отгол.» № 87.

69) «Церковная смута въ Прибалтійскомъ краѣ», въ журн. «Наблюдатель», 1897 г., Мартъ.

70) «Адуа и Ларисса», въ «Міров. Отгол.», № 116.

71) «Школьный вопросъ въ Прибалтійскомъ краѣ», въ «Міров. Отголоск.» № 97.

72) «Россія и Славяне», въ «Міров. Отгол.» № 118.

73) «Н. Н. Страховъ, какъ публицистъ», въ «Міров. Отгол.» № 123; а также въ «Проток. Слав. Общ.».

74) «Россія и Абиссинія», въ «Міров. Отголоск.» № 145.

75) «Убыль крестьянскаго населенія въ Прибалтійскомъ краѣ», въ «Міров. Отгол.» № 146.

76) «О земской реформѣ въ Прибалтійскомъ краѣ», въ «Міров. Отголоск.» № 146.

77) «Мятежъ въ Индіи», въ «Мір. Отгол.» № 178.

78) «Вырожденіе Франціи», въ «Міров. Отгол.», № 192.

79) «Идея дворянства», въ «Міров. Отгол.» № 209.

80) «Тройственный союзъ будущаго», въ «Міров. Отгол.» № 219.

81) «Экономическій разрывъ между Великобританіей и Германіей». въ «Міров. Отгол.» № 221.

82) «Политическіе горизонты дня», въ «Міров. Отгол.» № 224.

83) «Питейная реформа и привилегія Прибалтійскаго края», въ «Міров. Отгол.» № 228.

84) «Націонализмъ и просвѣщеніе», въ «Міров. Отгол.» № 229.

85) «О желательномъ распространеніи дѣйствія крестьянскаго банка на Прибалтійскій край», въ «Міровыхъ Отголоск.» № 250.

86) «Англія передъ двойственнымъ союзомъ», въ «Міров. Отгол.» № 251.

87) «Институтъ Родовыхъ Имуществъ передъ судомъ русской юриспруденціи», въ журн. «Мин. Юстиціи» за Сент. и Окт., а также отдѣльн. брош.

88) «Институтъ Родовыхъ Имуществъ наканунѣ его отмѣны или преобразованія», «Журн. Юр. Общ.» за Ноябрь.

89) «Объ Обязательной Долѣ», въ журн. «Юридич. Общ.» за Сент.

90) «Проектъ крестьянскаго единонаслѣдія въ Лифляндской губерніи», въ «Міров. Отгол.» № 261.

91) «Запрещеніе корпорацій учениковъ во Франціи», въ «Міров. Отголоскахъ» № 263.

92) «Государственное землевладѣніе въ Прибалтійскихъ губерніяхъ», въ «Міров. Отгол.» № 264.

93) «Недочеты и грѣхи нашего городскаго хозяйства», въ «Міров. Отгол.» № 266.

94) «Новооткрытые золотые пріиски въ Клондайкѣ», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 265.

95) «Квартирный вопросъ съ общественной точки зрѣнія», въ «Міров. Отгол.» № 270.

96) «Англо-Французскія колоніальныя недоразумѣнія», въ «Міров. Отгол.» № 275.

97) «Испанскія дѣла», въ «Міров. Отгол.» № 277.

98) «Монархическій принципъ въ Англіи», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 278.

99) «Предстоящее введеніе въ Германіи Новаго Гражданскаго Уложенія», въ «Міров. Отгол.» № 284.

100) «Новая Англійская точка зрѣнія на восточный вопросъ», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 282.

101) «Гамбургскій Соціалистическ. Конгресъ» въ «Міров. Отгол.» № 288.

102) «Экономическій упадокъ англичанъ въ собствен. колоніяхъ», въ «Міров. Отгол.» № 293.

103) «Дѣло Дрейфуса», въ «Міров. Отгол.» № 297.

104) «Объ изслѣдованіи обычнаго права», въ «Міров. Отгол.» № 298.

105) «О Сборникѣ Бобчева», въ «Журналѣ Юрид. Общ.», Нояб.

106) «Англійскія притязанія на Гвинейскомъ берегу», въ «Міровыхъ Отгол.» № 303.

107) «О задач. реформы юридич. образованія», въ «Міров. Отгол.» № 308.

108) «Г. Криспи о двойственномъ и тройственномъ союзахъ», въ «С.-Петерб. Вѣд.» № 319.

109) «Британское Горе-Злосчастье», въ «Міров. Отгол.» № 322.

110) «Положеніе дѣлъ въ Австріи», въ «Міров. Отгол.» № 324.

111) «Институтъ Международн. Права», тамъ-же.

112) «Въ виду возможнаго раздѣла Китая», въ «Міров. Отгол.» № 325.

113) «Сибирскія письма Пьера Леруа-Больё», въ «С.-Петерб. Вѣд.» № 324.

114) «Испанскія надежды и Американскіе аппетиты», въ «Міров. Отгол.» № 328.

115) «Греко-турецкій міръ и славянство на Балканскомъ полуостровѣ», въ «Міров. Отгол.» № 330.

116) «Первые шаги министерства Гаучъ», въ «Міров. Отгол.» № 330.

117) «Англійскій голосъ о новой политической эрѣ», въ «С.-Петерб. Вѣд.» № 323.

118) «Швейцарскій проектъ Гражданск. Уложенія», въ «Журн. Юридич. Общ.» № 10.

119) «Англійская политика и азіатскія дѣла», въ «Міров. Отгол.» № 346.

120) «Э. М. Диллонъ о Критѣ», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 347.

121) «Англійская политика въ сѣверо-западной Индіи», въ «С.Петер. Вѣд.» № 348.

1898 г.

122) «Наши азіатскія окраины», въ «Мір. Отгол.» № 370.

123) «Анархія мысли въ современномъ обществѣ», въ особ. прилож. къ № 1 «Русск. Труда».

124) «Англо - американская распря на Беринговомъ морѣ», въ «С.Петер. Вѣдом.» № 10.

125) «Вопли нашихъ инородцевъ», въ «Гласности» № 10. (Это заглавіе проставлено самою редакціею вмѣсто его: «Польскій вопросъ въ Пруссіи»).

126) «О предстоящемъ величіи славяно - германскаго міра», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 21.

127) «Датская точка зрѣнія на Шлезвигъ-Голштинскій вопросъ», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 26.

128) «Недочеты парламентаризма», въ «С.-Петерб. Вѣдом.» № 27.

129) «Университетское образованіе во Франціи и въ Германіи», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 31.

130) «Къ вопросу объ отмѣнѣ Африканскаго рабства», въ «С.-Петерб. Вѣдом.» № 43.

131) «Вольтеръ и дѣло казненнаго Каласа», въ «Риж. Вѣстн.» № 34.

132) «О задачахъ новаго отдѣленія обычнаго права СПБ. Юрид. Общ.» въ «Прот. С.-Петерб. Юрид. Общ.», «Журн. Юрид. Общ.», Февр. 1898 г.

133) «Юность Наполеона», въ «Гласности» № 35.

134) «Славянинъ идетъ!» въ «С.-Пет. Вѣд.» № 56.

135) «Къ вопросу о статистикѣ вѣроисповѣданій въ Россіи», въ «С.-Пет. Вѣдом.» № 59.

136) «Могила Чингизъ-Хана», въ «С.-Пет. Вѣдом.» № 60.

137) «Надежды испанскихъ карлистовъ», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 67.

138) «Греко-турецкій миръ, освѣщ. критикой франц. филэллина», въ «С.-Пет. Вѣдом.» № 83 (отз. въ «Морав. газ.»).

139) «Будущность Маньчжуріи», въ «Рев. Изв.» № 71.

140) «Древній Римъ и Великобританія», въ «С.-Петерб. Вѣдом.» № 92.

141) «Нѣмцы въ Константинополѣ», въ «С.-Петерб. Вѣд.» № 95.

142) «Размышленія о русскомъ классицизмѣ», въ «С.-Петерб. Вѣдом.» №№ 97 и 99.

143) «Маленькій фельетонъ» (о Додэ), въ «С.-Петерб. Вѣд.» № 104.

144) «Историч. замѣтки о Кореѣ», въ «С.-Петерб. Вѣд.» № 107.

145) «Вопр. о реорганизаціи арміи во франц. колоніяхъ», въ «С.-Пет. Вѣд.» № 108.

146) «Японскій прогрессъ», въ «С.-Петерб. Вѣд.» № 110.

147) «Анкетное право при парламентскомъ порядкѣ и внѣ онаго», въ «С.-Петерб. Вѣд.» № 115.

148) «Кризисъ на Крайнемъ Востокѣ», «С.-Пет. Вѣд.» № 122.

149) «Сибирскіе Очерки», въ «Приднѣпр. Краѣ», №№ 305 и 312.

1899 г.

150) «Между Алтаемъ и Саяномъ», въ «Приднѣпр. Краѣ» №№ 345, 366, 394 и 395.

151) «Алтайскіе Очерки», въ «Русскомъ Вѣстн.», за Сентябрь.

152) «Безъ корней», въ «Наблюдателѣ» за Декабрь 1898 г.

153) «Добрый совѣтъ Славянскому Обществу», въ № 14 «Рус. Труда».

154) «Пора кончить!» «Рус. Трудъ» №

155) «Письма изъ Болгаріи и Македоніи», (Вѣщій Олегъ) въ «С.-Петерб. Вѣдом.» №№ 199, 201, 203, 206, 216, 217, 218, 223, 225. 233, 242, 245, 250, 252, 266, 270 и 274 (всего 17).

(Болгарскій переводъ въ мак. органѣ «Реформы», изд. въ Софіи).

156) «Les Destinées de la Russie au point de vue nationaliste» par «Philharmonios» въ «Revue Polit. et Parlementaire» за Августъ 1899 года. Отзывъ Багницкаго и полемика въ № 238 «С.-Петерб. Вѣдом.» (см. также въ вѣнск. газетѣ: «die Zeit.»).

157) «Воспоминанія съ Балканскаго Полуострова» (Вѣщій Олегъ). въ стихахъ и прозѣ. («Българска Сбирка», Софія, Декабрь).

158) «Русскіе торговые пути изъ Алтая въ г. Кобдо (сѣв. Монголія)», докладъ читан. въ обществѣ для содѣйствія Русской Промышленности и Торговлѣ (отпечатанъ особой брошюрой).

159) «Четвертая книга Проекта Гражданскаго Уложенія, съ объяснительною запискою» (около 1/3 проектированныхъ статей принадлежатъ автору, равно всѣ мотивы; 317. страницъ. Однако, согласно принятымъ условіямъ труда въ коммиссіи, книга не носитъ имени автора. Издана ред. коммиссіею по сост. Пр. Гражд. Уложенія).

1900 г.

160) «Македонскіе Отблески» (Вѣщій Олегъ), «Приднѣпров. Край» Январь, №№ 718 и 720.

161) «Булатъ и Золото» (Вѣщій Олегъ), «Приднѣпр. Край», №№ 714, 715, 716: также въ «Рев. Изв.» Августъ.

162) «Да ли е живъ или мъртавъ славянскій идеалъ?» (Вѣщій Олегъ), «Българска Сбирка», Софія. Янв.

163) «Побѣги и Арабески», (Вѣщій Олегъ), въ «С.-Петерб. Вѣд«. № 163 (о «Думѣ» Лермонтова).

164) «Письмо Вѣщаго Олега о славянскихъ стремленіяхъ», въ вѣнскомъ журн. «Слав. Вѣкъ» № 3.

165) «Подрумскіе узники» Вѣщаго Олега, «Слав. Вѣкъ» № 7—8.

166) «Открытое письмо Вѣщаго Олега профессору Гэдозу», («Lettre ouverte a M-r. le professeur Gaidoz»), «Славян. Вѣкъ» № 9—10.

1901 г.

167) «Отношеніе суда къ обычаю, по новому проекту устава гражданскаго судопроизводства», «Вѣстн. Права», Февраль.

168) «О владѣніи по наслѣдству или сезинѣ», «Журн. Минист. Юст.», Февр.

169) «Le rapprochement des races latine et slave et l'Autriche-Hongrie» par***. «Revue Politique et Parlementaire». Février.

170) «По пути къ народному правосознанію», «Вѣстн. Права», Іюнь.

171) «Быть или не быть завѣщательнымъ отказамъ въ русскомъ законодательствѣ», «Журн. Минист. Юст.», Сентябрь.

172) «Поѣздка въ Македонію», въ «Извѣст. Императ. Русск. Географ. Общества» и отдѣльн. оттисками (съ картою страны).

173) Докладъ о «Запискахъ пѣшехода» В. Янчевецкаго, прочтенный въ засѣд. Отдѣл. Обычн. Права («Вѣстн. Права» Ноябрь).

174) Докладные тезисы «о значеніи обычая для судьи и законодателя», (Пренія 6 Дек. 1901 г. въ Отдѣленіи Обычн. Права С.-Петерб. Юрид. Общества), «Вѣстн. Права», Февр. 1902 г.

175) «Le Chant du divin Oleg» (французскій стихотворный переводъ «Пѣсни о Вѣщемъ Олегѣ» Пушкина). Revue des Etudes Russes», 1-er Nov., № 7.

1902 г.

176) Докладъ, прочтенный въ засѣд. Отдѣл. Обычн. Права 21 Дек. 1901 г., подъ заглавіемъ: «Юго-славянское Обычное Право въ судьбахъ греко-россійскихъ номоканоновъ», «Вѣст. Права», №№ 4 и 5.

177) «Долговая отвѣтственность наслѣдника», въ «Журн. Минист. Юст.», Февр.

178) «Принципъ тождества чередующихся формъ при вымираніи и возникновеніи юридическихъ обычаевъ». Докл. прочт. въ засѣд. Отдѣл. Обыч. Права, 19 марта 1902 г.; «Журн. Минист. Юст.», Апр.; также «Вѣстн. Права».

179) «Обзоръ юридическихъ журналовъ», въ «Журн. Минист. Юст.», кн. 3, 5, 7, 10.

180) «Надежды славянскаго Юга» (Вѣщій Олегъ). № 103 «С.-Петерб. Вѣд.» (вызвало статью въ «Глас Црнагорца», № 17, Цетинье.)

181) **«Значеніе Франко-Русскаго союза»** (Вѣщій Олегъ) № 122 «С.-Пет. Вѣд.» (перевед. въ «Българск. Сбиркѣ» за Іюнь, Софія).

182) **«Письма о Македонскомъ Вопросѣ»**, въ №№ 9488, 9490, 9492 и 9495 «Новаго Времени».

(Вызвали полемич. литературу и отзывы):

а) «Нестора», въ №№ 9505 и 9506 «Новаго Времени».

б) «St.-Petersbürger Zeitung».

в) «Славянскій Вѣкъ».

г) «Право» (въ Софіи), №№ 27 и 28.

д) «Реформи», органъ Македонск. Комитета (въ Софіи), № 28.

е) «Глас Црногорца» №№ 34 и 36.

183) **«Le Congrès des Criminalistes à Saint-Pétersbourg»**. Напечатано у профес. Larnaude «Revue du Droit Public» въ Парижѣ

184) и 185) **«Элементы Обычнаго и Естественнаго Права въ исторіи Восточнаго Вопроса»** въ «Слав. Вѣкѣ», въ Вѣнѣ (см. № 205).

186) **Отзывъ о книгѣ Божидара Никашиновича:** «Bosnien und die Herzegovina unter der Verwaltung der österreichisch-ungarischen Monarchie». Berl. 1901. См. въ «Извѣстіяхъ С.-Петерб. Славян. Благотв. Общества», № 1, стр. 42.

187) **«Нотаріальныя функціи Россійскихъ консуловъ»**, появилось въ декабрѣ 1902 г. въ журн. Мин. Юст. (тожд. съ № 185.

188) **«Сбавка и возвратъ въ связи съ учрежденіемъ выдѣла»**, «Юрид. Газета» 1902 г. № 86.

1903 г.

189) **Рядъ французскихъ передовыхъ статей въ русско-Французской газетѣ «Отечество»—«La Patrie»**, издававшейся въ С.-Петербургѣ на французскомъ и русскомъ языкѣ, а именно:

а) «L'apparition dans les rangs de la presse russe» и т. д. (№ 1—2);

б) «L'évènement sans contredit le plus grand sur la scène du monde...» (ibid);

в) «Une idée tentatrice nous solicite (№ 3);

г) «La doctrine de Monroë soumise à une rude épreuve» (ibid);

д) «A propos du discours de M. Jaurès» (№ 6);

е) «Le courant franco-russe et les questions intérieures» (№ 7);

ж) «L'horizon du jour dans les Balcans» (№ 8);

з) «Aux détracteurs de notre pays» (№ 9);

и) «La Question Finlandaise» (№ 10);

і) «Le traité de Commerce avec la Perse» (№ 11);

к) «L'horizon politique» (№ 12);
л) «La crise en Bavière» (№ 13);
м) «Vingt-cinq ans de Pontificat» (№ 14);
н) «Echos Balcaniques» (№ 15).

190) **Нѣсколько русскихъ статей въ той-же газетѣ «Отечество»:**
а) «Воспоминанія о Каравеловѣ» **Вѣщаго Олега** (№ 9);
б) «Къ вопросу о поощреніи нашего торговаго флота» (№ 15).

191) **«Обзоръ Юридическихъ журналовъ»**, въ «Журн. Мин. Юст.», кн. 1, 2, 4, 6 и 7.

192) **«Правовая мысль и пріемы ея выработки»**, «Юрид. Газ.» № 5.

193) **Что такое наслѣдство?** «Юрид. Газ.» № 1.

194) **«Что такое трансмиссія?»** «Юрид. Газ.» № 13.

195) **«Нападки Бориса Минцеса на Россію. Вѣщаго Олега**, «Изв. Слав. Благотвор. общ. № 4, стр. 66.

196) **«О безусловной неспособности наслѣдовать»** «Юрид. Газ.» № 17.

197) **«Наслѣдованіе лицъ, еще не родившихся и не созданныхъ»** «Юрид. Газ.» №№ 20 и 21.

198) **«Диллонъ о Македонскомъ вопросѣ»**, въ газ. «Заря» 11 марта 1903 года.

199) **«Недостойность наслѣдника по судебному приговору и по завѣщанію»**, «Юрид. Газ.» №№ 25 и 26.

200) **«О предѣлахъ примѣненія обычая въ наслѣдственномъ правѣ»**, «Юрид. Газ.» №№ 31 и 32.

201) **«Болгарія и Македонія» Вѣщаго Олета.** СПБ. 1903 г.; напечатано въ типографіи акц. общ. «Слово»; 386 стран. съ иллюстраціями и картою. Книга посвящена «творцу Санъ-Стефанскаго договора, графу Н. П. Игнатьеву».

Отзывы объ этой книгѣ:
а) ст. «Сигмы» въ «Нов. Времени»;
б) отз. въ «Българск. Сбирка» Бобчева въ Софіи;
в) въ № 71 «Славянск. Вѣка» въ Вѣнѣ;
г) въ «Изв. Слав. Благ. общ.» 1903 г. № 2, стр. 90.
д) въ Прагѣ вышелъ чешскій переводъ.

202) **«Обычай, какъ строительный матеріалъ нашего гражданскаго права»**, «Юрид. Газ.» №№ 38 и 39.

203) **«Отрицаніе наслѣдованія въ семейномъ имуществѣ»**, въ «Юрид. Газ.» №№ 56 и 57.

204) **«Новинка въ литературѣ русскаго обычнаго права»**. въ «Юрид. Газ.» №№ 64, 65 и 66.

205) **«Религіозный протекторатъ Россіи на Ближнемъ Востокѣ» Вѣщаго Олега**; «Славянскій Вѣкъ» 1903 г. № 67 въ Вѣнѣ.

206) **«Необходимое наслѣдованіе въ видѣ обязательной доли»**, въ «Юрид. Газ.» №№ 80—83.

207) **«Новый Сборникъ Болгарскихъ Юридическихъ обычаевъ»**, «Юрид. Газ.» №№ 72 и 73.

Переведено по болгарски: въ «Юридическомъ Прѣглѣдѣ» Бобчева, въ Софіи, 1903 г. № 9.

1904 г.

208) **Рядъ передовыхъ статей на французскомъ языкѣ въ «Journal de S.-Pétersbourg» за подписью «Philharmonios»:**

а) «Prise illégale des vaisseaux russes par les japonais» № 63.
б) «La guerre et la Diplomatie» № 71;
в) «La perte du «Pétropavlovsk» et les commentaires de la Russophobie» № 87;
г) «Sympathies allemandes; manifestations à Vienne» № 91;
д) «Sympathies grecques à Smyrne» № 100;
е) «La valeur de l'Alliance» № 106;
ж) «Le Scepticisme» № 128;
з) «L'assassinat de Bobrikof» № 148;
и) «L'impôt du sang» № 155;
і) «Cruauté japonaise envers les blessès russes» № 162;
к) «Port-Arthur tient toujours!» № 218;
л) «Les Etats-Unis et la question israélite» № 232;
м) «Encore la question des Etats-Unis et des Juifs» № 261;
н) «La collision dans la Mer du Nord» № 274.
о) «Le droit des neutres et le ravitaillement maritime» № 283.

209) **«Le Chant du divin Oleg»** № 48 «Journ. de St.-Pétersbourg» (см. ст. 175 наст. списка)».

210) **«M. Yves Guyot détracteur de la Russie»** № 85 «Journ. de St.-Pétersb.».

211) **«Tchèmoulpo»**. Стихотвореніе, № 101 «J. de St.-P.»

212) **«L'assassinat le M. de Plehvé et notre situation intèrieure»** № 194 «J. de St.-P.»

213) **«Une excursion dans l'ancienne Circassie»** «J. de St.-Pét.» № 213.

214) Полемика съ **Новостями** «Echos de la Presse Russe» № 273 «J. de St.-P.» и съ **С.-Петербургскими Вѣдомостями** №№ 277, 280, **«Pro doma sua»** № 282 «J. de St.-P.», а также **«Réponse à M. Clado»** № 318 «J. de St.-Pét.».

215) **«Monsieur de Clérambon»**. Критическій очеркъ №№ 313 и 317 «J. de St.-P.», также № 5 «С.-Пет. Дневн.».

216) «Законодательная техника и народное право« въ «Журн. Мин. Юст.» за февр.; также оттиски въ продажѣ (С.-Пет. 1904 г.).

217) Въ трудахъ редакціонной коммиссіи при Земскомъ Отдѣлѣ Мин. Вн. Дѣлъ по пересмотру законоположеній о крестьянахъ (С.-Пет. 1904 г.);
«Уставъ о наслѣдованіи» (стр. 333—505) составленъ согласно обычному праву, на основаніи первоначальнаго проекта, составленнаго А. А. Башмаковымъ.

218) «Рядъ передовыхъ статей, за подписью «Вѣщій Олегъ» въ его собственной газетѣ «С.-Петербургскій Дневникъ»:
а) «Травля свобододѣйствующихъ студентовъ» № 9 «С.-Пет. Дневн.» 1904 г.;
б) «По поводу записки С. Ѳ. Шарапова на тему о бюрократіи» № 10 «С.-Пет. Дн.».
в) «Характеръ нашего времени» № 15 «С.-Пет. Дн.»;
г) «Паденіе Портъ-Артура» № 18 «С.-Пет. Дн.».

219) Передовыя статьи за собственной подписью или безъ подписи въ «С.-Петербургскомъ Дневникѣ»:
а) «Наша цѣль» № 1 «С.-Пет. Дн.»;
б) «Политическое обозрѣніе» № 2 «С.-Пет. Дн.»;
в) «Школа и Жизнь» № 17 «С.-Пет. Дн.»;
г) «Наканунѣ Реформъ» № 18 «С.Пет. Дн.».

220) «Лермонтовская лира и духъ нашего вѣка» «Вѣщаго Олега» (фел.) № 17) «С.-Пет. Дн.».

1905 г.

221) «Вѣра, Надежда, Любовь» (стих.) «Вѣщаго Олега» въ № 4 «С.-Пет. Дн.» 1905 г.

222) Передовыя статьи на французскомъ языкѣ въ «Journal de St.-Pétersbourg» за подписью «Philharmonios»:
а) «L'émeute de St.-Pétersbourg» №№ 6—11;
б) «Les dessous de la civilisation américaine» № 25;
в) «La vérité sur la guerre» № 141.

223) «Марево» (по поводу «Гапоновщины») №№ 6—11 той-же газеты.

224) «Impressions Pétersbourgeoises» № 12 «J. de St.-P.».

225) «En visite chez les Japonais prisonniers» № 19 «J. de St.-P.».

226) «Le vote de l'Assemblée de la Noblesse à Moscou» № 23 «J. de St.-P.»

227) «Tolstoï, Gorki et le délire social de l'instant» № 33 «J. de St.-P.»

228) «Les grèves absurdes» № 40 «J. de St.-P.»

229) «Etats d'âme russes» № 42 «J. de St.-P.»

230) «**La Russie devant l'opinion au Mexique**» № 47 «J. de St.-P.».

231) «**L'Ere Nouvelle**» № 49 «J. de St.-P.»

232) «**L'opinion du professeur Latkine sur le Zemski Sobor**» № 54 «J. de St.-P.»

233) «**Castigo Ridendo Mores**» Kortik №№ 88 «J. de St.-P.» за 1904 г. и 54 «J. de St.-P.» за 1905 г.

234) «**L'attentat contre M. Miassoyédoff**» № 65 «J. de St.-P.» за 1905 г.

235) «**Un collègue mystifiè**» № 73 «J. de St.-P.»

236) «**Souvenir de Jules Verne**» № 76 «J. de St.-P.»

237) «**Paul Mikhaïlovitch Lessar**» **(Nécrologie)** № 96 «J. de St.-P.»

238) «**Revue des Périodiques français**»:
I. Banzai! Banzai!—№ 111 «J. de St.-P.»
II. Appréciations de la crise Russe № 118 «J. de St.-P.».

239) «**Tout comme chez nous!**» № 119 «J. de St.-P.»

240) «**Paix ou Patrie**» № 134 «J. de St.-P.»

241) «**La Crise Russe en Finlande**» (notice bibliographique) № 150 «J. de St.-P.»

242) «**L'étude de Statistique de M. Goulichambaroff**» (notice bibliogr.) № 164 «J. de St.-P.».

243) «**Открытое письмо Спб. Патріотическому Союзу**» № 179 газеты «Слово».

244) «**Вѣренъ-ли курсъ нашего Отечественнаго Союза?**» № 192 газ. «Слово».

1906 г.

245) «**За Смутные Годы**» публицистическія статьи и рѣчи **А. А. Башмакова.** Спб., 1906 г. (Изд. «Русско-Франц. типогр.») 356 стр.—(Содержитъ между прочимъ 56 статей, напечатанныхъ въ «**Народномъ Голосѣ**», съ 1-го Октября 1905 г. по Май 1906 г.).

246) «**Письмо въ редакцію «Биржевыхъ Вѣдомостей»** (27 Іюня № 9362, вечерн.)—по случаю назначенія автора Главнымъ Редакторомъ «Правит. Вѣстника».

247) «**Задачи Россіи на Ближнемъ Востокѣ**» напечатано сначала (съ пропусками)—въ №№ 39, 46, 54 и 60 «Вечерн. Прибавл. къ Пр. Вѣст.», а затѣмъ (сполна) въ сборникѣ «За Смутные Годы», на стр. 321—356.

248) «**Русское Изслѣдованіе объ англо-американскомъ гражданскомъ правѣ**» въ № 140 «Веч. Приб. къ Пр. Вѣст.».

1907 г.

249) «**Великое Рушеніе**»—**Вѣщаго Олега**—въ газ. «Россія», также отдѣльно, Спб.. 1907 г. (32 стр.).

250) «**Избирательная Реформа въ Австріи** и выборы въ Рейхсратъ по новому закону о всенародномъ голосованіи», въ «Вечерн. Приб. къ Прав. Вѣстн.» и отдѣльно, Спб. 1907 г. (48 стр.).
251) «**Новыя Данныя по Исторіи Восточнаго Вопроса**» въ «Веч. Приб. въ Прав. Вѣст.» и въ № 4 «Слав. Извѣстій» за 1907 г.
252) «**Кто Идетъ?**» (Романъ Владиміра Шуфа; Спб. 1907 г.) въ № 223 «Прав. Вѣстн.» за 1907 г.
253) «**Народовластіе и Государева Воля**»—лекція, прочитанная въ Русскомъ Собраніи 9-го Ноября 1907 года.
254) «**Справочная Книга Избирателя въ Государственную Думу**», Спб. (507 стр.)
255) «**Органическіе недостатки нашей выборной системы**», Спб. 1907 г. (брош. изд. «Русскимъ Собраніемъ» 42 стр.)
256) «**La Réforme du Ministère des Affaires Etrangères**» въ «Journal de St. Pétersbourg». № 287.
257) «**A la Douma d'Empire**» въ «Journal de St. Pétersbourg». №№ 289 и 291.
258) «**Réponse à Mr Anatole Leroy-Beaulieu, au sujet des Congrès Slaves en Russie**» въ «Journal de St. Pétersbourg» № 302.
259) «**Phénix**» въ «Journal de St. Pétersbourg» № 293.
260) «**Vices et vertus de la vie russe**» въ «Journal de St. Pétersb.» отъ 21 Декабря.

1908 г.

261) «**Къ вопросу о пробужденіи Славянскаго Общества**», «Нов. Вр.» 11-го Января, № 11,434.
262) «**Обсужденіе Польскаго Вопроса въ Славянскомъ Обществѣ**». «Россія», 31 Января, № 670.
263) «**Прусское Управленіе въ Познани и отношеніе его къ Польскому Землевладѣнію**», въ «Правит. Вѣстникѣ», №№ 40 и 41. Та-же статья въ «Слав. Извѣстіяхъ» кн. 1-3, подъ заглавіемъ: «Прусская Политика въ Познани и борьба поляковъ за обладаніе землею».
264) «**Une page récente de nos annales diplomatiques**», съ приложеніемъ: «**Mémoire relatif au Mémorandum Austro-Russe**» въ «Journal de St. Pétersbourg». 2 (15) Февр. № 32.
265) «**Le discours de M. Izvolski et les réalités balcaniques**» въ «Journal de St. Pétersbourg», 7 Апрѣля.
266) «**Македонія и Македонскій вопросъ**», лекція прочитанная въ Славянскомъ Обществѣ, въ Январѣ 1908 г. (неизданная).
267) «**Une étude critique du mouvement révolutionnaire en Russie**» (à propos du livre de Rodolphe Vrba: Die Revolution in Russland. Statistische und Socialpolitische Studien, Praga 1906, 2 vol. въ «Journal de St. Pétersbourg», 17 Апр. № 99.
268) «**Etranges informations sur la Macédoine**» въ «Journal de St. Pétersbourg» 2 Марта.
269) «**Славянская Традиція въ Славянскомъ Обществѣ**» (Рѣчь произ-

несенная въ «Слав. Общ.» 11 Мая 1908 г.; въ газетѣ «Россія», отъ 16 Мая, № 759 и «Слав. Изв.», кн. 4—5.

270) **«Посмертное изданіе трудовъ К. Ф. Ордина»**, въ «Прав. Вѣст.» № 122.

271) **«Cassandre»** въ «Journal de St. Pétersbourg» отъ 16 Іюня, 25 Іюня и 1 Іюля.

272) **«Les naïvetés du Siècle»** въ «Journal de St. Pétersbourg» отъ 24 Іюля.

273) **«Un égorgement de petit enfant dans un but présumé «rituel» à Vilna»** въ «Journal de St. Pétersbourg», отъ 26 Іюля.

274) **«Болгарская семейная задруга, по изслѣдованіямъ С. С. Бобчева»** въ «Прав. Вѣстн.» 166.

275) **«Народности Македоніи»** въ газетѣ «Россія» №№ 826, 829 и 830,

276) **«Письма изъ Славянскихъ Земель»**, (Черногорія, Албанія) въ газ. «Россія» №№ 859, 860, 886, 888, 896, 905, 907, 913. 920, 926.

277) **«Кукушки»** въ газетѣ «Свѣтъ» отъ 17 Мая № 129.

278) **«Балканскій Союзъ»** (Рѣчь, произнесенная въ «Славянскомъ Обществѣ» 26 Окт. 1908 г. «Свѣтъ» № 284 и въ «Слав. Изв.» кн. 7.

279) **«Петроварадинскій разстрѣлъ»** въ газетѣ «Свѣтъ» № 284.

280) **«Черногорія»** въ газ. «Свѣтъ» № 289.

281) **«Barcarolla»** Вѣщаго Олега, въ газетѣ «Свѣтъ» № 294.

282) **«Hradcin»** Вѣщаго Олега, въ газетѣ «Свѣтъ» № 345.

283) **«Воспоминанія о графѣ Н. П. Игнатьевѣ»**, въ «Слав. Изв.» кн. 4—5.

284) **«Игнатьевская Школа Дипломатіи»**, въ «Слав. Изв.». кн. 8; (Рѣчь 30 Ноября 1908 г.) См. также сборникъ «Памяти Графа Игнатьева» 1909 г.

285) **«Черезъ Черную Гору въ страну дикихъ Геговъ»** въ «Слав. Изв.» 1908 г. кн. 8 и 1909 г. кн. 1 и 3.

1909 г.

286) **«Балканскій кризисъ»** въ «Слав. Изв.» кн. 2. (Рѣчь 15 Февр. 1909 г. въ «Слав. Общ.»).

287) **«Балканскія рѣчи»**, брошура въ 39 страницъ, СПБ. 1909 г., въ Тип. Мин. Вн. Дѣлъ.

288) **«Къ послѣднему моменту»**, (По поводу анексіи Босніи и Герцеговины), въ «Слав. Изв.» кн. 3.

289) **«Единая рѣчь,—единая Русь»**. (Рѣчь, произнесенная въ присутствіи галицкой делегаціи къ Гоголевскимъ Торжествамъ 3 Мая 1909 г. на Засѣд. Галицко-Русскаго Общ. въ СПБ.) въ газ. «Свѣтъ» № 117.

290) **«Scotus-Viator, Историкъ возрожденія словаковъ въ Венгріи»**, въ «Прав. Вѣстн. №№ 108 и 113, а также въ «Слав. Изв.» кн. 5 и 6.

291) **«Итоги Статистическаго Изслѣдованія Россіи въ 1908 г.»** въ «Прав. Вѣстн.» № 118.

292) «Памяти Ѳ. Ѳ. Мартенса» въ «Прав. Вѣстн.» № 121.
293) «Покореніе Финляндіи 100 лѣтъ назадъ» (о книгѣ Ордина) въ« «Прав. Вѣстн.» №№ 198, 208, 211, 222, и 227.
294) Новые матеріалы по Исторіи 1812 года». (О книгѣ Военскаго) въ «Прав. Вѣстн.» № 242.
295) «Сорокъ лѣтъ русско-французскихъ дипломатическихъ сношеній» (1820—1860); въ «Прав. Вѣстн. №№ 260, 264, 268, 270, 272, (о книгѣ Мартенса).
296) Русскій законъ объ условномъ досрочномъ Освобожденіи». №№ 234 и 235 «Прав. Вѣстн.»
297) «Опытъ обоснованія міровой политики на данныхъ торговой статистики» (о книгѣ Федорова); въ «Прав. Вѣстн.» №№ 246, 247.
298) Переписка Великой Княгини Екатерины Алексѣевны и Англійскаго Посла Уилльямса въ 1756 и 1757 г.» (О кн. Горяинова) въ «Прав. Вѣстн.» № 275.
299) «Изъ Исторіи Адріанопольскаго Трактата», въ «Слав. Изв.» кн. 8.
300) «Вопросъ о заведеніи торговыхъ сношеній Россіи съ Южной Америкой», въ «Прав. Вѣстн.», № 280.

1910 г.

301) «Вопросъ о Проливахъ въ Дипломатической Исторіи Ближняго Востока», лекція, прочитанная въ Соляномъ Городкѣ, по порученію «Славянскаго Общества» 14 Января 1910 г. (не издана).
302) «Неурожаи въ Россіи, ихъ исторія и жизненное значеніе» (о книгѣ Ермолова); въ «Прав. Вѣстн.» №№ 52, 53 и 58.
303) «Исторія Старо-Болгарскаго права» (о книгѣ Бобчева); въ «Прав. Вѣстн.» № 68.
304) «Письма изъ Африки», Вѣщаго Олега; въ газ. «Россія» №№ 1380, 1381, 1390, 1403, 1408, 1415, 1427, 1432, 1449, 1498, 1501.
305) «Къ вопросу объ административной юстиціи въ Россіи» (о книгѣ бар. Корфа), въ «Прав. Вѣстн.» №№ 192, 195, 196 и 253.
306) «Нубія и Египетъ» въ «Прав. Вѣстн.» №№ 256, 276 и 284.
307) «Опять на Югъ Славянскій» Вѣщаго Олега. Путевые очерки въ Болгарію; въ «Моск. Вѣд.» №№ 148 и 149.
308) Двѣ лекціи, прочитанныя на болгарскомъ языкѣ, въ гор. Софіи въ Іюлѣ 1910 г. «объ Албаніи» и «о Сеннарѣ» (не изданы.)
309) Докладъ въ «Слав. Обществѣ» «объ экономическихъ вопросахъ на Софійскомъ съѣздѣ» (осенью 1910 г.; не изданъ).
310) Рядъ передовыхъ статей въ «Revue Contemporaine», за 1910 г.
въ № 1 — «Notre but».
» » 10 — «Lois Scolaires» etc...
» » 11 — «Apaches dans la campagne russe».
» » 12 — «La mort de Tolstoï».
» » 13 — «Le chemin de fer russe en Perse».
» » 14 — «Les étudiants Académistes».
311) «Historique de la question Finlandaise», par Philharmonios, въ «Revue Contemporaine» № 1.

312) «**La Congrès Slave de Sophia**» въ «Revue Contemporaine» № 5.
313) «**La question agraire en Roumanie**» въ «Revue Contemporaine» № 5.
314) «**A travers le Monténégro et le pays des Guègues**» par Viesicchi Oleg въ «Revue Contemporaine» №№ 7—9.
315) «**Développement de la Question polonaise en Prusse**», par Slavus Servator, въ «Revue Contemporaine» № 8.
316) **Etudes sur le Soudan Anglo-Egyptien**», въ «Revue Contemporaine» №№ 8 и 9.
317) «**La Crise de Notre Diplomatie**», par «un Diplomate in partibus» Revue Contemporaine» № 9.
318) **Une enquête ministérielle en Sibérie**»; въ «Revue Contemporaine» №№ 11, 12 и 13

1911 г.

319) **Рядъ передовыхъ статей въ «Revue Contemporaine»,**
въ № 16 — «L'oppression des Russes en Galicie».
» » 17 — «Crise morale russe».
» » 18 — «Le 19 Février 1861».
» » 19 — «Nationalisme russe».
» » 20 — «La Crise Ministérielle».
320) «**Кристаллизація Народнаго Генія**»; рѣчь, произнесенная въ Соляномъ Городкѣ, 8 Февраля 1911 г., по порученію «Общества Любителей Ораторскаго Искусства»; въ Прав. Вѣстн.» № 37.
321) «**И. С. Аксаковъ и Берлинскій Конгресъ**»; рѣчь въ «Слав. Общ.» 13 Февр. 1911 (не издана).
322) «**Въ гостяхъ у Коптовъ**», (воспоминанія изъ Каира); въ газ. «Объединеніе», №№ 25, 27.
323) «**Духъ Нила**» и «**Островъ Филы**» тамъ-же.

28486

